



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Five reasons why: waarom rechtswetenschap geen harde of exacte wetenschap is

Kwak, A.-J.; Sombroek-van Doorm, M.; Leun, J. van der; Ellian, A.; Boom, W. van

Citation

Kwak, A. -J. (2021). Five reasons why: waarom rechtswetenschap geen harde of exacte wetenschap is. In M. Sombroek-van Doorm, J. van der Leun, A. Ellian, & W. van Boom (Eds.), *Cum Suis: Vriendenboek Carel Stolker* (pp. 181-201). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3463985>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3463985>

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

FIVE REASONS WHY: WAAROM RECHTSWETENSCHAP GEEN HARDE OF EXACTE WETENSCHAP IS

Arie-Jan Kwak¹

INLEIDING

Toen ik afstudeerde kreeg ik mijn bul van Carel Stolker. Nou ja, bijna dan. Carel was tijdens de afstudeerceremonie in het Academiegebouw lid van de achter de tafel gezeten examencommissie; ik kreeg de bul uiteindelijk van de voorzitter en dat was (natuurlijk) Arthur Elias. Toen ik na omzwervingen langs de UvA en de Erasmus Universiteit in Leiden terugkwam, was Carel Stolker de harmoniedecaan die de faculteit na een turbulente periode hard nodig had en later de rector die in Leiden de harmonie bewaakte tussen de faculteiten. In ons onderwijs gebruikten we in die jaren een tekst van Carel over de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid. Het artikel begon met een prikkelende anekdote waar ook de titel aan was ontleend. Carel Stolker vertelt over het gesprek dat hij had bij de opening van het tot rechtenfaculteit verbouwde KOG met de decaan van de Leidse faculteit Wiskunde en Natuurwetenschappen. De decaan verklaarde dat rechtswetenschap weinig met wetenschap te maken had. Stolker zei dat we dan ook officieel Faculteit der Rechtsgeleerdheid heten. 'Ja, antwoordde hij, geléerd zijn jullie wel!'²

We leggen deze tekst aan rechtenstudenten voor om hen uit te dagen mee te denken over de vraag waarom deze decaan ons geen echte wetenschappers vindt. Wat is er dan zo anders aan ons onderwerp van studie en de manier waarop we dit onderwerp bestuderen? Wat kunnen we, met andere woorden, tegen deze decaan zeggen? Ik denk dat we hem ten minste op vijf verschillen tussen natuurkunde en rechtsgeleerdheid kunnen wijzen die verklaren waarom ons onderzoek van een heel andere aard is dan het onderzoek dat aan de Faculteit Wiskunde en Natuurwetenschappen wordt gedaan.

-
- 1 Arie-Jan Kwak studeerde rechten in Leiden en filosofie aan de UvA. Sinds zijn promotie aan de Erasmus Universiteit is hij universitair docent bij de afdeling Encyclopedie en Rechtsfilosofie aan de Leidse rechtenfaculteit.
 - 2 Stolker 2003, p. 769.

In *Wahrheit und Methode*³ betoogt Hans-Georg Gadamer dat juristen bij uitstek hermeneutisch te werk gaan en dat iedere poging om het werk in het recht te reduceren tot de natuurwetenschappelijke ‘methoden en technieken’ gedoemd is te mislukken. Het centrale probleem is volgens Gadamer dat de moderne natuurwetenschap in haar streven naar objectiviteit probeert om de invloed van het subject en zijn historische en culturele context te elimineren: “Nur der versteht, der sich selber aus dem Spiele zu lassen versteht. Das ist die Forderung der Wissenschaft.”⁴ Een dergelijk ‘extern- of waarnemersperspectief’ heeft in de natuurwetenschappen enorme successen opgeleverd. In de mens- en cultuurwetenschappen pakt deze methode volgens Gadamer echter desastreuus uit.

Recht is het product van betekenisgeving; dat wil zeggen, het recht is het resultaat van het toekennen van een zekere betekenis en status (gezag) aan personen, gebouwen en teksten, en vervolgens van de interpretatie en kwalificatie van bepaalde handelingen en gebeurtenissen in procedures en instituties ter ordening van de samenleving en beslechting van conflicten. Het zien van de betekenis vergt het zien van iets dat vanuit een extern (wetenschappelijk) perspectief strikt genomen onzichtbaar is: menselijke intenties (*intentions*), overtuigingen (*beliefs*) en verlangens (*desires*). Het zien van betekenis vergt een ‘subjectiverende blik’ of, zoals in de psychologie wordt gezegd: een ‘theory of mind’. Het vereist het vermogen je in te leven in het perspectief van een ander en zijn of haar intenties, overtuigingen en verlangens te ‘zien.’ In de woorden van Jesse Bering:

“To perceive any event as meaningful (...) requires a theory of mind. There must be some intentional purpose, some intelligent reason, for the event to transpire. And this is just as true when we perceive meaning in mindless natural events (...) as it is when we’re reasoning about other (living) people’s everyday social behaviors. ‘What’s this about?’ we immediately ask ourselves.”⁵

De centrale stelling in dit betoog is dat het recht niet kan worden bestudeerd vanuit een volstrekt waarnemersperspectief en daarmee volledig “independent of anyone’s feelings, attitudes, or prejudices”.⁶ Om deze stelling te onderbouwen bespreek ik de vijf aspecten of kenmerken van het recht die het onderscheiden van het onderwerp van onderzoek in de natuurwetenschappen. Aan elk van deze kenmerken wordt een paragraaf gewijd. Achtereenvolgens zal ik betogen dat recht een kwestie van betekenisgeving is en rechtswetenschap daarmee een formele wetenschap is en geen empirische wetenschap. Het recht is bovendien normatief van karakter en dat heeft ook belangrijke consequenties voor de rechtswetenschap. Het recht claimt bovendien gezag, en ook dat

3 Gadamer 1990.

4 Ibidem, p. 338, 340.

5 Bering 2011, p. 90.

6 Searle 1999, p. 45.

heeft specifieke consequenties voor de rechtswetenschap. De normativiteit en het gezag van het recht versterken de reflexieve relatie tussen de onderzoeker en zijn onderwerp van studie. Dat is het vierde onderwerp dat ik in dit betoog wil aansnijden. Deze vier kenmerken van het recht maken dat de praktijk van de rechtswetenschap voor Stolkers collega van de natuurkundefaculteit niet als wetenschap herkenbaar is. In de laatste paragraaf bespreek ik een vijfde kenmerk. Het begrijpen van het recht vergt enige kennis en begrip van de context waarin rechtsregels en beslissingen betekenis krijgen; dat wil zeggen, van de specifieke kennis, overtuigingen, verlangens en intenties die onze juridische praktijken en instituties animeren of bezielen. Deze context blijft vaak grotendeels impliciet, we zijn ons er meestal niet van bewust dat deze kennis als het ware 'tussen de regels' een belangrijke bijdrage levert aan de betekenis van het recht. Als wetenschappelijke objectiviteit wordt bereikt door het subject en deze context te elimineren, dan is rechtswetenschap inderdaad niet wetenschappelijk. Deze context laat zich namelijk niet elimineren zonder dat het onderwerp van onderzoek – het recht – mede geëlimineerd wordt. Voor ik deze conclusie kan trekken wil ik echter stap voor stap de toepassing van het 'standaardbeeld van de wetenschap' in het onderzoek naar het recht problematiseren.

