





**DE METHODE DER RECHTSWETENSCHAP  
VANUIT KRITISCH-RATIONEEL PERSPECTIEF**

THE METHOD OF JURISPRUDENCE  
FROM A CRITICAL RATIONALIST POINT OF VIEW

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Erasmus Universiteit Rotterdam  
op gezag van de  
rector magnificus

Prof. dr. S.W.J. Lamberts

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

vrijdag 11 april 2008 om 13.30 uur

door

Johannes Andries Ivar Wendt

geboren te Zwolle.



Promotiecommissie:

promotor: Prof. mr J.M. van Dunné

overige leden: Prof. mr W.H. van Boom  
Mr R.J.P. Kottenhagen  
Prof. mr J.H. Nieuwenhuis

**J.A.I. Wendt**

**De methode der rechtswetenschap  
vanuit kritisch-rationeel perspectief**

© 2008 J.A.I. Wendt

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, <[www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)>). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, <[www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)>).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Van dit boek is een handelseditie verschenen bij Uitgeverij Paris te Zutphen (ISBN: 978-90-77320-57-0).

‘It is necessary for us to see that of the two main ways in which we may explain the growth of science, one is rather unimportant and the other is important. The first explains science by the accumulation of knowledge: it is like a growing library (or a museum). As more and more books accumulate, so more and more knowledge accumulates. The other explains it by criticism: it grows by a method more revolutionary than accumulation – by a method which destroys, changes, and alters, the whole thing, including its most important instrument, the language in which our myths and theories are formulated.’

Karl Popper (*Conjectures and Refutations*, p. 173/174).

‘En bij dit alles zal zij steeds het einddoel van het recht voor ogen moeten houden.’

Paul Scholten (*VG*, deel 1, p. 457).





## Voorwoord

Dit boek is uit nood geboren. Toen ik bezig was een verantwoording te zoeken voor een promotieonderzoek over de verhouding onrechtmatige daad en strafrecht liep ik vast in de voor mij onbevredigende antwoorden in de aanwezige rechtsgeleerde literatuur op vragen die betrekking hebben op de aard van de rechtswetenschap en haar methode. Met de moed der wanhoop heb ik op zekere dag een boek van Popper (waar ik wel eens van gehoord had, zoals de meeste mensen) ter hand genomen. Het was *The Open Society and its Enemies* en ik begon geloof ik te lezen bij het naschrift. Het was alsof ik in een warm bad ging zitten.

Ik realiseerde mij echter al vrij snel dat het denken van Popper zodanig afwijkt van gangbare wetenschapsopvattingen dat een grondige studie van zijn werk noodzakelijk was. De keus moest gemaakt worden of het de moeite waard was deze studie te verrichten met als consequentie dat het oorspronkelijke onderzoek naar de achtergrond zou raken. Aanvankelijk kwam daarbij de praktische vraag op hoe dit onderwerp aan de man te brengen. Zomaar een boek over Popper schrijven, wie zit daar nu op te wachten? Maar op die vraag kwam al snel een antwoord. Het bleek dat de vraag naar de methode der rechtswetenschap ‘in de lucht’ zat.

Wat is er nu eigenlijk mis met het relativisme? Veel, maar vooral dit. Net zoals Popper zijn kennistheoretische keus voor realisme – in tegenstelling tot solipsisme – rechtvaardigt met verwijzing naar het menselijk leed in deze wereld kan men stellen dat het relativisme ten diepste de menselijke aanspraak op rechtsherstel ontzegt. *Mij is onrecht aangedaan, wie zal mij recht verschaffen?*

## *Voorwoord*

Zijn we er dan? Nee, maar als eerste stap binnen de methode der rechtswetenschap geeft het wel een zeker spoor aan het te verrichten werk. Dit boek is ook maar een eerste stap, af is het al helemaal niet. Maar als ik één, twee of drie mensen enthousiast heb kunnen maken voor de inhoud ben ik een blij mens.

Ik dank mijn promotor Jan van Dunné voor het gestelde vertrouwen en de ruimte die hij mij liet om de actualiteit te volgen. Met hem dank ik hen die op de één of andere manier bijgedragen hebben aan de totstandkoming van dit boek: Conno, Egbert, Elly, Gijs, Jan-Willem, Pauline, Rob, Willem, en allen die ik vergeet te noemen.

In het bijzonder dank ik Petra, Milan, Arne en Joran, die mij gedragen en verdragen hebben – ‘Wanneer ben je nou klaar met het lezen van al die boeken?’ Dit boek is voor jullie.

## Inhoudsopgave

Voorwoord .....	v
1. Inleiding .....	1
1.1 Verantwoording .....	1
1.2 Overzicht .....	3
1.3 Vooraf, de onbruikbaarheid van een oud ‘dilemma’ .....	6
1.4 Uitleiding, de kritisch-rationele traditie in het juridische denken .....	9
2. Achtergronden bij het nieuws .....	13
2.1 Wat is (eigenlijk) kritisch rationalisme? .....	13
2.2 Het (in)directe belang van een juist begrip van de term ‘kritisch rationalisme’ .....	19
2.3 Het primaat van de ethiek en de verwerping van het nihilisme .....	22
2.4 Popper, Levinas en Heidegger .....	32
3. Popper en de rechtswetenschap; kanttekeningen bij het huidige debat .....	43
3.1 Inleiding, de organisatie van onderwijs en onderzoek, een afgeleide van het positivistische wetenschappelijke denken .....	43
3.2 Over het werk van K.R. Popper .....	48
3.3 Recht als autonoom object van wetenschap .....	53
3.4 Recht en methode .....	59
3.4.1 Falsificatie .....	61
3.4.2 Rechtsvinding? .....	66
3.5 Paul Scholten .....	67
3.6 Juridische interpretatie (Uitleg) .....	75
3.7 <i>Programme d’action</i> .....	82

4. Oordelen over rechten? .....	87
4.1 Voorwoord .....	87
4.2 Inleiding, het rapport beoordeeld?.....	88
4.2.1 De doelstellingen van het rapport .....	89
4.2.2 Criteria voor de beoordeling van juridisch onderzoek? .....	89
4.3 Een werkbare classificatie van wetenschappelijke en vakpublicaties? .....	91
4.4 Waarom evalueren we eigenlijk?.....	96
4.5 ‘Meetbare’ factoren? Pas op uw tellen! .....	99
4.6 Het project .....	104
4.7 Uitleiding .....	108
5. De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief; een kritiek tegenover de ‘heersende leer’ zoals ver- woord door Stolker?.....	111
5.1 Inleiding .....	111
5.2 De <i>wrongful life</i> -casus van Stolker.....	113
5.2.1 Zijn methodologische antwoord .....	113
5.2.2 Stolkers wetenschapstheoretische uitgangspunten .....	115
5.3 Kan het ook anders? Een algemene methode der rechts- wetenschap .....	121
5.3.1 Eerste deel, waarom wij genoeg hebben aan één methode voor elk terrein van wetenschappelijk onderzoek .....	121
5.3.2 Tweede deel, het eigene van de sociale wetenschappen.....	128
5.3.3 Derde deel, de rechtswetenschap als kritische onder- neming.....	132
5.4 Opnieuw de <i>wrongful life</i> -casus van Stolker, een alter- natieve benadering .....	138
5.5 Uitleiding .....	141
6. Besluit, het kritisch rationalisme en de taak der rechts- wetenschap .....	143
English summary .....	151
Register.....	155
Curriculum Vitae .....	163

# 1. Inleiding

## 1.1 Verantwoording

Deze studie is bedoeld als een kwalitatieve analyse van het debat over rechtswetenschap in Nederland aan het begin van de 21<sup>e</sup> eeuw vanuit kritisch-rationeel perspectief. Het gaat hier om een ‘kwalitatieve’ analyse omdat gezocht is naar argumentatiestructuren, zonder uitputtend te willen zijn in het weergeven van de diverse standpunten van alle betrokken auteurs. Een kwantitatieve weergave zou naar mijn mening weinig of geen toegevoegde waarde hebben boven de thans gekozen opzet; het zou waarschijnlijk wel een stuk saaier zijn geworden.

Deze opzet brengt met zich dat ook duidelijk moet zijn wat dat ‘kritisch-rationele perspectief’, in ieder geval in de ogen van de auteur, inhoudt. Wat het ‘kritisch-rationele perspectief’ eigenlijk is bleek namelijk problematisch te zijn: er zijn nogal wat misverstanden over in omloop. Dit boek is mede daarom toch meer geworden dan een analyse van het gevoerde debat. De gelegenheid is aangegrepen om een introductie tot het werk van, in het bijzonder, Karl Popper te bieden en te pogen de lezer op te wekken tot het bestuderen van zijn werk. Daarnaast is – in wezen los van het actuele debat – getracht om vanuit het denken van Popper, als raamwerk voor verdere discussie, te formuleren wat de methode der rechtswetenschap zou kunnen zijn.

Dit is niet de eerste keer dat er aandacht gevraagd wordt voor het belang van het popperiaanse kritisch rationalisme in Nederland. Het is wel al een poosje stil. Enkele decennia geleden zijn er enkele discussies geweest over het mogelijke belang van het popperiaanse kritisch rationalisme in de rechtswetenschap, sommige meer *to the point* dan andere. Een enkeling heeft ook wel geprobeerd Poppers werk toe te passen of zichzelf als aanhanger te presenteren (helaas met weinig

tastbaar resultaat, zie hoofdstuk 3, par. 4.1 en de daar genoemde literatuur).

Een deel van de rechtvaardiging om dit opnieuw te proberen is erin gelegen dat een belangrijk deel van zijn werk pas in de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw in boekvorm gepubliceerd en toegankelijk gemaakt is. De Engelstalige uitgave van zijn *All life is problem solving* is nota bene pas gepubliceerd in 1999 (de Duitstalige uitgave was van 1994) en zijn *The world of Parmenides* is pas voor het eerst gepubliceerd (origineel) in 1998. Daarnaast moet gewezen worden op zijn *Knowledge and the body-mind problem* (1994), zijn *The myth of the Framework* (1994), zijn *In search of a better world* (1994, Duitse uitgave 1984) en, niet onbelangrijk, zijn *Postscript* (bij zijn *Logic of Scientific Discovery*, Duits origineel 1935) in drie delen, namelijk zijn *Realism and the aim of science* (volume I, 1983), zijn *The open universe, an argument for indeterminism* (volume II, 1982), en zijn *Quantum theory and the schism in physics* (volume III, 1982).

Deze recente uitgaven maken niet dat zijn oudere werk achterhaald zou zijn. Zij werpen echter wel licht op zijn eerdere werk en zijn van belang om dat beter te begrijpen. (Ook heeft Popper de gelegenheid te baat genomen om in dit latere werk aandacht te besteden aan kritiek op zijn eerdere werk). Het bestaan van deze uitgaven is naar mijn indruk nog niet, althans niet voldoende, neergedaald op de werkvloer. Daar zal aan in de weg staan dat misschien wel eens gedacht wordt dat Popper 'iets' is van vroeger (uit de jaren '50 en '60 van de vorige eeuw), en dat achterhaald is door latere ontwikkelingen en discussies in de jaren '60 en begin '70. Gecombineerd met een naïef vooruitgangsgeloof staat dit een nadere bestudering van het werk van Popper mogelijk in de weg. Daar komt bij dat, meer inhoudelijk gezien, veel mensen met het idee rondlopen dat Popper een zogenaamde 'neo-positivist' is. Zo kan men dat ook wel in filosofische inleidingen vinden. Wat daar van zij (wie weet eigenlijk wat 'neo' betekent in dit verband?); er is geen ander die zo fundamenteel als Popper het positivisme in al zijn vormen bestreden heeft.

Paradoxaal genoeg komt men toch ook regelmatig een (soms vage) verwijzing naar het denken van Popper tegen in de rechtsgeleerde literatuur. Men noemt zijn naam of gebruikt de term 'falsificatie' (vaak samen met de term 'verificatie', alsof die twee begrippen iets met elkaar te maken hebben). Deze verwijzingen geven er echter vaak blijk van dat men misschien nog wel iets van het falsificatieprobleem heeft meegekregen maar van (de rest van) het werk van Popper verder weinig kennis heeft. Redenen te meer om opnieuw te proberen zijn werk voor het voetlicht te brengen.

In een wetenschappelijk (promotie)onderzoek is het noodzakelijk en gewenst zich te beperken tot ‘het nieuwe’. Herhalen van hetgeen al is leidt alleen maar af en loopt het gevaar onnodige ruis te veroorzaken. (Ik wil de lezer mede daarom vooral adviseren om, als men meer wil weten over het werk van Popper, een boek van hem zelf ter hand te nemen; niet over hem). Wel hoop ik mijn teksten zo geformuleerd te hebben dat men zonder voorkennis kan begrijpen waar het over gaat en dat er tenminste enige vorm van herkenning plaatsvindt als men naderhand een boek van Popper leest.

## 1.2 Overzicht

Om zo adequaat mogelijk een bijdrage te leveren aan de bestaande discussie is ervoor gekozen om tijdens het onderzoek eventuele bevindingen in de vorm van artikelen te publiceren. Dat heeft geresulteerd in een drietal artikelen die gepubliceerd zijn in het rechtswetenschappelijke tijdschrift *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* in respectievelijk 2005, 2006 en 2007. In dit boek zijn deze artikelen ongewijzigd opgenomen als de hoofdstukken 3, 4 en 5 (een aantal maal is een extra voetnoot, herkenbaar aan een \*, toegevoegd, vooral bij hoofdstuk 3).

In het tweede hoofdstuk wordt, naast hetgeen over het denken van met name Karl Popper reeds werd opgemerkt in de drie bovengenoemde artikelen, specifiek de aandacht gevraagd voor enkele belangrijke momenten in zijn denken. In beginsel hoort dat niet thuis in een wetenschappelijk onderzoek waar men normaal gesproken tracht voort te bouwen op hetgeen elders al opgemerkt is (daar kan men dan eenvoudigweg naar verwijzen). Toch lijkt het in de gegeven omstandigheden noodzakelijk om ten minste enkele zaken opnieuw voor het voetlicht te brengen, omdat men steeds in de literatuur stuit op een onjuiste weergave van Poppers denken. Met name komt de vraag aan de orde wat Popper bedoelde toen hij de term ‘kritisch rationalisme’ introduceerde in zijn *Open Society*.<sup>1</sup> Centraal staat daarbij de aandacht voor de idee van verantwoordelijkheid en de verwerping van het nihilisme en relativisme. Het primaat van de ontologie

<sup>1</sup> Voluit: *The Open Society and Its Enemies*, 1945 (jaar van eerste uitgave). Omdat het boek in diverse uitgaven en vertalingen verschenen is wordt in het navolgende meestal verwezen naar paragraafnummers en niet naar paginanummers. Hetzelfde geldt voor enkele andere werken die in dit boek aangehaald worden (w.o. van Levinas). Het meeste (Engelstalige) werk van Popper wordt uitgegeven door Routledge, Londen.

wordt verworpen en de ethiek wordt aangewezen als grondslag van het wetenschappelijk denken. Gesteld wordt dat een juiste voorstelling hiervan van belang is voor een goed begrip van tal van andere aspecten van Poppers werk.

Daarnaast wordt in dit hoofdstuk verder buiten de grenzen van het eigenlijke onderzoek getreden en wordt een belangrijk moment uit Poppers werk vergeleken met een auteur waar de Nederlandse juristerij tot heden (eveneens) weinig oog voor heeft gehad, te weten Emmanuel Levinas. Het vreemde daaraan is dat deze auteur, terwijl hij voortkomt uit de school van Husserl, door vaderlandse Heideggerianen – anders dan het werk van Popper – op geen enkele manier over het hoofd gezien kan zijn. Levinas kan echter wel degelijk van belang zijn voor de ontwikkeling van de rechtswetenschap, al kan dat hier slechts aangestipt worden. Daarnaast zijn er enkele opmerkelijke overeenkomsten in de structuur van het denken van Popper en Levinas die mogelijk het werk van Popper in een iets ander licht plaatsen dan gebruikelijk is.

In het derde hoofdstuk vindt men allereerst een bespreking van het debat zoals dat in de jaren daarvoor gevoerd is en de stelling dat het debat ten onrechte beheerst werd door een positivistische en relativistische invalshoek. Voortbouwend op die kritiek wordt in de tweede paragraaf van dat hoofdstuk het werk van Popper onder de aandacht gebracht. Het belang van enkele aspecten van zijn denken voor de rechtswetenschap komt in de volgende paragrafen aan de orde. De argumenten die men daar aantreft hebben voornamelijk een metafysisch (niet-testbaar) karakter en zijn als zodanig argumenten van wat ik later (in het derde artikel, nu hoofdstuk 5) *systeemkritiek* genoemd heb. Aan de orde komen in het bijzonder de vraag of recht een autonoom object van wetenschap is (het probleem van reductie, een belangrijk thema in het werk van Popper o.a. voor het vraagstuk van de sociale wetenschappen in het algemeen, het keert in hoofdstuk 5 terug) en de betrekkelijkheid van het begrip ‘methode’. Daarnaast vindt men enkele gedachten over ‘falsificatie’ en ‘rechtsvinding’, een tweetal begrippen die in het debat steeds terugkeerden. In de laatste paragraaf is een aantal opmerkingen opgenomen dat relevant leek ten behoeve van het actuele debat. Ik meen dat zij nog steeds relevant zijn.

Vooraf bij dit hoofdstuk zijn een aantal addenda en bovendien een tweetal nieuwe paragrafen gevoegd. De eerste vormt een nadere beschouwing over enkele aspecten van het denken van Paul Scholten die reeds in het artikel aan de orde kwamen en enkele van zijn leerlingen. Getracht wordt aan te tonen dat in zijn werk elementen zaten



die door mij aangeduid kunnen worden als staand in de kritisch-rationele traditie. De tweede nieuwe paragraaf bevat enkele opmerkingen over het onderwerp tekstinterpretatie ofwel ‘uitleg’, een onderwerp dat binnen het privaatrecht op dit moment weer een warme belangstelling kent. In deze paragraaf worden enkele algemene gedachten ontvouwd die van belang kunnen zijn voor het onderwerp. Gewezen wordt op het (vergeten) belang van de klassieke hermeneutiek (van voor de Romantici).

Het vierde hoofdstuk betreft een bespreking van het rapport ‘Oordelen over rechten’ dat de richtlijnen bevat voor de beoordeling van het rechtswetenschappelijk onderzoek voor de komende visitatieronde (2008). Het rapport wordt onder andere beoordeeld vanuit algemeen wetenschapstheoretisch (kritisch-rationeel) kader, vanuit een vergelijking met de praktijk in andere wetenschappen en vanuit de gedachte van academische vrijheid zoals die door de Nederlandse overheid gereguleerd is en ook actief voorgestaan wordt. De conclusie moet luiden dat het rapport deze kritiek niet kan doorstaan.

Belangrijk punt van kritiek op het rapport is dat het eigenlijke onderwerp van dat rapport, namelijk ‘criteria voor de beoordeling van juridisch onderzoek’, niet uit de verf komt. De ‘criteria’ waaraan het rapport wél aandacht besteedt hebben voornamelijk een formeel of kwantitatief karakter. Om iets te kunnen zeggen over de kwaliteit van juridisch onderzoek moet men er echter wel een idee van hebben wat het object van de rechtswetenschap is (of zou moeten zijn) en een idee over ‘de methode’ (ik gebruik de term steeds in een dynamische, niet-essentialistische zin) die dat met zich brengt. Het rapport is te meer van belang voor het onderhavige onderzoek vanwege de neerslag daarin van het debat zoals dat in het eerste artikel aan de orde gesteld is. Het rapport neemt daar uiteraard een eigen plaats in en men draagt daar een eigen verantwoordelijkheid. Toch kan men vaststellen dat het rapport slechts een paar reacties heeft opgeroepen.

Bij gebrek aan een behoorlijke wetenschapstheoretische onderbouwing van het rapport ‘Oordelen over rechten’ zoals dat in het voorgaande artikel aan de orde was, is getracht in het derde artikel (thans hoofdstuk 5) aansluiting te vinden bij een diesrede van Stolker – voorzitter van de commissie die het rapport heeft opgesteld – om uitgangspunten te formuleren voor een algemene methode der rechtswetenschap. Het belang van dit artikel overstijgt het belang van de rechtswetenschap zelf omdat getracht is vanuit algemene wetenschapstheoretische overwegingen via de sociale wetenschappen in het algemeen naar de rechtswetenschap toe te gaan. Gesteld wordt

dat er slechts behoefte is aan één methode voor alle wetenschappen. Wetenschappelijke kennis komt tot stand (bewust of onbewust) binnen zogenaamde *metaphysical research programmes* en (alleen) binnen deze programma's is empirisch onderzoek mogelijk. Men zal zien dat in dit hoofdstuk meer in het bijzonder aandacht is voor de *mogelijkheid* van *empirisch onderzoek* in de rechtswetenschap. Betoogd wordt dat de rechtswetenschap gezien kan worden als een technologie, waarbinnen systeemkritiek en empirisch ('technologisch' in strikte zin) onderzoek onderscheiden kunnen worden.

Het zesde en laatste hoofdstuk bevat een conclusie. Gesteld wordt dat de traditionele methode der rechtswetenschap gezien kan worden als een model voor de andere wetenschappen. (Popper gebruikt rechterlijke rechtsvinding als voorbeeld voor de wetenschappelijke oordeelsvorming, zie o.a. paragraaf 3.4.2. Een jurist die zijn *Open Society* leest zal opmerken dat het een boek is met een sterk juridisch karakter). Er is in die zin geen enkele noodzaak om van andere wetenschappen te leren 'wetenschappelijker' te worden. Wel kan het zijn dat men onder invloed van het nihilistische paradigma het juiste zicht kwijtgeraakt is op het eigen vak.

### 1.3 Vooraf, de onbruikbaarheid van een oud 'dilemma'

Mogelijk is er sprake van een onjuist beeld dat bij menige juridische lezer een goed begrip van de boodschap van dit boek in de weg zou kunnen staan. De gedachte dat er een onoplosbaar probleem zou zijn dat 'opgelost' zou moeten worden of waarbij men eigenlijk niet anders kan dan één van beide 'klassieke' polen aanhangen – namelijk 'natuurrecht' of 'rechtspositivisme' – is er bij menig hedendaags jurist met de paplepel ingegoten. Hier kan gesteld worden dat het probleem een schijnprobleem betreft dat niet opkomt wanneer men een aantal stellingen betreft dat als het ware (methodologisch) vooraf gaat aan dit zogenaamde probleem.

In de eerste plaats is dat het geval wanneer men uitgaat van het in het tweede hoofdstuk besproken 'kritisch dualisme'. Wanneer men wil aannemen dat feiten niet normgevend zijn – of dat nu de maatschappelijke gewoonte is, of de wil van de wetgever of de veronderstelde macht van de Positieve Feiten – dan zal men bij ieder dergelijk feit de vraag moeten stellen: 'Kan dit beter?', of: 'Moet dit beter?' Het probleem van de verhouding natuurrecht vs. rechtspositivisme blijft dan buiten beeld. Er rijst een ander probleem op, namelijk *de vraag hoe te beoordelen of in een zeker geval 'beter recht' te realiseren zou*

*kunnen zijn*. Dat is geen gemakkelijke vraag, althans niet een vraag waar gemakkelijk een antwoord op te vinden is. Deze vraag opent echter de deur naar een rationele methode waarmee men bij wijze van *benadering*, met vallen en opstaan, wel degelijk in staat is om de rechtswetenschap vooruit te helpen. Hiermee hangt direct samen hetgeen Popper heeft opgemerkt over de verhouding *essentialisme vs. nominalisme*.<sup>2</sup> Popper verwerpt beide vormen voor zover het gaat om de ontologische versies daarvan. Wel wijst hij nadrukkelijk op het praktische nut van het toepassen van een *methodologisch* nominalisme. Een eenvoudig voorbeeld van hem is dat men vanuit een essentialistische positie altijd de vraag stelt in een bepaalde vorm, bijvoorbeeld: 'Wat is een pup?'. Het antwoord daarop zou dan kunnen zijn: 'een pup is een jonge hond'. Vanuit een (praktisch) nominalistische positie zou men echter niet de vraag stellen 'wat is een pup?' maar de vraag stellen 'hoe zullen wij een jonge hond noemen?' Dit voorbeeld is van betekenis voor de vraag hoe men aankijkt tegen de wetenschappelijke methode. (Voor de Platoonse vraag 'Wie moet er regeren?' moet het in zijn *Open Society* bij hem ontgelden).

Wanneer men kiest voor een methodologisch nominalisme komt men aan deze vraag niet toe. De vraag die men dan zou moeten stellen is anders, bijvoorbeeld: '*Hoe kunnen wij een maatschappij inrichten waarin de interne en externe vrede zo goed mogelijk gewaarborgd wordt maar waarin zo min mogelijk het risico op machtsmisbruik bestaat?*' Door de politieke *oervraag* op deze wijze te formuleren (of in een andere vergelijkbare vorm) kan de weg vrij gemaakt worden voor een rationele politiek waarbij men niet (of veel minder) het risico loopt zich te verliezen in allerlei essentialistische kwesties zoals de vraag naar de oorsprong van de staat of iets dergelijks: theorieën over het zogenaamde 'sociaal contract' kunnen naar de rommelzolder. Popper wijst er op dat men in de natuurwetenschappen reeds lang de essentialistische methode verlaten heeft, maar dat helaas dit inzicht nog niet genoeg is doorgedrongen tot de sociale wetenschappen. Daar hangt mee samen het probleem dat er in de sociale wetenschappen, in ieder geval binnen de rechtswetenschappen in Nederland, nog steeds wetenschappers zijn die denken dat de methode der natuurwetenschappen positivistisch van aard is. Dat is niet zo, en indien er natuurwetenschappers zijn die denken dat hun wetenschap wel degelijk positivistisch van aard is dan brengt dat op zichzelf nog niet met

<sup>2</sup> Vergelijk voor deze materie met name Poppers *The Poverty of historicism*, par. 10, zijn *Open Society*, hst. 3, par. VI, en zijn '*Addendum: Critical Remarks on Meaning Analysis*', opgenomen als par. 33 in zijn *Realism and the aim of science*.

zich mee dat zij geen interessante dingen doen. Wel moet gesteld worden dat zij dan zelf niet goed begrijpen hoe zij in werkelijkheid te werk gaan.

Toegepast op de rechtswetenschap brengt de verwerping van het essentialistische definitie-*ïsme*, dat de methodologische vraag ‘Wat is rechtvaardigheid?’ verworpen moet worden als resultaat van een verkeerd methodologisch uitgangspunt. Methodologisch zou de vraag wellicht vervangen kunnen worden door de vraag: ‘Wat zullen wij rechtvaardigheid noemen?’. Ik zou daar geen bezwaar tegen hebben ware het niet dat deze vraag te gemakkelijk in voluntaristische zin begrepen zou kunnen worden (alsof het antwoord op die vraag arbitrair zou zijn) en dan zou het hele liedje weer van voren af aan beginnen. Vandaar dat de vraag, indien men deze wil laten staan, maar het beste beantwoord kan worden met een nominalistisch antwoord met een objectief tintje. *Recht is hetgeen rechtens behoort te zijn, rechtvaardigheid is de verwerkelijking van dat recht.* Maar definitio-nisten zullen dit wel flauw vinden.

In het vijfde hoofdstuk heb ik in deze zin het object van de rechtswetenschap kunnen omschrijven als ‘beter recht’ (zie stelling 13). Een vraag die open ligt is de vraag of dit alleen maar in abstracte zin opgevat kan worden (een scepticus zou dat waarschijnlijk zo doen) of dat er ook daadwerkelijk een punt is waar ‘het beste recht’ zich concreet in de kosmos bevindt.<sup>3</sup> In ieder geval zou de scepticus het waarschijnlijk met mij eens moeten kunnen worden dat, zelfs indien het begrip ‘beter recht’ alleen maar in abstracte, dynamische zin op te vatten is, zulks aan de praktische werkbaarheid van de methode die ik hier voorsta voor de rechtswetenschap niets afdoet. Hij zou het er misschien zelfs wel mee eens zijn dat voor de werkbaarheid van deze

<sup>3</sup> Jeremy Waldron heeft in zijn lezenswaardige artikel ‘Making sense of critical dualism’ (opgenomen in *Popper and the Human Sciences*, Nijhoff, Den Haag 1985, hst. 7), de vraag opgeworpen of ook de positie van Popper in wezen ‘sceptical’ is (en niet een ‘moral realist’) waarbij hij overigens niet nalaat om op het belang van het werk van Popper te wijzen. Heel erg belangrijk is de vraag niet vanuit fallibilistisch oogpunt. Mijn indruk is dat de positie van Popper in ieder geval aangeduid kan worden als een *methodologisch* ‘moral realism’. In het derde hoofdstuk van dit boek wordt door mij op grond van zijn stellingen een pleidooi gehouden voor de idee van een autonome groei van het recht (mede op grond van Poppers anti-reductionisme). Dit betreft uiteraard een metafysische (niet toetsbare) stellingname. Het belang is mogelijk gelegen in de ontwikkeling van een ‘metafysical framework’ of ‘metafysical research program’ (zie hst. 5) hetgeen van belang kan zijn voor het concrete onderzoek binnen de rechtswetenschap. Het werk van Waldron verdient ook overigens aanbeveling (met name vanwege het tegenwoordige probleem van het multiculturalisme).

methode in ieder geval als werkhypothese aangenomen kan worden *dat met de ontwikkeling van de mensheid en de ontplooiing van het menselijk subject er een objectieve ethiek en een objectief rechtsmoment ontstaan is (of zich mee-ontwikkeld heeft met de mensheid)*. Deze hypothese is geheel onafhankelijk van de vraag of er een criterium is om vast te stellen of men op enig moment deze objectieve ethiek gevonden heeft (zo'n criterium is er niet). In het derde hoofdstuk heb ik een aantal vragen opgeworpen die met deze hypothese in het achterhoofd relevant geacht zouden kunnen worden voor de rechtswetenschap (zie met name paragraaf 3.3 en 3.4).

#### *1.4 Uitleiding, de kritisch-rationele traditie in het juridische denken*

Het kritisch rationalisme (zoals hier door mij geïnterpreteerd en toegepast) wil ik nadrukkelijk niet presenteren als een nieuwheidje. Integendeel, met het kritisch rationalisme wil men juist uitdrukking geven aan een traditie die zo oud is als de schriftelijke geschiedenis van het denken. De meest kenmerkende eigenschappen van het kritisch rationalisme, zoals het *fallibilisme* (met daarmee gepaard gaand een intellectuele grondslag voor tolerantie) en het *kriticisme* lopen als een rode draad door de westerse geschiedenis. Vaak is dat wel een *tegendraad* geweest. Ook binnen de rechtswetenschap in Nederland zullen er mensen zijn die zich tegenwoordig tegendraads voelen omdat zij zich niet kunnen vinden in de tendens van het debat over rechtswetenschap van de afgelopen jaren. Dat zijn rechtsgeleerden die zich verbonden weten aan een methode van rechtswetenschap die al duizenden jaren in beginsel aanwezig is en die men met vallen en opstaan heeft trachten te ontwikkelen.

Het betreft een methode waarin men zich nooit zo heel erg druk gemaakt heeft over de vraag waar het recht vandaan kwam maar waar men wel (intuïtief) aanvoelde dat het in het recht te doen was om het realiseren van rechtvaardigheid. Men wist nooit precies wat dat betekende maar daar maakte men zich ook niet zo heel erg druk om. Men voelde heel goed aan dat praten over rechtvaardigheid niet buiten concrete casuïstiek kon. Eigenlijk had nadenken over rechtvaardigheid op abstract niveau in het geheel weinig zin. De jurist die deze methode hanteerde leerde zijn vak door te denken in concrete gevallen en gebruikte daarbij begrippen als 'goede trouw' en 'redelijkheid en billijkheid' om richting te geven aan zijn denken op een wijze die wij tegenwoordig met de term '*fuzzy logic*' zouden aandui-

den. Deze geschoolde jurist was er van doordrongen dat zijn intuïtieve begrip van rechtvaardigheid gekleurd werd door gedachten die zouden moeten bijdragen aan een maatschappij waarin *willekeur geen plaats heeft*, waarin *men niet door omkoping zijn recht kan halen*, waarin *machtsmisbruik zoveel mogelijk wordt tegengegaan* en waarin, juist ook door het bestaan van een rechtelijk systeem, *koopmanschap, creativiteit, maatschappelijke verantwoordelijkheid en wetenschappelijke vooruitgang* mogelijk gemaakt worden. Er waren altijd geleerden die hier een grondslag voor probeerden te zoeken in de rede of in de religie of wat dan ook. De geschoolde jurist nam deze gedachten echter altijd voor lief; het *werk* moest gedaan worden.

Steeds zijn er in de geschiedenis momenten geweest waarin dit werk van de geschoolde jurist, en zijn streven naar een meer rechtvaardige maatschappij, bestreden werd. Zo gaan er tegenwoordig weer stemmen op om het recht gelijk te stellen aan wat de meerderheid als recht beschouwd, of de wetgever, of de hoogste rechter of één of andere (positieve) Macht, en dat het recht in onze westerse beschaving zelf daarmee dus niets anders is dan (beschaafde) willekeur. (Het valt niet uit te sluiten dat het revolutionaire afschaffen van de studie van het Romeinse en Oud-vaderlandse recht eraan bijgedragen heeft dat studenten zonder enig historisch besef wijs gemaakt kan worden dat wij in het recht *kunnen doen wat wij willen*). Er waren echter ook momenten in de geschiedenis, hier en elders, die zonder meer als doorbraak aangemerkt kunnen worden en die op diverse plaatsen en tijden geleid hebben tot de (versterking van de) vestiging van *the rule of law*. Het is deze traditie waarbij ik met dit boek wil aansluiten, door enerzijds de huidige ontwikkelingen te bekritisieren en anderzijds een poging te doen om een kader te (her)formuleren waarmee mensen die zich in deze traditie staande weten weer verder aan het werk kunnen.

Wat is de belangrijkste boodschap van dit werk? Dat men bij iedere juridische situatie die men tegenkomt de vraag kan en moet stellen: 'is dit goed, zoals het is, of kan het ook beter?' Deze vraag vormt het kloppend hart van een kritische (rechts)wetenschap die zich niet laat afleiden door geheimzinnige verhalen waarin trivialiteiten opgeblazen worden tot diepzinnige waarheden. Bovendien laat zij zich niet in de war brengen door verhalen waarin op een ingewikkelde manier steeds herhaald wordt dat recht nu eenmaal niets anders is dan het resultaat van de Macht, of dat nu de macht is van de sociologische feiten of onontkoombare economische wetmatigheden, de democratische meerderheid of de wil van de wetgever, de beslissing van de

(hoogste) rechter of utopistische blauwdrukken. Deze wetenschap ziet onder ogen dat dergelijke machten een fictie zijn; zij kan de verantwoordelijkheid voor de vraag of 'dit of dat goed is' van zich afschuiven noch van zich afzetten. Het is een wetenschap van volwassenen.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Vrij naar de titel van het opstel van Levinas 'Een godsdienst van volwassenen' opgenomen in zijn *Het menselijk gelaat* (hst. 2) waarin men de hier uitgedrukte gedachte van verantwoordelijkheid op een andere manier terugvindt.





## 2. Achtergronden bij het nieuws

### 2.1 Wat is (eigenlijk) kritisch rationalisme?

In de rechtswetenschap, wellicht ook in andere sociale wetenschappen, is een ‘methode’ ontstaan die erop neerkomt dat steeds als men een verhaal schrijft meer of minder uitvoerig naverteld wordt wat iemand anders beweerd zou hebben. Dat leert men al op de middelbare school bij de sociaal georiënteerde vakken: ‘je moet het (wel) in je eigen woorden kunnen opschrijven’. Deze stukjes gaan echter gemakkelijk een eigen leven leiden en slot van het liedje is dat men van elkaar allerlei inmiddels bepaald onzuivere gegevens overneemt alsof het de waarheid zelf betrof. In deze traditie speelt het ‘studentenleerboek’ een belangrijke rol.<sup>5</sup> In deze studentenleerboeken worden overzichten gegeven van belangrijke en minder belangrijke ontwikkelingen uit het verleden en soms ook heden en wordt de student onderworpen aan de persoonlijke voorkeuren en meningen van de auteur(s). Deze boeken vormen op zichzelf echter geen onderdeel van het wetenschappelijk discours. Referenties ontbreken vaak en de auteurs kunnen zonder dat zij dat behoorlijk behoeven te verantwoor-

<sup>5</sup> Een voorbeeld van zo’n studentenleerboek kan men ook vinden binnen de psychologie, zie S. Bem en H. Looren de Jong, *Theoretical issues in psychology: an introduction*, Sage, London 2006. Daarin kan men de volgende tekst vinden: ‘When a philosopher of science, like Popper, prescribes a method inconsistent with real, successful scientific practice, then the philosopher has a problem, not the (successful) scientists who go against his prescriptions.’ (p. 75) Wat hiervan te denken? Wanneer men blijft denken dat *verificatie* het hoogste goed is in de wetenschap en men vanuit die gedachte blijft zoeken naar *confirmaties* van de opgestelde theorieën – welke men ongetwijfeld altijd zal vinden – zal men ook blijven denken dat men *successful* is. Of men ook daadwerkelijk (wetenschappelijke) vooruitgang boekt is dan maar zeer de vraag. Men leze in dit verband de paragraaf ‘A case of verificationism’ (par. 18) uit Poppers *Realism and the Aim of Science* over Freuds beroemde werk *Die Traumdeutung*.

den hun mening als een vanzelfsprekendheid presenteren. Om deze reden zou dit soort boeken (hoogstens) als collegedictaat verkocht kunnen worden, niet als boek. De suggestie die de boekvorm met zich brengt is een gevaarlijke. Want wat gebeurt er? De student die net van de middelbare school komt en moet beginnen met zijn wetenschappelijke queeste wordt meteen bij een inleidend vak op het idee gebracht dat de hoge heren (soms ook dames) in staat zijn om zonder waardeoordeel, en nauwkeurig, te vertellen wat iemand anders beweerd heeft. Ook wanneer het eigen oordeel herkenbaar is als zodanig moet de student maar aannemen dat dat oordeel valide is; want wat weten die mensen toch enorm veel! De student leert eraan te wennen dat hij iets moet aannemen op gezag; de autoriteit van de verplichte boeken is onbetwistbaar. Dit wordt in belangrijke mate versterkt door de wijze van examineren die tegenwoordig aan de (juridische) faculteiten gangbaar is. Voor een groot deel bestaat die uit het overhoren van de stof zoals die in de dikke boeken staat.

De (eerstejaars) student wordt op deze manier behoorlijk op het verkeerde been gezet. Deze dingen zijn namelijk contrair aan het aanleren van enkele wetenschappelijke basisattituden zoals het *met een korreltje zout nemen van secundaire bronnen*, het alleen maar voor lief nemen van veronderstelde feiten *voor zover de omstandigheden geen directe aanleiding geven (en de tijd ontbreekt) om deze feiten te betwisten*, het leren denken in termen van *concrete problemen en de mogelijke oplossingen daarvan* – in plaats vanuit het (voorgescreven) onderwerp – en het van *zichzelf en van anderen verwachten dat men zich zo helder mogelijk uitdrukt*. Dat laatste, het zo begrijpelijk mogelijk opschrijven van wat men meent te moeten zeggen, is met name van belang voor de mogelijkheid om kritiek te kunnen/laten uitoefenen. Wetenschap is een sociaal gebeuren. Juist door de interactie met andere wetenschappers en de *friendly-hostile*<sup>6</sup> kritiek die men binnen de wetenschappelijke wereld op elkaar kan uitoefenen kan er zoiets ontstaan als een wetenschappelijke ‘methode’. De kern van de kritische wetenschappelijke methode wordt gevormd door het wetenschappelijk debat. Uitvoerig citeren in wetenschappelijke geschriften om ‘het debat’ zo inzichtelijker te maken voor de lezer is geen beginnerskwaal die afgeleerd moet worden maar een ‘methode’ die zoveel mogelijk moet worden gestimuleerd. Te vaak worden in wetenschappelijke bijdragen de standpunten van anderen ‘in eigen woorden’ weergegeven of ‘samengevat’, om daar vervolgens

<sup>6</sup> Vergelijk het hoofdstuk ‘The sociology of knowledge’ uit Poppers *Open Society* (hst. 23).

een eigen inzicht tegenover te stellen. Soms ontkomt men daar ook niet aan, maar het kan eigenlijk alleen maar wanneer men er zeker van kan zijn dat iedereen een juist begrip heeft van het aangehaalde en betwiste betoog. In dit informatietijdperk is dat echter op voorhand al illusoir. Maar meer vanuit wetenschapstheoretisch kader bezien moet gewezen worden op het gevaar dat zo sluipenderwijs allerlei persoonlijke interpretatie(tje)s van de auteur in het discours terecht komen die niet een afspiegeling vormen van hetgeen de door hem bekritiseerde auteur daadwerkelijk op het oog had.

Nu ontkomt men er niet aan dat iedere interpretatie ‘persoonlijke ruis’ met zich brengt, ook niet gaandeweg een wetenschappelijk debat. Dat kan echter nooit een rechtvaardiging vormen voor verslapping. Helderheid, het zo zuiver mogelijk weergeven van de gedachten van anderen, de eigen gedachten zo kwetsbaar (in tegenstelling tot vaag) mogelijk formuleren teneinde een vruchtbare kritiek te bevorderen, het zijn geen *feiten* die op enig moment (volledig) realiseerbaar zijn. Het vormen *waarden* die noodzakelijkerwijs behoren tot het basispakket van de wetenschapper. Te veel zijn wetenschappers geplaagd met ideeën als zouden waarden er niet toe doen in de wetenschap of dat waarden niet bediscussieerbaar zijn omdat ze ofwel tot het persoonlijke terrein van de wetenschapper behoren en daar moeten blijven, ofwel omdat wetenschappers toch nooit afstand zouden kunnen doen van hun ‘belasting’ met waarden en hebbelijkheidsjes. Met deze gedachten wordt echter van wetenschappelijke problemen en moeilijkheden (zoals de verhouding tussen waarden en feiten, de feitelijkheid van feiten en de plaats van vooronderstellingen in de wetenschap) een *noodlot* gemaakt. Miskend wordt dat de oplossingsrichting voor het doorbreken van deze moeilijkheden ligt in de wetenschappelijke ‘methode’ van het debat. Waarden zijn bediscussieerbaar en mocht een individuele wetenschapper (of groep) zich onbewust zijn van een zekere vooronderstelling dan kan een ander hem daar op wijzen. Wie dit verwerpt, verwerpt de mogelijkheid van wetenschap!

