



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Ja, geléerd zijn jullie wel! Over de status van de rechtswetenschap**  
Stolker, C.J.J.M.

**Citation**

Stolker, C. J. J. M. (2003). Ja, geléerd zijn jullie wel! Over de status van de rechtswetenschap. *Nederlands Juristenblad*, (15), 766-778. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3727>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3727>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# 'Ja, geleerd zijn jullie wel!'

## Over de status van de rechtswetenschap



Carel Stolker is hoogleraar-directeur van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Universiteit Leiden en beheert de portefeuille Onderzoek in het faculteitsbestuur.

Juristen koesteren zich in een traditie van duizenden jaren denken en schrijven over het recht.

Maar te weinig stellen zij zich de vraag wat het betekent dat de rechtswetenschap een wetenschap is.

Het recht kan van andere wetenschappen leren wetenschappelijker te worden.\*

**R**émy Martinot, uit het Franse Saumur, kon geen afscheid nemen van zijn juist overleden vader en besloot hem in te vriezen. Iets heel nieuws was dat voor de familie niet, want moeder Martinot was al veel eerder ingevroren. In de kelder van het familie-kasteeltje bevindt zich een tank waarin thans beide ouders op min 60 graden Celsius 'in leven' worden gehouden.

De familie Martinot hoort tot de degenen die geloven in de mogelijkheden van *cryonics*. Wie niet echt dood wil, bijvoorbeeld omdat genezing van een ziekte op niet te lange termijn mag worden verwacht of omdat de ouderdomsperspectieven over enkele tientallen jaren veel beter zijn dan nu, kan zich laten diepvriezen. Om bij betere tijden te worden ontdood. Met embryo's doen we dat al.

Zo wordt met *cryonics* een interessante wending gegeven aan het wat defaitistische 'Vriezen we dood, dan vriezen we dood!'

In maart 2002 werd aan de rechtbank van Saumur de vraag voorgelegd of invriezen wel mag.<sup>1</sup> Net als in Nederland is de omgang met doden wettelijk geregeld: je begraaft of je cremeert, maar diepvriezen hoort daar niet bij.<sup>2</sup> Martinot, zo oordeelde de rechter, moest zijn ouders op een meer conventionele wijze onderbrengen. Daarop bood een Amerikaanse burgemeester beide ouders nog asiel aan, maar Martinot wil liever doorprocederen. Inmiddels heeft ook de hoogste Franse administratieve rechter, de Conseil d'Etat, in een andere, maar vergelijkbare, zaak uitspraak gedaan: het is óf begraven óf cremen.<sup>3</sup> De familie heeft al een procedure voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aangekondigd. Zolang een definitief oordeel er niet is, mogen vader en moeder evenwel nog even blijven liggen in hun kasteeltje, dat inmiddels in een toeristische route is opgenomen.

De kwestie is interessant voor juristen – niet eens zo zeer vanwege de vraag naar de reikwijdte van de Wet op de lijkbezorging. Maar stel eens dat *cryonics* mag, wat is dan de juridische positie van alle betrokkenen?

Is de diepgevrorene in juridische zin 'dood'? De dood onder ontbindende voorwaarde? Hebben de kinderen op een gegeven moment recht op de erfenis? Bestaat er een recht op ontdooiing als voor een inmiddels tien jaren ingevroren vader genezing mogelijk lijkt? Stel dat de kinderen ontdooiing voorstellen, kan dan moeder met recht zeggen: 'nou, laat hem toch nog maar even liggen'?

Er zijn talloze vindingen en doorbraken in de geneeskunde, in de biochemie en in de technische wetenschappen die tot juridische vragen leiden. Van de rechtswetenschap wordt verwacht dat zij antwoorden formuleert. Maar hoe doet zij dat? En met welk gezag? Met *wetenschappelijk* gezag. Maar hoe wetenschappelijk is de rechtsgeleerdheid? In de ogen van de andere wetenschappen is de status van de rechtswetenschap niet zonder meer een gegeven. In 1942 hield Paul Scholten een voordracht voor de Afdeling letterkunde van de Koninklijke Akademie van Wetenschappen.<sup>4</sup> Hij begon zo:

'Het is reeds enigen tijd geleden, dat in een gesprek over de samenstelling onzer Afdeling een der leden mij de opmerking maakte, dat de juristen er niet in thuis hoorden. Die opmerking was niet onvriendelijk bedoeld, allerminst persoonlijk; de spreker gaf toe, dat de rechtsgeleerde leden der Afdeling wel waardevolle bijdragen tot het werk der Akademie leverden, maar als zij dat deden, traden zij buiten hun eigenlijke vak, was het niet meer de jurist die aan het woord was.'

In mijn persoonlijke contacten over de afgelopen jaren met wetenschappers uit andere disciplines dan de rechtsgeleerdheid, kom ik vergelijkbare reacties tegen. Mogelijk gaat het slechts om beeldvorming, maar ook die zullen wij serieus moeten nemen. Al was het maar om puur praktische redenen: de verschillende wetenschappen strijden, in toenemende mate, met elkaar als het gaat om het verkrijgen van onderzoeksgelden.

Deze artikelen zijn ook te raadplegen op Internet [www.njb.nl](http://www.njb.nl)

\* Rede (verkort) uitgesproken in de Pieterskerk ter gelegenheid van de 428ste dies natalis van de Universiteit Leiden op 7 februari 2003. De auteur is aan collega's van vrijwel alle disciplines veel dank verschuldigd voor hun commentaar op eerdere concepten van deze rede en voor de stimulerende gesprekken. Het ligt voorts in de lijn van deze rede aan te geven dat zijn functie meebrengt dat het aantal wetenschappelijke publicaties dient toe te nemen (vgl. par. 9).

1. 9 septembre 2002 Tribunal de Grande Instance de Saumur 13 mars 2002. Hoger beroep: Cour d'Appel

D'Angers 9 septembre 2002.

2. Art. 1 Wet op de lijkbezorging; ontleding kan eventueel ook, in het belang van

de wetenschap of het wetenschappelijk onderwijs (art. 67 e.v.).

3. Conseil d'Etat 29 juillet 2002, nr 222180.

4. P. Scholten, *De structuur der rechtswetenschap*, *Verzamelde Geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 432 e.v.

Ik heb de volgende aanpak gekozen. Ik geef een casus: wrongful life. Het is een civielrechtelijke casus, maar het zou evengoed een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke casus kunnen zijn. Hij laat zien hoe één rechtsvraag bij verstandige mensen tot volslagen uiteenlopende uitkomsten kan leiden. Ik realiseer me natuurlijk dat het om een zogenaemde 'hard case' gaat, die niet beeldgevend is voor alle juridische casus (ze zijn vaak eenvoudiger). Maar ik koos deze casus om zicht te krijgen op de rechtsgeleerdheid als wetenschap. Wat betekent het dat de rechtswetenschap een wetenschap is? Te weinig, meen ik, stellen wij die vraag. Het spreekt kennelijk vanzelf. Juristen koesteren zich in een traditie van duizenden jaren denken en schrijven over het recht. Ik zal tot de conclusie komen dat het recht wetenschappelijk bestudeerd wordt en ook moet worden, maar dat het van andere wetenschappen kan leren *wetenschappelijker* te worden.

## 1. Wrongful life: een onrechtmatig bestaan

De casus is misschien minder vreemd dan de zaak-Martinot, maar het interessante ervan is dat over deze vordering, anders dan over de zaak-Martinot, de gedachten al verregaand zijn uitgekristalliseerd.

Waar gaat het om? Het kleine meisje Kelly, in rechte vertegenwoordigd door haar ouders, daagde enkele jaren geleden het Leidse LUMC voor de rechter. Zij verwijt het ziekenhuis te zijn geboren. Zij is geestelijk en lichamelijk zwaar gehandicapt ter wereld gekomen en dat had (volgens de ouders) voorkomen kunnen worden als tijdens de zwangerschap een vruchtwaterpunctie of vlokcentest zou zijn uitgevoerd. Zo'n test zou hebben uitgewezen dat Kelly aan een zeldzame genetische afwijking leed. Hadden haar ouders dat geweten, dan hadden ze het kind laten aborteren. Laten wij de stelling van het kind (vertegenwoordigd door de ouders) tot ons laten doordringen:

'Gij, arts, had mijn moeder in de gelegenheid moeten stellen mij te laten aborteren. Mijn leven is het niet waard geleefd te worden; liever geen leven dan zo'n leven.' Het klinkt als Job, die door God beproefd (als krachtproef met de duivel) sprak: 'De dag verga, waarop ik geboren werd ... die dag, duisternis had hij moeten blijven' (Job 3: 3-4).<sup>5</sup>

De problematiek van wrongful life wordt belangrijker naarmate genetische advisering belangrijker wordt.<sup>6</sup> Wat de casus zo lastig maakt is dat van toebrengen van letsel aan een *gezond* kind geen sprake is. Wat de arts verweten wordt, is dat hij de ouders de mogelijkheid van abortus heeft ontnomen of – in geval van een onzorgvuldige erfelijkheidsadviesing vóór de conceptie – dat hij de ouders de mogelijkheid heeft ontnomen af te zien van het krijgen van een kind.

De zaak van Kelly loopt nog. De Rechtbank Den Haag heeft een ruime schadevergoeding aan de ouders toegekend voor hun eigen claim (men spreekt dan van wrongful birth),<sup>7</sup> maar schrikt terug voor een toekenning van de wrongful life-vordering, de vordering dus van het kind zelf ('ik had niet geboren

mogen worden'). Daarentegen wees het Haagse Hof de vordering twee weken geleden tóe.<sup>8</sup> Een cassatieprocedure (eventueel in het belang der wet?) is nog onzeker.

## 2. Wrongful life-vordering vrijwel steeds afgewezen

In andere landen kent men de wrongful life-vordering vaak al veel langer. Bijna steeds werd de vordering afgewezen, ook als vaststond dat de dokter of het ziekenhuis echt een fout had gemaakt. De gronden voor die afwijzingen verschillen.<sup>9</sup> Bijvoorbeeld: één kind heeft geen 'recht op abortus'. Of: niet de dokter heeft de schade aangericht maar de natuur (de genen) of de ziekte (rodehond). Of: men kan de schade niet berekenen: juristen plegen daartoe te vergelijken tussen de situatie voorafgaand aan het incident en de situatie daarna. Dat kan in een wrongful life-casus niet. Want had de arts zijn of haar werk goed gedaan, dan zou het kind niet geboren zijn, ofwel omdat de ouders voor abortus hadden gekozen (de rodehondcasuïstiek), of omdat de ouders sowieso niet tot een zwangerschap hadden besloten (niet-gemelde genetische defecten). En hoe moet men de gewenste staat van niet-geboren-zijn vergelijken met de huidige, zwaargehandicapte, staat?<sup>10</sup>

Maar men kan ook meer juridisch-beleidsmatige gronden bedenken om de vordering af te wijzen. De hoogste Duitse rechter, het Bundesgerichtshof, wees in 1983 in een rodehondgeval de vordering van het kind af, onder meer omdat:

'... in Fällen wie dem vorliegenden überhaupt die Grenzen erreicht und überschritten sind, innerhalb derer eine rechtliche Anspruchsregelung tragbar ist.'<sup>11</sup>

En historisch-ethischer kan het ook nog, want het Hof verwees in zijn oordeel naar het nationaal-socialisme:

'Allgemein erlaubt gerade die durch die Erfahrung mit der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft beeinflusste Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland aus gutem Grund kein rechtlich relevantes Urteil über den Lebenswert fremden Lebens...'

Ook de Engelse rechter wees, in 1982, de vordering af.<sup>12</sup> Kort daarvoor had de Law Commission haar *Report on Unborn Children* uitgebracht waarin werd gewaarschuwd dat toewijzing van de wrongful life-vordering gemakkelijk zou kunnen leiden tot onnodige abortussen:

'Such a cause of action, if it existed, would place an almost intolerable burden on medical advisers in their socially and morally exacting role. The danger that doctors would be under subconscious pressures to advise abortions in doubtful cases through fear of an action for damages is, we think, a real one.'<sup>13</sup>

Dit bezwaar is minder principieel dan dat van de Duitse rechter, maar meer praktisch van aard. Het speelde evenwel een belangrijke rol voor de Engelse wetgever: de Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 verbiedt de wrongful life-vordering.