OBJECTIVITEIT

Moderne wetenschap eist dat de wetenschapper zijn historische en culturele context elimineert, schrijft Hans-Georg Gadamer in *Wahrheit und Methode*.⁷ Dat lukt in de natuurwetenschappen goed, hier wordt door een internationale gemeenschap van wetenschappers gewerkt aan het formuleren van theorieën en hypothesen die zich laten toetsen aan voor iedereen waarneembare feiten. Het maakt niet uit of je deze waarnemingen of experimenten in Japan, in Zuid-Afrika of op Vuurland doet, de toetsing kan door iedereen elders worden gecontroleerd. De theorieën en hypothesen worden in een universele formele (wiskundige) taal geformuleerd zodat deze een hoge mate van exactheid krijgen en bovendien heel nauwkeurig kunnen worden getoetst. Natuurwetenschappen hanteren een zogenoemd 'waarnemersperspectief' en de kennis die deze wetenschappen heeft opgeleverd is waar, "independent of anyone's feelings, attitudes, or prejudice."⁸ Daarmee zijn deze wetenschappelijke theorieën het toonbeeld van objectiviteit.

Rechtswetenschappers kunnen proberen een vergelijkbare objectiviteit te bereiken door het recht als een geheel van regels en beslissingen te beschouwen die gegeven zijn in bepaalde rechtsbronnen. Er dienen zich echter direct twee belangrijke verschillen met de natuurwetenschappen aan. Deze rechtsbronnen zijn geen feiten maar *teksten*. Dat is een eerste verschil. Het heeft bovendien

7 Gadamer 1990, p. 338, 340.

8 Searle 1999, p. 45.

weinig zin om in deze teksten op zoek te gaan naar patronen die op causale relaties wijzen. De natuurwetenschapper is op zoek naar natuurwetten, naar oorzakelijke verbanden. De rechtswetenschapper is niet geïnteresseerd in causaliteit maar in *betekenis*: wat is de precieze betekenis van de regels en beslissingen die als recht in de gemeenschap gelden?

Het onderscheid tussen empirische en formele wetenschappen laat zich onderbouwen door het categorische onderscheid dat David Hume maakte tussen ‘matters of fact’ en ‘relations of ideas’.⁹ Het recht laat zich beter begrijpen als een systematisch geheel van menselijke *ideeën* dan als bestaande uit *matters of fact* die door causale relaties worden beheerst. Rechtswetenschap wordt in de traditie dan ook niet zozeer als een empirische maar als een formele wetenschap gezien, een wetenschap die zich bezighoudt met het onderzoek naar de formele structuur van de bronnen van het recht. Dit gebeurt aan de hand van het beschrijven en analyseren van de juridische materialen. Je kunt goed betogen dat we hier objectief te werk kunnen gaan, dat we onze persoonlijke overtuigingen, verlangens en intenties thuis kunnen laten en het recht volkomen waardenneutraal kunnen onderzoeken. Om een beeld te krijgen van dit soort onderzoek zouden we ons kunnen oriënteren op *Surfaces and Essences* van Douglas Hofstadter en Emanuel Sander.¹⁰ De menselijke aanleg tot het zien van analogieën is volgens Hofstadter & Sander *the fuel and fire of human thinking* en dat sluit naadloos aan bij de opvatting dat juridisch redeneren in de kern ook een kwestie is van redeneren naar analogie.¹¹ Kijken is vergelijken, aldus Hofstadter en Sander, de mens heeft een aangeboren aanleg om in zijn waarnemingen het gelijke bij het gelijke te voegen (zoals Paul Scholten het in zijn *Algemeen Deel* uitdrukt) om zo geleidelijk essenties te ontdekken en tot algemene begrippen te komen.¹²

Hofstadter en Sander betogen dat het zien van een analogie een “trap” of “lift” biedt naar een abstracter begrip van de objecten die we onderzoeken:

“The standard human mind has not only the ability but the proclivity to abstract, in order to deal with the world’s vast diversity. It pulls together into a single category items that it sees as similar, and it further organizes its categories according to their levels of generality.”¹³

Het recht biedt mooie voorbeelden van dit proces. Als we de consumentenkoopovereenkomst, de arbeidsovereenkomst, de huurovereenkomst enzovoort met elkaar vergelijken dan komen we uiteindelijk bij het abstractere begrip ‘overeenkomst’ aan: dit is de essentie die door alle varianten wordt gedeeld.

9 Hume 1995.

10 Hofstadter & Sander 2013.

11 Posner 1990, p. 86, 87.

12 Scholten 2010, p. 45.

13 Hofstadter & Sander 2013, p. 188.

Dit begrip is abstracter dan de eerdere begrippen omdat het deze categorieën omvat als meer concrete voorbeelden. De nu ontstane hiërarchie van begrippen maakt het mogelijk om op verschillende niveaus van abstractie naar het onderwerp van studie te kijken: “the existence in our minds of categories enjoying different levels of abstraction makes it possible to take different perspectives on a single entity.”¹⁴

Is de analogie ook *the fuel and fire of legal thinking*? “Niemand kan het recht leren kennen, indien niet door vorming van algemene begrippen en systematisering met deze tot grondslag het overzicht mogelijk wordt gemaakt”, schrijft Paul Scholten in zijn *Algemeen Deel*.¹⁵

Honderden jaren rechtswetenschap heeft zich door middel van analyse van concrete regels en beslissingen een weg naar de algemene begrippen en uitgangspunten van het systeem gebaad; en vanuit de algemene begrippen en axioma's is er weer een weg terug naar de afzonderlijke concrete elementen van het systeem. Uiteindelijk heeft dit geleid tot de gelaagde structuur van ons Burgerlijk Wetboek waarin we vanuit de meest abstracte begrippen, die gelden in het algemeen tenzij er in het bijzonder van afgeweken wordt, geleidelijk 'afdalen' naar de meest concrete en specifieke begrippen en regels van het systeem. Hofstadter en Sander zouden dit ongetwijfeld een mooie illustratie van hun theorie vinden. Het Burgerlijk Wetboek biedt de expert de mogelijkheid om op verschillende niveaus van abstractie naar een concrete casus te kijken en biedt daarmee een complexe maar uiterst rijke bron van perspectieven op een juridisch probleem. Een bijzonder interessante stelling die Hofstadter en Sander in hun boek verdedigen, is dat expertkennis, dat wil zeggen, de kennis van iemand die een bepaalde specialistische expertise heeft opgebouwd, zich laat karakteriseren als een 'horizon' bestaande uit een systematisch geordend maar complex netwerk van analogieën dat het mogelijk maakt om op deze verschillende niveaus van abstractie naar een onderwerp te kijken. Een dergelijke horizon biedt vergelijkingsmateriaal, een rijk referentiekader, en daarmee *perspectief* op een specifiek onderwerp. Dit sluit aan bij het fundamentele idee van de 'horizon' in het denken van Hans-Georg Gadamer:

„Der Begriff 'Horizont' bietet sich hier an, weil er der überlegenen Weitsicht Ausdruck gibt, die der Verstehende haben muss. Horizont gewinnen meint immer, dass man über das Nahe und Allzunahe hinaussehen lernt, nicht um von ihm weg zu sehen, sondern um es in einem größeren Ganzen und in richtigeren Massen besser zu sehen.”¹⁶

14 Ibidem.

15 Scholten 2010, p. 45.

16 Gadamer 1990, p. 310.

Een leek, of een buitenstaander, heeft niet de juiste horizon om te zien wat de expert ziet. Vaak komt een leek niet verder dan het onderscheiden van één betrekkelijk abstract genus-begrip en een handvol daaronder te scharen soorten. Hofstadter en Sander noemen het voorbeeld van expertise met betrekking tot het complexe geheel van hondenrassen. De leek hanteert de algemene kwalificatie 'hond' waaronder hij het handvol rassen dat hij kent, de boxer, de terriër, de golden retriever, etc., schaar, veel verder komt hij niet. De expert weet echter dat de meest abstracte aanduiding 'hond' de top vormt van een complexe piramide van categorieën, subcategorieën en sub-subcategorieën totdat we onderaan in de taxonomie bij een specifieke hondensoort aankomen.¹⁷

