

1. Recht als object van rechtswetenschap

1.1 Inleiding

Het doel van dit boek is ons inzicht te vergroten in wat het betekent om juridisch onderzoek te doen; meer specifiek, hoe het object ervan moet worden begrepen, en welke methoden kunnen worden onderscheiden om dit object te onderzoeken. Met ‘onderzoek’ bedoelen we hier dat wat in brede zin wetenschappelijk onderzoek wordt genoemd, breder dus dan het traditioneel met hypothesen en experimenten geassocieerde Angelsaksische begrip *science*, dat tegenover de *liberal arts* en *jurisprudence* staat. Intussen worden echter bredere opvattingen van *science* gemeengoed, waarin ook methodische rechtswetenschappelijke observaties passen.¹ Vandaar dat het in hoofdstuk 3 te bespreken empirische juridisch onderzoek met een gerust hart ‘Empirical Legal Science’ kan worden genoemd. Het merendeel van het rechtswetenschappelijk onderzoek dat in dit boek besproken wordt, maakt echter gebruik van geesteswetenschappelijke methoden. Dit alles kunnen we zien als rechtswetenschap, gekenmerkt door het talige fenomeen van het recht als object.

1 Zie Peter Gluckman, President van de International Science Council, ‘Science and science systems: beyond semantics’, https://policylabs.frontiersin.org/content/commentary-science-and-science-systems-beyond-semantics#_ftn1: ‘UNESCO, the International Science Council, commentators and philosophers of science now accept that science as we now know is defined by its principles rather than by its methods. While falsification might describe some domains of natural science, it requires considerable contortion to apply a Popperian approach in an area such as evolutionary biology, psychology, and most human and social sciences. And disciplines have emerged that we only now consider as science: medicine and many social sciences only started taking on the form that we now see as science after the turn of the 20th century. Indeed, the boundary between science and non-science can only be defined by reference to its core principles. – Science is an organized system of knowledge – one based on observation and experimentation.’

Net als de wetenschap zelf wordt ook de metatheorie en filosofie van de wetenschap beheerst door kennisinteresses. Dat geldt uiteraard ook voor de *wetenschap* van het recht, al zullen we die term voorzichtig gebruiken. Het recht wordt in dit boek niet opgevat als beheersingsinstrument, maar als uitdrukking van *wederzijdse erkenning* tussen mensen, die daarmee aan hun samenleven gestalte geven. De opvatting van het recht als taal heeft deze betekenis, omdat het gesprek dat aan rechtsvorming en rechtspleging ten grondslag ligt, een bevrijdende distantie tussen het gesproken of geschreven woord en het vernemen daarvan impliceert.

Hierin ligt een tegenstelling met de opvatting van recht als bevelen:² die zijn weliswaar ook in taal verrat, maar ontkennen het rechtsvormende moment dat gelegen is in het vrijelijk vernemen daarvan. Het recht heeft een lange weg moeten afleggen van een bevelende ordening, afgeleid van het gezag van 'legitieme' heersers, naar een ordening met een innerlijke legitimatie door wederzijdse erkenning. De sporen van de eerste opvatting zijn nog steeds aanwezig, ook in de Nederlandse en andere moderne samenlevingen. Ze zijn enerzijds te vinden in het juridische instrumentalisme (met rechtsregels als besturingsinstrument), en anderzijds in autoritaire democratieopvattingen (met wetgeving als zeggenschap van de meerderheid). Deze onvoltooide transformatie van de constitutionele grondslagen zal in heel dit boek op de achtergrond aanwezig zijn, en in hoofdstuk 4 in het bijzonder.

Dit boek behandelt onderliggende theoretische en methodologische vragen van rechtswetenschappelijk onderzoek. Wat hier wordt gepresenteerd is dan ook geen 'how-to-do'-boek voor beginnende onderzoekers. De theoretische en methodologische vragen die hier aan de orde komen, zijn zelf geen rechtswetenschappelijke vragen, maar 'meta'-vragen die tot het domein van de filosofie, in het bijzonder de rechtsfilosofie en de wetenschapsfilosofie, kunnen worden gerekend. Zo willen we de basis leggen voor een doordachte opzet van juridisch onderzoek.

In dit boek wordt geen eenvormige rechtswetenschap voorgesteld. Verschillende vormen van juridisch onderzoek hebben allemaal hun eigen methodologische kenmerken. Maar hoewel methodologisch verschillend, vullen ze elkaar aan. Dit komt het duidelijkst naar voren wanneer we in hoofdstuk 6 onze aandacht richten op verdere ontwikkeling van het recht. Het materiële object van deze onderscheiden vormen van rechtswetenschap is echter hetzelfde: recht in de zin van rechtsregels, tezamen met de daarmee verbonden instellingen, beslissingen, beginselen en waarden.

2 Zoals die van John Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, London: John Murray 1832, p. vii: 'Laws proper or properly so called, are commands'. 'Of the laws or rules set by men to men, some are established by *political* superiors., sovereign and subject: by persons exercising supreme and subordinate *government*, in independent nations, or independent political societies' (p. 3), in tegenstelling tot 'improperly' als 'laws' aangemerkte regels van 'positive morality' (p. 4).