Met deze wat lange inleiding kom ik op de vraag wat door Popper verstaan werd onder het begrip ‘kritisch rationalisme’, toen hij dit begrip introduceerde in zijn *Open Society* (hst. 23). Het is van belang om voorop te stellen dat Popper een onderscheid maakt tussen ‘irrationisme’, ‘onkritisch rationalisme’ en ‘kritisch rationalisme’. Een definitie zal men bij hem niet aantreffen omdat Popper niet graag met definities werkt (overeenkomstig zijn methodologisch nominalisme, zie hoofdstuk 1) maar hij neemt ruim de gelegenheid om uit te

leggen wat hij met dit onderscheid bedoelt. Ik verwijs de lezer graag naar deze passages voor een nadere toelichting maar het gaat in wezen om het volgende. Hoewel Popper geheel aan de kant staat van ‘rationalisme’ – in tegenstelling tot ‘irrationalisme’ – is er geen enkele dwingende reden die een keuze voor rationalisme zou rechtvaardigen. Dat wil zeggen de keuze voor rationalisme kan niet gegrond worden op wetenschappelijke bevindingen en betreft een metafysische ‘sprong’. Popper omschrijft het zelfs zo dat zijn keuze voor rationalisme op zichzelf een irrationele oorsprong heeft:

‘But this means that whoever adopts the rationalist attitude does so because he has adopted, consciously or unconsciously, some proposal, or decision, or belief, or behaviour; an adoption which may be called ‘irrational’. Whether this adoption is tentative or leads to a settled habit, we may describe it as an irrational *faith in reason*. So rationalism is necessarily far from comprehensive or self-contained. This has frequently been overlooked by rationalists who thus exposed themselves to a beating in their own field and by their own favourite weapon whenever an irrationalist took the trouble to turn it against them. And indeed it did not escape the attention of some enemies of rationalism that one can always refuse to accept arguments, either all arguments or those of a certain kind; and that such an attitude can be carried through without becoming logically inconsistent. This led them to see that the uncritical rationalist who believes that rationalism is self-contained and can be established by argument must be wrong. Irrationalism is logically superior to uncritical rationalism.’ *Open Society*, hst. 24, par. II<sup>7</sup>

De term ‘kritisch’ in ‘kritisch rationalisme’ moet dan in ieder geval ook begrepen worden in een oude filosofische betekenis inhoudende een ‘zich bewust zijnde van de grondslag’ of ‘zich rekenschap gevende van de grondslag’ of iets dergelijks. Deze term ziet dus *niet* (alleen)

<sup>7</sup> Vergelijk ook het volgende citaat uit zijn *Conjectures and Refutations, 2004 (1964)*: ‘My rationalism is not dogmatic. I fully admit that I cannot rationally prove it. I frankly confess that I choose rationalism because I hate violence, and I do not deceive myself into believing that this hatred has any rational grounds. Or to put it another way, my rationalism is not self-contained, but rests on an irrational faith in the attitude of reasonableness. I do not see that we can go beyond this. One could say, perhaps, that my irrational faith in equal and reciprocal rights to convince others and be convinced by them is a faith in human reason; or simply, that I believe in man.’ *Conjectures and Refutations*, p. 480 (Utopia and Violence, hst. 18).

op de alledaagse betekenis van het woord 'kritisch' zoals in de zin van 'wij zijn lekker kritisch' of 'wij stellen alles in twijfel', al is er uiteraard wel degelijk verwantschap tussen beide betekenissen en kan het belang van dergelijke kritiek (in de tweede zin van het woord) in de wetenschap niet genoeg benadrukt worden. Vergelijk het volgende citaat waarin Popper weergeeft waarin zijn positie verschilt van een 'onkritisch rationalisme' en waarin hij zich afzet tegen stromingen die over het algemeen als positivistisch of empiristisch beschouwd kunnen worden:

'Uncritical or comprehensive rationalism can be described as the attitude of the person who says 'I am not prepared to accept anything that cannot be defended by means of argument or experience'. We can express this also in the form of the principle that any assumption which cannot be supported either by argument or by experience is to be discarded. Now it is easy to see that this principle of an uncritical rationalism is inconsistent; for since it cannot, in its turn, be supported by argument or by experience, it implies that it should itself be discarded. (It is analogous to the paradox of the liar i.e. to a sentence which asserts its own falsity.) Uncritical rationalism is therefore logically untenable; and since a purely logical argument can show this, uncritical rationalism can be defeated by its own chosen weapon, argument.

This criticism may be generalized. Since all argument must proceed from assumptions, it is plainly impossible to demand that all assumptions should be based on argument. The demand raised by many philosophers that we should start with no assumption whatever and never assume anything about 'sufficient reason', and even the weaker demand that we should start with a very small set of assumptions ('categories'), are both in this form inconsistent. For they themselves rest upon the truly colossal assumption that it is possible to start without, or with only a few assumptions, and still to obtain results that are worth while. (Indeed, this principle of avoiding all presuppositions is not, as some may think, a counsel of perfection, but a form of the paradox of the liar.)' *Open Society*, hst. 24, par. II

De door Popper gemaakte indeling toont zijn sympathie voor de rationalistische stroming. Hij staat namelijk volgens zijn eigen stellingen zonder meer aan de kant van het rationalisme als er gekozen moet worden tussen irrationalisme en rationalisme. Dat heeft ongetwijfeld

te maken met het idee dat de rationalistische stroming in ieder geval de bereidheid meent te hebben open te staan voor rationele argumenten en dus ook rationele kritiek terwijl het irrationalisme de mogelijkheid van kritiek verwerpt. Niettemin moet aan de indeling (kritisch rationalisme, onkritisch rationalisme en irrationalisme) toegevoegd worden dat het kritisch rationalisme een irrationele basis heeft en dat het onkritisch rationalisme vanwege het vasthouden van de mogelijkheid van het creëren van zekerheid in de wetenschap onontkoombaar in antinomieën verstrikt zal raken. Zolang men zich daar niet van bevrijdt is het onkritisch rationalisme *de facto* ook een irrationalisme. Popper beschrijft een aantal historische gevallen van wetenschappers die vanuit hun rationalisme tot het inzicht kwamen dat hun positie onhoudbaar was en geen andere mogelijkheid zagen dan de weg van het irrationalisme. Het kritisch rationalisme van Popper biedt daarvoor een oplossing.

Ik meen dat ik zijn betoog recht doe als ik voorstel de term ‘irrationeel’ te vervangen door prerationeel wanneer men het heeft over de vraag naar de grondslag van het kritisch rationalisme. Het betreft dan geen irrationele beslissing om te kiezen voor rationalisme maar een *voor*rationele beslissing. De term ‘irrationeel’ heeft namelijk onmiskenbaar de connotatie van ‘ongefundeerd’ of ‘innerlijk tegenstrijdig’ of ‘in strijd met het gezond verstand’ of iets dergelijks. Daar is nu juist bij het kritisch rationalisme geen enkele sprake van en daarom kan de term irrationeel beter vermeden worden. Het roept alleen maar misverstanden op. Integendeel, zoals uit bovengenoemde uiteenzettingen reeds mag blijken, wil het ‘kritisch rationalisme’ zich nu juist nadrukkelijk van ‘het fundament’ of de grondslag rekenschap geven. Dat wil niet alleen zeggen dat het feit dat er sprake is van een fundamentele ‘sprong’ (vanuit het prerationele) bespreekbaar gemaakt wordt maar ook dat de grondslag zelf voor discussie vatbaar gesteld kan en moet worden. Hoewel metafysisch van aard kan over deze grondslag, waarover meer in de volgende paragraaf, ook weer op rationele wijze gediscussieerd worden. Op deze wijze geformuleerd is er dus in het geheel niets irrationeels aan het kritisch rationalisme.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Ik weet niet zeker of mijn voorstel een oplossing biedt voor het probleem van ‘circulariteit’ zoals besproken door Musgrave in zijn hst. ‘Critical Rationalism’ in zijn *Essays on Realism and Rationalism*, KritRat Vol. XII, Rodopi, Amsterdam 1999. Het veronderstellen van twee abstractieniveaus (een wetenschappelijke en een vóór-wetenschappelijke) biedt naar mijn gevoel de mogelijkheid om zonder het beginsel van ‘sufficient reason’ te verlaten toch niet vast te lopen in het probleem van de ‘infinite regress’. De *structuur* van het denken in deze verschillende ‘abstractieniveaus’ kan ontleend worden aan de zogenaamde ‘transcendentale denkkritiek’ van Dooye-

## *2.2 Het (in)directe belang van een juist begrip van de term 'kritisch rationalisme'*

Een reden om hier wat langer bij stil te staan is niet uitsluitend gelegen in de bestaande onkunde over het begrip 'kritisch rationalisme' op zichzelf. Wanneer men dit begrip van Poppers 'kritisch rationalisme' niet mee gekregen heeft, zal men zeer waarschijnlijk zich ook geen goed begrip kunnen vormen van de rest van het werk van Popper. Het kritisch rationalisme van Popper hangt namelijk samen met een aantal basisgedachten waarop de verschillende aspecten van zijn werk terug te voeren zijn.

Waar gaat het om? Deze basisgedachten komen op het volgende neer. Wanneer aangenomen wordt dat de kosmos oneindig groot is moet het omgekeerde haast wel waar zijn namelijk dat onze kennis van de kosmos oneindig klein is. Wanneer men daarbij rekent dat er geen logische gronden zijn om aan te nemen dat zekere kennis van de kosmos ook maar enigszins mogelijk is, is de stap naar het besef dat de mens oneindig feilbaar is niet zo groot meer. Dat geldt voor de mensheid als zodanig maar ook voor ieder mens afzonderlijk. Dat brengt met zich dat, wil een mens zichzelf serieus nemen, hij moet erkennen dat de medemens niet alleen gelijkerwijze *feillijk* (in onderscheid van *feilbaar*) is maar ook een belangrijke bron van kennis en kritiek. 'fallibilisme' en 'kriticisme' vormen bij Popper dan ook twee begrippen die als een rode draad door zijn werk heenlopen.

Bij dit een en ander komt de gedachte dat de mens niet neutraal in de wereld staat maar tjokvol zit met verwachtingen, anticipaties, probeersels en beperkingen die maken dat hij de wereld om hem heen niet anders kan vatten dan langs de weg van een zekere interpretatie. Sterker nog, zonder dit mede door traditie gekleurde pakket van (met een filosofisch woord) vooronderstellingen is het niet mogelijk überhaupt iets te doen. Waarneming en communicatie worden onmogelijk indien men deze (voor een deel a priori) kennis wegdenkt. De mens is een sociaal wezen. Zonder de interactie met anderen is waarschijnlijk 'het bewustzijn' (wat dat dan ook precies mag wezen) een onmogelijkheid. Taal is daarbij als medium, als mogelijkheid van communicatie en kritiek een onmisbaar element:

weerd. Vergelijk zijn 'Inleiding tot een transcendentale kritiek van het wijsgerige denken' in: *Herman Dooyeweerd, Grenzen van het theoretisch denken*, door M.E. Verburg (ed.). De geschiedenis van de wijsbegeerte in Nederland, deel 20, Ambo, Baarn 1986.

‘It is of some interest to analyse this resemblance between this attitude of reasonableness and that of science more fully. In the last chapter, I tried to explain the social aspect of scientific method with the help of the fiction of a scientific Robinson Crusoe. An exactly analogous consideration can show the social character of reasonableness, as opposed to intellectual gifts, or cleverness. Reason, like language, can be said to be a product of social life. A Robinson Crusoe (marooned in early childhood) might be clever enough to master many difficult situations; but he would invent neither language nor the art of argumentation. Admittedly, we often argue with ourselves; but we are accustomed to do so only because we have learned to argue with others, and because we have learned in this way that the argument counts, rather than the person arguing. (This last consideration cannot, of course, tip the scales when we argue with ourselves.) *Thus we can say that we owe our reason, like our language, to intercourse with other men.*’ *Open Society*, hst. 24, par. I (mijn cursief).

Met bovengenoemde basisgedachten hangt samen de idee dat metafysische ‘kennis’ een buitengewoon belangrijke rol speelt binnen de onderneming die ‘wetenschap’ heet. Er is geen enkele reden om metafysische ‘kennis’ te diskwalificeren of het nut ervan zelfs te ontkennen. Alleen door het zich bewust zijn van de noodzaak van het werken met *uitgangspunten* kan men het belang leren inzien om deze uitgangspunten te achtervolgen, te expliciteren en te bekritisieren. Alleen dan kan men het belang inzien van de vraag naar *het verschil* tussen metafysische kennis en ‘fysische kennis’ (dat wil zeggen toetsbare kennis), het belang van de vraag naar *de verhouding* tussen metafysische kennis en ‘fysische kennis’ (hoe beïnvloeden vooronderstellingen het overige reguliere wetenschappelijk onderzoek?) en het belang van de vraag naar de mogelijkheid van het maken van onderscheid tussen *zinvolle* en *niet-zinvolle*, belangrijke en onbelangrijke, metafysische uitgangspunten.

Aan de hand van deze vragen kan een belangrijk deel van (de keuze van) het werk van Popper verklaard worden. Popper, een kampioen der metafysica, heeft zijn werk voor een belangrijk deel gericht op de vraag naar de demarcatie tussen ‘metafysica’ en toetsbare theorievorming (vergelijk zijn bekende falsificatiecriterium), de vraag naar de taak van wetenschap in het algemeen als *kosmologie*, en de vraag naar de verhouding tussen de natuur en de sociale wetenschappen. Verder noem ik in willekeurige volgorde: het axiomatische



karakter van wetenschap (hij promoveerde op de axioma's van de wiskunde), de ethische grondslag van het wetenschappelijk denken (waaronder de verhouding realisme vs. solipsisme), de verhouding essentialisme – nominalisme, de grondslagen der ethiek, de interpretatie der kwantumfysica, de interpretatie en betekenis van de kansrekeningsleer, het vraagstuk van het reductionisme (van eminente betekenis voor o.a. de sociale wetenschappen), de verhouding *body and mind* (of het probleem van het dualisme), de onmogelijkheid van een 'causale geschiedschrijving' en, last but not least, de vraag der vragen: hoe onderscheidt men een goede metafysische theorie van een slechte?

Een juist begrip van de term 'kritisch rationalisme' is ook van belang voor de waarheidsvraag. In de beste traditie van het Europese nihilisme is het nog steeds volstrekt in de mode om te stellen dat een objectief waarheidsbegrip onzinnig is en de waarheid 'natuurlijk' niet bestaat. Toch is deze positie niet vanzelfsprekend. Wat men zou moeten beseffen is dat de waarheidsvraag er een is die behoort tot het metafysische deel der kennis. Dat wil zeggen dat de waarheidsvraag een niet-toetsbare kwestie betreft. Wanneer men dat niet inziet kan gemakkelijk het misverstand ontstaan dat vanwege het feit dat er geen zekerheid te verkrijgen valt over de oplossing van de waarheidsvraag er ook geen waarheid is. Deze zaken moeten echter wel onderscheiden worden; dat er geen zekerheid is over de vraag of er waarheid is betekent op zichzelf niet dat er geen waarheid zou zijn. Een dergelijke gevolgtrekking is ongeldig. Dat de waarheidsvraag een metafysische kwestie betreft betekent dat er geen mogelijkheid is om met zekerheid vast te stellen dat 'de objectieve waarheid' bestaat (en wat deze is). Dit opent de mogelijkheid om te geloven in het bestaan van de objectieve waarheid zolang men maar vasthoudt dat het een *aanname* (of zo men wil: een geloof) betreft en er bovendien aan vasthoudt *dat er geen zekerheids(criterium) is*. Wanneer dan iemand meent te moeten stellen dat er geen objectieve waarheid is kan hem eenvoudig geantwoord worden: hoe weet gij dat dan? Hoe meent gij dat zo zeker te kunnen weten?

Het is echter niet zo dat het dan maar om het even is of men gelooft in absolute waarheid of niet. Over deze kwestie kan, zoals over zoveel metafysische onderwerpen, namelijk wel degelijk gediscussieerd worden. Wanneer men niet gelooft in objectieve waarheid kan men bijvoorbeeld geen verklaring geven voor de mogelijkheid van empirisch onderzoek (het herhalen van experimenten wordt dan een zinloze exercitie) en het kritische wetenschappelijke debat wordt een

*ontlooptbare* kwestie; elke onwelgevallige kritiek kan afgedaan worden met: ‘ja, maar dat is uw mening’. Door het niet aanvaarden van het bestaan van objectieve waarheid kan men de verantwoordelijkheid ontlopen om altijd het eigen standpunt aan kritiek te (laten) onderwerpen. Niet geloven in objectieve waarheid maakt lui en onkritisch. *Wanneer er geen objectieve waarheid is kan men vinden wat men wil*. Omgekeerd maakt geloof in objectieve waarheid de weg vrij voor het hanteren van waarheid als *regulatieve idee*.<sup>9</sup> Men zoekt dan expliciet naar mogelijkheden om de waarheid te *benaderen*, al brengt het ontbreken van een ‘zekerheids criterium’ met zich dat *zelfs indien men op de waarheid gestuit is het niet mogelijk is om dat vast te stellen*.

Daartegenover staat dat het denken van Popper *niet afhankelijk* is van de waarheidsvraag. Los van het antwoord op deze vraag kan men aan het werk gaan met zijn kader voor de mogelijkheid van empirisch onderzoek, zijn maatschappijkritiek, zijn geschiedkunde, zijn politieke ideeën en zijn ethiek. Aanvankelijk heeft Popper de waarheidsvraag in het midden gelaten omdat hij meende dat ook de zgn. correspondentietheorie van waarheid in antinomieën verstrikt was. Pas toen Tarski hem ervan overtuigde dat het mogelijk was een theorie te construeren die vrij was van antinomieën sprak hij zich meer uit voor een correspondentietheorie van waarheid. Het geloven in waarheid als regulatieve idee is daar echter niet afhankelijk van.

### *2.3 Het primaat van de ethiek en de verwerping van het nihilisme*

Over welke grondslag hebben we het eigenlijk? Van belang is dat Popper laat zien dat er sprake is van een ethische beslissing wanneer men kiest voor een rationele of irrationele positie. Ook hier verwijs ik de lezer nadrukkelijk naar het betoog van Popper in zijn *Open Society* (hst. 24). Een enkel citaat wordt hier weergegeven om de lezer op weg te helpen:

<sup>9</sup> Vergelijk voor een nadere uitwerking Poppers *Conjectures and Refutations*, p. 39. De term ‘regulatieve idee’ kan afgezet worden tegen het begrip ‘ideals’ zoals dat gebruikt wordt door Van der Burg en Taekema in ‘Het belang van idealen’, *NJB* 2004/21, p. 1074. Daar lijkt men echter uiteindelijk niet verder te komen dan in een sociologische benadering constateren dat idealen ertoe doen (onder verwijzing naar Vrankens ‘discursieve grootheid’).

‘The choice before us is not simply an intellectual affair, or a matter of taste. It is a moral decision (in the sense of chapter 5).<sup>10</sup> For the question whether we adopt some more or less radical form of irrationalism, or whether we adopt that minimum concession to irrationalism which I have termed ‘critical rationalism’ will deeply affect our whole attitude towards other men, and towards the problems of social life. It has already been said that rationalism is closely connected with the belief in the unity of mankind. Irrationalism, which is not bound by any rules of consistency, may be combined with any kind of belief, including a belief in the brotherhood of man; but the fact that it may easily be combined with a very different belief, and especially the fact that it lends itself easily to the support of a romantic belief in the existence of an elect body, in the division of men into leaders and led, into natural masters and natural slaves, shows clearly that a moral decision is involved in the choice between it and a critical rationalism.’ *Open Society*, hst. 24, par. III

Het belang ervan kan echter ook moeilijk onderschat worden. Het primaat van de ethiek als grondslag van het wetenschappelijk werk slaat de zogenaamde ontologie van haar voetstuk, een belangrijk deel van de westerse ideeëngeschiedenis. Niet dat ontologie onbelangrijk wordt, het krijgt een plaats binnen het grotere geheel van wat Popper kosmologie noemt.<sup>11</sup> Het ontologische vraagstuk krijgt echter een zinloos karakter indien de ethische grondslag miskend wordt. Ook deze ethische grondslag heeft directe praktische consequenties. Het stuurt bijvoorbeeld het antwoord op het vraagstuk van het realisme (in tegenstelling tot solipsisme). Het werpt ook licht op zijn ‘kritisch dualisme’: de onmogelijkheid om uit feiten normen af te leiden (waarover meer in de volgende paragraaf). Nu houdt het werk van Popper niet op met de vaststelling dat er sprake is van een ethische beslissing. Voor de bepaling van zijn standpunt is hij volstrekt partijdig:

‘This is only part of the case against irrationalism, and of the consequences which induce me to adopt the opposite attitude, that is, a critical rationalism. This latter attitude with its emphasis upon argument and experience, with its device ‘I may be wrong and you may be right, and by an effort we may get nearer to the truth’ is, as mentioned before, closely akin to the

<sup>10</sup> Dit betreft het hst. ‘Nature and Convention’ (hst. 5 uit de *Open Society*).

<sup>11</sup> Zie o.a. Popper, *Logic of Scientific Discovery*, 2004 (1935/1959), p. 18.

scientific attitude. It is bound up with the idea that everybody is liable to make mistakes, which may be found out by himself, or by others, or by himself with the assistance of the criticism of others. It therefore suggests the idea that nobody should be his own judge, and it suggests the idea of impartiality. (This is closely related to the idea of 'scientific objectivity', as analysed in the previous chapter.) Its faith in reason is not only a faith in our own reason, but also – and even more – in that of others. Thus a rationalist, even if he believes himself to be intellectually superior to others, will reject all claims to authority since he is aware that, if his intelligence is superior to that of others (which is hard for him to judge), it is so only in so far as he is capable of learning from criticism as well as from his own and other people's mistakes, and that one can learn in this sense only if one takes others and their arguments seriously. Rationalism is therefore bound up with the idea that the other fellow has a right to be heard, and to defend his arguments. It thus implies the recognition of the claim to tolerance, at least of all those who are not intolerant themselves. One does not kill a man when one adopts the attitude of first listening to his arguments. (Kant was right when he based the 'Golden Rule' on the idea of reason. To be sure, it is impossible to prove the rightness of any ethical principle, or even to argue in its favour in just the manner in which we argue in favour of a scientific statement. Ethics is not a science. But although there is no 'rational scientific basis' of ethics, *there is an ethical basis of science*, and of rationalism.)' *Open Society*, hst. 24, par. III (mijn cursief).<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Vergelijk ook het volgende citaat uit zijn *Conjectures and Refutations*: 'These standards of objective truth and criticism may teach him to try again, and to think again; to challenge his own conclusions, and to use his imagination in trying to find whether and where his own conclusions are at fault. They may teach him to apply the method of trial and error in every field, and especially in science; and thus they may teach him how to learn from his mistakes, and how to search for them. These standards may help him to discover how little he knows, and how much there is that he does not know. They may help him to grow in knowledge, and also to realize that he is growing. They may help him to become aware of the fact that he owes his growth to other people's criticisms, and that reasonableness is readiness to listen to criticism. And in this way they may even help him to transcend his animal past, and with it that subjectivism and voluntarism in which romantic and irrationalist philosophies may try to hold him captive.' *Conjectures and Refutations*, p. 516 (Humanism and Reason, hst. 20).

Is het nodig om een nihilistische positie in te nemen zoals Stolker dat doet (zie het derde artikel, thans hoofdstuk 5)? Een (intellectueel) nihilisme omdat de *mogelijkheid* van een absoluut/objectief antwoord op de vraag van de wetenschappelijke queeste op voorhand uitgesloten wordt (met andere woorden: het bestaan van een objectieve waarheid wordt ontkend). De door Stolker met instemming aangehaalde Vranken<sup>13</sup> heeft in dit opzicht de koers gewezen en ingezet op een nihilistisch spoor. De mogelijkheid van *hoop* zoals bij Popper is te vinden wees Vranken nadrukkelijk van de hand:

‘De vooroordelen van de rechter zijn onontkoombaar en in hun uiterste grenzen niet te doorbreken. Hoezeer men ook zoekt naar wegen en methoden om het tegendeel te bewerkstelligen, uiteindelijk zal er toch slechts een beperkte en eindige kennis gerealiseerd kunnen worden. Het kritisch rationalisme dat in veel van zijn stellingen frappante overeenkomsten vertoont met de hermeneutische zienswijze, probeert voortdurend deze uiterste consequentie te ontwijken. Zo schrijft Popper bijv.: ‘Instead of posing as prophets we must become the makers of our fate. We must learn to do things as well as we can, and look not for our mistakes. And when we have dropped the idea that the history of power will be our judge, when we have given up worrying whether or not history will justify us, then one day perhaps we may succeed in getting power under control. In this way we may even justify history, in our turn.’

*De hoop die Popper in deze laatste zinnen uitspreekt, is volgens de hermeneutiek ijdel. Wij kunnen nooit de geschiedenis rechtvaardigen. De geschiedenis rechtvaardigt ons (of niet natuurlijk)’* (p. 135).

De lakmoesproef in deze is het standpunt inzake de vraag: ‘Will history be our judge?’. Het gaat daarbij natuurlijk niet om een voetbalwedstrijd maar om de vraag of de geschiedenis zal uitmaken wie er gelijk zal hebben: de laatste is de beste. Het betreft de Hegeliaanse en Aristotelische idee van de ontplooiing van de (essentie van de)

<sup>13</sup> Stolker wijst lovend naar het eerste *Algemeen Deel* (1995) van Vranken: ‘Een van de belangrijkste wetenschappelijke juridische publicaties van de afgelopen periode is zonder twijfel het *Algemeen Deel* van de Tilburgse hoogleraar Vranken.’, C.J.J.M. Stolker, “Ja, geléerd zijn jullie wel!; over de status van rechtswetenschap”, *NJB* 2003/15, p. 774. Voor een wetenschapstheoretische onderbouwing van de positie van Vranken moet men echter terug naar zijn proefschrift, veronderstel ik, omdat in het *Algemeen Deel* deze wetenschapstheoretische onderbouwing beperkt aanwezig is.

geschiedenis en de vereenzelviging van hetgeen is en hetgeen behoort. Het ethische en juridische positivisme dat daar uit voortvloeit is tegelijk een relativisme en een nihilisme; de onontkoombare macht van het noodlot.<sup>14</sup>

Vranken citeert hier van de laatste pagina van het boek *The Open Society and its Enemies* en gaat voorbij aan de inhoud daarvan. Hij doet daarbij bepaald onrecht aan de positie van Popper. Deze ging

<sup>14</sup> Zie voor Hegels historicisme zijn hoofdstuk over de 'wereldgeschiedenis' (par. 341 e.v.) in zijn *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (ik heb de uitgave van Johannes Hoffmeister gebruikt, *Philosophische Bibliothek*; Band 483, Hamburg 1995). Nadat hij in het voorgaande hoofdstuk had gesteld dat de geschiedenis van de wereld het *gericht* van de wereld vormt (par. 340), merkte hij op dat er niet slechts sprake is van *blote* macht en noodlot. Nee, de wereldgeest ontwikkelt zich met 'verstand' en 'weten'; het betreft de 'verwerkelijking van de algemene geest' (par. 342). De wereldgeschiedenis was volgens hem in te delen in een viertal tijdperken ('Reiche', par. 354). Drie tijdperken gingen volgens hem aan het laatste vooraf, te weten het 'oriëntaalse' (par. 355), het 'Griekse' (par. 356) en het 'Romeinse' (par. 357). In de 'Romeinse' fase zou een toestand ontstaan van algeheel 'ongeluk' en 'de dood van het zedelijke leven'. Nadat aldus in een toestand van 'oneindige smart' de 'geest' zichzelf en 'zijn wereld' verloren had, een toestand waarvoor het Joodse volk 'toebereid was' ('bereid gehalten war', in orakeltaal) zal na een '*Wendepunkt*' de 'geest' een nieuw principie aangrijpen namelijk het principie van 'de eenheid der goddelijke en menselijke natuur', een principie welk aan het noordelijke principe der Germaanse volken 'zu vollführen übertragen wird'. Dit vierde *era* kreeg dan ook door Hegel de aanduiding: '*Das germanische Reich*' (par. 358).

Kan de actualiteit van deze gedachten heden ten dage betrekkelijk genoemd worden? De structuur van het achterliggende denken heeft in ieder geval nog niet aan relevantie verloren. Het historicisme, in al zijn verschillende vormen, wil het hebben dat op de een of andere manier uit de loop van een geschiedenis (een feit) een behoren afgeleid kan worden. Hegel had een bepaalde concrete gedachte bij de 'wereldgeest' (zelfs als men 'germanische Reich' in overdrachtelijke zin wil opvatten door te ontkennen dat Hegel metterdaad het Pruisische rijk voor ogen had). In het post-moderne, relativistische denken zal men vaker een abstract noodlot voor zich zien. Dat is natuurlijk om het even. Het gaat om het elders in dit hoofdstuk door mij bestreden autoriteitsargument. *Het gaat zo het gaat; zo de wind staat moet je varen.*

Voor een uitvoerige kritiek op Hegel zie men hst. 12 van Poppers *Open Society*. Het schijnt dat sommige mensen dat hoofdstuk Popper niet in dank afgenomen hebben. In het kader van dit boek kan daar niet nader op ingegaan worden. Het is om de volgende reden ook niet nodig. Zelfs als de weergave door Popper van Hegel (en Plato en Aristoteles en Marx en de vele andere auteurs die Popper in zijn *Open Society* onder de aandacht brengt) uit historisch oogpunt onjuist zou zijn dan gaat het nog steeds om de beoordeling van de stellingen die Popper betreft in zijn wedspraak van deze auteurs. Deze stellingen kunnen op hun merites beoordeeld worden. De *Open Society* is niet alleen een boek over de ideeëngeschiedenis van de westerse filosofie (dat is het wel in belangrijke mate). Het werkelijke (maar niet enige) onderwerp van de *Open Society* is de methode van, in het bijzonder, de sociale wetenschappen (het boek is nota bene oorspronkelijk ontstaan als addendum bij *The poverty of historicism*).

namelijk helemaal niet voorbij aan de ‘uiterste consequentie’ van Vranken. Integendeel, de betekenis van het begrip ‘kritisch rationalisme’ draagt juist in zich dat het ‘een rationalisme’ is dat zich bewust is van de grondslag daarvan, dat wil zeggen, gebrek aan een *zekere* grondslag. De scheiding tussen rationalisme en irrationalisme is een keuze, en zoals Popper nadrukkelijk betoogt heeft, een ethische beslissing (zoals hierboven beschreven). Wellicht is Vranken door Gadamer op het verkeerde been gezet (zie m.n. p. 302). Een en ander hangt waarschijnlijk samen met het oude ‘misverstand’ dat Popper het falsificatiecriterium als betekenis criterium voorgestaan heeft (dat is het niet, het is een *demarcatie*criterium en meer niet) en dat metafysische overwegingen bij hem geen interesse opgewekt zouden hebben.

De werkelijkheid is anders. Waar het namelijk bij Popper niet zo zeer om gaat is de kwestie of hoop realiteitszin heeft, het gaat veeleer om het begrip *verantwoordelijkheid* dat bij Popper centraal staat:

‘History has no meaning, I contend. ... Although history has no ends, we can impose these ends of ours upon it; and *although history has no meaning, we can give it a meaning*. It is the problem of nature and convention which we meet here again (Popper verwijst hier naar hoofdstuk 5 van de *Open Society* waar dit onderwerp besproken wordt, IW). Neither nature nor history can tell us what we ought to do. Facts, whether those of nature or those of history, cannot make the decision for you, they cannot determine the ends we are going to choose. It is we who introduce purpose and meaning into nature and into history. Men are not equal; but we can decide to fight for equal rights. Human institutions such as the state are not rational, but we can decide to fight to make them more rational. ... Ultimately, we may say the same about the ‘meaning of life’. It is up to us to decide what shall be our purpose in life, to determine our ends. This dualism of facts and decisions is, I believe, fundamental. ... Historicism is only one of many attempts to get over this dualism; it is born of fear, for it shrinks from realizing that we bear the ultimate responsibility even for the standards we choose.’ (*Open Society*, hst. 25, par. IV)

Over de kwestie *Is* en *Ought* bestaat een schier oneindige reeks literatuur waarbij de verwarring die over dit onderwerp bestaat eveneens oneindig is. De hamvraag die er wat betreft deze materie aan de orde is wordt vaak te weinig gesteld of ontweken. Dat is de (betreкке-

lijk eenvoudige) vraag of uit feiten normen afgeleid kunnen worden. Van belang in deze is de positie van Popper zoals hij deze in zijn *Open Society* heeft neergezet (centraal staan daarbij de hoofdstukken 5 en 6). Het blijkt te gaan om een fundamentele kwestie inzake het afwijzen van alle vormen van positivisme (zowel empirisme als ethisch en juridisch positivisme); de onontkoombaarheid van ‘*the laws of society*’. Het enkele feit dat normen door een beslissing veranderd kunnen worden brengt met zich mee dat normen geen vast gegeven zijn. Dit is heel wel ingezien door aanhangers van het anti-naturalisme (waar de hermeneutische school onder valt) in tegenstelling tot aanhangers van het naturalisme (waar het empirisme onder valt). Popper heeft echter laten zien dat het feit dat normen veranderbaar zijn niet hoeft mee te brengen dat de keus voor de één of de andere norm *arbitrair* is. De reden daarvoor is dat de keus voor de een of andere norm niet zonder consequenties is. Het is een kwestie van *verantwoordelijkheid nemen* voor de consequenties voor de een of andere keuze die Popper in zijn betoog centraal stelt.

De kwestie is werkelijk heel eenvoudig. Telkens wanneer men geconfronteerd wordt met een (verondersteld) feit zoals de mening van het grootste deel der geleerden, of de mening van het grootste deel der bevolking, of het gegeven dat bepaalde wetten wel nageleefd lijken te worden en andere niet, etc., kan en *moet* de vraag gesteld worden: Wat moeten we hiermee? Zijn we er blij mee? Moeten we hierin berusten of zou er iets aan veranderd kunnen worden? Zou er iets aan veranderd *moeten* worden? De ontdekking dat maatschappelijke normen niet hetzelfde zijn als natuurlijke wetmatigheden (zoals het feit dat regen meestal naar beneden valt) is een van de belangrijkste momenten in de westerse ideeëngeschiedenis. Het brengt met zich mee dat de mens zich moet realiseren dat hij verantwoordelijk is voor wat hij doet; het betreft de ontdekking van het ethische vraagstuk. Dat is wel een beetje eng. De angst voor *the burden of responsibility* vormt een belangrijke psychologische verklaring voor de populariteit van stromingen die gemeen hebben dat zij op een of andere wijze een autoriteit zoeken te vinden voor het wetenschappelijke werk. Of dat nu empiricistische positivistische stromingen betreft of zogenaamde hermeneutische en existentiële richtingen:

‘Looking back at this brief survey, we may perhaps discern two main tendencies which stand in the way of adopting a critical dualism. The first is a general tendency towards monism, that is to say, towards the reduction of norms to facts. The second lies deeper, and it possibly forms the background of the first. It



is based upon our fear of admitting to ourselves that the responsibility for our ethical decisions is entirely ours and cannot be shifted to anybody else; neither to God, nor to nature, nor to society, nor to history. All these ethical theories attempt to find somebody, or perhaps some argument, to take the burden from us. But we cannot shirk this responsibility. Whatever authority we may accept, it is we who accept it. We only deceive ourselves if we do not realize this simple point.' *Open Society*, hst. 5, par. V.

Terwijl de keus voor rationalisme of irrationalisme (en praktisch nihilisme) een keus betreft die op de één of andere manier voor discussie vatbaar is, is de keus voor methodologisch nihilisme een keus die zich op een (iets) ander niveau afspeelt. Het methodologisch nihilisme weigert een keus te maken en vormt daarmee in zekere technische zin een *onverantwoordelijkheid*. De positie van Vranken heeft directe praktische consequenties voor zijn rechtswetenschappelijk uitgangspunten. Vranken lijkt immers vast te houden aan zijn relativistische en daarmee tegelijk ook positivistische positie zoals die voortvloeit uit zijn nihilistische kader. Dit mag blijken uit zijn tweede *Algemeen Deel* (zie met name de nrs. 56, 110 en 111) maar heel concreet ook vanuit zijn stellingname in een artikel van hem en enkele anderen in het *NJB*.<sup>15</sup> Hij lijkt zich daar op een subtiële wijze uit te spreken voor de mogelijkheid van tortuur, in het geval dat daar een wetenschappelijk forum voor zou zijn. Vergelijk het volgende citaat waarin Vranken c.s. een artikel over tortuur bespreken zoals dat eerder verschenen was in het *NJB*. Het gaat mij hier niet om het besproken artikel (van *Mertens* en *Goodwin*) maar om het standpunt van Vranken c.s. Ik citeer uitvoerig om te laten zien hoe op subtiële wijze dit eigen standpunt in de tekst ingevlochten wordt:

‘Bij *Mertens* en *Goodwin* wordt niet geheel duidelijk is of zij nu voor een juridische, politieke of ethische vraagstelling kiezen. Consequentie daarvan is dat onbeantwoord blijft wat men wil toevoegen aan de ‘state of the art’. Uit de internationale juridische literatuur en jurisprudentie is duidelijk dat het verbod op

<sup>15</sup> R.A.J. van Gestel en J.B.M. Vranken m.m.v. J.L.M. Gribnau en H.E.B. Tijssen, ‘Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording.’ *NJB* 2007, p. 1449 e.v. De hier geciteerde gedeelten komen uit het deel dat alleen op de website van het *NJB* te raadplegen is (niet voorzien van paginanummers). De paginanummers die ik noem zijn te traceren omdat het een pdf-document betreft.

martelen een fundamenteel recht is. Dat behoeft dus geen betoog. Tegelijkertijd wordt in de juridische literatuur doorgaans aangenomen dat geen enkel grondrecht absoluut is. Niet duidelijk is of en, zo ja waarom, Mertens en Goodwin van mening zijn dat zulks voor het martelverbod anders ligt of behoort te liggen en waar zij op dit punt staan binnen het forum van wetenschappers (politieke wetenschappen, juristen, ethici, filosofen, enzovoort) dat zich met deze problematiek bezighoudt. In de volgende paragraaf zullen we betogen dat er in elk geval ook internationale ethische literatuur bestaat die een andere kant van de medaille laat zien. Het artikel van Mertens en Goodwin had naar onze mening aan kracht kunnen winnen door een scherpere vraagstelling. *Nu wordt een stelling geponneerd die erop neer lijkt te komen dat wie nadenkt over mogelijke uitzonderingen op het martelverbod reeds de weg opent voor de barbaren.* Bij een dergelijke stellingname past qua type probleemstelling eerder een hypothese die het mogelijk maakt dat de eigen theorie onderuit wordt gehaald' (mijn cursief, p. 3-4).

In dit citaat is sprake van een 'volgende paragraaf' waarin betoogd zal worden dat er 'ook internationale ethische literatuur bestaat die een andere kant van de medaille laat zien'. Ik zal zo dadelijk uit deze 'volgende paragraaf' citeren maar wijs er eerst op dat ook dit een subtiele verwoording betreft. Het gezegde 'twee kanten van een medaille' lijkt mij immers inzake het onderwerp tortuur niet van toepassing. Het volgende citaat luidt:

'Dat Mertens en Goodwin goed ingevoerd zijn in de literatuur over martelen, blijkt uit de grote hoeveelheid literatuur waarnaar wordt verwezen. Niettemin hebben we in de vorige paragraaf al aangegeven dat er op het punt van de absolute van het martelverbod ook andere wetenschappelijke geluiden bestaan. Wij refereren hier slechts aan het zeer uitgesproken en diepgaande onderzoek van Michael Ignatieff, 'The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror,' Princeton University Press 2005, waarin onder andere de vraag besproken wordt of er geen beperkingen op het verbod om te martelen zouden moeten bestaan in het geval dat daar duizenden mensenlevens mee gespaard kunnen worden' (p. 6).

Hier wordt gesteld dat er op het punt van 'de absolute van het martelverbod ook andere wetenschappelijke geluiden bestaan.' Ge-

combineerd met de door mij gecursiveerde uitspraak in het voorgaande citaat inzake ‘de barbaren’ kan ik daar niet anders uit concluderen dat Vranken c.s. zelf de opheffing van het tortuurverbod een bespreekbaar onderwerp vinden althans voor zover het wetenschappelijk forum daar aanleiding voor zou geven.

De verwijzing naar Ignatieff is opmerkelijk. Deze werd namelijk aangekondigd (in het eerste citaat) als ‘literatuur die een andere kant van de medaille laat zien’. De lezer zou gemakkelijk kunnen denken dat Ignatieff behoort tot de groep die ‘genuanceerd’ denkt over het tortuurverbod. Zijn positie is echter juist dat met het invoeren van tortuur de democratische wereld (terecht) haar geloofwaardigheid zou verliezen.

Relevant voor mijn beschouwingen is dat Ignatieff in zijn boek duidelijk onderscheid maakt tussen twee opvattingen over democratie. Enerzijds is er de opvatting dat democratie gelijk is aan ‘de wil (of de macht) van de meerderheid’. Deze opvatting valt samen met een pragmatische en relativistische (en dus ook nihilistische, in boven beschreven zin) cultuuropvatting. Anderzijds is er een democratische traditie (vaak aangeduid met de term ‘liberaal’ al moet ik opmerken dat die term tegenwoordig te weinig richtinggevend meer is)<sup>16</sup> waarbinnen uitgedragen wordt dat democratie weinig met de wil van de meerderheid te maken heeft maar de beste manier is waarop een samenleving ingericht kan worden die recht doet aan elementaire waarden als gelijkheid voor de wet (het primaat van de ‘rule of law’), de macht van het woord en het debat en een afwijzen van geweld als politiek middel (tolerantie dus), en dergelijke. Een democratie in de tweede versie is gebonden (door zelfbinding) aan deze kernwaarden, in de eerste versie van democratie is eigenlijk in beginsel alles mogelijk als de meerderheid het maar wenst. De eerste versie

<sup>16</sup> Voor een bespreking van het begrip ‘liberaal’ en de verwarring die dit begrip met zich kan brengen leze men het boek *The Constitution of Liberty* van F.A. Hayek, Routledge & Kegan Paul, Londen, 1979 (1960), in het bijzonder zijn Postscript, ‘Why I am not a conservative’, p. 397 e.v. De lezer van dit hst. zal begrijpen hoe het mogelijk is het woord ‘liberaal’ te gebruiken zonder dat dit enige politieke associatie op zou moeten roepen. Men zie (onder andere) ook Poppers, ‘Public opinion and liberal principles’, opgenomen in *In Search of a Better World*, Londen 1994, hst. 11, en zijn ‘Epistemology and Industrialization’, opgenomen in *The Myth of the Framework*, Londen 1994, hst. 185, voor een bespreking van dit begrip in de hier voorgestane zin. Het werk van Hayek is in ons land onder juristen vrijwel onbekend. Zie echter I. Kotterman-van de Vosse, *De visie van Hayek: een pleidooi voor persoonlijke vrijheid*, diss. Leiden 1994. Zie voor een meer Popperiaanse duiding van het werk van Hayek echter J. Shearmur, *Hayek and After: Hayekian liberalism as a research programme*, Routledge, Londen 1996.

van democratie hangt samen met een *moreel nihilisme*. De tweede versie is er een van *verantwoordelijkheid*. Men kan zien dat het nihilisme van Vranken c.s. in een concreet geval ertoe kan leiden dat de deur opengezet wordt naar de mogelijkheid van het toepassen van tortuur. Het standpunt van Vranken inzake tortuur is in overeenstemming met zijn relativistische positie.

Overigens waag ik het te betwijfelen dat er in de westerse wereld veel rechtsgeleerde auteurs zijn die van mening zijn dat aan het tortuurverbod gerommeld kan worden. Misschien dat sommige politici, niet gehinderd door enig historisch-juridisch inzicht, het onderwerp wel eens oprakelen. Na 2500 jaar rechtsontwikkeling, met vallen en opstaan, rondom het *verbod op zelfincriminatie* (juist ook gericht op het tegengaan van tortuur) moeten wij dat onderwerp daar laten waar het hoort: in de kluis waarin de historische fouten opgesloten liggen.

#### 2.4 Popper, Levinas en Heidegger

De verwerping van het nihilisme bij Popper kan misschien nog wel het beste geïllustreerd worden aan de hand van zijn positie inzake het werk van Heidegger. Daaruit kan blijken dat het bij Popper niet gaat om een kwestie van ‘goed gevoel’, stemming of persoonlijke voorkeur, hoewel zijn standpunt zeker niet buiten zijn emoties om zal gaan en daar ook zeker door ondersteund zal worden. Het afwijzen van het nihilisme heeft nadrukkelijk te maken met een methodologische plaatsbepaling, namelijk zijn *verwerping van het primaat van de ontologie*. De ‘zijns-vraag’ wordt door velen als de hoofdvraag van de filosofie beschouwd en als Eerste Vraag van de onderneming die wetenschap heet. Popper wijdt in zijn hoofdstuk over Hegel (hoofdstuk 12 van zijn *Open Society*) diverse beschouwingen aan de praktische consequenties van het nihilisme en bespreekt daar onder andere Heidegger. Deze passages zijn nadrukkelijk het lezen waard (inclusief de voetnoten) en behoeven hier geen nadere toelichting. Dat het Popper expliciet ook om het afwijzen van het primaat van de ontologie gaat (naast het afwijzen van allerlei praktische gevolgen) mag blijken uit het volgende citaat uit zijn belangrijke lezing ‘Two faces of common sense’ opgenomen in zijn boek *Objective Knowledge*:

‘It is very necessary these days to apologize for being concerned with philosophy in any form whatever. Apart perhaps from some Marxists, most professional philosophers seem to have

lost touch with reality. ... In my opinion, the greatest scandal of philosophy is that, while around us the world of nature perishes – and not the world of nature alone – philosophers continue to talk, sometimes cleverly and sometimes not, about the question of whether this world exists. They get involved in scholasticism (I am using the term ‘scholasticism’ to indicate an attitude of arguing without a serious problem – an attitude that was by no means universal among the schoolmen of the Middle Ages), in linguistic puzzles such as, for example, whether or not there are differences between ‘being’ and ‘existing’. (As in contemporary art, there are no standards in these worlds of philosophy).