Heel anders oordeelde de Franse hoogste rechter. De Cour de cassation had ruim twee jaar geleden als een

5. De verwijzing naar de rampzalige Job komt men veel tegen in de literatuur over wrongful life.
6. Onder de noemer 'wrongful life' vallen uiteenlopende typen van gevallen.
7. Rb. Den Haag 2 februari 2000, *NJkort* 2000, 54. Het gaat dan doorgaans om de opvoedingskosten, eventueel de dokterskosten, smartengeld en gederfde inkomsten van de moeder; zie HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145.
8. Hof Den Haag 26 maart 2003.
9. Zie uitvoerder C.J.J.M. Stalker, 'Wrongful Life – the Limits of Liability and Beyond', *International and Comparative Law Journal* 1994, p. 521 e.v. Recenter, met M.P. Sombroek-van Doorn, 'Une existence illégitime aux Pays Bas', *European Review of Private Law* 2003/2.
10. Het zijn, steeds verschillende, argumenten om de vordering af te wijzen, vaak gehanteerd door Amerikaanse rechters. Zie voor een recente zaak *Kassama v Magat* (Court of Special Appeals of Maryland, February 2001), aangehaald in de Australische zaak in: *Edwards v Blomely* [2002] NSWSC 460 (12 juni 2002); deze uitspraak van het New South Wales Supreme Court bevat veel vergelijkend materiaal over de verschillende Amerikaanse staten en de gronden voor afwijzing daar.
11. BGH 18 januari 1983, *Juristenzeitung* 1983, p. 450; op 25 mei 1999 volgde het Oostenrijkse Bundesgerichtshof.
12. *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] Q.B. 1166, [1982] 2 W.L.R. 890.
13. Report on Injuries to Unborn Children, Cmdn 5709 (1974).

**Opvallend is dat ik in de talloze algemene inleidingen in de wetenschapsfilosofie nauwelijks of geen besprekingen van de rechtswetenschap ben tegengekomen.**



van de weinige rechters geen enkele moeite met de vordering. De uitspraak staat bekend onder de naam van het kind (Nicolas) *Perruche*.<sup>14</sup>

'Dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire – avaient empêché celle-ci (de moeder, CS) d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues.'

Dokter en laboratorium hebben een fout gemaakt die de ouders de mogelijkheid van abortus ontnam en dat leidt tot een verplichting tot schadevergoeding aan het kind (wrongful life) en aan de ouders (wrongful birth).

Maar het is niet alleen de *rechter* die over dit soort vragen gaat. De wetgever kan een minstens zo prominente rol spelen; dat bleek hiervoor al toen het om Engeland ging, maar hetzelfde gebeurde in Frankrijk. Onmiddellijk na het arrest van de Cour de cassation

terpreteerd als een vordering te mogen overlijden: voor tweeguldenvijfzeventig kocht men een buisje Hedex-pillen die met een slok port tot de dood zouden leiden.

### 3. Wrongful life: de tussenstand

Er ontstaat aldus een bonte reeks van uiteenlopende oordelen over de wrongful life-vordering:

- i. het kind heeft recht op volledige vergoeding van de schade (de Franse Cour de cassation, het Haagse Gerechtshof en tal van auteurs);
- ii. het kind heeft geen recht op schadevergoeding (het Duitse Bundesgerichtshof, de Engelse rechtspraak en vrijwel alle Amerikaanse rechtspraak);
- iii. niet het kind, maar de ouders moeten compensatie krijgen (Rechtbank Den Haag);
- iv. het kind heeft wel recht op vergoeding van zijn schade, zij het niet jegens de arts maar jegens de staat (de Franse wetgever);
- v. het kind heeft recht op tweeguldenvijfzeventig (de rechtsfilosoof).

En daarbij bedenke men nog dat de afwijzingen op tal van verschillende gronden zijn gemotiveerd:

- het kind heeft geen 'recht op abortus';
- jegens het kind is niet fout gehandeld (Australische rechter);
- toewijzing van de vordering zou artsen ertoe verleiden vrouwen over te halen voor abortus te kiezen – ook als ze dat eigener beweging niet zouden hebben gedaan;
- toewijzing van de vordering impliceert een negatief waardeoordeel over een gehandicapt bestaan;
- de schade valt niet te berekenen.

En dan zijn er nog allerlei variaties en tussenvormen aan te wijzen, zowel in de rechtspraak als in de rechtsgeleerde literatuur. Opmerkelijk is overigens dat de meeste *auteurs* (in Nederland<sup>20</sup> en daarbuiten) vóór toewijzing zijn, terwijl de *rechtspraak*, behalve in Frankrijk, vrijwel steeds afwijzend is.<sup>21</sup>

Dit is de wrongful life-casus en de oplossingen die men daarvoor heeft gevonden.

### 4. Is dit wel Wetenschap?

Negen antwoorden op één (moeilijke) vraag. Niet één *right answer*. De Amerikaanse rechtsfilosoof Dworkin ons heeft weliswaar voorgehouden dat de ideale rechter, die in staat is alles te overzien, heel goed het 'juiste antwoord' zou kunnen geven.<sup>22</sup> Maar de praktijk leert anders.<sup>23</sup> Als dát dan zo is – zullen collega's uit andere disciplines zeggen – als de moge-

## Wat voor een wetenschap is de rechtswetenschap als één wrongful life-casus al (met gemak) tot negen verschillende oordelen kan leiden?

barste een maatschappelijk debat los over de toelaatbaarheid van de wrongful life-vordering. Zo had de Franse Conseil Consultatif National d'Éthique, in een rapport van 29 mei 2001, ernstige ethische bedenkingen tegen de vordering:

'La vie constitue le bien essentiel de tout être humain, nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance.'<sup>15</sup>

Het debat, dat voor een belangrijk deel in de media werd gevoerd, heeft geleid tot nieuwe wetgeving waarin de vordering in de ban werd gedaan<sup>16</sup>:

'Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.'<sup>17</sup>

Die nieuwe wet is omstreden<sup>18</sup>, maar interessant is dat de wetgever het gehandicapte kind niet in de kou wil laten staan. Hij bepaalde dat de *overheid* ('la collectivité nationale') zich het lot van het kind financieel dient aan te trekken<sup>19</sup>, niet de arts.

Ten slotte is er nog een andere, prozaïscher, oplossing. Toen ik mij begin negentiger jaren voor het eerst verdiepte in de wrongful life-vordering, richtte ik mij tot een rechtsfilosoof en vroeg hem wat in deze gecompliceerde casus 'recht' zou zijn. 'Tweeguldenvijfzeventig', antwoordde de rechtsfilosoof, tot mijn stomme verbazing. Naar zijn oordeel moest de vordering van het kind eenvoudigweg worden geïn-

14. Cass. ass. plén. 17 novembre 2000, D. 2000, *Jur. P.* 332, note D. Mazeaud; *JCP* 2000 II, 10 438. Nadien, licht inperkend maar principieel niet anders, in drie arresten van 13 juli 2001 (D 2001, *Jur. P.* 2325) en in een arrest van 28 november 2001. Zie voor verdere literatuurverwijzingen Angelo Castelletta, *Reponsabilité médicale*, Éditions Dalloz, Paris 2002, p. 221 e.v.; en voorts hieronder.

15. Aangehaald in het 'rapport' van Advocaat-Generaal M. Blondet voorafgaand aan de juli-uitspraken van de Cour de cassation, p. 11 e.v.

16. La loi No. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* 28/02/2002 au 12/03/2002.

17. Loi No. 2002-303, 4 mars 2002, art. 1er, III. Kritisch: Castelletta, a.w. 2002, nr 62.24.

18. Bernard Edelman, 'L'arrêt <Perruche> : une liberté

pour la mort?', *Le Dalloz* 2002, p. 2349 e.v. en Alain Sériaux, '<Perruche> et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification', *Le Dalloz* 2002, p. 1996 e.v.; en Geneviève Viney, 'Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion', *JCP* 2001, p. 65 e.v. De rechtspraak kreeg ook aandacht in het buitenland: zie voor België: Yves-Henri Leleu, 'Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence <Perruche>', *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités* 2002, 13 466; en in Duitsland: Thomas Winter, 'Leben als Schaden? Vom Ende eines französischen Sonderwegs', *Juristenzeitung* 2002, p. 330 e.v. Voor een brede, rechtsvergelijkende studie, zie Basil Markesinis, 'Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche', *RTD civ.* 2001, p. 77 e.v.

19. Loi No. 2002-303, 4 mars 2002, art. 1er, III.

20. Bijv. recent nog J.H. Nieuwenhuis, 'De dag verga, waarop ik geboren werd', *RM Themis* 2001, p. 97.

21. Zie C.J.J.M. Stolker en David I. Levine, 'Een onrechtmatig bestaan in Nederland', *Aansprakelijkheid & Verzekering* 1997, p. 38-45.

22. Zie bijv. in zijn boek *A Matter of Principle*, Harvard University Press 1995, p. 119 ('Is there really no right answer in hard cases?').

23. Dat antwoord komt, volgens Dworkin, niet voort uit de persoonlijke morele overtuiging van de rechter, maar uit de strekking of de 'intrigue' van het recht, zoals deze voortvloeit uit de samenhang tussen regels, beginselen, uitspraken en instellingen. Uitvoeriger over 'the right answer thesis' C.E. Smith, 'Hermeneutiek', in: *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw* (Cliteur e.a. red.), Deventer: Gouda Quint 1997, p. 233 e.v.

lijkheid van een 'right answer' zó ver weg ligt, hoort de rechtsgeleerdheid, waarin het mogelijk is dat kennelijk verstandige mensen over een en dezelfde zaak tot zulke uiteenlopende conclusies komen, dan wel thuis in een universiteit? Nu kan men nog tegenwerpen dat de verschillende rechterlijke colleges die ik aanhaalde ook niet pretenderen met hun uitspraken 'wetenschap' te bedrijven. Dat is waar, maar elk van de rechterlijke uitkomsten kan men ook terugvinden in rechtsgeleerde publicaties (verwijzingen zijn in de uitspraken vaak te vinden).

Is er sprake van een wetenschap? Wie denkt van niet, lijkt een sterke medestander te vinden in een van Amerika's vooraanstaande juristen, Richard A. Posner. In *The Problems of Jurisprudence* schrijft hij:

'What is missing from law are penetrating and rigorous theories, counterintuitive hypotheses that are falsifiable but not falsified – precise instrumentation, an exact vocabulary, a clear separation of positive and normative inquiry, quantification of data, credible controlled experiments, rigorous statistical inference, useful technological byproducts, dramatic interventions with measurable consequences, and above all and subsuming most of the previous points, objectively testable – and continually retested – hypotheses. In law there is the blueprint or shadow of scientific reasoning, but no edifice.'<sup>24</sup>

Het recht als wetenschappelijke discipline, zegt Posner, is hooguit een blueprint, een ontwerp, geen bouwwerk.

Geen bouwwerk. Volgend jaar verhuist de Leidse Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Hugo de Groot(!)straat naar het Kamerlingh Onnes Laboratorium, waar vroeger de natuurkundigen huisden. Bij het leggen van de eerste steen van die herhuisvesting, raakte ik in gesprek met de decaan van de Faculteit Wiskunde en Natuurwetenschappen, de vroegere bewoner. Ik vroeg wat het hem deed dat deze heilige hal voor de natuurkundigen in *juridische* handen zou overgaan. In het Cryogeen Laboratorium van (Nobelprijswinnaar) Kamerlingh Onnes werden temperaturen bereikt van dicht in de buurt van min 273,15 °C; waar juristen niet veel lager zijn gekomen dan de min 60 °C in Saumur. Via een NRC-column van Vincent Icke, over de onmogelijkheid van fraude in de exacte wetenschappen (ze wordt immers vroeg of laat ontdekt, beweert hij althans<sup>25</sup>), kwamen we te spreken over wetenschap. De decaan was niet overtuigd van de wetenschappelijkheid van het juridisch onderzoek. Om de sfeer een beetje goed te houden, ontliet ik de discussie: 'Onze officiële naam is dan ook de Faculteit der Rechtsgeleerdheid'. 'Ja', antwoordde hij, 'geléerd zijn jullie wel.'<sup>26</sup>

## 5. Wat is wetenschap?

In de Nationale Wetenschapsquiz van NWO komt men bijna alleen opgaven tegen uit de natuurwetenschap.

