

Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel*

Carel Smith

1 Inleiding

Er bestaat een wijdverbreid misverstand, waarbij men gebrek aan precisie gelijkstelt met onwetenschappelijkheid. Deze opvatting kan vermoedelijk worden teruggevoerd op het befaamde falsificatiecriterium van Karl Popper. Krachtens het falsificatiecriterium is een meteorologische theorie die niet verder komt dan voorspellingen met een kans op neerslag van 50% voor de komende drie dagen, onweerlegbaar en dus onwetenschappelijk. Onweerlegbaarheid is volgens Popper geen kenmerk van de deugdelijkheid van de theorie, maar van onwetenschappelijkheid.¹ Barendrecht heeft deze gedachte uitgewerkt voor het recht en het gebruik van open normen in het privaatrecht bekritiseerd, omdat, enigszins gechargeerd gezegd, iedere toepassing verenigbaar is met de betreffende open norm. Een levendige illustratie van deze stelling vormt het Wrongful Birth-arrest, waarin volgens Stolker negen antwoorden zijn gegeven zonder dat competente juristen in staat zijn om met zekerheid vast te stellen welke van die antwoorden juist is.² In zijn proefschrift pleit Barendrecht dan ook voor scherpe normen, normen die een preciezer toepassingsbereik hebben. Mocht de rechter van mening zijn dat toepassing onaanvaardbaar is voor bepaalde gevallen die onder het bereik van de regel vallen, dan zouden de regels, althans voor die gevallen, zijn gefalsifieerd.³

Open normen zijn inderdaad niet heel precies. Maar het is, allereerst, de vraag of gebrek aan precisie gelijkgesteld kan worden met onwetenschappelijkheid. De afstand tussen zon en aarde bedraagt 149,6 miljoen kilometer. Dat is, als je niet op een kilometer meer of minder kijkt, een tamelijk precieze afstandsbevestiging. Maar de uitspraak is niet heel precies. Veel preciezer is in dat opzicht de standaardkilo in Sèvres (Parijs) die *per definitie* één kilo weegt. Maar hier is het probleem dat het verschil in gewicht tussen de standaardkilo en de kopieën als gevolg van vervuiling meer dan vijftig microgram bedraagt. Dat is een verschil waar de groenteboer zich niet druk over maakt, maar nanowetenschappers wel. Iedere discipline zou moeten streven naar zo precies mogelijke standaarden, maar de mate van de vereiste precisie is afhankelijk van het doel dat men nastreeft en het object dat men bestudeert.

* De auteur dankt het bestuur van de VWR voor de uitnodiging om een preadvies over het wetenschappelijke karakter van de rechtsgeleerdheid te schrijven, gepresenteerd op de Zomervergadering van de Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht op 5 juni 2009. Zijn dank gaat ook uit naar Anne Ruth Mackor, Jaap Hage, Harm Kloosterhuis en Bregje van Eekelen voor hun scherpzinnige en kritische commentaar op eerdere versies van dit artikel.

1 K.R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (London: Hutchinson, 1972), 78-92.

2 Vgl. C.J.J.M. Stolker, "Ja, geléerd zijn jullie well", Rede ter gelegenheid van de 428^{ste} dies natalis van de Universiteit Leiden van 7 februari 2003, *NJB* (2003): 766-778, op 768.

3 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (Deventer: Kluwer, 1992).

Voor het recht speelt nog een ander probleem. De uitleg en hantering van rechtsregels, ook de meest precieze, vereisen volgens sommige rechtstheoretici een waardeoordeel. Wat geldend recht 'is', kan om die reden niet los worden gezien van de opvatting wat, volgens degene die het recht bestudeert of hanteert, recht 'behoort te zijn'. Deze vermenging van 'is' en 'ought' is voor sommige rechtstheoretici reden om te twijfelen aan het wetenschappelijke gehalte van de rechtsgeleerdheid. Anderen achten deze vermenging het gevolg van een gebrekkige juridische methodologie, die overwonnen kan worden door het recht volgens de methoden van de empirische wetenschappen te bestuderen.

In dit preadvies zal ik de stelling verdedigen dat het recht niet waardevrij kan worden bestudeerd en dat de vermenging van 'is' en 'ought' geen reden is om de rechtsgeleerdheid het predicaat van wetenschap te onthouden. Deze stelling bepaalt de vragen die ik in dit preadvies over de aard van de rechtswetenschap aan de orde wil stellen. Wat voor soort verschijnsel is het recht? Hoe dient dit verschijnsel te worden bestudeerd? En welke kennis levert dit op?

Bij de beantwoording van deze vraag veroorloof ik mij de volgende beperking. Tot de rechtswetenschap of -geleerdheid behoren niet alleen die deeldisciplines die het positieve recht van de verschillende rechtsgebieden beschrijven, systematiseren en commentariëren, maar ook de meer empirische disciplines als rechtssociologie, -economie en -psychologie. De recente discussie over de wetenschappelijkheid van de rechtswetenschap heeft met name betrekking op het onderzoek van de eerste groep, dat wil zeggen, op het onderzoek dat juristen verrichten naar de gelding en betekenis van het positieve recht – bijvoorbeeld naar de vraag of de vordering in het *Wrongful Birth*-arrest naar geldend recht toewijsbaar is. In deze bijdrage zal ik mij uitdrukkelijk beperken tot dit type rechtswetenschappelijk onderzoek, dat wil zeggen, tot dat deel van de rechtswetenschap dat het recht bestudeert met het oog op de vaststelling wat in een bepaald geval geldend recht is.

2 Scheiding tussen 'is' en 'ought'

Stolker, degene die de huidige methodediscussie heeft geëntameerd met zijn *Diesrede* van 2003, beschouwt het normatieve karakter van de rechtswetenschap als de belangrijkste oorzaak voor de kwetsbaarheid van de rechtsgeleerdheid als wetenschap.⁴ Daarmee heeft hij de toon van het debat gezet. Hoewel bijna niemand zo ver gaat als de rechtseconoom De Geest, voor wie de vermenging van 'is' en 'ought' een wetenschappelijke hoofdzonde is waardoor de rechtswetenschap nog in het scholastiek tijdperk verkeert,⁵ onderschrijven veel auteurs het pleidooi van Stolker om van de andere wetenschappen te leren wetenschappelijker te worden. Dat laatste

4 Stolker, "Ja, geléerd zijn jullie well", 771.

5 G. De Geest, "Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?", *NJB* (2004): 58-66.

Carel Smith

heeft zich vertaald in het streven om zich te bezinnen op de methoden van goed rechtswetenschappelijk onderzoek.⁶

Ofschoon de meeste auteurs het er dus over eens zijn dat de rechtsgeleerdheid normatief van aard is, verstaat niet iedereen daar hetzelfde onder. Barendrecht e.a. (2004) maken onderscheid tussen het verzamelen van gegevens (empirie) en het doen van uitspraken over wenselijk recht (evaluatie). Van Gestel en Vranken (2007) lijken het hiermee eens te zijn. Zij stellen dat, juist omdat het recht een normatief karakter heeft, veel onderzoekers ertoe worden gebracht om een *bestaande* situatie in *normatieve* termen te duiden en om die reden neigen tot het opstellen van 'ontwerpde probleemstellingen'. Volgens de genoemde auteurs is het dus mogelijk om in beginsel onderscheid te maken tussen het niet-normatief vaststellen van *geldend* recht en het normatief bepalen van *optimaal* recht. Dat het recht een 'normatieve wetenschap' is, lijkt voor hen te betekenen dat het recht (maatschappelijke) normen tot object van onderzoek heeft, waarover vervolgens zowel empirische als normatieve uitspraken kunnen worden gedaan. Het eigenlijke probleem van het rechtsgeleerd onderzoek ('de kwetsbaarheid' waar Stolker het over heeft), is in deze optiek vooral het gevolg van het niet of onvoldoende onderscheiden tussen de verschillende typen vragen. De vermenging van 'is' en 'ought' wordt door hen verklaard als het gevolg van een gebrekkig ontwikkelde juridische methodologie, reden om die nog eens terdege onder de loep te nemen. Alleen De Geest gaat verder en stelt, zonder dit overigens empirisch te onderbouwen, dat zowel rechtsgeleerden als rechters zich schuldig maken aan 'camouflage', door uitspraken over optimaal recht te 'verpakken' als beschrijvingen van geldend recht.⁷

Een wezenlijk andere benadering hebben de auteurs die menen dat ook de bepaling van geldend recht een normatief karakter draagt.⁸ Ik zal ze aanduiden met de naam 'hermeneutici', nu het onder deze noemer is dat zij door de meer empirisch inge-

6 Zie o.m. M. Barendrecht et al., "Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?", *NJB* (2004): 1419-1428; R.A.J. van Gestel en J.B.M. Vranken, "Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording", *NJB* (2007): 1448-1461; H. Tijssen, *De juridische dissertatie onder de loep. De verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties* (Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009).

7 De Geest, "Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?", 65: "Rechters maken rechtsregels, maar ze willen deze altijd camoufleren. Meestal pogen ze een wetsartikel te vinden waarin ze hun nieuwe regel zagezegd hebben 'gelezen'. Maar soms valt het tegen om zo'n geschikt wetartikel te vinden. Met 'geschikt' artikel bedoel ik: een artikel dat je toelaat je publiek te misleiden." Het verschil tussen de provocerende uitspraken van De Geest en het standpunt van de andere auteurs is overigens kleiner dan het lijkt. Als zo'n beetje alle wetenschappen het onderscheid tussen descriptieve en normatieve uitspraken in hun onderzoek strikt in acht nemen, valt de notoire vermenging van 'is' en 'ought' in de rechtsgeleerdheid nauwelijks te verklaren als een gevolg van onkunde. Het lijkt er meer op dat de juristen er *belang* bij hebben om het onderscheid te negeren. En dan is het nog maar een kleine stap naar de stelling van De Geest.