Ten opzichte van experts blijven we als leek met betrekking tot veel onderwerpen erg aan de oppervlakte, ons perspectief is eendimensionaal en betrekkelijk bijziend of kortzichtig. Een expert heeft daarentegen een meer divers geheel van, systematisch geordende, onderscheidingen en definities op verschillende niveaus van abstractie tot zijn beschikking, waarmee zijn kennishorizon zowel is *verbreed* als *verdiept* ten opzichte van dat van de leek. Hofstadter en Sander betogen dat juist het construeren van de abstractere begrippen met behulp van analyse op zoek naar analogieën, ons van de oppervlakte van concepten (*surfaces*) naar de 'diepere' *essences* leidt. Onder die abstractere categorieën laat zich een complex maar geordend geheel van afzonderlijke soorten onderscheiden die het mogelijk maken om veel *preciezer* te zijn dan de leek die slechts oppervlakkige kennis heeft van het onderwerp:

"In sum, then, down-to-earth categories allow one to be precise, while highly abstract categories allow one to be deep – and precision and depth are the two most crucial keys to expertise."¹⁸

Misschien hebben we hier de kern van wat we doctrinair rechtswetenschappelijk onderzoek of rechtsdogmatiek noemen gevat. Rechtswetenschap laat zich begrijpen als een formele wetenschap die zich richt op de betekenis van het recht. Doctrines zijn theorieën met betrekking tot de abstracte structuur van het recht, het woord 'rechtsdogmatiek' verwijst ook naar het formuleren van hypothesen met betrekking tot de 'dogma's' oftewel betrekkelijk abstracte uitgangspunten of 'axioma's' van het systeem. "De rechtswetenschap maakt van de massa van voorschriften, die haar gegeven zijn, waardoor de stof zich tot een zo gering mogelijk getal hoofdregels wordt herleid."¹⁹ En er *moet* systeem zijn, benadrukt Scholten, als er geen systeem zit in die massa's voorschriften en beslissingen die het recht vormt dan laat het zich niet kennen en toepassen. We streven naar orde en overzicht, het uiteindelijke doel is de verheldering van het fenomeen dat we recht noemen.

17 Hofstadter & Sander 2013, p. 240-243.

18 Hofstadter & Sander 2013, p. 245, 246.

19 Scholten 2010, p. 45.

NORMATIVITEIT

De natuurkundige zal niet onder de indruk zijn. Rechtswetenschap lijkt misschien nog het meest op wiskunde maar daarmee vergeleken zal hij het maar weinig nauwkeurig vinden. De rechtsbronnen zijn geschreven in natuurlijke taal, met alle *open texture* en vaagheid van dien. Maar je kunt wel betogen het niet uitmaakt wie het onderzoek doet, dit is objectieve wetenschap en een goed doorwrochte doctrine geeft een beschrijving van het recht die waar is, *independent of anyone's feelings, attitudes, or prejudices*. H.L.A. Hart betoogde echter dat het externe waarnemersperspectief het onderwerp van onderzoek geen recht doet.²⁰ Het recht is normatief van karakter en dat heeft consequenties voor de rechtswetenschap; Hart stelde dat rechtswetenschappelijk onderzoek een (gematigd) intern, oftewel deelnemersperspectief vergt. Daarmee zetten we een eerste stap naar de subjectivering van de onderzoeker.

Als je geen oog hebt voor het verplichtende, normatieve karakter van rechtsregels dan *denatureer* je het onderwerp van onderzoek. Vanuit een extern (behavioristisch) perspectief lijkt het erop dat burgers de regels uit blinde gewoonte volgen en die gewoonte is het product van disciplineren door middel van straffen en beloning.²¹ Wat in dit perspectief onzichtbaar blijft, is dat rechtsregels door de burgers worden ervaren als een zelfstandige *reden* om zich op een bepaalde manier te gedragen en dat het overtreden van de norm door anderen verontwaardiging opwekt en een vijandige reactie kan veroorzaken:

“What the external point of view (...) cannot reproduce is the way in which the rules function as rules in the lives of those who normally are the majority of society. (...) For them the violation of a rule is not merely a basis for the prediction that a hostile reaction will follow but a *reason* for hostility.”²²

Als we deze normatieve dimensie van het recht serieus nemen dan realiseren we ons dat het recht een heel ander onderzoeksonderwerp is dan de natuur. Een belangrijk verschil tussen beschrijvende uitspraken en voorschriften, oftewel prescriptieve uitspraken, is dat ze een aan elkaar tegengestelde *direction of fit* hebben. Een beschrijvende uitspraak heeft een, zoals John Searle dat noemt, *mind-to-world direction of fit*: de uitspraak is waar als de beschrijving overeenkomt met de stand van zaken, de feiten, die ze probeert te beschrijven. Veel wetenschappers gaan er, net als Searle, van uit dat correspondentie tussen theorie en werkelijkheid het criterium voor de waarheid van de theorie biedt; ze gaan daarmee uit van een zogenoemde ‘correspondentietheorie van

20 Hart 1961.

21 Zie Posner 1990, p. 382: “‘Economic man’ (...) is a person whose behavior is completely determined by incentives: his rationality is no different from that of a pigeon or a rat. The economic task is to influence his incentives so as to maximize his output.”

22 Hart 1961, p. 88.

waarheid'.²³ Voor normatieve uitspraken zoals die van het recht geldt echter een omgekeerde relatie tot de werkelijkheid en dus een ander waarheidscriterium.

De prescriptieve uitspraken zijn niet bedoeld om te corresponderen met een stand van zaken in de feitelijke werkelijkheid,

“(...) but rather are supposed to bring about changes in the world so that the world matches the propositional content of the speech act; and to the extent that they fail to do that, we do not say that they are true or false, but rather such things as that they are obeyed or disobeyed, fulfilled, complied with, kept or broken.”²⁴

Dergelijke taalhandelingen hebben volgens John Searle dus een *mind-to-world direction of fit*: “because their aim is to represent not how things are but how we would like them to be or how we plan to make them.”²⁵ Het is duidelijk dat het recht geen beschrijvende pretentie heeft; het recht beschrijft niet hoe de wereld is, maar schrijft voor hoe de wereld zou moeten zijn. We zeggen over dergelijke normen ook niet dat ze waar of onwaar zijn, maar dat ze *gelden* (of niet).²⁶

Dat geldt voor het recht. Je kunt echter betogen dat dit *niet* voor de rechtswetenschap geldt. Rechtswetenschappelijke proposities schrijven niet iets voor. Je kunt betogen dat rechtswetenschappelijke uitspraken wel degelijk descriptief van aard zijn, en deze beschrijvingen kunnen wel degelijk waar of onwaar zijn.²⁷ We zullen hier dus net als in de natuurwetenschappen een correspondentietheorie van waarheid kunnen hanteren. Maar als we dieper nadenken over het karakter van het recht als een systeem van normen dan wordt deze opvatting problematisch. Rechtswetenschap en het recht staan in een andere relatie tot elkaar dan de natuurwetenschap tot de natuur.

Een belangrijk kenmerk van normen is dat er systeem in zit. Sterker nog, er *moet* systeem in zitten. Als de normen geen consistent geheel vormen dan kan er namelijk geen normerende werking van uitgaan. Het recht kan immers niet iets verbieden en tegelijkertijd voorschrijven – innerlijk tegenstrijdig recht is inert, zelfs betekenisloos. In de woorden van Paul Scholten:

“Er kan geen tegenspraak in het recht zijn. Handeling zijn rechtens geoorloofd of verboden. Zij kunnen niet én geoorloofd én verboden zijn; rechtsgevolgen moeten al dan niet intreden. Het kan niet, dat zij tegelijkertijd wel en niet intreden. Het recht eist gehoorzaamheid, wij gehoorzamen alleen aan hetgeen niet met zichzelf

23 Searle 1995, hfdst. 9.

24 Searle 1983, p. 7.

25 Searle 1999, p. 102.

26 Vgl. Scholten 1949, p. 463.

27 “Legal positivists believe that propositions of law are indeed wholly descriptive: they are in fact pieces of history. A proposition of law, in their view, is true if some event of a designated law-making kind has taken place, and otherwise not.” Dworkin 1982, p. 256.

in tegenspraak is. De hoofdregels der Aristotelische logica beheersen niet alleen de rechtswetenschap, ook het recht. Hieruit volgt dat het recht een eenheid, een systeem *moet* vormen.²⁸

Er zit systeem in het recht en de rechtswetenschapper doorzoekt het systeem op zoek naar de definities van de algemene begrippen en naar de beginselen van het systeem als geheel. Dit formalisme veronderstelt dus geen correspondentietheorie van waarheid, maar een coherentietheorie van waarheid: het criterium waarmee kan worden bepaald of een theorie of doctrine juist is, is gelegen in *consistentie*. Als het ontdekken van de structuur het doel is, dan is een uitspraak of theorie over het recht waar als zij in deze structuur *past*.²⁹ Consistentie of 'integriteit'³⁰ is daarmee een *norm* voor het recht, en dat heeft gevolgen voor zowel de functie als de methode van rechtswetenschappelijk onderzoek.

