

Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap!

Citation for published version (APA):

van Rhee, C. H. (2004). Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap! *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 4, 196-201.

Document status and date:

Published: 01/01/2004

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

C.H. van Rhee, 'Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap!', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 4/2004, p. 196-201.

GEEN RECHTSGELEERDHEID, MAAR RECHTSWETENSCHAP!

C.H. van Rhee¹

Op 11 april 2003 verscheen in het *Nederlands Juristenblad* een artikel van de hand van Carel Stolker.² Dit artikel vormt de neerslag van een rede die Stolker in de Leidse Pieterskerk uitsprak tijdens de 428^{ste} *dies natalis* van de Leidse Universiteit. In zijn rede - en dus ook in zijn artikel - bespreekt Stolker het wetenschappelijk karakter van de rechtswetenschap. Aanleiding hiervoor was onder andere, zo meldt Stolker, dat door collega's buiten de juridische faculteit wordt getwijfeld aan het wetenschappelijk gehalte van het onderzoek dat binnen de juridische faculteiten wordt verricht. Onlangs bleek dat deze twijfel zich ook manifesteert wat betreft het juridisch onderwijs. Voormalig staatssecretaris Nijs gaf er immers blijk van dat zij de juridische opleiding in de eerste plaats als een beroepsopleiding beschouwt.

Veel juristen zullen grondig van mening verschillen met de door Stolker ten tonele gevoerde collega's en ook met de voormalige staatssecretaris. Het is dan ook bepaald prijzenswaardig dat Stolker de discussie over het wetenschappelijk karakter van de rechtswetenschap nieuw leven heeft ingeblazen.³ Desalniettemin kunnen er enige kanttekeningen worden geplaatst bij een centrale stelling in zijn betoog, namelijk dat '[h]et recht [...] van andere wetenschappen [kan] leren wetenschappelijker te worden'.⁴ Ik ben van mening dat dit wat betreft de gehanteerde onderzoeksmethode niet het geval is,⁵ zeker wanneer wij ons beperken tot dat deel van de rechtswetenschap dat ik hieronder zal aanduiden als de 'traditionele rechtswetenschap' (door gebruik van het woord 'traditioneel' wil ik overigens geen waardeoordeel uitspreken, het zij benadrukt). In het nu volgende zal ik

¹ Remco van Rhee is als hoogleraar Europese rechtsgeschiedenis verbonden aan de juridische faculteit van de Universiteit Maastricht. Hij schreef de onderhavige bijdrage in een eerdere versie in maart 2004. De auteur dankt Carel Stolker, Netty van Buren, Jeroen Chorus, Jan Smits, Jaap Hage, Dirk Heirbaut en Ton Hartlief voor hun kritische opmerkingen bij deze eerdere versie. De gemaakte opmerkingen zijn overigens een enkele maal, bij een onoverbrugbaar verschil van mening, niet verwerkt. De auteur heeft bij het schrijven van dit artikel geen kennis kunnen nemen van de inhoud van het themanummer van het *NJB*, gewijd aan het wetenschappelijk karakter van de rechtswetenschap. Toen de onderhavige bijdrage werd afgesloten, was dit themanummer nog niet verschenen.

² C.J.J.M. Stolker, "'Ja, geléerd zijn jullie wel!'" Over de status van de rechtswetenschap', *NJB* 2003, p. 766-778.

³ Over deze thematiek is gedurende de afgelopen periode een aantal andere interessante artikelen verschenen. Afgezien van de artikelen die ik hierna in de voetnoten noem, kan - overigens zonder dat ik aanspraak maak op volledigheid - gewezen worden op de redactionele kanttekeningen van H. Franken in *Themis* 2004, p. 1-2, en A.M. Hol, 'Pleidooi voor een Jurisprudentia. Over recht en rechtswetenschap', in J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis, *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*, Den Haag 2003, p. 5-22. De overige bijdragen aan deze bundel van de hand van M. Herweijer, W.J. Witteveen, H.S. Taekema en van mijn Groningse collega-rechtshistoricus B.H. Stolte zijn eveneens zeer lezenswaardig. Interessant is ook het binnenkort in een Maastrichtse bundel te verschijnen artikel van J. Hage, 'Wrongful life en rechtswetenschap'. Bovendien kan worden gewezen op het buitengewoon lezenswaardige (leer)boek van M.W. Hesselink, *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag 2004, in het bijzonder hoofdstuk 7, en op de prikkelende rede waarmee P.B. Cliteur het facultair jaar 2003/2004 te Leiden opende: *Rechten als wetenschap en rechten als geleerdheid* (zoals uit deze bijdrage zal blijken, ben ik het niet geheel met Cliteur eens).

⁴ Stolker, a.w., p. 766.