It goes without saying that the widespread anti-intellectual attitude which was so strong among the National Socialists, and which is again becoming strong among disappointed young people, especially students, is just as bad as this kind of scholasticism, and if possible a little worse even than the pretentious and spurious, though sometimes quite brilliant, verbiage of philosophers and other intellectuals. But it is only a very little worse, for the treason of the intellectuals evokes anti-intellectualism as an almost inevitable reaction. If you feed them stones instead of bread, the young people will revolt, even if in so doing they mistake a baker for a stone-thrower.

Under these circumstances there is a need to apologize for being a philosopher, and more particularly for restating (as I intend to do, if only in passing) what should be a triviality, such as *realism*, the thesis of the reality of the world. What is my excuse?

My excuse is this. We all have our philosophies, whether or not we are aware of this fact, and our philosophies are not worth very much. But the impact of our philosophies upon our actions and our lives is often devastating. This makes it necessary to try to improve our philosophies by criticism. This is the only apology for the continued existence of philosophy which I am able to offer.’ (*Objective knowledge*, p. 32-33).

Het door mij gecursiveerde deel betreft onmiskenbaar een verwijzing naar het werk van Heidegger (en zijn volgelingen), die zichzelf als de filosoof van het nationaal-socialisme beschouwde. Het bewijsmateriaal tegen Heidegger inzake zijn nationaal-socialistische aspiraties en de zinloosheid van zijn pseudo-filosofie is overweldigend. Zie voor betrekkelijk recente uitgaven van eigen bodem Janssen Perio, *Hoe*

*helder is Heidegger, een in- en uitleiding bij Sein und Zeit*<sup>17</sup> en Herman Philipse, *Heideggers Philosophy of Being*.<sup>18</sup> De vraag of zijn politieke aspiraties misschien niets te maken zouden hebben met zijn filosofische denken zoals Heidegger-fans graag voorstaan kan zeer waarschijnlijk ontkennend beantwoord worden op grond van de analyses van zijn denken door Popper en Levinas (zie onder).

Hoewel het eigenlijk buiten het bestek van dit werk valt wordt hier iets meer stilgestaan bij het boek van Philipse omdat tegen zijn stellingen de positie van Popper nog iets beter afgezet kan worden. De kritiek van Popper op Heidegger gaat immers nog een stap verder dan die van Philipse. Daarin ligt begrepen dat de kritiek van Philipse op Heidegger vanuit kritisch-rationeel oogpunt niet ver genoeg gaat en hij niet werkelijk tot de kern doordringt (eigenlijk is het boek van Philipse een beetje te veel eer voor Heidegger). Philipse blijft namelijk in de beste traditie van de aristotelische filosofie vasthouden aan de idee dat de vraag naar 'het Zijn' de *fundamental question of philosophy* is, zij het dat hij de versie van Heidegger zorgvuldig verwerpt.<sup>19</sup> Ook de oplossingsrichting die hij aandraagt in de conclusie van zijn boek kan mede vanuit dat oogpunt verworpen worden. Bij wijze van voorbeeld werpt hij onder andere de vraag op 'Under what category, if any, has belief to be subsumed?' en stelt dan dat een antwoord gezocht moet worden in de taalanalytische filosofie (hij noemt Wittgenstein, Ryle, Austin en Strawford). Popper en Albert hebben beide het nut van de taalanalytische richting gemotiveerd betwist maar waar het mij hier vooral om te doen is, is het (positieve) antwoord dat op deze door hem opgeworpen vraag vanuit kritisch-rationeel perspectief gegeven kan worden. Naast het feit dat het kritisch rationalisme geen heil ziet in het denken in termen van 'categorieën' heeft het geen enkele zin om te vragen naar de 'essentie' van 'geloof'. Geloof moet gezien worden als resultaat van een prerationele (denk)akt; een keuze. Geloof betreft altijd een 'act of faith' (wellicht dat taalanalytici er iets mee geholpen zijn om het zo te formuleren).

Het werk van Philipse betreft een uitstekend gedocumenteerd boek dat zonder meer de aandacht verdient. Zijn kritiek op Heidegger lijkt goed onderbouwd al kan ik mij moeilijk vinden in zijn pascalliaanse duiding van het werk van Heidegger.<sup>20</sup> Met name de stap van

<sup>17</sup> E.M. Janssen Perio, *Hoe helder is Heidegger?: een in- en uitleiding bij Sein und Zeit*, Eburon, Delft 2000.

<sup>18</sup> H. Philipse, *Heidegger's Philosophy of Being, a critical interpretation*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1998.

<sup>19</sup> Idem, p. 375.

<sup>20</sup> Idem, p. 242 e.v.

‘pascalliaans’ naar ‘christelijk’ in het algemeen kan ik ook niet volgen, maar het voert buiten dit werk om daar lang bij stil te staan.<sup>21</sup> Wel kan ik deze interpretatie van Philipse noemen om nogmaals de reikwijdte van het begrip ‘kritisch rationalisme’ te adstrueren. Het manifeste atheïsme<sup>22</sup> van Philipse hangt namelijk mijns inziens ermee samen dat zijn kritiek op Heidegger niet ver genoeg gaat. Daaruit blijkt namelijk dat Philipse nog uitgaat van de mogelijkheid om zekere kennis te verkrijgen en dat Philipse ten diepste staat op de basis van een (logisch)positivistische stroming. Terwijl het toch heel eenvoudig is; bewijzen dat er geen God bestaat is net zo min mogelijk als bewijzen dat zulks wel het geval is. Het standpunt van Philipse dat op grond van wetenschappelijke zekerheid de Godsidee verworpen moet worden is dan ook onkritisch (vanuit kritisch rationeel oogpunt, de positie van Philipse is een goed voorbeeld van ‘onkritisch rationalisme’ in de zin van het hier besproken begrippenkader). De verhouding geloof en wetenschap wordt door Popper bij zijn bespreking van het begrip ‘kritisch rationalisme’ tenslotte op de volgende wijze weergegeven (waarbij men het ‘negentiende-eeuws’ helaas met een korreltje zout moet nemen):

The nineteenth-century conflict between science and religion appears to me to be superseded. Since an ‘uncritical’ rationalism is inconsistent, the problem cannot be the choice between knowledge and faith, but only between two kinds of faith. The new problem is: which is the right faith and which is the wrong faith? What I have tried to show is that the choice with which we are confronted is between a faith in reason and in human individuals and a faith in the mystical faculties of man by which he is united to a collective; and that this choice is at the same time a choice between an attitude that recognizes the unity of mankind and an attitude that divides men into friends and foes, into masters and slaves. *Open Society*, hst. 24, par. IV.

De ‘christelijke’ duiding van Philipse moet in ieder geval duidelijk gesteld worden tegenover de *paganistische* interpretatie die Popper gegeven heeft van het aristotelische essentialisme (waar het denken van Heidegger een vervolg op is), het betreft volgens hem niets anders dan een (geleerde?) vorm van *animisme*:

<sup>21</sup> Idem, p. 381.

<sup>22</sup> Vergelijk zijn *Atheïstisch manifest*, Prometheus, Amsterdam 1995

‘Indeed the believe that philosophy should analyse the meaning of words or of concepts, that it has to answer what-is? questions, that is should give definitions, derives from Platonic and Aristotelian metaphysics. *But it goes back to still deeper roots: to animism. (This may be one of the reasons why it is so hard to eradicate.)* As shown by our passage from Schlick, this belief<sup>23</sup> was never overcome by the nominalist and positivist opponents of Platonic idealism, and it is present in Berkely, Wittgenstein, and their followers – just as much as in neo-Aristotelianism. It inspires what Edmund Husserl has called ‘pure phenomenology’ or ‘the intuition of essences’; what G.E. Moore calls ‘philosophical analysis’; and what Rudolf Carnap calls the ‘explication of concepts’. However profound the differences between these schools may be, they all take it to be the task of philosophy to clarify the meaning of ideas or of concepts or of words...’ (mijn cursief).<sup>24</sup>

Het denken van Heidegger wordt tenslotte door Popper verworpen met:

‘This is the philosophy of the gambler – of the gangster. Needless to say, this *demoniac* ‘religion of Urge and Fear, of the Triumphant or else the Hunted Beast’ (Popper citeert Kolnai, IW), this absolute nihilism in the fullest sense of the word, is not a popular creed. It is a confession characteristic of an *esoteric* group of intellectuals who have surrendered their reason, and with it, their humanity’ (*Open Society*, hst. 12, par. V, mijn cursief).

Wellicht is het niet nodig te wijzen op Poppers woordkeuze namelijk ‘demoniac’ en ‘esoteric’ die evenzeer duiden op een paganistische interpretatie; het nihilisme is verwant aan het *sjamanisme*, hetgeen op haar beurt verwant is aan het *tribalisme*. En daarmee zijn wij terug bij het hoofdthema van het boek van Popper: *the open society and its enemies*.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> De door Popper aangehaalde passage van Schlick luidt: ‘that I believe that science should be defined as the pursuit of truth, and philosophy as the pursuit of meaning.’ Zie Popper, *Realism and the Aim of Science*, 2003 (1983), p. 263

<sup>24</sup> Idem, p. 264/265.

<sup>25</sup> Vergelijk in dit verband vanuit een geheel andere invalshoek (zonder naar Popper en/of Levinas te verwijzen) de inzichtelijke analyse van David E. Cooper in zijn opstel, ‘Verstehen, Holism and Fascism’, in: *Verstehen and Humane Understanding*,



Het is op deze plaats interessant om de verwerping van het nihilisme van Heidegger door Popper te vergelijken met de reden waarom Levinas de positie van Heidegger verworpen heeft. Ook Levinas heeft zich krachtig tegen het denken van Heidegger afgezet en het frappante is dat zijn verwerping van het denken van Heidegger vergelijkbaar is met de wijze waarop Popper dat doet. Ook Levinas ziet een nadrukkelijke band tussen het denken van Heidegger met de geschiedenis van de ontologie. Het is dan ook bij Levinas dat radicaal het primaat van de ontologie verworpen wordt en nadrukkelijk door hem gewezen wordt op het paganistische karakter van het denken van Heidegger. Een en ander mag blijken uit navolgende citaten. Het is een aspect uit het werk van Levinas dat in het algemeen te weinig belicht lijkt te worden (ook de bovengenoemde Philipse gaat eraan voorbij) maar dat wellicht mensen uit de hermeneutische geesteswetenschappelijke stromingen ertoe kan uitnodigen om eens een boek van Popper open te slaan!

Het werk van Levinas lijkt in de Nederlandse rechtswetenschap ten onrechte in het geheel geen rol te spelen. Dat gaat zelfs zo ver dat nota bene in het in de Lemniscaat-reeks 'Kopstukken Filosofie' uitgegeven boek over Levinas in het hoofdstuk over de betekenis van het werk van Levinas de rechtswetenschap niet eens genoemd wordt.<sup>26</sup> Dat is de auteurs, die zelf geen jurist zijn, niet aan te rekenen maar het geeft treffend de radio-stilte weer die er op dit vlak is. Gezien zijn nadruk op de centrale plaats van de gerechtigheid en zijn beschouwingen over recht, de staat, rechtspleging en intersubjectiviteit kan zijn werk echter van belang geacht worden voor de ideeënvorming inzake bijvoorbeeld rechtsbeginselen, hoewel deze gedachten vanuit kritisch-rationeel oogpunt een metafysisch karakter hebben (de aanspraak die ook bij Levinas lijkt te bestaan dat de fenomenologische methode zekere kennis zou kunnen opleveren wordt door het kritisch rationalisme nadrukkelijk verworpen, maar dat betekent niet dat iemands denken, los van zijn epistemologische kader, niet waardevol zou kunnen zijn).

Hoewel zijn filosofische werken zich kenmerken door een notoire moeilijkheidsgraad, zijn Levinas' theologische werken, waar onder zijn talmoedlessen, veel beter leesbaar.<sup>27</sup> Vanwege het juridische ka-

Ed. Anthony O'Hear, Royal Institute of Philosophy Supplement: 41, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 95 e.v.

<sup>26</sup> J. Duyndam & M. Poorthuis, *Levinas*, Lemniscaat, 2003, hst. 6, 'De actualiteit van Levinas: toepassingen van zijn filosofie.

<sup>27</sup> Veel van zijn werk is in het Nederlands vertaald (ook in het Engels) en er is zelfs een Nederlandse studiekering. Bekende (filosofische) hoofdwerken vormen *De totali-*

rakter van de Joodse godsdienst zijn deze lessen voor juristen juist bijzonder interessant. Daarbij komt dat Levinas voor zijn talmoeduitleg een dynamische hermeneutiek gebruikt die ook voor juristen van belang zou kunnen zijn. Reden genoeg dus om zijn werk eens onder de aandacht te brengen.

Hieronder volgt een uitvoerig citaat waaruit de positie van Levinas blijkt inzake de filosofie van Heidegger. De inhoud van hiervan mag voor zichzelf spreken omdat deze in lijn ligt met de hierboven ontvouwde gedachten:

‘De Heideggeriaanse ontologie maakt de verhouding tot het Andere ondergeschikt aan de verhouding tot het Onzijdige dat het Zijn is, en daarmee zet zij haar verheerlijking voort van de wil tot macht, waarvan de rechtmatigheid en het goede geweten alleen verontrust en ondermijnd kunnen worden door de Andere Mens. Wanneer Heidegger wijst op de vergetelheid van het Zijn, dat verdekt wordt door de verschillende werkelijkheden die het verlicht, en zegt dat de uit Sokrates voortgekomen filosofie zich aan deze vergetelheid schuldig maakt, en ook wanneer hij de oriëntatie van het denken op de techniek betreurt, dan handhaaft hij een machtsbestel dat onmenselijker is dan het rijk van de machine en dat misschien een andere oorsprong heeft dan dit laatste. (Het staat niet vast dat het nationaal-socialisme voortkomt uit de mechanistische verzakelijking van de mensen; het zou ook kunnen berusten op een vergroeiheid met de bodem en een feodale adoratie van geknechte mensen voor de meesters en heren die hun bevelen.) Het gaat hier om een bestaan dat zichzelf als natuurlijk aanvaardt en waarvoor zijn verblijf onder de zon, zijn grond, zijn *plaats* alle betekenissen oriënteren. Het gaat om een heidens *existeren*. Het Zijn (ver)ordent dit bestaan als een bouwen en bebouwen binnen een vertrouwd landschap op een moederlijke aarde. Anoniem en Neutraal ordent het Zijn dit bestaan als een ethisch onverschillige maar heroïsche vrijheid, die buiten iedere schuld ten aanzien van de Ander blijft.

Dit moederschap van de aarde bepaalt inderdaad de hele westerse beschaving van eigendom, uitbuiting, politieke tiran-

*teit en het oneindige en Anders dan zijn of het wezen voorbij.* Meer speciaal aanbevelen voor juristen (niet alleen voor juristen, deze werken zijn vermoedelijk voor iedereen een stuk toegankelijker dan zijn filosofische werken) worden zijn *Tussen ons*, zijn *Talmoedlessen* (in diverse uitgaven), zijn *Het menselijk gelaat* en zijn *Aan gene zijde van het vers*.

nie en oorlog. Heidegger oefent geen kritiek uit op het pre-technische vermogen van het bezitten, dat zich voltrekt in de wijze waarop de waarneming met de werkelijkheid vergroeid is, en dat niemand overigens zo geniaal beschreven heeft als hij. De meest abstracte geometrische ruimte blijft uiteindelijk nog gevangen binnen deze waarneming, maar zelf kan de waarneming geen plaats vinden in heel de oneindigheid van de thematische uitgestrektheid. De Heideggeriaanse analyses van de wereld, die in *Sein und Zeit* hun uitgangspunt namen in het samenstel van vervaardigde dingen, worden in zijn laatste filosofie gedragen door het visioen van de machtige landschappen van de Natuur: onpersoonlijke vruchtbaarheid, schoot van de zijnden in hun verscheidenheid, onuitputtelijke materie van de dingen.

Heidegger vat niet alleen een hele evolutie van de westerse filosofie samen. Hij verheerlijkt uiterst pathetisch haar anti-religieuze wezen, dat tot een omgekeerde religie is geworden. De lucide soberheid van hen die zich vrienden van de waarheid en vijanden van de mening noemen, zou dus een mysterieuze voortzetting hebben! Met Heidegger is het atheïsme heidendom en zijn de pre-sokratische teksten anti-Schrifturen geworden. Heidegger laat zien in wat voor een dronkenschap de lucide soberheid van de filosofen gedompeld is.<sup>28</sup>

In zijn hoofdwerk *De totaliteit en het Oneindige* verwoordt Levinas het nog iets ingewikkelder maar met dezelfde strekking:

‘Als filosofie van de macht, als eerste filosofie die het Zelfde niet ter discussie stelt, is de ontologie een filosofie van de onrechtvaardigheid. De heideggeriaanse ontologie, die de betrekking tot de Ander ondergeschikt maakt aan de relatie tot het zijn in het algemeen – zelfs als zij zich verzet tegen de technische passie, ontsproten aan het vergeten van het door het zijnde verborgen zijn – blijft horig aan het anonieme en leidt op fatale wijze tot een andere macht, tot imperialistische overheersing, tot tirannie. Tirannie die niet louter en simpelweg uitbreiding is van de techniek over tot dingen gemaakte mensen. Ze gaat terug op heidense “stemmingen”, op de verworteling in de bodem, op de verering die tot slavernij gebrachte mensen hun meesters kun-

<sup>28</sup> De titel van het genoemde hst. luidt: ‘De filosofie en de idee van het Oneindige’, Emmanuel Levinas, *Het menselijk gelaat*, hst. 14, par. 2.

nen toedragen. Het *zijn* vóór het *zijnde*, de ontologie vóór de metafysica – dat is de vrijheid (zij het die van de theorie) vóór de rechtvaardigheid. Dat is een beweging binnen het Zelfde vóór de verplichting tegenover het Andere.<sup>29</sup>

Hoewel zowel Popper als Levinas uit geheel verschillende scholen komen en hun werk op het eerste gezicht volstrekt onvergelijkbaar is, kan bij nader inzien de *structuur* van hun denken wel degelijk vergeleken worden (ik ga nu maar even niet in op de verschillen, die liggen voor de hand). Zo treft men bij beiden de verwerping van het primaat van de ontologie, de ethiek als fundament van het wetenschappelijk denken, de oorsprong van het rationele in de verhouding met de medemens, de verwerping van iedere aanspraak op autoriteit, de verwerping van het paganisme, het fundamentele belang van de *rule of law* voor de inrichting van de maatschappij en de verwerping van geweld (zonder pacifistisch te worden), het belang van de combinatie van individualisme (in tegenstelling tot egoïsme) en altruïsme, het dynamische en open karakter van hun beider denken, hun indeterminisme en *last but not least* de nadruk op de menselijke verantwoordelijkheid. Levinas wordt gezien als een van de grote Joodse filosofen van de 20<sup>e</sup> eeuw, over Popper wordt zo niet gedacht. Hoewel het misschien niet belangrijk is, ligt het echter voor de hand om te veronderstellen dat Popper heel wat meer schatplichtig geweest is aan zijn Joodse achtergrond dan hij zichzelf gerealiseerd heeft.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Emmanuel Levinas, *De totaliteit en het Oneindige*, Deel 1, hst. A, par. 4.

<sup>30</sup> Menachem Fisch wijst eveneens op de overeenstemming tussen het denken van Popper en de talmoedische methode: ‘... the interpretative and discursive procedures displayed throughout the talmudic canon clearly attest to what might hesitantly be described as a “Popperian” epistemology, predicated upon an all-pervading thorough yet constructive skepticism.’ Zie zijn opstel ‘Ecclesiastes (Qohelet) in context – a study of wisdom as constructive skepticism’ in: *Critical Rationalism, the Social Sciences and the Humanities, Essays for Joseph Agassi*, Vol. II, edited by I.C. Jarvie and Nathaniel Laor, Kluwer, 1995, p. 173.

Popper ontwikkelde zijn gedachten over tribalisme in zijn *Open Society* onder andere aan de hand van het Jodendom en ging daarmee in ieder geval voorbij aan het feit dat het Jodendom in de eerste plaats een godsdienst betreft. Waldron wijst er misschien terecht op dat dit in het licht gezien moet worden van zijn eigen Joodse achtergrond en het feit dat dit geschreven is voor het einde van de tweede wereldoorlog. P. Catton & G. Macdonald, *Karl Popper; Critical Appraisals*, Routledge, London 2004, p. 227. Popper heeft zich in zijn autobiografie *Unended Quest* positief uitgelaten over de assimilatie van zijn ouders en geeft daar ook geen blijk van inzicht in de Joodse godsdienst en de mogelijke invloed op zijn denken. Mogelijke aanwijzing vormt echter de verwijzing naar ‘the Hillelian principle’ in zijn lezing ‘On freedom’ zoals opgenomen in *All life is problem solving* (hst. 7, par. IV). Misschien heeft het

niets om het lijf maar het lijkt op zich niet vanzelfsprekend dat iemand weet wie Hillel is (in Nederland in ieder geval niet). Vergelijk in dit verband overigens de opmerkingen van Hacoen in zijn indrukwekkende biografie, *Karl Popper, the Formative Years, 1902 – 1945, Politics and Philosophy in Interwar Vienna*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 308 en 309.



### **3. Popper en de rechtswetenschap; kanttekeningen bij het huidige debat**

‘Philosophers should not be specialists.’  
K.R. Popper

*3.1 Inleiding, de organisatie van onderwijs en onderzoek,  
een afgeleide van het positivistische wetenschappelijke denken*

Van oude koeien die mager bleven.

De aard en de methode van de rechtswetenschap staan volop in de belangstelling. In het oog springen de uitvoerige bijdragen van Franken, Stolker, Barendrecht e.a. en De Geest (in die volgorde) in het *NJB* van afgelopen zomer (juli 2004). Hoewel met name Franken enerzijds en de overige schrijvers anderzijds het fors met elkaar oneens lijken te zijn is het opvallend dat diverse auteurs voor een fundering van hun standpunten een beroep lijken te doen op het werk van de grote (wetenschaps)filosoof Sir Karl Raimund Popper. Dat blijkt weliswaar slechts en passant uit de huidige bijdragen; uit eerdere publicaties kan dat zeker opgemaakt worden.<sup>31</sup> Nadere studie van het werk van Popper leert echter dat zijn werk niet alleen op grote schaal misverstaan wordt, maar ook dat zijn denken zeker van groot belang is voor de vraag wat (rechts)wetenschap is, c.q. zou moeten zijn. De intentie van de verschillende schrijvers – het verbeteren

<sup>31</sup> Zie in dat opzicht met name het ‘onderwijsboek’ van Franken (m.m.v. Brouwer, Cliteur en Loth), *Encyclopedie van de rechtswetenschap* (vroeger bekend onder de titel *InLeiden tot de rechtswetenschap*), Kluwer, Deventer, 2003 (10<sup>e</sup> druk), en de dissertatie van J.M. Barenrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Kluwer, Deventer, 1992. Stolker wijst wel meer expliciet naar Popper in zijn *NJB*-bijdrage, p. 1411.

van de wetenschappelijke positie van de rechtswetenschap – zou in belangrijke mate versterkt kunnen worden. Meer recentelijk heeft de Rotterdamse (emeritus) hoogleraar Mok in *RMThemis* aandacht gevraagd voor ‘de teloorgang van het burgerlijk recht als wetenschap’.<sup>32</sup> Interessant is dat hij kennelijk een verband ziet tussen de rechtswetenschap en het academisch juridische onderwijs. In deze inleiding wordt om te beginnen aansluiting gezocht bij zijn analyse.

Mok zoekt in zijn artikel oorzaken voor een achteruitgang in het academische niveau van de rechtswetenschap en met name de juridische opleiding. Ik tel er minstens vier. In de eerste plaats een algemene veronachtzaming van hetgeen geweest is; de ontwikkeling der juridische systematiek en de ontwikkelingsgeschiedenis der onderscheidene rechtsbegrippen met niet in de laatste plaats de afschaffing van het Latijn als voorkennisvereiste en de bestudering van het Romeinse recht. In de tweede plaats de naoorlogse behoefte aan een grote schare juristen ten behoeve van een groeiend overheidsapparaat. In de derde plaats de studentenrevoltes van eind jaren 60 met een vermeende anti-elitaire doelstelling maar waarvan het resultaat alleen maar (ten vierde) tot een zorgwekkende daling van het niveau van het onderwijs in het geheel heeft geleid. Alleen al wat betreft de examinering moet inderdaad gezegd worden dat het afleggen van enkele mondelinge tentamens waarin de gehele examenstof aan de orde komt natuurlijk een geheel ander niveau van de student vereist dan het huidige ‘pakketwerk’. Systematisch en integraal denken van de student wordt in het geheel niet getoetst.

Het is misschien wel erger dan Mok denkt en het wordt inderdaad, zoals hij kennelijk doet, tijd om de alarmbel te luiden. Dat doen de faculteiten niet graag. Niemand vindt het leuk om als eerste te zeggen dat er iets mis is met het niveau van de opleiding. Niemand durft toe te geven dat men al jaren bezig is om het niveau aan te passen aan het dalende niveau van de studenten. De daling van dit niveau valt overigens op zich niet de individuele student te verwijten; die is slachtoffer. Af en toe kom je een student tegen die de waarheid onder ogen ziet. Meestal komt het met zulke studenten heus wel goed, dankzij hun leergierigheid en vastberadenheid. De menselijke geest is tegen veel bestand.

Maar zijn de door Mok genoemde punten nu werkelijk oorzaken? Zeker, op zichzelf zijn het oorzaken die zekere gevolgen met zich brengen. Maar ik denk dat het veeleer ook symptomen zijn. In dit

<sup>32</sup> L. Mok, ‘De teloorgang van het burgerlijk recht als wetenschap; oorzaak en gevolg’, *RMThemis* 2004-6, p. 291.



artikel wil ik aandacht vragen voor een naar mijn oordeel dieper liggende oorzaak van de malaise. Het eerste dat ik moet opmerken is dat het onderscheid dat door Mok gemaakt wordt tussen beleidsmakers (de boosdoeners) enerzijds en wetenschappers anderzijds niet klopt, hoewel ik het wel begrijp. In die ideaaltypische vergelijking is ‘de beleidsmaker’ dan de technocraat, de instrumentalist de man van output en rendementen. ‘De wetenschapper’ is daarentegen hij die de vrije gedachte beschermt, de man van creativiteit en ontdekking, die gedreven wordt door de vraag naar het waarom. De wetenschapper van tegenwoordig is echter misleidend en heeft zich laten misleiden. Vele wetenschappers zijn beleidsmakers geworden. Hoe dat kan? Door een verkeerde, instrumentalistische wetenschapsopvatting. Mok ziet dat haast in als hij vertwijfeld, bijna wanhopig, uitroept:

‘Waarom gedragen hoogleraren zich met ‘veel enthousiasme’ als makke schapen? Waarom weigeren zij hun medewerking niet aan een probleem waarmee hogerhand de juridische faculteiten opzadelt? Waar is hun wetenschappelijke zelfstandigheid gebleven? Waar is de academische vrijheid?’ *RMThemis* 2004, p. 296.

en,

‘De beleidsmakers hebben echter bedacht dat deze persoonlijke scheppingsdrang leidt tot versnippering. De juridische faculteiten gaan een ‘onderzoeksbeleid’ voeren. Zij verlangen samenwerking tussen de leden van hun staf om een onderlinge samenhang tussen hun publicaties te verkrijgen. ... De *research-master* perst haar wetenschappelijke staf in het van hogerhand opgelegde keurslijf.’ *RMThemis* 2004, p. 296.

Mok houdt ‘de beleidsmakers’ verantwoordelijk voor het nieuwe onderzoeksbeleid. Maar hij ziet niet in dat ‘de beleidsmakers’ onder ons verkeren. De tendens naar ‘beleid’ in plaats van ‘wetenschap’ zoals Mok zich dat tenminste voor lijkt te stellen heeft volgens mij namelijk alles te maken met een onjuist wetenschapsbeeld; het vloeit voort uit het heersende positivistische denkklimaat.<sup>33</sup> Juist het positivis-

<sup>33</sup> Hartendorp en Wagenaar hebben hier onlangs ook aandacht voor gevraagd. Zie R.C. Hartendorp en H. Wagenaar, ‘De praktische rechter. De opmerkelijke relevantie van Paul Scholten voor een eigentijdse rechtsvindingstheorie’, *R&R* 2004/1, p. 60 e.v. Het belangwekkende artikel behoeft zeker de aandacht, al lijkt het er op dat de

me, meestal gepaard gaand met een mechanistisch wereldbeeld, zet de deur open naar een instrumentalistische en technocratische wetenschapsopvatting. Niet in de laatste plaats omdat het positivisme doorgaans gepaard gaat met een (absoluut) voluntarisme, een waarheids- en werkelijkheidsopvatting die afhankelijk gesteld wordt van de menselijke wil.

Het is zeker niet zo dat elke wetenschapper die op de een of andere manier (wellicht onbewust) positivistische ideeën heeft automatisch instrumentalist wordt of technocraat. Ook met een verkeerde epistemologie kan men (zij het per ongeluk) een uitstekende wetenschapper zijn. Maar een positivistische epistemologie maakt wel een denken in termen van onderzoeksscholen en rendementen, cijfers, output, etc. mogelijk. Met zijn afkeer van het creatieve moment in de wetenschap enerzijds en de pretentieuze opvatting van wetenschap anderzijds wordt een beleidsopvatting mogelijk die de huidige ontwikkeling ondersteunt. In verkeerde handen is er sprake van een gevaarlijk wapen. Het kan zijn dat Mok, hoewel hij het verder niet uitwerkt, dit wel aanvoelt. Hij verwijst met instemming naar Franken die doorgaat voor iemand die tegen 'het positivisme' is. Ik ben er echter niet zo zeker van dat de epistemologie waar Franken een aanhanger van lijkt te zijn een adequaat antwoord biedt op het positivisme. Sterker nog, ik meen dat de stroming waarin Franken zichzelf plaatst - een hermeneutische stroming à la Gadamer, door sommigen ten onrechte aangeduid als 'dé hermeneutiek' - op zichzelf een zekere vorm van positivisme inhoudt.

De westerse wetenschapsgeschiedenis is in grote lijnen in twee hoofdstromen in te delen. Aan de ene kant is er een meer continentale stroming die zich laat aanduiden met termen als 'dialectisch' en 'hermeneutisch'. Bekende namen zijn in dat verband onder andere Gadamer en Habermas. Aan de andere kant is er een meer Angelsaksische stroming die omschreven kan worden als empirisch (of liever: empiricistisch). Bekende namen zijn in dat verband Bacon, Mach en Russell maar ook het utilitarisme en het pragmatisme kunnen onder deze stroming gerekend worden.

Als mensen die in één van beide stromingen geplaatst kunnen worden met elkaar in gesprek gaan (of een poging daartoe ondernemen) levert dat doorgaans een *culture clash* op, gepaard gaande met het nodige vuurwerk. Dat is precies hetgeen er afgelopen zomer in de wetenschapsaflevering van het *NJB* gebeurde, toen verschillende

oplossingsrichting die zij voorstaan een andere is dan ik zou willen bepleiten. Het voert echter te ver om daarop thans in te gaan.

auteurs met elkaar in debat gingen. Op de keper beschouwd kan Franken geplaatst worden in de continentale traditie en De Geest in de Angelsaksische traditie. De positie van Barendrecht e.a. is niet helemaal helder maar het lijkt er alleszins op dat ze neigen naar het Angelsaksische model. Wat gebeurt er in zo'n discussie? Hoofdzaak lijkt te zijn dat 'de angelsaksen' het verwijt van 'positivisme' krijgen en op hun beurt krijgen de 'continentalen' het verwijt dat zij harde wetenschappelijke feiten vermengen met 'mening' – zij zouden 'onwetenschappelijk' zijn.

Het bestuderen van Popper kan er de ogen voor openen dat beide kampen heel wat meer gemeen hebben dan de verschillende aanhangers denken. Opgemerkt moet worden dat de wederzijdse kritiek op zich hout snijdt. De 'angelsaksen' denken inderdaad positivistisch (in de klassieke 'August Comte'-betekenis) en de 'continentalen' kunnen met hun intersubjectieve waarheidsopvatting (inderdaad) aangeduid worden als relativistisch en zelfs irrationalistisch.

De irritatie die aan beide kanten bestaat zou echter in een ander licht komen te staan als men inzag dat bijvoorbeeld Franken heel wat positivistischer is dan hij zelf lijkt te denken (zie nog onder in par. 2) en dat 'de positivisten' heel wat relativistischer zijn (en ook irrationalistischer) dan zij zelf zouden willen. Beide stromingen hebben een essentialistisch (de term is van Popper) karakter en staan in een traditie die terug te voeren is op Aristoteles en daarvoor Plato.

Het zou in dit artikel te ver voeren om al te zeer deze stellingname uit te werken. Dat wordt al te vakfilosofisch en ik hoop daar elders op terug te komen. Wat ik hier wil doen is (par. 3) laten zien, aan de hand van een aantal juridische voorbeelden, wat voor consequenties een niet-positivistische visie op het recht kan hebben. Daarmee wil ik aantonen in hoeverre een al of niet positivistisch standpunt kan doordringen in het dagelijkse juridische denken; men kan dan voor zichzelf oordelen waar men staat. Aansluitend (par. 4) wil ik een aantal opmerkingen maken over de roep om meer 'methode' in de rechtswetenschap. Vervolgens (par. 5) kom ik met een *programme d'action* waarin ik meer conclusiegewijs een aantal stellingen neerzet die naar ik meen in het actuele debat gebruikt kunnen worden; ter toetsing of ter weerlegging. Maar eerst (par. 2) een korte introductie tot het werk van Karl Popper, want die staat in het middelpunt van het strijdgewoel.

### 3.2 Over het werk van K.R. Popper

Onbekend maakt onbemind;  
geheel ten onrechte, zoals zo vaak.

Het werk van Popper kan een bijzonder licht werpen op het huidige wetenschappelijke debat. Het verschaft namelijk een krachtig begrippenkader tegen de heersende positivistische wetenschapsopvatting. Anders dan velen denken blijkt Popper niet alleen allesbehalve positivist te zijn; Popper heeft zich bovendien beslist niet alleen met de 'natuurwetenschappen' bezig gehouden. Weliswaar ziet zijn eerste (gepubliceerde) hoofdwerk *Logik der Forschung* (1934)<sup>34</sup>, (Engelse uitgave: *The Logic of Scientific Discovery*, 1959) met name (maar zeker niet alleen) op de methode van de natuurwetenschappen; zijn tweede hoofdwerk *The Open Society and its Enemies* (1945) is een werk dat geen enkele sociale wetenschapper ongelezen zou mogen laten. Dat boek is een absolute *must* voor (in willekeurige volgorde) sociologen, psychologen politicologen, ethici, historici, juristen, theologen en economen. Verder loopt de vraag naar de aard van de sociale wetenschappen en de verhouding daarvan met de natuurwetenschappen als een rode draad door zijn gehele overige werk. Het boek *Conjectures and Refutations* (1963/gedeeltelijke Nederlandse vertaling 1978) neemt in dat opzicht een belangrijke plaats in.

Het werk van Popper is voor een groot deel pas na zijn emeritaat (in 1969) geschreven of voor het eerst gepubliceerd.<sup>35</sup> Popper vond het van extreem belang om helder, doelmatig en begrijpelijk te schrijven. Tot op het laatst van zijn leven (in 1994 is hij overleden, op de leeftijd van 92 jaar) heeft hij gewerkt en gepubliceerd voor wat hij beschouwde als zijn bijdrage aan een betere wereld. Zijn passie voor waarheid, vrijheid, verantwoordelijkheid en vrede brengt een ongekende verlichting in een wereld waar nihilisme en het hedonisme (die twee zijn in wezen emanaties van dezelfde geest) zo vanzelfsprekend zijn dat zelfs weinigen nog inzien wat deze woorden betekenen. Juist

<sup>34</sup> N.B. Vrijwel al het werk van Popper wordt uitgegeven in een Engelse vertaling door Routledge, Londen. De meeste van zijn werken zijn vele malen herdrukt (en herzien). Hier is zonder nadere aankondiging de meest recente druk gebruikt. Het jaar van eerste uitgave wordt de eerste maal achter de titel van een boek vermeld. Zoveel mogelijk wordt verwezen naar paragrafen of hoofdstukken in plaats van naar paginanummers.

<sup>35</sup> Om een voorbeeld te geven: *Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie* is geschreven in de periode 1930-1932 en gepubliceerd in 1979. K.R. Popper, *Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1979.

ook zijn meer recente werken zoals *In search of a better world* (1984/Engelse uitgave 1994), *All life is problem solving* (1994/Engelse uitgave 1999) en *The myth of the framework* (gepubliceerd na zijn overlijden, in 1994) met ieder een verzameling opstellen zijn van buitengewoon belang voor een inzicht in de (politieke) problemen van de huidige tijd. Zijn afkeer van enige speculatie over het verloop van de toekomstige geschiedenis (het kan dus makkelijk slecht aflopen) maar tegelijkertijd zijn optimisme (tegen het nihilisme) hebben mij een sterk gevoel gegeven dat er iets mis is met de grondslagen van het wetenschappelijke denken. Als er wetenschappelijke vooruitgang is dan is dat eerder ondanks, dan dankzij het vigerende wetenschapsbeeld. Wetenschap is echter geen vrijblijvende bezigheid. De wetenschap heeft een maatschappelijke taak en een maatschappelijke verantwoordelijkheid.

Het vereist wel enige inspanning om zich het denken van Popper eigen te maken. Niet omdat het moeilijk is. Maar vooral omdat men een aantal ingesleten gewoonten en eigenschappen moet overwinnen voordat men precies kan begrijpen wat Popper wil zeggen. Het gaat niet alleen om een positivistische (in wezen essentialistische) traditie die terug te voeren is op Aristoteles en daarvoor Plato, het gaat ook om een aantal intuïtieve, vaak onbewuste, vooronderstellingen die het begrijpen van Popper in de weg staan. Popper heeft dat zelf ook gezien. In zijn *Realism and the Aim of Science* (1983) beschrijft hij dat hij beseft dat zijn ideeën meer revolutionair zijn dan hijzelf aanvankelijk dacht en daarom moeilijker te vatten (H. 1, par. 1 en 2). Hij beschrijft een voorval waarbij hij eens op een bijeenkomst van de Aristotelian Society (in 1935) uitlegde waarom hij niet in inductie geloofde en bovendien niet in ‘zekere kennis’, een hartelijk applaus kreeg, niet omdat men het ermee eens was maar omdat men het zo’n goede grap vond.

Een goede introductie tot zijn denken kan men vinden in zijn wetenschappelijke autobiografie *Unended Quest* (1974). Het is van belang om te beginnen met zijn eigen werk en niet met secundaire literatuur. Die is per definitie onbetrouwbaar, maar in dit geval wel heel erg. Het zal Mok trouwens interesseren dat Popper – anders dan Mok – wél voortijdig de middelbare school verlaten heeft; een dropout. Het schoolsysteem kon hem niet erg boeien. Pas enkele jaren later heeft hij staatsexamen gedaan om toelating te verkrijgen tot de universiteit.

Van het grootste belang in het werk van Popper is zijn verwerping van het relativisme en in samenhang daarmee de nadruk op objectie-

ve wetenschap. Popper schrijft in zijn naschrift bij de *Open Society* in de uitgave van 1968:

‘The main philosophical malady of our time is an intellectual and moral relativism, the latter being at least in part based upon the former. By relativism – or, if you like, scepticism – I mean here, briefly, the theory that the choice between competing theories is arbitrary; since either, there is no such thing as objective truth; or, if there is, no such thing as a theory which is true or at any rate (though perhaps not true) nearer to the truth than another theory; or, if there are two or more theories, no ways or means of deciding whether one of them is better than another.’ *The Open Society and Its Enemies*, vol. II, Postscript.<sup>36</sup>

De ‘*Open Society*’ is het werk waarin hij fundamenteel het relativisme bestrijdt. (Popper noemt het boek zijn bijdrage aan de oorlog\*<sup>37</sup>). Met het positivisme had Popper overigens in zijn hoofdwerk *Logik der Forschung* eerder al afgerekend. Maar als één ding duidelijk wordt bij het lezen van de *Open Society* is het dat het positivisme en het relativisme weliswaar in verschillende vormen zich aandienen in de wetenschappelijke geschiedenis, maar dat beide richtingen uit dezelfde doos komen. Het geval wil dat het positivisme zich meer voordoet bij de natuurwetenschappelijk georiënteerde schrijvers (als positivisten proberen de ‘natuurwetenschappelijke methode’ te kopiëren naar de sociale wetenschappen heet dat naturalisme) en het relativisme zich meer voordoet bij schrijvers die meer het standpunt vertegenwoordigen dat de sociale wetenschappen in onderscheid van de natuurwetenschappen een eigen methode hebben (*verstehen* is daar een veel gehoorde term). Waar Popper nu nadrukkelijk in zijn hele werk aandacht voor vraagt is, ten eerste, dat beide groepen een fun-

<sup>36</sup> Vergelijk ook het volgende citaat: ‘This theory of morality may be characterized as historicist because it holds that all moral categories are dependent on the historical situation; it is usually described as historical relativism in the field of ethics. From this point of view, it is an incomplete question to ask: Is it right to act in this way? The complete question would run like this: Is it right, in the sense of fifteenth century feudal morality, to act in this way? Or perhaps: Is it right, in the sense of nineteenth-century proletarian morality, to act in this way?’ Uit: *Open Society*, H. 22. Het moet met nadruk vermeld worden dat een belangrijk deel van het werk van Popper gericht is tegen ‘historicisme’ en met name (ook) de opvatting zoals hier in dit citaat beschreven. Zie ook zijn *The Poverty of Historicism* (1945).

<sup>37</sup> Het boek vormt voor een belangrijk deel een aanklacht tegen het totalitaire denken in de westerse ideeëngeschiedenis.

damenteel verkeerd beeld hebben over de aard van de natuurwetenschappen, ten tweede, dat de laatste groep bovendien fundamenteel dwaalt over de aard van de sociale wetenschappen (de eerste groep natuurlijk ook, maar op een andere manier). Een uitermate verwarrende toestand.

Franken en De Geest kunnen elkaar de hand geven. Omdat zij ieder een standpunt innemen met daarin op het oog verschillende elementen, menen zij ieder een eigen juist standpunt in te kunnen nemen. Maar op een aantal cruciale punten komen zij bij elkaar. Beiden nemen een monistisch standpunt in als het gaat om feiten en normen (dat wil zeggen dat zij menen dat uit een feitelijke toestand een behoren afgeleid kan worden). Beiden komen wat dat betreft uit op een moreel positivisme.<sup>38</sup> En waar de relativisten de legitimering van de macht menen te zoeken in ‘intersubjectief aanvaardbaar’ betekent dat uiteindelijk niets anders dan de macht van de meerderheid. Bij Franken komt de aap wat dat betreft uit de mouw als hij schrijft:

‘De analyse van de situatie vindt plaats met behulp van hypothesen, waarbij wordt gepreludeerd op de *aanvaarding van de uitspraak in de samenleving*. Dit is een *inductieve of generaliserende* benadering, waarbij wordt gezocht naar de oplossing in het veld zelf – daar ligt de *waarderingsmaatstaf* voor het handelen van de burgers (partijen)’ (mijn cursief). *NJB* 2004, p. 1408.