Het inzicht dat een normenstelsel aan de norm van innerlijke consistentie moet voldoen, geldt overigens niet alleen voor normen maar ook voor betekenis. Inconsistenties en contradicties zijn vernietigend voor betekenis want betekenis veronderstelt volgens Hans-Georg Gadamer een 'voorbegrip van volledigheid' (*Vorgriff der Vollkommenheit*): "Sie besagt dass nur das verständlich ist, was wirklich eine vollkommene Einheit van Sinn darstellt."³¹ Omdat consistentie of coherentie een *constitutieve* eis is voor betekenis, moeten we naar consistentie streven. Consistentie is daarmee, als het effectief wil zijn als een betekenisvol en normatief geheel van voorschriften, een *norm* voor het recht. Het is duidelijk dat dit consequenties heeft voor de rechtswetenschap.

Hoe de wereld *is*, leert ons niets over hoe de wereld *zou moeten zijn*. Deze waarschuwing staat bekend als *Hume's guillotine*: feiten en normen verschillen categorisch van elkaar en de consequentie is dat we uit feiten geen normen kunnen afleiden. Daar zullen we David Hume in volgen. Het probleem is echter dat we nu moeten concluderen dat in het geval van een normensysteem zoals het recht het omgekeerde verbod moeilijk vol te houden is. Een theorie die het recht als een coherent en consistent geheel presenteert, is *formeel* wellicht slechts wenselijk recht, maar als de bronnen zich op deze manier als een eenduidige en coherent betekenisvol systeem laten begrijpen dan wordt deze doctrine als vanzelf onderdeel van het gegeven recht. We zullen, met andere woorden, deze doctrine onwillekeurig als rechtsbron erkennen en herkennen. Hoe het recht op grond van het criterium van integriteit of interne consistentie *zou moeten zijn*, zegt ons dan wel degelijk iets over wat het recht *is*. Dat is het gevolg van het feit dat het recht alleen een betekenisvol en prescriptief systeem kan zijn als het een integer geheel vormt.

28 Scholten 1949, p. 441.

29 Scholten 1949, p. 443.

30 Vgl. Dworkin 1986.

31 Gadamer 1990, p. 229.

Niet voor niets is doctrine of rechtsdogmatiek traditioneel een gezaghebbende rechtsbron: het recht is niet alleen recht als er recht op staat, het is pas echt recht als het een betekenisvol en consistent systeem van normen vormt. Dit is bepalend voor de houding die de rechtswetenschapper aanneemt ten opzichte van zijn onderwerp. De rechtswetenschapper is zich van de normativiteit van het recht bewust, omdat hij anders het recht niet als een systeem van *regels* en daarmee als een coherent en eenduidig geheel van *redenen* voor handelen kan begrijpen. De consequentie is echter, zoals betoogd, dat rechtswetenschap rechtsbron kan zijn en dat de wetenschapper dus zijn onderwerp van onderzoek *beïnvloeden* kan.

Nu zijn we de natuurwetenschapper helemaal kwijt. Hij had al een zeker *dedain* voor het feit dat er geen empirisch onderzoek wordt gedaan en voor de onnauwkeurigheid van de taal waarmee de rechtswetenschapper het recht beschrijft en analyseert. Nu blijkt dat de rechtswetenschapper niet alleen beschrijft, maar zijn onderwerp van onderzoek door middel van zijn werk mede *vorm geeft*. Er zit systeem in het recht, en dat moet volgens Scholten worden ontdekt en blootgelegd. Maar onwillekeurig “construeert” de rechtswetenschapper het recht volgens Scholten ook want door zijn arbeid wordt het systeem nader verfijnd en uitgewerkt: “juist omdat in het recht systeem zit, gaat de beschrijver als vanzelf tot systematiseren over.”³² Systematiseren is meer dan alleen systeem ontdekken, het is deels ook rechtsvorming, het systeem is mede het resultaat van juridisch werk. Met andere woorden, de rechtswetenschap geeft mede vorm aan zijn onderwerp van onderzoek.

De rechtswetenschapper kan zich niet met het recht bezighouden zonder het mogelijk te beïnvloeden. Carel Stolker beschrijft hoe rechtswetenschap, onder invloed van dit inzicht, in de loop van de twintigste eeuw steeds normatiever is geworden: “legal scholarship moved radically from a focus on the law as it is, towards the law as it ought to be.”³³ Dergelijk onderzoek is bewust uit op de beïnvloeding van het recht. De natuurwetenschap kent deze luxe niet. De natuurwetenschap kan ons helpen de ontdekte natuurwetten voor ons te laten werken in technologische toepassing van de verworven kennis, maar natuurwetenschappelijke theorieën hebben geen vormend effect op de natuur. De natuur trekt zich niets aan van wat natuurwetenschappers erover zeggen of wat we in onze technologie met natuurkundige kennis doen. Het verschil tussen rechtswetenschap en natuurwetenschap kan echter nog verder op de spits worden gedreven als we ons realiseren dat het recht niet alleen normatief van karakter is maar ook autoriteit claimt.

32 Scholten 1949, p. 456, 457.

33 Stolker 2014, p. 206.

AUTORITEIT

Het recht claimt gezag, “geen recht, geen gemeenschap zelfs, zonder gezag”, schreef Paul Scholten.³⁴ Voor dit aspect geldt hetzelfde als voor de normativiteit van het recht: het gezagsaspect van het recht biedt een zelfstandige reden voor het gehoorzamen van de rechtsregel of beslissing. Vanuit het externe perspectief gehoorzaamt de burger het recht, omdat hij daartoe door middel van straffen en belonen geconditioneerd is. Het is ongetwijfeld waar dat voor een deel van de leden van de gemeenschap de sanctie het meest cruciale deel van de rechtsregel is. Maar Hart betoogde dat als dit voor te veel burgers geldt, het recht op sterven na dood is en als het recht niet als normatief wordt ervaren dan kunnen we niet van een rechtsstaat spreken. Scholten voegt hieraan toe dat de gezagsclaim ook tot de kern van het recht behoort. Dit aspect kan het externe, waarnemingsperspectief ook niet goed recht doen. Met het introduceren van deze dimensie van het recht zetten we echter een tweede stap naar de subjectivering van rechtswetenschappelijk onderzoek.

Vanuit een extern perspectief zien we alleen concrete machtsuitoefening, het recht is dan een dwangstelsel. Als ze het recht als gezaghebbend ervaren, ervaren burgers de dwang echter als *gerechtvaardigd* en het feit dat een regel een rechtsregel is, vormt dan een zelfstandige reden om het voorschrift te gehoorzamen. Zelfs als de regel of een beslissing niet als rechtvaardig wordt ervaren. Als het recht als geheel legitimiteit heeft dan wordt het gehoorzamen van het recht als gerechtvaardigd gezien, omdat gezag een vitale functie in de gemeenschap heeft. Geen enkele gemeenschap kan overleven zonder instantie die de orde- en de coördinatiefunctie vervult, *geen gemeenschap zonder gezag*.