Wetenschap = Natuurwetenschap. Men ziet er in proefopstellingen autootjes met geblokkeerde voor- of achterwieltjes van een plank afglijden; men moet een antwoord geven op de vraag waarom een kikker zijn ogen sluit als hij eet, en wat er met ons libido gebeurt als men tijdens het kijken naar een seksfilm sommetjes gaat maken. Het is de traditionele opvatting van wat wetenschap is: *weten = meten*. Vragen over het recht zal men er niet spoedig tegenkomen. De verklaring is eenvoudig. De natuurwetenschap streeft ernaar observaties van onderzoekers te combineren tot universele wetmatigheidsuitspraken. Onderzoek dient onafhankelijk van de persoon van de onderzoeker te zijn. Deze plaatst zichzelf *tegenover* zijn object van onderzoek, op een neutraal standpunt, van waaruit hij de wereld tracht te bezien en te onderzoeken. Dat lukt niet altijd, maar dan herneemt men dezelfde onderzoeksmethode. Zo komt men tot wetenschap onder het be-

**Het rechtswetenschappelijk onderzoek richt zich meer op het recht zoals het zou moeten zijn, dan op het recht zoals het is. In vrijwel alle wetenschappen is het omgekeerde het geval.**

slag van verificatie en falsificatie.<sup>27</sup> De natuurkunde is het voorbeeld bij uitstek. Zij is wettenstellend, nomothetisch.

In dit negentiende-eeuwse beeld van wetenschap is verandering gekomen, van buitenaf en van binnenuit. Met de opkomst van de gedragswetenschappen werd het menselijk gedrag zelf tot voorwerp van onderzoek. Met een pure studie van het zichtbare gedrag komt men daar niet ver. Het objectiverende waarnemen schiet tekort.<sup>28</sup> Er ontwikkelt zich dan een subjectiverende benadering, zoals de natuurwetenschap die niet kent. Men heeft in de geesteswetenschappen behoefte aan *begrijpen* wat er in de ander, in de mens, omgaat.<sup>29</sup> *Verstehen* is de term die in de Duitse psychologie een grote rol gaat spelen. Parallel daaraan spreekt men in de rechtswetenschap van een *hermeneutische* benadering. Het is ook die subjectieve relatie van de onderzoeker en de onderzochte, die leidt tot idiografische in plaats van een nomothetische kennis in wetenschap; dat wil zeggen, het individuele beschrijvende naast een algemene, wettenstellende onderzoeksmethode. Beide zijn nodig, in de gedragswetenschappen en ook in het recht. Zowel de natuurwetenschappelijke als de geesteswetenschappelijke methode moet nauwkeurig omschreven zijn en zich onder kritiek kunnen stellen. Vele normen van goed wetenschappelijk onderzoek gelden gelijkelijk voor de natuurwetenschap én de rechtswetenschap.

24. Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press 1993, p. 69.

25. Vincent Icke, 'Pakkans: honderd procent', *NRC Handelsblad* 23/24 november 2002. Harde bèta's die ik raadpleegde ontkennen de stelling van Icke ten stelligste.

26. Ik hanteer terminologisch even het onderscheid tussen geleerdheid (sterk op toepassing gericht) en wetenschap (gericht op innovatie). Zie voorts, expliciet over de vraag of de rechtsgeleerdheid wel een wetenschap is, het binnenkort te verschijnen artikel van A.M. Hol, 'Pleidooi voor een jurisprudentia –

over recht en rechtswetenschap'. Het artikel verschijnt in een bundel van de onderzoeksschool van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de RU Groningen.

27. Zie het prachtige boek van C.A. van Peursen, *De opbouw van de wetenschap*, Meppel: Boom, Amsterdam 1980, p. 86 e.v. Voorts, ik moest als niet deskundige in de wetenschapsfilosofie een keuze maken: A.F. Chalmers, *What is this thing called science?*, 3<sup>rd</sup> ed. Buckingham: Open University Press; in de Nederlandse vertaling: *Wat heet wetenschap*, Amsterdam: Boom 1999; C.J.M. Schuyt, *Filosofie van de sociale wetenschappen*, Utrecht: De Tijdstroom

1995; Gerard de Vries, *De ontwikkeling van wetenschap*, Groningen Wolters-Noordhoff 1995; Herman Koningsveld, *Het verschijnsel wetenschap*, Amsterdam: Boom 1987; Michiel Leezenberg en Gerard de Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001.

28. Over die vraag, of de menswetenschappen door unificatie kunnen worden ingepast in de natuurwetenschappen (quod non), ging in 2000 de desoriënte van de Leidse filosoof Herman Philipse.

29. Gerard de Vries, a.w. 1995, p. 32 e.v. Verhelderend is voorts C.E. Smith, a.w. 1997, p. 205 e.v.

Toch voelt de jurist (en kennelijk de decaan van W&N) een verschil. Opvallend is dat ik in de talloze *algemene* inleidingen in de wetenschapsfilosofie nauwelijks of geen besprekingen van de rechtswetenschap ben tegengekomen.<sup>30</sup>

## 6. Wat is recht?

Over de vraag wat 'recht' is, is – door de eeuwen heen – veel geschreven, maar we zijn er nog niet helemaal uit.<sup>31</sup> Een populaire definitie is die van de Amerikaanse jurist Oliver Wendell Holmes:

'The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.'<sup>32</sup>

Recht is de voorspelling van wat de rechter zal gaan doen. Op deze, praktische maar ook te beperkte, definitie kom ik nog even terug. Maar meestal ontloopt men de vraag naar de definitie van 'recht' door maar liever de *functies* van het recht te beschrijven. Glastra van Loon<sup>33</sup> beschrijft de belangrijkste functies aldus:

- i. de ordening van de maatschappij;
- ii. de beslechting van geschillen;
- iii. de handhaving van orde en regels.

En dat niet alleen: al deze functies moet het 'recht' vervullen op een zodanige manier dat het voldoet aan eisen van *rechtvaardigheid*, van *doelmatigheid* en *rechtszekerheid*.

Recht doen, voor een rechter of voor een wetgever, is dus gemakkelijker gezegd dan gedaan.<sup>34</sup> Met name aan de notie van de rechtvaardigheid ziet men hoe 'normatief' het recht is: of een regel of een rechterlijke uitspraak rechtvaardig is, wordt in hoge mate ingegeven door morele, inclusief religieuze, oordelen, door opvattingen over de beste inrichting van een samenleving.<sup>35</sup> Burgerlijk recht is burgerlijke moraal heeft Nieuwenhuis zelfs treffend geschreven<sup>36</sup>. Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek bepaalt in art. 3:12 met zoveel woorden dat de rechter bij de vaststelling van wat 'redelijkheid en billijkheid' vergen – en dat paar vormt een belangrijke sleutel tot rechtvaardige oplossingen – onder andere rekening moet houden 'met algemeen erkende rechtsbeginselen en met in Nederland levende rechtsovertuigingen'. Zo weerspiegelen rechter en volk elkaar.<sup>37</sup> Let wel: het gaat niet om 'de in Nederland heersende

rechtsovertuiging', maar om de in Nederland *levende* rechtsovertuigingen. Dat is een notie die van groot belang is. De rechter moet ook een spiegel zijn van wat er in een land aan *tegenstrijdige* opvattingen bestaat.

Het probleem is oud. Herodotus beschrijft hoe Darius, de koning van de Perzen, door zijn reizen gefascineerd geraakt was door hoe zeer verschillende culturen verschillende morele oordelen kenden.<sup>38</sup>

Darius was in India een stam, de Callatiërs, tegengekomen die de gewoonte had de lichamen van hun gestorven vaders op te eten. De Grieken kenden die gewoonte niet, en verbrandden hun doden. Darius zag het als zijn taak bij te dragen aan wat wij nu noemen de multiculturele samenleving en probeerde beide culturen begrip voor elkaar op te laten brengen. In zijn hof liet hij op een dag enkele Grieken komen en vroeg hun of zij iets zagen in het opeten van hun ouders. De Grieken raakten in een shock; voor geen geld ter wereld zouden zij zo iets doen. Toen vroeg Darius enkele Callatiërs of zij dan misschien iets zagen in het verbranden van hun vaders. Zij verstijfden van schrik en vroegen Darius hun nooit meer zo iets vreselijks voor te leggen.

Het opeten van overledenen, nóg een variant naast begraven, cremen en diepvriezen. De komst van andere culturen naar ons land stelt juristen voor méér vragen.<sup>39</sup> Het vinden van een evenwicht tussen rechtvaardigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid zal steeds lastiger worden.<sup>40</sup> Het gaat bovendien niet alleen om rechtvaardigheid in het individuele geval. Zo kan het recht van de een het onrecht van de ander zijn: rechtvaardigheid in het individuele geval kan botsen met het belang van de rechtszekerheid (de voorspelbaarheid van het recht) of met het belang van doelmatigheid. Recht dat bestaat uit een verzameling van honderdduizenden rechterlijke oordelen, waarin in individuele uitspraken steeds de ultieme rechtvaardigheid wordt gevonden, mag voor die honderdduizenden eisers en gedaagden in hún individuele geval rechtvaardig zijn, maar het zou het recht volkomen onvoorspelbaar maken (rechtszekerheid), en daarmee zou het ook erg ondoelmatig zijn. 'Law is', sprak een cynicus, 'what the judge had for breakfast.' Maar goed recht vinden en vormen veronderstelt toch ook zoeken naar samenhang, waarbij

30. Zie hiervóór noot 28. Wel is er een uitstekend boekje van F.B.M. Kunneman, *Rechtswetenschap*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1991, dat in de dagelijkse praktijk van het rechtsgeleerde onderzoek meer aandacht zou moeten krijgen. Voorts is er een boek over wetenschapsleer speciaal geschreven voor juristen, E.A. Huppel-Cluysenaer, *Wetenschapsleer voor juristen*, Deventer: Kluwer 1994, maar daar wordt naar mijn smaak de verbinding tussen wetenschapsfilosofie en het juridische onderzoek niet echt gemaakt. Voor juristen toegankelijker is het proefschrift van J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg 1992), Deventer: Kluwer 1992, met name hoofdstuk 2, hoewel Barendrecht natuurlijk niet de pretentie heeft een wetenschapsfilosofie van het recht te schrijven.

31. Wie wil weten waarom niet, leze van de onlangs overleden R.A.V. van Haersolte, 'Wat is recht?', *AA* 1979, p. 669. De beide meest gezaghebbende boeken zijn Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1934, en Asser-Vranken (Algemeen Deel) 1995. Ik beperk mij voor deze gelegenheid voorts tot het noemen van enkele gemakkelijk toegankelijke bronnen, die weer verwijzen naar verder weg liggende literatuur: P.B. Cliteur, *Rechtsfilosofie, een thematische benade-*

*ring*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002; M.A. Loth en A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijk recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, en *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw*, (Cliteur e.a. red.), Deventer: Gouda Quint 1997.

32. O.W. Holmes, 'The Path of the Law, 1897', in: *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace & Howe 1920, p. 173.

33. J.F. Glastra van Loon, *Elementair begrip van het recht*, bewerkt door J.A. Nota, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 9.

34. Het valt buiten het bestek van deze rede op de onderlinge verhouding uitvoeriger in te gaan. Ik volsta met een verwijzing naar P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht* (diss. Rotterdam 2000), Deventer: Gouda Quint 2000.