Wat vaak niet wordt ingezien is dat er een onlosmakelijke band bestaat tussen het (rechts)positivisme en het (cultuur)relativisme. Het (rechts)positivisme met zijn essentialistische vereenzelviging van ‘het Recht’ (recht zoals het behoort) met het temporele, naar tijd en plaats toevallige, positieve recht (recht zoals het is) is immers zo relativistisch als maar kan. Want inwisselbaar, niet fout of goed, slechts afhankelijk van menselijke keuze - waarbij niet erkend wordt dat de mens verkeerde keuzes kan maken. (Rechts)positivisme heeft slechts een schijn van objectiviteit. Wellicht dat het door die schijn wel zo populair is. Een ander

<sup>38</sup> ‘In other words, the philosophy here described (Popper heeft het over *the philosophy of the identity of facts and standards*) - the attempt to, ‘transcend’ the dualism of facts and standards and to erect a monistic system, a world of facts only leads to *the identification of standards either with established might or with future might*: it leads to a moral positivism, or to a moral historicism, as described and discussed in chapter 22 of this book.’ (d.w.z. hst. 22 van de *Open Society*). Zie ook zijn instructieve artikel ‘Against Big Words’, hst. 6 uit zijn *In Search of a Better World*.

fenomeen waar men op bedacht moet zijn is dat er rechtswetenschappers zijn die weliswaar geen rechtspositivistisch standpunt menen in te nemen, op andere wijze wel degelijk een ‘gewoon’ positivistisch standpunt betrekken. Hoewel wat mij betreft buiten kijf staat dat een integrale benadering van juridische problemen noodzakelijk is – dus met inbegrip van noties uit bijvoorbeeld de economische of de sociologische wetenschap – kan het voorkomen dat mensen daarin te ver gaan en ‘het recht’ proberen te reduceren tot ‘de economie’ – zoals De Geest maar ook Barendrecht lijken te doen, of de sociologie – zoals Franken e.a. dat op hun beurt lijken te doen.<sup>39</sup>

\*Het zogenaamde ‘cultuurrecht’ zoals dat door Franken e.a. voorgestaan wordt heeft een oplossing gezocht voor de veronderstelde controverse tussen natuurrecht en rechtspositivisme door als het ware een middenweg tussen beide ‘uitersten’ te zoeken. Deze poging kan niet slagen, alleen al niet omdat men in het cultuurrecht onkritisch uitging van het gegeven van deze ‘controverse’. De oplossing die men binnen het cultuurrecht heeft aangedragen is niet anders dan een vorm van conservatisme waarbinnen de waan van de dag getracht wordt te bezweren met een beroep op het verleden (een *lange-termijn* democratie of iets dergelijks). Daarmee is het cultuurrecht niets anders dan een vorm van *lange-termijn positivisme* en bijt daarmee in haar eigen staart.

Voor alle duidelijkheid wijs ik erop dat het kritisch rationalisme niet *onhistorisch* is, integendeel, er wordt juist nadrukkelijk een ‘historische methode’ voorgestaan (zie hst. 3, par. 5 nr. 2). De historie wordt echter niet erkend als autoriteit (binnen het kritisch rationalisme wordt het autoriteitsargument verworpen), historische argumenten moeten op hun merites beoordeeld worden. Omgekeerd is het kritisch rationalisme ook niet revolutionair, ook interventies moeten

<sup>39</sup> Het volgende citaat is wat dat betreft veelzeggend: ‘De rechtsnormen bestaan in deze visie niet uit metafysische ideeën, noch uit objectief vaststelbare regels, maar uit voorschriften van gedrag, prescriptieve uitspraken, die zijn af te leiden uit de feitelijke standen van zaken in de werkelijkheid, omdat je kunt zien, dat zij worden nageleefd.’ p. 45, *Encyclopedie van de rechtswetenschap*. Het is vervolgens begrijpelijk, maar te betreuren, dat normen door schrijvers als ‘bindende verwachting’ gepresenteerd worden (par. 7.2) en dat er vervolgens ruime aandacht is voor het recht als ‘sociale orde’ (par. 11 t/m 14). Het verbaast de lezer ook niet meer dat er gekozen wordt voor een ‘functionele rechtsleer’ (p. 45), welke Van Dunné ruim 30 jaar geleden al als een positivistische richting had weggezet. Zie voor zijn kritiek, Van Dunné, ‘Verslindt de revolutie weer haar eigen kinderen?’ in: *De dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, deel 1a, 1984, m.n. p. 16, eerder gepubliceerd in het *NJB*, 1971, p. 813 e.v.



op hun merites beoordeeld worden (vandaar het zgn. *piecemeal* social engineering).

Met een oud begrippenkader kan het conservatisme aangeduid worden als *contra*-revolutionair terwijl het kritisch rationalisme met recht aangeduid kan worden als *anti*-revolutionair. Dit betekent niet dat in het praktische handelen het conservatisme en het kritisch rationalisme geen enkele overeenkomst zullen vertonen. Het uitgangspunt is echter wezenlijk verschillend en dat zal in de handelingspraktijk ook zeker zijn consequenties hebben (het kritisch rationalisme is immers bijvoorbeeld voorstander van rationeel verantwoord *interventionisme*, hetgeen een niet onbelangrijk verschil uitmaakt).\*

### *3.3 Recht als autonoom object van wetenschap*

Something can come from nothing.

Het is misschien niet zo dat alle positivisten reductionist zijn.<sup>40</sup> Maar het is zeer waarschijnlijk wel zo dat de meeste reductionisten positivist zijn. Dat brengt met zich dat in het geval iemand een reductionistisch standpunt inneemt het sein op oranje moet gaan staan. Zeker als iemand onberedeneerd een reductionistisch standpunt inneemt. Veel mensen hebben onberedeneerd allerlei epistemologische vooronderstellingen. Het is wat dat betreft een klassieke taak van de filosofie om vooronderstellingen te rationaliseren en mensen bewust te maken van hun eigen denkkader. Helaas lukt dat niet altijd.

Barendrecht e.a. zijn behoorlijk vaag, té vaag, als zij schrijven onder het kopje ‘Wat is de kracht van de rechtswetenschap?’:

‘Kortom: de rechtswetenschap heeft eigen sterke kanten en accenten, maar er lijkt geen behoefte meer om haar strikt van andere wetenschappen (die elk ook weer hun eigen accenten hebben) te onderscheiden.’ *NJB* 2004, p. 1421.

Nu zal Popper de eerste zijn om te ontkennen dat wetenschappen (zoals economie en biologie en sociologie) als het ware solitair bestudeerd zouden kunnen worden. Wetenschappelijk onderzoek is altijd casuïstisch, probleemgericht, en daar past altijd een integrale bena-

<sup>40</sup> Hans Kelsen bijvoorbeeld lijkt met zijn *Reine Rechtslehre* niet een reductionistisch standpunt in te nemen. *Rechtswetenschap en Gerechtigheid*, Jongbloed, Den Haag, 1954

dering bij. Maar zoals Barendrecht c.s. het formuleren vrees ik dat zij per saldo niets anders voorstaan dan een reductionistische visie op het recht.

Popper heeft zich uitvoerig bezig gehouden met het vraagstuk van het reductionisme. Voor een uitvoerige bespreking van het onderwerp leze men zijn prachtige boek *The Self and Its Brain* (1977) geschreven met J.C. Eccles. Popper laat zien dat reductionisme een sterke verwantschap heeft met het materialisme, met zijn mechanistische mens en wereldbeschouwing. Ook wijst hij op een verwantschap met het determinisme. Zie daarvoor vooral *The Open Universe, an Argument for Indeterminism* (1982) met daarin in de *addenda* met name aandacht voor het reductionisme. Ik kan hier niet ingaan op de uitvoerige argumentatie die Popper ontvouwd heeft rondom dat onderwerp maar ik wil wel wijzen op het volgende.

Van buitengewoon belang hierbij is namelijk zijn idee van het bestaan van 'drie werelden' (het zouden er ook meer kunnen zijn), door hem aangeduid als pluralistische opvatting. Een eerste wereld bestaand uit (fysieke) objecten, een tweede wereld bestaand uit subjectieve ervaringen en een derde wereld bestaand uit de producten van de menselijke geest: uitvindingen, instituties, kunstuitingen en dergelijke en, in engere (wetenschappelijke) zin, problemen, theorieën en (kritische) argumenten. Hoewel de derde wereld product is van de mens is hij tegelijkertijd bovenmenselijk (*superhuman*). Zij is objectief aanwezig (reëel) en (tenminste semi-)autonoom. Onze geestekinderen (producten van de menselijke geest), eenmaal geproduceerd, onttrekken zich als het ware aan onze macht, worden onafhankelijk en gaan dingen doen die wij nooit gedacht hadden. Zo ontstaan er nieuwe problemen, uitdagingen en oplossingen, als wij tenminste kritisch genoeg zijn ten opzichte van deze derde wereld. Popper bestrijdt dus de gedachte dat de derde wereld te reduceren zou zijn tot de tweede wereld: een subjectivistisch scenario.<sup>41</sup>

Een van de voorbeelden die Popper gebruikt, om te illustreren wat hij bedoelt, is het vraagstuk van de priemgetallen in de wiskunde. Hoewel het tellen aanvankelijk *man-made* geacht kan worden te zijn;

<sup>41</sup> Voor argumentatie, historische achtergronden, onderlinge verhouding tussen de verschillende 'werelden', e.d. zie onder andere het 3<sup>e</sup> hst. ('Epistemology Without a Knowing Subject') en het 4<sup>e</sup> hst. ('On the Theory of the Objective Mind') uit Popper, *Objective Knowledge, an Evolutionary Approach*, Clarendon Press, Oxford, 1979, en de laatste drie paragrafen uit *Unended Quest*, voor een beknopt overzicht. Zie, meer uitvoerig, het toegankelijke boekje *Knowledge and the Body-Mind Problem, in Defence of Interactionism* (1994). Overigens komt men dit onderwerp verder door het hele werk van Popper tegen.

pas na het maken van de ons bekende telreeks 1,2,3.. en zo verder, heeft men ontdekt dat er priemgetallen zijn. Deze priemgetallen riepen vraagstukken op die zonder enige intentie van de mens autonoom bestaan. Het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag of er een laatste priemgetal is of om de vraag hoe het komt dat priemgetallen in tweetallen voorkomen (en of ze dat tot in het oneindige zo doen). Deze problemen zijn niet door de mens bedacht, maar ze zijn ontdekt. Het zijn echte problemen die maken dat de wiskunde bovenwillekeurig (geworden) is (in ieder geval semi-autonoom).

Om te laten zien dat het recht ook deel uit maakt van deze derde wereld (hoe je het noemt doet er niet toe), of althans dat het recht een (semi-)autonoom karakter zou kunnen hebben, geef ik drie voorbeelden die vergelijkbaar zijn met het wiskundige voorbeeld van Popper.<sup>42</sup> In de eerste plaats wijs ik op het probleem van botsende grondrechten. Men zou kunnen verdedigen dat grondrechten door de mens gemaakt zijn en als zodanig een willekeurige oorsprong hebben. Maar nu deze grondrechten (overigens ontstaan met een lange geschiedenis) eenmaal bestaan hebben wij moeten ontdekken dat deze kunnen botsen. Dat betreft een echt probleem (in Poppers derde wereld) en het behoeft een echte oplossing (het is niet zeker dat wij een oplossing zullen vinden). Dat probleem is in ieder geval op zichzelf een bovenwillekeurig probleem. Het betreft een autonome rechtsvraag.

Een ander voorbeeld betreft het beginsel van de vormvrije totstandkoming van een contract. Als de hypothese juist is dat het beginsel van vrijheid van contractsluiting bovenwillekeurig is (geworden) dan kan men daar als wetgever waarschijnlijk niet zomaar vanaf wijken. Men kan het natuurlijk wel proberen (als wetgever) maar het zal dan in de praktijk problemen opleveren. Dat is precies wat er gebeurd is met het wetje dat de koop van een huis door een particu-

<sup>42</sup> Zie Paul Scholtens 'De structuur der rechtswetenschap', die in zijn betoog een duidelijke realistische stellingname betreft. Interessant is zijn vergelijking met de taalwetenschap. Typisch popperiaans (al had Scholten daar waarschijnlijk geen weet van) is de volgende opmerking: 'De regel mag product van zijn geest zijn, zodra hij gelding heeft bekomen heeft hij een geestelijke realiteit ook tegenover hemzelf. Mutatis mutandis is het er mee als met een kunstwerk. Het gedicht bestaat los van de dichter' (*Verzamelde geschriften*, p. 453). Het betoog van Scholten laat volgens mij zien dat recht op zichzelf al een bovenwillekeurig karakter krijgt nadat het gecreëerd is. Aan mijn voorbeeld van de botsende grondrechten kan wellicht ook de redenering toegevoegd worden dat nu deze grondrechten eenmaal ontstaan zijn er geen mogelijkheid meer is om ze weg te denken anders dan door termen van 'onrecht'. Net zoals het niet mogelijk is om een taal die niet voldoet aan de regels die maken dat taal een taal is anders aan te duiden dan 'ontaal'.

lier regelt (zie art. 7:2 Burgerlijk Wetboek). Daar heeft de wetgever bepaald dat pas de schriftelijke overeenkomst als overeenkomst geldt. Binnen de kortste keren moest de minister erkennen dat het in strijd kan zijn met de goede trouw om eerder (mondeling) gemaakte afspraken niet na te komen, met name als het gaat om het verhogen van de koopprijs.<sup>43</sup> De Romeinen zijn natuurlijk niet voor niets afgestapt van de regel dat een contract pas definitief gesloten kon worden in bijzijn van een priester.

Het laatste voorbeeld dat ik in dit verband wil noemen betreft het fenomeen rechtspersonen. In de rechtsgeschiedenis heeft men kennelijk op enig moment behoefte gekregen aan de figuur van de rechtspersoon en is deze op enig moment in het leven geroepen (dat was op zichzelf een willekeurige stap). Nadat ze eenmaal ontwikkeld is, ontstaan er vragen van wat (nog net) wel een rechtspersoon is en wat niet. Dat is een bovenwillekeurig probleem en het antwoord daarop kan er niet meer een zijn van zuivere willekeur. Bijzonder interessant is in dit opzicht de behandeling van de figuur van de vennootschap onder firma door Scholten in zijn Asserdeel, *Zakenrecht* (1940, p. 118). De wetgever had bepaald, en in zijn voetspoor de hoge raad, dat de v.o.f. geen rechtspersoon is (de wetgever ging kennelijk uit van een willekeurig rechtsbegrip). Scholten toont echter met kracht van argumenten aan (waaronder rechtspraak) dat de v.o.f. zich onder omstandigheden wel degelijk als een rechtspersoon gedraagt. Reden genoeg voor hem om te betogen dat de v.o.f. toch een rechtspersoon is, ongeacht het standpunt van de wetgever. Een autonoom probleem dus, met een verrassend antwoord van Scholten. (Het zou natuurlijk zo kunnen zijn dat Scholten toch ongelijk had met zijn oplossing dat de v.o.f. een rechtspersoon was. Dat laat echter onverlet dat de vraag of de v.o.f. een rechtspersoon was in ieder geval een echt probleem was).

Wat is het belang hiervan? Deze overwegingen leiden er toe dat er een keus gemaakt kan worden voor een niet-reductionistische, realistische, en met name ook anti-naturalistische rechtsopvatting. Meer praktisch meen ik dat op deze manier allerlei rechtsfenomenen beter begrepen (*verstehen*) kunnen worden. Dat maakt het weer beter mogelijk om aan de (aankomende) praktijkjurist uit te leggen hoe het recht in elkaar zit. Ik bespreek drie voorbeelden van juridische onderwerpen waar een naturalistische benadering van het recht in de

<sup>43</sup> Zie de P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Kluwer, Deventer, 2004 (6e druk), p. 129, voor een overzicht van de wetsgeschiedenis en nadere literatuur.

huidige debatten op kennelijke wijze een rol speelt. Ik meen dat in alle gevallen zo'n naturalistische benadering onjuist is.

Ten eerste wijs ik hier op het begrip schade. Een reductionistische opvatting van het begrip schade leidt tot een feitelijk (naturalistisch) schadebegrip (o.a. Asser/Hartkamp). De niet-reductionist zal er echter makkelijker toe overgaan om een normatief schadebegrip (o.a. Van Dunné) voor te staan. Dat laatste schept een veel beter kader om het fenomeen schade en schadevergoeding in het recht te begrijpen. Ik wijs op de ontwikkelingen op het terrein van immateriële schadevergoeding van de laatste decennia. Met name de hoogte daarvan is een eigenaardig probleem dat veel beter te begrijpen valt als men inziet dat immateriële schadevergoeding, naast compensatie, een punitieve component heeft - samenhangend met functies als preventie maar ook gewoon vergelding. Dán is het goed te begrijpen dat de mate van schuld aan de zijde van de laedens van invloed kan zijn op de hoogte van het smartengeld. Ook de vraag wanneer immateriële schadevergoeding op zijn plaats is kan waarschijnlijk beter beantwoord worden.

Verder wijs ik op de figuur van het privaatrechtelijk bewijs. Een niet-reductionistische visie op het bewijsrecht leidt er ook hier toe dat 'bewijs' opgevat moet worden als een rechtsoordeel. Bewijs is (net als schade) weer niet een feitelijk, naturalistisch, gebeuren dat los van het rechterlijk discours in de rechtszaal, los van de rechtsvinding, plaatsvindt, waarna de uitkomsten van het bewijs in het rechtsoordeel geïntegreerd worden. Neen, het bewijsoordeel komt tot stand door de wisselwerking tussen juridische normen en de voorliggende feiten (waarbij de inbreng van de natuurwetenschappen natuurlijk van groot belang kan zijn). Zelfs het construeren of aannemen van feiten is in dat opzicht al een proces waar het juridisch oordeel en selectie plaatsvindt. Het onderscheid tussen bloot feit en rechtsfeit is ook hier van eminent belang. Ik citeer hier Eggens die in een typisch anti-reductionistisch betoog zich uitspreekt voor een normatief juridische bewijsopvatting:

'Wanneer men het vorenstaande aanvaardt, dan is daarmee bepaald dat bewijs in juridischen zin niet is bewijs in logischen zin, maar ook niet in „conventionelen” of „maatschappelijken” zin, gelijk b.v. Anema in Asser's handboek – blz. 38 – wil, en Scheltema (die ook – blz. 35 – van „historisch” bewijs spreekt), maar dat het een specifiek juridische betekenis heeft, welke alleen bepaald kan worden door doordenking

van het verband waarin en het doel waartoe dit bewijs heeft te geschieden.’ *Preadvies NJV* 1951, p. 15.

Eggen verwijst ter adstructie van zijn stellingen naar de KNAW-mededeling van Dooyeweerd ‘De modale structuur van het juridisch oorzakelijkheidsverband’ (1950). Hier moet opgemerkt worden dat Dooyeweerd met zijn modaliteitenleer wellicht opnieuw bestudeerd moet gaan worden. Deze modaliteitenleer lijkt in ieder geval een sterke anti-reductionistische positie te behelzen.\*<sup>44</sup> Ook dit onderwerp kan hier echter niet aan de orde komen. Het hier genoemde belangwekkende KNAW.-stuk brengt mij echter op het laatste onderwerp dat ik hier wil noemen.

Ten slotte vraag ik hier aandacht voor de problematiek van het juridisch causaal verband. Ik zeg juridisch causaal verband omdat daarmee meteen mijn voorkeur voor een niet-reductionistisch begrip van het juridisch causaal verband uitgedrukt wordt. Analooq aan de hierboven genoemde onderwerpen van het begrip schade en bewijs

<sup>44</sup> Tevens moet gewezen worden op zijn ‘transcendentale kritiek’ welke mogelijk gezien kan worden als een vorm van kritisch rationalisme zoals in dit boek in het tweede hst. beschreven. Vergelijk zijn ‘De transcendentale kritiek van het wijsgerig denken; een bijdrage tot overwinning van het wetenschappelijk exclusivisme der richtingen.’, *Synthese* 1939, p. 314-339. In dit artikel presenteerde Dooyeweerd tegen de opkomst van het nationalistische denken in de wetenschap in de vorm van het historisme zijn wetenschappelijke methode als een mogelijke oplossing voor de richtingenstrijd binnen de filosofie. De oplossing maakt volgens hem een wezenlijke *wetenschappelijke tolerantie* mogelijk; *zonder in de valkuil van het relativisme te vallen* (waar het historisme zich onmiskenbaar in bevindt, vergelijk Poppers *Open Society*, hst 22.):

‘Maar voor een erkenning van de wijsgeerige denkgemeenschap met allen, die inderdaad de intern wetenschappelijk eischen voor het wijsgerig onderzoek erkennen, is het, naar ik meen, inderdaad voldoende, dat men de *noodzakelijkheid van een transcendentale kritiek van het theoretisch wijsgeerig denken aanvaardt*.

Immers, wie deze noodzakelijkheid als grondeisch van een inderdaad *critische* wijsbegeerte erkent, kan althans geen wetenschappelijk monopolie meer opeischen voor een bepaalde wijsgeerige richting.

Deze *wetenschappelijke tolerantie* is dus juist het resultaat van het inzicht, dat de richtingsverscheidenheid in de wijsbegeerte aan diepere dan bloot-theoretische oorzaken haar oorsprong dankt. ... Niet de door allen gezochte *Waarheid* is relatief, maar die *Waarheid* blijkt van *meer dan puur-theoretisch* karakter en als zoodanig niet zonder een *boven-theoretische positie* te benaderen, waarin voor een wezenlijk relativisme, ook voor het historische geen plaats is. Het “historisme” is, onbedoeld, in zijn *uitgangspunt absoluut!* (p. 335)

wil dat zeggen dat ook het causaal verband in rechte het karakter van een rechtsoordeel heeft. De verwarring die de laatste jaren ontstaan is rondom de zogenaamde omkeringsregel en de *revival* van het CSQN-verband als zogenaamd minimum vereiste vindt volgens mij zijn oorsprong in de heersende (soms onbewuste) reductionistische opvattingen. Vragen om een natuurwetenschappelijk C.S.Q.N.-verband als minimum vereiste komt voort uit een positivistische misvatting van de aard van natuurwetenschappelijke kennis. Ook in de natuurwetenschappen hebben feiten altijd een hypothetisch karakter.

### *3.4 Recht en methode*

‘It is irrelevant whether you get your results  
– especially good results –  
by dreaming them, or by drinking black coffee,  
or even from a mistaken epistemology.’  
K.R. Popper

Het voorwoord bij Poppers *Realism and the Aim of Science* heeft een titel die te denken geeft, namelijk: ‘On the non-existence of scientific method’. Popper begint zijn voorwoord met de woorden:

‘As a rule, I begin my lectures on Scientific Method by telling my students that scientific method does not exist.’

Wel een rare opmerking voor een wetenschapper die zich zijn hele leven bezig gehouden heeft met de methode der wetenschap. Ook een opmerking die haaks staat op de teneur van het actuele debat zoals dat onder andere in het *NJB* gevoerd werd; meer methode in de rechtswetenschap! Daar is op basis van het werk van Popper wel veel over te zeggen. In het onderstaande zal ik daar trachten een begin mee maken. Maar eerst nog een andere voor het huidige debat relevante opmerking van Popper in hetzelfde voorwoord:

‘I dislike the attempt, made in fields outside the physical sciences, to ape the physical sciences by practising their alleged ‘methods’ - measurement and ‘induction from observation’. The doctrine that there is as much science in a subject as there is mathematics in it, or as much as there is measurement or ‘precision’ in it, rests upon a complete misunderstanding.’

Barendrecht e.a., De Geest en Stolker roepen om meer methodiek in het rechtswetenschappelijk onderzoek. Ik vind dat op zich prima, maar heb zonder nadere verduidelijking van wat zij precies bedoelen grote vraagtekens bij deze oproep. Het komt allemaal, ik moet Franken daarin zonder meer gelijk geven, wel erg positivistisch over, als De Geest het heeft over 'de harde werkelijkheid' en anderen spreken over de 'normale' methoden van sociaal wetenschappelijk onderzoek. Zeker als ik moet aannemen dat men bedoelt te zeggen dat uit empirisch onderzoek als vanzelf 'optimaal recht' (wenselijk recht?) zal voortvloeien.

Voor iedere wetenschap geldt dat het onderzoek moet voldoen aan een aantal objectieve criteria zoals daar zijn zorgvuldig bronnenonderzoek, nauwkeurige bronvermelding en zorgvuldig omgaan met statistieken. Voor zover men van methoden kan spreken is dat vooral voor de praktische wetenschap van eminent belang. Tegelijkertijd is het echter ook vanzelfsprekend dat deze methoden in de wetenschap noodzakelijk zijn. Dat is in het geheel geen issue. Voor het bedenken van mogelijke oplossingen voor echte problemen die wij in dit ondermaanse tegenkomen is er in wezen maar één methode en dat is die der creativiteit; dat geldt voor alle wetenschappen.

Wij moeten niet proberen op krampachtige wijze de rechtswetenschap wetenschappelijker te maken door haar een meer exacte wetenschap te laten lijken. Dat kan niet en levert alleen maar gekunstelde objectiviteit op. Dit mag opgevat worden als een voorspelling die voortvloeit uit de hier ontvouwde theorie; een uitdaging om met de tijd deze voorspelling te falsifiëren aan de hand van het resultaat van het onder de vlag van de (nieuw op te richten) centraal gecoördineerde onderzoeksprogramma's. Net als in het communistische Rusland het geval was kunnen deze planeconomische programma's<sup>45</sup> leiden tot een *fall-out* van de creatieve (rechts)wetenschappelijke gedachte. Wanneer de juridische faculteiten in Nederland denken dat zij door het onderzoek te formaliseren aan de hand van het model van de natuur- en medische wetenschappen, zoals men thans probeert doen, bij de andere 'lagere' wetenschappen en met name de col-

<sup>45</sup> Fesevur schetst wat dat betreft een rampenscenario: 'Bovendien zou het juridisch onderzoek mijns inziens aan relevantie kunnen winnen door meer coherentie en continuïteit. Een en ander zou men kunnen bereiken door een landelijk onderzoeksplan, waarin – per rechtsgebied – aanwijsbare en voorzienbare kwesties geïnventariseerd en waar mogelijk gecombineerd worden, zodat ook clusters met hoofd en deelvragen verschijnen. Hieruit kunnen prioriteiten worden gesteld, en kan een onderzoeksvolgorde worden bepaald.' J.E. Fesevur, 'Onderzoek, doch gij zult strijden', *NTBR* 2004, p.257.



lega's bij het KNAW in een goed blaadje zullen komen zal men bedrogen uitkomen. Binnen een jaar of 5 a 10 zullen de eerste geluiden te horen zijn in de trant van: 'Jullie hebben het nu formeel wel allemaal prachtig georganiseerd maar voor ons gevoel komt er inhoudelijk weinig spannends uit.' Dit is geen profetie. Het is een gewaagde hypothese die op enig moment verworpen (gefalsificeerd) zal kunnen worden of aanvaard. In het laatste geval zijn mijn gedachten niet bewezen, hoogstens *gecorrobeerd* (een popperiaanse term).

Het lijkt van belang om van deze plaats de vraag op te werpen of men in de natuurwetenschappen het denken van Popper wel helemaal goed tot zich heeft laten doordringen. In de natuurwetenschappen is wat Popper betreft in het geheel geen plaats voor positivisme, relativisme en subjectivisme. En juist wel een hele grote plaats voor intuïtie en creativiteit (beide zijn van vitaal belang voor het ontwerpen van theorieën). Popper zal de eerste zijn om te erkennen dat het wereldbeeld van de wetenschapper van grote invloed is op de waarneming van de wetenschapper. Popper zal er echter onmiddellijk achteraan zeggen dat het nu juist de (welhaast primaire) taak is van de wetenschapper om kritisch onderscheid te maken tussen hetgeen hij meent te zien en hetgeen hij daadwerkelijk ziet. Popper zou het er niet mee eens zijn wanneer aan hem een interactionistische (i.e. relativistische en subjectivistische) visie werd toegeschreven. Zie daarvoor onder meer zijn *Quantum Theory and the Schism in Physics* (1982).

### *3.4.1 Falsificatie*

In zijn boek *Recht als model van rechtvaardigheid* heeft Barendrecht een poging gedaan het op zich welbekende falsificatiebeginsel op rechtsregels toe te passen.<sup>46</sup> Rechtsregels zouden opgevat kunnen

<sup>46</sup> J.M. Barendrecht, *Recht als model van Rechtvaardigheid*, Kluwer, Deventer, 1992. \*Het is wat mij betreft niet helemaal goed gegaan met de receptie van het werk van Popper en Albert in Nederland, je hoort er tegenwoordig weinig meer van. In zijn 'Het kritisch rationalisme en (in) de rechtswetenschap' schreef Degenkamp '...doel van de rechtswetenschap is beschrijving, verklaring en voorspelling van gedrag waarvoor rechtsregels als redenen (kunnen) worden aangevoerd.' (p. 260, *Nederlandse Rechtswetenschap*, Zwolle 1988). Ik kan mij daar niet in vinden, hetgeen moge blijken uit de hier uiteengezette gedachten (zie met name het derde artikel, nu hst. 5, par. 3). Degenkamp haalde o.a. met instemming Loth aan (p. 250) die volgens hem een betrouwbare beschrijving gegeven zou hebben van Alberts opvattingen in 'Regelgeleid gedrag; over het object van empirische wetenschap', *R&R* 1983, nr. 3 p. 213 e.v. Ik kan mij daar eveneens weinig in vinden, aangezien Loth in dat artikel bepaald op de taal-analytische toer ging. Iets waar Albert het in het geheel niet mee

worden als theorieën over rechtvaardigheid die (in potentie) onderhevig zouden zijn aan falsificatie door de rechter. Daarvoor moet Barendrecht echter veronderstellen dat de rechter het recht maakt (een voluntaristische/willekeurige rechtsopvatting). Maar is de beslissing van de rechter wel recht? Hier moet opgemerkt worden dat een rechterlijke beslissing een feit is dat in strijd kan zijn met het recht; rechterlijke beslissingen kunnen goed of fout zijn. Wanneer een rechter een (bestaande) rechtsregel aan de kant zet, falsifieert de rechter dus helemaal niets, althans geen rechtsnorm.<sup>47</sup> Het enige dat een rechter-

eens zou kunnen zijn. Ook de (andere) weergave van het werk van Albert in het boek *Meesterlijk Recht* (Boom, 2002) door Loth en Gakeer (zie p. 284-286) spreekt mij niet aan. Alberts werk wordt daar als positivistisch aangeduid en dat doet bepaald geen recht aan de werkelijkheid. Overigens heeft Loth blijkbaar ergens een opmerkelijke *turn* gemaakt nu hij in het genoemde artikel uit 1983 nog in een voetnoot korte metten maakte met het 'hermeneutisch verstehen' (zie p. 225 voetnoot nr. 11) terwijl hij in het boek *Meesterlijk Recht* wel degelijk het 'hermeneutisch paradigma' als leidend beginsel omarmt. In de genoemde bundel *Nederlandse Rechtswetenschap* (1988) schreef hij nog dat hij zich het meest verbonden voelde met de analytische traditie (p. 229).

In mijn *RMThemis*-artikel uit 2005 (waar deze voetnoot aan toegevoegd is) heb ik al laten zien dat het proefschrift van Barendrecht weinig in overeenstemming te brengen is met het denken van Popper, gezien Barendrechts rechtspositivistische positie. Het was bij hem in de eerste plaats de rechter, of soms misschien ook wel de wetgever, die uitmaakte wat recht is. 'Toetsing van wetgeving door de rechter is een vorm van falsificatie. ... Een uiteindelijk niet houdbare interpretatie van de constitutie, moet ook weer kunnen worden gefalsifieerd door de wetgever' (p. 264). Deze benadering van het recht had met de ontwikkeling van een objectieve rechtswetenschap weinig van doen. Bij herlezing blijken het echter, ook bij Barendrecht, uiteindelijk de maatschappelijke opvattingen te zijn die bepalen wat recht is. 'In het algemeen zal de maatschappelijke consensus voorts zijn gericht op het bereiken van de beste oplossingen' (p. 266) en: 'Aan de nu aanvaarde rechtsregels kan zonder enig risico voor het systeem als geheel worden bijgeschaafd en getimmerd, indien de rechter zich houdt aan zijn opdracht om de rechtvaardigheid te verwezenlijken conform de beste kennis die op dat gebied bestaat, *danwel de opvattingen die daarover in de maatschappij leven*' (p. 267). Met dat laatste was de (hermeneutische) cirkel van Barendrecht rond (lees: gesloten) want als het de rechter is die uitmaakt wat recht is, hoe moet dan buiten de rechter om vast gesteld worden wat 'de beste kennis' is die bestaat? Blijft over 'de opvattingen die in de maatschappij leven' en zijn kennelijke concessie aan een Habermasiaanse consensusgedachte? Vaststellen wat er in de maatschappij leeft is op zich al geen sinecure; het geeft geen enkele garantie dat hetgeen men in de maatschappij denkt voor die maatschappij ook daadwerkelijk het beste is.

<sup>47</sup> Zie P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en Privaatrecht*, Gouda Quint, Deventer, 2000, par. 9.4.3 en 11.3 met daar een meer uitvoerige bespreking en een samenvatting van kritiek van diverse schrijvers (Nieuwenhuis, Soeteman en Hesselink). Graag voeg ik aan die discussie toe dat door de rechter als *rechtsvormer* op te laten treden feitelijk door Barendrecht een 'gewoon' (rechts)positivistisch standpunt ingenomen werd.

lijke uitspraak zou kunnen falsifiëren is de verwachting die men in de uitkomst van de rechterlijke beslissing had gesteld (we dachten dat de Hoge Raad A zou doen, maar het is B geworden). Maar dat is heel iets anders dan dat de rechterlijke beslissing een rechtsnorm zou falsifiëren.

Dit was al eerder opgemerkt door Van Eikema Hommes, die bij zijn kritiek op Popper opgemerkt had dat het falsificatiebeginsel niet bruikbaar is bij het zoeken naar rechtsnormen:

‘Hoe kan het beginsel van de ‘falsificeerbaarheid’ hier ooit worden toegepast omdat handelingen die met de normen strijden (geen logische tegenstrijdigheid!) de normen geenszins falsificeren?’ *NJB* 1981, p. 1176.<sup>48</sup>

Maar wat Barendrecht en Van Eikema Hommes beide over het hoofd zagen, is dat Popper daar zelf niet anders over dacht:

‘I shall therefore say nothing more than that values emerge together with problems; that values could not exist without problems; and that neither values nor problems can be derived or otherwise obtained from facts, though they often pertain to facts or are connected with facts’ (mijn cursief). *Unended Quest*, par. 40.

Ik meen dat Barendrecht in zijn proefschrift het beginselkarakter van rechtsnormen miskende. Hij had kennelijk moeite met het abstracte karakter van (rechts)beginselen, door hem treffend aangeduid met ‘vage normen’.<sup>49</sup> Dit terwijl Popper zelf blijkens het volgende ci-

<sup>48</sup> H.J. van Eikema Hommes, ‘Karl R. Poppers wetenschappelijke methode en haar betekenis voor de rechtswetenschap’. Hoewel Hommes op sommige punten forse kritiek levert lijkt het van belang erop te wijzen dat er belangrijke raakvlakken bestaan tussen het denken van Hommes en Popper. Dit is miskend door enkele schrijvers die op het artikel van Hommes in het *NJB* gereageerd hebben maar aangezien de zaak verjaard is zal ik daar nu verder niet op in gaan. \*In ieder geval moet opgemerkt worden dat de betrokken auteurs allen de ethische grondslag van het denken Popper over het hoofd zagen, waardoor de discussie niet helemaal op juiste wijze van de grond kwam. De terminologie van Van Eikema Hommes is bovendien niet eenvoudig, waardoor niet altijd duidelijk is wat hij bedoelt te zeggen. De reactie van Groenhuijsen moet bij nader inzien wat het werk van Popper betreft op zich wel als ter zake kundig beschouwd worden (voor zover dat in die tijd reeds gepubliceerd was). Van Eikema Hommes heeft in zijn naschrift voorgesteld om een symposium aan het onderwerp te wijden maar daar is, voor zover ik kan zien, (helaas) niets van terecht gekomen.

<sup>49</sup> Zie de discussie tussen hem en Van Dunné in het *NJB* 1993, p. 960 e.v.

taat geen enkele moeite had met abstracte normen (let op *kindness* en *justice*):

“The innermost nucleus of world 3, as I see it, is the world of problems, theories, and criticism. Although values do not belong to this nucleus, it is dominated by values: the values of *objective truth, and of its growth*. In a sense we can say that throughout this human intellectual world 3 this value remains the highest value of all, though we must admit other values into our world 3. For with every value proposed arises the problem: is it *true* that this is a value? And, is it *true* that it has its proper standing in the hierarchy of values: is it true that kindness is a higher value than justice, or even comparable with justice?” *Unended Quest*, par. 40.

Het falsificatiecriterium is door Popper overigens geïntroduceerd als *demarcatiecriterium* tussen wetenschappelijke theorieën en niet-wetenschappelijke theorieën. Het komt er in de kern op neer dat theorieën testbaar moeten zijn en omdat verificatie onmogelijk is blijft er niets anders over dan falsificatie. Een direct gevolg van deze stelling is dat theorieën die ‘alles-verklaarbaar’ zijn en/of (mede daarom) onweerlegbaar, zoals ‘de sexuele drift’ van Freud of de ‘survival of the fittest’ van Darwin niet tot het terrein van \*toetsbare\* wetenschappelijke theorievorming gerekend mogen worden.

Met het falsificatiebeginsel neemt het wetenschaptheoretische werk van Popper slechts een aanvang. Het is op zich helemaal geen criterium of een zekere theorie ook een deugdelijke wetenschappelijke theorie is. Ook niet of het een interessante theorie is, of anderszins een theorie die ons ook maar iets vooruit helpt en al helemaal niet of de theorie waar is of niet waar. Maar veelal is men bij het kennismaken van de ideeën van Popper helaas blijven hangen bij het falsificatiecriterium, en dan ook nog een foutieve voorstelling ervan. Een hardnekkige misvatting betreft het idee dat het falsificatiecriterium in Poppers voorstelling een waarheidscriterium zou zijn.<sup>50</sup>

Maar is falsificatie op zich geheel niet bruikbaar in de rechtswetenschap? Ja en nee. Bepaalde aspecten van het onderwerp doodstraf zou men wellicht in zekere mate empirisch kunnen onderzoeken zo-

<sup>50</sup> Een belangrijk aspect van het denken van Popper wordt door hemzelf aangeduid met de term ‘fallibilism’. Het gaat er dan om dat het idee van het bestaan van objectieve waarheid enerzijds noodzakelijk is om vast te houden terwijl er anderzijds geen positief criterium is om te bepalen wat de waarheid is. Alle kennis heeft een hypothetisch karakter.

als bijvoorbeeld de preventieve effecten van de doodstraf (bijzonder moeilijk) maar men blijft altijd met de normatieve vraag zitten of men de doodstraf om andere redenen (vergelding) wenselijk acht. Je zou bijvoorbeeld ook een betrekkelijk eenvoudig onderzoek kunnen doen naar wat de meerderheid van de bevolking wil. Dat zou hier ten lande nog wel eens verbijsterend interessante resultaten kunnen opleveren. Volgens het cultuurrecht (à la Franken), maar ook volgens De Geest en Barendrecht, denk ik, zou de doodstraf bij voldoende animo weer ingevoerd moeten worden. Ik geloof daar niet in omdat ik graag staande houd dat de meerderheid zich kan vergissen.

Een ander voorbeeld levert misschien wat meer mogelijkheden op. Kors (*NJB* 2004, p. 1433) heeft gewezen op het probleem dat in Nederland geen advocaat toegelaten wordt bij het eerste verhoor van een verdachte, terwijl dat in vrijwel alle andere westerse landen wel het geval is. Voorstanders van de praktijk in Nederland zouden, naar ik aanneem, ongeveer de volgende theorie moeten aanhangen: 'Zoals wij het hier in Nederland doen, dat is goed. Het levert geen problemen op en het maakt het strafrechterlijk systeem een stuk efficiënter. Het is zelfs zaak om een en ander nog wat beter te regelen.'<sup>51</sup>

Ik zou daar echter de volgende stelling (theorie) tegenover willen zetten: 'Het niet toelaten van een advocaat bij het verhoor is een kenmerk van het hyper-inquisitoire strafrechtelijke systeem dat hier ten lande geldig is. Het is een residu uit de tijd dat de *rule of law*, nader bepaald de rechten van een verdachte, in het continentale recht nog uitgevonden moesten worden. Wat is het geval? De (hoofd)reden voor het niet toelaten van een advocaat is gelegen in het belang dat men in de Nederlandse rechtscultuur hecht aan de bekentenis van de verdachte. Dat is niet goed, wij weten uit de geschiedenis dat daar problemen van komen. De verleiding om aan mensen bekentnissen te onttrekken is eenvoudigweg te groot. De beginselen zoals neergelegd in de 5th Amendment bij de grondwet van de Verenigde Staten van Amerika getuigen van hogere inzichten in het recht.'<sup>52</sup> Volgens mij wordt de eerstgenoemde theorie gefalsificeerd door het voorkomen van excessen in Nederland zoals de Zaanse verhoormethode en het geval van de Twee van Putten (een topje van de ijsberg?). Dit soort problemen zou in deze vorm niet ontstaan als de

<sup>51</sup> Zoals op kennelijke wijze gebeurd is met de op 1 januari 2005 ingevoerde 'Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering strekkende tot aanpassing van de eisen te stellen aan de motivering van de bewezenverklaring bij een bekende verdachte', *Staatsblad* 2004, 580.

<sup>52</sup> Zie het instructieve boek van L.W. Levy, *Origins of the 5<sup>th</sup> Amendment*, Oxford University Press, New York, 1968.

strafrechter een bekentenis zou negeren als rechtens niet terzake doende.

### 3.4.2 Rechtsvinding?

Tenslotte enkele woorden over het gebruik van de term rechtsvinding. Zowel De Geest en Barendrecht e.a. als Franken lijken het erover eens te zijn dat de term rechtsvinding aan de straat gezet kan worden (zonder opgaaf van redenen). Barendrecht e.a. schrijven:

‘De rechter als rolmodel voor iedere omgang met het recht, ook de wetenschappelijke heeft afgedaan.’ *NJB* 2004, p. 1420.

Het lezen van Popper kan tot een ander inzicht leiden. Popper heeft juist het wetenschappelijke proces in het algemeen vergeleken met de rechterlijke besluitvorming. Hij gebruikt nota bene vrijwel letterlijk de term rechtsvinding. Ik geef hier zonder verder commentaar een citaat dat voor zich spreekt:

‘Anyone who has ever been a juror will understand that truth is something objective, whilst certainty is a matter of subjective judgement. This is the difficult situation that faces the juror. When the jurors reach an agreement – a ‘convention’ – this is called the ‘verdict’. The verdict is far from arbitrary. It is the duty of every juror to try to discover the objective truth to the best of his knowledge, and according to his conscience.

But at the same time, he should be aware of his fallibility, of his uncertainty. And were there is reasonable doubt as to the truth, he should find in favour of the accused. The task is arduous and responsible; and it demonstrates clearly that the transition from the search for truth to the linguistically formulated verdict is a matter of a *decision*, of a *judgement* (cursief Popper). This is also the case in science.’ *In Search of a Better World*, H. 1, par. 1.<sup>53</sup>

Het wordt wellicht tijd om Scholten postuum tot Popperiaan te verklaren (of Popper tot Scholtiaan). Voor een realist (recht is echt), niet zijnde een natuurrechtaanhanger<sup>54</sup> (dat recht is niet a priori ken-

<sup>53</sup> Zie voor een meer uitgebreid vertoog de nrs. 29 en 30 in *The Logic of Scientific Discovery*.