8 O.a. Stolker, "Ja, geléerd zijn jullie wel!", 769; H. Franken, "Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen", *NJB* (2004): 1400-1408, op 1402; P. Westerman en M. Wissink, "Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap", *NJB* (2008): 503-507, op 504.

stelde collega's worden gecategoriseerd.⁹ Wat hen samenbrengt, is niet een gemeenschappelijke methodeleer, maar kritiek op de claim dat het model van de empirische wetenschappen voor alle wetenschappen zou gelden.¹⁰ De opvatting dat de wet een betekenis 'heeft' die door juristen kan worden 'vastgesteld',¹¹ wordt door hen verworpen, hoe plausibel deze op het eerste gezicht ook lijkt te zijn. Zij betwisten dat kan worden gesproken van één juiste of ware betekenis van (wet)teksten. Voor hen zit er een kern van waarheid in de uitspraak dat er evenveel Bijbels als Bijbellezers zijn, ook al zit hier de overdrijving in de idee dat iedere lezer op geheel eigen wijze leest, los van de traditie die hem heeft leren lezen.¹² De juiste betekenis van een tekst is voor hen geen eigenschap van de tekst, maar het resultaat van overeenstemming binnen een gemeenschap van lezers over *de wijze waarop* de tekst moet worden gelezen.¹³ Bijgevolg bezitten teksten verschillende 'juiste' betekenissen, afhankelijk van de standaarden die door de *'interpretive communities'* bij de uitleg en toepassing van dergelijke teksten worden gevolgd.

Het is met name deze gevolgtrekking – dat teksten niet één juiste of ware betekenis zouden bezitten – die als een rode draad door de methodediscussie van de laatste jaren loopt. Als de betekenis van juridische teksten tot stand komt onder invloed van factoren als traditie, *Vorverständnis* en ideologie, dan komt dat volgens sommigen neer op de vermenging van 'is' (de betekenis van de tekst) en 'ought' (de normatieve opvattingen van de lezer).¹⁴ Maar kan van wetenschap eigenlijk wel sprake zijn als het object van onderzoek geen gegeven is *waarover* uitspraken worden gedaan, maar iets dat verband houdt met de opvattingen van de onderzoeker? De eigenschappen van vloeistoffen of gassen, aldus de meer empirisch ingestelde onderzoekers, worden toch ook niet bepaald door wat de onderzoeker ervan vindt, maar door de eigenschappen van het object zelf?

- 9 O.a. door De Geest, "Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?" en J.A.I. de Wendt, "De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief; een kritiek tegenover de 'heersende leer' zoals verwoord door Stolker?", *Themis* 3 (2007): 95-107. Dat de door hen genoemde auteurs kunnen worden geclassificeerd als 'hermeneutici', betekent dus niet dat zij allemaal zijn geïnspireerd door de wijsgerige hermeneutiek van o.a. Gadamer. Maar net zoals Monsieur Jourdain al veertig jaar lang proza sprak zonder te weten wat dat was, is het mogelijk een standpunt te hebben dat naderhand blijkt te zijn verwoord door een filosofische stroming.
- 10 Vgl. H-G Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, (Tübingen: Mohr, 1975), die het streven naar een universele methodeleer ten behoeve van de interpretatie van de hand wijst.
- 11 Vgl. De Geest, "Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?", 59, die, geheel in de terminologie van de empirische wetenschappen, spreekt van 'waarneming' van juridische fenomenen als wettelijke regels en jurisprudentie met het doel de precieze betekenis van wetteksten te achterhalen.
- 12 Vgl. J.L. Borges, *Zeven avonden*, vert. B. van der Pol (Amsterdam: De Bezige Bij, 1983), 109: "De Ierse pantheïst Eriugena heeft gezegd dat de Heilige Schrift een oneindig aantal betekenissen heeft en hij vergeleek haar met de changeant pluimage van een pauw. Eeuwen nadien zei een Spaanse kabbalist dat God de Schrift heeft gemaakt voor een ieder van Israëls mensen en er bijgevolg evenveel Bijbels als Bijbellezers zijn."
- 13 Vgl. S. Fish, *Is There a Text in This Classroom? The Authority of Interpretive Communities* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980).
- 14 O.a. De Geest, "Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?".

Carel Smith

Nu valt wel iets af te dingen op het beeld van de wetenschapper die neutraal en objectief observaties doet, om vervolgens de theorieën die op basis daarvan zijn opgesteld met eenzelfde onpartijdigheid op houdbaarheid te testen.¹⁵ Wetenschappelijke theorieën zijn niet de ‘samenvatting’ van ontelbare observaties, zoals De Geest monter stelt,¹⁶ maar leggen een verband tussen verschillende verschijnselen op grond van een bepaalde kijk op de werkelijkheid. Men *observeert* geen wetmatigheden, maar *construeert* deze op basis van aannames over de aard van de werkelijkheid, zonder die aannames volledig te kunnen rechtvaardigen. De wetenschappelijke revolutie aan het begin van de zeventiende eeuw werd niet primair gestuurd door de ontdekking van nieuwe verschijnselen, maar door een nieuwe kijk op de natuur.¹⁷ Dat leverde andere methoden van onderzoek op en andere observaties die deze kijk op de wereld vervolgens weer bevestigden. Waar de moderne natuurkunde wordt gekenmerkt door een mechanistisch wereldbeeld met in wiskundige vorm gegoten wetten, afgeleid uit feiten die langs experimentele weg zijn gecreëerd, zocht men in de oudheid en middeleeuwen naar de essentiële natuur van voorwerpen om de ‘natuurlijke beweging’ ervan, zoals de valbeweging, te verklaren:

“In een wereld die meer gelijkenis vertoont met een beziel en levend wezen dan met een machine en waar een strikt onderscheid bestaat tussen het chaotische aardse en onveranderlijke hemelse domein, is het onaannemelijk dat natuurlijke gebeurtenissen worden geregeerd door eenvoudige wiskundige wetten. In een dergelijke wereld is het eveneens onwaarschijnlijk dat men middels het creëren van gekunstelde onnatuurlijke situaties (zoals in experimenten veelal gebeurt) informatie kan verkrijgen over de natuurlijke aard der dingen.”¹⁸

Het doen van observaties veronderstelt dus een bepaald gezichtspunt dat in verband staat met bepaalde problemen die men wil onderzoeken en met verwachtingen over de observaties die men zal doen.¹⁹ Deze problemen en verwachtingen zijn verbonden met meer of minder expliciete theoretische en methodologische overtuigingen die de selectie en evaluatie van de waarneming sturen. Ook de relatie tussen theorie en observatie is complexer dan De Geest voorstelt. Simpele waarnemingsuitspraken

- 15 Stolker, “Ja, geléerd zijn jullie wel!”, 769, schetst het klassieke beeld van natuurwetenschappelijk onderzoek, waarbij het onderzoek onafhankelijk van de persoon van de onderzoeker wordt verricht.
- 16 Volgens De Geest, “Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?”, 59, vatten wetenschappelijke theorieën duizenden waarnemingen samen in simpele formules.
- 17 F.R. van Lunteren, “Van Aristoteles tot Galileï: naar een nieuwe bewegingsleer”, in *Doorbraken in de natuurkunde*, red. M. Keestra (Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijds, 2001), 27-54, op 29.
- 18 Van Lunteren, “Van Aristoteles tot Galileï: naar een nieuwe bewegingsleer”, 29.
- 19 K.R. Popper, *Conjectures and Refutations* (London: Routledge and Keagan, 2002), 59 e.v.; T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (Chicago: Univ. Of Chicago Press, 1996), 15-16.

bevatten tal van aannames die ver uitgaan boven de afzonderlijke waarnemingen.²⁰ Theorieën worden bovendien niet geverifieerd of gefalsificeerd door waarnemingen, maar door *uitspraken* over waarnemingen, wat het belang van taalanalyse, logica en wiskunde voor de empirische wetenschappen onderstreept.²¹

De strekking van deze kanttekeningen is niet dat hieruit volgt dat, nu ook in de natuurkunde de waarnemingen theoriegeladen zijn, en dus afhankelijk van het referentiekader van de waarnemer, de rechtsgeleerdheid niet wezenlijk verschilt van de empirische wetenschappen. Ik denk dat de verschillen enorm zijn. Het is verleidelijk om voor de wijsgerige opvatting dat de onderzoeker het object van onderzoek mede bepaalt, bevestiging te zoeken bij bijvoorbeeld de kwantummechanica, maar dergelijke vergelijkingen zijn vooral koket en oppervlakkig. Uit de onzekerheidsrelatie van Heisenberg – door de snelheid van het elektron te meten, kan de locatie ervan niet precies worden bepaald, en vice versa – volgt inderdaad dat, althans voor dit geval, de waarneming het object van onderzoek beïnvloedt. Maar die onzekerheidsrelatie laat zich vervolgens wel in een heel precieze formule vangen en is het resultaat van waarnemingen die op zichzelf helemaal niet onbepaald of onzeker zijn.²²

De strekking is dat de onderzoeksmethoden van de natuurwetenschappen eenvoudig noch onproblematisch zijn en dat voor de onderbouwing van de stelling dat de rechtswetenschap zich moet richten naar de methoden van de natuurwetenschappen, meer nodig is dan terminologische overeenkomsten in de onderzoeksmethodologie. Als in de kwantummechanica het begrip ‘waarneming’ al iets anders lijkt te betekenen dan in de klassieke natuurkunde, dan hoeft het ons niet te verbazen dat dit in de rechtswetenschap, waar we niet zozeer met ‘*brute facts of nature*’, maar vooral met institutionele feiten te maken hebben, weer iets anders kan betekenen.²³ De bestudering van gassen (*‘brute facts of nature’*), van een elektron (een onbepaald verschijnsel op kwantumniveau) of van eigendom (een institutioneel feit) vereist, anders gezegd, eigensoortige methoden van onderzoek.²⁴ Om te weten wat de geëigende methoden van juridisch onderzoek zijn, dienen we daarom

20 Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, 94-95: “For we can utter no scientific statement that does not go far beyond what can be known with certainty ‘on the basis of immediate experience’ (...). Every description uses *universal* names (or symbols, or ideas); every statement has the character of a theory, of a hypothesis. The statement, ‘Here is a glass of water’ cannot be verified by any observational experience. The reason is that the *universals* which appear in it cannot be correlated with any specific sense-experience.”