35. Zie het eindrapport van de Verkenningcommissie Rechtsgeleerdheid, *Een eigen richting voor het recht*, december 1995, naar haar voorzitter wel de Commissie-Franken genoemd. De commissie schrijft de juridische discipline vijf 'elementen' toe (p. 51 e.v.): kennis van en het inzicht in het geldende recht ('law in the books'), het recht als systeem (geen toevallige verzameling van eerder gegeven antwoorden op maatschappelijke vragen), een specifieke manier van redeneren (recht is debat), praktische rechtvaard-

igheid (in het recht ligt veel praktische wijsheid opgetast), en maatschappelijke zeggingskracht: juristen bezitten veel kennis over hoe regels en procedures in de praktijk werken; die kennis is onontbeerlijk in politieke beleidsvorming en wetgeving.

36. J.H. Nieuwenhuis, 'Een neurotische behoefte aan schadevergoeding (noot)', *AA* 1985, p. 421.

37. De Amerikaanse rechtscultuur neemt die band nog veel serieuzer: men kent er jury-rechtspraak en gekozen rechters.

38. Herodotus, Boek 3.38.

39. Dit jaar zal een bundel *Rechten, Plichten, Deugden* verschijnen als vervolg op een in Leiden gehouden conferentie. Zie met name de bijdrage van de Amsterdamse onderzoeker Niels van Maanen.

40. Aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van Rotterdam is een mooi boek geïntroduceerd dat geheel en al het perspectief van het contextualisme kiest: recht kan uitsluitend in context gevonden worden – al gaat het dan niet om een keuze voor rechtsverschillen boven rechtseenheid, om billijkheid in concreto boven rechtsgelijkheid, of om intuïtie boven methode, maar om een *evenwicht* in al deze spanningsvelden: Loth en Gaakeer, a.w. 2002, p. 33.



## Wat zou er gebeuren als juridische faculteiten géén belangstelling zouden hebben voor de wetenschappelijke aard van hun arbeid, en als het recht het exclusieve domein zou worden van het HBO?

een optimum wordt gezocht van die drie verschillende perspectieven.<sup>41</sup> Oliver Wendell Holmes zocht de definitie van het recht in de voorspellende kracht ervan. Van voorspellen kan zonder ordening nauwelijks sprake zijn. Het vinden of scheppen van samenhang en orde in de talloze regels en rechterlijke beslissingen is een belangrijke taak van de juridisch onderzoeker.<sup>42</sup> Het is naar zijn aard scheppend en innovatief werk, veelal gericht op het verklaren en voorspellen. Vaak vloeit daaruit voort het doordenken van geheel nieuwe vragen, zoals de juridische gevolgen van *cryonics*. Hoe gaat de jurist-onderzoeker daarin te werk?

### 7. Wat maakt de rechtswetenschap als wetenschap zo kwetsbaar?

Wat voor een wetenschap is de rechtswetenschap als één wrongful life-casus al (met gemak) tot negen verschillende oordelen kan leiden?<sup>43</sup> Alan Chalmers, een wetenschapsfilosoof, sluit zijn bekende boek *What is this thing called science?* af met de opmerking dat een adequate opvatting van de verschillende wetenschappen<sup>44</sup> alleen mogelijk is door goed naar deze wetenschappen zelf te kijken.<sup>45</sup> Niet de opvattingen van wetenschapsfilosofen als hijzelf doen er uiteindelijk toe, maar de opvattingen van de wetenschappers zelf. Ik noem daarom drie kanten van de rechtswetenschap die haar, al is het maar in de ogen van derden, kwetsbaar maken: het samenvallen van onderzoeker en onderzoeksobject, de samenloop van wetenschappelijk onderzoek en rechtspraktijk, en haar normatieve karakter, minder gericht op 'is' dan op 'ought'.

#### i. Neutrale distantie

Hiervoor liet ik kort zien hoe belangrijk in de natuurwetenschap de neutrale distantie is: de onderzoeker dient zo veel mogelijk los te staan van zijn object. Scholten, in zijn eerder genoemde rede over de status van de rechtswetenschap, maakt duidelijk dat van de rechtswetenschapper juist het *tegenovergestelde* van de neutrale distantie wordt gevraagd:

'De wetenschap van het positieve recht is altijd wetenschap van een bepaald, positief recht in een bepaalden staat. Zij zelve is historisch en nationaal bepaald. (...) Alleen hij, die aan dit recht deel heeft kan aan haar arbeiden, alleen de Nederlander het Nederlandsche positieve recht verwerken.'<sup>46</sup>

Scholten benadrukt aldus het normatieve karakter van het onderzoek. De rechtswetenschap *interpreteert* rechtsregels:

'Zij tracht de niet geschreven regels in bepaalde formules samen te vatten, zij verklaart den door het gezag voorgeschreven regel, zoekt zijn draagwijdte te bepalen door historie en doel na te speuren, door de regel te passen in het systeem der overige, door de gebruikte woorden te analyseren, of door op andere wijze die regels te kneden, zóó dat zij voor toepassing in voorgekomen of gedachte gevallen gereed liggen. De interpretatie geschiedt altijd vanuit een bepaalde gedachte: den achtergrond van het recht, zijn logische vormen, zijn gehalte aan gerechtigheid, naar een bepaald doel: de toepassing, de omzetting van het recht in het werkelijk leven.'<sup>47</sup>

Het zal duidelijk zijn dat aldus *de persoon van de wetenschapper* van eminent belang wordt (Kunneman spreekt van een 'normenwetenschap'<sup>48</sup>), waar de natuurwetenschap dat juist vermijdt. Daarin lijkt het rechtswetenschappelijk onderzoek bijvoorbeeld op het historische, een discipline waar evenzeer is (wordt?) geworsteld met zijn wetenschappelijke signatuur. Huizinga, die als definitie van geschiedenis gaf 'de geestelijke vorm, waarin een cultuur zich reekenschap geeft van haar verleden', aanvaardde zonder aarzeling, dat met dit woord cultuur is toegegeven 'al wat ondervermijdelijk subjectief is in elke geschiedenis'. Hij vervolgt:

'Inzoverre ook binnen eenzelfde cultuur elke door een bepaalde wereldbeschouwing bijeengehouden groep een eigen cultuurkring uitmaakt, is tevens toegegeven, dat een katholieke geschiedenis er anders uit moet zien dan een socialistische enz. (...) Elke cultuur, en elke cultuurkring, moet haar geschiedenis voor de ware houden, en mag dat doen, mits zij haar opbouwt naar de kritische eischen, die haar cultuurgeweten haar oplegt.'<sup>49</sup>

Toch staat 'normatief' niet gelijk aan 'subjectief'. Ook aan normatieve uitspraken liggen impliciet geldigheidsuitspraken ten grondslag. Wie werkzaam is binnen de rechtswetenschap, zal deze uitspraken zoveel mogelijk moeten expliciteren en moeten zoeken naar fundering (zie hierna par. 9). Een wetenschapsfilosofe met wie ik naar aanleiding van deze rede in gesprek ging, meende dat juist de reflectie op de eigen persoon en cultuur én het kunnen overstijgen daarvan, uitspraken op een objectiever, universeler en daarmee wetenschappelijker niveau zou brengen. Dat brengt ons bij het volgende.

41. Principiële beschouwingen over de plaats van de rechtvaardigheid in het recht vindt men in het proefschrift van Barendrecht, a.w. 1992. Ik kom op dit proefschrift nog terug. Vgl. voorts, voor wat betreft het privaatrecht, het proefschrift van Van den Berg, a.w. 2000.

42. Vergelijk het *Eindrapport Verkenningcommissie rechtsgeleerdheid*, a.w. 1995, p. 51 e.v.

43. Over de vraag of de rechtsgeleerdheid een wetenschap is, is (althans zo expliciet) niet heel veel geschreven. Ik verwijs naar de uitstekende bundel *Nederlandse rechtswetenschap*, a.w. 1988, en meer

in het bijzonder naar het inleidende hoofdstuk van de Amsterdamse hoogleraar C.W. Maris, *Distantie en betrokkenheid in de rechtswetenschap*, p. 3 e.v., waaraan ik veel heb gehad; voorts naar Cliteur, a.w. 2002, p. 17, met veel internationale literatuurverwijzingen en Loth en Gaakeer, a.w. 2002, met name hoofdstuk 11.

44. Let op de terminologie; zie het protocol 1998 van de VSNU, preface: 'The word "academic" is used as the equivalent of the Dutch word "wetenschappelijk". In the Anglo-Saxon context "scientific" particularly refers to the exact sciences, and the word "academic" is used to refer to university research in

general'.

45. Chalmers, a.w. 1999.

46. Scholten, a.w. p. 437.

47. Scholten, a.w. p. 457.

48. Kunneman, a.w. 1991.

49. J. Huizinga, *Over een definitie van het begrip geschiedenis*, Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, Afdeling letterkunde, deel 68, serie B no. 2. (1929), opnieuw verschenen in de bundel *Geschiedenis als wetenschap*, a.w. 1979, p. 35 e.v.

## ii. Samenloop van wetenschappelijk onderzoek en rechtspraktijk

Een kenmerk van de rechtswetenschap is dat onderzoek en (rechts)praktijk in elkaar overvloeien. Functioneel, doordat bijvoorbeeld vele hoogleraren ook rechter-plaatsvervanger of advocaat zijn<sup>50</sup>, en methodisch, omdat een belangrijke taak en bezigheid van juridische onderzoekers is het verzamelen, beschrijven, systematiseren, analyseren en verklaren van het geldende recht. Zij bezien het geldende recht op een kritische wijze, doen voorstellen tot vooruitgang van het geldende recht<sup>51</sup> en zoeken oplossingen voor nieuwe problemen, zoals die van de *cryonics* of *wrongful life*. Maar voorop staat toch de dienstbaarheid aan de praktijk: 'De rechtswetenschap heeft in de eerste plaats tot opgave de rechtspraktijk voor te lichten', zo begon Meijers in 1910 zijn inaugurele rede.<sup>52</sup>

De verwevenheid van onderzoek en rechtspraktijk geldt vooral voor de rechtspraak<sup>53</sup> en bijvoorbeeld niet de advocatuur. Zij zijn op elkaar aangewezen.<sup>54</sup> Bloembergen constateert zelfs met zoveel woorden dat rechtswetenschap en rechtspraak juridische problemen 'op dezelfde manier aanpakken'.<sup>55</sup> Inderdaad: de onderzoeker zal in zijn onderzoek veelal het *perspectief* kiezen van de rechter, en bijvoorbeeld niet dat van de advocaat die immers allermindst een vrije, onafhankelijke omgang met het recht heeft, maar integendeel de belangen van zijn cliënt tot het uiterste dient te behartigen. Er zijn ook *verschillen* in aanpak tussen rechter en onderzoeker. Bloembergen heeft ook daarvoor aandacht gevraagd. Zo is de rechter gebonden aan de wet (materieel en formeel) en aan hetgeen partijen hem voorleggen. Hij staat, anders dan de onderzoeker, onder tijdsdruk en hij spreekt in veel gevallen recht met anderen en is dus in zoverre aan hen gebonden.<sup>56</sup> Ook Vranken heeft voor de verschillen aandacht gevraagd: hij wijst op het verschil in 'ritme' tussen rechtsliteratuur en rechtspraak:

'De rechter neemt op een andere manier deel aan het juridisch debat en heeft daarin een andere taak dan de literatuur. (...) De literatuur is naar haar aard gericht op theorievorming en daarmee op algemeenheid. Zij zoekt achtergronden, samenhangen, implicaties en beginselen.'<sup>57</sup>

Bovendien, voeg ik daaraan toe, is de rechter feitelijk geen verantwoording van zijn uitspraak schuldig. De rechter heeft, anders gezegd, geen formele positie in het wetenschappelijk debat, hoe graag individuele rechters (Bloembergen was één van hen) dat ook zouden willen. Daar staat tegenover, en daarop wijst Bloembergen terecht, dat het ambt van rechter ook staat in een traditie die eisen stelt aan alle wetenschappelijk onderzoek: onafhankelijkheid, openheid, eerlijkheid, helderheid, eenvoud en nauwgezet-

heid. Deze voorwaarden voor goed werk gelden voor rechter én onderzoeker. Daaraan valt dus nog toe te voegen het zoeken naar 'samenhang'.<sup>58</sup> Rechtvaardigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid kunnen uiteindelijk alleen in een optimum samenkomen wanneer het recht wordt beschouwd als een samenhangend systeem. Een belangrijk onderdeel van de arbeid van rechter en onderzoeker ligt juist in de aandacht voor die samenhang.