In zijn boek *The Authoritative and the Authoritarian* betoogt Joseph Vining dat de rechtswetenschap zich in essentie bezighoudt met “creation of authority”.³⁵ Dat betekent concreet dat de rechtswetenschap dienstbaar is aan de zoektocht naar maatschappelijke *legitimiteit*.³⁶ In de eerste plaats moeten we volgens Vining af van het idee dat rechtswetenschap een formalistische wetenschap is die lijkt op wiskunde of logica. Het argument is dat we niet zozeer op zoek zijn naar logica oftewel consistentie alleen, als wel naar *rechtvaardiging* voor de bevoegdheid om een machtswoord te spreken dat het recht is toegekend. Een systeem, hoe logisch en consistent ook, heeft volgens Vining op zich geen gezag; we gehoorzamen een rechtssysteem niet omdat het zo’n mooi systeem is, maar omdat het ons *aanspreekt*, omdat we het als gezaghebbend vertrouwen, omdat het ons (onder omstandigheden) verantwoord en verantwoordelijk lijkt om het te gehoorzamen. Gezag mag ons dan “onvoorwaardelijk bevelen” zoals Paul

34 Scholten 1949, p. 452.

35 Vining 1986, p. 27.

36 Ibidem, p. 23.

Scholten schrijft,³⁷ we leveren ons niet onvoorwaardelijk over aan het gezag. Het gezag kan zijn functie alleen vervullen als we geloven dat gehoorzaamheid daadwerkelijk de orde en veiligheid, en dus de gemeenschap dient, en als we erop vertrouwen dat het gezag ons niet misleidt en ons geloof niet misbruikt. Met gezag komt verantwoordelijkheid, we leveren ons volgens Joseph Vining niet over aan iets of iemand die zich *onverantwoordelijk* toont. Een formeel systeem kan de allure van objectiviteit krijgen, maar het kan alleen als gezaghebbend worden vertrouwd als we er een persoon achter ervaren die in staat en bereid is om te luisteren, het gesprek aan te gaan en om verantwoordelijkheid te nemen voor de concrete gevolgen van zijn handelen. Gezag is in die zin *persoonlijk*, “Gewiss kommt Autorität zunächst Personen zu” schrijft Hans-Georg Gadamer in *Wahrheit und Methode*.³⁸ En inderdaad, “the law is a fabric of personifications” volgens Joseph Vining.³⁹ Hoe belangrijk objectiviteit ook is voor het recht, als het recht gezag claimt dan moet het recht een gezicht krijgen, een luisterend oor bieden, een menselijke stem krijgen en de dialoog aangaan zodat we het als verantwoordelijk kunnen ervaren. Alleen als het gezag zich verantwoordelijk toont, is het verantwoord om het te gehoorzamen.

Rechtswetenschap is volgens Vining de “dienstmaagd van het recht”, omdat het zich bezighoudt met de *creation of authority* door het onderhouden en versterken van de legitimiteit van het recht zodat het ons hier en nu *aanspreekt*. We raken nu ver verwijderd van het ideaal van objectiviteit dat in de natuurwetenschappen wordt nagestreefd. De opdracht is om het recht goed af te stemmen op de angsten en verlangens, de waarden en belangen, die leven in de samenleving zodat het recht zijn orde- en coördinatiefunctie succesvol kan blijven vervullen. De rechtsvormende taak van de rechtswetenschap richt zich niet alleen op het systematische aspect van het recht maar ook op de legitimiteit van het rechtssysteem. Kunnen we met betrekking tot deze taak van de rechtswetenschap uitspraken doen die waar zijn, *independent of anyone’s feelings, attitudes, or prejudices?*

REFLEXIVITEIT

De vraag stellen is hem beantwoorden, we zijn de decaan van de Faculteit Wetenschappen en Natuurwetenschappen nu definitief kwijt. Het recht moet in zekere zin ‘persoonlijk’ zijn omdat we het anders niet als gezaghebbend kunnen ervaren; het recht moet ons letterlijk en figuurlijk aanspreken. Maar hoe kunnen we ons een beeld vormen van aansprekend recht vanuit een extern waarnemingsperspectief? Deze taakopvatting vergt een intern deelnemersperspectief en goed begrip van de waarden en belangen die het recht dient. Voor ik daar

37 Scholten 2010, p. 374, 375.

38 Gadamer 1990, p. 284.

39 Vining 1986, p. 198.

in de volgende paragraaf iets verder op inga, wil ik hier nog kort een ander voor de natuurwetenschapper verwarrend onderwerp aan de orde stellen: de “reflexieve” relatie tussen rechtswetenschap, recht, maatschappij en de persoon van de rechtswetenschapper.

“Sociological knowledge spirals in and out of the universe of social life, reconstructing both itself and that universe as an integral part of the process. This is a model of reflexivity (...) the practical impact of social science and sociological theories is enormous.”

Dat schrijft Anthony Giddens.⁴⁰ Hij geeft het voorbeeld van de economie als wetenschappelijke discipline. Economisch denken in de universiteiten heeft het economisch denken in de samenleving enorm beïnvloed, er is bijna geen aspect van onze samenleving dat geen “economisering” heeft ondergaan. De invloed van economisch denken wordt misschien alleen maar overtroffen door de invloed van het recht op de samenleving. De afgelopen eeuwen zien we een geleidelijke *juridisering* van de samenleving waar de rechtswetenschap direct of indirect onmiskenbaar een enorme bijdrage aan heeft geleverd. En dit geldt volgens Giddens dus ook voor de sociologie als wetenschap. “That is why sociology, whether it wants or not (and it mostly does), is an actor in the struggles it describes.”⁴¹

Sociologische kennis staat in een reflexieve relatie tot de sociale werkelijkheid die zij onderzoekt, de socioloog kan het niet helpen een deelnemer – een *actor* – te zijn in de werkelijkheid die hij beschrijft en verklaart, en zo een actieve invloed uit te oefenen die als resultaat kan hebben dat de wetenschappelijke theorie die hij presenteert als deze algemeen bekend wordt en het handelen in de samenleving verandert. Die invloed kan tweeërlei zijn. Een onware sociologische theorie kan als deze theorie algemeen bekend wordt, leiden tot gedragsveranderingen waarna de theorie alsnog waar wordt. In belangrijke zin is heeft deze theorie zich zelf waar gemaakt. Deze theorie is een *self-fulfilling prophecy* gebleken. Zo kun je betogen dat de economisering van de samenleving economische modellen en veronderstellingen waar heeft gemaakt.

Misschien is de ‘juridisering’ van de moderne samenlevingen nog wel een beter voorbeeld van reflexiviteit dan de economisering of de ‘sociologisering’ die Giddens en Bourdieu beschrijven. Het moderne recht, en dus de rechtswetenschap die het recht mede vorm heeft gegeven en gelegitimeerd, heeft een enorme invloed gehad op de moderne westerse samenlevingen. De invloed is zo groot dat de juridisering tegenwoordig door sommigen als een maatschappelijk probleem wordt gezien. Zo betoogt Mary Ann Glendon in *A Nation under Lawyers, How the crisis in the legal profession is transforming American society* en in haar eerdere boek *Rights Talk*, bijvoorbeeld dat de juridisering van

40 Giddens 1990, p. 15, 16.

41 Bourdieu 2004, p. 88.

de samenleving en in het bijzonder het juridische rechtendiscours – oftewel *'rights talk'* – de Amerikaanse cultuur diepgaand heeft veranderd, en niet ten goede.⁴² Maar Glendon veronachtzaamt dat de relatie tussen recht en samenleving geen eenrichtingverkeer is. Bourdieu herinnert ons eraan dat het recht in een reflexieve relatie tot de samenleving staat: “law creates the social world, but only if we remember that it is the social world which first creates the law”.⁴³