21 Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, 43 en 95 e.v.

22 Voor de technisch geïnteresseerden geef ik de formule, die ikzelf alleen voor kennisgeving aanneem: $\Delta p \Delta q \geq h/2\pi$, waarbij Δp de onbepaaldheid van de plaats is en Δq de onbepaaldheid van de impuls, en h de constante van Planck. De formule houdt in dat als een van de twee waarden preciezer bepaald wordt, de onbepaaldheid van de andere net zo snel groter wordt: zie verder M. Franssen, “Bohr en de quantummechanica” in *Doorbraken in de natuurkunde*, red. M. Keestra (Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijds, 2001), 185-213.

23 Zie voor het onderscheid tussen beide soorten feiten, J.R. Searle, *The Construction of Social Reality* (London: Penguin Books, 1995).

24 Vgl. Gadamer's onderscheid tussen de natuur- en geesteswetenschappen en het daarmee samenhangende verschil in methodologie.

Carel Smith

met meer precisie vast te stellen wat voor soort verschijnselen de rechtswetenschap bestudeert en welke vragen daarbij centraal staan.

3 Object van onderzoek: verschijnsel of constructie?

Zelfs als we strikt vasthouden aan het uitgangspunt dat de betekenis van het geldende recht wordt vastgesteld door uitsluitend acht te slaan op de bedoeling van de wetgever, zoals De Geest stelt,²⁵ dan leidt dit niet tot een waarde vrije beschrijving van het geldende recht. Het punt is niet alleen dat het lastig is om de precieze bedoeling van de wetgever te achterhalen, maar ook dat van één bedoeling eenvoudigweg geen sprake is. Iedere wet is de resultante van vele bedoelingen of doelen tegelijk en de wetgever is zich hoogstens partieel bewust geweest van de mogelijke samenloop van die bedoelingen. Het vaststellen van ‘de’ bedoeling heeft eerder het karakter van een constructie dan van waarneming.

Ik geef een alledaags voorbeeld waarbij iemand het gedrag van anderen met behulp van één enkele, simpele regel beoogt te reguleren.²⁶ Een slager brengt op de winkelruit een bordje aan met de tekst “Verboden voor honden”. Wat is de betekenis van dit verbod? Dat geen klant met een hond, al dan niet aangelijnd, de zaak binnen mag komen, zal De Geest antwoorden. Dat zullen wij zo in het algemeen gesteld met hem eens zijn. Maar geldt dit verbod ook voor een klant met een fretje op zijn schouder? En voor de klant met een blindengeleidehond? Als we deze vragen op de manier van De Geest proberen op te lossen, dienen we ons dus af te vragen of de slager met het verbod ook bedoelde dat noch fretjes, noch blindengeleidehonden de zaak binnen mogen komen. Navraag bij de slager wijst uit dat hij helemaal niet gedacht heeft aan klanten met fretjes, maar dat hij, nu hij met dit geval te maken heeft, ook deze categorie onder werking van het verbod zou willen laten vallen. Met betrekking tot de blindengeleidehond ligt de zaak ingewikkelder. Ook dit geval had hij niet voorzien, zegt hij, en nu hij hierover nadenkt weet hij niet zeker of hij deze klant de toegang moet weigeren. Enerzijds wil hij in verband met de hygiëne geen honden in de zaak, anderzijds is hij bang dat als hij deze klant de toegang weigert, de andere klanten hem dat kwalijk zullen nemen en dat zou hem omzet kunnen kosten.

Als wij de ‘ware betekenis’ van deze regel willen vaststellen door na te gaan wat de slager ‘echt bedoelde’, doen zich in dit voorbeeld minstens twee problemen voor. Allereerst is onduidelijk of de ‘echte’ bedoeling beperkt is tot alleen die gevallen die de slager op het moment van plaatsing van het bordje daadwerkelijk voor ogen stonden. Maar ‘de gevallen die de slager voor ogen stonden’ is eigenlijk een misleidende uitdrukking. De slager heeft een bepaald doel voor ogen en neemt daarbij tot uitgangspunt het *type* geval waar het in de praktijk om zal draaien. Maar dan is de

25 Vgl. De Geest, “Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?”, 59: “Rechtsgeleerden gebruiken een heel arsenaal methoden om de ware betekenis (...) van het document te achterhalen ... [R]echtsgeleerden voegen aan de tekst ‘context’ toe en komen zo dichter bij de waarheid. En de empirische waarheid is hier: wat de wetgever of rechter echt bedoelde.”

26 Zie voor een uitgebreidere bespreking van regulering door middel van regels, C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding* (Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007), 94-98.

vraag gerechtvaardigd, waarom een, in verband met het doel van het verbod, met honden vergelijkbaar dier niet ook geacht kan worden onder het verbod te vallen. Ook al heeft de slager feitelijk niet gedacht aan een fret, dan wil dit nog niet zeggen dat niet ook de fret moet worden gerekend tot de gevallen die de slager 'voor ogen had' bij de opstelling van de regel. Het vaststellen van de overeenkomsten en verschillen tussen gevallen is dan ook karakteristiek voor het recht, zij het dat deze niet op eenvoudige wijze kunnen worden 'waargenomen'; hun vaststelling geschiedt aan de hand van verschillende factoren in onderling verband, zoals Hart met gevoel voor understatement schrijft:

"In the case of legal rules, the criteria of relevance and closeness of resemblance depend on many complex factors running through the legal system and on the aims and purpose which may be attributed to the rule. To characterize these would be to characterize whatever is specific or peculiar in legal reasoning."²⁷

Het tweede probleem betreft de samenloop van bedoelingen. De slager wil niet alleen geen honden in zijn zaak in verband met de hygiëne, maar hij wil ook een zaak met voldoende klandizie. Tot op zekere hoogte hangen beide doelen samen (zonder goede hygiëne geen klandizie), maar in bepaalde omstandigheden, zoals in het geval van de blindengeleidehond, kunnen zij botsen. Wat is in dit geval de 'echte' bedoeling van de slager? Wie voor de beantwoording van die vraag alleen bepalend acht wat de slager feitelijk dacht, wilde of verklaarde op het moment dat hij het bordje plaatste, miskent dat de *reden* om dit te willen verband houdt met zijn andere preferenties. Onze wil of bedoeling is, anders gezegd, niet één enkel feit, maar een cluster van onderling samenhangende preferenties. We kunnen uiteraard besluiten alleen acht te slaan op de enkelvoudige bedoeling die de slager met betrekking tot het verbod in gedachte had, maar dat wij ons bij de uitleg van het verbod hiertoe dienen te beperken, volgt niet uit de regel zelf en levert niet de 'werkelijke bedoeling' van de slager op, maar slechts de vaststelling van één geïsoleerd doeleind. Het vaststellen van het doel van een regel is dus een gecompliceerd proces. Het beperkt zich niet tot het zo precies mogelijk vaststellen wat de opsteller op één bepaald historisch moment voor ogen stond, maar brengt de bedoeling van dat moment in verband met de andere doeleinden, wensen en overwegingen van de opsteller.²⁸

Dit voorbeeld betreft alleen nog maar één enkel verbod door één enkele persoon. In het recht hebben we te maken met een complex systeem van regels waarbij verschillende actoren betrokken zijn. Als wij, nog steeds in de benadering van De Geest, de betekenis van een wettelijke regeling vaststellen door de bedoeling die de wetgever ermee heeft te achterhalen, dienen we niet alleen acht te slaan op het doel van de regeling voor zover dat uit de parlementaire stukken blijkt, maar dienen we daarbij tevens rekening te houden met andere wetten, met hogere regelingen (zoals Europese richtlijnen) en waarden als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en

27 H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1994), 127.

28 Vgl. over meerdoeligheid in wetgeving, P.C. Westerman, "The Emergence of New Types of Norms", in *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, ed. Luc J. Wintgens (Aldershot: Ashgate Publishing, 2007), 117-133.

Carel Smith

consistentie.²⁹ Als de bewoordingen leiden tot een rechtsgevolg dat strijdig is met een fundamenteel rechtsbeginsel, zoals het gelijkheidsbeginsel, zal de rechter het toepassingsbereik van de regeling – en daarmee de betekenis³⁰ – in het licht daarvan moeten aanpassen.³¹ De wetgever, zo mogen we veronderstellen, wil bovendien niet alleen dat de desbetreffende regeling overeenkomstig de doelstelling wordt toegepast, maar zal tevens willen voldoen aan de Europese richtlijnen waarmee hij wordt geacht te hebben ingestemd. Dan moet niet alleen rekening worden gehouden met de bedoeling van de wetgever, maar ook met die van de Europese Commissie. Ten slotte drukt de wetgever zijn bedoeling uit in woorden en kent daarmee gezag toe aan de betekenis die door justitiabelen en gezagsdragers aan de bewoordingen wordt toegekend. Daarmee is ook de receptie van de regel door de rechtsgemeenschap onderdeel van de bedoeling die aan de regel kan worden toegeschreven.

Het lijkt erop dat De Geest zich door het woordgebruik heeft laten misleiden.³² Woorden als ‘de bedoeling van de wetgever’ of ‘het doel van de regeling’ lijken een bepaald verschijnsel aan te duiden. En verschijnselen kunnen worden ‘waargenomen’. Van hieruit is het een kleine stap om van de jurist te eisen dat deze de ‘echte bedoeling’ van de wetgever op objectieve wijze vaststelt.³³ Maar als die ‘bedoeling’ al een verschijnsel kan worden genoemd, dan is dat van een geheel andere orde dan fysieke objecten dat zijn – het is iets dat aan de wetgever of de regeling wordt *toegeschreven* door het combineren van verschillende factoren met behulp van gezichtspunten en criteria die ten opzichte van de wettelijke regelingen als meta-standaarden moeten worden beschouwd. Ook als we meegaan met De Geest en de ‘echte’ bedoeling van de wetgever bepalend achten voor de ‘ware’ betekenis van de regel, dan vereist het vaststellen van die bedoeling een weging van verschillende factoren – het vereist, anders gezegd, waardering.