<sup>54</sup> De verhouding ‘natuurrecht’ en ‘rechtspositivisme’ zoals dat in de literatuur steevast tegenover elkaar gezet wordt verdient nadere aandacht maar daar is hier geen plaats voor. \*Zie thans in ieder geval par. 1.3 uit de Inleiding.

baar, er is in het geheel geen waarheidscriterium), is het geen enkel probleem om te spreken over rechtsvinding. Het gaat niet aan om de mede door Paul Scholten zorgvuldig ontwikkelde terminologie zonder ter zake doende kritiek van de hand te wijzen. Het denken van Scholten verdient juist een hernieuwde bestudering. Het alternatief dat Franken zoekt acht ik bezwaarlijk. Hij stelt in wezen voor de term rechtsvinding dan maar te vervangen door rechtsvorming. Ik meen dat hier juist ook weer de relativistische positie van Franken tot uiting komt; een willekeurige rechtsopvatting.

### 3.5 Paul Scholten

In deze (nieuwe) paragraaf wordt nader de aandacht gevraagd voor de positie van Scholten en (sommige van) zijn leerlingen inzake 'het rechtswetenschappelijke vraagstuk'. Het belang hiervan is om nader te adstrueren dat in de juridische rechtswetenschappelijk traditie (in Nederland) stromingen te vinden zijn waar het kritisch rationalisme bij thuishoort. Anders gezegd; het kritisch rationalisme is geen nieuwe uitvinding. De gebruikte *term* is/was nieuw en de uitwerking van een consistent epistemologisch systeem (waar Popper een belangrijke aanzet voor gegeven heeft). Gezien de samenhang met de opvattingen over de rechtswetenschap in het algemeen treft men aansluitend een paragraaf met enkele opmerkingen over het onderwerp 'juridische interpretatie' of 'uitleg'.

In zijn KNAW-mededeling uit 1942 met als titel 'De structuur der rechtswetenschap', maakt Scholten een onderscheid tussen 'rechtswetenschap' en 'rechtstheorie' (p. 443 e.v.).<sup>55</sup> Hij lijkt daarbij onder het eerste begrip slechts de bestudering van het positieve geldende recht op een zekere tijd en plaats *naar zijn inhoud* te verstaan. De 'rechtstheorie' zou dan in de visie van Scholten zien op *de vorm* d.w.z. 'een wetenschap, die het a priori van elk positief recht naar zijn logische zijde aanwijst, die dus niet op abstraheren uit zooveel mogelijk gegevens, maar op analyse van den aard van ons denken over recht uit is' (p. 445, zie ook p. 459).

Wanneer ik de door Scholten gemaakte indeling probeer te begrijpen dan moet ik er in de eerste plaats op wijzen dat de term 'rechtswetenschap' zoals hij deze gebruikt een meer beperkte strekking heeft dan de term zoals ik hem gebruik (zie met name Hoofdstuk 5 voor een nadere uitwerking van de methode der rechtswetenschap

<sup>55</sup> P. Scholten, *Verzamelde Geschriften*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1949 p. 432 e.v.

zoals ik die voorsta). De term ‘rechtswetenschap’ kan wat mij betreft ook gebruikt worden als paraplubegrip voor alle activiteiten die in het kader van rechtswetenschappelijk onderzoek verricht worden. Daar valt de door Scholten gebruikte term ‘rechtswetenschap’ als onderdeel dan ook onder en tevens zijn begrip ‘rechtstheorie’. Het zou zelfs zo kunnen lijken dat het door mij voorgestane begrip van de term ‘rechtswetenschap’ ruimer is dan Scholtens ‘totaalvisie’. Dit omdat het onderscheid ‘systeemkritiek’ en ‘technologie’ (zie hoofdstuk 5) het nog meer mogelijk maakt dat de rechtswetenschap zich, mede met behulp van empirisch onderzoek, kritisch en onafhankelijk tegenover het bestaande ‘positieve recht’ plaatst. De term ‘rechtstheorie’ van Scholten valt dan ook niet samen met mijn begrip ‘systeemkritiek’. (Het gaat mij overigens uiteraard in het geheel niet om de begrippen maar om de zaak zelf, verbalisme moet ook hier vermeden worden).

Niettemin ben ik van mening dat er zodanig veel aanknopingspunten in de rede van Scholten zijn te vinden dat gesteld kan worden dat in ieder geval sprake is van een voortgezette lijn en niet van een ander spoor. Bij nadere beschouwing zitten er immers elementen in de gedachten van Scholten die de moeite van het overdenken meer dan waard zijn (naast de hierboven in voetnoot 41 reeds genoemde aspecten) en waardoor Scholten beschouwd kan worden als systeemcriticus bij uitstek in de door mij voorgestane zin (zie hoofdstuk 5). Om dit te demonstreren citeer ik een aantal passages uit zijn rede waarvan in ieder geval de structuur van de daarin ontvouwde gedachten overeenstemt met mijn stellingen. (Een volledige analyse van de rede van Scholten is daarvoor niet nodig, net zomin als het aanwijzen van eventuele zaken waar ik vraagtekens bij zou moeten plaatsen). Deze citaten kunnen daarom tegelijkertijd als illustratie van mijn stellingen dienen, zij behoeven mede daarom nauwelijks nader commentaar. Men ziet echter een aantal thema’s terug komen die steeds in dit boek aan de orde komen. Zo is er in de eerst plaats een fallibilisme: het zoeken naar waarheid in de ‘wetenschap’ dat er geen zekerheids criterium is. Daarnaast is er ook het axiomatische karakter van wetenschap en de rol die de interpretatie van/door de wetenschapper speelt in het wetenschappelijk werk. Vooraf wordt nog gewezen op het schema in de laatste paragraaf van het betoog van Scholten (p. 467) dat in ieder geval qua structuur erg veel lijkt op het begrip van de term ‘kritisch rationalisme’ zoals hier weergegeven in het tweede hoofdstuk van dit boek. Ik verwijs de lezer wat dat betreft naar die passages (de teksten van Scholten doen soms wat ‘poë-



tisch' aan en het kan de moderne lezer wat extra tijd kosten om de reikwijdte van zijn gedachten te doorgronden).

Allereerst citeer ik een vrij grote passage met een algemeen wetenschappelijk karakter die ziet op de overeenkomsten tussen de rechtswetenschap en de andere (vak)wetenschappen waaruit blijkt dat Scholten niet alleen 'gewoon rationalist' is (zie het eerste deel van onderstaande passage) maar ook 'kritisch rationalist' (zie het tweede deel van onderstaande passage). Ook de gerechtigheid als *regulatieve idee* (zie met name Hoofdstuk 5) komt men hier tegen, het *fallibilisme* en de onmogelijkheid om in de wetenschap iets te bewijzen (een goed verstaander ziet dat Scholten het woord bewijzen tussen aanhalingstekens geplaatst heeft):

'Zeker is dat de rechtswetenschap veel van datgene wat het wetenschappelijk denken,..., kenmerkt, in hoge mate vertoont. Daar is vooreerst het onvoorwaardelijk opnemen van alle gegevens. ... Zoo objectief mogelijk moet ieder gegeven worden verwerkt. Verder en vooral: de eenheid die het logisch denken eist. Geen oordeel mag om door de wetenschap te worden aanvaard met zichzelf in tegenspraak zijn, geen oordeel in logisch conflict met een ander. Worden twee oordelen voorgelegd, die ieder op zichzelf juist schijnen, maar die elkaar niet verdragen, dan moet één van beide (of beide) vallen óf moeten zij zo worden gemodificeerd dat de tegenspraak ophoudt. Logisch-kritisch, - is dat niet *de* eigenschap van ons wetenschappelijk en daardoor van ons gehele moderne denken ...? En logisch-kritisch is de typische levenshouding van de jurist. Er is nog meer, ook het streven der wetenschap tot vereenvoudiging, om ieder oordeel zooveel mogelijk ondergeschikt te maken aan algemene oordelen, wordt bij de rechtswetenschap teruggevonden. ... Ook het pogen datgene wat gevonden is voor den ander controleerbaar te maken door het voor hem te reproduceren in een logisch sluitend betoog, met beroep op een dien ander toegankelijke ervaring, het te "bewijzen" is den rechtsgeleerde eigen. Wel komt hier de zwakheid van zijn werkwijze - als logische, wetenschappelijke werkwijze - aan den dag. Van het betoog tot de beslissing is ten slotte een sprong, die wetenschappelijk verstaanbaar moet zijn, maar wetenschappelijk niet *geheel* is verantwoord. Als ik na historische uiteenzetting, logische ontleding en systematische verbinding ten slotte in een rechtsvraag zeg, dat het zoo of zoo *is*, dan is het mogelijk dat de ander die alle argumenten gevolgd heeft en ze alle als juist heeft moeten erkennen,

toch door afweging van het een tegenover het ander tot een andere keus komt. Recht gaat in dat betoog nooit geheel op - ik zei immers dat in het recht gerechtigheid wordt gezocht. Legt de rechtswetenschap niet duidelijk bloot wat in iedere wetenschap met uitzondering van de wiskunde steekt: ervaring en denken *alleen* rechtvaardigen nooit haar conclusies, er zit iets van den geest van den onderzoeker in, wat niet tot deze kan worden herleid. Is het verschil met andere wetenschappen hier anders dan gradueel? (N.B. Scholten is hier wellicht een beetje te bescheiden, mijn cursief). Ook hier is veelal een keus. Buiten de wiskunde is geen wetenschap - hoe mathematisch haar methode mag zijn - geheel mathesis. Geschiedenis is het volstrekt niet, de rechtswetenschap staat het wetenschappelijk denken in den traditioneelen zin nader dan de geschiedschrijving. De methode alleen al der rechtswetenschap doet haar een plaats toekomen in het toch niet geheel harmonische gebouw der wetenschap.' (p. 461/462).

In de tweede plaats citeer ik een aantal passages die meer concreet betrekking hebben op de rechtswetenschap. Zoals ik boven aangaf vat Scholten de term 'rechtswetenschap' op als betrekking hebbend op het positieve geldende recht. Uit bijgaande citaten zal blijken dat hij dat echter wel doet op een wijze die als (hyper-) geobjectiveerd kan worden beschouwd. De interpretatie van het rechtssysteem blijkt bij Scholten in belangrijke mate axiomatisch te zijn (in de door mij voorgestane zin). Ieder positivisme is hem vreemd:

'Letten we nog even op wat de wetenschap van alle tijden deed en doet. Zij interpreteert de rechtsregels. Wat wil dat zeggen? Zij tracht de niet geschreven regels in bepaalde formules samen te vatten, zij verklaart den door het gezag voorgeschreven regel, zoekt zijn draagwijdte te bepalen door historie en doel na te speuren, door de regel te passen in het systeem der overige, door de gebruikte woorden te analyseren, of door op andere wijze die regels te kneden, zóó dat zij voor toepassing in voorgekomen of gedachte gevallen gereed liggen. *De interpretatie geschiedt altijd vanuit een bepaalde gedachte: den achtergrond van het recht, zijn logische vormen, zijn gehalte aan gerechtigheid, naar een bepaald doel: de toepassing, de omzetting van het recht in het werkelijke leven.* Zij vult het geraamte der op de wet of op andere wijze gezaghebbende regels aan met nieuwe uitspraken, die zij in de oude besloten acht. En tegelijk 'constru-

eert' zij dat recht. *In het recht zit systeem*. Doch het moet door wetenschappelijke arbeid worden *blootgelegd*. En tegelijk wordt het door dien arbeid verfijnd en uitgewerkt' (p. 457, mijn cursief).

In het recht zit systeem? Het volgende citaat maakt duidelijk dat Scholten dat niet als feit beschouwd of naïvelijk aanneemt dat zulks het geval is. Dat er in het recht systeem zit is op zichzelf een *axioma*. In het recht *moet* systeem zitten anders is het *geen recht*. Het interpreteren van het (positieve geldende) recht betreft dan ook geen slaafse navolging maar een actief *toeschrijven* aan de wetgever een wil die hij *behoorde* te hebben. De rechtswetenschap blijkt bij Scholten onafhankelijk van het positieve geldende recht tegenover de waan van de dag te staan:

'Is willekeur van de wetenschap - die dan geen wetenschap zijn zou - reeds uitgesloten, indien in de gegevens van wet en verordening systeem ligt, het systematische van het denken sluit ook de willekeur van den wetgever uit. Hij is vrij zich volstrekt niet om het systeem te bekommeren, als zijn wensen en bevelen tot recht willen worden, *moeten* zij zekere vormen aannemen, zich laten systematiseren. Niet alleen omdat zijn eigen denken hem daartoe dwingt, ook omdat anders zijn product geen recht kan zijn. Hier ligt een noodzakelijke grens van zijn macht over het recht' (p. 444).

In dit boek heb ik nauwelijks aandacht besteedt aan axioma's die in de rechtswetenschap een rol zouden kunnen spelen (zie hoofdstuk 5). Een enkel axioma heb ik aangeduid zoals bijvoorbeeld het verbod op willekeur en meer in het algemeen het belang van de 'rule of law'. Hier blijkt bij wijze van voorbeeld een belangrijk axioma in het denken van Scholten; het is aan de rechtswetenschap (en ook aan de rechter) *om te doen alsof de wetgever wetten uitvaardigt die niet alleen systematisch correct zijn maar die ook voldoen aan de eisen van het elementaire regulatieve idee van de gerechtigheid*. Dit is een Scholten een leidinggevend *beginsel bij het interpreteren van de wet*, ook indien in een concreet geval recht gesproken moeten worden.

Is dit nou zo vreemd? Naar mijn mening niet. Het past bij een gedachte van een (liberale) rechtsstaat die niet alleen de machtscheiding serieus neemt inzake wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht maar ook een vrijplaats toekent aan de wetenschap. Deze rechtsstaatgedachte is gefundeerd op een tweetal peilers

dat onderling verbonden is. Een formele peiler gekenmerkt door de ‘rule of law’ (in al zijn facetten, te beginnen met bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel) en een materiële peiler die gevormd wordt door een democratische traditie waaraan (het grootste deel van) de samenleving zich gebonden acht. Dat is niet de vulgaire opvatting van ‘democratie’, waarin het louter zou draaien om de macht van de meerderheid. Integendeel, dat betreft de oude liberale opvatting van democratie waarin gedachten als gelijkheid voor de wet en het open debat voorop staan, waarin minderheidsstandpunten gerespecteerd worden (zolang men zich aan de democratische regels wil houden), waarin het gebruikelijk is om conflicten zonder geweld op te lossen (eventueel met behulp van arbitrage), waarin gezocht wordt naar mechanismen om machtsmisbruik tegen te gaan (ofwel: waarin ‘de zwakke’ getracht wordt bescherming te bieden). Het is tenslotte een traditie die beoogt te streven naar een *rechtvaardige samenleving*.<sup>56</sup>

Met het sluiten van dit betoog wil ik voorzichtig de vraag op werpen of het werk van Schoordijk in deze ‘Scholtiaans’, en dus ook kritisch-rationeel in de door mij beschreven zin, geduid kan worden. Vergelijk bijvoorbeeld zijn volgende opmerking (een betrekkelijk willekeurig citaat uit zijn omvangrijke werk):

‘Met Langemeijer constateer ik ... dat de wet nooit aan een *redelijke* beslissing in een concreet geval in de weg behoeft te staan. Altijd zijn er tekenen in de wet (het recht) om tot aanvaardbaar recht te komen. De wet (het recht) zwijgt bijna nooit, aldus Suijling. Naar deze tekenen moeten wij wel altijd zoeken. Want een rechter of een rechtswetenschap, die er niet naar streeft om consistentie in de waardeoordelen te brengen, een rechter die anders gezegd denkluï is, schiet licht te kort. Hij is geen ‘bon juge’.<sup>57</sup>

Nu Vranken in een op zich lezenswaardig betoog getracht heeft het werk van Schoordijk te interpreteren moet ik opmerken dat deze door mij opgeworpen vraag het betoog van Vranken mogelijk zou kunnen

<sup>56</sup> Ik heb getracht in dit boek ver van ‘politiek’ te blijven maar moet op deze plaats erop wijzen dat het kritisch rationalisme van Popper en het politieke denken van Popper volstrekt *compatible* zijn, zie voor zijn politieke denken vooral, maar niet uitsluitend, zijn *All life is problem solving*, deel II.

<sup>57</sup> H.C.F. Schoordijk, ‘Naschrift’, *WPNR* 1989/5905, p. 110, Naschrift bij het artikel van Van Dunné, ‘De voortrekkersrol van de hoge raad’, idem, p. 105).

versterken.<sup>58</sup> Ik vrees overigens dat er een generatie aan het ontstaan is die in overwegende mate niet meer in staat is om ‘systematisch’ (in de door mij in hoofdstuk 5 beschreven betekenis) te denken zoals Schoordijk en door hem genoemde Langemeijer, dat doen (en deden) vanwege het enkele feit dat tegenwoordig in de opleiding teveel waarde wordt gehecht aan *specialisatie* en te weinig aandacht aan een brede kennis van het recht – daargelaten het niveau en de duur van de opleiding. Daar komt bij dat wetenschapstheoretische gedachten zoals die door mij in dit boek bekritiseert worden het systeemkritische werk dat deze mensen verricht hebben lijken te diskwalificeren als op voorhand, vanuit methodologisch oogpunt, onwetenschappelijk. Voor dit bestaande systeemkritische werk kan juist vanuit kritisch-rationeel oogpunt een belangrijke rechtvaardiging gevonden worden.

Schoordijk vergelijkt zijn standpunt in het aangehaalde *Naschrift* eveneens met de opvattingen van Van Dunné (‘de protagonist van normatieve uitleg’). Van Dunné’s begrip van normatieve uitleg is in de eerste plaats een *kleurloos* begrip. Dat wil zeggen dat zijn positie in deze zich als het ware op een abstractieniveau hoger bevindt en op zichzelf alleen maar het standpunt inhoudt dat uitleg uit de aard der zaak *altijd normatief is omdat deze uitleg afhankelijk is van de in het concrete geval vigerende (rechts)normen*.<sup>59</sup> Vanuit kritisch-rationeel epistemologisch uitgangspunt (vergelijk met name Hoofdstuk 5, par. 3) dient dit begrip van normatieve uitleg zonder meer als juist beschouwd te worden.

Daarnaast is echter ook duidelijk dat Van Dunné een richting heeft aangewezen waarin volgens hem bij de uitleg van contracten gegaan dient te worden (deze overwegingen zijn op zich onafhankelijk van zijn begrip van ‘normatieve uitleg’). Met name denkt men dan aan zijn standpuntbepaling inzake de grondslag van de aansprakelijkheid uit contract zoals die in de zogenaamde *vertrouwensleer* tot uiting komt, in navolging van o.a. Eggens, Scholten en Telders.<sup>60</sup> Ook

<sup>58</sup> Zie J.B.M. Vranken, ‘Moderne dogmatiek’, *WPNR* 2007/6693, p. 22 e.v. Schoordijks methode kan mede gelet op zijn ‘Het rechtsbeginsel “Gij zult een ander niet op het foute been zetten.” en zijn reikwijdte’ *WPNR* 2007/6693, p. 30 e.v. mijns inziens inderdaad in ieder geval gezien worden als een vorm van *systeemkritiek* zoals in mijn hst. 5 beschreven. Maar er zijn tal van andere publicaties van zijn hand waaruit dit moge blijken.

<sup>59</sup> Zie zijn *Verbintenissenrecht*, deel 2, Deventer, 2004, p. 84, beschouwingen die terug te voeren zijn op zijn *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, 1971.

<sup>60</sup> Men zie onder andere zijn ‘Recht en dialectiek’ (Preadvies Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, 1985), *Normatief uitgelegd; verzamelde privaatrechtelijke op-*

wat betreft genoemde ‘normatieve uitleg’ heeft Van Dunné laten zien dat hij in een brede traditie staat door niet alleen te wijzen op een lange reeks van Nederlandse schrijvers uit de 19<sup>e</sup> en 20<sup>e</sup> eeuw<sup>61</sup> maar ook door te wijzen op de Romeinsrechtelijke oorsprong van enkele ‘uitlegregels’ die in zijn denken centraal staan.<sup>62</sup> Tracht ik de traditie die door hem beschreven is beknopt weer te geven, dan volstaat wellicht volgende parafrase.

Het recht heeft noodzakelijkerwijs een open structuur. Deze open structuur moet het recht behouden omdat iedere poging om het recht in een gesloten systeem te vatten noodzakelijkerwijs botst met de dynamiek van het menselijk leven. Altijd zal er zich wel weer een geval voordoen waar niemand van te voren aan gedacht had en wat moet men dan met een gesloten wettelijk systeem? Dit begrip van open structuur brengt niet met zich dat het binnen het recht alle kanten op kan. Hoewel het paradoxaal lijkt, dient deze open structuur het juist mogelijk te maken dat in het concrete geval de grootst mogelijke materiële rechtvaardigheid gerealiseerd wordt. Daarbij heeft men weinig aan van te voren vastgestelde rechtvaardigheidsregels. Een intuïtief begrip van wat goed en billijk is volstaat om aan de slag te gaan, maar is niet eenvoudig te verkrijgen. Systeemkritiek, welke omvat het grondig beheersen van de bestaande casuïstiek, het vergelijken met andere gevallen, het aftasten van het aanwezige systeem, het helder kunnen denken en formuleren, dit uitgaande van

*stellen van J.M. van Dunné*, Deventer 2006, p. 752 e.v. Voor deze vertrouwensleer werd door een aantal van de door Van Dunné aangehaalde schrijvers (met name Telders en in navolging daarvan Eggens) een grondslag gevonden in het denken van Hegel. Zo ziet men dat men soms langs verschillende wegen tot eenzelfde resultaat kan komen. De vertrouwensleer is immers eveneens goed te vereenzelvigen met het hier voorgestane kritisch rationalisme en de (klassieke) liberale traditie waar dit kritisch rationalisme mee samenhangt (het primaat van *the rule of law* en *the rational unity of mankind*). Vergelijk daarvoor wat Hume noemde de ‘three fundamental laws of nature, that of the stability of possession, of transference by consent, and of the performance of promises’ (mijn cursief) zoals aangehaald door Hayek in zijn *The Constitution of Liberty*, Routledge, London, 1976 (1960), p. 158. Wellicht overbodig te vermelden dat het denken van Levinas hiermee volstrekt *compatible* is.

<sup>61</sup> Zie o.a. zijn *Verbintenissenrecht*, Deel 1, Kluwer, Deventer, 2004, p. 135 (voetnoot 5) en p. 137 (voetnoot 15).

<sup>62</sup> Hij formuleert een drietal kernthema’s, I. Uitleg dient gericht te zijn op uitvoerbaarheid van de overeenkomst (*ut res magis valeat quam pereat*), vgl. 1380 Oud BW. II. Uitleg van (bepalingen van, IW) een overeenkomst geschiedt in het licht van de aard en strekking van de overeenkomst. III. Uitleg geschiedt in het nadeel van de partij die macht uitgeoefend heeft over de tegenpartij en eigen voorwaarden heeft opgelegd (met andere woorden uitleg dient het tegengaan van misbruik van economische machtspositie, IW): de *contra-proferentem*-regel.

allerlei axiomatische doeleinden van het recht voortvloeiende uit *the rule of law* in al zijn aspecten, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, is een arbeid die, zoals rechtsvinding, een verantwoordelijkheid betreft die niet eenvoudig is aan te leren. Als ik de positie van Van Dunné aldus goed begrijp dan is (ook) zijn denken goed verenigbaar met de in dit boek ontvouwde kritisch-rationele positie. De weergegeven standpunten kunnen namelijk gezien worden als werkhypothesen of als axioma's die samenhangen of voortvloeien uit de ethische grondslagtheoretische positie die het Popperiaanse kritisch rationalisme (in ruime zin) inneemt.

### *3.6 Juridische interpretatie (Uitleg)*

Het is een opmerkelijk feit dat tegenwoordig in de juridische opleiding het edele vak der tekstuitleg (hermeneutiek, in de klassieke betekenis van het woord) niet meer als zodanig herkenbaar gedoceerd wordt. Naar een verklaring daarvoor is het gissen, maar wellicht valt niet uit te sluiten dat het voortkomt uit verlegenheid met een onderwerp waar zoveel ingewikkelde dingen over gezegd zijn dat niemand zijn vingers er aan wil branden. Een andere verklaring zou kunnen zijn dat men het nut er niet van inziet vanuit de gedachte dat 'interpretatie' (van teksten) helemaal niet iets is dat een noodzakelijk brug vormt tussen de lezer en de tekst en dat er als het ware een rechtstreekse toegang zou zijn tot de voorliggende tekst.

Deze gedachte die zowel vanuit het kritisch rationalisme als ook vanuit de idealistische hermeneutiek verworpen wordt lijkt steeds weer de kop op te steken in literatuur over (privaatrechtelijke) 'uitleg' als men meent dat er zoiets zou bestaan als een 'grammaticale' of 'letterlijke betekenis' van woorden.<sup>63</sup> Sommige auteurs zien wel eens over het hoofd dat deze positie vanuit kennistheoretisch oogpunt zeer problematisch is. *Tenzij men bedoelt te zeggen dat een grammaticale betekenis van woorden alleen maar vastgesteld kan worden op grond van het veronderstelde feit dat een 'normaal redelijk mens' aan een zekere formulering een bepaalde 'letterlijke betekenis' toekent. Dat (ook) vaststellen van een 'letterlijke betekenis' in zo'n geval een (soms*

<sup>63</sup> Het belangrijke onderwerp keert terecht steeds op de agenda terug. Zie bijvoorbeeld het themanummer van *WPNR* van 5 mei 2007. Het voert te ver om in dit kader het debat aan een nauwkeurige analyse te onderwerpen. Volstaan wordt met uiteenzetten van enkele basisgedachten die vanuit kritisch rationeel kader relevant lijken voor verdere discussie.

enorme) daad van interpretatie vereist lijkt nog steeds niet door iedereen begrepen te worden, of althans voldoende toegepast.

Deze problematiek is geheel onafhankelijk van de vraag of een contract uitgelegd moet worden aan de hand van de ‘letterlijke betekenis’ van de daarin opgenomen bepalingen of dat een contract altijd *te goeder trouw* uitgelegd moet worden of iets dergelijks (of meer Schoordijkiaans in bovengenoemde zin: partijen moet een redelijke bedoeling *toegekend* worden, net als de wetgever dat *toegekend* wordt) maar loopt wel steeds door de discussie heen en schept onnodig een hoop verwarring. Op zichzelf reden genoeg om in de opleiding meer aandacht aan te besteden, zou ik denken. Dat dit ook aangaande de Nederlandse codificaties<sup>64</sup> een lang slepend probleem betreft kan geïllustreerd worden aan de hand van een citaat uit ‘onverdachte’ hoek in deze, namelijk van Opzoomer, die uitgesproken voorstander was van de regel uit het Oude Burgerlijke Wetboek: ‘*Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken* (art. 1378 OBW)’.<sup>65</sup> Niettemin moge zijn positie wat betreft de kwestie uit de vorige alinea duidelijk zijn:

‘Vóór het Ontwerp van 1833 was de redactie van ons artikel 1378 deze: “wanneer de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, bestaat er geen grond tot uitlegging,” en toen de tegenwoordige verandering werd voorgesteld, verklaarde zich ééne der afdelingen in de Staten-Generaal tegen haar, en gaf aan den ouden vorm de voorkeur. Eveneens spreekt De Pinto er van, dat men het eerst weten moet, wanneer men interpreteren mag. Men gaat dus van het denkbeeld uit, dat er somtijds geen uitlegging te pas komt. Ook dit is een zeer algemeen vooroordeel. Uitlegging, meent men, is alleen geoorloofd en nodig bij duistere wetten, en in het algemeen bij duistere woorden. Reeds vroeger wees ik er de onjuistheid van aan, en herinnerde aan

<sup>64</sup> Als archetype kan gewezen worden op het conflict dat volgens de overlevering bestond tussen (de scholen van) Hillel en Shammai, rond het begin van de gewone jaartelling. De laatste zou meer gezien kunnen worden als ‘legalistisch’ terwijl de eerste een uitleg voorstond die uitging van ‘de geest’ van de wet.

<sup>65</sup> Van Dunné wijst op de herkomst van het artikel namelijk het tegengaan van rechterlijke willekeur tijdens de franse overheersing. De afdeling uit het Oud BW kwam geheel uit de Code Civil met uitzondering van dit artikel. Zie Van Dunné, *Verbintenissenrecht*, Deel 1, Kluwer, Deventer, 2004, p. 164. Opzoomer besteedt hier geen aandacht aan.



het woord van Ulpianus: *quamvis sit manifestissimum Edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus.*<sup>66</sup>

In het algemeen geldt voor de interpretatie van teksten, vanuit een kritisch-rationeel wetenschapskader, dat daarbij gebruik gemaakt moet worden van een algemene wetenschappelijke methode die zich laat aanduiden als *kritische hypothetisch-deductieve* methode.<sup>67</sup> In de praktijk van het lezen van teksten komt dat op het volgende neer. De interpreet/uitlegger vormt zich al lezende *hypothesen* over de betekenis van de tekst. Vervolgens gaat hij aan de slag met deze hypothesen en probeert in samenhang met de tekst zich een beeld te vormen van de vraag welke hypothese het meest voor verdediging in aanmerking komt. Daarbij dient de interpreet kritisch te werk te gaan, wat betekent dat hij erop bedacht moet zijn dat ogenschijnlijke *verificaties* van een hypothese betrekkelijke waarde hebben. Het is veel meer van belang om te zoeken naar vindplaatsen in een tekst die zouden kunnen dienen als *falsificatie* van een hypothese.<sup>68</sup>

Dit vormen van hypothesen is geen proces dat in ‘mechanische’ termen te omschrijven is. Integendeel, de intuïtie en creativiteit van de interpreet spelen een belangrijke rol.<sup>69</sup> Evenals allerlei andere

<sup>66</sup> C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek, verklaard door C.W. Opzoomer*, 6<sup>e</sup> deel, Amsterdam, 1879, p. 169. De woorden van Domitius Ulpianus betekenen in het Nederlands: ‘Hoewel het edict van de praetor [waarin de rechtsmiddelen staan] zeer duidelijk is, moet toch de interpretatie ervan niet verwaarloosd worden’ (met dank aan Laurens Winkel voor de vertaling). Voor achtergronden bij deze tekst van Ulpianus en de positie van diverse belangrijke auteurs inzake het thema wetsuitleg zoals Opzoomer maar uiteraard ook Scholten en Meijers leze men het boek van J.H.A. Lokin, *Tekst en Uitleg*, Groningen, 1994. (Voor de uitspraak van Ulpianus zie men p. 27).

<sup>67</sup> Men zie voor het onderwerp interpretatie voornamelijk Poppers ‘On the Theory of the Objective Mind’, hst. 4 in zijn *Objective Knowledge*, Oxford, 1979, p. 153 e.v. met daarin verwijzingen naar zijn *Conjectures & Refutations* en zijn *Open Society*.

<sup>68</sup> Het resultaat is een vertolking van hetgeen de tekst (verondersteld) ‘wil zeggen’. Die vertolking is vanuit een consistent fallibilisme altijd voorlopig en voor verbetering vatbaar. Lezers van dit boek zullen opmerken dat de hier verwoorde wijze van tekstinterpretatie model kan staan voor de methode van *alle* terreinen van wetenschap. Zie hst. 5 waarin dit nader uitgewerkt is.

<sup>69</sup> Vergelijk het volgende citaat: ‘Das Regelwerk, welches das Verstehen anleitet, kann als eine *Technologie der Deutung* aufgefaßt werden. Mit einer Technologie der Deutung ist nun aber kein automatisiertes Verfahren der Hypothesenbildung und -prüfung gemeint, das dem Interpretieren gleichsam einen Algorithmus an die Hand gibt. Vielmehr bedarf auch die Kunstlehre regelgeleiteten Verstehens, wie es die klassische Hermeneutik des 17. und 18. Jahrhunderts bereits erkannte, sowohl der schöpferischen Phantasie (*ingenium*) als auch der kritischen Urteilskraft (*iudicium*) des Interpretieren bzw. der Gemeinschaft van Interpretieren. Die methodologischen Re-

achtergrondfactoren zoals de *setting* waarin de interpretatie geschied en de verschillende vooronderstellingen die gezien de achtergrondsituatie van de tekst een rol zouden kunnen spelen. Achtergronden kunnen geheel verschillend zijn. Ik beperk mij tot enkele voorbeelden. Men kan te maken hebben met een historisch document (op een potscherf of in de vorm van een wandschildering), een gedichtje van een schoolkind, een roman, een non-fictief informatief stuk (bijvoorbeeld uit een dagblad), een formeel document, een liefdesbrief, een contract of een wet.

In al deze verschillende situaties kan de achtergrondsituatie vooronderstellingen met zich brengen welke bij de interpretatie van de tekst een rol spelen. Vanuit kritisch rationeel kader zijn deze vooronderstellingen op zichzelf hypothesen die voor verwerping vatbaar zijn (bijv. dat de auteur van de liefdesbrief de adressant ‘waarachtig liefheeft’). Maar in het kader van juridische interpretatie kan er ook voor *gekozen* worden om bepaalde vooronderstellingen in het ‘interpretatiekader’ op te nemen, niet omdat men er vanuit kan gaan dat deze vooronderstellingen feitelijk juist zijn (en het karakter van *hypothese* zouden kunnen ontstijgen) maar omdat er andere argumenten zijn die hiertoe aanleiding geven. Het gaat dan om bijvoorbeeld *de veronderstelling dat de auteur(s) van de tekst rationele wezens zijn die de bedoeling gehad hebben om een tekst samen te stellen die als één rationeel geheel beschouwd kan worden*.<sup>70</sup> Dit algemene *rationaliteitspostulaat* brengt een stortvloed van uitlegeregels met zich.<sup>71</sup> Ik verwoord tentatief de volgende klassieke regels<sup>72</sup>:

geln, die beim Verstehen und Interpretieren zur Anwendung kommen, sind ihrerseits fallibel.’ Jan M. Böhm, *Kritische Rationalität und Verstehen*, KritRat 17, Rodopi, Amsterdam, 2006, p. 163/164. Het boek van Böhm is zeer lezenswaardig al heb ik bepaald moeite met zijn keuze voor een ‘naturalistische’ positie al sluit ik niet uit dat hij daarmee iets anders bedoeld dan het naturalisme zoals dat bestreden is door Popper. De stellingen in het tweede deel van het boek van Böhm lijken echter moeilijker te verenigen met mijn interpretatie van het werk van Popper.

<sup>70</sup> Ik gebruik hier enigszins profaan de term ‘wezens’ omdat een deel van deze beschouwingen niet alleen bruikbaar is voor juridische teksten maar eveneens voor de (klassieke) theologie.

<sup>71</sup> Dit *rationaliteitspostulaat* kent een lange traditie en komt in verschillende ‘scholen’ voor. Böhm wijst in zijn aangehaalde werk op de oude traditie van ‘Wohllollende interpretation’ (17<sup>e</sup> en 18<sup>e</sup> eeuw) en bovendien op het ‘principle of charity’ zoals men dat in Angelsaksische literatuur kan aantreffen (20<sup>e</sup> eeuw). Binnen Nederland kan gewezen worden op de zogenaamde ‘postulaten van de dialoog’ van Th. de Boer (een leerling van Levinas) waar men ook een vergelijkbaar postulaat vindt. Wellicht overbodig er op te wijzen dat in het hier voorgestane epistemologische kader met ‘postulaat’ niet bedoeld wordt ‘feitelijk waar’. Er kan zelfs van uit gegaan worden dat mensen zich juist niet altijd rationeel gedragen. Zoals betoogd in de hoofdttekst hier-

- bij de interpretatie van (gedeelten van) de tekst dient het geheel van de tekst in ogenschouw genomen te worden, waarbij *aangenomen* wordt dat de tekst *één (rationeel) geheel* vormt,
- daarbij dienen *alle* gegevens die de tekst aandraagt betrokken te worden in de interpretatie,
- aan ieder gedeelte van een tekst dient een *relevante* betekenis toegekend te worden (d.w.z. bepaalde gedeelten kunnen niet eenvoudigweg als zonder betekenis ter zijde geschoven kunnen worden),<sup>73</sup>
- *ieder* verwant tekstgedeelte (met een zeker onderwerp binnen het geheel) dient in de uitleg van een zeker element binnen de tekst betrokken te worden,<sup>74</sup>
- ogenschijnlijke tegenstrijdigheden in de tekst dienen niet weggepoetst te worden maar er dient gezocht te worden naar een interpretatie die weliswaar recht doet aan de verschillende vindplaatsen maar niettemin consistent is (een interpretatie die daar in slaagt heeft grotere verklarende kracht),
- binnen een tekst kan gezocht worden naar een hiërarchie van vindplaatsen. Indien deze gevonden wordt moeten andere vindplaatsen in het licht van 'hogere' plaatsen geïnterpreteerd worden,
- in het algemeen geldt dat minder duidelijke passages in het licht van meer duidelijke passages geïnterpreteerd dienen te worden.

Tenslotte: waarin zou de rechtvaardiging gevonden kunnen worden om deze uitlegeregels te aanvaarden (niet als feitelijk juist maar nor-

onder zijn er echter redenen om in rechte aan mensen een rationeel gedrag *toe te schrijven*.

<sup>72</sup> Deze opsomming betreft een aantal algemene uitlegeregels. Sommige daarvan waren herkenbaar in de regels van het Oud BW (art. 1378 t/m 1387). Voor een overzicht van die oude regels en een behandeling van meer concrete regels zoals die op basis van de rechtspraak van de laatste decennia valt te baseren verwijs ik naar de uitvoerige beschouwingen van Van Dunné in zijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, Deventer, 2004, p. 163 e.v.

<sup>73</sup> Zie voor een voorbeeld waarbij deze regel relevant was Van Dunné, 'Woonboerderij te Beesd. Uitleg van garantie en exoneratie bij koop (NVM-akte)', AA 2000, p. 459 e.v.

<sup>74</sup> Als bijvoorbeeld binnen een contract een aantal vindplaatsen in een zekere richting wijst en er is een extra vindplaats (bepaling in het contract) die niet 'in het rijtje past' mag deze niet zonder nadere motivering in 'weggemoffeld' worden door te oordelen dat deze bepaling geen betekenis toekomt. Getracht moet worden een rationele betekenis te vinden. Dat kan onder omstandigheden met zich brengen dat 'de zekere richting' bij nader inzien toch niet zo zeker was en gezocht moet worden naar een andere interpretatie.

matief) voor het geval van juridisch uitleg? In het voorgaande, bij de bespreking van de gedachten van Paul Scholten, is hier al een en ander over opgemerkt. Een rechtvaardiging van deze 'postulaten' kan wellicht gevonden worden in het algemeen belang. Het kan bijvoorbeeld in het algemeen belang geacht worden dat er zoiets is als 'machtenscheiding'. Voor ons onderwerp betekent dat een onafhankelijke rechterlijke macht welke, gegeven het algemene maatschappelijke kader van de *rule of law*, er inderdaad vanuit mag gaan dat de wetgever een wettelijk kader creëert waar systeem in zit.<sup>75</sup>

Wat betreft de interpretatie van contracten mag men ervan uitgaan dat partijen zichzelf niet te kort hebben willen doen en mocht dat ogenschijnlijk wel het geval zijn, dat een wederpartij daar geen misbruik van heeft willen of mogen maken (vergelijk de *contra-proferentem*-regel). Het is namelijk in het algemeen belang dat mensen in de samenleving elkaar fatsoenlijk behandelen en bijvoorbeeld geen misbruik maken van hun economische machtspositie. Uiteraard dient rekening gehouden te worden met de mogelijkheid dat een partij in een bepaalde situatie zijn hand overspeeld heeft en risico's heeft genomen die groter waren dan rationeel te rechtvaardigen zijn. In zo'n geval zal niet al te gemakkelijk zo'n partij in bescherming genomen dienen te worden in het kader van een 'welwillende interpretatie'. Het is echter afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval voor wiens risico de gemaakte keuzen (bij de bewoordingen van het contract) dienen te komen.

Wellicht zullen sommigen de hier ontvouwde gedachten opvatten als in strijd met het beginsel van de zogenaamde 'contractsvrijheid'. Verbalisme dient hier echter ook voorkomen te worden. Men mag het beginsel koesteren zo veel men wil maar de vraag zal beantwoord

<sup>75</sup> Het thema van de verhouding wet en rechterlijke macht komt in het hierboven aangehaalde boek van Lokin ook aan de orde met name in zijn hst. 'De plaats van Meijers in de legistische traditie'. Lokin laat zien dat de positie van Meijers niet simpelweg als 'legalistisch' omschreven kan worden (in de zin van *black letter law*-legalist). In zijn analyse betoogt Lokin dat Meijers uitging van het primaat van de wet(gever) tegenover de rechtssprekende macht als zelfstandig uitlegger van de wet. Lokin kiest daartegenover heel duidelijk voor een soevereine rechterlijke macht al gaat hij daarbij beslist niet zover dat hij 'een soort Freirecht' zou voorstaan. Voorzichtig wil ik de vraag opwerpen of ik één van beide (of beide) auteur(s) onrecht doe als ik meen tegenover hun beider positie te kunnen stellen dat het verdedigbaar is dat wetgever noch rechterlijke macht soeverein zijn maar dat beide gebonden zijn (of moeten zijn) aan de *rule of law*. Daarónder is het in het kader van de spreiding van machten mijns inziens beslist verdedigbaar dat de rechterlijke macht een behoorlijke mate van vrijheid heeft bij de interpretatie van wetten en in die zin kan ik het standpunt van Lokin goed volgen. Zie J.H.A. Lokin, *Tekst en Uitleg*, Groningen, 1994, p. 170.

moeten worden wat in een gegeven geval *niet* toegestaan kan worden vanuit maatschappelijk en/of juridisch oogpunt. Een verdediging van dit beginsel in zijn algemeenheid is weinig interessant omdat dat op zichzelf een antwoord op genoemde vraag in het midden laat (als regel is het zogenaamde beginsel in zijn algemeenheid uiteraard *onjuist*; men kan *niet* alles overeenkomen wat men wil). Sommigen hebben bij dit onderwerp politieke gedachten. Ik wijs er hier op dat het *rationaliteitspostulaat* bij de uitleg van wet en contract zoals hier beschreven in lijn ligt met het in hoofdstuk 2 aangehaalde idee van de *rational unity of mankind* en de ethische grondslag van wetenschappelijk onderzoek. Daarbij past een liberale (in de klassieke betekenis van het woord) staatsopvatting welke een democratische traditie voorstaat welke gedragen wordt door liberale beginselen zoals de *rule of law*. Ieder relativisme is daaraan vreemd.

Wat dat laatste betreft. Studenten en bijvoorbeeld rechters (maar verder ieder ander die met juridische uitleg iets te maken heeft) dienen consciëntieus gebruik te (leren) maken van de zogenaamde kritische uitlegmethode zoals hier voorgestaan. Op die manier kan men leren *kritisch* om te gaan met de eigen bevindingen bij het lezen van teksten. Gedachten dat ieder mens nu eenmaal 'zijn eigen waarheid heeft' (hetgeen in dit verband gezien kan worden als relativistisch interpretatiepostulaat) helpen daar niet bij. Ik besluit deze paragraaf met, in navolging van Böhm, te wijzen op een historische misser binnen de idealistische hermeneutische school (die zich tegenwoordig laat aanduiden als dé hermeneutiek).

‘Was die Behauptung Schleiermachers angeht, die Hermeneutik vor ihm sei lediglich eine recht belanglose Spezialhermeneutik und ein unbegründetes “Aggregat von Observationen” (Schleiermacher 1993: 92)<sup>76</sup>, so muß dieses einflußreiche Urteil wohl auf eine verblüffende Unkenntnis Schleiermachers zurückgeführt werden; eine Ignoranz, die heutige Wissenschaftshistoriker in Erstaunen setzt. Angesichts der weiten Verbreitung allgemeiner Auslegungslehren im 17. und 18. Jahrhundert spricht etwa Oliver Scholz (im Anschluß an Wolfgang Hübener) von einer durch Schleiermacher inszenierten „Erstmaligkeits-Emphase“, über die man sich rückblickend nur wundern kann” (Scholz 1994: 7). Nach der Durchsicht bekannter zeitgenössischer Nachschlagewerke zieht Scholz folgendes Fazit:

<sup>76</sup> Het door Böhm aangehaalde werk betreft: F. Schleiermacher, *Hermeneutik und Kritik*, Hg. v. M. Frank, 5<sup>e</sup> druk, 1993, Frankfurt a.M.