Er is echter nog een dimensie aan de reflexiviteit van het recht die hier genoemd moet worden. De persoon van de onderzoeker staat in een reflexieve relatie tot zijn onderwerp van onderzoek. Dat wil zeggen, het recht als onderwerp van onderzoek heeft een sterk vormende werking op de persoon van de onderzoeker; de kennis en het begrip van het recht dat hij door de studie verwerft, bepaalt zijn denken en zijn wereldbeeld. De intensieve bestudering van het recht zal met andere woorden leiden tot een specifieke beroepsformatie, of beroeps*deformatie* zo je wilt. Het recht zal onwillekeurig invloed uitoefenen op de specifieke *feelings, attitudes, or prejudices* van diegenen die zich ermee bezighouden. Een (gematigd) intern perspectief impliceert dat de onderzoeker zich openstelt voor de normatieve dimensie van het recht: het recht wordt in beginsel als waardevol en betekenisvol ervaren. Het recht is bovendien een systeem van normen dat gezag claimt, ook daar is de jurist net als ieder ander gevoelig voor. Dit alles roept de vraag op hoe een van recht doordrenkte rechtswetenschapper zich neutraal tot zijn onderwerp van studie kan verhouden.

INTENTIONALITEIT

Met de decaan is het gesprek al lang en breed ten einde gekomen, normativiteit, autoriteit en reflexiviteit zijn geen onderwerpen waarbij hij zich thuisvoelt. Hoewel het recht zich wel degelijk als onderwerp van onderzoek laat objectiveren om het vervolgens te beschrijven en te analyseren, realiseren we ons dat we dan de normatieve en gezagsdimensie van het recht veronachtzamen. Als we ons voor deze dimensies openstellen dan nemen we een ‘subjectiverend’ perspectief in ten opzichte van ons onderwerp van studie, het blijkt dan onmogelijk om het ‘subject’ of de ‘persoon’ van de onderzoeker en zijn maatschappelijke en historische context te elimineren zoals de harde wetenschappen volgens Gadamer voorschrijven. We zijn niet langer aan het observeren en analyseren, het interne perspectief is nu ‘hermeneutisch’ van karakter. Volgens Gadamer is deze blik de *default* – de mens is een interpreterend wezen – en de objectiverende wetenschappelijke blik, zelfs voor de harde wetenschapper, over het geheel genomen een uitzonderlijke manier van kijken.

42 Glendon 1994; Glendon 1991.

43 Bourdieu, *The Hastings Law Journal*, 1987, p. 839.

In *Thinking Fast and Slow*⁴⁴ verwijst Daniel Kahneman naar het klassieke psychologische onderzoek van Fritz Herder en Mary-Ann Simmel waaruit heel mooi blijkt hoezeer we de wereld om ons heen *interpreteren* in plaats van *observeren*. In dit onderzoek kregen proefpersonen een filmpje te zien waarin een cirkel en een grote en een kleine driehoek rond een vierkant bewegen dat onwillekeurig op een huis met een open deur gaat lijken als de grote driehoek de kleine driehoek die naar binnen wil wegjaagt en achterna gaat zitten. Achter zijn rug kruipt de cirkel het vierkant in, en deze cirkel wordt daarna, als de grote driehoek dit doorheeft, door hem uit het vierkant verjaagd en achternagezeten. De animaties van Herder en Simmel zijn op internet te vinden.⁴⁵ Als je ze hebt bekeken dan begrijp je wat Kahneman bedoelt:

“The perception of intention and emotion is irresistible (...) Your mind is ready and even eager to identify agents, assign them personality traits and specific intentions, and view their actions as expressing individual propensities.”⁴⁶

“All this is entirely in your mind of course,” schrijft Kahneman er expliciet bij; het kleine drama dat zich voor onze ogen ontvouwt, is overduidelijk geen kwestie van observatie maar van interpretatie. De intentionaliteit die we in de bewegende cirkels en driehoeken zien is niet *in* de waarneming gegeven maar als het ware in de waarneming *ingelezen*. We zien geanimeerde cirkels en driehoeken net zoals we een geanimeerde wereld lezen in letters op papier. We doen hier iets dat we bij deze cirkels en driehoeken eigenlijk niet kunnen doen: intenties en emoties toeschrijven en het gebeuren meebeleven door met deze cirkels en driehoeken mee te denken en te voelen. In de psychologie wordt dat enigszins misleidend ‘theory of mind’ genoemd, Daniel Dennett noemt het “folk psychology” en omschrijft het als

“(...) the talent we all have for interpreting the people around us – and the animals and the robots and even the lowly thermostats – as *agents* with information about the world they act in (*beliefs*) and the goals (*desires*) they strive to achieve, choosing the most reasonable course of action, given their beliefs and desires.”⁴⁷

Dit is de ‘subjectiverende’ blik waar Carel Stolker naar verwijst in zijn stuk over rechtswetenschap.⁴⁸ We kunnen dit eigenlijk alleen doen bij mensen en dieren, in de *animate world*, want alleen mensen en dieren hebben gedachten, emoties en intenties. We kunnen deze neiging tot ‘subjectivering’ echter niet onderdrukken als we naar de driehoekjes en cirkels kijken, en soms ook niet als we met natuurrampen te maken krijgen of nadenken over de betekenis van

44 Kahneman 2011.

45 [youtube.com/watch?v=VTNmLf7QX8E](https://www.youtube.com/watch?v=VTNmLf7QX8E).

46 Kahneman 2011, p. 76.

47 Dennett 2013, p. 73.

48 Stolker 2014, p. 203.

onze levens. Er moet toch een *bedoeling* zijn? We weten echter dat de natuur, en de mens als onderdeel van de natuur, geen bedoeling heeft. Daar is de 'subjectiverende' blik niet van toepassing.⁴⁹ Maar ook bij mensen en dieren geldt, nogmaals, dat we de emoties, intenties, overtuigingen en verlangens strikt genomen niet waarnemen. We lezen ze in het gedrag; en dat doen we onwillekeurig en zonder er zelfs maar bij na te denken.

We hebben dus een zesde zintuig voor het zien van de gerichtheid van het handelen van anderen. John Searle gebruikt het woord 'intentionaliteit.' Ook dit begrip is enigszins misleidend omdat het afgeleid lijkt van het eerder genoemde begrip 'intentie'. Het verwijst meer in het algemeen naar de gerichtheid van de mens, van de gehele "animate world", op zijn omgeving. Niet alleen intenties (*intentions*) maar ook overtuigingen (*beliefs*), en verlangens (*desires*) zijn gericht op iets in de wereld buiten ons en hebben dus intentionaliteit.⁵⁰ In *The Construction of Social Reality* beschrijft John Searle vervolgens hoe maatschappelijke instituties zoals geld, huwelijk, eigendom, en bestuur (*nota bene*: allemaal instituties die juridisch van karakter zijn) het product zijn van 'collectieve intentionaliteit'. Dat wil zeggen, "a sense of doing (wanting, believing, etc.) something together (...)." ⁵¹ Searle legt dit begrip als volgt nader uit:

"Many species of animals, our own especially, have a capacity for collective intentionality. By this I mean not only that they engaged in cooperative behavior, but that they share intentional states such as beliefs, desires, and intentions. In addition to singular intentionality there is also collective intentionality. Obvious examples are cases where *I* am doing something only as part of *our* doing something. So, if I am an offensive lineman playing in a football game, *I* might be blocking the defense end, but I am blocking only as part of *our* executing a pass play. If I am a violinist in an orchestra, *I* play my part in *our* performance of a symphony."⁵²

Het gaat te ver om hier diep op Searles boek in te gaan maar er zijn twee begrippen waar ik kort iets over moet zeggen. Het eerste punt betreft het idee van de 'constitutieve regels' die volgens Searle een cruciale rol spelen in de constructie van onze sociale praktijken en instituties. Het tweede begrip betreft het idee van het toekennen van 'status functies' die een cruciale rol spelen in de constitutie van onze sociale werkelijkheid. Twee aspecten van deze functies trekken de aandacht. In de eerste plaats valt op dat de toekenning van de statusfunctie aan personen en zaken op geen enkele manier gebaseerd is op *intrinsieke* eigenschappen van deze personen of dingen. Dit heeft tot gevolg dat het zien van de betekenis en de status op geen enkele manier af te lezen is aan deze personen en zaken, dat het volledig een kwestie van interpretatie en niet van observatie is.