4 Het verband tussen betekenis en gebruik

Niet alleen het vaststellen van de betekenis van wettelijke regelingen vereist waardering, ook de opstelling ervan is het resultaat van afweging. De wetgever zal bij de opstelling van de wet immers rekening houden met andere wetten en regelingen om conflicten tussen de regelingen te voorkomen. Om deze reden beschouwt men consistentie of coherentie als een fundamentele rechtswaarde. Daarnaast acht men

29 Vgl. Stolker, “Ja, geléerd zijn jullie wel!”, 770.

30 L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, transl. G.E.M. Anscombe (Oxford: Blackwell Publishing, 1953), par. 43, waarin hij stelt dat de betekenis van een woord zijn *gebruik* in de taal is. Dezelfde gedachte drukt Scholten uit met zijn uitspraak dat het recht een open systeem is: een systeem van normen die om toepassing vragen en van die toepassing weer afhangen, P. Scholten, *C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1974), 76.

31 Vgl. L. Fullers verbod van (wettelijke) contradicties: *The Morality of Law*, rev. ed. (New Haven: Yale University Press, 1964).

32 Vgl. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, par. 38, 109, 110 en 194, over de beheksing van ons verstand door de middelen van de taal.

33 Dat lijkt althans de naïeve opvatting van De Geest te zijn. Dat ook in de natuurwetenschappen het verband tussen object en waarneming gecompliceerder is dan De Geest veronderstelt, zie par. 3.

de volgende drie doeleinden fundamenteel voor het recht: een ordening van het maatschappelijk leven die zowel rechtvaardig als doelmatig is en die rechtszekerheid biedt.³⁴ Zo beschouwd, is goede wetgeving het resultaat van een afweging tussen verschillende waarden die met deze doeleinden verband houden. Een voorbeeld kan deze stelling verduidelijken. De artikelen 3:33-3:35 BW, die de totstandkoming van een rechtshandeling regelen, zijn het resultaat van de afweging tussen het normatieve beginsel van de wilsvrijheid (autonomiebeginsel) en de eisen die het maatschappelijk en economisch verkeer daaraan stelt (vertrouwensbeginsel). Het beginsel van de wilsvrijheid maakt ongetwijfeld onderdeel uit van ons idee van rechtvaardigheid (het omgekeerde, geen rekening houden met wilsvrijheid, zou zeker als onrechtvaardig worden beoordeeld) en het vertrouwensbeginsel houdt nauw verband met de eisen die het maatschappelijk en economisch verkeer stelt aan de totstandkoming van een rechtshandeling en dus met de eis van doelmatigheid.³⁵

Zowel de wilsvrijheid als het vertrouwensbeginsel zijn wat Robert Alexy *Optimierungsgeboden* noemt, normen die om zo volledig mogelijke verwerkelijking vragen.³⁶ Het probleem is, dat het ene optimaliseringsgebod in bepaalde gevallen kan botsen met het andere optimaliseringsgebod en dat men voor die gevallen moet vaststellen aan welk beginsel prioriteit toekomt. We lossen dit op aan de hand van een belangenafweging: achter de beginselen gaan belangen schuil waaraan zij hun relatieve gewicht in verschillende typen gevallen ontlenuen.³⁷ Zo vindt de beperkende werking van het vertrouwensbeginsel onder meer zijn grond in de verkeerseisen, dat wil zeggen in het *belang* dat wij in het economisch verkeer toekennen aan de bescherming van de gewekte schijn.³⁸

De regels van artikel 3:33-35 Burgerlijk Wetboek (BW) zijn het resultaat van het (rechtspolitieke) oordeel dat onder de in die regels omschreven omstandigheden – en dus in een bepaald type geval – het vertrouwensbeginsel zwaarder dient te wegen dan het autonomiebeginsel. Voor zover al sprake zou zijn van een hiërarchie van waarden of beginselen *in abstracto*, dan is dat het gevolg van overeenstemming over welk beginsel of welke waarde behoort te prevaleren als deze met de andere botst. De ‘absoluutheid’ van het verbod op martelen bijvoorbeeld, dankt die status aan de omstandigheid dat onze rechtsgemeenschap zich onder de huidige omstandigheden eigenlijk geen situatie kan voorstellen waarin aan een ander beginsel of waarde groter gewicht behoort toe te komen dan aan dit grondrecht.

34 Vgl. Stolker, “Ja, geléerd zijn jullie wel!”, 770. In vergelijkbare zin J.B.M. Vranken, *C. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel (2)* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995), 69.

35 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden) (Deventer: Kluwer, 1979), 63-78.

36 R. Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie* (1979), 79: “(...) Normen, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Masse realisiert wird.”

37 Vgl. M.C.B. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989), 55 en 149.

38 Een voorbeeld op het gebied van het staatsrecht biedt het beginsel van de ‘rule of law’. In dit beginsel komt het *belang* tot uitdrukking dat we hechten aan stabiele juridische betrekkingen tussen burger en Staat. Vgl. D.J. Galigan, *Discretionary Powers. A study of Official Discretion* (Oxford: Oxford University Press, 1990), 90.

Carel Smith

Het gewicht van waarden, belangen en beginselen is, anders gezegd, *relatief en contextueel bepaald*. Relatief bepaald, omdat het gewicht van beginselen niet absoluut is, maar zij alleen *ten opzichte van elkaar* meer of minder ‘gewicht’ hebben. En contextueel bepaald, omdat het overwicht van het ene beginsel ten opzichte van het andere dat alleen heeft in het licht van bepaalde gevallen.³⁹

De conclusie is dat wetgeving wordt opgesteld met het oog op de normering van bepaalde *gevallen* door de belangen die daarin spelen tegen elkaar af te wegen. Als wij al willen spreken over wat de wetgever met de regel beoogde of bedoelde, dan komen we daar nog het dichtst bij in de buurt door na te gaan welke *gevallen* evident onder het toepassingsbereik van de desbetreffende bepaling vallen.⁴⁰ Dat zijn de gevallen die niet alleen zonder moeite kunnen worden gesubsumeerd onder de desbetreffende bepaling (het geval valt naar de letter onder de regeling), maar waarbij toepassing van de regeling bovendien in overeenstemming is met de belangenafweging die aan de regel wordt geacht ten grondslag te liggen (de ‘geest’ van de regeling).⁴¹ Aan de hand van verschillende gezichtspunten – zoals de bewoordingen, de wetsgeschiedenis, het systeem – kan de toepasselijkheid van de bepaling voor die gevallen vervolgens ondubbelzinnig worden bevestigd.

Ofschoon de betekenisbepaling van wettelijke regels in duidelijke gevallen dus geen zelfstandige belangenafweging van bijvoorbeeld de rechter verlangt, ligt aan de regel *zelf* uiteraard wel een belangenafweging ten grondslag. Die afweging berust op het rechtspolitieke oordeel van de wetgever om voor een bepaald type geval een bepaald belang te laten prevaleren. Door de regel in de duidelijke gevallen toe te passen, conformeert de rechter zich aan deze belangenafweging. Aangezien in duidelijke gevallen de toepasbaarheid van de regel in redelijkheid niet kan worden betwist en alle neuzen, zogezegd, dezelfde kant op wijzen, kan het ons toeschijnen dat hier niet een normatieve, maar slechts een feitelijke uitspraak wordt gedaan. Toch zijn oordelen in duidelijke gevallen niet minder waarde vrij dan die in moeilijke gevallen; er is alleen geen goede (juridische) reden om af te wijken van de rechtspolitieke belangenafweging die in de regel is neergelegd.⁴²

5 Het normatieve karakter van de rechtswetenschap

Het bestaan van *plain cases* lijkt in strijd met de opvatting dat het vaststellen van de betekenis van het recht wordt vastgesteld door verschillende factoren tegen elkaar af te wegen – en dus door waardering. Van bijna alle wettelijke voorschriften,

39 Zie voor het belang van ‘context’ voor het recht M.A. Loth, M.A. en A.M.P. Gakeer, *Meesterlijk recht*, (Den Haag: Boom, 2002).

40 De *plain of paradigm cases*, zie Hart, *The Concept of Law*, 126-129. Zie voorts noot 27.

41 Vgl. Harts voorbeeld van de auto in het park: dit geval valt zowel naar de letter als naar de geest onder de verbodsbepaling ‘No vehicles in the park’: Hart, *The Concept of Law*, 126.

42 Het onderscheid tussen eenvoudige en moeilijke gevallen, en daarmee tussen heteronome en autonome(re) vormen van rechtsvinding, biedt naar mijn mening een goede verklaring voor het verschijnsel dat het recht soms een ‘feit’ lijkt te zijn, onafhankelijk van wat de afzonderlijke actoren hiervan vinden (recht als sociaal feit), en soms als een verschijnsel dat afhankelijk is van onze normatieve vooronderstellingen (recht als praktische rede). Vgl. J. Hage (2008), <<http://ssrn.com/abstract=1443278>>.

zegt Wiarda, kan men zich situaties voorstellen waarin letterlijke toepassing tot een onaanvaardbaar gevolg kan leiden. Maar die gevallen zijn uitzonderingen; in de normale gevallen komt wat de rechtsvinding betreft aan de rechter slechts een beperkte en geheel heteronoom bepaalde rol toe, één “waarvoor de kwalificatie ‘bouche de la loi’ op haar plaats kan blijven”.⁴³ Tot een vergelijkbare conclusie komt ook Hart. Hij verbindt het bestaan van wat Wiarda heteronome rechtsvinding noemt aan het bestaan van eenvoudige gevallen:

“The plain case, where the general terms seem to need no interpretation and where the recognition of instances seems unproblematic or ‘automatic’, are only the familiar ones, constantly recurring in similar contexts, where there is general agreement in judgments as to the applicability of the classifying terms.”⁴⁴

De benadering van Hart is die van de taalhandelingsfilosofie en operationaliseert voor het recht een van de kerngedachten ervan: de gedachte dat de betekenis van een woord is zijn gebruik in de taal.⁴⁵ We hebben door opvoeding en training geleerd hoe wij bepaalde woorden in een bepaalde context dienen te gebruiken en dit proces van socialisatie is meestal zo rigoureuus, dat we de woorden zonder de minste twijfel in nieuwe gevallen gebruiken – we passen ze *blindelings* toe.⁴⁶

In de benadering van Wiarda en Hart staan regels voor exemplarische gevallen.⁴⁷ ‘De betekenis van een regel kennen’ wil zeggen dat we weten hoe we die regel in voorkomende gevallen dienen toe te passen, dat wil zeggen, weten welke gevallen er standaard onder vallen. Dat verklaart waarom de toepassing van een rechtsregel in exemplarische gevallen van de rechter geen autonoom rechtsoordeel vereist:

“[T]he life of the law consists to a very large extent in the guidance both of officials and private individuals by determinate rules which, unlike the application of variable standards, do *not* require from them a fresh judgment from case to case.”⁴⁸

43 G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999), 20.

44 Hart, *The Concept of Law*, 126.

45 Vgl. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, par. 43: “For a *large* class of cases – though not for all – in which we imply the word ‘meaning’ it can be defined thus: the meaning of a word is its use in the language.”