„Für unsere abschließenden Bemerkungen können wir auf die eingangs gestellte Frage zurückkommen, wie schwer es für einen hermeneutisch oder hermeneutikgeschichtlich Interessierten gewesen wäre, sich über die Hermeneutik des 17. und 18. Jahrhunderts ins Bild zu setzen. Die Antwort kann auch nach den wenigen stichprobenartigen Ermittlungen nicht mehr zweifelhaft sein: Es wäre kinderleicht gewesen! Schon mit bescheidenstem Aufwand und mit den spärlichsten Vorkenntnissen hätte man in einer mittelmäßig ausgestatteten Bibliothek an einem Nachmittag bequem das Erste und Nötigste über die allgemeine Hermeneutik des 17. und 18. Jahrhunderts in Erfahrung bringen können. [ ... ] Warum versäumten Gelehrte wie Schleiermacher, Dilthey, Wach, Ebeling und viele andere es, so etwas zu unternehmen? Oder vermuten wir falsch und sie unterzogen sich dieser kleinen Mühe? Dies einmal angenommen - wie erklären sich dann Urteile wie der berühmte Auftakt der Schleiermacherschen Hermeneutik, demzufolge es 'nur mehrere spezielle Hermeneutiken' gebe, oder das Diltheys, erst durch die glückliche Mischung der Anlagen und Talente Schleiermachers (sic!) sei 'die allgemeine Wissenschaft und Kunstlehre der Auslegung' entstanden, ja sie habe nur so und erst dann entstehen können" (Scholz: S. 24 f).<sup>77</sup>

Het had allemaal ook anders kunnen lopen...

### 3.7 Programme d'action

What shall we do with the drunken sailor?

1. Laten wetenschappers (juristen in het bijzonder) proberen zo min mogelijk te schrijven, maar wel zo zinvol mogelijk. Er moet met

<sup>77</sup> Jan M. Böhm, *Kritische Rationalität und Verstehen*, KritRat 17, Rodopi, Amsterdam, 2006, p.101. Het aangehaalde werk van Scholz betreft: O.R. Scholz, 'Der Niederslag der allgemeinen Hermeneutik in Nachschlagewerken des 17. und 18. Jahrhunderts', *Aufklärung* 8/2, 1994, p. 7-26.

kracht weerstand geboden worden aan de technocratische gedachte dat kwaliteit iets te maken zou hebben met (de hoeveelheid) *output*.<sup>78</sup> Elke volgende generatie verzuipt in de eindeloze reeks literatuur van de vorige.

'I think that the main obstacles to progress in science are of a social nature, and that they may be divided into two groups: economic obstacles and ideological obstacles. On the economic side poverty may, trivially, be an obstacle (although great theoretical and experimental discoveries have been made in spite of poverty). In recent years (Popper schrijft dit in 1973, IW), however, it has become fairly clear that affluence may also be an obstacle. Too many dollars may chase too few ideas. Admittedly, even under such adverse circumstances progress *can* be achieved. But the spirit of science is in danger. Big science may destroy great science, and the publication explosion may kill ideas. Ideas, which are only too rare, may become submerged in the flood. The danger is very real, and it is hardly necessary to enlarge upon it...' *The Myth of the Framework*, p. 13.

Was het laatste maar waar; de publicatiemachine draait op volle toeren. Er is alle reden om dit probleem aan de kaak te stellen. Met name natuurlijk ook de ideologische (positivistische) achtergrond ervan. In de medische wereld zou dit probleem letterlijk levens kunnen kosten. Publiceer alleen als je er in gemoede van overtuigd bent dat het van betekenis is. Bovendien:

'Anyone who cannot speak simply and clearly should say nothing and continue to work until he can do so.' *In Search of a Better World*, p. 83.

2. Wat men nu ziet gebeuren is dat men het kennelijk feitelijk niet op kan brengen om oudere schrijvers te lezen met het gevolg dat oude discussies opnieuw gevoerd worden alsof men het wiel uitvindt. Dat brengt mij op het tweede punt. Popper was zeer huiverig voor metho-

<sup>78</sup> Men stelle zich voor dat alle universitaire juristen (plus nog een belangrijk aantal hobbyisten en emeriti) in Nederland daadwerkelijk 3 artikelen per jaar zouden afscheiden (de Rotterdamse norm) die voldeden aan de eisen van originaliteit, vernieuwing, 'increasing the body of knowledge' (een typisch positivistische term) en relevantie (let wel: ook op wereldniveau). Het wetenschappelijk gebouw zou dan ieder jaar met enkele duizenden 'wetenschappelijke' artikelen (wél te onderscheiden van 'vakpublicaties') toenemen. Een geweldige droom.

den. Het volgende citaat spreekt wat mij betreft voor zich waar hij zich uitspreekt voor een 'historische methode'.

'I do not care what methods a philosopher (or anybody else) may use so long as he has an interesting problem, and so long as he is sincerely trying to solve it. Among the many methods which he may use – always depending, of course, on the problem in hand – one method seems to me worth mentioning. It is a variant of the (at present unfashionable) historical method. It consists, simply, in trying to find out what other people have thought and said about the problem in hand: why they had to face it: how they formulated it: how they tried to solve it. ... If we ignore what other people are thinking, or have thought in the past, then rational discussion must come to an end, though each of us may go on happily talking to himself.' *The Logic of Scientific Discovery*, p. XX (Preface).

Het lijkt wel of men geneigd is om te denken dat als men maar de juiste methode gebruikt er als vanzelf ware wetenschappelijke kennis uit de machine zal rollen.

3. Juist vanwege de complexiteit van de sociale en juridische werkelijkheid moeten concrete theorieën zo minimalistisch mogelijk zijn. Probleemgericht denken kan daarbij helpen, niet te verwarren met het formalistisch opdringen van probleemstellingen aan onderzoek. De bestudering van het Romeinse recht was zo gek nog niet. Zie wat dat betreft de opmerkingen van Schoordijk in zijn KNAW-mededeling.<sup>79</sup> Is er een verband tussen wetenschap en academisch onderwijs? Er zijn er vele. Eén daarvan is dat wetenschappelijk academisch onderwijs probleemgericht zou moeten zijn en niet regelgericht zoals dat thans in overwegende mate het geval is. Het onderwijs in het Romeinse recht was in dat opzicht inderdaad vele malen wetenschappelijker dan het huidige juridische onderwijs vanwege het casuïstische karakter. Juist vanuit de casuïstiek kon dan aandacht voor het systeem van het recht groeien. Anders dan Stolker<sup>80</sup> ben ik het trouwens eens met Nieuwenhuis<sup>81</sup> over het probleem van de onbenulligheid van al te geforceerde probleemstellingen in juridische

<sup>79</sup> H.C.F. Schoordijk, 'De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context', *KNAW*, Amsterdam, 2003, par. I.

<sup>80</sup> C.J.J.M. Stolker, 'Ja, geléerd zijn jullie wel!', *NJB* 2003, p. 776.

<sup>81</sup> J.H. Nieuwenhuis, 'Berichten uit de dissertatiefabriek, Redactioneel', *NTBR* 2002, p. 355.



onderzoeken. Tegelijkertijd zal ook Nieuwenhuis inzien dat de monumentale proefschriften waar hij naar verwijst gingen over echte problemen.

4. Hoewel aan de ene kant ideeën, theorieën en dus ook problemen zo concreet mogelijk gedefinieerd moeten worden is er aan de andere kant een groot gevaar van specialisatie. Vergelijk het volgende citaat van Popper dat zonder meer ook op de rechtswetenschap betrokken kan worden.

'More and more Ph.D candidates receive merely technical training in certain techniques of measurement. They are not initiated into the scientific tradition, the critical tradition of questioning, of being tempted and guided by great and apparently insoluble riddles rather than by solubility of little puzzles. True, these technicians, these specialists, are usually aware of their limitations. They call themselves 'specialists' and reject any claim to authority outside their specialities. Yet they do so proudly, and proclaim that specialization is a necessity. But this means flying in the face of the facts, which show that great advances still come from those with a wide range of interests. If the many, the specialists, gain the day, it will be the end of science as we know it – of great science. It will be a spiritual catastrophe comparable in its consequences to nuclear armament.' *The Myth of the Framework*, p. 72

5. Mijn voorkeur voor een anti-reductionistische werkelijkheidsbeschouwing en daarmee het recht als autonoom object van wetenschap betekent geenszins dat het recht louter op zichzelf bestudeerd zou moeten worden. Integendeel: wetenschappelijke problemen hebben juist vrijwel altijd een interdisciplinair karakter en vereisen als zodanig een interdisciplinaire aanpak.

6. *'Increasing the Body of Knowledge'* is een term die zonder nadere explicatie onder het huidige gesternte al te gemakkelijk positivistisch begrepen kan worden. Het is noodzakelijk om het gebruik van deze term met de nodige reserve te benaderen.

7. Wetenschappers die gezwicht zijn voor de druk om de inrichting van het juridische onderwijs af te laten hangen van rendementcijfers en aanverwante technocratische instrumenten hebben verraad gepleegd aan hun wetenschappelijke integriteit. Laten mensen zich

verzetten tegen een verdergaande bureaucratisering, technocratisering en instrumentalisering van de wetenschap.

8. Er is geen inductie. Er is wel ‘veldonderzoek’ waarbij min of meer *ad random* gegevens verzameld worden. Wanneer deze gegevens bestudeerd worden zal de onderzoeker echter als vanzelf zoeken naar problemen die de set van gegevens met zich mee brengt; onregelmatigheden, juist regelmatige patronen, ogenshijnlijke afwijkingen, etc. Hij zal naar een verklaring zoeken voor hetgeen hij meent als opvallend te moeten beoordelen. Dat heeft echter allemaal niets met inductie te maken.

9. Eén van de criteria of theorievorming voldoet aan de eisen van wetenschappelijkheid is dat de wetenschapper rekenschap geeft van het referentiekader waarbinnen hij de theorie vormgeeft. Dat raamwerk zal bestaan uit een combinatie van empirische en metafysische beslismomenten. Hoewel voor een belangrijk deel niet empirisch toetsbaar, is zo’n raamwerk niet vrijblijvend (sommigen doen daarvoor ten onrechte een beroep op Kuhn). Het kan bediscussieerd worden. Zo’n discussie hoeft natuurlijk niet bij ieder veldonderzoek opnieuw gevoerd te worden (of herhaald). De wetenschapper toont wel souplesse als hij kan laten zien dat binnen een ander raamwerk met dezelfde gegevens tot wellicht een ander resultaat gekomen moet worden (of misschien juist niet).

10. Dit alles is echter, leert de praktijk, gemakkelijker gezegd dan gedaan. Juist doordat vele wetenschappers nog steeds in positivistische waardevrije wetenschap blijven *geloven* wordt het zicht op hun eigen vooronderstellingen belemmerd. In het rechtswetenschappelijke debat van de afgelopen jaren rondom de leer van het CSQN-verband is er niet één auteur geweest die iets gezegd heeft in de trant van ‘om die en die reden heb ik een natuurwetenschappelijke (lees: naturalistische) opvatting van het causaal verband in het recht en verwerp ik de gedachte van het bewijs als juridisch oordeel zoals voorgestaan door bijvoorbeeld Eggens’, en: ‘bovendien wordt mijn stellingname in belangrijke mate versterkt door mijn reductionistische visie op het recht in het algemeen’. Dat zou kunnen betekenen dat dat debat om tenminste één reden de toets van wetenschappelijkheid niet kan doorstaan; als jurist zou je zeggen dat er aan dat debat een formeel gebrek kleeft.

## 4. Oordelen over rechten?

### 4.1 Voorwoord

Eind 2005 is het rapport ‘Oordelen over rechten’ verschenen.<sup>82</sup> Het rapport ligt ten grondslag aan het protocol<sup>83</sup> voor de volgende visitatieronde in de rechtswetenschappen en is geschreven op last van het Disciplineoverlegorgaan rechtsgeleerdheid (DRG, het DRG wordt gevormd door de gezamenlijke decanen van de juridische faculteiten). Dit protocol wordt beoogd een uitwerking te zijn van het gezamenlijk door de VSNU, KNAW en NWO opgestelde standaard protocol (een kaderprotocol) voor de evaluatie van wetenschappelijk onderzoek; het Standard Evaluation Protocol 2003 – 2009 For Public Research Organisations, ofwel het SEP. Het rapport ‘Oordelen over rechten’ behandelt een buitengewoon moeilijk onderwerp; de beoordeling van juridisch onderzoek. Hoe kan men beoordelen als men niet weet wat men eigenlijk zou behoren te doen? Wat is juridisch onderzoek eigenlijk, of wat zou het moeten zijn?

Enkele schrijvers hebben al eerder (kritisch) op het rapport gereageerd en belangrijke vragen opgeworpen. Hartlief besteedde er aandacht aan in een gepassioneerd betoog om vooral het hoofd niet te verliezen en plaatste kanttekeningen bij een door hem waargenomen tendens om bij een ogenschijnlijk gebrek van een antwoord op de bovengenoemde vraag het oor te laten hangen naar ‘de machthebbers’ en te vluchten in formalistische ‘bijzaken’ zoals het tellen van publi-

<sup>82</sup> Oordelen over rechten (Een rapport van de Commissie Voorbereiding Onderzoeksbeoordeling Rechtsgeleerdheid ook bekend onder de naam Commissie Stolker), Utrecht: VSNU 2005. Het rapport is te downloaden van de website van de VSNU.

<sup>83</sup> Standaard Evaluatie Protocol Rechtsgeleerdheid (december 2005), behorend bij Rapport ‘Oordelen over rechten’(oktober 2005), van de Commissie Voorbereiding Onderzoeksbeoordeling Rechtsgeleerdheid. Het rapport is te downloaden van de website van de VSNU.

caties, taal, en procedures (Zitten er wel genoeg gepromoveerden in de redactie van het tijdschrift *Zus&Zo?*).<sup>84</sup> Wissink vroeg vooral aandacht voor zijns inziens in het rapport gemaakte keuzes voor bepaalde soorten onderzoek; met name ‘internationaal’, ‘rechtsvergelijkend’ of ‘multidisciplinair’. Zijn kritiek richt zich er op dat deze keuzes (ten faveure van andersoortig onderzoek) niet alleen te veel ‘impliciet’ gemaakt zijn maar ook dat deze keuzes niet verward mogen worden met de vraag naar de kwaliteit van juridisch onderzoek.<sup>85</sup>

In aansluiting op de kritiek van genoemde schrijvers worden in deze bijdrage, na een inleiding inzake de opzet en doelstellingen van het rapport (par. 2), vraagtekens geplaatst bij de volgende thema’s. Allereerst de verhouding wetenschappelijke- en vakpublicaties (par. 3). Is de in het rapport gemaakte indeling wel zo vanzelfsprekend? In aansluiting daarop de vraag naar het doel van het evalueren van onderzoek (par. 4). Voldoet het rapport wel aan de spelregels van de in Nederland ontwikkelde evaluatiesystematiek? Vervolgens komt een tweetal thema’s aan de orde die in het rapport een flinke plaats innemen; het fenomeen bibliometrie (in het bijzonder het ‘citatieanalyse’ maar ook de kwestie ‘productiviteit’ par. 5) en ‘het project’ (par. 6). Waarom heeft men er voor gekozen om in beginsel alleen maar projectmatig onderzoek bij de visitaties te betrekken? Wat is eigenlijk een project?

#### *4.2 Inleiding, het rapport beoordeeld?*

Met het rapport probeert men aan te sluiten bij de bestaande discussie in de rechtswetenschappelijke literatuur:

‘Aldus zal het rapport een bijdrage zijn aan het debat over de toekomst van de rechtswetenschap. Een laatste woord is het zeker niet’.

Hoewel deze opstelling op zich te waarderen valt hebben we wel degelijk te maken met een protocol met een dwingend karakter; een ieder wordt toch maar geacht zich aan de regels te houden. ‘De definities uit het rapport ... zijn daarmee bindend geworden’, luidt het even verderop in hetzelfde voorwoord. Bedoeld wordt dan definities over wat als een ‘wetenschappelijke’, een ‘vak’- en een ‘popularise-

<sup>84</sup> T. Hartlief, ‘Oordelen over juridisch onderzoek anno 2006’, *NJB* 2006, p. 420 e.v.

<sup>85</sup> M.H. Wissink, ‘Op weg naar een nieuwe ronde’, *NJB* 2006, p. 1360 e.v.

rende' publicatie heeft te gelden. Daarmee heeft het Disciplineoverlegorgaan rechtsgeleerdheid (DRG) zich op glad ijs begeven. Want als men wil definiëren wat een wetenschappelijke publicatie is in tegenstelling tot een vakpublicatie zal men toch moeten weten wat wetenschappelijke werk is. En dat is nu juist het probleem.<sup>86</sup>

#### *4.2.1 De doelstellingen van het rapport*

Blijkens de opdracht aan de commissie (zie het derde hoofdstuk) was er een zevental punten waar men zich in het rapport zich op moest richten. Als eerste dienden 'criteria voor de beoordeling van juridisch onderzoek te moeten worden vastgesteld' (punt 1). Daarna werden genoemd een werkbare classificatie van wetenschappelijke- en vakpublicaties en de wenselijkheid van een tijdschriftenlijst (punt 2), de afstemming met de beoordeling van onderzoekscholen (punt 3), de wenselijkheid en mogelijkheid van meer 'meetbare' indicatoren voor kwaliteit en kwantiteit van het juridische wetenschappelijke onderzoek (punt 4), internationalisering van het juridische wetenschappelijk onderzoek (punt 5), internationaal samengestelde beoordelingscommissies (punt 6) en het plaatsvinden van externe visitatierondes landelijk of langs de grenzen van juridische disciplines (punt 7). Meer in het algemeen werd ten slotte gevraagd naar de wenselijkheid van een landelijke onderzoeksbeoordeling voor het juridisch onderzoek en of alle juridische faculteiten daar wel aan moeten deelnemen. In deze bijdrage komen - naast een aantal ander aandachtspunten - vooral de punten 1, 2 en 4 aan de orde.

#### *4.2.2 Criteria voor de beoordeling van juridisch onderzoek?*

Wat is er van deze criteria terechtgekomen? Is het toeval dat in het voorwoord dit punt is weggevallen in de opsomming van de voorzitter van het DRG (zie de 3e alinea)? Het vereist enig speurwerk om helder te krijgen wat de commissie met deze opdracht gedaan heeft. In ieder geval wordt nergens in het rapport op formele wijze dit punt behandeld. Nergens wordt gezegd: 'en dan nu de criteria voor de beoordeling van juridisch onderzoek' (met vervolgens een overzicht en verwijzing naar het wetenschappelijke debat). Dat is vreemd. Vooral

<sup>86</sup> Vergelijk de kritische opmerkingen van Hartlief in a.w., p. 422. De commissie heeft er overigens zonder meer oog voor dat er een voortgaande discussie is; blijkens een voetnoot zou de literatuur bijgewerkt zijn tot zomer 2005 (p. 9).

gezien het feit dat de commissie in het vierde hoofdstuk met als titel *'Dynamiek in de rechtswetenschap anno 2005.'* - onder verwijzing naar het actuele debat - de aandacht vraagt voor een zevental 'belangrijke' ontwikkelingen. Het gaat dan om (1) Aandacht voor de publicatiecultuur; bibliometrie, (2) rechtsvergelijking, Europeanisering en internationalisering, (3) programmatisch onderzoek, (4) multidisciplinair onderzoek, (5) methodologische herkenbaarheid, (6) tweedegeldstroomonderzoek en (7) derdegeldstroomonderzoek.

Wat is hier nu zo belangrijk aan? In het debat zoals dat gevoerd werd ten tijde van de totstandkoming van het rapport speelden deze kwesties niet echt een hoofdrol. Dat debat was toch meer geconcentreerd rond de vragen over object en methode van de rechtswetenschap.<sup>87</sup> En dat moest ook zo zijn. Er is maar één genoemde 'ontwikkeling' namelijk 'methodologische herkenbaarheid' - genoteerd op de 5e plaats - die hierover handelt. De overige ontwikkelingen verdienen zeker wel (enige) aandacht maar raken toch beslist de kern niet.

Het punt 'Methodologische herkenbaarheid' zou mogelijk de aandacht verdienen. Maar als men verwacht daar veel aan te treffen komt men bedrogen uit. In de twee alinea's die men daar aantreft wordt gesteld dat totnogtoe vooral de methode van de rechterlijke rechtsvinding de methode van de rechtswetenschap is en 'dat deze benadering thans niet langer als vanzelfsprekend is te beschouwen... Andere, meer gangbare wetenschappelijke perspectieven dringen zich op.' (p. 12). Met het eerste heb ik bepaald moeite alleen al omdat deze stelling in het rechtswetenschappelijk debat nog bepaald geen rustig begrip is.<sup>88</sup> Het tweede namelijk de 'andere gangbare perspectieven' roept bij mij de vraag op; welke dan? En daar laat men zich in het rapport nu net niet over uit. Wel wordt er gezegd dat het belangrijk is dat men moet werken met een probleemstelling en dat daarna, gegeven de probleemstelling, een keuze voor de 'beste' methode van onderzoek gemaakt moet worden. Maar wat dat is of zou kunnen zijn, of uit welke 'methoden' men dan zou kunnen kiezen blijft onduidelijk. Bij de bespreking van de evaluatiecriteria zoals voortvloeiend uit het SEP (kwaliteit, productiviteit, relevantie, en vitaliteit en haalbaarheid), verderop in het rapport (par. 6.5), wordt hier nog wel op doorgegaan. Daar vindt men toch wel een aardige passage (nog steeds geen woord over methoden trouwens). Men schrijft: "De 'Wat is uw

<sup>87</sup> Zie thans hst. 3.

<sup>88</sup> Zie o.a. P. van Schilfgaarde, 'Acciditutie in de rechtsvinding', *WPNR* 2006/6649, p. 1 e.v., R. Tjittes, 'Hoe verkeerd doen de civielrechterlijke wetenschap en rechtspraak het eigenlijk?', *NJB* 2005, p. 1879 e.v. en mijn 'Popper en de rechtswetenschap; kanttekeningen bij het huidige debat', *RMThemis* 2005, p. 181 e.v. (thans par. 3.4.2)

probleem en wat heeft u er aan gedaan?’-vraag is eigenlijk de mooiste vraag in alle wetenschapsgebieden. In feite moet ieder rechtsgebied de evaluatie van prestaties in de context van deze vraag plaatsen.” Dat is waarschijnlijk zeker juist. Maar wat het precies betekent verdient nader de aandacht – het rapport zegt er verder weinig over. Vooralsnog lijkt dit het enige criterium voor de beoordeling van de kwaliteit van juridisch onderzoek dat in het rapport te vinden is. Het roept de beklemmende vraag op of men met de wél behandelde onderwerpen meent het thema ‘criteria voor de beoordeling van juridisch onderzoek’ wel degelijk behandeld te hebben. Hartlief lijkt het in ieder geval zo opgevat te hebben.<sup>89</sup>

#### *4.3 Een werkbare classificatie van wetenschappelijke en vakpublicaties?*

Met veel nadruk wordt in het rapport naar voren gebracht dat er met dit rapport een bindende classificatie is van wetenschappelijke- en vakpublicaties. Het belang hiervan lijkt gelegen te zijn in het volgende. Hoewel in het rapport benadrukt wordt dat het onderscheid niet ziet op een (dis)kwalificatie maar op een classificatie gaat het erom dat volgens het rapport vakpublicaties in beginsel niet in een visitatie kunnen worden opgevoerd (p. 32)<sup>90</sup>. Hiermee wordt, zonder dat daar in het rapport verder aandacht aan besteed wordt, de functie van een evaluatie vastgelegd; visitaties zijn blijkbaar gericht op het beoordelen van ‘zuiver wetenschappelijke’ output en meer niet. Maar eerst nog enkele kanttekeningen bij de gemaakte indeling.

In het rapport worden kritiekloos de definities gevolgd die blijkens het ‘VSNU-protocol 1998’ ooit overeengekomen zouden zijn tussen de universiteiten en vastgelegd in een brochure *Definitie-afspraken wetenschappelijk onderzoek* (VSNU, 1994). De definitie voor een wetenschappelijk publicatie luidt dan: ‘Publication about a result of academic research, aimed at the forum of researchers.’ (Protocol 1998, p. 42). Een ogenschijnlijk *functionele* definitie, geformuleerd aan de hand van de *doelgroep* van de publicatie. Maar in de toelichting vindt men een iets meer inhoudelijk criterium: ‘In principle an academic

<sup>89</sup> Hartlief, a.w. p. 422

<sup>90</sup> Overigens wordt in het protocol wel gevraagd alle ‘vakpublicaties’ in *aantallen* op te voeren als onderdeel van de vraag naar de resultaten van het onderzoek in cijfers. De vraag is welke betekenis vervolgens aan deze gegevens verleend zou moeten worden.

publication ... is intended to contribute to *increasing* the body of academic knowledge.' (Protocol 1998, p. 43).

Het is dit inhoudelijke criterium dat ook in het rapport benadrukt wordt als het leidende beginsel. De auteurs van het rapport geven er echter op geen enkele manier blijk van in te zien dat deze termen vanuit wetenschapstheoretisch oogpunt 'heavy loaded' zijn; het is geenszins vanzelfsprekend dat een ieder onder dit criterium hetzelfde begrijpt.<sup>91</sup> Wat is 'knowledge' eigenlijk? En hoe kan 'academic knowledge' groeien? Het is sprekend dat in het rapport dit criterium kennelijk opgevat wordt als een eis voor het '*vernieuwende* karakter van publicaties'. Het is maar zeer de vraag of vanuit wetenschapstheoretisch oogpunt de groei van kennis automatisch ook 'vernieuwing' betekent (en daarmee is dan 'vernieuwing' eigenlijk ook helemaal geen criterium voor de groei van wetenschappelijke kennis).

De uitwerking die men in het rapport vervolgens geeft aan dit criterium roept vraagtekens op. Na een korte bespreking wordt gesteld dat 'originaliteit', 'grondigheid' en 'diepgang' condiciones sine quibus non zijn (p. 31) maar meteen daarna wordt bij 'vakpublicaties' opgemerkt dat deze wel degelijk grondig kunnen zijn of diepgang kunnen vertonen. 'Het kenmerkende verschil zit in de wetenschappelijke originaliteit of in de aanzetten daartoe...' (p. 32).<sup>92</sup>

Graag zou ik de stelling willen opwerpen dat het onderscheid wetenschappelijke publicatie en vakpublicatie – in ieder geval voor de

<sup>91</sup> Wetenschappers zouden in ieder geval gehóórd moeten hebben van het zogenaamde 'Popper-Kuhn debate' o.a. leidend tot de inmiddels klassieke publicatie *Criticism and the Growth of Knowledge* onder redactie van Imre Lakatos en Alan Musgrave, Cambridge University Press, (ik heb de 23e druk in mijn bezit). Zie echter ook Popper, *The Myth of the Framework*, 1994. Zie voor een toegankelijke ingang in het denken van Popper over het thema 'knowledge' zijn *In search of a better world* (1994) m.n. 'Part 1, On Knowledge'. Eerder heb ik gewezen op het anti-relativistische denken van Popper in mijn a.w. (zie m.n. thans hst. 2 en 3).

In het hier verder onbesproken boek *Evaluating Research in Context, A method for comprehensive assessment* (Jaap Spaapen en Huub Dijkstra, COS 2005) wordt gekozen voor een relativistisch uitgangspunt: 'The image of an ivory tower in which the truth will be discovered has been long left behind and replaced by more relativist perspectives in which science is firstly a method, not an answer to a question.' (p. 33). Zie daar verder voor daar aangehaalde literatuur. Hieruit mag overigens blijken dat ook de keuze voor een zekere evaluatiesystematiek in belangrijke mate bepaald kan worden door een – daaraan voorafgaand – 'paradigma'. Het aangehaalde citaat geeft de suggestie weer dat er maar twee kennistheoretisch paden zouden zijn, een oud (positivistisch) en een nieuw (relativistisch) pad. Zie mijn a.w. voor een verwerping van deze gedachte en een mogelijke 'derde' popperiaanse weg.

<sup>92</sup> Het is de vraag hoe men met een dergelijk vaag criterium 'enige strengheid' (p. 29) zou willen bewerkstelligen. Hartlief merkt terecht op dat zoiets snel is opgeschreven en dat men op deze manier niet tot de kern doordringt (a.w. p. 422).



rechtswetenschap – noodzakelijkerwijs een ‘ideaaltypisch’ karakter heeft.<sup>93</sup> Deze stelling komt voort uit de gedachte dat in de rechtswetenschap publicaties vaak een combinatie van meer ‘wetenschappelijke’ overwegingen en meer ‘vaktechnische’ passages bevatten. In het rapport lijkt men op zich wel oog gehad te hebben voor de verbinding tussen rechtswetenschap en rechtspraktijk. Ik citeer uitvoerig:

‘Kenmerkend voor vrijwel alle tijdschriften is dat de grens tussen wetenschappelijke- en vakpublicaties vloeiend is; die gerichtheid delen zij met bijvoorbeeld de handboeken. In beide publicatie-uitingen wordt een belangrijke taak van de rechtswetenschap zichtbaar: het voorlichten van de rechtspraktijk. Die taak is belangrijk, ook tegen de achtergrond van de discussie die in politieke en bestuurlijke kringen plaatsvindt over de zogenoemde ‘kennisparadox’: excellente wetenschappelijke prestaties zouden onvoldoende worden omgezet in ‘maatschappelijke waarde’; een proces dat ook wel ‘valorisatie’ wordt genoemd. Juist onze discipline met haar nauwe banden tussen wetenschap en praktijk – de vruchten van wetenschappelijk onderzoek vinden in onze publicatiecultuur gemakkelijk hun weg naar de samenleving – wil die verbinding koesteren.’ (p. 9/10)

In de (praktijk van de) rechtswetenschap zal inderdaad vaak sprake zijn van een mix van ‘wetenschappelijk werk’ en ‘vakwerk’. Ik geef hiervoor een meer praktische en een meer ideologische reden. Praktisch gezien schrijft ‘de rechtswetenschap’ niet alleen voor het zuivere wetenschappelijke forum maar ook voor de beroepspraktijk (rechters, advocaten, politici e.d.). Op die manier vangt men immers twee vliegen in een klap; het ‘wetenschappelijk forum’ wordt geïnformeerd en ‘de praktijk’ ook. Dat is van belang omdat niet alleen ‘de praktijk’ mans genoeg is om resultaten van rechtswetenschappelijk onderzoek direct toe te passen in het dagelijkse werk. Het is dan mogelijk een kwestie van *efficiëntie* om in de academische output twee verschillende fora te bedienen.

Dan nu de meer ideologische reden. De rechtswetenschap en de rechtspraktijk hebben min of meer dezelfde doelstelling, althans zouden die moeten hebben. Die doelstelling is het bereiken van ‘beter

<sup>93</sup> Dit raakt de vraag of er zoiets is of kan zijn als ‘zuiver rechtswetenschappelijk’ onderzoek enerzijds en ‘praktische of toegepaste rechtswetenschap’ anderzijds. Ook over deze vraag zegt het rapport niets.

(positief) recht'. De advocaat en de rechter en de politicus hebben ieder een eigen rol die steeds op een andere manier bij kan dragen aan de vorming van het (positieve) recht; 'law in action', is ook 'law in ontwikkeling'. Het is naar mijn mening niet juist om te denken dat 'de rechtspraktijk' altijd louter een statisch gebeuren is, waarin simpelweg de vaststaande 'regels' toegepast dienen te worden.<sup>94</sup> De advocaat kan door middel van zijn pleidooi aandacht vragen voor een nog niet eerder doordachte rechtsvraag. De rechter kan in zijn beslissing nieuwe wegen openen om een zekere rechtsvraag op te lossen.<sup>95</sup> Daarbij kan het wetenschappelijk forum uiteraard kader verschaffen; het is echter noodzakelijk dat de advocaat en de rechter beschikken over een 'wetenschappelijke attitude'. Dat wil onder andere zeggen een kritisch en creatief denkvermogen, het kunnen beoordelen van consequenties van handelen, inzicht in causale verbanden. Het proberen zo 'objectief' mogelijk te denken.<sup>96</sup> Het hebben van een 'wetenschappelijke attitude' maakt het in beginsel ook mogelijk om elkaar (d.w.z. 'wetenschappers' en 'professionals') te blijven verstaan. En dat

<sup>94</sup> Ik heb moeite met de term 'voorlichting' waar het rapport aan de hand van Vranken van spreekt. Vakpublicaties zouden een 'voorlichtende' rol aan de praktijk hebben (p. 32). Het hoort bij het beeld dat er aan de éne kant het wetenschappelijke forum is en aan de ándere kant de praktijk. Binnen het wetenschappelijke forum zou het recht 'bediscussieerd' worden terwijl de praktijk niets anders doet dan 'de regels' toepassen.

<sup>95</sup> Het besliskarakter van de rechtspraktijk is een evidentie. De rechter moet een beslissing nemen omdat het wenselijk is dat er in de maatschappij op zeker moment dergelijke beslissingen genomen worden. De rechter draagt op deze wijze zeker bij aan de vorming van het positieve geldende recht. Dat is echter niet hetzelfde als dat de rechter (het) 'Recht' maakt. (Evenmin genereert de wetgever 'Recht'. De wetgever dient te trachten wetten te maken die zo goed mogelijk het 'Recht' benaderen). Vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt zijn ook rechterlijke uitspraken (altijd voorlopige) momenten in de speurtocht naar het 'Recht' zij het langs andere wegen dan de strikt wetenschappelijke in het wetenschappelijk forum. Zie mijn a.w. voor verdere literatuur.

<sup>96</sup> Er is overigens vanuit normatief oogpunt gezien een bijzonder punt van aandacht, daar waar het wetenschappelijk forum en de praktijk elkaar ontmoeten. Dat is de annotatie. Daar mengt de wetenschap zich rechtstreeks in de praktijk en gaat daar direct het debat aan met het praktijkforum. Zo'n noot heeft een wetenschappelijk karakter indien deze bijdraagt aan de verdere vorming van het discours over 'de Rechtsvraag'. Er zijn natuurlijk ook noten die louter een informatief karakter hebben omdat ze alleen maar een (letterlijke) samenvatting geven van de uitspraak of het arrest (soms zelfs door letterlijk de bewoordingen van enkele kernpassages weer te geven met nog een praatje eromheen. Dat soort noten zijn echter geen noten in de eigenlijke zin en dienen in deze discussie geen rol te spelen (het is dan zelfs niet of nauwelijks een 'vakpublicatie'). Zie over de oorsprong van de Nederlandse annotatie de bijdrage van C.J.H. Jansen, 'De Nederlandse bakermat van het annoteren', *NJB* 2003, p. 1757 e.v.

is noodzakelijk want echte (juridische) problemen ontstaan in de praktijk (al kunnen wetenschappers problemen ontdekken die de professionals nog niet gezien hadden) en worden echte oplossingen in de praktijk gerealiseerd, althans daar zouden ze gerealiseerd kunnen worden.

Hoewel bovenstaand citaat uit het rapport naar mijn gevoel belangrijke gedachten bevat is het de vraag wat er uiteindelijk mee gedaan is gelet op het 'strengere' onderscheid tussen wetenschappelijke en vakpublicaties en het vervolgens niet regarderend van 'vakpublicaties' in de evaluaties. De gedachte dat het niet zou gaan om een diskwalificatie (p. 28) krijgt wel erg weinig houvast als men schrijft:

'Een bruikbaar landelijk classificatiesysteem maakt het bovendien voor individuele faculteiten en onderzoeksgroepen eenvoudiger om een adequaat personeelsbeleid te voeren. Nu nog zijn individuele onderzoekers slecht op de hoogte van de maatstaven van productiviteit en kwaliteit waarnaar zij worden beoordeeld.' (p. 26).

Was men zich trouwens bij het schrijven van het rapport werkelijk niet bewust van het mogelijke 'perverse effect'<sup>97</sup> van het niet regarderend van 'vakpublicaties' in de evaluatie(s) dat bestuurders van faculteiten wel eens op het idee konden komen te desinvesteren in 'vakpublicaties'? Het rapport zegt er niets over.

Mijn kritiek komt hier op het volgende neer. In de eerste plaats is het onderscheid tussen wetenschappelijke en vakpublicaties weinig zinvol (veel publicaties hebben niet alleen een hybride karakter, 'de praktijk' is daarnaast geen statisch gegeven en is niet zelden volop in interactie met 'de wetenschap'). In de tweede plaats wordt met de keus om alleen maar (zogenaamde) wetenschappelijke publicaties een rol te laten spelen in de evaluaties ervoor gekozen om het evalueren van rechtswetenschappelijk onderzoek alleen maar een *binnen-academisch* gebeuren te laten zijn; de evaluatie wordt zo niet vanuit een bredere maatschappelijk context opgezet. Weliswaar wordt in het protocol ook wel gevraagd naar wat men denkt van de maatschappelijke relevantie van het onderzoek en de verhouding tot de rechts-

<sup>97</sup> Zie voor een gebruik van het begrip 'perverse effecten', Hans de Bruijn (2004), 'Meetbaarheid en maakbaarheid. Over de perverse effecten van prestatiemeting.' in: *De Academische Boekengids* (2004), nr. 45, p. 9 e.v. In een iets ander verband komt deze term ook voor in het rapport 'Oordelen over rechten' (p. 60). Daar wordt opgemerkt dat prestatiemetingen niet ertoe mogen leiden dat de 'handigen het winnen van de verstandigen'.

praktijk; er wordt niet aan ‘de maatschappij’ of ‘de rechtspraak’ gevraagd wat men vindt van het rechtswetenschappelijk onderzoek!

#### 4.4 *Waarom evalueren we eigenlijk?*

Het voorgaande betreft de vraag waar evaluaties eigenlijk voor bedoeld zijn. Uiteraard moet men daarvoor in de eerste plaats het (SEP) Standard Evaluation Protocol raadplegen; wat zegt het SEP over het doel van evalueren?

‘The evaluation system aims at three objectives with regard to research and research management:

- *Improvement* of the quality of research through an assessment carried out according to international standards of quality and relevance;
- *Improvement* of research management and leadership;
- *Accountability* to higher levels of the research organisations and funding agencies, government, and society at large.’ (p. 5)

De toelichting daarop vervolgt met:

‘This protocol is primarily directed toward the evaluation of scientific research. Traditionally, such evaluation focuses on the quality of work conducted according to the standards of scientific disciplines, and the ways in which results are communicated to a scientific audience. However, the work done in scientific institutions often entails more; that is, institutions have a broader mission.’ (p. 5)

Het SEP zegt dus dat in tegenstelling tot vroeger in onderzoeksbeoordelingen niet alleen nog maar gekeken moet worden naar ‘zuiver wetenschappelijk’ onderzoek en de impact daarvan binnen het wetenschappelijke forum. Het nieuwe systeem vereist aan de ene kant weliswaar het ‘traditionele’ gebeuren, met focus op het wetenschappelijke karakter maar nadrukkelijk wordt eveneens aandacht gevraagd voor de brede(re) maatschappelijke positie van een ‘instituut’.

Het SEP geeft er vervolgens rekenschap van dat diverse disciplines op een andere manier ‘in de maatschappij staan’ en dat dit verschillende wijzen van evalueren met zich mee brengt:

‘In all these cases, standards of quality and relevance might differ, as do patterns of communication. The organisation responsible for evaluating individual institutes should therefore see to it that procedures necessary to assess these particular aspects of an institute’s mission are employed.’ (p. 5)

Hoe zit dat met de rechtswetenschap? Zou men daar kunnen evalueren zonder daarbij het oordeel te betrekken van de Orde van Advocaten, de Vereniging voor Rechtspraak, de Raad voor de Rechtspraak, de Vereniging van Wetgevingsjuristen, en in ruimere zin de Nederlandse Juristen Vereniging, om maar eens wat te noemen? Gelet op de feitelijke en ideologische verwevenheid van rechtswetenschap en rechtspraak zoals hierboven geponeerd zou dat toch bijna niet anders kunnen. Maar zeker als het aankomt op *accountability* zoals genoemd in het SEP is het misschien wel noodzaak. Misschien is het juist wel zo dat in het juridisch gebeuren de verwevenheid van wetenschap en praktijk nog veel sterker is dan in andere disciplines. Het zou wel aardig zijn om te beginnen met de vraag of men vanuit deze organisaties ook iets zou willen opmerken.

Het is van belang om te wijzen op een ander rapport dat verschenen is met de toepasselijke titel ‘*Judging research on its merits*’.<sup>98</sup> Het betreft een gezamenlijke uitgave van de KNAW geschreven door een commissie vanuit de Raad voor Geesteswetenschappen en de Sociaal-Wetenschappelijke Raad. Beide raden functioneren als adviesraad voor ‘de rechtswetenschappen’ dus dit rapport zou binnen de discipline rechtsgeleerdheid de volle aandacht moeten hebben. In dit rapport heeft men bovengenoemde boodschap van het SEP opgepakt en geprobeerd verder uit te werken. ‘The SEP mandates Dutch researchers and research directors to elaborate the evaluation criteria. The present report may be viewed as a step in that direction.’ (p. 10). Het rapport is daar duidelijk een heel andere kant uitgegaan dan het rapport ‘Oordelen over rechten’. ‘The self-evaluation report should make clear whether or not the institute has fulfilled the expectations of the institute’s management with respect to both the institute’s academic reputation *and the reputation of the institute outside the scientific community*’ (mijn cursief, p. 21). Vervolgens wordt in het rapport een uitgebreide lijst gegeven van zogenaamde ‘target groups’ – peers, students, policy makers, business community, professionals (the ‘*learned profession*’ en broader public) – en wordt uitgebreid be-

<sup>98</sup> *Judging research on its merits. An advisory report by the Council for the Humanities and the Social Sciences Council*, KNAW, 2005.

sproken hoe deze groepen geïndiceerd zouden kunnen worden. De wijze waarop dat gebeurt wil ik verder vanaf blijven (daar valt misschien van alles over op te merken). Waar het mij hier om gaat is het karakter van een onderzoeksevaluatie. Het lezenswaardige rapport besluit met een samenvatting in het Nederlands waarvan ik graag een uitgebreid citaat geef.

‘De missie, doelgroepen en wijzen van communicatie van onderzoeksgroepen kunnen binnen en tussen onderzoeksterreinen enorm variëren. Onderzoek richt zich in eerste instantie op wetenschappelijke onderzoekers, maar kan zich ook richten op andere doelgroepen...In de onderzoeksevaluatie moeten alle relevante doelgroepen in aanmerking worden genomen... Het SEP geeft onderzoekers de gelegenheid maar ook de taak om hun missie, hun doelgroepen en de wijzen van communicatie met deze doelgroepen af te bakenen.’ (p. 27)

Het besluit om in de onderzoeksevaluaties voor de rechtswetenschap alleen ‘wetenschappelijke’ output een rol te laten spelen en verder aan ‘de praktijk’ geen rol toe te denken in het evaluatieproces vereist een weloverwogen keuze. In het rapport worden hieraan geen overwegingen gewijd. Het is daarom niet duidelijk of er überhaupt een (weloverwogen) keuze gemaakt is, laat staan dat de gemaakte overwegingen vatbaar zijn voor kritiek. Dit is belangrijk omdat deze keuze rechtstreeks te maken heeft met de vraag naar de rol die ‘de rechtswetenschap’ in het bredere maatschappelijke forum zou moeten innemen (en die vraag hangt uiteraard weer samen met de vraag naar object en methode van de rechtswetenschap).