⁵ Ik heb het dan niet over zaken als samenwerking tussen onderzoekers en het belang van een internationale oriëntatie. Daar valt mogelijkweliswaar iets te leren van andere wetenschapsbeoefenaren. Ook wat betreft het belang van publiceren in internationale tijdschriften en de noodzakelijkheid van 'peer review' kan ik mij in grote lijnen in de opvattingen van Stolker vinden.

trachten aan te tonen dat de jurist geen ‘leentjebuurtje’ hoeft te spelen bij andere wetenschappen.⁶ Dit doe ik echter niet, dan nadat ik heb gesteld dat de suggestie dat de rechtswetenschap van andere wetenschappen kan leren ‘wetenschappelijker’ te worden zeker bij niet-juristen twijfel kan wekken over het wetenschappelijk gehalte van de rechtswetenschap.⁷ Het gevaar hiervan is, dat er voor de juridische gemeenschap, in een tijd waarin de beschikbaarheid van middelen voor onderwijs en onderzoek niet meer vanzelfsprekend is, en er met andere disciplines moet worden geconcurrereerd bij de middelentoewijzing, nadelige gevolgen kunnen optreden.⁸

Recht kan op verschillende wijzen worden bestudeerd. Zo kunnen wij het recht beschouwen vanuit het perspectief van een andere discipline dan het recht (het ‘metajuridische perspectief’). Men kan, onder andere (de nu volgende opsomming is niet volledig; het gaat slechts om enige voorbeelden), denken aan het perspectief van de economische wetenschap. Een vraag die bij deze benadering centraal staat, is – bijvoorbeeld - of bepaalde juridische oplossingen efficiënt zijn vanuit het oogpunt van de ermee gemoeide maatschappelijke kosten. Om deze vraag op wetenschappelijk verantwoorde wijze te beantwoorden, zal de onderzoeker terdege thuis moeten zijn in de economische wetenschap, inclusief haar onderzoeksmethoden. Een ander ‘meta-perspectief’ biedt de filosofie.⁹ Ik stel mij voor dat de filosoof zich onder andere bezighoudt met de ethische keuzen die aan een bepaald rechtssysteem ten grondslag liggen en deze keuzen kritisch probeert te evalueren. Ook dit onderzoek kan slechts op een wetenschappelijk verantwoorde wijze worden uitgevoerd als de onderzoeker voldoende geschoold is in de filosofie inclusief haar onderzoeksmethoden. Een laatste voorbeeld is de psychologie. De psycholoog die het recht bestudeert, zal bijvoorbeeld het vraagstuk van de betrouwbaarheid van getuigen in ogenschouw nemen. De lezer zal begrijpen dat hier eveneens slechts wetenschappelijk verantwoord onderzoek kan plaatsgrijpen als de onderzoeker voldoende bedreven is in de methoden van het psychologisch onderzoek. Hij of zij (in het vervolg spreek ik gemakshalve van ‘hij’) zal immers empirisch onderzoek moeten verrichten, waarbij bijvoorbeeld kennis van interview- en observatietechnieken nodig is.

Het metajuridische onderzoek, althans onderzoek met metajuridische componenten, wordt steeds belangrijker, zeker wanneer wij het onderzoeksveld in Nederland in ogenschouw nemen. Mogelijkerwijze is dit mede een gevolg van het feit dat de ogen van veel Nederlandse onderzoekers gericht zijn op de Angelsaksische wereld, in het bijzonder op de Verenigde Staten van Amerika. Het is evident, dat de in de Verenigde Staten gepropageerde ‘metajuridische’ benadering van het recht¹⁰ – een andere benadering lijkt in dit land niet meer

⁶ Ik ontken overigens niet dat een blik over de grenzen van de eigen discipline zo nu en dan tot een verfrissend nieuwe kijk op het eigen vakgebied kan leiden. Maar dat is iets geheel anders.

⁷ Deze twijfel wordt ook gevoed door anderen. Zie bijvoorbeeld G. de Geest, ‘Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?’, *NJB* 2004, p. 58-66. Het is overigens opvallend te noemen dat de door De Geest zo gehekelde periode van de Scholastiek samenvalt met de herontdekking van het Romeinse Recht en de opbloei van rechtsgeleerde studiën aan de universiteiten, die ook in deze periode ontstonden. Misschien dienen wij de periode van de Scholastiek iets genuanceerder te beoordelen dan De Geest doet en er vooral de nadruk op te leggen dat wat betreft de natuurwetenschappen (waartoe het recht, het moge evident zijn, uitdrukkelijk niet behoort) de Scholastiek onvruchtbaar was. Op andere vlakken, bijvoorbeeld op het gebied van de geesteswetenschappen, was de methode van het ‘sic’ (Abélard!) et ‘non’ bepaald een vooruitgang te noemen.

⁸ Zie ook Stolker, a.w., p. 766.

⁹ Zonder te vervallen in een discussie over de vraag hoe wetenschap dient te worden gedefinieerd, zou ik de filosofie tot de wetenschappen willen rekenen, zij het dan niet tot de ‘sciences’ in de Angelsaksische terminologie.