46 Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, par. 219. Vgl. D. Bloor, *Wittgenstein, Rules and Institutions* (London, New York: Routledge, 1997), 20: “The real sources of constraint preventing our going anywhere and everywhere, as we move from case to case, are the local circumstances impinging upon us: our instincts, our biological nature, our sense experience, our interactions with other people, our immediate purposes, our training, our anticipation of and response to sanctions, and so on through the gamut of causes, starting with the psychological and ending with the sociological.”

47 Voor een uitgebreide bespreking van de betekenis van taal en betekenis, zie C.E. Smith, “Het woord als grenswachter: functies van taalkundige interpretatie voor de rechtsvinding”, *RM Themis* (2009): 61-71.

48 Hart, *The Concept of Law*, 135.

Carel Smith

Het bestaan van huis-tuin-en-keukengevallen, van gevallen waarvan wij in één oogopslag zien dat zij onder het toepassingsbereik van een regel vallen – en daarmee dus het bestaan van regels die ‘duidelijk’ zijn in zoverre zij voor toepassing in deze gevallen geen uitleg behoeven – bevestigt dat het recht een kern bezit over de betekenis waarvan ‘officials and private individuals’ het eens zijn.⁴⁹ In navolging van Wittgenstein zou men kunnen zeggen dat dergelijke oordelen een bijzondere logische rol vervullen in het systeem van beweringen die men binnen het recht kan doen.⁵⁰ Het zijn uitspraken waarvan men de geldigheid niet kan betwisten zonder het systeem zelf uit zijn hengsels te lichten. Als wij de geldigheid betwisten van de standaardtoepassingen van de regels van bijvoorbeeld contract, huwelijk of diefstal, zijn niet alleen deze specifieke regelingen in het geding, maar tevens een *cluster van standaarden* dat het bestaan en de werking van deze regelingen constitueert. Wij aanvaarden niet zozeer de gelding van afzonderlijke proposities, maar van een geheel systeem, waarin gevolgtrekkingen en premissen elkaar wederzijds ondersteunen.⁵¹ Onze oordelen in duidelijke gevallen, aldus Hart, *constitueren* de standaarden voor de correcte hantering van het recht:

“At any given moment judges, even those of a supreme court, are parts of a system the rules of which are determinate enough at the centre to supply standards of correct judicial decision. These are regarded by the courts as something which they are not free to disregard in the exercise of the authority to make those decisions which cannot be challenged within the system.”⁵²

Dat de juistheid van een oordeel in een duidelijk geval in redelijkheid niet kan worden betwist, betekent echter *niet* dat het oordeel niet normatief is. Met ieder oordeel bevestigen we opnieuw de norm en drukken we niet alleen uit dat het geval onder de regel valt (‘is’), maar ook dat dit zo behoort te zijn (‘ought’). Het rechtsoordeel is altijd meer dan een descriptieve uitspraak of, in de woorden van een andere generatie, meer dan logica alleen.⁵³

In dit opzicht bestaat tussen rechters en rechtswetenschappers geen verschil. Ook de meest ‘neutrale’ of ‘objectieve’ bestudering van het geldende recht veronderstelt een normatief gezichtspunt. Of we nu de laatste uitbreiding van de opsporingsbe-

49 In vergelijkbare zin A. Marmor, “No Easy Cases?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 3 (1990): 61-79; B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy* (Oxford: Oxford University Press, 1993), 63-76.

50 L. Wittgenstein, *On certainty* (G.E.M. Anscombe & G.H. von Wright, eds.), transl. by D. Paul en G.E.M. Anscombe, (New York: Harper Torchbook, 1969), par. 136, sprekend over G.E.M. Moore’s ‘common sense’-proposities (zoals: ‘Ik weet dat dit mijn hand is’): “When Moore says he *knows* such and such, he is really enumerating a lot of empirical propositions which we affirm without special testing; propositions, that is, which have a peculiar logical role in the system of our empirical propositions.”

51 Wittgenstein, *On certainty*, par. 142. Vgl. ook par. 225: “What I hold fast to is not *one* proposition but a nest of propositions”, en par. 144 over het leerproces bij kinderen: “Bit by bit there forms a system of what is believed, and in that system some things stand unshakably fast and some are more or less liable to shift. What stands fast does so, not because it is intrinsically obvious or convincing; it is rather held fast by what lies around.”

52 Hart, *The Concept of Law*, 145.

53 O.W. Holmes, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* 10 (1896): 457-478.

voegdheden bij georganiseerde misdaad in kaart brengen, het wisselrecht van Nederland vergelijken met dat van Moldavië of de devolutieve werking van het hoger beroep beschrijven, in alle gevallen zal de onderzoeker moeten vaststellen op welke manier de deelnemers aan de rechtspraktijk omgaan met de regels. Hij kan dat niet doen door uitsluitend van buitenaf het gedrag van de deelnemers te bestuderen, maar zal tevens vanuit hun perspectief naar de regelingen moeten kijken.⁵⁴ Hij zal moeten nagaan op welke manier zij de regels begrijpen en de desbetreffende regelingen in het licht plaatsen van de beoogde maatschappelijke doelen en de uitgangspunten van de rechtsorde.⁵⁵ Wie dat niet doet, wie zich buiten de normatieve orde plaatst waarin de regels liggen ingebed en (uitsluitend) een extreem extern perspectief inneemt, mist een fundamentele dimensie van het recht. Dat is de kern van Harts kritiek op de bevelstheorie van Austin.⁵⁶ Het recht is niet alleen een dwangorde dat normconform gedrag van justitiabelen (en gezagsdragers) afdwingt met behulp van sancties, maar het is ook een normatieve orde waarmee de oplegging van sancties kan worden gerechtvaardigd.⁵⁷ Pas als we de regels tevens als redengevend zien voor het gedrag, en dus als uitdrukking van normatieve uitgangspunten, kunnen sommige toepassingen van regels worden beoordeeld als onproblematisch (als duidelijk geval) en andere als problematisch (als *hard case*) en is het mogelijk vast te stellen wat tot de kern van een regeling behoort, wat de grenzen zijn van een bevoegdheid, enzovoort.⁵⁸

Evenals de rechter, spreekt ook de rechtswetenschapper die uitspraak doet over wat in een bepaald geval geldend recht is, een *oordeel* uit, verkregen op basis van een afweging van verschillende gegevens. Anders dan de rechter, kan de rechtswetenschapper zich ten opzichte van de bestaande voorschriften een kritische distantie veroorloven die in de regel van de rechter niet zal worden geaccepteerd. Maar dat betekent niet dat de rechter niet ook ernstige kritiek kan hebben op een bepaalde regeling, ook al past hij die toe omdat hij de beginselen van de rechtsorde aanvaardt waarvan deze regeling onderdeel uitmaakt. Maar voor beiden geldt dat kritiek een expliciete normatieve stellingname veronderstelt.

54 Vgl. C. Geertz, *The Interpretation of Cultures* (New York: BasicBooks, 1973) over 'thick description', hfdst. 1.

55 Afgezien nog van de kwestie dat aan het onderzoek een bepaalde vraagstelling voorafgaat, een vraagstelling die verband houdt met een bepaald belang, interesse, of ideaal.

56 Vgl. o.a. P.M.S. Hacker, "Hart's Philosophy of Law" in *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, eds. P.M.S. Hacker & J. Raz (Oxford: Clarendon Press, 1977), 1-26; J. Lenoble, "Narrative coherence and the limits of the hermeneutical paradigm", in *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. P. Nerhot (Dordrecht: Kluwer, 1990), 127-169.

57 Vgl. Hart, *The Concept of Law*, m.n. hfst. VI en VII.

58 In vergelijkbare zin, zij het in bewoordingen die wij nu niet gauw zouden kiezen, P. Scholten, *De structuur der rechtswetenschappen. Mededeelingen der Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde* (Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij, 1945), 8: "De wetenschap van het positieve recht kan alleen door dengeen die aan dat recht deel heeft worden beoefend, zeide ik. Want die wetenschap beheerscht mede de hanteering van het gegeven materiaal, dus de rechtstoepassing en slechts hij die zich voor die toepassing verantwoordelijk gevoelt, mag hier een oordeel uitspreken. Daarmee komt weder een aan historie en volk gebonden element in de wetenschap, dat het volstrekt logische karakter uitsluit."

Carel Smith

Overigens heeft de praktijk van het (klassieke) rechtswetenschappelijk onderzoek zich nooit veel gelegen laten liggen aan de schermutselingen van rechtstheoretici over de geëigende manieren van rechtswetenschappelijk onderzoek. Bij de bestudering van het recht worden beide gezichtspunten, het interne en externe, terecht gecombineerd en kunnen de meer theoretische en de meer normatieve vraagstukken niet strikt van elkaar worden gescheiden.