Nog los van de principiële vraag of de rechtsgeleerdheid een wetenschap is of niet, rijst hier de vraag naar de onafhankelijkheid en de betrouwbaarheid van het werk van de onderzoeker. De – noodzakelijke – verwevenheid van onderzoek en praktijk brengt immers ook gevaren mee. Het is interessant op te merken dat er onder juristen en in de Nederlandse samenleving wél veel belangstelling is voor 'de persoon van de rechter' (kan bijv. eenzelfde persoon de functies van advocaat én rechter combineren?), maar nog betrekkelijk weinig

voor 'de persoon van de onderzoeker'. Is er binnen de faculteiten voldoende aandacht voor de vraag naar de onafhankelijkheid van de hoogleraar in het vakgebied X die ook nog eens advocaat in die discipline is? En is het voor de desbetreffende advocaat of bedrijfsjurist zélf een punt van aandacht ('Reflexion auf eigenes Tun')? Hoe normatiever de wetenschap, des te belangrijker is het om daaraan aandacht te besteden. Anders dan in de natuurwetenschappen waar, zo weten we inmiddels van Vincent Icke, 'fraude' altijd aan het licht komt – wat overigens door de natuurwetenschappers die ik raadpleegde krachtig werd ontkend – geldt dat voor rechtsgeleerd onderzoek niet.

En het wordt nog erger: als men de rechtswetenschap al een paradigma wil toekennen, dan is het dat van de vrije rechtsvinding. Voor ons geldt minder het legisme (waarin een concreet geval genadeloos onder een regel wordt gebracht en beoordeeld, een methode die waarschijnlijk beter past in een meer traditionele opvatting van wetenschap bedrijven), dan de vrije rechtsvinding, met aandacht voor alle omstandigheden en belangen van het concrete geval.

Er is het mooie verhaal van twee van de grootste figuren van het Amerikaanse recht, Justice Holmes en Judge Learned Hand. Nadat zij samen hadden geluncht en Holmes juist in zijn koetsje wegreed, holde Hand hem plotseling achterna en riep in een opwelling van enthousiasme: 'Do justice, sir, do justice!' Holmes liet zijn koetsje stoppen en zei door het raampje: 'that is not my job. It's my job to apply the law.'<sup>59</sup>

Beiden hebben gelijk: 'to do justice and to apply the law'.

## Wetenschap kan niet zonder durf en ambitie.

50. Zie de boeiende bijdrage van M. Verhorst, 'De rechtswetenschappelijke gemeenschap', in: *Nederlandse rechtswetenschap*, (O.W.M. Kamstra, F.B.M. Kunneman, C.W. Maris, red.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 341 e.v.

51. Verhorst, a.w., p. 341 e.v., p. 348.

52. E.M. Meijers, De taak der rechtswetenschap ten aanzien der vrije rechtspraak (oratie Leiden 2 november 1910), H.D. Tjeenk Willink & Zoon, Haarlem 1910, *VPO* 1, p. 3 e.v. Daarop volgde de zin: 'Daardoor heeft zij dikwijls de ondankbare taak te vervullen, met opoffering van veel intellect zeer weinig wetenschap voort te brengen? Zie voorts, vele jaren later, de visitatiecommissie onderzoek rechts-

geleerdheid 1996, *VSNU* april 1996, p. 15, die de voorlichtende taak van de rechtswetenschap ook nadrukkelijk waardeert, zij het binnen zekere grenzen.

53. En ook, zij het iets minder zichtbaar, voor de voorbereiding van wetgeving. Niet toevallig vinden nogal wat gepromoveerde juristen hun weg naar de wetgevingsafdelingen van departementen.

54. Vranken, a.w. 1995, nr 176. Misschien is een parallel te trekken voor de verhouding tussen de medische wetenschap en de medische praktijk.

55. A.R. Bloembergen, *Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht*, *Bloembergens Werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 507; eerder verschenen in *Nederlandse rechtswetenschap*,

a.w. 1988, p. 61 e.v. Zeer helder vind ik het boek van Kunneman, a.w. 1991.

56. Uitvoeriger Bloembergen, a.w. 1992, p. 520 e.v.

57. Vranken, a.w. 1995, onder meer in nr 250.

58. Zie daarover Hol, a.w. 2003.

59. Het is niet verwonderlijk dat de anekdote voorkomt in het boek van Robert Bork, *The Tempting of America*, in zekere zin zijn apologie nadat de Senaat een stokje had gestoken voor zijn benoeming tot lid van het Amerikaanse Supreme Court. Bork was, kort gezegd, van oordeel dat de rechter is gebonden aan de 'original intent' van de Grondwet en dus niet mag interpreteren naar de (constitutionele) noden van elke dag. De discussie speelt, vooral in Amerika, nog steeds.



### iii. 'Is' of 'ought'?

Het is vaker opgemerkt dat het rechtswetenschappelijk onderzoek zich meer richt op het recht zoals het *zou moeten zijn*, dan op het recht zoals het *is*. In vrijwel alle wetenschappen is het omgekeerde het geval.<sup>60</sup> Historici hebben hun handen vol aan het reconstrueren, begrijpen en verklaren van het verleden; zoals sociologen hun handen vol hebben aan de maatschappij en politicologen aan het politieke systeem, germanisten hun handen vol hebben aan die moeilijke taal, etc. Een historicus zal zich nooit uitlaten over de vraag hoe de geschiedenis had moeten verlopen, net zomin als een germanist zich zal uitlaten over de vraag hoe het Duits eruit zou moeten zien. En nu de maatschappijwetenschappen zich niet meer, zoals in de jaren zeventig, tot doel stellen kritisch te zijn en de maatschappij te verbeteren, zijn zij ook 'gewone' wetenschappen geworden. Recht is daarentegen in hoge mate óók een normatieve wetenschap. We zagen dat aan de hand van de wrongful life-casus: hoe moraal, maar ook inzichten over de inrichting van onze nationale en internationale samenleving, doorklinken in de uitkomsten van de onderzoeker.<sup>61</sup> Het is het eigen oordeel van de onderzoeker.<sup>62</sup> Voor dát deel is een harde toetsing niet eenvoudig; maar *controle* wel.

## 8. Denken over wetenschap: leuk voor de zaterdagmiddag?

Waarschijnlijk is van de drie gezichtspunten – rechtvaardigheid, rechtszekerheid en doelmatigheid – dat van de doelmatigheid nog het gemakkelijkst te toetsen, te verifiëren of te falsifiëren.<sup>63</sup> Niet toevallig wordt juist dat doelmatigheidsonderzoek gerekend tot het domein van rechtssociologen, rechtspsychologen<sup>64</sup>, rechtsantropologen<sup>65</sup>, rechtseconomen<sup>66</sup> en bestuurskundigen<sup>67</sup>, disciplines met een meer empirische inslag, die (ook) deel uitmaken van de sociale wetenschappen. Dit zijn geen disciplines die in het hart van het klassieke juridische onderzoek liggen.<sup>68</sup> De meeste onderzoekers aan juridische faculteiten zullen geen empirisch onderzoek verrichten, ofschoon daar wel enige verandering in komt.<sup>69</sup> Maar ook is het niet zo dat iedere opvatting, iedere theorie of iedere interpretatie even goed of slecht is, dus even wetenschappelijk. Wie zo oordeelt, merkt rechtsfilosoof Carel Smith terecht op, plaatst zichzelf buiten de traditie en 'vergeet dat hij deze uitspraak alleen kan doen in de taal van zijn gemeenschap en met behulp van een reeds aanwezig conceptueel kader'.

## Ligt de nadruk thans niet te veel op het verspreiden van kennis in plaats van op het vergroten van kennis?

'We betwisten of rechtvaardigen onze uitspraken binnen een gemeenschap van deelnemers, door ons te beroepen op gezichtspunten die door allen, de meesten of de verstandigsten voor waar of geldig worden aangezien. Uitspraken of interpretaties zijn niet "waar" of "geldig" als de proposities corresponderen met een vooraf gegeven stand van zaken – die is er niet – maar zijn dat als ze in overeenstemming zijn met gezichtspunten, concepten, waarden en beginselen waarover in de gemeenschap consensus bestaat. (...) Niet iedere interpretatie is dus even goed; niet elk argument is steekhoudend; niet alle regels zijn rechtsregels.'<sup>70</sup>

Er is dus een minimale overeenstemming nodig tussen betrokkenen over betrouwbare methoden van onderzoek.<sup>71</sup> Bijvoorbeeld over 'geldige' bronnen.<sup>72</sup> Die overeenstemming is er in de rechtswetenschappelijke gemeenschap wel degelijk, zij het vaak (te) impliciet. Recht is veel meer dan wat de rechter, of de onderzoeker, als ontbijt heeft gehad. Daarover bestaat overeenstemming. Het probleem zit hem vooral in de *toetsbaarheid* als aspect van wetenschappelijk onderzoek. Het rechtsgeleerde onderzoek zal niet zo gemakkelijk leiden tot theorieën die bevestigd kunnen worden door voldoende bewijsmateriaal (het 'verificationisme') of tot theorieën die weerlegbaar zijn (het 'falsificationisme'). Maar het is niet onmogelijk. Richard Posner, die ik eerder aanhaalde, heeft daarin gelijk. Maar hij is te zeer gericht op de methode van de natuurwetenschap.

Een boeiende (wetenschappelijke) exercitie zou zijn de stelling om te keren. Wat zou er gebeuren als juridische faculteiten géén belangstelling zouden hebben voor de wetenschappelijke aard van hun arbeid, en als het recht het exclusieve domein zou worden van het HBO? Het zou onverstandig zijn, maar niet alleen van de faculteiten. Onze samenleving is steeds meer 'a nation under lawyers'.<sup>73</sup> Het recht en zijn beoefenaren, de juristen, duiken overal in het maatschappelijk leven op – vaak waar men ze niet verwacht. Alleen al om die reden is het van groot belang dat binnen onze faculteiten op hoog niveau onderzoek wordt gedaan, en dat daar (NWO-)geld voor is.<sup>74</sup>

Zo kom ik – voorlopig – tot de volgende taken en

60. Zie daarover uitvoerig Kunneman, a.w. 1991; er is, zoals over vrijwel alles in deze rede, veel meer over geschreven.

61. Over de relatie tussen recht en moraal is heel veel geschreven. Zie bijv. de lezingen van Jürgen Habermas, *Recht en moraal*, Kampen: Uitgeverij Kok Agora 1988, met een verhelderende inleiding door Wibren van der Burg en Willem van Rijen waarin zij ingaan op de vraag of recht, politiek en moraal niet niet alleen verstrengeld zijn, maar zelfs versmelten. Als voorbeeld noemen zij op p. 45 de bio-ethiek waarin kwesties als euthanasie, genetische manipulatie e.d., morele, politieke en juridische argumenten vrijwel onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn in een juridisch en politieke geïnstitutionaliseerde discussie over 'medische ethiek'. Zie, juist over die bio-ethiek waar de ethische vragen natuurlijk voor het oprapen liggen, recenter Van der Burg, *A Companion to Bioethics* (Helga Kuhse and Peter Singer, ed.), Black-

well Publishers 2001, p. 49 e.a.

62. Meijers gaat hier in zijn proefschrift uitvoerig op deze problematiek. Ik verwijs daar korthedshalve naar, E.M. Meijers, *De dogmatische rechtswetenschap* (1903).

63. Heel in het kort hierop neerkomend dat wetenschappers zich niet moeten richten op de bevestiging van hun hypothesen en ideeën, maar juist op het onderuithalen ervan. Vooruitgang is, volgens Popper, alleen goed mogelijk als vermeende zekerheden ter discussie staan. Uitvoeriger bijv.: Herman Koningsveld, a.w. 1987, p. 93 e.v., maar ook Barendrecht, a.w. 1992.

64. P.C. van Koppen, *Het recht van binnen – psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002.

65. J.M. Otto, 'Moet rechtsantropologie?', *Recht der Werkelijkheid* 2002, p. 51 e.v. waarin hij pleit voor de introductie van sociaal-wetenschappelijke kennis in de juridische opleiding.