¹⁰ Een van de laatste loten aan deze stam is ‘Law and Literature’. Zie hierover W.J. Witteveen & H.S. Taekema, ‘Verbeeldingsmacht en leesgedrag’, in J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis, *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*, Den Haag 2003, p. 35-41. Zeer kritisch over de rechtswetenschap in de Verenigde

te bestaan; in de negentiende eeuw was dit overigens anders - tot belangwekkende onderzoeksresultaten kan leiden. Dit betekent dat rechtseconomen, rechtsfilosofen, rechtspsychologen en andere 'meta-juristen' een plaats verdienen in de juridische faculteit, mede omdat zij de 'gewone' juristen nodig hebben voor het formuleren dan wel preciseren van hun onderzoeksvragen alsmede voor het kritisch evalueren van hun onderzoeksresultaten. Idealiter zijn bedoelde meta-juristen zelf jurist. Wat betreft de toets of het door genoemde onderzoekers uitgevoerde onderzoek een voldoende wetenschappelijk niveau heeft, zal moeten worden gezien of het voldoet aan de eisen van de door hen gekozen metajuridische benaderingswijze (bijvoorbeeld die van de economie of de psychologie). Ik geloof echter niet dat Stolker's stelling, dat '[h]et recht [...] van andere wetenschappen [kan] leren wetenschappelijker te worden' op dit soort onderzoekers van toepassing is. Zij zijn zich veelal goed bewust van de eisen die worden gesteld aan het onderzoek in hun metajuridische discipline. Er kan hooguit worden gesteld dat die metajuridische onderzoekers die de wetenschappelijke criteria van de door hen gekozen discipline in de wind slaan, moeten worden opgeroepen hun leven te beteren.

Afgezien van metajuridisch onderzoek, wordt binnen de juridische faculteiten 'traditioneel', niet-metajuridisch onderzoek verricht. Ook de onderzoekers die dit soort onderzoek verrichten, behoeven naar mijn oordeel niet van andere disciplines te leren hoe zij hun onderzoek 'wetenschappelijker' kunnen maken. Hun onderzoek kan namelijk een zeer wetenschappelijk karakter hebben zonder dat het noodzakelijk is leentjebuurtje te spelen bij andere disciplines, zeker wanneer genoemde onderzoekers zich voldoende hebben bezonnen op het eigen wetenschappelijk karakter van de 'traditionele' rechtswetenschap.

Volgens Stolker koestert de jurist zich in een traditie van duizenden jaren denken en schrijven over het recht en stelt hij zich daarom te weinig de vraag wat het betekent dat de rechtswetenschap een *wetenschap* is.¹¹ Anders dan Stolker, ben ik echter van mening dat in het bijzonder de Nederlandse jurist¹² zich *niet* in de rijke, continentaal-Europese traditie van zijn vakgebied koestert. De Nederlandse jurist lijkt vooral kennis te nemen van hetgeen in de Angelsaksische rechtsgeleerde wereld gebeurt. De focus op de Angelsaksische wereld leidt mijns inziens tot misverstanden. Immers, voor een Nederlands jurist die zich koestert in zijn eigen, continentaal-Europese traditie is het zonneklaar dat de rechtswetenschap een zelfstandige wetenschappelijke discipline is, met een eigen onderzoeksmethodiek, die het aanzijn kan geven aan eerste klas wetenschappelijk onderzoek. Deze jurist zal, wanneer hij spreekt over het wetenschappelijk karakter van de rechtswetenschap, de naam van Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) niet ongenoemd laten. Het was immers Savigny die zich, onder andere in zijn colleges te Marburg, Landshut en Berlijn, uitdrukkelijk de vraag stelde naar het wetenschappelijk karakter en de methode van de rechtswetenschap (sterker nog, de aanduiding *Rechtswissenschaft* is uit de school van Savigny afkomstig).¹³ Het was zijn streven 'die Jurisprudenz als selbständige Wissenschaft zu begründen, die also die eigenen Gültigkeitskriterien in sich selbst trägt', aldus Aldo Mazzacane in zijn inleiding bij de door hem uitgegeven aantekeningen welke Savigny opstelde voor zijn colleges.¹⁴ Uiteindelijk denk

Staten is overigens R. Zimmermann, 'Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science', *Law Quarterly Review* 1996, p. 576-605. Op blz. 583-584 stelt de auteur: 'The law reviews [in the United States, CHvR] are full of articles on new or different voices, on law and storytelling, on the unalienated relatedness immanent within our alienated situation, or on property law as a phallic metaphor. Young academics have to engage in the business of paradigm shifting in order to secure tenure. They often do not even aim at establishing an intellectual link with legal practice'.

¹¹ Stolker, a.w., p. 767.

¹² Voor bijvoorbeeld Duitse en Oostenrijkse juristen geldt dit niet.

¹³ P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München 1966⁴, p. 265.

¹⁴ A. Mazzacane, *Friedrich Carl von Savigny. Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, Frankfurt am Main 1993. Voor het citaat, zie p. 37.

ik dat Savigny is geslaagd in zijn opzet; hij heeft de rechtswetenschap voorgoed geëmancipeerd en gemaakt tot een zelfstandige wetenschappelijke discipline, waarbij hij, het zij benadrukt, uitdrukkelijk voortbouwde op het gedachtegoed van juristen van voor zijn tijd (zie hieronder).