Recht wordt uitgedrukt in normatieve taal die ertoe strekt menselijk gedrag te sturen. Het komt ook tot uiting in menselijk gedrag dat wordt gezien als in overeenstemming met de wet of als afwijzing daarvan, maar dat gedrag als zodanig vatten we niet op als object van rechtswetenschap; wel van rechtssociologie, waarover nader in hoofdstuk 3. Luigi Ferrajoli vergelijkt deze dualiteit met het door H.L.A. Hart gemaakte onderscheid tussen het interne en externe gezichtspunt van rechtsregels, Max Webers onderscheid tussen normen en feiten, en het onderscheid dat vaak wordt gemaakt tussen recht in boeken en recht in actie.³ Al deze onderscheidingen zijn – letterlijk – betrekkelijk, want zoals zal blijken is het onmogelijk gedrag te identificeren als gestuurd door regels, zonder betekenis te hechten aan de woorden die gebruikt worden om die regels tot uitdrukking te brengen. Aan de andere kant is het ook onmogelijk om betekenis toe te kennen aan een regel in een wetstekst zonder begrip van het gedrag dat zou overeenkomen met het naleven van die norm. Recht doet zich dus aan ons voor in en als op gedrag betrokken taal, in de woorden van Jan Broekman: ‘law is a multidisciplinary, language-bound social practice’.⁴ Verschillende disciplines kunnen deze zelfde sociale praxis onderzoeken, bijvoorbeeld in de sociologie als gedrag, maar in dit boek gaat het om onderzoek dat betrekking heeft op deze sociale praxis als een bijzondere taal.

De definitie van recht die in dit hoofdstuk wordt gegeven, heeft dus betrekking op zijn taalkundige verschijningsvorm (par. 1.2), zonder echter voorbij te gaan aan het feit dat de woorden en de voorschriften die in woorden worden uitgedrukt, alleen zin hebben in relatie tot geleefde werkelijkheden en (mogelijk historische) beelden van deze werkelijkheden. Diefstal wordt in artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht omschreven als het wegnemen van een ‘goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort’. Dat goederen aan iemand toebehoren, verwees historisch naar een economische ordening waarin materiële objecten niet van iedereen, maar van *iemand* zijn. In een gewijzigde context werd de vraag of elektriciteit ook een goed is dat aan iemand kan toebehoren en dus gestolen kan worden, door de Hoge Raad bevestigend beantwoord.⁵ Lezing van het arrest leert dat de rechtspraak meer inhoudt dan een lexicografische toevoeging van een betekenis aan hetzelfde woord, maar zich verhoudt tot de samenleving waarin eerder geschreven woorden worden herlezen. De redenering van de Hoge Raad, die afweek van de conclusie van de advocaat-generaal, had als scharnierpunt dat elektrische energie een object is dat in de macht van een ander kan overgaan, wat niet het geval is bij ‘rechten of [lees: op?] geestesproducten, zooals bijvoorbeeld het auteursrecht of een octrooi’. Het begrip ‘goed’ – en daardoor ook de begrippen ‘toebehoren’, ‘wegnemen’ en

3 L. Ferrajoli, *Principia iuris: Theoria del diritto e della democrazia. 1. Theoria del diritto*, Rome/Bari: Editori Laterza 2007, p. 10.

4 J.M. Broekman, *Rethinking Law and Language: The Flagship ‘Speech’*, Cheltenham/Northampton MA: Edward Elgar 2019, par. 8.5.3.4.

5 HR 13 mei 1921, ECLI:NL:HR:1921:186, *NJ* 1921, p. 564.

‘diefstal’ – kreeg aldus een verruimde betekenis in de context van de technische en economische ordening, van de macht die daarin wordt uitgeoefend.

De volgende drie paragrafen zijn gewijd aan de meest gangbare benaderingen van juridisch onderzoek. Het gaat hier om wat doorgaans rechtsgeleerdheid of juridische dogmatiek wordt genoemd, tegenwoordig ook vaak als doctrinair juridisch onderzoek aangeduid (par. 1.3). Belangrijke onderdelen daarvan zijn het onderzoek naar juridische redeneerwijzen (par. 1.4) en het onderzoek naar de verhouding tussen rechtsbeginselen, rechtsregels en juridische beslissingen (par. 1.5).

Door recht te bezien als een semantisch systeem (par. 1.6) wordt de basis gelegd voor de verkenning van andere vormen van rechtswetenschap die in dit boek aan de orde zullen komen. Met betrekking tot juridisch onderzoek in het algemeen is het belangrijk om in gedachten te houden dat recht, als onderdeel van een levende taal, altijd onderhevig is aan interpretatie en herinterpretatie (par. 1.7). Het eerste hoofdstuk eindigt (in par. 1.8-1.9) met conclusies en een vooruitblik op de volgende hoofdstukken.