66. Posner, a.w. p. 362 e.v., is kritisch over de vraag of de rechtseconomie een wetenschap is.

67. Zie bijv. E.R. Muller, 'Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde', *Meijers-reeks* nr 39, Kluwer 2001.

68. Men spreekt wel van hulpdisciplines, vgl. Kunneman, a.w. 1991, p. 46 e.v.

69. Met name zogenoemde wetevaluaties, in opdracht van ministeries, vragen empirische expertise.

70. C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden 1998), *Meijers-reeks* nr 4, Maastricht: Shaker Publishing 1998, p. 68 en 69.

71. Uitvoeriger Verhorst, a.w. p. 349 e.v.

72. Zo noemt Schuyt, a.w. 1995, p. 38, enkele ongeldige bronnen van wetenschappelijke kennis, zoals de eigen ervaring, de journalistiek, overheidsrapporten (als naar hun aard partijdig), literatuur.

73. Zie het boek van Mary Ann Glendon, *A Nation under Lawyers, How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, Harvard University Press 1996.

74. Aldus ook de Commissie-Franken, a.w. 1995.

**Auteurs die de pretentie hebben een wetenschappelijk stuk te hebben geschreven behoren ónder die publicatie informatie te verstrekken over mogelijke belangenverstrengeling.**

kenmerken van het rechtswetenschappelijke onderzoek:

- ons object van onderzoek is het recht in zijn maatschappelijke context;
- op kritische wijze wordt een onderzoeksvraag geformuleerd;
- op kritische en integere wijze verzamelen, ordenen, (nauwgezet) analyseren en interpreteren (Verstehen) wij de bronnen (wetgeving, rechtspraak en literatuur);
- wij zijn sterk gericht op het debat (recht als discursieve grootheid), op het vergroten van kennis (het onderzoek is innovatief) en op het formuleren van (verklarende en voorspellende) theorieën;
- wij zoeken naar samenhang binnen het recht;
- er is aandacht voor de sociaal-wetenschappelijke aspecten;
- er is waakzaamheid als het gaat om de normatieve aspecten van zowel de onderzoeksvraag als van de resultaten van het onderzoek;
- en dat alles binnen een gemeenschap waarin voldoende overeenstemming bestaat over de methode van goed rechtswetenschappelijk onderzoek.<sup>75</sup>

Rechtswetenschappelijk onderzoek hoeft niet empirisch te zijn, maar de onderzoeker zal zich het belang ervan wel voortdurend moeten realiseren. Voorts zal de rechtswetenschap oog moeten hebben voor de kwaliteit en de kenbaarheid van haar methode(n), het belang van een open, werkelijk wetenschappelijke structuur en voor de kwaliteit van de toetsing van haar resultaten.

Ik eindig met Kunneman, die zijn boek over de taken van de rechtswetenschap aldus afsluit:

‘Een meerderheid van de rechtswetenschappers laat zich weinig of niets gelegen liggen aan de uitkomst van een debat over de status van de rechtswetenschap. In termen van Kuhn is men vlijtig bezig de puzzels op te lossen binnen het paradigma van de huidige Nederlandse rechtsgeleerdheid. Het gebrek aan interesse voor de status van de rechtswetenschap heeft waarschijnlijk mede te maken met het praktische karakter ervan. Beschouwingen over, en voorstellen voor een andere rechtswetenschap worden door velen als louter academische spinsels beschouwd: leuk voor de

zaterdagmiddag, maar het werk moet worden gedaan.’<sup>76</sup>

Wat kunnen we er aan doen?

**9. Welke consequenties zou dit kunnen hebben voor ons onderzoek?**

Naarmate het juridische onderzoek meer toetsbaar wordt, neemt het wetenschappelijk gehalte toe. Vooraf wil ik benadrukken dat er in ons land veel hoogwaardig rechtswetenschappelijk onderzoek wordt verricht; opeenvolgende visitatiecommissies, waarvan de meest recente onlangs verslag deed<sup>77</sup>, kwamen tot die conclusie. Maar let wel: dan zijn het toch steeds juristen die juristen beoordelen. Ik denk dat het goed is om in samenspraak met andere wetenschappen kritisch na te denken over het wezen van het rechtswetenschappelijk onderzoek: hoe doen we het?, hoe gaan we om met het gevaar dat de onderzoeker ‘samenvalt’ met zijn onderzoek?, waar publiceren we?, hoe ‘wegen’ wij onze publicaties?, en vaak: hoe streng zijn we voor onszelf? Om de discussie daarover te stimuleren, doe ik enkele suggesties.

**i. Onze ambitie moet zijn gericht op innovatie**

Vernieuwing en vooruitgang is een kenmerk van alle wetenschap. Dat geldt ook voor de rechtswetenschap<sup>78</sup>, lineair, of in revoluties met paradigmaverschuivingen<sup>79</sup>. Denk alleen al aan de stormachtige ontwikkelingen in het denken over mensenrechten. Het wetenschappelijk onderzoek is qua methode weliswaar sterk verwant aan het rechterlijk oordeel, maar behoort naar mijn opvatting bij voorkeur aan dat rechterlijk oordeel vooraf te gaan. Scholten schreef: ‘De rechtswetenschap is de voortzetting van het recht.’<sup>80</sup> Het – altijd voorlopige – eindpunt van het wetenschappelijk onderzoek kan niet zijn het oordeel van de Hoge Raad of van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Zélf s niet het EVRM; wij behoren vérder te denken.

Wetenschap kan ook niet zonder durf en ambitie. Een van de belangrijkste wetenschappelijke juridische publicaties van de afgelopen periode is zonder twijfel het *Algemeen Deel* van de Tilburgse hoogleraar Vranken. Hij gaf het boek als motto mee: ‘Science is only fertile when it is fancy’. Hij schrijft: ‘(...) een (wetenschappelijke, CS) literatuur die niet ook ten minste voor een deel bestaat uit vrijblijvend stoeien met nieuwe ideeën, invalshoeken en theorieën is geen knip voor de neus waard. (...) Tegenwoordig is in dit verband een niet genoeg te prijzen eigenschap.’<sup>81</sup>

Vrankens voorganger schrijft in *diens* Algemeen Deel uit 1934 dat de jurist Hamaker zo’n man was. Scholten schrijft over Hamaker:

‘Men kan zijn beschouwingen over recht en maatschappij ten enenmale verwerpelijk vinden, toch

75. Onder meer Kunneman heeft er op gewezen dat er tussen de verschillende rechtsgebieden (strafrecht, civielrecht, bestuursrecht enz.) nuances bestaan in de wijze waarop deze taken worden ingevuld, p. 22. In zijn oratie uit 1947 wees Logemann er op dat er meer dan één rechtswetenschap is. Elk heeft een eigen object en methode: ‘Wat hen verbindt – is hun betrokkenheid op dezelfde verschijnselen, die zij alle op hun wijze, d.i. in eigen graad en richting abstraherende, doorzichtig maken.’, J.H.A. Logemann, *Wegen der rechtswetenschap* (oratie Leiden 1947), ‘s-Gravenhage: Uitgeverij W. van Hoeve, p.

13. Logemann trad in discussie met C. van Vollenhoven die in 1901 zijn oratie wijdde aan de plaats van de rechtswetenschap: C. van Vollenhoven, *Exacte rechtswetenschap*, Leiden: E.J. Brill 1901.

76. Kunneman, a.w. 1991, p. 51. Kritisch is ook Hol in een nog te verschijnen artikel, a.w. 2003.

77. Rapport onderzoeksbeoordeling Rechtsgeleerdheid 1995-2000, naar haar voorzitter: de commissie-Ten Kate, *VSNU* december 2002.

78. Cliteur, a.w. 2002, p. 25, waar hij spreekt van ‘cumulatie van kennis’.

79. T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago 1962. Volgens Kuhn zijn er perioden van

‘normale wetenschap’ waarin dogmatisch vanuit theorieën en paradigma’s (het geheel van binnen een wetenschappelijke gemeenschap aanvaarde formules, toepassingen, technieken) problemen worden opgelost, en korte perioden van ‘revolutionaire wetenschap’, waarin een oud paradigma wordt vervangen door een radicaal andere benadering. Kuhns werk is herhaaldelijk beschreven en samengevat: vergelijk bijv. Herman Koningsveld, a.w. 1987, p. 155 e.v., en Gerard de Vries, a.w. 1995, hoofdstuk 3.

80. Scholten, a.w. p. 458.

81. Vranken a.w. 1995, nr 175.



moet men erkennen, dat hij – in het wat duffe huis van de recht(s)wetenschap van zijn tijd – waar de wetenschap tot wetgeleerdheid was verschrompeld, een raam openwierp, nieuwe gezichten deed zien, waarvan men geen voorstelling had. Scherp denker als weinigen, ontdekte hij overal in het schijnbaar goed gevoegde gebouw van het recht breuken en scheuren, vond hij voortdurend logische fouten in van geslacht op geslacht overgeleverde redeneringen. In de rechtswetenschap heeft hij een stoot gegeven, die nog niet heeft uitgewerkt.<sup>82</sup>

Ik citeer de passage, niet vanwege de persoon Hamaker maar omdat zij tekenend is voor het onderscheid tussen geleerdheid en wetenschap. De VSNU hanteert voor het onderscheid tussen een wetenschappelijke en een vakpublicatie het criterium: *increasing the body of knowledge* (wetenschap) versus *disseminating* (geen wetenschap).<sup>83</sup> Het eerste onderzoek dient voorrang te hebben. Maar ik vraag mij af of onze knappe koppen (maar evengoed ons jonge, gepromoveerde talent), vaak niet te actief zijn in de fase ná het rechterlijke oordeel; en dan meer in het bijzonder in becommentariërende (en 'disseminating') zin. Dat zijn de bekende 'annotaties', die een oude traditie kennen. Maar men kan die annotaties in het algemeen<sup>84</sup> niet aanmerken als een pro-actieve vorm van onderzoek, vooruitlopend dus op bijvoorbeeld het rechterlijk oordeel. Licht de nadruk thans niet te veel op het *verspreiden* van kennis – in plaats van op het *vergroten* van kennis?<sup>85</sup> Concentreren wij ons (ik ook) niet teveel op het schrijven van praktische handboeken en het uitleggen van rechterlijke uitspraken? Naar een opmerking van de Amerikaan Epstein: '(...) legal scholarship cannot be confined to housekeeping duties.'<sup>86</sup>

## ii. Meer aandacht voor de persoon van de onderzoeker

Van de geesteswetenschappen kunnen wij wellicht leren hoe om te gaan met de spanning tussen objectiviteit en andere waarden. De methodologie van de geesteswetenschappen maakt een streng onderscheid tussen de waarden verbonden aan het *onderwerp* van studie en de waarden die de *wetenschappelijke methode* beheersen. Voor wat die methode betreft mogen we van iedere onderzoeker verwachten, aldus het standaardwerk voor de geesteswetenschappen van De Groot, dat hij zich richt naar de ideologie van logica, objectiviteit en open uitwisseling. Anderen zullen dan zijn werk kunnen overdoen en/of kunnen

onderscheiden waar invloeden van andere ideologieën dan die van de objectieve wetenschap in zijn onderzoek opzet of in zijn definities zijn binnengevloeien, of waar hij methodologische fouten heeft gemaakt:

'Uitwisseling en kritiek op deze open, democratische basis behoren tot de standaardwerkwijzen van de wetenschap. Er is volstrekt geen reden, waarom eenzijdigheden en fouten, die voortvloeien uit zogenaamde waarde-vooronderstellingen, op een andere wijze zouden moeten worden behandeld dan andere eenzijdigheden en fouten. (...) Ook vooropstellen van een levensbeschouwelijk principe is niet in strijd met de bereidheid om naar vermogen te streven naar (onder-)scheiding van beide ideologieën. (...) Te menen, dat dit niet *kan*, is een gevaarlijk en logisch volstrekt onnodig defaitisme.'<sup>87</sup>

Dit is een streng, maar ook geruststellend citaat. Het betekent voor de rechtswetenschap wel, zoals ik hiervoor al schreef, dat de ik-figuur van de onderzoeker een belangrijke rol speelt. 'Ik' dient, net zoals in de rechtspraak, nader toegelicht te worden. Vaak is te weinig van hem of haar bekend. Het lijkt mij dat auteurs die de pretentie hebben een wetenschappelijk stuk te hebben geschreven onder die publicatie informatie behoren te verstrekken over mogelijke belangenverstrengeling (bijv. de auteur schrijft over een onderwerp waarin hij ook een advocatenpraktijk of een adviespraktijk voert). Evengoed dient er informatie te worden gegeven over mogelijke externe financiers van het onderzoek. Voor de grote medische tijdschriften is dat al volstrekt normaal. Nu een deel van de universitaire onderzoekers de juridische wetenschap combineert met een commerciële praktijk, is het geven van die informatie broodnodig.<sup>88</sup> Bovendien neemt het aantal auteurs dat helemaal geen wetenschappelijke functie heeft sterk toe. Zij allen behoren openheid van zaken te geven. Serieuze wetenschappelijke tijdschriften zouden dergelijke meldingen, bij voorkeur aan het slot van het artikel, verplicht moeten stellen.<sup>89</sup> Hoogleraar te Leiden en tevens advocaat te Utrecht' (een willekeurig voorbeeld) lijkt mij te weinig informatief.