Hoe ziet een wetenschappelijke beoefening van het recht er nu volgens Savigny uit? Een volledige beantwoording van deze vraag gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Voor een eerste indruk kan ik verwijzen naar Savigny's bekende pamflet *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg 1814).¹⁵ Daar stuiten we op een passage waarin Savigny een duidelijke parallel trekt met de wiskunde. Hij stelt:

'In jedem Dreyeck [...] giebt es gewisse Bestimmungen, aus deren Verbindung zugleich alle übrige mit Nothwendigkeit folgen: durch diese, z.B. durch zwey Seiten und den zwischenliegenden Winkel, ist das Dreyeck gegeben. Auf ähnliche Weise hat jeder Theil unsres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie die leitenden Grundsätze nennen. Diese heraus zu fühlen, und vond ihnen ausgehend den innern Zusammenhang und die Art der Verwandschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unsrer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unsrer Arbeit den wissenschaftlichen Charakter giebt'.¹⁶

Wat kunnen wij van dit citaat leren wanneer wij ons enige vrijheid veroorloven, wanneer wij abstraheren van de specifieke omstandigheden waaronder Savigny tot zijn stelling kwam¹⁷ en wanneer wij ons beperken tot het privaatrecht? Ik denk dat voorop dient te staan dat het in de 'traditionele', niet-metajuridische rechtswetenschap eerst en vooral dient te gaan om de dogmatiek van het recht.¹⁸ Op trefzekere wijze dient de jurist vanuit door hem te 'ontdekken' (te formuleren) algemene beginselen een samenhangend en rationeel privaatrecht vorm te geven,¹⁹ en dit privaatrecht op dezelfde grondslag verder te ontwikkelen en te vervolmaken. Wanneer voor deze aanpak wordt gekozen, wordt rechtsgeleerdheid tot ware wetenschap, aangezien het in dat geval niet meer gaat om subjectieve kennis, maar om een objectieve samenhang van rechtsbeginselen en -regels²⁰ op basis waarvan falsifieerbare uitspraken mogelijk zijn.²¹

¹⁵ Voor een moderne editie, zie H. Akamatsu & J. Rückert (red.), *Friedrich Carl van Savigny, Politik und neuere Legislationen: Materialien zum Geist der Gesetzgebung*, Frankfurt 2000.

¹⁶ F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, 22.

¹⁷ Duidelijk moge zijn, dat enige abstrahering gewenst is, aangezien de bron op basis waarvan Savigny werkte het Romeinse Recht was, en niet een moderne codificatie.

¹⁸ Nederlandse juristen denken hierbij onmiddellijk aan het proefschrift van E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, 's-Gravenhage 1903. Overigens ben ik het niet met De Geest (a.w., p. 65) eens wanneer hij opmerkt: 'Vooreerst is de term rechtsdogmatiek flagrant in tegenstrijd met de idee van een rechtswetenschap. Er bestaat niet zoiets als een natuurkundige dogmatiek'. Zoals zal blijken, is de 'traditionele' rechtswetenschap immers een geëmancipeerde wetenschap met een eigen methode en systematiek, die niet zonder meer aan het wetenschapsideaal zoals wij dit uit de natuurwetenschappen kennen, behoeft te voldoen.

¹⁹ Hetgeen in continentaal-Europese landen reeds in belangrijke mate is gebeurd door middel van in dit opzicht meer of minder geslaagde codificaties.

²⁰ Zelfs noties als rechtvaardigheid en redelijkheid en billijkheid kunnen op deze basis worden bestudeerd, hoewel het hier op het eerste gezicht lijkt te gaan om begrippen van metajuridische aard. Rechtvaardigheid kan bijvoorbeeld in de sleutel worden gezet van de wens gelijke gevallen op gelijke wijze te behandelen. Een goed doordachte systematiek is in dit kader onontbeerlijk. Overigens zou ik hier nog aan willen toevoegen dat burgerlijk recht niet zonder meer gelijk is te stellen met burgerlijke moraal (zie Stolker, a.w., p. 770 - Stolker citeert daar Nieuwenhuis); burgerlijk recht is veeleer een omzetting van die moraal in de taal en de systematiek van het privaatrecht. Of, om in de woorden van Savigny (*Vom Beruf*, 12) te spreken (en op het gevaar af een te elitair standpunt te omarmen): 'Das Recht bildet sich nunmehr in der Sprache aus, es nimmt eine wissenschaftliche Richtung, und wie es vorher im Bewusstsein des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem

Dit uitgebalanceerde geheel nu, dient met zorgvuldigheid tegemoet te worden getreden, en ook hier speelt de juridische dogmatiek een rol van betekenis. Nodig gebleken wijzigingen zullen bijvoorbeeld zodanig moeten worden ingepast, dat de orde en de systematiek niet worden verstoord. Een verstoring van de systematiek zal immers uiteindelijk leiden tot het instorten van het met zorg opgetrokken geheel, tot een teloorgaan van de objectieve samenhang (en, maar dit terzijde, tot het verdwijnen van de rechtszekerheid), waardoor de rechtswetenschap verwordt tot loutere geleerdheid die op het predikaat ‘wetenschappelijk’ geen aanspraak kan maken. Om dit te voorkomen, dient overigens ook de rechtspraak vanuit rechtswetenschappelijk perspectief te worden benaderd. De wetenschapper zal de rechtspraak eerst en vooral vanuit systematisch, dat wil zeggen dogmatisch standpunt dienen te beoordelen en te becommentariëren, waarbij het rechtswetenschappelijk literaire genre van de annotatie goede diensten kan bewijzen.²²