49 Bering 2011.

50 Searle 1983.

51 Searle 1995, p. 24, 25.

52 Ibidem, p. 23.

Het toekennen van statusfuncties is bovendien gebaseerd op waardeoordelen, de gehele constructie is normatief van karakter en gericht op het realiseren van waarden.

Searle gebruikt het voorbeeld van een voetbalwedstrijd. Dat is een mooi voorbeeld want dit spel wordt mogelijk gemaakt door het volgen van spelregels. De spelregels van deze sport zijn *constituerend* voor het bestaan van het spel zoals bijvoorbeeld de verkeersregels dat niet zijn voor het bestaan van verkeer. Waarschijnlijker zal het verkeer een stuk chaotischer en gevaarlijker zijn dan als er wel verkeersregels bestaan maar ook zonder verkeersregels zou er verkeer zijn. Dat geldt niet voor het voetbalspel. Als je je niet aan de spelregels van voetbal houdt dan ben je niet aan het voetballen. Hoewel er regelmatig onenigheid is over de betekenis van een regel in een specifieke spelsituatie, dat hoort erbij, is er over het geheel genomen consensus over wat de spelregels zijn. Als je daar te ver van afwijkt dan is het niet meer als voetbal herkenbaar.

We kunnen dit ook over het recht zeggen. Dit begrip verwijst naar bepaalde maatschappelijke praktijken waarin we volgens bepaalde 'spelregels' met elkaar omgaan en praten. We doen dat (meestal onbewust) op grond van een intern deelnemersperspectief en we hanteren een 'subjectiverende blik': we weten wat de situatie of institutie van ons vraagt en 'zien' wat anderen denken, willen en nastreven. Althans, daar vormen we ons onwillekeurig een beeld van. (We kunnen ons ernstig vergissen natuurlijk en dat doen we ook regelmatig.) We doen dit in de context van de constitutieve regels van de praktijk waarin we als deelnemer betrokken zijn. Deze regels zijn constitutief voor deze praktijk in die zin dat deze praktijk zonder deze regels en de betekenisgeving die ze mogelijk maken niet bestaat.⁵³

Het recht is net als de rest van deze sociale werkelijkheid een bouwwerk dat het product is van het toekennen van betekenis aan bepaalde objecten. Bepaalde gebouwen, personen, teksten, en symbolen hebben een specifieke status en een bepaalde functie toegekend gekregen en deze functie is *niet* af te lezen aan de *vorm* van deze gebouwen, personen en teksten. Searle noemt dit 'status functions'.⁵⁴ Het betekent echter dat het zien van de betekenis of status van bepaalde personen, objecten of handelingen op geen enkele manier een kwestie van *observatie* is, maar zuiver en alleen van *interpretatie*. Het zien van de betekenis is vervolgens het resultaat van leerprocessen, van socialisatie, van het leren (her)kennens en als het ware projecteren van de status en de functie van het gebouw, de persoon, of de tekst.

Dat is anders bij bijvoorbeeld een mes, of een stoel; daar is de functie relatief aan de eigenschappen van het object in die zin dat niet alles als mes of als stoel kan functioneren. Voor het recht geldt echter dat niets aan het gebouw, of de lichamelijke karakteristieken van de rechter of de leden van de "Regering en de

53 Ibidem, p. 43-43-48, 190, 191.

54 Ibidem, 40-43.

Staten-Generaal gezamenlijk”, of de inkt op papier ook maar een hint geeft met betrekking tot de status, de functie en dus de betekenis die het heeft voor de leden van de gemeenschap. Hier geldt, zoals in de gehele sociale werkelijkheid die gebouwd is op Searles statusfuncties: *als je het niet weet dan zie je het niet*.

Het recht is dus een kwestie van interpretatie, van de (collectieve) toekenning en projectie van een bepaalde statusfunctie op een bepaald object. Het toekennen van een betekenis dient dus een *functie*, de mens wil er iets mee bereiken, het dient een bepaald doel. Als we begrijpen wat de betekenis is dan is dat altijd in de context van bepaalde veronderstellingen; dat wil zeggen, van gedeelde kennis, intenties en verlangens. Om mee te kunnen doen in een bepaalde sociale praktijk of institutie moet je deze kennis, intenties en verlangens dus tot op zekere hoogte delen want alleen dan ben je in staat om de bedoeling te ‘lezen,’ en mee te doen. De sociale werkelijkheid is, met andere woorden, door een door *teleologisch* van aard en dat heeft consequenties voor ons onderwerp. Het begrijpen van de betekenis van juridische instituties, praktijken en teksten vergt het ‘zien’ van de collectieve intentionaliteit, van de status en functie van deze teksten. Interpretatie is hier dus primair teleologische interpretatie.

Als we het recht alleen kunnen doorgronden en begrijpen als we de functie en bedoeling van het recht helder voor ogen hebben, dan heeft dat consequenties voor rechtswetenschap. Het kennen en doorgronden van het recht is zoals gezegd primair een kwestie van teleologische interpretatie. We begrijpen de regels en beslissingen dus door deze in te context van de *telos* of *ratio* van het recht in het algemeen en van deze rechtsregels en beslissingen in het bijzonder. Deze *telos* wordt vaak in de rechtsregel of in de beslissing zelf niet expliciet genoemd; het is dus weer een kwestie van interpretatie en niet van observatie, deze context lezen we als het ware tussen de regels. Dit is context zonder welke we de betekenis van de regel of beslissing niet helemaal hebben begrepen.

Maar betekenisvol is daarin bijna synoniem aan ‘waardevol’: “Part of what the vocabulary of ‘functions’ adds to the vocabulary of ‘causes’ is a set of values (including purposes and teleology generally).”⁵⁵ Teleologische interpretatie is dus onwillekeurig altijd een kwestie van *evaluatie*.

Ook dit is een fundamenteel punt. Ronald Dworkin betoogt dat we het recht altijd begrijpen vanuit de waarden en belangen die de specifieke rechtsregels dienen, en deze weer in de context van de waarden en doelen die het recht als geheel dient. Maar als dat waar is dan is dat de doodsteek voor iedere formalistische opvatting van rechtswetenschap. Als we ons realiseren dat de betekenis van de regels het resultaat is van een met waarden geladen interpretatie waarin het *telos* van de regel een rol speelt dan wordt de betekenis relatief aan de specifieke omstandigheden van het geval waarin het recht functioneert en

55 Ibidem, p. 14, 15.

zijn specifieke doelen probeert te dienen.⁵⁶ Ronald Dworkin heeft deze consequentie onvoorwaardelijk aanvaard. We kijken volgens Dworkin niet neutraal en onbevooroordeeld naar het recht maar we doen dat met bepaalde verwachtingen en veronderstellingen met betrekking tot waar het recht toe dient, waar het goed voor is. We interpreteren dus met een waarderende blik in beide betekenissen van het woord. Vanuit het interne deelnemersperspectief begrijpen we het recht als een waardevolle praktijk. Dat wil zeggen, als een 'betekenisvolle' praktijk zowel in de zin van dat het *beteke-nend* is en dus intentioneel van aard, als in de zin van *waardevol*. Als het recht zijn doel niet dient – en dus 'zinloos' is – dan ervaren we het niet als recht. We gaan dan onwillekeurig nadenken over de vraag hoe het recht zou moeten zijn wil het wel waardevol en betekenisvol zijn voor de gemeenschap.⁵⁷