1.2 Een taal die bedoeld is om gedrag te sturen

Het definiërende object van juridisch onderzoek is het recht, dat wil zeggen rechtsregels met inbegrip van de instellingen en besluiten die op deze regels zijn gebaseerd, en de beginselen en waarden die in deze regels tot uitdrukking komen. Een voorbeeld van een rechtsregel die, zoals in veel rechtsstelsels, contractuele verplichtingen regelt, is te vinden in artikel 6:52, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek: ‘Een schuldenaar die een opeisbare vordering heeft op zijn schuldeiser, is bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten tot voldoening van zijn vordering plaatsvindt, indien tussen vordering en verbintenis voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen.’ Deze rechtsregel staat nog steeds bij velen bekend in de Latijnse formulering als de *exceptio non adimpleti contractus*. Weer andere rechtsregels roepen instellingen in het leven, zoals artikel 1 van de Wet College voor de rechten van de mens (‘Er is een College voor de rechten van de mens (...)’ of definiëren rechtshandelingen zoals de overeenkomst (art. 3:213 Burgerlijk Wetboek) en andere rechtsfeiten, zoals verzuim van de schuldenaar (art. 3:31 Burgerlijk Wetboek). Rechtshandelingen veronderstellen een bevoegdheid om deze tot stand te brengen. Wat overeenkomsten betreft komt deze toe aan iedere persoon (al is niet iedereen daartoe handelingsbekwaam), terwijl andere rechtshandelingen zijn voorbehouden aan daarvoor aangewezen organen, bijvoorbeeld in artikel 81 van de Grondwet (‘De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk’). Wat een ‘wet’ is, wordt in de Grondwet op het eerste gezicht dus slechts formeel bepaald, namelijk door de aanwijzing van de bevoegde organen en de te volgen procedure, maar uit de grondwetsbepalingen die zeggen welke besluiten aan de wetgever zijn voorbehouden, is in de Grondwet toch een – zij het open – materieel begrip van wetgeving te lezen.

Alle juridische fenomenen maken deel uit van talige processen die gedrag sturen. Centraal daarin staan rechtsregels, die zelf voortvloeien uit processen die meestal in het constitutionele recht worden geregeld. De toepassing van deze regels is op haar beurt een proces, soms een gerechtelijk proces, dat wordt voltooid met een juridische beslissing, waarop een proces van tenuitvoerlegging kan volgen. Wettelijke regels scheppen normatieve verwachtingen over het gedrag dat de regels moeten sturen en vereisen een soort geïnstitutionaliseerde beoordeling – uiteindelijk door rechters – over de mate waarin dergelijk gedrag daadwerkelijk in overeenstemming is met de regels.⁶ Crimineel gedrag is een feitelijke ontkenning van de naleving van rechtsregels.

Andere fenomenen in het juridisch onderzoek zijn gerelateerd aan dit kernbegrip. Rechtsbeginselen zijn normatieve uitspraken die abstraheren van de handelingssituaties waarin tussen geoorloofdheid en ongeoorloofdheid, dan wel bevoegdheid of onbevoegdheid wordt onderscheiden. Ze kunnen richting geven aan de vorming of de betekenis van regels. Bekende rechtsbeginselen zijn het gelijkheidsbeginsel, bijvoorbeeld verwoord in artikel 20 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ('Eenieder is gelijk voor de wet') en het eveneens voor alle rechtsgebieden betekenisvolle evenredigheidsbeginsel (voor overheidsbesluiten negatief omschreven in artikel 3:4, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doeleinden'). Rechtsregels bepalen de uitkomst van een zaak terwijl rechtsbeginselen kunnen worden afgewogen tegen andere beginselen.⁷

6 G. Samuel, *Rethinking Legal Reasoning*, Cheltenham/Northampton, MA: Edward Elgar Publishing 2018, p. 91. Hij citeert Lord Hope in een uitspraak van de Privy Council, waarin deze stelt dat 'recht' 'in its simplest form (...) be said to consist of a series of rules which forbid or enjoin certain types of behaviour under penalty, rules requiring people to compensate those whom they injure in various ways, and rules which specify what must be done to make wills, contracts or other arrangements which confer rights and create obligations. These rules exist in a legal system that has courts to determine what the rules are and to give effect to them, and a legislature that enacts laws to create new rules and abolish old ones.' Hoewel in het burgerlijk recht de bronnen van rechtsregels in omgekeerde volgorde zouden kunnen worden opgesomd, is deze uiteenzetting van wat het woord 'recht' betekent zowel voor het gewoonterecht als voor het burgerlijk recht zeer juist. Volgens Kantorowicz, een van de andere toonaangevende auteurs uit de twintigste eeuw, is recht een 'body of rules prescribing external conduct and considered justiciable'. Zie H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, Cambridge: Cambridge University Press 1958, p. 21.

7 Zie bijv. M. Scheinin, 'Core Rights and Obligations', in: D. Shelton (red.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 528-540, op p. 534-535.