De ‘traditionele’ rechtswetenschap kan, naast de metajuridische wetenschapsbeoefening, een belangrijke bijdrage leveren aan bijvoorbeeld de *wrongful life*-problematiek, die Stolker in zijn artikel centraal stelt. Men dient zich dan wel te realiseren dat het hierbij niet gaat om de vraag of het *wenselijk* is dat een vordering op basis van *wrongful life* kan worden toegewezen. Over het antwoord op deze vraag kan eenieder, jurist of geen jurist, een bepaalde opvatting hebben, een opvatting die wordt ingegeven door overwegingen die met de (‘traditionele’) rechtswetenschap niets van doen behoeven te hebben.²³ Zo zou men met het Duitse *Bundesgerichtshof* kunnen vinden dat schadevergoeding op basis van *wrongful life* in het Duitse recht met argusogen moet worden bekeken in het licht van de verschrikkingen van het Nazi-regime.²⁴ Het gaat hier echter om een ethische vraag, waarover vanuit ‘traditioneel’ rechtswetenschappelijk perspectief weinig te zeggen valt (vanuit metajuridisch perspectief zal de ethicus er echter wel aandacht aan kunnen schenken). Vanuit het ‘traditionele’ rechtswetenschappelijke perspectief is een heel andere vraag interessant. Deze vraag situeert zich in het aansprakelijkheidsrecht en luidt: ‘Laat een specifiek systeem van privaatrecht (bijvoorbeeld het Duitse) het toe een vordering op basis van *wrongful life* toe te wijzen?’ Uiteindelijk zal op deze vraag *idealiter*,²⁵ voor zover sprake is van een samenhangend privaatrechtelijk systeem, slechts een eenduidig antwoord te geven zijn, waarbij het natuurlijk evident is dat een ‘neen’ in Duitsland een ‘ja’ in Frankrijk niet uitsluit.

Een verwante vraag, die noodzakelijkerwijze aan bod komt nadat de hierboven gestelde vraag is beantwoord, een vraag ook die vanuit het ‘traditionele’ rechtswetenschappelijke perspectief interessant is, stelt zich in de volgende situatie. Laten wij

Bewusstsein der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Function repräsentirt wird. Das Daseyn des Rechts ist von nun an künstlicher und verwickelter, indem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Theil des ganzen Volkslebens [in welk geval wij naar mijn smaak kunnen spreken van ‘burgerlijke moraal’, CHvR], dann als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen [in welk geval wij kunnen spreken van ‘privaatrecht’, CHvR].

²¹ Ik ben me ervan bewust dat Karl Popper nog niet was geboren in 1814.

²² Momenteel wordt getwijfeld aan de vraag of annotaties als ‘wetenschappelijke publicaties’ dienen te worden aangemerkt. Ik ben van mening dat dit niet terecht is, zeker wanneer de annotator zich bezighoudt met meer dogmatische kwesties. Zie ook H.J. Snijders, ‘Annoteren, een summum van rechtswetenschappelijk presteren?’, *NTBR* 2003, p. 173. Corjo Jansen wees overigens onlangs op het feit dat ook in het verleden juristen met het schrijven van annotaties heel bewust een wetenschappelijk doel nastreefden: C.J.H. Jansen, ‘De Nederlandse bakermat van het annoteren’, *NJB* 2003, p. 1757-1759.

²³ Het zij benadrukt dat de ‘traditionele’ rechtswetenschap ‘waarden’ zoveel als mogelijk als een gegeven dient te beschouwen. Waarden vallen naar mijn smaak binnen het domein van de metajuridische disciplines.

²⁴ Ik ontleen het volgende citaat van het *Bundesgerichtshof* aan Stolker, a.w., p. 767: ‘Allgemein erlaubt gerade die durch die Erfahrung mit der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft beeinflusste Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland aus gutem Grund kein rechtlich relevantes Urteil über den Lebenswert fremden Lebens ...’.

²⁵ Ik ben mij ervan bewust dat in de praktijk interpretatiemoelijkheden afwijkingen van het ideaal tot gevolg kunnen hebben.

aannemen dat het antwoord op de mogelijkheid van een succesvolle vordering op basis van *wrongful life* in een specifiek rechtsstelsel ‘neen’ is, terwijl de wetgever van oordeel is dat het antwoord ‘ja’ moet luiden. Vraag is dan hoe het bestaande privaatrechtelijk stelsel zodanig kan worden gewijzigd, dat het antwoord ‘ja’ wordt *zonder dat de privaatrechtelijk systematiek – het met zorg opgetrokken bouwwerk - wordt verstoord*. Het gaat hier dus om een inpassingsvraag, en ook deze dogmatische vraag zou ik willen kwalificeren als een rechtswetenschappelijke vraag in ‘traditionele’ zin.