Maar om daarover mee te kunnen praten moet je erg veel weten en kunnen. Zoals we weten, vergt participeren in het recht, dat wil zeggen het deelnemersperspectief, de nodige kennis en ervaring. Om het recht als zodanig te kunnen *zien*, moet je het nodige weten over wat recht is en hoe het werkt. Dat geldt niet alleen voor onze juridische praktijken. John Searle betoogt dat het zien van de betekenis überhaupt een complexe 'background' van samenhangende kennis en vaardigheden vergt:

"A set of capacities and presuppositions that enable me to cope with the world. It is this set of capacities, abilities, tendencies, habits, dispositions, taken-for-granted presuppositions, and 'know-how' generally (...)."⁵⁸

Een deel van die achtergrondkennis delen we met alle andere culturen. Deze elementaire universele kennis en vaardigheden noemt Searle de "deep background". Dat we dit met andere culturen delen, maakt het mogelijk dat we met leden van andere culturen kunnen communiceren en dat delen van onze taal zonder problemen te vertalen zijn naar hun taal.⁵⁹ Zo zijn bijvoorbeeld "basic level categories" zoals die door psychologisch onderzoek zijn ontdekt waarschijnlijk redelijk universeel.⁶⁰ Dat zal bijvoorbeeld vaak het geval zijn met instrumenten waarbij de functie intrinsiek is aan de vorm van het voorwerp, zoals genoemde messen en stoelen.

Belangrijke delen van onze 'background' zijn echter cultuurspecifiek. Deze specifieke kennis en vaardigheden hebben we verworven in de socialisatie en acculturatie in onze specifieke cultuur en de taal waarin dit wordt uitgedrukt laat zich niet gemakkelijk naar een vreemde taal vertalen. We kunnen ervan uitgaan dat het onderscheid tussen de diepe 'background' en de lokale, culturele

56 Unger 1975, p. 88; Vgl. Kennedy 1997, p. 276, 277.

57 Dworkin 1986; Vgl. Dworkin 2011.

58 Searle 1999, p. 107, 108.

59 Searle 1992, p. 194.

60 Hofstadter & Sander 2013, p. 190.

'background' parallel loopt aan het onderscheid tussen meer concrete en meer abstracte begrippen die zich op een hoger niveau van abstractie bevinden in het bouwwerk van begrippen waaruit onze kennis bestaat.⁶¹ Diepe en lokale of culturele achtergrond laten zich (helaas) niet scherp onderscheiden.⁶²

Het lijkt duidelijk dat bepaalde aspecten van het recht in de diepe achtergrond gefundeerd zijn, omdat bepaalde normen in alle culturen erkend en gehandhaafd worden, ook jegens individuen die deze norm niet als verplichtend (lijken te) ervaren. Maar vooral in complexe moderne samenlevingen als de onze zijn veel rechtsnormen cultuurspecifiek. Wat is bijvoorbeeld de Engelse vertaling van 'onrechtmatige daad'? Het woordenboek leert ons dat het vertaald kan worden met 'tort', maar als je ook maar iets weet over de verschillen tussen het Engelse (en Amerikaanse) common law en ons civiele recht dan weet je dat deze twee begrippen eigenlijk niet uitwisselbaar zijn. Zoals eerder gezegd, de Nederlandse jurist is met het oversteken van het Kanaal van het ene op het andere moment een leek geworden.

CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

Nu we dit zo op een rijtje zetten en overzien, is duidelijk dat rechtswetenschap door een onoverbrugbare kloof van de natuurwetenschappen gescheiden is. Deze disciplines houden zich bezig met de 'dode' natuur waarover men in een universele (wiskundige) taal met elkaar spreekt. Rechtswetenschap houdt zich bezig met een *living instrument* dat bovendien cultuurspecifiek is. De jurist hoeft het Kanaal maar over te steken of hij is van expert ineens leek geworden. Een belangrijk verschil is dat het onderwerp van rechtswetenschappelijk onderzoek mensenwerk is, en dat de mens iets *wil* met de objecten en handelingen waar in de gemeenschap (juridische) betekenis aan wordt toegekend. De instituties, symbolen en teksten van het recht hebben een bedoeling, juristen gaan dan ook de Parlementaire Geschiedenis doornemen op zoek naar de 'wil van de wetgever' als ze een wettelijke regel niet direct kunnen duiden.

Ronald Dworkin betoogt dan ook dat interpretatie in het recht niet alleen een kwestie is van het tussen de regels lezen van een impliciete achtergrondkennis, verlangens en intenties of bedoelingen, maar bovendien altijd evaluatief van aard is. Tussen de regels lezen én ook nog beoordelen, dat zijn twee kardinale zonden voor de natuurwetenschapper. Een echte wetenschapper probeert observatie en interpretatie zo goed mogelijk te scheiden, we mogen al helemaal geen bedoelingen in onze data inlezen. Een echte wetenschapper moet bovendien observatie en evaluatie goed gescheiden houden, echte wetenschap vergt dat je je zo waardenneutraal mogelijk tot het onderwerp van onderzoek

61 Ibidem, p. 204.

62 Searle 1999, p. 108.

verhoudt. De conclusie moet zijn dat de rechtswetenschapper structureel zondigt tegen de regels van echte wetenschap. De rechtswetenschapper moet echter tegen deze regels zondigen om zijn onderwerp van studie recht te kunnen doen.

LITERATUURVERWIJZINGEN

- J. Bering, *The Belief Instinct. The Psychology of Souls, Destiny, and the Meaning of Life*, New York & London: W.W. Norton & Company 2011.
- P. Bourdieu, 'The Force of Law, Toward a Sociology of the Juridical Field,' *The Hastings Law Journal*, Vol. 38, July 1987.
- P. Bourdieu, *Science of Science and Reflexivity*, Chicago: The University of Chicago Press 2004.
- D.C. Dennett, *Intuition Pumps and other Tools for Thinking*, New York and London: W.W. Norton & Company 2013.
- R. Dworkin, 'Law as interpretation,' *Texas Law Review*, Vol. 60:527, 1982.
- R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press 1986.
- R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press 2011.
- H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer Philosophische Hermeneutik*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1990.
- A. Giddens, *The consequences of modernity*, Cambridge: Polity Press 1990.
- M.A. Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York: The Free Press 1991.
- M.A. Glendon, *A Nation under Lawyers. How the crisis in the legal profession is transforming American society*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1994.
- H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press 1961.
- D. Hofstadter & E. Sander, *Surfaces and Essences. Analogy as the Fuel and Fire of Thinking*, New York: Basic Books 2013.
- D. Hume, *An enquiry concerning human understanding*, London: Penguin Books 1995.
- D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, London: Penguin Books 2011.
- D. Kennedy, *A Critique of Adjudication, Fin de Siècle*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1997.
- R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1990.
- P. Scholten, *Verzamelde Geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949.
- P. Scholten, *Dorsten naar gerechtigheid*, Deventer: Kluwer 2010.
- J. Searle, *Intentionality, An essay in the philosophy of mind*, Cambridge: Cambridge University Press 1983.
- J. Searle, *The Rediscovery of the Mind*, Cambridge Mass.: The MIT Press 1992.
- J. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York: The Free Press 1995.
- J. Searle, *Mind, Language and Society. Philosophy in the Real World*, London: Weidenfeld and Nicolson 1999.
- C. Stolker, "'Já, geleerd zijn jullie wel!," Over de status van de rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad*, afl. 15, 11 april 2003.
- C. Stolker, *Rethinking the Law School, Education, Research, Outreach and Governance*, Cambridge: Cambridge University Press 2014.
- R.M. Unger, *Knowledge and Politics*, New York: The Free Press 1975.
- J. Vining, *The Authoritative and the Authoritarian*, Chicago and London: The University of Chicago Press 1986.