6 Regel, recht en weegschaal

Dat het recht *verbonden* is met moraal, politiek of idealen, betekent niet dat het recht daarmee kan worden gelijkgesteld. Om ons te beperken tot moraal: de identificatie van recht met moraal vormt, paradoxaal genoeg, juist een gevaar voor de gerechtigheid. In: "Rechtspraak en topiek" wijst Leijten op de niet zelden onredelijke uitleg die de Duitse rechters hebben toegekend aan wetgeving die afkomstig was uit de periode voor het nationaalsocialistische tijdperk, alsmede aan op zichzelf genomen niet onredelijke wetgeving uit het begin van dat tijdperk.⁵⁹ Zo gaf een aantal wetten uit 1934 aan werknemers aanspraak op loon tijdens feestdagen:

"Enig voorbehoud ten aanzien van *Joodse* werknemers werd in die wetten niet gemaakt. Vanaf 1939 komen er vervolgens een aantal beslissingen van arbeidsgerechten, die deze wetten zo uitleggen, dat Joden als werknemers van de aanspraak op loondoorbetaling zijn uitgesloten. Het RAG motiveert dit met een 'Auslegung nach der geläuterten Anschauung der Gegenwart' (...) Het LAG van Düsseldorf presteert het om met een beroep op de sinds herfst 1938 'unerbitterliche Einstellung des National-Sozialismus gegen das Judentum' voor de uitsluiting de volgende motivering te geven: 'Es muss als ausgeschlossen angesehen werden, der Gesetzgeber wollte die Juden auch heute noch von einem Nachteil bewahren oder ihnen eine Wohltat zukommen lassen.'"⁶⁰

Leijten beschouwt dit voorbeeld als een illustratie waartoe het waardedenken in de rechtspraak kan leiden. Niet het '*Gesetz ist Gesetz*', maar de aanvaarding van een misdadig waardesysteem is de oorzaak van het falen van de rechters:

"Zolang dit systeem niet in wetten was neergelegd, werd het verwezenlijkt via teleologische uitleg naar de gelouterde zienswijze van de huidige tijd; toen die wetten er wel waren werden de rechters wetspositivisten."⁶¹

59 J.C.M. Leijten, "Rechtspraak en topiek", in: *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, red. W. van Gerven & J.C.M. Leijten (Zwolle/Antwerpen: W.E.J. Tjeenk Willink, 1977), 25-82. Leijten verwijst hier naar onderzoek van B. Rùthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968).

60 Leijten, "Rechtspraak en topiek", 79.

61 Leijten, "Rechtspraak en topiek", 80. En dus heeft niet het rechts- of wetspositivisme de Duitse rechter weerloos gemaakt, zoals Radbruch stelt, maar de capitulatie voor de heersende *mores*, of die nu wel of niet in de wet was neergelegd.

Het verschil tussen het waardedenken van de Duitse rechters in het vorenstaande voorbeeld en de oriëntatie op de gerechtigheid, waarbij men zich eveneens op waarden richt, ligt in de mate waarin men zich gebonden acht aan het recht als een eigensoortig waardesysteem *naast* de actuele politiek-morele overtuigingen van de gemeenschap. Het probleem is niet primair dat de uitspraken van de Duitse rechters *onrechtvaardig* zijn (dat zijn ze ook), maar dat de oordeelsvorming die aan dit soort uitspraken ten grondslag ligt, op onjuiste of ontoelaatbare wijze tot stand gekomen is. Niet alleen burgers, maar ook gezagsdragers hebben zich te houden aan de regels die door het bevoegd gezag zijn uitgevaardigd. Schenden we dit uitgangspunt, dan lopen allerlei rechtswaarden gevaar, zoals het beginsel gelijke gevallen gelijk te behandelen en het rechtszekerheidsbeginsel. Het recht wordt beheerst door eigensoortige wetten, waarover de rechter, en zelfs de wetgever, niets te zeggen heeft. Het recht kent eigen doelstellingen die in acht moeten worden genomen om als *systeem* te kunnen bestaan. Morele opvattingen zijn daarbij één factor. Daarnaast spelen waarden als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, doelmatigheid en coherentie in de afweging een rol.⁶² Worden deze waarden in de afweging niet betrokken, maar capituleert men voor de op dat moment heersende politieke moraal, dan is van een eigenlijke afweging tussen rechtswaarden – en dus van gerechtigheid – geen sprake.⁶³

Het belang van consistentie en coherentie voor het recht, waar Westerman en Wissink terecht op wijzen, moet in dit verband worden begrepen. Alleen een consistent en samenhangend rechtssysteem, schrijven zij, kan voorkomen dat rechtsregels verworden tot decreten die slechts de belangen van de regelgever dienen.⁶⁴ Het belang is niet alleen dat langs deze weg lacunes kunnen worden ingevuld en inconsistenties opgeheven, maar dat coherentie de willekeur van zowel wetgever, bestuur als rechter aan banden legt. Coherentie, aldus MacCormick, is een eis van gerechtigheid:

“Judges are to do justice according to law, not to legislate for what seems to them an ideally just form of society (...) [E]very decision, however acceptable or desirable on consequentialist grounds, must also be warranted by the law as it is.”⁶⁵

De binding van de rechter aan de wet volgt uit de plaats die de rechterlijke macht in ons staatsbestel inneemt.⁶⁶ Maar behalve dat die binding tot doel heeft de macht

62 Vgl. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), 253; Asser-Vranken (1995), 69: “Mijns inziens zijn overwegingen van rechtszekerheid, doelmatigheid, hanteerbaarheid en praktikabiliteit in het burgerlijk recht vaak even belangrijk, zo niet belangrijker dan rechtvaardigheidspostulaten.”

63 Vgl. in dit verband de voorwaarden waaraan een rechtsstelsel volgens Fuller moet voldoen om te kunnen functioneren, Fuller, *The morality of law*, hfdst. II.

64 Westerman en Wissink, “Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap”, 505.

65 MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 107.

66 Vgl. art. 11 Wet AB. Zie voorts over de verhouding rechter-wetgever de afscheidsrede van de President van de Hoge Raad, S.K. Martens, *De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter* (Den Haag: Hoge Raad der Nederlanden, 2000).

Carel Smith

van de rechter ten opzichte van wetgever en bestuur te begrenzen, leidt het ook tot een beteugeling van de macht en willekeur van de andere staatsmachten. Dat de rechter volgens Montesquieu *bouche de la loi* is, tekent niet alleen de verhouding tussen rechter en wet, maar ook de verhouding tussen wetgever en wet.⁶⁷ Ofschoon de wetgever krachtens het democratisch mandaat bevoegd is tot het opstellen van rechtsregels, is ook de wetgever aan de door hem opgestelde regels gebonden. De binding van de rechter aan de wet waarborgt de binding van de andere staatsmachten aan de wet. Indien de rechter inconsistenties in de wetgeving constateert of meent dat een bepaalde toepassing strijdig is met andere, in de wet neergelegde of uit het recht voortvloeiende standaarden, dan volgt uit het beginsel van de *rule of law* dat de rechter de desbetreffende regeling in de geest daarvan uitlegt of deze onder omstandigheden zelfs niet van toepassing verklaart – ook als dat ingaat tegen de veronderstelde bedoeling van de wetgever.⁶⁸

Door het recht op te vatten, niet als een verzameling losse regels, als decreten van de wetgever, maar als een eenheid die zijn betekenis en rationaliteit ontleent aan onderliggende beginselen en doeleinden, wordt het een intelligibele orde, vatbaar voor interne evaluatie en interne kritiek.⁶⁹ Het doorgronden van de samenhang in deze orde lijkt mij de wezenlijke taak van de rechtsgeleerdheid, zowel om de rechtspraktijk voor te lichten, zoals Meijers stelt,⁷⁰ als om onderdelen daarvan te toetsen op hun gehalte aan gerechtigheid. En dit laatste zijn wij weer terug bij de definitie van recht als de redelijke afweging van belangen, waarden en doeleinden.

Recht en weegschaal: de metafoor is antiek, maar nog springlevend. Zowel de beslissingen van rechters als de regels van het rechtssysteem kunnen pas recht genoemd worden als zij het resultaat zijn (geweest) van een *afweging* van de belangen die in het desbetreffende geval of type geval spelen. Willen wij dus weten, niet alleen als wetgever, rechter of praktijkjurist, maar ook als rechtswetenschapper, wat recht is, dan zullen wij meer moeten doen dan het in kaart brengen van de regels die op een bepaald rechtsgebied zijn uitgevaardigd en vaststellen wat wetgever en rechter hebben bedoeld bij de uitvaardiging van de regeling of de uitspraak. Recht is een oordeel, het resultaat van een afweging tussen verschillende factoren, waarbij de rechter of onderzoeker soms niet of nauwelijks op eigen rechtsbesef is aangewezen (heteronome rechtsvinding) en soms meer (autonome rechtsvinding).

67 Vgl. K.M. Schönfeld, *Montesquieu en "La bouche de la loi"* (diss. Leiden) (Leiden: New Rhine Publishers, 1979).

68 Waarbij we dan onderscheiden tussen de wil van de feitelijke wetgever (een constructie) en de wetgever als 'a supposedly ideally rational agent' (eveneens een constructie), D.N. McCormick and R.S. Summers (ed.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study* (Aldershot: Dartmouth, 1991), hfdst. 13.

69 McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 126; Dworkin, *Law's Empire* (London: Fontana Press, 1986), 273.

70 E.M. Meijers, *De taak der rechtswetenschappen aanzien van vrije rechtspraak* (oratie Leiden), (Haarlem: H.D. Tjeenk Willink, 1910), 3.