Gelijksoortige vragen staan in het brandpunt van de belangstelling in het kader van de op wetenschappelijke grondslag bedreven rechtsvergelijking. Ook hier gaat het immers in de eerste plaats om meer dogmatische vragen. De Nederlandse jurist, die wordt geconfronteerd met de vraag of de Engelse *trust* inpasbaar is in het Nederlandse privaatrecht, zal zich onledig houden met bijvoorbeeld de *numerus clausus* van goederenrechtelijke rechten en de specifieke aard van ons eenvormige continentaal-Europese eigendomsbegrip.²⁶ Met andere woorden, in de rechtsvergelijking gaat het niet in de eerste plaats om het signaleren van verschillen en overeenkomsten, maar om het door vergelijken doorgronden van vreemde rechtsstelsels op basis van een dogmatisch begrippenapparaat. Daarbij zal bijvoorbeeld de rechtsgeschiedenis, althans, als zij wordt opgevat als een ‘traditionele’ rechtswetenschappelijke discipline, een rol van betekenis kunnen spelen. De rechtsgeschiedenis helpt immers de bestaande structuur van het recht te doorgronden en de bestaande verbanden bloot te leggen met het instrumentarium van de jurist.²⁷ In de woorden van Savigny kan zelfs gesteld worden dat door deze wijze van beoefening van de rechtsgeschiedenis

[...] der lebendige Zusammenhang erkannt werde, welcher die Gegenwart an die Vergangenheit knüpft, und ohne dessen Kenntnis wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äussere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen.²⁸

Het is de dogmatische aanpak die als een rode draad door de continentaal-Europese rechtswetenschappelijke traditie loopt. Samenhang, systematiek en methode vormen dan ook reeds lange tijd de kernbegrippen in de rechtswetenschap op het Europese Continent. Savigny mag dan wel de naam zijn die dient te worden genoemd bij een discussie over het wetenschappelijk karakter van de rechtswetenschap, dit wil niet zeggen dat het denken over samenhang, systematiek en methode in het recht niet reeds voor de 19^e eeuw plaatsvond. Ik behoef slechts te verwijzen naar het paradepaardje van de Leidse juridische faculteit in de zestiende eeuw, de grote Hugo Donellus (1527-1591) (zeer bewonderd door Savigny). Afgezien van zijn *Commentarii de iure civili*, kan worden gewezen op het collegedictaat dat

²⁶ Ik verwijs voor een goed voorbeeld van genoemde aanpak naar een artikel van mijn Zuid-Afrikaanse collega Marius de Waal, getiteld ‘The Uniformity of Ownership, Numerus Clausus and the Reception of the Trust in South African Law’, in J.M. Milo & J.M. Smits (red.), *Trusts in Mixed Legal Systems*, Nijmegen 2001, p. 43-54.

²⁷ Overigens, en ik benadruk dit graag, is een goede historische scholing voor de rechtshistoricus onontbeerlijk om te geraken tot een juiste interpretatie van het bronnenmateriaal. Dit geldt des te meer voor de rechtshistoricus die zich bezighoudt met rechtshistorisch onderzoek van metajuridische aard. Het gaat dan om rechtshistorisch onderzoek dat niet in de eerste plaats tot doel heeft om te geraken tot een beter begrip van het geldende recht, maar om onderzoek dat het recht als historisch fenomeen bestudeert. De resultaten van laatstgenoemd onderzoek zijn in het onderwijs zeer goed bruikbaar waar men er bijvoorbeeld naar streeft de student enig relativiseringsvermogen wat betreft het positieve recht bij te brengen. Ook zijn deze onderzoeksresultaten van belang waar men de student wil doen inzien dat recht een fenomeen is dat wordt getekend door de politiek-maatschappelijke omstandigheden waarin het functioneert. Zie over de methodologie van de rechtsgeschiedenis: D. Heirbaut, ‘A Tale of Two Legal Histories. Some personal reflections on the methodology of legal history’, in een bundel die zal verschijnen onder redactie van D. Michalsen.

²⁸ Uit het voorwoord van Savigny bij zijn *System des römischen Rechts*, Berlijn 1840-1849, p. xv.

in Leiden wordt bewaard en dat reeds door zijn titel het bewijs levert van Donellus' wetenschappelijke aanpak: *Methodus iuris civilis cl[arissimi] I[uris] U[triusque] D[ocitoris] Hugonis Donelli, praelecta in Lugdunensi Academia*.²⁹

Het werk van Donellus dient te worden geplaatst in de ontwikkelingen op het vlak van de juridische wetenschapsbeoefening van het midden van de zestiende eeuw. De zestiende-eeuwse humanisten oefenden kritiek uit op het gebrek aan systematiek in het *Corpus Iuris Civilis*. Zij streefden ernaar het recht te presenteren als een wetenschap die zich kon meten met de andere erkende wetenschappen, waaronder de wiskunde. Het centrum van deze beweging vormde de universiteit van Bourges. Haar manifest kwam in 1544 tot stand en was van de hand van Franciscus Duarenus (1509-1559). De titel is veelzeggend: *Epistula de ratione docendi discendique iuris conscripta*. In dit geschrift stelde Duarenus dat het recht op dezelfde systematische wijze kan worden benaderd als andere wetenschappelijke disciplines en wel 'ab iis quae universalia et nobis notiora sunt ad singularia procedendum'.³⁰