Tenslotte is hier ook de algemene vraag naar de aard van het visitatiegebeuren aan de orde. Zou een visitatie zich niet beperkend moeten opstellen en veeleer moeten vragen naar randvoorwaarden en kaderlijnen? Dan zouden vragen aan de orde moeten komen zoals: Hoe wordt aan uw instelling de academische vrijheid in acht genomen? Op welke wijze wordt het actieve wetenschappelijke debat aan uw instelling vormgegeven? Wat is uw missie en wordt deze in de organisatie metterdaad vormgegeven? Is er in uw instelling een gezonde mengeling van zuiver theoretisch onderzoek en maatschappijgericht onderzoek? Op welke wijze wordt de verhouding met de (maatschappelijke) achterban vormgegeven? Hoe wordt de relatie

tussen onderzoek en onderwijs aan uw instelling vormgegeven? Etc.<sup>99</sup>

Uiteraard zijn dit vragen die betrekking hebben op de aard en wenselijkheid van een visitatie als zodanig en dienen deze vragen op algemeen niveau (VSNU en politiek) aan de orde te komen (met betrekking tot alle vakgebieden). Maar het is jammer dat het DRG kritiekloos ervoor gekozen heeft om 'binnen het kader' van het Standard Evaluation Protocol te blijven, zij het dat men ernaar gestreefd heeft om 'een protocol te ontwerpen dat past bij het karakter van de rechtswetenschap' (zie het woord vooraf). Zoals hierboven betoogd is men mogelijk te veel binnen het kader van het SEP gebleven; men lijkt maar een deel ervan opgepakt te hebben.

#### *4.5 'Meetbare' factoren? Pas op uw tellen!*

Hoe kan citatieanalyse<sup>100</sup> een objectieve indicatie opleveren voor de kwaliteit van wetenschappelijk onderzoek? Vormen citaties niet een fenomeen dat binnen de wetenschappelijke wereld plaatsvindt en daarom per definitie een subjectief meetinstrument is (als men maar inziet dat 'de wetenschappelijke gemeenschap' een 'subject' is op zichzelf)? Deze vraag is belangrijk omdat het rapport spreekt van meer 'meetbare indicatoren' voor de kwaliteit en kwantiteit van juridisch onderzoek (hoofdstuk 10). Met de term 'meetbaar' wordt waarschijnlijk beoogd 'objectieve' meetmethoden voor de kwaliteit van wetenschappelijk onderzoek aan te duiden. Het rapport maakt overigens wel degelijk kritische opmerkingen over het gebruik van citatieanalyse en pleit voor een gematigd gebruik onder verwijzing naar een

<sup>99</sup> Een aantal van deze vragen zijn op zich wel aanwezig in het huidige protocol maar op deze manier worden ze in een ander kader geplaatst; meer als centrale, elementaire, evaluatiethema's en minder als bijproduct.

<sup>100</sup> Er zijn diverse rapporten verschenen die aandacht besteden aan de wenselijkheid van het uitvoeren (invoeren dus) van citatieanalyse in de rechtswetenschap. Het voert te ver om de vele praktische argumenten die in deze stukken naar voren gebracht worden (vooral tegen) citatieanalyse hier weer te geven. Zie o.a. het Vlaamse rapport Standpunten nummer 3, *Bibliometrie in de Humane Wetenschappen*, Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, Brussel 2004. Maar ook in het rapport van de Vlaamse commissie Verbeke ('Model voor integrale kwaliteitsevaluatie van het onderzoek in de rechtswetenschappen', VLIR, 2004) en het hiervoor genoemde 'Judging research on its merits' komt deze problematiek aan bod.

bijdrage van De Bruijn<sup>101</sup>. Waar het mij hier om gaat is het plaatsen van een meer fundamenteel vraagteken.

Het boek 'Citation Analysis in Research Evaluation'<sup>102</sup> – genoemd in het rapport maar ten tijde van het rapport nog niet beschikbaar – geeft enigszins inzicht in de vraag waar het fenomeen vandaan komt en welke theoretische toepassingen van citatie-analyse er te herkennen zijn. De hamvraag vindt men in het 17<sup>e</sup> hoofdstuk (p. 222): 'What do citations measure?' Het antwoord daarop is verbluffend eenvoudig: *citation impact!* 'Citation impact is basically a quantitative concept...'. De auteur vervolgt met 'Concepts as 'intellectual influence' and 'contribution to scholarly progress' are essentially theoretical concepts of a qualitative nature, and can be assessed only by taking into account the cognitive contents of the work under evaluation.' Hij werkt deze stelling in het genoemde hoofdstuk verder uit overigens zonder verder in te gaan op de achterliggende wetenschapstheoretische kaders bij zijn stellingname. Maar het lijkt voor de hand te liggen dat citatie-analyse een oorsprong lijkt te vinden in extreem relativistische antropologische opvattingen geïnspireerd door stromingen als behaviorisme, fenomenologie en wat dies meer zij. Zie bijvoorbeeld het citaat van Henry Small (p. 200) die begrippen hanteert als, 'labeling process' en 'a process of symbol making'; als men dat soort termen tegenkomt wordt het tijd om op te passen. Vanuit dergelijke stromingen is men – vanuit een relativistische invalshoek – alleen maar geïnteresseerd in het *proces* van wetenschap vanuit socio-psychologisch oogpunt en niet in de *inhoud* van wetenschap vanuit een prescriptief kennistheoretisch kader.<sup>103</sup>

Zoals gezegd was dit boek helaas nog niet beschikbaar toen het rapport gereed kwam zodat de commissie met de inzichten uit dit boek nog geen voordeel kon opdoen. De commissie die zich nader met deze problematiek bezig dient te gaan houden doet er goed aan goed acht te slaan op dit boek.\*<sup>104</sup> Het rapport is wel erg onkritisch als

<sup>101</sup> De Bruijn (a.w.) beschrijft o.a. wat er mis kan gaan als er teveel gehangen wordt in een organisatie aan prestatie-indicatoren. Een bekend proces is het na enige tijd nadat prestatie-indicatoren ingevoerd zijn het 'verfijnen' van de regels, aangeduid met de term 'mushrooming'.

<sup>102</sup> Henk F. Moed, *Citation Analysis in Research Evaluation*, Springer, 2005

<sup>103</sup> Zie voor een toegankelijke 'anekdotische' kritiek op dit 'fenomeen' Popper, *In Search of a Better World*, Routledge, 2000, p. 70 e.v. (in het hst. 'The logic of the social sciences').

<sup>104</sup> Het rapport van de zogenaamde commissie Smits is inmiddels verschenen (voluit: *Naar prestatie-indicatoren voor rechtswetenschappelijk onderzoek; rapport van de Commissie Prestatie-indicatoren en ranking, ingesteld door het Disciplineoverlegorgaan Rechtsgeleerdheid (DRG) van de VSNU*, Maart 2007). Het rapport gaat helaas



men in een voetnoot (p. 27) stelt slechts op te merken dat citatieanalyse in de harde(re) wetenschappen vrijwel volledig is geaccepteerd. Niet alleen verraad de term 'harde wetenschappen' een onjuist beeld over het onderscheid tussen verschillende wetenschappen; als het waar is dat in sommige wetenschappen citatieanalyse 'volledig geaccepteerd' is moet dat daar nog maar eens goed overdacht worden; citaties (zolang het tenminste om citaties binnen dezelfde entiteit gaat) vormen per definitie geen objectief maar een subjectief criterium! Peer review is in beginsel overigens ook aan dit probleem onderhevig. Maar bij peer review is het op zich mogelijk dat de 'peers' in het concrete geval objectieve maatstaven toepassen. Op zich lost citatieanalyse enigszins het probleem op dat de groep peers in kwestie al te zeer op basis van persoonlijke voorkeuren tot een oordeel komt, zonder rekening te houden met de 'peer-groep' als geheel (citatieanalyse geeft in beginsel het standpunt van de peer-groep als geheel weer en is in die zin iets 'objectiever'). Een ander probleem echter namelijk dat (vertegenwoordigers van) een grote 'peer-groep' (binnen een vakgebied) mogelijk geneigd zullen zijn om een kleine 'dissidente' 'peer-groep' te diskwalificeren wordt met citatieanalyses alleen maar vergroot!

Ik kom daarmee op een probleem dat ik graag zou willen benadrukken. Men stelle zich voor dat Kuhn gelijk had met de stellingname in zijn *Structure of Scientific Revolutions* tenminste voor zover hij beoogde daar een beschrijving te geven van de gangbare ontwikkeling in de wetenschappelijk wereld.<sup>105</sup> Wetenschappers zouden volgens deze stellingname dan geneigd zijn om lang vast te houden aan een 'paradigma'. Dat zou betekenen dat onderzoeksgroepen misschien wel de neiging zullen hebben om selectief te citeren. In het

verder op de ingeslagen weg; de inhoud ervan is teleurstellend. Het ware te hopen dat alle *target*-groepen (waar onder de redacties van de Nederlandse tijdschriften) toenaderingspogingen op basis van dit rapport eenvoudigweg zullen negeren. Een zichzelf respecterend tijdschrift zal zich immers als *onafhankelijk* beschouwen en niet willen meewerken aan een centraal georganiseerde classificering. De VSNU is niet de KNVB! (Het staat voor het overige een ieder vrij om binnen de grenzen van de wet ten aanzien van de Nederlandse tijdschriften een indeling te maken die hij maar wil, als hij dat tenminste dienstig vindt aan het wetenschappelijk debat).

<sup>105</sup> Over de vraag of er sprake was van een descriptief dan wel prescriptief karakter is een levendige discussie gevoerd getuige het boek *Criticism and the Growth of Knowledge* (a.w.) Ik kan mij vinden in de constatering van Lakatos die schrijft: 'The dogmatic attitude in science – which would explain its stable periods – was described by Kuhn as a prime feature of 'normal science' But Kuhn's conceptual framework for dealing with continuity in science is socio-psychological: mine is normative.' (p. 177).

Vlaamse rapport 'Bibliometrie in de humane wetenschappen'<sup>106</sup> wordt dit probleem als volgt op treffende wijze verwoord:

'In bepaalde terreinen kan niet, of niet zonder meer gesproken worden over wetenschap in de zin van een *cumulatieve* productie van een *'body of knowledge'* gedragen door een internationale gemeenschap van onderzoekers... Soms zijn in eenzelfde vakgebied sterk tegengestelde paradigma's aanwezig, waarbij slechts één erin slaagt internationale allures aan te nemen en het andere, hoe interessant het eventueel mag zijn, min of meer definitief als minderwaardig zal verschijnen bij vele onderzoekers in het terrein (cf. experimentele psychologie tegenover fenomenologische psychologie of psychoanalyse). Het invoeren van 'ranking' en citaties zal waarschijnlijk de doodsteek betekenen voor het andere paradigma, dat dikwijls een eerder lokale traditie van onderzoek voortzet die niet heeft willen toegeven aan bepaalde internationale modes of trends.' (p. 10)<sup>107</sup>

Men kan zich makkelijk voorstellen dat dergelijke 'scholen' ook binnen de rechtswetenschap te herkennen zijn. Waarom zou dit probleem zich trouwens niet ook voordoen in de exacte wetenschappen? Dit lijkt overigens alleen maar een praktisch argument tegen het gebruik van 'ranking' op basis van 'citaties' maar het is veel meer dan dat. Uit oogpunt van wetenschappelijke ontwikkeling is het wenselijk dat er een vrije wetenschappelijke discussie is en dat er binnen de academische wereld 'dissidenten' zijn. De geschiedenis leert dat 'in hindsight' dissidenten buitengewoon belangrijk kunnen blijken te zijn. Daarom is het onwenselijk om 'dissidenten' het zwijgen op te leggen. Of men dat nu wil of niet, *de facto* vormen citatieanalyses een middel dat *dogmatisme* in de wetenschap ondersteunt.

<sup>106</sup> Zie noot 98.

<sup>107</sup> Men heeft in dat rapport grote twijfels bij het invoeren van citatieanalyses in de rechtswetenschap: 'Gelet op wat vooraf gaat kan men zich de vraag stellen of een bibliometrische methode überhaupt bruikbaar kan zijn voor een beoordeling van de kwaliteit van het onderzoek in de rechten. Alleen een inhoudelijke beoordeling maakt het immers mogelijk om de evaluatie van onderzoekers in de humane wetenschappen door te voeren.' (p. 23). Men vervolgt deze passage weliswaar met: 'Toch kunnen bibliometrische gegevens bruikbaar zijn als één van de instrumenten die aangewend worden in het raam van een kwaliteitsbeoordeling.' (p. 23), de mitsen en maren die daarna echter nog opgeworpen worden lijken van zodanig gewicht dat men zich toch echt moet afvragen of het de moeite waard is om er verder nog over dit onderwerp na te denken.

Een andere 'meetbare factor' betreft de kwestie 'output'. Wat is een wenselijke/optimale hoeveelheid output? In het evaluatieprotocol wordt gevraagd in aantallen de hoeveelheid output te vermelden. Wat is het belang hiervan? Het gevaar bestaat dat men al te gemakkelijk denkt dat zoveel mogelijk output (in termen van eenheden) een indicator is voor kwaliteit. In het CPB-rapport 'Prikkel de Prof'<sup>108</sup> wordt een voorbeeld aangehaald op basis waarvan zou blijken dat stukloon prestatieverhogend werkt. Het ging daarbij om de overgang van uurloon naar stukloon in een bedrijf dat kapotte autoruiten vervangt (p.31). Het vervangen van een kapotte autoruit zal binnen bepaalde grenzen waarschijnlijk wel eenzelfde *input* vereisen; een belangrijke factor bij het invullen van de term 'productiviteit'. Wanneer de productie (in termen van output) omhoog gaat kan men in een dergelijk geval gevoeglijk aannemen dat de 'productiviteit' toegenomen is. Maar wetenschappelijke artikelen zijn uiteraard niet te vergelijken met kapotte autoruiten. De hoeveelheid *input* kan per *outputeenheid* (bijvoorbeeld een artikel in een tijdschrift) enorm verschillen. Het is daarom bij wetenschappelijke output ongeoorloofd om te spreken van 'productiviteit'. Het is eveneens ongeoorloofd om wetenschappelijk medewerkers te 'prikkel' met stukloon.

De commissie lijkt zich van deze problematiek zeer goed bewust te zijn geweest blijkens volgende passage die mogelijk ook rechtspositioneel van belang is:

'Onze commissie is er geen voorstander van voor de classificatie als wetenschappelijke publicatie een minimum aantal *woorden* als voorwaarde te stellen. Kwantiteit (zowel in woorden als in publicaties) kan voor een beoordeling van de onderzoekskwaliteit van belang zijn, maar als een daarvan onafhankelijke, zelfstandige beoordelingsfactor roept zij aarzelingen op. De toets zou steeds moeten zijn of de inhoud de kwantiteit rechtvaardigt. Dit geldt zowel voor het geval dat de kwantiteitstoets betrekking heeft op de al dan niet beoordeling van het werk/publicatie zelf, als voor het geval dat deze toets betrokken wordt op de effectiviteit of efficiëntie van het onderzoek als zodanig dan wel op het voldoende functioneren van de onderzoeker (aantallen publicaties). Achter beknoptheid kunnen parels van rechtswetenschappelijke literatuur schuilgaan. Voorkomen moet worden dat men een onderzoeker verplicht een artikel in

<sup>108</sup> M. Pomp, R. Venniker en M. Canoy, *Prikkel de prof. Een analyse van de bekostiging van universitair onderzoek*, CPB Document no. 36, Oktober 2003.

omvang te verlengen, omdat het anders niet mee zou tellen in de een of andere beoordeling. Toch zal men, om aan de zojuist genoemde kenmerken van wetenschappelijke publicatie te voldoen, in het algemeen toch wel aan zo'n 4000 woorden moeten denken. Maar het gaat dan om niet meer dan een *richtlijn*. Een eerdere VSNU-visitatie *eiste* een minimum aantal bladzijden van vijf (ca. 2000 woorden).<sup>109</sup> (p. 31, cursief in origineel).

Wat de rechtspositionele implicaties betreft moet benadrukt worden dat het rapport, onder de vlag van de VSNU, in opdracht van de gezamenlijke decanen van de rechtenfaculteiten geschreven en goedgekeurd is. Toevalligerwijs treden deze gremia elders ook op in de hoedanigheid van *werkgever*. Deze passage bijt op die manier de ontwikkeling om een minimum aantal publicaties (3 artikelen) als (basis-)functioneringsvereiste in het leven te roepen (wat iets heel anders is dan een *richtlijn*).<sup>109</sup>

#### 4.6 Het project

Het rapport besteedt relatief veel aandacht aan het belang van programmatisch onderzoek. De visitaties zouden in beginsel daarop gericht moeten zijn. Het belang van individueel onderzoek wordt wel ingezien. Programmatisch onderzoek 'mag niet in de weg staan aan de ontwikkeling van individueel talent' (p. 23). Maar al met al mag slechts 10% van het totaal aangeboden onderzoek – in aantallen publicaties – opgevoerd worden bij de visitaties. Het moet dan wel gaan om 'heel bijzondere publicaties die iets zeggen over de over de kwaliteit van de betrokken faculteit of om publicaties die het startpunt lijken te vormen van een nieuwe onderzoekslijn' (p. 24). Op zich zou ik het belang van programmatisch onderzoek niet willen betwisten. Maar waarom zo'n strak keurslijf? Uiteindelijk laat men de faculteiten vrij om zelf te bepalen hoeveel niet-programmagebonden onderzoek zij binnen de eigen instelling verantwoord acht. Maar dat is toch wel een problematische opmerking. Faculteiten zouden wel eens in de verleiding kunnen komen om niet programmagebonden onderzoek in het geheel geen (financiële) prioriteit te verlenen, zoals Hartlief over Maastricht opmerkt (*NJB* p. 420). Was de commissie zich werkelijk in het geheel niet bewust van mogelijke 'perverse effecten' van deze 'push'? Men zou trouwens toch denken dat ook achter en in een

<sup>109</sup> Domme vraag: dit artikel telt meer dan 8000 woorden, telt dit dan voor twee?

programma de kwaliteit van de individuele bijdragen uitmaakt wat de kwaliteit van het geheel is?

De redenen die men opgeeft vallen eerlijk gezegd wel een beetje tegen. De *bottom-line* is dat 'het toekomstige rechtswetenschappelijke onderzoek meer en meer programmatisch van aard zal zijn, of men er nu de voordelen wél of niet van inziet' (p.23). Maar een belangrijke formele reden lijkt men te vinden in het SEP. De paragraaf over programmatisch onderzoek (6.2, p. 20) begint met 'Het Standard Evaluation Protocol (SEP) schrijft voor dat de onderzoeksvisitatie vooral is gericht op programmatisch samenhangend onderzoek.' En 'Onderzoek dat geen deel uitmaakt van een programma wordt blijkens het SEP als regel niet in de visitatie betrokken'. Maar raadpleging van het SEP leert dat dit helemaal niet zo is! Het SEP schrijft in het hoofdstuk 'Objectives of the evaluation system':

'With regard to the objective of *improvement*, the system is directed toward both the research and its management. Evaluators are explicitly asked to judge not only the performance of an institute's research and researchers, but also its leadership, strategy and policy, and research organisation.' (p. 7).

Een *voorschrift* betreffende programmatisch onderzoek is niet te vinden! Pas in Appendix 3 waar het gaat om 'Contents of the documentation' wordt onderscheid gemaakt tussen werk uitgevoerd binnen een programma of daarbuiten. Maar het lijkt er alleszins op dat dit onderscheid alleen maar functioneel is, vooral bedoeld uit administratief oogpunt. Mogelijk gaat men er vanuit dat er veel onderzoek binnen programma's plaatsvindt maar dat er ook onderzoek buiten programma's plaatsvindt doet men niet moeilijk over in het SEP. 'Research conducted outside the scope of a programme and other work within the institute may be added separately' (p. 27). Zo simpel is dat. Een restrictie in de zin van maximaal 10% of zoiets is in geen velden of wegen te bekennen.<sup>110</sup> In dit licht krijgt de bijzondere plaats voor het projectmatige in het rapport een dwangmatig karakter ('tunnelvisie' met een modieuze term). Het is gissen naar de oorsprong daarvan.

Het valt op dat het rapport een tikkeltje onduidelijk is over wat men precies zich zou moeten voorstellen bij een programma. Wan-

<sup>110</sup> De voorbeeldformulieren (vanaf p. 28) geven gewoon aan bij 'Research programme level (add for each programme)' in de tweede kolom 'programme nr.' en dan, tussen haakjes, '(or 'other')'.

neer is er sprake van een programma en wanneer (nog) niet? Wat zijn de formele en materiële vereisten om van een programma te kunnen spreken? Dat lijkt toch wel erg belangrijk als faculteiten mensen mensen uit de faculteit te moeten verwijderen als zij niet in een programma passen, zoals Hartlief suggereert.<sup>111</sup> Genoemd wordt de term 'centrale onderzoeksvraag' (p. 20) en 'Programma's moeten het object van het onderzoek nader bepalen, richtinggevend zijn voor de aard en de samenhang van het onderzoek en een zekere wervingskracht uitstralen' (p. 21). Daarnaast merkt men op: 'Van bestuurders mag men echter vragen erop toe te zien dat programma's voldoende ruimte laten voor nieuwe, onverwachte ontwikkelingen in recht en samenleving, én voor de ontwikkeling van individueel talent'. Maar dat laatste wordt, zoals boven opgemerkt, wat betreft de visitatie/evaluatie behoorlijk aan banden gelegd.

Door niet wat meer aandacht te besteden in het rapport aan het karakter van 'het programma' bestaat het gevaar dat faculteiten het begrip 'programma' op een iets te laag abstractieniveau gaan uitwerken (misschien was dat bij de commissie ook wel het geval). Men zou daar lang over kunnen filosoferen en daarbij o.a. de geschiedenis van het programma in de vorige visitatieronden betrekken.<sup>112</sup> Hier volsta ik echter met het vragen van aandacht voor hetgeen de wetgever opgemerkt heeft over de aard van 'het programma'. Het lijkt erop dat de wetgever zich bewust is geweest van de gedachte dat programma-tisch werken niet ten koste mag gaan van de 'academische vrijheid'. Een kwestie waarvoor in het rapport ten onrechte geen aandacht is. Het betreft een gedeelte uit de nadere memorie van antwoord bij de MUB (Modernisering universitaire bestuursorganisatie).<sup>113</sup> Bij het oorspronkelijke art. 6 WHW (Wet hoger onderwijs en wetenschap) kan men vergelijkbare gedachten vinden maar ik beperk mij hier tot de 'MUB-passages'. Gezien het belang van deze passage citeer ik (weer) uitvoerig:

Voor een goed begrip van de verhouding tussen de aspecten vorm en inhoud, bestuur en vrijheid van wetenschappelijk onderzoek en onderwijs is het van belang nauwkeuriger vast te stellen wat het begrip vrijheid van wetenschappelijk onderzoek en onderwijs – de academische vrijheid – inhoudt. In artikel 1.6

<sup>111</sup> Hartlief a.w., p. 420

<sup>112</sup> Daaruit kent men in ieder geval het neologisme 'parapluprogramma'.

<sup>113</sup> Het betreft de wet van 27 februari 1997, houdende wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in verband met de bestuursorganisatie van en medezeggenschap in universiteiten.

WHW wordt bepaald dat aan de instellingen de academische vrijheid in acht genomen wordt. Het wetsvoorstel doet daaraan niets af. Evenals thans reeds, zal ook in de toekomst academische vrijheid heersen aan de instellingen waarop de WHW betrekking heeft. Academische vrijheid is specifiek gericht op de positie van individuele docenten, studenten en onderzoekers. Zij kunnen bij het geven van onderwijs, het ontvangen van onderwijs of het verrichten van wetenschappelijk onderzoek hun eigen wetenschappelijke inzichten volgen en zijn daarbij niet afhankelijk van bepaalde politieke, filosofische of wetenschapstheoretische opvattingen. De docent heeft bij het geven van onderwijs de vrijheid om op zijn gebied die wetenschappelijke opvattingen te verkondigen die naar zijn mening de juiste zijn, en de inhoud en methode te bepalen van het door hem te geven onderwijs. *Zo heeft de onderzoeker de vrijheid om zelf het onderzoeksthema te initiëren en eigen inzichten te volgen.* Voor het ontvangen van onderwijs duidt de academische vrijheid op vrijwaring van indoctrinatie (mijn cursief).<sup>114</sup>

De ‘academische vrijheid’ brengt dus volgens de wetgever met zich mee dat de onderzoeker zelf ‘het onderzoeksthema’ kan initiëren. De passage die volgt ziet o.a. op het fenomeen programma.

‘De vrijheid in het geven van onderwijs of het beoefenen van de wetenschap is niet geheel onbeperkt. In lijn met het beginsel van integraal management zijn het college van bestuur op instellingsniveau en de decaan op faculteitsniveau binnen door het college van bestuur te stellen kaders verantwoordelijk voor het beleid terzake van onderwijs en onderzoek. *Dit beleid vormt een kader voor de docenten en onderzoekers.* Het beleid van het college van bestuur en de decaan kan voortkomen uit de strategische dialoog en de daarop gebaseerde afspraken met de instelling. De docent werkt in het kader van de vastgestelde onderwijs- en examenregeling. *Evenzo verricht de onderzoeker zijn wetenschappelijke arbeid binnen het kader van het vastgestelde onderzoekprogramma.* Voorts dient hij uiteraard ook te voldoen aan maatschappelijke en ethische normen en wetenschappelijke maatstaven (mijn cursief).’

<sup>114</sup> *Eerste Kamer*, vergaderjaar 1996–1997, 24 646, nr. 41e, pp. 6-7

Uit een combinatie van beide passages moet volgen, wil e.e.a. tenminste met elkaar te rijmen zijn, dat een onderzoekprogramma een zodanig abstractieniveau heeft dat het daarbinnen mogelijk is om zelf een onderzoeksthema te initiëren. Kennelijk is het zo dat hoewel de wetgever het op zich wenselijk acht dat er programmering van wetenschappelijk onderzoek is, een dergelijke programmering *noodzakelijkerwijs* een *kaderscheppend* karakter heeft.

Naast deze passages uit de parlementaire geschiedenis wijs ik tenslotte ook graag op een passage uit de notitie *Wetenschapsbudget 2004*<sup>115</sup> van de Minister van OC&W die van belang lijkt voor onderhavige materie.

‘De universiteiten zijn de plaats bij uitstek waar het ongebonden en onorthodoxe onderzoek de ruimte moet krijgen. Zij moeten een broedplaats zijn van nieuwe kennis en inzichten. Tegelijk is essentieel dat er een intensieve wisselwerking bestaat tussen de universiteiten en de maatschappij, zodat het universitaire onderzoek antwoord geeft op maatschappelijke vragen en de resultaten ervan leiden tot bedrijvigheid en maatschappelijke meerwaarde.’ (p. 6)

De vraag lijkt voor de hand te liggen of ‘vrij wetenschappelijk onderzoek (‘ongebonden en onorthodox’) niet het beste floreert zonder dat er sprake is van programmagebonden onderzoek. Omgekeerd ligt het misschien ook voor de hand dat ‘maatschappijgericht onderzoek’ eerder binnen programma’s plaats zal (moeten) vinden, op basis van min of meer concrete strategische doelen van een instituut (universiteit of faculteit). Onderzoekers zouden in ieder geval altijd de ruimte moeten krijgen om naast programmatisch onderzoek ook ‘eigen’ onderzoek te doen. Om alleen maar programmatisch onderzoek in de evaluaties te betrekken lijkt een maatregel zonder oorzaak.

#### *4.7 Uitleiding*

Er lijkt op het moment niet zoveel gedebatteerd te worden over ‘academische vrijheid’.<sup>116</sup> De academische vrijheid is een groot goed en is op zich stevig wettelijk verankerd. Toch is het misschien de moeite

<sup>115</sup> Het document is te downloaden van de website van het ministerie onder ‘kamerbrieven’.

<sup>116</sup> Misschien dat de kwestie Van der Horst (UU) daar verandering in zal brengen.



waard om de academische vrijheid op te nemen in het rijtje basisbeginselen dat ten grondslag ligt aan de gedachte van de democratische rechtsstaat. Natuurlijk wordt de academische vrijheid voor een belangrijk deel ondersteund door de standaard ‘grondrechten’. Het betreft echter meer dan dat. De academie zou misschien ook beschouwd kunnen (en moeten) worden als een (zowel virtueel als fysiek) aparte ‘vrijplaats’.<sup>117</sup>

Er is een op zich vreemde situatie namelijk dat de mensen die binnen de academie ‘het werk’ doen voor een belangrijk deel uitmaken wat ‘het werk’ is. Zij moeten daar wel op aangesproken kunnen worden door de buitenwereld maar de buitenwereld mag nooit de academie ‘overvleugelen’. Het gevaar lijkt nu te bestaan dat de academische vrijheid in gevaar gebracht wordt door een tendens naar al te concrete ‘programma’s’, ‘outputnormen’ en ‘prestatie-indicatoren’; een bedreiging van binnenuit als het ware. Academici mag en moet gevraagd worden om verantwoording af te leggen voor wat zij doen, het gaat tenslotte om gemeenschapsgeld. Maar om creatief, onorthodox en ongebonden onderzoek te kunnen doen moet je de wetenschappers ook een beetje de ruimte laten om te doen wat zij leuk en belangrijk vinden. In ruil daarvoor verdienen ze ook niet zoveel. Trouwens, er is onderzoek waar soms helemaal niet direct van zichtbaar is wat het ‘nut’ ervan is, zeker als het onderzoek nog loopt. Vaak komt men er ‘in hindsight’ pas achter dat bepaald onderzoek ‘succesvol’ is of niet. Een belangrijke reden om ‘productiviteit’ niet te verwarren met ‘productie’. Zeker niet als men denkt dat ‘productie’ een criterium voor kwaliteit zou kunnen zijn.

<sup>117</sup> Zie H. Bianchi, *Gerechtigheid als Vrijplaats*, Ten Have, Baarn, 1985.



## **5. De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief; een kritiek tegenover de ‘heersende leer’ zoals verwoord door Stolker?**

### *5.1 Inleiding*

Deze bijdrage kan gezien worden als een vervolg op mijn artikel ‘Oordelen over rechten?’<sup>118</sup> waarin ik een kritiek gegeven heb op het rapport ‘Oordelen over rechten’ – met daarin de richtlijnen voor de komende visitatieronde rechtswetenschappelijk onderzoek.<sup>119</sup> In het genoemde artikel heb ik vooral stilgestaan bij het rapport zelf. Een belangrijk punt van kritiek bestond er uit dat de vraag ‘wat is (goed) rechtswetenschappelijk onderzoek?’ in het rapport onbeantwoord bleef (zie met name par. 2.2).

In dit artikel wil ik in meerdere mate een constructieve bijdrage leveren aan het beantwoorden van de vraag wat de methode van rechtswetenschappelijk onderzoek zou moeten zijn. Ik zoek daarvoor

<sup>118</sup> J.A.I. Wendt, ‘Oordelen over rechten’, *RMThemis* 2006/5, p. 202 e.v.

<sup>119</sup> Standaard Evaluatie Protocol Rechtsgeleerdheid (december 2005), behorend bij Rapport ‘Oordelen over rechten’(oktober 2005), van de Commissie Voorbereiding Onderzoeksbeoordeling Rechtsgeleerdheid (ook bekend onder de naam ‘Commissie Stolker’). Het rapport is niet onbelangrijk. De visitatie krijgt door allerlei ontwikkelingen steeds meer het karakter van een instrument aan de hand waarvan (de) middelen verdeeld worden. Het rapport is te downloaden van de website van de VSNU, de werkgeversvereniging van de gezamenlijke rechtswetenschappers. Het rapport is vastgesteld door het zogenaamde *DRG*, het *Disciplineoverlegorgaan Rechtsgeleerdheid* waar de decanen van de juridische faculteiten in plaatsnemen. Stolker was ten tijde van het uitspreken van zijn Diesrede (zie noot 3) portefeuillehouder Onderzoek van het faculteitsbestuur en ten tijde van het verschijnen van het rapport gewoon decaan te Leiden.

aansluiting bij de Diesrede van Stolker<sup>120</sup> – voorzitter van de naar hem genoemde commissie welke het rapport ‘Oordelen over rechten.’ heeft opgesteld. Daarbij neem ik niet alleen stelling tegen zijn positie maar beschrijf ik ook in meer algemene termen de methode der rechtswetenschap zoals deze volgens mij kan voortvloeien uit een kritisch-rationeel kader.<sup>121</sup> Dit kan concrete toepassing krijgen aan de hand van de casus die Stolker gebruikt ten behoeve van zijn beoog: *wrongful life*. Het gaat mij er hier nadrukkelijk niet om een concrete oplossing van de problematiek rond het thema *wrongful life* aan te reiken maar om het beschrijven van een rechtswetenschappelijke methode aan de hand van deze door Stolker aangedragen casuïstiek.

Op zoek naar de wetenschapstheoretische achtergrond van het rapport ‘Oordelen over rechten’ komt men als vanzelfsprekend uit bij genoemde rede van Stolker. De persoon van Stolker zal wel niet vereenzelvigd mogen worden met het rapport, zodat niet gesteld kan worden dat in zijn rede de wetenschapstheoretische grondslagen te vinden zijn van de inhoud van dat rapport. Daar komt echter bij dat de rede op zichzelf voldoende de aandacht verdient. Er is tot heden weinig of geen kritiek geweest in de ‘vakpers’ en Stolker is aangebleven als voorzitter van de commissie die de richtlijnen opstelde nadat hij zijn rede gehouden had. Vertegenwoordigt (de rede van) Stolker de ‘heersende leer’ als het gaat om de vraag wat (goed) rechtswetenschappelijk onderzoek is?

Het plan van aanpak is als volgt. Allereerst wordt stilgestaan bij het methodologische antwoord dat Stolker geeft op de casus *wrongful life* zoals hij die schetst en wordt getracht de essentie van het wetenschapstheoretische kader waarop Stolker zich baseert weer te geven (par. 2). In de derde paragraaf wordt getracht uitgangspunten te formuleren voor een rechtswetenschappelijke methodiek zoals die naar mijn mening op het denken van met name Karl Popper – en in min-

<sup>120</sup> C.J.J.M. Stolker, ‘Ja, geléerd zijn jullie wel!’; over de status van rechtswetenschap’, *NJB* 2003/15, p. 766 e.v.

<sup>121</sup> In mijn artikel ‘Popper en de rechtswetenschap; kanttekeningen bij het huidig debat’ heb ik reeds een introductie gegeven tot het werk van Karl Popper en aan de hand van zijn werk vraagtekens geplaatst bij het debat over rechtswetenschap zoals dat in Nederland enkele jaren geleden gevoerd is. Daarbij heb ik tevens aandacht gevraagd voor enkele oudere Nederlandse auteurs (waar onder Scholten, Eggens, Dooyeweerd) die naar mijn gevoel in dit debat te weinig aan bod kwamen. Zie J.A.I. Wendt, ‘Popper en de rechtswetenschap; kanttekeningen bij het huidige debat’, *RM-Themis* 2005/4, p. 181 e.v.

dere mate Hans Albert – gebaseerd kan worden.<sup>122</sup> Teneinde dit zo adequaat en toegankelijk mogelijk te doen is er voor gekozen om dit betoog op te bouwen door middel van een reeks van *stellingen*. Deze derde paragraaf vormt letterlijk en figuurlijk het hart van dit artikel en is ook van belang voor de minder juridisch georiënteerde lezer gezien de ook algemene wetenschapstheoretische stellingnamen. Vervolgens wordt aan de hand van de daarvoor ontwikkelde gedachten een alternatief methodologisch antwoord geformuleerd op de problematiek die Stolker aangehaald heeft (par. 4). Een en ander wordt afgerond met een uitleiding met daarin een terugblik op het rapport ‘Oordelen over rechten’ (par. 5). De vraag die ik eerder gesteld heb naar de inhoudelijke wetenschapstheoretische onderbouwing van de stellingen uit dat rapport, of liever gezegd, de vraag naar de mogelijkheid van het ontbreken daarvan, lijkt nu beantwoord te kunnen worden.

## *5.2 De wrongful life-casus van Stolker*

### *5.2.1 Zijn methodologische antwoord*

In de eerste drie paragrafen van zijn betoog bespreekt Stolker de problematiek rondom het thema *wrongful life*. Hij wil daarmee de vraag beantwoorden ‘wat het betekent dat de rechtswetenschap een wetenschap is’ en stelt weliswaar dat het recht wetenschappelijk bestudeerd wordt maar dat ‘het van andere wetenschappen kan leren wetenschappelijker (cursief Stolker) te worden’ (p. 767). Hoe zou de rechtswetenschap moeten omgaan met het vraagstuk *wrongful life* vanuit (wetenschappelijk) methodisch oogpunt? Om met Stolker mee te gaan citeer ik hieronder volledig zijn 3<sup>e</sup> paragraaf. Hij lijkt daarin zijn antwoord al te geven waarvoor hij in het vervolg een wetenschapstheoretische onderbouwing geeft.

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

<sup>122</sup> Alberts werk kan, hoewel duidelijk binnen dezelfde school, niet vereenzelvigd worden met het werk van Popper. Albert gaat wel verder op het terrein van de sociale wetenschappen dan Popper en hij zet ook wat betreft de methode van de rechtswetenschap concrete stappen. In deze (en vorige) bijdrage(n) richt ik mij in de eerste plaats nadrukkelijk op het werk van Popper. Hier en daar wordt echter ook Albert aangehaald vanwege het belang van zijn denken binnen het kritisch rationalisme voor de rechtswetenschap.

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

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

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

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

*Dit is de wrongful life-casus en de oplossingen die men daarvoor heeft gevonden.’* (mijn cursief).

De laatste zin heb ik met opzet gecursiveerd en roept bij mij de volgende vragen op. Is dit alles? Bestaat het werk van de rechtswetenschapper eruit verschillende posities inzake een zekere kwestie in het debat in kaart te brengen en eventueel vast te stellen welke positie door een zekere groep als meest houdbare gezien wordt? Zou het toppunt van (rechts)wetenschappelijke arbeid zijn het kunnen vaststellen dat een zekere positie een *communis opinio* betreft hetgeen vervolgens – en om die reden – als de ‘objectieve waarheid’ inzake de onderhavige kwestie aanvaard wordt? Gekke vraag? Aanhangers van de stroming die zich laat omschrijven als de ‘*sociology of knowledge*’ zullen deze vragen positief (moeten) beantwoorden. Is Stolker aan-

hanger van deze stroming? De door hem met instemming aangehaalde De Vries kiest in ieder geval nadrukkelijk voor een Kuhniaanse ‘sociologie van de wetenschappelijke kennis’.<sup>123</sup>

Stolker stelt meteen na het bovenstaande de vraag (met de titel van de 4e paragraaf): ‘Is dit wel wetenschap?’ De reden waarom hij deze vraag stelt verdient de aandacht. Stolker lijkt deze vraag immers te stellen naar aanleiding van het door hem geponeerde feit dat er op de casus *wrongful life* niet één *right answer* zou zijn. Hij schrijft: ‘... hoort de rechtsgeleerdheid, waarin het mogelijk is dat kennelijk verstandige mensen over een en dezelfde zaak tot zulke uiteenlopende conclusies komen, dan wel thuis in een universiteit?’ (p. 769). Wat bedoelt Stolker? Zou hij bedoelen dat het op een dergelijke vraag *moeilijk* is een (objectief) antwoord te vinden? Of zou hij bedoelen dat een objectief antwoord op voorhand uitgesloten is (niet moeilijk dus maar *onmogelijk*)? Met andere woorden: *is Stolker relativist?*

De wijze waarop Stolker ten slotte de kwestie toch ook inhoudelijk lijkt te beantwoorden is in mijn ogen onbevredigend: ‘Negen antwoorden op één (moeilijke) vraag. Niet één *right answer*’. Waarom zou er eigenlijk niet één *right answer* zijn? Het enkele feit dat het *moeilijk* lijkt om een antwoord te vinden betekent toch niet dat er geen antwoord *is*? Betekent dit dat het er in de rechtswetenschap alleen om gaat verschillende mogelijke antwoorden in kaart te brengen en verder naast elkaar te laten staan? Is het dan vervolgens aan de hand van de uitkomst van het debat te bepalen welke uitkomst voorlopig als de juiste beschouwd dient te worden? Is recht inderdaad *niets meer* dan een discursieve grootheid? Is dit alles?

### *5.2.2 Stolkers wetenschapstheoretische uitgangspunten*

Hoewel het betoog van Stolker vrij uitvoerig is en hij heel wat ter overdenking (of weerlegging) aandraagt, meen ik mij in het weergeven van de wetenschapstheoretische uitgangspunten van Stolker te kunnen beperken tot een aantal wat mij betreft essentiële stellingen uit zijn betoog. Ik noem in de eerste plaats zijn kennelijke keuze voor een relativistische wetenschapsopvatting. Dit maak ik op uit zijn

<sup>123</sup> Gerard de Vries, *De ontwikkeling van wetenschap*, Wolters-Noordhoff, Groningen 1995, p. 142 e.v. Heel zwart/wit gesteld komt het er bij deze stroming op neer dat het in de epistemologie niet meer zou gaan over de inhoud van het wetenschappelijk onderzoek (vanwege het verwerpen van de mogelijkheid van een objectief waarheids-criterium) maar om de studie naar de wijze waarop wetenschappers hun werk doen.

verwijzing naar Smith, die door Stolker op de volgende wijze geciteerd wordt:

‘We betwisten of rechtvaardigen onze uitspraken binnen een gemeenschap van deelnemers, door ons te beroepen op gezichtspunten (het autoriteitsargument, IW) die door allen, de meesten of de verstandigsten (wie zijn dat dan? IW) voor waar of geldig worden aangezien. Uitspraken of interpretaties zijn niet ‘waar’ of ‘geldig’ als de proposities corresponderen met een vooraf gegeven stand van zaken – die is er niet – maar zijn dat als ze in overeenstemming zijn met gezichtspunten, concepten, waarden en beginselen waarover in de gemeenschap consensus bestaat. (...) Niet iedere interpretatie is dus even goed; niet elk argument is steekhoudend; niet alle regels zijn rechtsregels.’<sup>124</sup>

Op zich is hetgeen er in dit citaat staat al genoeg om een relativisme aan te nemen. Het is echter mogelijk nog van belang om te wijzen op het gedeelte van het citaat van Smith dat Stolker heeft weggelaten. Volledigheidshalve geef ik dat eveneens weer:

‘Antigoné’s gelijk berust in het hermeneutische paradigma niet op het mogelijke bestaan van de goddelijke wet waarop zij zich beroept, niet op een ontologisch feit, maar op het gezag dat dit argument in de Thebaanse gemeenschap heeft en dit is weer afhankelijke van de plaats die haar argumenten innemen in het netwerk van opvattingen, meningen en concepten waaraan de gemeenschap zijn identiteit ontleent. De gelding van proposities is, met andere woorden, niet absoluut, maar *relatief*, nauw verbonden met de lotgevallen van het ware, goede en rechtvaardige in historische en dus veranderlijke gemeenschappen, en *relationeel*, afhankelijk van argumenten en tegenargumenten.’ (Smith, p. 69).

Mogelijk is dit relativisme op zichzelf reeds inderdaad voor Stolker een belangrijke reden om te menen dat het eenvoudigweg *niet mogelijk* is om verder te komen dan het inventariseren van een aantal meningen, aangezien uit een relativistische positie een objectief waarheidsbegrip verworpen moet worden. Dat betekent voor onze

<sup>124</sup> C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm*, diss. Leiden 1998, p. 69. Recht is kennelijk wat de meerderheid als recht beschouwt, positivistischer en tegelijk relativistischer dan dit is niet voor te stellen.



casus heel concreet dat *op voorhand* de mogelijkheid van een objectief antwoord op de vraag hoe om te gaan met *wrongful life*-claims uitgesloten moet worden. Als dat het geval is heeft het natuurlijk ook geen zin meer om verder naar een (objectief) antwoord te zoeken.

Daarbij komt in de tweede plaats het gegeven dat Stolker – hoewel hij zich nadrukkelijk uitspreekt voor een hermeneutisch perspectief (overigens op zichzelf al een relativistische stroming, zoals ook wel uit het bovenstaande citaat van Smith blijkt) – het standpunt lijkt in te nemen dat de wereld van de harde (empirische) feiten gescheiden moet worden van wereld van het persoonlijke oordeel. Dat subjectieve oordeel lijkt volgens Stolker iets dat niet tot de wetenschap behoort en daarom op de achtergrond moet blijven. Ik leid dat af uit het volgende citaat.