7 De grammatica van meningsverschillen

Het is ongetwijfeld naar aanleiding van de juridische controverses dat sommigen aan het wetenschappelijke gehalte van de rechtsgeleerdheid twijfelen. Niet voor niets zijn het maatschappelijk sterk sprekende zaken, zoals de *Wrongful Birth*- en *Wrongful Life*-arresten, die aan die twijfel voeding geven:⁷¹ we hebben allemaal een oordeel over de vraag of de opvoedingskosten of het bestaan zelf van een kind als te vergoeden schadepost mogen worden opgevoerd. In die kakofonie van opvattingen verwachten we dan van juristen ten minste een eensluidend oordeel over wat juridisch het correcte antwoord is. Als vervolgens blijkt dat ook juristen, net als gewone burgers, over elkaar heen buitelen over wat in deze zaken het correcte antwoord is, lijkt de conclusie onontkoombaar: de rechtsgeleerdheid is geen wetenschap, omdat haar beoefenaren niet in staat blijken om het juridisch juiste antwoord te produceren.

Hier wordt miskend dat de overeenstemming tussen juristen veel groter is dan uit het verschil van oordeel in een specifieke *hard case* lijkt te volgen. Men verschilt weliswaar van mening over wat het recht in deze kwestie is, maar dit verschil van mening wordt uitgevochten in een debat met behulp van argumenten die door de deelnemers over en weer worden begrepen, ook al kent men er een ander gewicht aan toe. De debatten vormen juist het *bewijs* dat tussen juristen grote overeenstemming bestaat over de uitgangspunten van het recht, en daarmee over de methoden van onderzoek. Het vooronderstelt een gemeenschappelijk kader van aannames, uitgangspunten en bewijsvoering. Zonder een dergelijk gemeenschappelijk kader is ieder debat over de aanvaardbaarheid of juistheid van onze opvattingen betekenisloos. Het is zelfs de vraag of in dat geval nog wel over een verschil van *mening* kan worden gesproken:

“Suppose someone were a believer and said: ‘I believe in a Last Judgement’, and I said: ‘Well, I’m not sure. Possibly.’ You would say that there is an enormous gulf between us. If he said: ‘There is a German aeroplane overhead’, and I said ‘Possibly, I’m not sure’, you’d say we were fairly near.”⁷²

De kwestie is niet dat de een iets gelooft wat de ander niet gelooft, maar dat de redenen voor de een om in het Laatste Oordeel te geloven, voor de ander geen betekenis hebben.⁷³ Dat is niet een verschil van mening, maar een verschil van wereldbeeld. Het is tegen de overgeleverde achtergrond van ons wereldbeeld dat wij onderscheiden tussen ware en onware argumenten, juiste en onjuiste meningen.⁷⁴

71 Zoals Stolker, “Ja, geléerd zijn jullie wel!”, die zijn vraag over de wetenschappelijkheid stelde naar aanleiding van negen verschillende antwoorden in de *Wrongful birth*-casus.

72 L. Wittgenstein, *Lectures & Conversations on Aesthetics, Psychology and Religious Belief*, ed. C. Barrett, (Berkeley: University of California Press, 1966), 53.

73 Als de gelovige daar al een bewijs voor verlangt. Het onwankelbaar geloof “will show, not by reasoning or by appeal to ordinary grounds for belief, but rather by regulating for in all his life”, Wittgenstein (1966), 54.

74 Wittgenstein, *On certainty*, par. 94.

Carel Smith

“All testing, all confirmation and disconfirmation of a hypothesis takes place already within a system. And this system is not a more or less arbitrary and doubtful point of departure for all our arguments: no, it belongs to the essence of what we can call an argument. The system is not so much the point of departure, as the element in which the arguments have their life.”⁷⁵

Een zinvol debat kan pas worden gevoerd binnen een taalspel dat de regels of ‘grammatica’ bevat over wat zinvol over de zaak kan worden gezegd. Koskenniemi drukt het voor het internationale recht als volgt uit:

“[W]hatever else international law might be, at least it is how international lawyers argue, that how they argue can be explained in terms of specific ‘competence’ and that this can be articulated in a limited number of rules that constitute the ‘grammar’ – the system of production of good legal arguments.”⁷⁶

Het bestaan van gedeelde standaarden blijkt uit het gebruik ervan door de gemeenschap van rechters, rechtswetenschappers en andere juristen – in zoverre is hun bestaan ‘a matter of fact’.⁷⁷ Deze standaarden fungeren als bindende normen voor de desbetreffende groep van juristen, normen waarvan men niet naar believen kan afwijken.⁷⁸ Wie zich aan de standaarden van de *interpretive community* van juristen onttrekt, wordt niet gehoord en spreekt in juridisch opzicht onzin.⁷⁹ De oordelen in *clear cases* illustreren deze stelling. Door in een duidelijk geval een geldende rechtsregel van toepassing te verklaren, erkennen we het geheel van waarden en beginselen waaraan de rechtsregels hun gelding en betekenis ontleen.⁸⁰ We erkennen langs deze weg de bevoegdheid van de wetgever om regels op te stellen en bevestigen daarmee de waarden die aan dit gezag ten grondslag liggen. En door de regel overeenkomstig de standaardbetekenis te begrijpen, stemmen we in met de standaarden voor de juiste interpretatie. De rechter die een apert onjuist vonnis wijst, door bijvoorbeeld een proeftijd van zes maanden rechtsgeldig te verklaren, oordeelt evident in strijd met deze metanormen zoals deze door de gemeenschap van juristen worden gehanteerd. Hij ontzegt ofwel gelding aan de meeste elementaire erkenningsregels door een besluit van de formele wetgever te negeren⁸¹ of kent aan die bepaling een betekenis toe in strijd met de betekenis die iedere competente jurist daaraan toekent.⁸² Van ‘recht’ kan in zo’n geval eigenlijk niet worden gesproken. Een uitspraak is ‘recht’ voor zover de uitspraak kan worden beschouwd als het

75 Wittgenstein, *On certainty*, par. 105.

76 M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 568.

77 Hart, *The Concept of Law*, 110.

78 *Idem*, 145.

79 Vgl. Fish, *Is There a Text in This Classroom? The Authority of Interpretive Communities*.

80 Dworkin, *Law's Empire*, 19, 217 en 336.

81 Voor dienstbetrekkingen langer dan twee jaren geldt de zgn. ijzeren proeftijd van twee maanden: art. 7:652 lid 4 onder b BW.

82 Zelfs *getallen* zijn niet veilig bij juristen. Vgl. in dit verband HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/De Schelde).

resultaat van een juiste hantering van het complex aan regels, beginselen en standaarden; het is recht krachtens dit normencomplex; daarbuiten bestaat geen recht.⁸³

Wat het recht tot een *stysteem* maakt, is dus de complexe set van inhoudelijke standaarden en grotendeels impliciete handelingspraktijken die in de handelingspraktijken van gezagsdragers, rechters en andere professionele juristen besloten liggen.⁸⁴ Het is deze overeenstemming waarop de overeenstemming van oordeel in duidelijke gevallen berust, en het bestaan van meningsverschillen in *hard cases*. Deze 'legal grammar' vinden we terug in wat Vranken de gereedschapskist van de jurist heeft genoemd⁸⁵ en wat de kern vormt van het vaak stiefmoederlijk bedeelde vak 'juridische methoden en technieken' waarmee de meeste studenten hun opleiding beginnen.

Toch vormt juist het nederige handwerk van de jurist de onderliggende rationaliteit van het recht. Juristen kunnen in een geschil soms diametraal tegenovergestelde posities innemen en deze onderbouwen met juridische argumenten, zonder dat dit een reden is om de deskundigheid of expertise van de ander in twijfel te trekken. Hun onderling strijdige conclusies steunen op dezelfde aannames over de bronnen van recht, de methoden van interpretatie en de standaarden van vergelijkbaarheid van gevallen en het is juist dankzij de overeenstemming in taal (Wittgenstein),⁸⁶ grammatica (Koskenniemi) of secundaire regels (Hart)⁸⁷ dat over het verschil van opvatting kan worden gedebatteerd.⁸⁸ Dankzij de grammatica van de verschillende rechtsgebieden zijn juristen het in duidelijke gevallen eens⁸⁹ en kan het debat zich in de zogenoemde *hard cases* toespitsen op de '*politics of law*':

“[T]he meaning of legal language is derived from what point is being made by it in a particular context, in regard to what claim, towards which audience. What interests are being supported, what is opposed by it? This is the *politics of law*

83 Een aparte categorie wordt gevormd voor het geval de hoogste rechter 'om' gaat. Zolang de HR daarbij gebruikmaakt van hetzelfde type argumenten, maar deze alleen anders afweegt dan voorheen, wijkt de HR niet af van de geldende standaarden van uitleg en toepassing. Dat is anders als de HR met zijn beslissing de regels van het spel, zagezegd, verandert en aan een bepaald type argument betekenis toekent die het daarvoor niet had. Als voorbeelden van het laatste gelden wellicht de zgn. voorjaarsbeschikkingen van de HR van 21 maart 1986 inzake ouderlijke macht, toen de HR, zonder dat de Europese rechtspraak inzake art. 8 EVRM hiertoe noopte, enkele uitgangspunten van het bestaande familierecht, met een beroep op de rechtspraak inzake art. 8 EVRM, op losse schroeven zette (HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585, 586, 587 en 588). Maar net als de wetgever, bepaalt ook de HR tot op zekere hoogte de regels van het spel.

84 In vergelijkbare zin M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), 7.

85 Vranken, C. *Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 75-140.

86 Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, par. 241: "So you are saying that human agreement decides what is true and what is false? – It is what human beings say that is true and false; and they agree in the *language* they use. That is not agreement in opinions but in form of life."

87 Hart, *The Concept of Law*, hfdst. V.

88 Zie voor een uitwerking van deze benadering G. Molier, "De politisering van het internationale recht in relatie tot zijn onbepaaldheid", *Vrede en Veiligheid. Tijdschrift voor Internationale Vraagstukken* 38 (2009) (in press).