Ik ben dan ook van mening dat sprake is van een onjuiste voorstelling van zaken als wordt gesteld dat de rechtswetenschap drie kanten heeft die haar kwetsbaar maken: 'het samenvallen van onderzoeker en onderzoeksobject, de samenloop van wetenschappelijk onderzoek en rechtspraak, en haar normatieve karakter, minder gericht op "is" dan op "ought"'.³¹ Onderzoeker en onderzoeksobject vallen bij het 'traditionele' rechtswetenschappelijke onderzoek in het geheel niet samen; het onderzoeksobject vormt immers het objectief samenhangend stelsel van rechtsbeginselen en -regels op basis waarvan falsifieerbare uitspraken mogelijk zijn. Ook op het vlak van onderzoek en praktijk dient er geen samenloop te zijn. Het 'traditionele' rechtswetenschappelijke onderzoek dient zich immers veeleer te richten op een toetsing van de praktijk (bijvoorbeeld de rechtspraak) aan het systeem en kan bovendien juridisch-wetenschappelijke gezichtspunten aanleveren aan deze praktijk.³² Bovendien heeft de 'traditionele' rechtswetenschap mijns inziens geen normatief karakter. Het gaat om een 'is', niet om een 'ought'. Het gaat bijvoorbeeld om de vraag of een subjectief recht volgens de regels van het privaatrechtelijk systeem kan worden gekwalificeerd als persoonlijk dan wel zakelijk ('goederenrechtelijk', zou ik moeten zeggen) en welke hiervan de consequenties zijn, niet om de vraag of het *wenselijk* is een subjectief recht als persoonlijk dan wel zakelijk te kwalificeren. De vraag naar de wenselijkheid is een politieke vraag, die eventueel vanuit metajuridisch perspectief kan worden benaderd.

Na lezing van het bovenstaande wekt de volgende, door Stolker geciteerde passage³³ van de eminente Amerikaanse jurist Richard A. Posner mogelijkwijze verbazing. Posner schrijft:

'What is missing from law are penetrating and rigorous theories, counterintuitive hypotheses that are falsifiable but not falsified - precise instrumentation, an exact vocabulary, a clear separation of positive and normative inquiry, quantification of data, credible controlled experiments, rigorous statistical inference, useful technological byproducts, dramatic interventions with measurable consequences, and

²⁹ Over dit dictaat raadplege men M. Ahsmann, *Collegia en Colleges. Juridisch onderwijs aan de Leidse Universiteit 1575-1630, in het bijzonder het disputeren*, Groningen 1990, p. 60 e.v.

³⁰ Zie ook P. Stein, 'Donellus and the Origins of the Modern Civil Law', in J.A. Ankum (red.), *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg 1993, p. 439-452. Overigens kan nog een groot aantal andere voorbeelden worden genoemd, waaronder G.W. Leibniz en zijn *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667).

³¹ Stolker, a.w., p. 771.

³² Het is van belang dit te benadrukken. Anders dan in bijvoorbeeld Frankrijk en de Verenigde Staten, waar het bedrijven van wetenschap als een doel op zichzelf wordt gezien, wordt in Nederland de maatschappelijke relevantie van wetenschappelijk onderzoek - in de zin van de directe toepasbaarheid van zijn resultaten - immers zeer belangrijk geacht (te belangrijk, zou een cynicus stellen).

³³ Stolker, a.w., p. 769.

above all subsuming most of the previous points, objectively testable - and continually retested - hypotheses. In law there is the blueprint or shadow of scientific reasoning, but no edifice’.