## Hoe open was eigenlijk de discussie in het NJB, door Barendrecht in gang gezet, over 'het zwijgrecht van de strafrechtgeleerde'?

82. Asser-Scholten (Algemeen Deel), p. 188.

83. VSNU-protocol 1998, *Assessment of Research Quality*. Wetenschappelijke publicaties worden gericht op het forum van de wetenschappers; vakpublicaties zijn gedefinieerd als 'publication about a result of academic research, aimed at an audience with professional interest' (p. 42, 43). Lastig voor de rechtswetenschap, maar tegelijkertijd ook wel zo aardig, is dat bij haar deze beide doelgroepen goeddeels samenvallen.

84. Hoewel de ene annotatie de andere niet is. Zo zijn de noten in *Ars Aequi* vaak parels van wetenschappelijk werk (maar zij hebben ook eigenlijk een andere – didactische – functie) en brengen ook NJ-noten het denken soms vooruit. Maar in het algemeen geldt de noot toch als een bondige toelichting op de uitspraak. Interessant is de observatie van J.W. Zwemmer, 'Openbaar Ministerie en wetenschap – De invloed van de conclusies in belastingzaken van het Openbaar Ministerie bij de Hoge Raad, gezien vanuit de belastingwetenschap', *FED/139*,

dat conclusies van het OM in toenemende mate bijdragen aan de wetenschappelijke vooruitgang.

85. Men kan in elk geval de rechtswetenschap niet het verwijt maken dat zij onvoldoende maatschappelijk nut kent. Waar de universiteit als geheel zich kenmerkend dient te verdedigen tegen de claim (van bijv. het ministerie van Economische Zaken) dat zij onvoldoende bijdraagt aan de Nederlandse economische groei, zodat overheidsbemoeienis met de inhoud van het wetenschappelijk onderzoek in de rede zou liggen – zie (tegen die claim) D.D. Breimer in: *De universiteit en de spanning van de werkelijkheid*, verschenen ter gelegenheid van het afscheid van Loek Vredevoogd als voorzitter van het College van Bestuur van de Universiteit Leiden, Leiden 2002 (eigen uitgave), p. 103 e.v., en in de *VSNU-uitgave* 'Wat is wijsheid? – Antwoorden op vragen naar de onbekende weg', april 2002, p. 58 e.v. – geldt mijns inziens voor de rechtswetenschap eerder het omgekeerde.

86. Richard A. Epstein, Let 'The Fundamental Things Apply': Necessary and Contingent Truth in Legal

Scholarship, 115 *Harvard Law Review*, 1289 (2002), over de taak van het rechtswetenschappelijk onderzoek.

87. A.D. de Groot, *Methodologie – Grondslagen van onderzoek en denken in de gedragswetenschappen*, Assen: Van Gorcum, 12e druk 1994, p. 371, 372.

88. Men kan tegenwerpen dat we toch wel wéten dat prof. X ook een belastingadviespraktijk heeft, maar – zo dat al het geval is – weet degene die de publicatie over tien jaren raadpleegt dat mogelijk niet meer. Zie de waarschuwendende woorden van de visietatie-commissie, a.w. 2002, p. 27, 28.

89. Een positieve uitzondering is het *Nederlands Juristenblad* dat sinds een jaar voorschrijft dat auteurs die bij een zaak of onderwerp (!) waarover zij in het *NJB* willen schrijven, betrokken zijn of zijn geweest, dat in een voetnoot dienen te vermelden met een korte uitleg van de aard van hun betrokkenheid, Aanwijzingen voor auteurs, *NJB* 1 maart 2002. De vraag is wel of auteurs zich die regel voldoende realiseren.



### iii. Meer aandacht voor methoden en technieken

Ofschoon de rechtswetenschap wel veel aandacht heeft voor methoden van *rechtsvinding*, kent zij toch nauwelijks een canon van methoden en technieken van wetenschappelijk onderzoek.<sup>90</sup> Althans, die zijn er waarschijnlijk goeddeels wel, maar ze blijven doorgaans erg impliciet. Als bij NWO juridische voorstellen worden beoordeeld door niet-juristen (en dat is vaak het geval), dan worden die voorstellen nogal eens afgewezen omdat de aanvraag een expliciete methodologische paragraaf ontbeert. Juristen zijn daar vaak boos om. Zij menen dat zij, zij het impliciet, wel degelijk een methode volgen. Toch lijkt het beter daaraan meer aandacht te besteden,<sup>91</sup> ofschoon Nieuwenhuis onlangs zelfs nog stelling nam tegen een heldere probleemstelling:

'Met betrekking tot het (...) punt *clarity of problem definition* moet krachtig weerstand worden geboden aan het oprukkende bèta-model. Waarom sterven stekelbaarsjes als je ze laat zwemmen in een vijver vol jenever? Dit is een heldere probleemstelling, maar geen vraagstuk van burgerlijk recht. Bij geen van de civielrechtelijke proefschriften, geschreven in de jaren zeventig en thans nog waard te worden gelezen, werd de start gemarkeerd door een heldere probleemstelling. Integendeel, een heldere probleemstelling als startblok van het proefschrift is een garantie voor de onbenulligheid van het resultaat. *Die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug*. Pas tegen sluitingstijd rijst het inzicht: Was dit het, wat ik wilde zeggen?'<sup>92</sup>

Heeft hij gelijk? We zullen het erover moeten hebben. In bijvoorbeeld een vergelijkbare discipline als de geschiedenis is een behoorlijke probleemstelling en een verantwoording van de gehanteerde methode ook volstrekt gebruikelijk.<sup>93</sup> Waar dat nog niet gebeurt, zouden we in de promotieopleiding meer aandacht moeten besteden aan methoden en technieken, mogelijk ook al eerder in het onderwijs.<sup>94</sup>

### iv. De rechtswetenschap hoort een open systeem te zijn

Wetenschap verkondigt geen absolute waarheden, maar vindt altijd plaats vanuit een bepaald perspectief en in een bepaalde context. Dat geldt voor alle wetenschappen. Een goede wetenschapper zal altijd rekening houden met de mogelijkheid dat een theorie of een oplossing in de toekomst onjuist of ongeschikt zal blijken te zijn. Wetenschappelijke publicaties mogen daarom niet 'onkwetsbaar' zijn. Wetenschap hoort principieel open en daarmee controleer-

baar en falsifieerbaar te zijn. Daarin verschilt de rechtswetenschapper van advocaten die zich in hun pleitnota's verschansen<sup>95</sup>. En ook rechters plegen in hun vonnissen een consistente argumentatie naar de beslissing te formuleren, waarin slechts zelden ruimte is voor openheid over mogelijke andere oplossingen.<sup>96</sup> Presenteren wij rechtswetenschappers onze wetenschappelijke publicaties niet te vaak als een pleitnota, te weinig 'open', en aldus te weinig ruimte gevend aan controleerbaarheid en falsifieerbaarheid? Hoe open was eigenlijk de discussie in het NJB, door Barendrecht in gang gezet, over 'het zwijgrecht van de strafrechtgeleerde'? Als ging het om een petitie aan de regering, zo reageerde een keur van strafrechtgeleerden op Barendrechts poging een breed debat te openen. Geen debat werd het, maar een uitwisseling van verklaringen.<sup>97</sup>

Openheid lijkt juist in een wetenschap die zich presenteert als 'discursief' van groot belang. De wetenschapper treedt zijn of haar object met een bepaalde geestesgesteldheid of dispositie tegemoet. Naarmate de eigen positie (standpunt, dogma's, vooringenomenheid enz.) duidelijker wordt onderkend, doen eventuele contra-argumenten er meer toe (het is duidelijker dat ze botsen) en zal men de eindbeslissing meer laten bepalen door de weging van argumenten dan door eigen vooringenomenheid. Die weging moet vervolgens weer inzichtelijk worden gemaakt door argumentatie.<sup>98</sup>

Bij een steeds groter wordende rol van open (vage) normen, neemt het belang voor openheid van het wetenschappelijk debat alleen maar toe. Voor de rechtspraak heeft Barendrecht de falsifieerbaarheid betrokken op de discussie over vage normen versus scherpe normen. In zijn proefschrift is hij kritisch over vage normen omdat die zich, anders dan de scherpe, nauwelijks laten falsifiëren: toepassing ervan door de rechter levert, naar zijn oordeel, altijd een juist resultaat op en kan dus nooit worden ontmaskerd als onjuiste oplossingen gevend.<sup>99</sup> Ligt dat wezenlijk anders voor de onderzoeker? Juridische onderzoekers verzamelen, beschrijven, ordenen, systematiseren, doordenken oplossingen voor maatschappelijke problemen, maar komen in hun publicaties vaak ook met 'de' oplossing.

De vraag is of zij daarin niet iets terughoudender zouden moeten zijn. Zouden zij zich niet moeten beperken tot het aangeven van de verschillende *oplossingsrichtingen*, scenario's; omdat juist in een echte keuze een sterk persoonlijke (normatieve) inslag niet te vermijden is? Wie is de jurist-onderzoeker dat hij een als juist gepresenteerde afweging maakt tussen bijv. doelmatigheid, rechtvaardigheid en rechtsze-

90. Hoewel men met deze uitspraak moet oppassen: F.B.M. Kunneman, *Object en methoden van rechtswetenschap en juridisch onderwijs*, in: Nederlandse rechtswetenschap, a.w. 1988, p. 176, onderscheidt een negental interpretaties van het begrip 'methoden van rechtswetenschap'. Met name als het gaat om juridische vaardigheden als het oplossen van een casus, maar ook voor het doen van rechtsvergelijkend en historisch onderzoek, kent de rechtsgeleerde opleiding al een lange traditie. Maar dat geldt veel minder voor het rechtswetenschappelijk onderzoek in het algemeen. Vergelijk voorts de inventarisatie aan literatuur in het rapport van R.C. P. Haentjes e.a., *Object en methode in de Nederlandse rechtswetenschap*, Huisdrukkerij Universiteit van Amsterdam 1985. Het vervolgonderzoek waarnaar wordt verwezen, heb ik niet kunnen vinden.

91. Aldus ook de Visitatiecommissie onderzoek rechtswetenschap van 1996: 'Het valt op dat de methode

van onderzoek vaak impliciet blijft, al is (voegt de commissie daaraan wel toe; CS) de aandacht voor de methode wel gegroeid'; en vervolgens: 'Een dergelijke methodische en dogmatische bezinning draagt bij aan de kwaliteit van de rechtsontwikkeling', *VSNU* april 1996, p. 13, 14. Zie voorts Bloembergen, a.w., die niet inziet waarom rechtsgeleerdheid geen vak methoden & technieken van wetenschappelijk onderzoek zou kunnen kennen.