89 Hart, *The Concept of Law*, 145.

Carel Smith

for which the existence of a grammar is absolutely crucial, but which is not exhausted by a mere grammar-use.”⁹⁰

Dat juristen diepgaand van mening kunnen verschillen over het gewicht dat aan het ene of andere beginsel dient toe te komen, is, paradoxaal genoeg, niet meer dan een rimpeling aan de oppervlakte van het *mare nostrum* aan gemeenschappelijke uitgangspunten die de productie en evaluatie van argumenten mogelijk maken.⁹¹

De professionaliteit van de praktijkjurist en rechtswetenschapper bestaat in het vermogen om een zaak juridisch in te kaderen en te bepalen welke argumenten zinvol voor de beslissing van het geschil kunnen worden aangevoerd. Dat die argumenten in veel gevallen moeten worden afgewogen en dat die afweging uiteindelijk wordt bepaald door de *politics of law* of de *political morality* van degene die beslist,⁹² volgt uit de aard van het recht. Recht is niet een feit, maar een *oordeel*: het is het resultaat van de redelijke afweging van belangen, waarden en doeleinden van het recht en dus de uitdrukking van het oordeel welk belang *behoort* te prevaleren. En dat is onlosmakelijk verbonden met wereldbeeld en ideologie – met rechtspolitieke keuzes.

8 De architectuur van het rechtswetenschappelijke oordeel

Dat aan goed rechtswetenschappelijk onderzoek eisen worden gesteld als nauwgezetheid, accuratesse, adequate en omvattendheid spreekt voor zich.⁹³ Wie een monografie schrijft over de lijdelijkheid van de rechter, zal kennis moeten nemen van het leerstuk in al zijn facetten, aan de hand van een zorgvuldige bestudering van wet, jurisprudentie en literatuur. In dit opzicht is goed rechtswetenschappelijk onderzoek een kwestie van techniek: men dient het begrippenkader te kunnen hanteren, in staat te zijn om de jurisprudentie te lezen, zorgvuldig bronnenonderzoek te verrichten, op de hoogte te zijn van de institutionele context waarin het desbetreffende leerstuk functioneert en de eventuele controverses zakelijk weer te geven. In hoeverre aan de voorwaarden van gedegen rechtswetenschappelijk onderzoek is voldaan, blijkt vaak pas bij tekortkomingen, als relevant bronnenmateriaal niet is geraadpleegd of als aan een uitspraak consequenties worden verbonden die er niet uit kunnen worden afgeleid.⁹⁴ In dergelijke gevallen zal men de conclusies kunnen weerleggen met argumenten die competente juristen zullen onderschrijven. Maar vertoont de studie dergelijke tekortkomingen niet, dan zal het door de gemeenschap

90 Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, 571.

91 Vgl. O.M. Fiss, “Objectivity and Interpretation”, *Stanford L. Rev.* 34 (1982): 752, waar hij stelt dat de objectiviteit van het rechtsoordeel niet berust op de overeenstemming van oordeel van rechters of rechtswetenschappers, maar op de omstandigheid dat de beslissing in overeenstemming is met “the authoritative disciplining rules”.

92 Dworkin, *Law's Empire*, 256-258.

93 O.m. Stolker, “Ja, geléerd zijn jullie wel!”, 772, Barendrecht e.a., “Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?”, 1423 en Van Gestel en Vranken, “Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording”, *NJB* (2007): 1451.

94 Vgl. A.R. Mackor, “Tegen de methode”, *NJB* (2007): 1462; C.E. Smith e.a., “Criteria van goed rechtswetenschappelijk onderzoek: de omgekeerde route”, *NJB* (2008): 685.

van juristen worden beschouwd als een proeve van rechtsgeleerd onderzoek dat het leerstuk, zakelijk beschouwd, correct weergeeft, ook al zouden andere auteurs andere accenten hebben gelegd of het leerstuk vanuit een andere invalshoek hebben benaderd.

Er is echter geen rechtsgebied waar niet op zijn minst enkele controverses heersen, zoals die over de uitleg van een bepaling, de onwenselijke gevolgen van een uitspraak, de doelmatigheid van een regeling, de reikwijdte van een grondrecht of de consistentie van een bepaalde juridische constructie. Deze controverses hebben als *inzet* wat in dergelijke gevallen geldend recht is of, anders uitgedrukt, wat krachtens het bestaande systeem van regels, uitspraken en standaarden, recht behoort te zijn. De debatten hierover worden gevoerd met argumenten die juristen als juridisch relevant aanmerken, maar die anders kunnen worden beoordeeld, gewaardeerd of afgewogen. De controverses worden uiteindelijk beslist door een waardeoordeel waarover competente juristen in redelijkheid van mening kunnen verschillen.

De negen verschillende antwoorden in het *Wrongful Birth*-arrest bieden negen visies op de rechtspolitieke keuze die in deze kwestie gemaakt kunnen worden. Dat betekent niet dat die keuzes willekeurig zijn. De functie van het recht is die van een '*structure of constraints*'.⁹⁵ Het biedt een samenhangend systeem van regels en handelingspraktijken voor de productie en evaluatie van juridische beweringen. Om zijn keuze te rechtvaardigen (en anderen van de juistheid ervan te overtuigen), zal de onderzoeker zijn standpunt moeten motiveren. Het is in de argumentatie dat de keuze van de onderzoeker wordt geobjectiveerd: de argumenten moeten niet alleen, subjectief, overtuigend zijn voor de onderzoeker zelf, maar ook, intersubjectief, voor bij voorkeur de gehele groep van juristen en gezagsdragers die geroepen is over die kwestie te oordelen.

Dat is een andere manier om te zeggen dat dankzij de *structure of constraints* het bestaan van meningsvorming en meningsverschillen mogelijk is. Zo kunnen bijvoorbeeld de redenen voor toe- of afwijzing van het recht op schadevergoeding van een zwaar gehandicapt kind jegens de verloskundige slechts met argumenten worden onderbouwd die verband houden met de rechtsfiguur van wanprestatie: fout, causaal verband en schade.⁹⁶ Dankzij de juridificering blijven in dit geval slechts enkele vragen over waarvan het antwoord van belang is voor de beslissing: de vraag of de verloskundige ook een rechtsplicht heeft jegens het ongeboren kind, hoe de schade van (gehandicapt) bestaan in relatie tot niet-bestaan moet worden vastgesteld (rechtsdogmatische vragen), of toewijzing van de vordering een depreciatie inhoudt van gehandicapt leven (een waardekwestie) en of toewijzing leidt tot defensieve geneeskunde en vorderingen van (gehandicapte) kinderen jegens hun ouders (consequentialistische vraagstukken). Wie vervolgens stelt dat toewijzing leidt tot defensieve geneeskunde of dat de vordering in strijd is met het stelsel van het aansprakelijkheidsrecht, zal de aannemelijkheid daarvan moeten aantonen.

Relevante en aannemelijke argumenten dicteren de beslissing echter niet als voor een *contrair* standpunt eveneens relevante en niet onaannemelijke argumenten

95 S. Fish, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (Oxford: Clarendon Press, 1989), 98.

96 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (Baby Kelly).

Carel Smith

kunnen worden aangevoerd – wat feitelijk de definitie vormt van een *hard case*. De complexe architectuur van de ‘*legal grammar*’ bepaalt *wat* kan worden gezegd, *hoe* dit moet worden gepresenteerd en welke waarden in geding zijn, maar het bepaalt niet de afweging tussen die waarden.⁹⁷

9 Conclusie

De criteria van wetenschappelijkheid zoals deze worden gehanteerd in de experimentele (of natuur)wetenschappen lijken mij ongeschikt voor gebruik in de rechtswetenschap. Voor de experimentele wetenschappen geldt dat *the proof of the pudding is in the eating*. De juistheid van de theorie wordt uiteindelijk bepaald door de voorspellingen die uit de theorie kunnen worden afgeleid te toetsen aan de resultaten van experimenten of andere observaties.⁹⁸ Objectiviteit en precisie zijn hier onontbeerlijk. De voorspellingen dienen ondubbelzinnig uit de theorie te kunnen worden afgeleid: een onnauwkeurige, vage of voor verschillende uitleg vatbare voorspelling kan moeilijk op juistheid worden getest en levert weinig of geen bevestiging op voor de juistheid van de theorie.⁹⁹

In het recht ligt dit anders. Uitspraken over recht zijn geen voorspellingen, maar claims over wat heeft te gelden als recht. Verschillende uitspraken of opvattingen over wat geldend recht is, vormen niet elkaars weerlegging (wat in de experimentele wetenschap wel het geval zou zijn), net zomin als een uitspraak in verband met de spanning die deze oplevert met een van de kernwaarden van het recht om die reden zou zijn weerlegd. Opvattingen of theorieën over geldend recht kunnen meer of minder rechtvaardig zijn, meer of minder botsen met het belang van de rechtszekerheid, zonder dat zij hierdoor zijn weerlegd of gefalsifieerd.

De rationaliteit of wetenschappelijkheid van de rechtswetenschap vindt zijn bekroning niet in een geslaagde voorspelling over wat geldend recht is, maar in het precieze en zinvolle debat dat naar aanleiding van uitspraken over geldend recht kan worden gevoerd, waarbij de precisie verwijst naar het verfijnde begrippenapparaat ten behoeve van de analyse van de juridische kwesties en de zinvolheid naar de gedeelde standaarden voor de productie en evaluatie van argumenten.

Dat in de rechtswetenschap de vaststelling van geldend recht niet kan worden gescheiden van de bepaling van wenselijk recht, is niet een tekortkoming of gebrek dat moet worden overwonnen, maar vloeit voort uit de aard van het recht. *Ieder* oordeel over geldend recht is *altijd* normatief, ook bij de onderwerpen waarover de meeste juristen niet met elkaar van mening verschillen. De kennis van het recht zit niet in de antwoorden die in juridische controverses kunnen worden gegeven, maar bevindt zich op een ander niveau: in de kennis van de onderliggende structuur of

97 In moeilijke gevallen bestaan dan ook geen juiste antwoorden, ook al kan men de innerlijke overtuiging hebben dat het antwoord juist is.

98 Vgl. W.V. Quine, *The Pursuit of Truth*, rev. ed. (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996), 20.

99 “This, in outline, is the method of all sciences which are backed by experience”, K.R. Popper, *The Poverty of Historicism* (London: Routledge, 1991), 134.

rationaliteit die de productie van deze antwoorden mogelijk maakt en die de waardeoordelen waarop die antwoorden berusten zichtbaar maakt.