Voor zover dit citaat de werkelijkheid correct beschrijft (en hierover is, ondanks het feit dat de passage is geschreven door een jurist van naam, toch wel enige twijfel mogelijk), dient te worden bedacht dat Posner schrijft vanuit de rechtstraditie van de Common Law, die in belangrijke mate verschilt van die van het Continent van Europa, ook wel de Civil Law-traditie genoemd. Zoals bekend, zijn de stelsels van wat men de Common Law-familie pleegt te noemen, in veel mindere mate dan de continentaal-Europese rechtsstelsels beïnvloed door de traditie van het geleerde *Ius Commune* (met de traditie van het *Ius Commune* bedoel ik de middeleeuwse en latere rechtswetenschap die was gebaseerd op gemeenschappelijke bronnen, waaronder die van het Romeinse recht). Het gaat hier uiteindelijk om de tegenstelling Wetenschap-Praktijk. Immers, het continentaal-Europese recht is in belangrijke mate een product van de wetenschap, terwijl het recht in de Common Law-familie in de eerste plaats praktijkrecht is. Dit heeft gevolgen voor de wijze van juridisch redeneren. In de Civil Law-traditie is de juridische argumentatie deductief van aard. Een rechtsregel wordt tot uitgangspunt genomen, daarna worden de feiten gezien en vervolgens wordt de rechtsregel toegepast op het bijzondere geval. In een uitgebalanceerd privaatrechtelijk systeem is er dan *idealiter* slechts één juist juridisch resultaat mogelijk. In de Common Law-familie wordt daarentegen inductief geargumenteed; de feitelijke situatie wordt immers tot uitgangspunt genomen. Het gevolg hiervan is dat het recht een heldere wetenschappelijke structuur moet ontberen. Het is veelzeggend dat auteurs als Henry de Bracton (overl. 1286) en William Blackstone (1723-1780), toen zij ertoe overgingen het Engelse recht op systematische wijze te beschrijven, leentjebuurt moesten spelen bij de Civil Law-traditie voor een duidelijke systematiek.³⁴ Tot op de dag van vandaag kent de Common Law minder structuur dan de stelsels die behoren tot de Civil Law-traditie. Om slechts één voorbeeld te noemen: in het Engelse recht kent men geen *Law of Obligations*, waaronder we dan onder andere het overeenkomstenrecht en het onrechtmatige-daadsrecht kunnen brengen. Ik verwijs de lezer voor verdere informatie naar het excellente standaardwerk van Reinhard Zimmermann.³⁵ En ook een onrechtmatige-daadsrecht is in het Engelse recht afwezig. Wel is sprake van een aantal afzonderlijke *torts*, die elk hun eigen karakter en vereisten hebben.

Dat de Common Law een andere traditie kent dan de stelsels die behoren tot de Civil Law blijkt ook uit het in bijvoorbeeld de Engelse rechtspraak goed bekende fenomeen van de *dissenting opinions*. Op het Europese Continent ontbreekt dit soort *opinions* veelal. Dit is geen toeval, aangezien het privaatrecht op het Europese Continent, zoals wij zagen, toch vooral wordt beschouwd als een sluitend, wetenschappelijk systeem. Idealiter is er in een dergelijk wetenschappelijk systeem maar één juist antwoord op een specifieke rechtsvraag mogelijk (bijvoorbeeld: een subjectief recht is òf als persoonlijk òf als goederenrechtelijk te kwalificeren, niet nu eens als persoonlijk en dan weer als goederenrechtelijk). Zo dit in de praktijk anders moge zijn (ik denk dan bijvoorbeeld aan het appartementsrecht), zal dit vooral moeten worden geweten aan onvolkomenheden in het systeem dan wel aan de vaardigheden van diegenen die het recht bestuderen en toepassen.

Kortom, wat betreft de stelsels die tot de Common Law-familie behoren, zou de cynicus mogelijkwijze en in bepaalde gevallen gelijk kunnen hebben wanneer hij, buitengewoon gechargeerd overigens, stelt dat ‘Law is what the judge had for breakfast’. Op

³⁴ Henry de Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae* en W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*.

³⁵ R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.

het Continent behoeft dit niet het geval te zijn dankzij geleerden als Savigny, Donellus en Duarenus.

Ik rond af. Mijn stelling is dat de jurist niet bij andere disciplines te rade behoeft te gaan om het wetenschappelijk karakter van zijn werk te vergroten. Wel dient de juridisch onderzoeker zich rekenschap te geven van de specifieke aard van zijn werkzaamheden. Veelal zal zijn onderzoek zowel metajuridische als meer ‘traditioneel’ rechtswetenschappelijke componenten bevatten. Wat betreft de metajuridische componenten zal hij zich rekenschap dienen te geven van het feit dat hij studie heeft gemaakt van de wetenschappelijke eisen die gesteld worden aan onderzoek op het vlak van de door hem gekozen niet-juridische discipline. Wat betreft het deel van zijn onderzoek dat meer ‘traditioneel’ rechtswetenschappelijk van aard is, zal hij duidelijk moeten maken dat de door hem gekozen onderzoeksmethodiek juridisch (dus niet metajuridisch) van aard is. Met andere woorden, hij zal het specifiek dogmatische karakter van zijn onderzoek voor het voetlicht dienen te voeren, waarbij hij mogelijkerwijze een aanknopingspunt kan vinden bij de hierboven geciteerde opvattingen van Savigny. De onderzoeker zal hiermee bereiken dat geen beoordelingscriteria worden gehanteerd die onrecht doen aan het feit dat de ‘traditionele’ rechtswetenschap een specifiek eigen karakter heeft.³⁶ Hopelijk zal hiervan tevens het gevolg zijn dat wordt ingezien dat rechtswetenschappelijk onderwijs en onderzoek aan de universiteit thuishoren. Wanneer dit het resultaat is, zal recht worden gedaan aan het werk dat is verricht door de generaties juristen die werkten in de traditie van het *Ius Commune*. Zij hebben immers de rechtswetenschap ontwikkeld tot een zelfstandige discipline, met eigen onderzoeksvragen en eigen onderzoeksmethoden.

Maastricht, juni 2004

³⁶ De ‘traditionele’ rechtswetenschap heeft mijns inziens weinig gemeen met de gedragswetenschappen, maar veel meer met de wiskunde dan wel met een van oorsprong exegetische wetenschap als die der godgeleerdheid.