92. J.H. Nieuwenhuis, 'Berichten uit de dissertatiefabriek, Redactioneel', *NTBR* 2002, p. 355.

93. Zie bijv. heel fraai de methodologische verantwoording in Srebrenica – een veilig gebied, Amsterdam: Boom 2002, p. 13 e.v.; zie – voor de geschiedwetenschap – voorts *Geschiedenis als wetenschap*, samengesteld door P.B.M. Blaas, Martinus Nijhoff, Den Haag 1979.

94. Deze vraag wordt naar het juridische onderwijs doorgetrokken door J.B.M. Vranken en C.E.C. Jansen, 'Legal academic training requires teaching law

from a comparative perspective', *Ars Aequi* 2002, p. 854 e.v.

95. Zouden zij dat niet doen, dan zouden ze een beroepsfout begaan.

96. Op dit punt verschilt de rechtspraak per land. Zo kent een uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof bijv. meer dan de Nederlandse Hoge Raad (en nog veel meer dan de Franse Cour de cassation) een cultuur van 'open debat'. Angelsaksische rechtssystemen kennen dissenting opinions waarin het debat binnen het hof zich nog gemakkelijker laat herkennen.

97. Het zwijgrecht van de strafrechtgeleerden. *Reacties, NJB* 2002, p. 1988 e.v.

98. Vgl. H-G Gadamer, *Truth and Method*, London: Sheed & Ward 1985 [1975], Eng. vert. van *Wahrheit und Methode* (1960).

99. Barendrecht, diss. 1992, hoofdstuk 2.

kerheid? Zou hij dat niet meer moeten overlaten aan de rechter, of aan de wetgever? Moet ik wel een keuze maken uit de diverse oplossingen voor wrongful life? De sociale wetenschappen hebben de afgelopen decennia een ontwikkeling doorgemaakt waarbij men halt houdt bij de oplossingsrichtingen. Zou de rechtswetenschap dat ook niet (méér) moeten doen? Is er, anders gezegd, geen reden tot meer theoretische distantie? De meeste juridische onderzoekers zijn onvoldoende toegerust om een analyse te maken van de doelmatigheid van een oplossing en die af te wegen tegen de andere perspectieven. We zullen het er over moeten hebben.

#### v. Meer aandacht voor het ontwikkelen van indicatoren voor goed onderzoek

Toetsbaarheid, het zij herhaald, is belangrijk. Daarin speelt een belangrijke rol het medium waaraan wij onze publicaties toevertrouwen. De rechtswetenschap kent nauwelijks *refereed journals* en evenmin een *ranking* in A-, B-, en C-tijdschriften. Zo'n *ranking*, houden we elkaar voor, is een kansloze onderneming binnen de juridische discipline. Maar in Vlaanderen heeft men nu toch een serieuze aanzet gegeven.<sup>100</sup> Enige selectie lijkt mogelijk. Moet er toch niet een schifting komen in de vele tientallen tijdschriften die we kennen; een schifting op wetenschappelijke kwaliteit? Moeten wij niet, zoals in Vlaanderen is gebeurd, op zoek naar indicatoren voor kwaliteit in het rechtswetenschappelijk onderzoek? Moeten wij in het algemeen niet nog kritischer nadenken over de presentatie van onze output? De rechtswetenschap kent de laatste twintig jaren een vloed aan nieuwe tijdschriften, vaak opgericht op initiatief van uitgevers, waarvoor soms met moeite voldoende redacteurs gevonden konden worden. Wat stelt, bij ontbreken van een *peer review*, de wetenschappelijke toets dan nog voor? *Bèta*-tijdschriften laten veelal auteurs betalen voor publicatie van hun artikel. Van dat geld kan men het systeem van *peer review* financieren. Wetenschappers uit ander disciplines verbazen zich verder vaak over het gemak waarin juristen in bundels publiceren waarover zij zelf de redactie voeren (ik behoor daar ook toe). Waar, zo vragen zij zich af, vindt dan nog de onafhankelijke wetenschappelijke kwaliteitstoets plaats?

Op één punt is in elk geval al veel winst geboekt. De decanen van de verschillende juridische faculteiten bereikten met het oog op de onlangs afgeronde onderzoeksvisitatie overeenstemming over het onderscheid tussen wetenschappelijke en vakpublicaties; de visitatiecommissie heeft hen daarin gevolgd.<sup>101</sup>

#### vi. Afstand nemen van niet-wetenschappers

Het is voor universitaire onderzoekers van extra belang hun positie te markeren. Tal van advocatenkantoren, verzekeraars of ander bedrijfsleven zijn 'bundels' gaan produceren: dat geeft een extra kwaliteitsdimensie aan kantoor en bedrijf. Maar het zijn vaak boeken waarin de grens tussen 'wetenschappelijk' en 'vak-' diffuus is en waarop nauwelijks externe weten-

schappelijke controle plaatsvindt. Wat is zo'n stuk dan waard? Moeten universitaire onderzoekers niet voordat zij meedoen, eisen dat de redactie van zo'n bundel voldoende erkende wetenschappelijke expertise heeft? Misschien moeten we eenvoudigweg erkennen dat het produceren van bundels met de presentatie van wetenschappelijk onderzoek, voor bijvoorbeeld advocatenkantoren een branchevreemde activiteit is, waaraan wij zo min mogelijk moeten meedoen.

#### vii. Meer aandacht voor het belang van empirisch onderzoek

De bestuurskundige en jurist Muller heeft er in zijn oratie op gewezen dat in de rechtswetenschap empirisch onderzoek nog schaars is, terwijl toch op elk denkbaar terrein van de rechtswetenschap empirisch onderzoek wenselijk is. Het stimuleren van theoretisch onderzoek en empirische verificatie van veronderstellingen kan de relevantie van de rechtsweten-

### Moet er niet een schifting komen in de vele tientallen tijdschriften die we kennen; een schifting op wetenschappelijke kwaliteit?

schap verder versterken.<sup>102</sup> Hij heeft gelijk: bijvoorbeeld alleen al op mijn eigen terrein, het burgerlijk recht, wat wéten we daar nu eigenlijk echt? Externe financiers vragen steeds vaker, en terecht, om empirisch onderzoek, bijvoorbeeld voor effectiviteitsanalyses van wetgeving. Maar ook al is de rechtswetenschapper onvoldoende geverseerd in de methode van empirisch onderzoek (overigens niet ál te ingewikkeld), ten minste enig gevoel voor de empirie is geboden.

#### viii. Meer het internationale debat aangaan

Nederlandse onderzoekers kunnen, met het gemak waarmee zij althans de drie belangrijkste talen lezen, prominenter aanwezig zijn in het internationale debat.<sup>103</sup> De rechtswetenschap kent, anders dan vele andere wetenschappen, geen *lingua franca* meer. Principieel is binnen Europa een Griekse of Spaanse wet, of een Deens arrest, niet minder belangrijk dan een Engelse wet of uitspraak. We doen veel aan rechtsvergelijking (zie de bespreking van de *wrongful life*-casus), veel meer dan bijvoorbeeld Amerikanen, maar we beperken onze resultaten wellicht te veel tot de Nederlandse markt.<sup>104</sup> Overigens is niet elke in een vreemde taal gestelde tekst ook meteen een bijdrage aan het internationale wetenschappelijke debat.

#### ix. De weg naar een werkelijke *universitas scientiarum*

Ten slotte, als datgene waarmee ik begon waar is – dat vooruitgang in de overige wetenschappen vaak zal

100. Zie het boeiende rapport *Towards Indicators of Research Performance in the Social Sciences and Humanities, An exploratory study in the fields of Law and Linguistics at Flemish Universities*, M. Luwel e.a., Brussel juni 1999, een studie van de Vlaamse Interuniversitaire Raad, het Centrum voor Wetenschaps- en Technologie-Studies, Universiteit Leiden en de Administratie en Innovatie, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap. In Tilburg is over dit on-

derwerp een proefschrift in bewerking genomen.

101. A.w. 2002, p. 26.

102. Muller, a.w. 2001, p. 9.

103. Overigens is niet iedere internationale publicatie meteen ook een wetenschappelijke publicatie. Veel, doorgaans Engelstalige, publicaties zijn als 'disseminating' te beschouwen (denk aan de zogenoemde landenrapporten).

104. Zie bijv. het Vlaamse rapport, a.w. 1999. Overigens zijn er natuurlijk grote verschillen tussen de

verschillende juridische disciplines; denk aan het internationaal recht dat naar zijn aard sterk Engelstalig is gericht. Zie voorts het recent verschenen *Rapport Nederlands, tenzij – Tweetaligheid in de geestes- en gedrags- en maatschappijwetenschappen*, Rapport van de Commissie Nederlands als wetenschapstaal, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen februari 2003. In dit, evenwichtige, rapport pleit de commissie voor tweetaligheid.





leiden tot juridische vragen – moeten wij dan niet binnen het geheel van de *universiteit(en)* meer zoeken naar interfacultaire samenwerking? Twee oud-decanen, van W&N en Geneeskunde, pleitten onlangs voor een *university wide graduate school*.<sup>105</sup>

Dat kan leiden tot de vervulling van die humanistische droom van een *universitas scientiarum*, een ontmoetingsplaats van alle wetenschappen.

Mijn slotconclusie kan kort zijn. De rechtswetenschap hoort meer aandacht te besteden aan haar status van wetenschap. Dat is geen vraag voor de zaterdagmiddag. Van andere wetenschappen kan zij leren hoe zij nog 'wetenschappelijker' kan worden. Er is evenwel geen reden tot bescheiden-

heid over de eigen wetenschap. Meijers heeft dat in zijn Rectorale rede uit 1927 zo verwoord:

'(...) de rechtswetenschap blijft dit op andere wetenschappen voor hebben, dat zij zich bezig

houdt met datgene, wat den mensch in zijn hoogere aspiraties het naaste staat: de gerechtigheid. De onvolkomenheid zijner kennis mag den jurist niet ontmoedigen; zij doet slechts het echt menselijke karakter zijner wetenschap duidelijker uitkomen.'<sup>106</sup>

## 10. Tot slot: de schoonheid van de wetenschap

In zijn bekende tv-serie zocht Wim Kayser naar de schoonheid van de wetenschap.<sup>107</sup> Vele collega's uit de natuurwetenschappen kunnen momenten van schoonheid aanwijzen. Juristen kennen die beleving ook; vaak komt zij tot uitdrukking in de rechtspraak. Het oordeel van Salomo over de toewijzing van een baby aan twee vechtende vrouwen is bekend, maar mij nogal ruw. Ik sluit daarom af met mijn ultieme schoonheidservaring, uit Rabelais.

Seigneur Joan, een Parijse nar, moest een beslissing geven over de schadeclaim van de kok van de braderij van het Petit Châtelet. De claim was gericht tegen een arme Parijse zakkendrager. Deze had bij de heerlijke geur van het gebraad van de kok zijn brood zitten opeten, en de kok wilde daarvoor een geldelijke vergoeding hebben. De rechter-nar wees de vordering toe. Hij beval de zakkendrager hem een stuiver te geven. Daarop liet hij de stuiver, ten overstaan van een grote menigte en een gespannen toekijkende kok, verscheidene malen op de stenen rinkelen. En hij sprak: 'het Hof verklaart dat de zakkendrager die zijn brood heeft opgegeten bij de lucht van het gebraad, de kok naar behoren heeft betaald met het geluid van zijn geld.'

105. Zie de bijdrage van Kees Libbenga en Bert Jan Vermeer, oud-decanen van respectievelijk de Faculteit der Geneeskunde en die der W&N, in: *De universiteit en de spanning van*

de werkelijkheid, verschenen ter gelegenheid van het afscheid van Loek Vredevoogd als voorzitter van het College van Bestuur van de Universiteit Leiden, Leiden 2002 (eigen uitgave), waarin zij

de stelling verdedigen dat een facultaire opbouw van universiteiten de wetenschapsontwikkeling remt. Zij pleiten voor een 'university wide graduate school'.

106. E.M. Meijers, 'De beteeke-

nis der burgerlijke wet in de huidige samenleving', *VPO* 1, p. 44.

107. Uitgegeven als *Het boek van de schoonheid en de troost*, Amsterdam: Uitgeverij Contact 2000.