‘Het is vaker opgemerkt dat het rechtswetenschappelijk onderzoek zich meer richt op het recht zoals het *zou moeten zijn*, dan op het recht zoals het *is*. In vrijwel alle wetenschappen is het omgekeerde het geval. Historici hebben hun handen vol aan het reconstrueren, begrijpen en verklaren van het verleden; zoals sociologen hun handen vol hebben aan de maatschappij en politicologen aan het politieke systeem, germanisten hun handen vol hebben aan die moeilijke taal, etc. Een historicus zal zich nooit uitlaten over de vraag hoe de geschiedenis had moeten verlopen, zomin als een germanist zich niet zal uitlaten over de vraag hoe het Duits eruit zou moeten zien. En nu de maatschappijwetenschappen zich niet meer, zoals in de jaren zeventig van de vorige eeuw, tot doel stellen kritisch te zijn en de maatschappij te verbeteren, zijn het ook ‘gewone’ wetenschappen geworden. Recht is daarentegen in hoge mate óók een normatieve wetenschap. We zagen dat aan de hand van de *wrongful life*-casus: hoe moraal, maar ook inzichten over de inrichting van onze nationale en internationale samenleving, doorklinken in de uitkomsten van de onderzoeker. Het is het eigen oordeel van de onderzoeker. Voor dat deel is een harde toetsing niet eenvoudig; maar *controle wel*’ (p. 773).

Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat Stolker naast zijn keuze voor de hermeneutische positie hiermee toch ook in de empiricistische (of analytische) traditie staat waar metafysische kennis als zinloos aangeduid wordt en in ieder geval geen plaats heeft in het wetenschappelijk bedrijf. De twee hier genoemde sporen in het betoog van Stolker leiden vermoedelijk samen tot de volgende stelling die hij

inneemt en die voor de vraag voor zijn oplossing van de casus *wrongful life* van bijzondere betekenis is:

‘Zouden zij (de juridisch onderzoekers, IW) zich niet moeten beperken tot het aangeven van de verschillende *oplossingsrichtingen*, scenario’s; omdat juist in een echte *keuze* een sterk persoonlijke (normatieve) inslag niet te vermijden is? Wie is de jurist-onderzoeker dat hij een als juist gepresenteerde afweging maakt tussen bijv. doelmatigheid, rechtvaardigheid en rechtszekerheid? Zou hij dat niet vaker moeten overlaten aan de rechter, of aan de wetgever? Moet *ik* wel een keuze maken uit de diverse oplossingen voor *wrongful life*? De sociale wetenschappen hebben de afgelopen decennia een ontwikkeling doorgemaakt waarbij men halt houdt bij de oplossingsrichtingen. Zou de rechtswetenschap dat ook niet (meer) moeten doen? Is er, anders gezegd, geen reden tot meer theoretische distantie? De meeste juridische onderzoekers zijn onvoldoende toegerust om een analyse te maken van de doelmatigheid van een oplossing en die af te wegen tegen de andere perspectieven. We zullen het er over moeten hebben’ (p. 776).

Hoe is het mogelijk dat Stolker zich lijkt te kunnen conformeren aan zowel ‘de hermeneutiek’ als aan een kennelijke vorm van empirisme (getuige overigens ook zijn veelvuldig gebruik van de term ‘verificatie’)? Een mogelijke verklaring daarvoor heb ik reeds gegeven in mijn *RMThemis*-artikel uit 2005 (zie met name p. 184). Zowel het Duitse idealisme als het Angelsaksisch empirisme staan in ‘de beste’ traditie van het Platoonse/Aristotelische *essentialisme* en het positivisme dat daar uit voortvloeit. Dat kan echter een positivisme zijn dat zich in verschillende gedaanten voordoet; er is een *rechtspositivisme*, een *moreel* positivisme een ‘gewoon *empirisch* positivisme’. Meer varianten zijn denkbaar – sommigen komen tot uiting in een *sociologisme* of in een *economisme* – en men kan elkaar onderling behoorlijk verketteren. Maar methodologisch komt het vaak op hetzelfde neer. Er is een gegeven ‘werkelijkheid’ die *normgevend is*; steeds is in ieder positivisme sprake van het vereenzelvigen van het *hetgeen is* met *hetgeen behoort*.<sup>125</sup>

<sup>125</sup> Dit wordt o.a. miskend in het door Stolker met instemming aangehaalde studieboek van Loth en Gakeer. Op de vraag of uit feiten normen afgeleid kunnen worden geven zij als antwoord dat dit inderdaad het geval is: ‘Wanneer wij beslissen wat het recht inhoudt, geven wij tegelijkertijd aan wat rechtens behoort te zijn.’ Zij zien niet in dat hun eigen positie eveneens een positivistische is. M.A. Loth, A.M.P. Gakeer,

Inmiddels is echter duidelijk geworden wat Stolker bedoelt te zeggen wanneer hij meent dat de rechtswetenschap van andere wetenschappen kan leren ‘wetenschappelijker’ te worden. Hieronder zal blijken dat de door mij ingenomen positie radicaal anders is. Maar voordat ik overga tot de volgende paragraaf wil ik nog even stilstaan bij de feitelijke juistheid van de stelling van Stolker over de ‘ontwikkeling van de sociale wetenschappen’. Hoewel Stolker dit niet onderbouwt is het op zich zeker juist dat de sociale wetenschappen wijdverbreid onder het beslag van ‘de hermeneutiek’ liggen, of dat nu rechtstreeks over de Duitse grens gekomen is, via het Franse existentialisme of via allerlei Amerikaanse invloeden.

Er is echter in dit land tenminste één belangrijke socioloog geweest die zich hier niet mee verwant achtte, integendeel. Dat betreft de nota bene door Stolker zelf aangehaalde A.D. de Groot, aanhanger van het door Popper voorgestane kritisch rationalisme. Stolker haalt De Groot aan in een heel ander (praktisch) verband en citeert hem om te laten zien dat de onderzoeker zijn persoonlijke opvattingen zou moeten kunnen scheiden van het onderzoek waar hij mee bezig is (onder het kopje ‘Meer aandacht voor de persoon van de onderzoeker’, p. 775). Dat is echter niet hetgeen waar De Groot het in het door Stolker aangehaalde citaat over heeft. Het laatste deel van het door Stolker aangehaalde citaat is – zonder dat Stolker dat kennelijk zelf inziet – gericht tegen de hermeneutische stroming waar Stolker zich in het eerste deel van zijn rede aan geconformeerd heeft:

‘Ook vooropstellen van een levensbeschouwelijk principe is niet in strijd met de bereidheid om naar vermogen te streven naar (onder-)scheiding van beide ideologieën. (...) Te menen dat dit niet *kan*, is een gevaarlijk en logisch volstrekt onnodig defaitisme’.<sup>126</sup>

De Groot keert zich hier volgens mij namelijk op epistemologisch niveau tegen het door de hermeneutici aangehangen dogma van de *onontkoobaarheid* van het eigen referentiekader (het probleem van

*Meesterlijk Recht*, Boom, Den Haag 2002, p. 287. Zie ook mijn *RMThemis*-artikel uit 2005, met name voetnoot 7 en de daarbij behorende tekst (thans voetnoot 37).

<sup>126</sup> A.D. de Groot, *Methodologie: grondslagen van onderzoek en denken in de gedragswetenschappen*, Van Gorkum, Assen, 12<sup>e</sup> druk 1994, p. 371. De Groot heeft volkomen gelijk dat het een logisch onhoudbare stelling betreft. Het enkele feit dat iets moeilijk is brengt niet logisch dwingend met zich mee dat het ook onmogelijk is. Het probleem is echter dat de aanhangers van deze stroming zich niets aan de deductieve logica gelegen laten liggen. Zie meer onder *stelling 5*.

het zgn. *Vorverständnis*, zie hieronder *stelling 5*). Hoewel De Groot Heidegger en Gadamer niet noemt is het duidelijk dat hij de door hen vertegenwoordigde stroming op het oog heeft. De Groot laat er namelijk geen misverstand over bestaan hoe hij denkt over deze stroming in algemene termen. Een pagina verder dan de door Stolker weergegeven passage neemt De Groot nadrukkelijk afstand van stromingen zoals ‘de hermeneutiek’ die zich tegen een objectieve wetenschapsopvatting gekeerd hebben (ik citeer uitvoerig gezien het belang van deze passage):

‘Het gevaar ligt blijkbaar in de introductie van andere normen dan die van de objectiviteits-ideologie (als die van Popper, IW) binnen het wetenschappelijk bedrijf. Zodra dit gebeurt, kunnen de methodologische eisen (die uit die objectiviteits-ideologie voortvloeien, IW) worden gerelativeerd en tussen haakjes worden geplaatst. Onder het motto dat de “beperkte”, “natuurwetenschappelijke” methodologie voor de geesteswetenschappen niet geldt – of onder een ander motto van dezelfde strekking – kan men dan de resultaten van fenomenologische schouw, van verstehende evidentie of van levensbeschouwelijke of persoonlijke bevooroordeeldheid rustig in de plaats stellen van de, inderdaad altijd beperkte en voorzichtige, conclusies uit wetenschappelijke toetsingsonderzoekingen. Er komt ruimte voor allerlei defensieve mechanismen, ter ontwijking van de open-democratische, wetenschappelijke uitwisseling. De verschillende principieel-“geesteswetenschappelijke” (idiografische) posities leiden zo niet alleen tot een “breuk in de eenheid der wetenschappen” maar, doordat zij eigenlijk alleen in het negatieve, namelijk in de afwijzing van de geldigheid der (natuur-)wetenschappelijke objectiviteits-ideologie onderling overeenstemmen en volstrekt duidelijk zijn, ook tot een ondermijning van de wetenschappelijke normen. Of liever, zij geven aan deze ondermijning een filosofische sanctie. Het zijn helaas in de eerste plaats de relatief nieuwe C-wetenschappen, die, vooral in continentaal Europa, van deze ondermijning nog steeds de nadelige gevolgen ondervinden.’<sup>127</sup>

<sup>127</sup> Naar mijn idee heeft De Groot te weinig oog voor het axiomatische karakter van wetenschap en is ‘het metafysische’ in zijn boek onderbelicht gebleven. Misschien dat de, door Popper geïnspireerde, De Groot zich niet helemaal van naturalistische invloeden heeft kunnen vrijmaken. Dat zou verklaren waarom hij ten onrechte ‘fenomenologische schouw’ en ‘verstehende evidentie’ (beide een methodische kwestie) en levensbeschouwelijke bevooroordeeldheid (een axiomatische kwestie) op hetzelfde

De Groot spreekt zich tenslotte in de laatste paragraaf van zijn boek nadrukkelijk uit tegen wat hij noemt ‘negativistische’ cultuurinvloeden – alweer moet De Groot hier het nihilisme van o.a. Heidegger en verwante figuren zoals bijvoorbeeld Sartre op het oog hebben – maar ‘voor één wetenschappelijke Methode, of anders uitgedrukt, vóór de methodologische eenheid der wetenschappen’.

### *5.3 Kan het ook anders?*

#### *Een algemene methode der rechtswetenschap*

In deze paragraaf wordt getracht een methode der rechtswetenschap te formuleren zoals deze mijns inziens gebaseerd kan worden op het werk van Popper (en in zekere mate Albert). Dat zal ik in de vorm van stellingen doen teneinde zo adequaat mogelijk mijn gedachten te ontvouwen. Steeds wordt gepoogd met een korte toelichting de stelling te verduidelijken en de lezer te voorzien van vindplaatsen. Omdat het werk van Popper en Albert (zeer) onbekend is en voortdurend in de secundaire literatuur verkeerd weergegeven wordt is het zaak om de schrijvers zelf uitgebreid ‘aan het woord te laten’. De soms uitvoerige citaten zijn dan ook niet slechts bedoeld als ‘illustratie’ van hetgeen betoogd wordt maar maken integraal onderdeel uitmaken van het betoog. Ik begin met een aantal centrale uitspraken op algemeen wetenschappelijk niveau (eerste deel) en ‘daal af’, via de sociale wetenschappen in het algemeen (deel twee), naar de rechtswetenschap (deel drie).

#### *5.3.1 Eerste deel, waarom wij genoeg hebben aan één methode voor elk terrein van wetenschappelijk onderzoek*

**Stelling 1.** Wetenschappers hebben te maken met een pakket aan vooronderstellingen en verwachtingen en de theorieën die zij formuleren zijn op zichzelf ook weer gedrenkt in theorie. Daaruit moet volgen dat ‘harde feiten’ op zich niet bestaan. Alle ‘feiten’ (of veronderstelde feiten) zijn gedrenkt in theorie en hebben een hypothetisch karakter. Zonder theorievorming is er geen kennis mogelijk en zelfs geen waarneming:

niveau plaatst. Het maakt zijn kritiek op de hermeneutische beweging er echter niet minder (geldig) om. Helaas heeft De Groot het latere werk van Popper met daarin uitgebreid aandacht voor het metafysische kader van wetenschap niet verwerkt in dit boek. Zie *stelling 2* e.v.

‘Now all this, I believe, is not only true for the natural but also for the social sciences. And in the social sciences it is even more obvious than in the natural sciences that we cannot see and observe our objects before we have thought about them. For most of the objects of social science, if not all of them, are abstract objects; they are *theoretical* constructions. (Even ‘the war’ or ‘the army’ are abstract concepts, strange as this may sound to some. What is concrete is the many who are killed; or the men and women in uniform, etc.) These objects, these theoretical constructions used to interpret our experience, are the result of constructing certain *models* (especially of institutions), in order to explain certain experiences – a familiar theoretical method in the natural sciences (where we construct our models of atoms, molecules, solids, liquids, etc.). It is part of the method of explanation by way of reduction, or deduction from hypotheses. Very often we are unaware of the fact that we are operating with hypotheses or theories, and we therefore mistake our theoretical models for concrete things. This is a kind of mistake which is only too common.’<sup>128</sup>

Treffend is Poppers stellingname inzake historische interpretatie, hetgeen echter exemplarisch is voor heel zijn denken. Juist ook historische interpretatie is alleen mogelijk vanuit een zeker gezichtspunt, een zeker kader. Problemen ontstaan daarbij naar twee kanten. Enerzijds is er een groep wetenschappers die hun interpretatiekader als een wetenschappelijke feit presenteren, anderzijds is er een groep wetenschappers die probeert objectief te blijven:

‘Historicism mistakes these interpretations for theories. This is one of its cardinal errors. It is possible, for example, to interpret ‘history’ as the history of class struggle, or of the struggle of races for supremacy, or as the history of religious ideas, or as

<sup>128</sup> K.R. Popper, *The Poverty of Historicism*, (1957) 1999, p. 135/136. In het navolgende wordt veelvuldig een beroep gedaan op dit boek van Popper. Het is mijn indruk dat het belang van dit boek voor de methode van de sociale wetenschappen ten onrechte te weinig belicht is in de literatuur. C. Mantzavinos besteedt er aandacht aan in zijn belangwekkende boek *Naturalistic Hermeneutics*, Cambridge 2005, waarin hij bovendien een zeer lezenswaardige kritiek geeft op de hermeneutiek van Heidegger en Gadamer. Ik kan mij niet geheel in zijn interpretatie van Popper vinden maar het voert te ver om daar hier op in te gaan; het is zonder meer een belangrijk boek. P.T. Manicas gaat in er in het geheel aan voorbij in zijn *A Realist Philosophy of Social Science, Explanation and Understanding*, Cambridge 2006 en doet ook overigens Popper in zijn weergave van zijn denken, voorzover hij dat doet, bepaald geen recht.

the history of the struggle between the ‘open’ and the ‘closed’ society, or as the history of scientific and industrial progress. All these are more or less interesting points of view, and as such perfectly unobjectionable. But historicists do not present them as such; they do not see that there is necessarily a plurality of interpretations which are fundamentally on the same level of both, suggestiveness and arbitrariness (even though some of them may be distinguished by their fertility – a point of some importance). Instead, they present them as doctrines or theories, asserting that ‘all history is the history of class struggle’, etc. And if they actually find that their point of view is fertile, and that many facts can be ordered and interpreted in its light, then they mistake this for a confirmation, or even for a proof, of their doctrine.

On the other hand, the classical historians who rightly oppose this procedure are liable to fall into a different error. Aiming at objectivity, they feel bound to avoid any selective point of view; but since this is impossible, they usually adopt points of view without being aware of them. This must defeat their efforts to be objective, for one cannot possibly be critical of one’s own point of view, and conscious of its limitations, without being aware of it.

The way out of this dilemma, of course, is to be clear about the necessity of adopting a point of view; to state this point of view plainly, and always to remain conscious that it is one among many, and that even if it should amount to a theory, it may not be testable.<sup>129</sup>

**Stelling 2.** Uit de eerste stelling vloeit voort de stelling dat alle wetenschap noodzakelijkerwijs een axiomatisch karakter heeft.<sup>130</sup> Dat wil zeggen; een hypothetisch karakter. Het woord axioma dient hier niet in de absolute betekenis opgevat te worden, namelijk als zouden er voorafgaande vaste en kenbare waarheden zijn. De omschrijving die Van Dale geeft is hier nadrukkelijk niet van toepassing, namelijk: ‘waarheid die zonder bewijs aan de ervaring ontleend wordt’. Door mij wordt hier de term axioma gebruikt zoals dat in de wiskunde het geval is (men denke aan de postulaten van Euclides). De betekenis

<sup>129</sup> Popper, *The Poverty of Historicism*, p. 149/150.

<sup>130</sup> Zie voor vergelijkbaar gebruik van deze terminologie, A.M. Hol, ‘Pleidooi voor een Jurisprudentia. Over recht en rechtswetenschap’ in de bundel *Rechtswetenschappelijk onderzoek, over object en methode* onder redactie van Broeksteeg en Stamhuis, CRBS-reeks deel 8, 2003, p. 20.

die Van Dale geeft aan het woord *postulaat* kan gebruikt worden om te laten zien wat bedoeld wordt (het laat tegelijk zien hoe wijdverbreid het misverstand is over deze termen). Van Dale schrijft: ‘stelling die zonder bewijs aangenomen en als geldig beschouwd moet worden uit hoofde van een andere noodzakelijke en zekere stelling’. *Uitgangspunten* van wetenschappelijke theorieën (of men dat nu axioma’s noemt of postulaten, dat doet er in dit verband niet toe) worden inderdaad dikwijls ‘zonder bewijs aangenomen’. Maar dat deze uitgangspunten als *geldig* beschouwd zouden moeten worden is nergens voor nodig; deze blijven een hypothetisch karakter houden.

**Stelling 3.** Het is in het grootste belang van de wetenschap om vooronderstellingen te expliciteren teneinde het mogelijk te maken deze vooronderstellingen kritisch ‘onder de loep te nemen’ en desnoods te wijzigen zodat ‘de feiten’ ook ‘door een andere bril bekeken kunnen worden’. Dit betekent dat binnen de wetenschap ‘de metafysica’ van groot belang is voor ‘de kritische methode’. Niet alleen vanwege het expliciteren en daarmee voor kritiek vatbaar maken van vooronderstellingen (zie onder stelling 1). Met name in zijn *Realism and the Aim of Science* beschrijft Popper het belang van hetgeen hij noemt ‘metaphysical research programmes’. Een dergelijk programma geeft richting aan het denken en het onderzoek van de wetenschap(per).

‘Important as these metaphysical programmes have been for science, they have to be distinguished from testable theories which the scientist uses in a different way. From these programmes he derives his aim – what he would consider a satisfactory explanation, a real discovery of what is ‘hidden in the deep’. Although empirically irrefutable, these metaphysical research programmes are open to discussion; they may be changed in the light of hopes they inspire or of the disappointments for which they may be held responsible.’<sup>131</sup>

**Stelling 4.** Dat betekent niet dat men binnen de metafysica maar alles kan vinden wat los en vast zit; net zoals er een demarcatiecriterium tussen acceptabele en niet acceptabele empirische theorieën bestaat (namelijk het falsificatiecriterium, op zichzelf resultaat van een metafysische exercitie) is het ook mogelijk een demarcatiecriterium tussen acceptabele en niet acceptabele metafysische theorieën te

<sup>131</sup> Popper, *Realism and the Aim of Science*, London (1983) 2000, p. 193.



formuleren. Hoe zou men een goede metafysische theorie van een slechte kunnen onderscheiden?

‘I have tried to present this metaphysical epilogue as what it is – a picture, a dream, rather than a testable theory. Science needs these pictures. They largely determine its problem situations. A new picture, a new way of looking at things, a new interpretation may change the situation in science completely (as did Einstein's way of looking at the Lorentz transformations). But these pictures are not only much-needed tools of scientific discovery, or guides to it, they also help us to decide whether a scientific hypothesis is to be taken seriously; whether it is a potential discovery, and how its acceptance would affect the problem situation in science, and perhaps even the picture itself.

It is here, perhaps, that we may find a criterion of demarcation *within metaphysics*, between rationally worthless metaphysical systems, and metaphysical systems that are worth discussing, and worth thinking about. The proper aspiration of a metaphysician, I am inclined to say, is to gather all the true aspects of the world (and not merely its scientific aspects) into a unifying picture which may enlighten him and others, and which one day may become part of a still more comprehensive picture, a better picture, a truer picture.

The criterion, then, will be fundamentally the same as in the sciences. Whether a picture is worth considering depends, I suggest, upon its capacity to provoke rational criticism, and to inspire attempts to supersede it by something better (rather than upon its capacity to create a fashion, to be supplanted presently by a new fashion, or upon claims to originality or finality). And this criterion, I believe, may also point to one of the characteristic differences between a work of science or of metaphysics and a work of art that aspires to be something that cannot, in its own way, be bettered.<sup>132</sup>

<sup>132</sup> Popper, *Quantum Theory and the Schism in Physics*, London (1982) 2000, p. 211. Dit boek vormt het derde en laatste deel van Poppers *Postscript* bij zijn *Logic of Scientific Discovery*, London (1959) 2002 (Oorspronkelijke uitgave: *Logik der Forschung*, 1935). Het citaat betreft de laatste 2 alinea's uit het laatste hst. getiteld 'A metaphysical epilogue' (hst. IV). Het eerste deel wordt gevormd door het boek *Realism and the Aim of Science* (a.w.) en het tweede deel door *The Open Universe: an Argument for Indeterminism*, London (1982) 2000.

De eerste stelling is voor de aanhangers van de hermeneutische richting mogelijk ‘vanzelfsprekend’ (bij de stellingen 2 tot en met 4 zullen zij zich misschien minder thuis voelen). Voor hen betreft het zelfs het *alpha* en *omega* van de wetenschapsfilosofie. Dan scheiden wel de wegen tussen de hermeneutische stroming en het kritisch rationalisme. Het afhankelijk zijn van vooronderstellingen brengt namelijk nog niet met zich mee dat het ‘voorkader’ *onontkoombaar* is.

**Stelling 5.** Mijn vijfde stelling luidt dan ook: Alhoewel het *moeilijk* is om verder te denken dan het reeds bekende, hoewel het *moeilijk* is om te leren van fouten (van jezelf of anderen) – het is zelfs moeilijk om fouten te ontdekken –, hoewel het *moeilijk* is om kritiek van anderen te accepteren op het eigen denken en hoewel het *moeilijk* is om het eigen referentiekader te doorbreken en de bestaande kaders te verleggen *betekent dat niet dat het onmogelijk is*. Diegenen die beweren dat dat wel zo is miskennen dat de mensheid wel degelijk vooruit gegaan is en in staat is gebleken om grenzen te verleggen. Popper geeft in zijn ‘The Myth of the Framework’ (opgenomen als tweede hoofdstuk in het gelijknamige boek)<sup>133</sup> onder andere historische (Popper wijst o.a. op het belang van ‘culture clash’) en logische (althans gericht op de onhoudbaarheid van het tegendeel) argumenten voor deze stelling.<sup>134</sup> Zijn conclusie wordt overgenomen:

‘To sum up, frameworks, like languages, may be barriers. They may even be prisons. But a strange conceptual framework, just like a foreign language, is no absolute barrier: we can break into it, just as we can break out of our own framework, our own prison. And just as breaking through a language barrier is difficult but very much worth our while, and likely to repay our efforts not only by widening our intellectual horizon but also by offering us much enjoyment, so it is with breaking through the barrier of a framework. A breakthrough of this kind is a discovery for us. It has often led to a breakthrough in science, and it may do so again.’<sup>135</sup>

<sup>133</sup> Popper, *The Myth of the Framework*, London (1994) 1997, hst. 2.

<sup>134</sup> Idem, zie in dit verband ook het daaraan voorafgaande hoofdstuk. ‘The rationality of scientific revolutions’, hst. 1.

<sup>135</sup> Idem, p. 61.

Dit is in essentie hetgeen De Groot ook stelt in het hierboven aangehaalde citaat ('Te menen dat dit niet *kan*, is een gevaarlijk en logisch volstrekt onnodig defaitisme').

**Stelling 6.** Uit de vorige stelling vloeit direct voort het primaire belang van creativiteit in de wetenschap. Om verder te denken 'dan je neus lang is' heb je niet alleen een kritische denkhouding nodig maar ook een ruime fantasie. Deze creativiteit is in het algemeen noodzakelijk om buiten de bekende (referentie)kaders te treden maar zal ook heel specifiek van belang blijken te zijn als het gaat om de plaats van empirisch onderzoek.

**Stelling 7.** Bovenstaande stellingen zijn in beginsel van toepassing op alle wetenschap(pen). De (ook door Stolker omarmde) stelling dat er behoefte zou zijn aan verschillende methoden voor de natuurwetenschappen en de sociale/menswetenschappen is zonder oorzaak. Er is wel degelijk een eenheid van methode vanuit het oogpunt van het kritisch rationalisme.<sup>136</sup> Dat betekent niet dat er in het geheel geen verschillen aan te wijzen zijn.<sup>137</sup> Men kan dus gerust affiniteit hebben met empirisch onderzoek zonder dat men positivist hoeft te zijn. In de zogenaamde Duitse 'Positivismusstreit' is Popper geheel ten onrechte weggezet als 'positivist' mogelijk vanwege het enkele feit dat hij zich, binnen zijn metafysische werk, ook met de methode van empirisch onderzoek bezig hield. De Duitse hermeneutici hebben op hun beurt nooit enige interesse in de natuurwetenschappen getoond en ook niet in het probleem van het empirische onderzoek. Het denken over empirisch onderzoek in de sociale wetenschappen kan onbevangen gedaan worden.

**Stelling 8.** Eenvoudig is het niet. Maar het is een misverstand om te denken dat (empirisch) onderzoek in de sociale wetenschappen minder eenvoudig is dan in de natuurwetenschappen.

'There is no doubt that the analysis of any concrete social situation is made extremely difficult by its complexity. But the same holds for any concrete physical situation (Popper geeft eerder

<sup>136</sup> Men zie voor een bespreking de paragraaf 'The unity of method' uit *The Poverty of Historicism* (a.w., par. 29) waar Popper o.a. zijn ideeën vergelijkt met een beschrijving van Von Hayek van de methode van de sociale wetenschappen uit zijn 'Scientism and the study of Society' (*Economica*, deel IX en X, aangehaald door Popper).

<sup>137</sup> Zie met name p. 141 en 142 van *The Poverty of Historicism*, waar Popper onder andere wijst op de mogelijkheid van een 'zero method' in de sociale wetenschappen.

het voorbeeld van een onweer, IW). The widely held prejudice that social situations are more complex than physical ones seems to arise from two sources. One of them is that we are liable to compare what should not be compared; I mean on the one hand concrete social situations and on the other hand artificially insulated experimental physical situations. ... The other source is the old belief that the description of a social situation should involve the mental and perhaps even physical states of everybody concerned (or perhaps that it should even be reducible to them). But this belief is not justified; it is much less justified even than the impossible demand that the description of a concrete chemical reaction should involve that of the atomic and sub-atomic states of all the elementary particles involved (although chemistry may indeed be reducible to physics). The belief also shows traces of the popular view that social entities such as institutions or associations are concrete natural entities such as crowds of men, rather than abstract models constructed to interpret certain selected abstract relations between individuals.<sup>138</sup>

Met het hier aangestipte probleem van het reductionisme begint het tweede deel van mijn stellingen.<sup>139</sup>

### *5.3.2 Tweede deel, het eigene van de sociale wetenschappen*

**Stelling 9.** De 'hogere' sociale wetenschappen (als sociologie, economie, rechtswetenschap en ethiek) kunnen niet gereduceerd worden tot de psychologie.<sup>140</sup> Anders gezegd: sociale fenomenen kunnen niet, of maar zeer ten dele, verklaard worden vanuit de psychologie van betrokken actoren. Er is een heel scala van autonome effecten van sociaal handelen waarvoor de vraag of deze effecten door de actor gewenst of ongewenst waren irrelevant is. Het inzicht in het bestaan van deze autonome effecten is nodig om tot een objectieve sociale wetenschap te komen. Het is ook nodig om te begrijpen dat men voor de effecten van sociaal handelen verder moet kijken dan naar de intentie van de actor:

<sup>138</sup> Idem, p. 139/140.

<sup>139</sup> In mijn *RMThemis*-artikel uit 2005 heb ik eveneens stilgestaan bij het probleem van het reductionisme, zie met name par. 3 (thans, par. 3.3).

<sup>140</sup> De term 'hogere' veronderstelt reeds de onmogelijkheid van reductie. Wanneer men van mening is dat reductie zeer wel mogelijk is zal men problemen hebben met deze term.

‘Against this doctrine of psychologism, the defenders of an autonomous sociology can advance *institutionalist* views. They can point out, first of all, that no action can ever be explained by motive alone; if motives (or any other psychological or behaviourist concepts) are to be used in the explanation, then they must be supplemented by a reference to the general situation, and especially to the environment. In the case of human actions, this environment is very largely of a social nature; thus our actions cannot be explained without reference to our social environment, to social institutions and to their manner of functioning. It is therefore impossible, the institutionalist may contend, to reduce sociology to a psychological or behaviouristic analysis of our actions; rather, every such analysis presupposes sociology, which therefore cannot wholly depend on psychological analysis. Sociology, or at least a very important part of it, must be autonomous.’<sup>141</sup>

**Stelling 10.** Vorige stelling brengt met zich dat een ‘voluntarisme’ onhoudbaar is; niet alles dat men wil, kan en niet alles dat daadwerkelijk gebeurt is gewild:

‘The piecemeal technologist or engineer recognizes that *only a minority of social institutions are consciously designed while the vast majority have just ‘grown’, as the undesigned results of human actions.*’<sup>142</sup>

Hieruit vloeit voort dat men onderzoek kan (en moet) doen naar de vraag *wat mogelijk is* en wat eventueel de ongewenste effecten kunnen en/of zullen zijn van sociaal handelen. De weg naar sociale wetenschappen als *technologie* is daarmee geopend.

**Stelling 11.** Op basis van de vorige stelling kan duidelijk gemaakt worden wat de plaats van empirisch onderzoek is in de sociale wetenschappen. Namelijk voornamelijk het onderzoeken van hetgeen *mogelijk* en *onmogelijk* is. Dat kan het beste gebeuren door het formuleren van *verboden* teneinde de falsifieerbaarheid van de technologische norm zo goed mogelijk te maken. Ik citeer een lange passage uit Poppers *Poverty* waarin hij in de eerste plaats wijst op de wijze waar-

<sup>141</sup> Popper, *The Open Society and its Enemies*, Vol. II, London (1945) 1999, p.90. Het citaat komt uit het hoofdstuk., ‘The Autonomy of Sociology’ (hst. 14).

<sup>142</sup> Popper, *The Poverty of Historicism*, p. 65.

op zo'n verbod geformuleerd kan worden. Dat is in de sociale wetenschappen niet anders dan in de natuurwetenschappen:

'... it is one of the most characteristic tasks of any technology to *point out what cannot be achieved*. ... As I have shown elsewhere (Popper verwijst naar zijn *Logic of Scientific Discovery*, sect. 15, IW)<sup>143</sup> every natural law can be expressed by asserting that *such and such a thing cannot happen*; that is to say, by a sentence in the form of the proverb: 'You can't carry water in a sieve.' For example, the law of conservation of energy can be expressed by: 'You cannot build a perpetual motion machine'; and that of entropy by: 'You cannot build a machine which is a hundred per cent efficient.' This way of formulating natural laws is one which makes their technological significance obvious and it may therefore be called the '*technological form*' of a natural law. ... the significance of our analysis lies in the fact that it draws attention to a really fundamental similarity between the natural and the social sciences.'<sup>144</sup>

De passage wordt vervolgd met een groot aantal voorbeelden van verboden die een rol zouden kunnen spelen bij (empirisch) onderzoek in de sociale wetenschappen. Gezien het belang van deze passages wordt uitvoerig geciteerd. Het belang is daarin gelegen dat Popper hier concreet laat zien op welke wijze een vergelijking tussen de methode van de natuurwetenschappen en de sociale wetenschappen belangrijk kan zijn. Deze passages zijn in 'de vakfilosofie' voor zover ik kan overzien nog nimmer weersproken.

'I have in mind the existence of sociological laws or hypotheses which are analogous to the laws or hypotheses of the natural sciences. Since the existence of such sociological laws or hypotheses (other than so-called 'historical laws') has often been doubted (tot op de dag van vandaag, IW) I will now give a number of examples: 'You cannot introduce agricultural tariffs and at the same time reduce the cost of living.' – 'You cannot, in an industrial society, organize consumers' pressure groups as effectively as you can organize certain producers' pressure groups.' – 'You cannot have a centrally planned society with a

<sup>143</sup> Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, London (oorspronkelijke Duitstalige uitgave, 1935) 2004, p. 47 e.v.

<sup>144</sup> Popper, *The Poverty of Historicism*, p. 61.

price system that fulfils the main functions of competitive prices.’ – ‘You cannot have full employment without inflation.’ Another group of examples may be taken from the realm of power politics: ‘You cannot introduce a political reform without causing some repercussions which are undesirable from the point of view of the ends aimed at’ (therefore, look out for them). – ‘You cannot introduce a political reform without strengthening the opposing forces, to a degree roughly in ratio to the scope of the reform.’ (This may be said to be the technological corollary of ‘There are always interests connected with the *status quo*.’) – ‘You cannot make a revolution without causing a reaction.’ To these examples we may add two more, which may be called ‘Plato’s law of revolutions’ (from the eighth book of the *Republic*) and ‘Lord Acton’s law of corruption’, respectively: ‘You cannot make a successful revolution if the ruling class is not weakened by internal dissension or defeat in war.’ – ‘You cannot give a man power over other men without tempting him to misuse it – a temptation which roughly increases with the amount of power wielded, and which very few are capable of resisting.

Nothing is here assumed about the strength of the available evidence in favour of these hypotheses whose formulations certainly leave much room for improvement. They are merely examples of the kind of statements which a piecemeal technology may attempt to discuss, and to substantiate.’<sup>145</sup>

Het is hier dat het creatieve moment (zie stelling 6) juist ook bij empirisch onderzoek van vitaal belang is. Om te kunnen zoeken naar ongewenste consequenties van sociale handelen of onmogelijkheden in het algemeen moet men namelijk een rijke fantasie hebben. Deze gevolgen moet men namelijk eerst bedenken anders kan men er ook niet naar zoeken. Creatief denken is derhalve voor alle wetenschappers essentieel en niet in de laatste plaats voor ‘empirici’.

**Stelling 12.** Daarnaast is een belangrijke taak van de sociale wetenschappen (voor mijn part het filosofische deel daarvan – of omgekeerd: dat deel van ‘de filosofie’ dat zich bezig houdt met de basisbeginselen van de vakwetenschappen in casu de sociologische wetenschappen) het in kaart brengen van hetgeen dat als normen *kan* gelden, als uitgangspunten voor het waarden van de uitkomsten van

<sup>145</sup> Idem, p. 62/63.

het empirisch onderzoek. Daarbij geldt als eerste: een (voorgestelde) norm die consequenties met zich brengt die in strijd zijn met hetgeen die norm voorstaat kan geen deugdelijke norm zijn. Maar ook binnen 'het mogelijke' geldt – als tweede – het waarden van hetgeen *kan*, gegeven bepaalde (voorgestane) normen, en op deze wijze inzichtelijk maken aan hetgeen de voorkeur gegeven zou moeten worden. Daarbij hoort ook (als derde) het inzichtelijk maken wat gegeven verschillende mogelijke normen alternatieve resultaten zal opleveren (of juist niet).

Dan komen wij met de volgende stelling bij de rechtswetenschap uit.

### *5.3.3 Derde deel, de rechtswetenschap als kritische onderneming*

**Stelling 13.** Het enkele feit dat het positieve recht vatbaar is voor verandering (en dus geen 'gegeven') brengt met zich dat de vraag gesteld kan worden 'kan dit beter?'<sup>146</sup> Dat maakt duidelijk wat het (hoofd)object van de rechtswetenschap is, namelijk 'beter recht'. Albert zegt het zo:

'De doelstelling van deze technologie is de formulering, vanuit bepaalde hypothetisch vooropgestelde gezichtspunten, van voorstellen tot interpretatie van in het geldende recht erkende normatieve stellingen. Zij kan natuurlijk ook voorstellen doen tot invoering van nieuwe rechtsnormen bij de wet. De overneming van de desbetreffende interpretaties of normen in het bestand van het geldende recht zou dan de taak zijn van de daartoe bevoegde rollendragers in de rechtspraktijk - de rechters en de wetgevende instanties -, die hun beslissingen zouden kunnen nemen in het licht van de inzichten, geleverd door een op deze wijze op de praktijk gerichte rechtswetenschap. Deze rechtswetenschap zou op de praktijk gericht zijn zonder een normatief karakter te hebben, ze zou niet dogmatisch zijn maar met hypothesen werken - hypothesen, waarin vooral de relevante sociaal-wetenschappelijke kennis zou zijn verwerkt - en ze zou geen hermeneutische wetenschap zijn, hoewel ze onder andere ook gebruik zou maken van hermeneutische methoden.<sup>147</sup>

<sup>146</sup> Van belang in deze is de positie van Popper zoals hij deze in zijn *Open Society and its Enemies* heeft neergezet (zie met name hst. 5: 'Nature and Convention').

<sup>147</sup> Albert heeft met het laatste gebruik van de term hermeneutiek de 'klassieke hermeneutiek' op het oog in de zin van tekstuitleg, een andere betekenis derhalve dan eerder hier aan bod kwam. (Zie thans echter met name par. 3.4.4)



Het valt dus niet te ontkennen, dat de rechtswetenschap dogmatisch, normatief en hermeneutisch te werk *kan* gaan en dat een interpretatie in deze zin wijd verbreid is. De wetenschapsleer heeft echter niet tot taak de bestaande wijze van kennisvorming in een wetenschap te rechtvaardigen; ze heeft veeleer de plicht deze wetenschapspraktijk kritisch door te lichten en met alternatieven te confronteren. Vanuit een criticistische wetenschapsopvatting zal, ook met het oog op de hulp aan de praktijk, in ieder geval de keus tussen een normatief-hermeneutische dogmatiek en een theoretisch gefundeerde technologie niet moeilijk zijn.<sup>148</sup>

**Stelling 14.** Als axioma's der rechtswetenschap kunnen gelden verschillende *regulatieve ideeën* zoals rechtvaardigheid (met als meest belangrijke onderliggende idee misschien *het verbod op willekeur*) en mogelijk ook rechtszekerheid en doelmatigheid. Deze regulatieve ideeën vormen geen 'positief' criterium zoals dat ook niet het geval is bij 'waarheid' in de kennisleer. Zij kunnen echter mogelijk wel een negatieve rol vervullen; het opsporen van onrechtvaardigheid kan dichterbij rechtvaardigheid brengen zoals het opsporen van onwaarheid dichterbij de waarheid brengt.

'Die *Gerechtigkeit* kann in ganz ähnlichem Sinne als eine *regulative Idee* für den Bereich der Gestaltung gesellschaftlicher Ordnungen angesehen werden, wie das für die *Wahrheit* in bezug auf den Bereich der Erkenntnis gilt. Auch hier wird man nicht umhinkönnen, mit dem Begriff der *Approximation*<sup>149</sup> zu operieren und Rechtsordnungen daraufhin zu betrachten, inwieweit mit ihrer Hilfe eine approximative Positivierung des

<sup>148</sup> Hans Albert, *Rationaliteit in wetenschap en samenleving*, Samson, Alphen 1976, p. 187, 188.

<sup>149</sup> Hier is aan de orde het probleem van het ontbreken van een positief waarheidscriterium (in de zin van zekerheidscriterium) hetgeen niet betekent dat er niet een 'onwaarheidscriterium' zou zijn. De door Stolker met instemming aangehaalde Barendrecht sloeg de spijker op zijn kop toen hij zich afvroeg of het begrip rechtvaardigheid 'wellicht niet geschikt was om er de inhoud van rechtsregels uit af te leiden'. Zie zijn *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer, 1992, p. 23. Inderdaad kan rechtvaardigheid niet fungeren als positief ('waarheids')criterium. Het begrip rechtvaardigheid kan echter wel fungeren als *regulatieve idee* en kan als zodanig wel degelijk een rol spelen bij het zoeken naar 'beter recht'. Barendrecht ging hier helaas volstrekt aan voorbij. Zie ook mijn *RMThemis*-artikel uit 2005 waar ik heb betoogd dat het proefschrift van Barendrecht moeilijk in overeenstemming te brengen is met het denken van Popper (zie thans nader voetnoot 45)

als ideal betrachteten Zustandes maximaler Freiheit zu erreichen ist.<sup>150</sup>

Om nu een indeling te maken in de verschillende rechtsgeleerde deelwetenschappen zou men kunnen stellen dat de *rechtsfilosofie* zich in hoofdzaak moet bezighouden met de *axioma's der rechtswetenschap*, de *rechtstheorie* met de *systematiek van het recht* en de *rechtspraxis* (ik vermijd met opzet de term rechtspraktijk omdat die term normaal gesproken gebruikt wordt voor de rechtspraak, e.d.) met het *empirisch onderzoek naar de juridische praxis*. Men heeft echter niets aan zo'n indeling als men niet beseft dat deze ideaaltypisch is; als het goed is heeft iedere rechtswetenschapper enig gevoel voor alle drie de gebieden, en komt dat in de uitoefening van zijn beroep tot uitdrukking.

**Stelling 15.** Om recht te 'verwerkelijken' heeft men ideaaltypisch op de een of andere manier een ontwerp nodig. Dat kan men een *systeem* noemen. Gegeven bepaalde axioma's van de rechtswetenschap is een belangrijk deel van het rechtswetenschappelijk bedrijf *systeemkritiek* (kritiek in ruime zin, derhalve met inbegrip daarvan *systeemontwerp*). Bij systeemkritiek spelen niet alleen de axioma's van de rechtswetenschap een elementaire rol maar ook de regelen der kunst bij het ontwerpen van een metafysische theorie. Ook het verbod op incoherentie kan als regulatief idee een belangrijke rol spelen. Albert zegt daarover:

Die für die Gesetzgebungspraxis relevante sozialtechnologische Fragestellung führt zu Modellen mit verschiedenartigen rechtlichen Regelungen, die in bezug auf ihre Leistungsmerkmale – das heißt in diesem Falle: im Hinblick auf die erwähnten regulativen Ideen der Gesetzgebung – verglichen werden können. Es käme hier also darauf an, die Wirkungsweise der bestehenden rechtlichen Regelungen – des *institutionellen Apriori*, von dem jede politische Praxis auszugehen hat – mit der Wirkungsweise eines Systems zu vergleichen, in dem bestimmte Regelungen verändert oder in das bestimmte neue Regelungen eingebaut sind. Die verschiedenen alternativen Modelle wären dann im Hinblick auf ihre Leistungsfähigkeit zu vergleichen und zu bewerten. Das bedeutet gleichzeitig, daß die beabsichtigten Änderungen auf ihre reale Kompatibilität mit den übr-

<sup>150</sup> Albert, *Traktat über rationale Praxis*, Mohr, Tübingen 1978, p. 144.

gen Regelungen hin überprüft werden, denn bei diesem Verfahren stellt sich ja die veränderte Funktionsweise des gesamten Systems der Regelungen heraus.<sup>151</sup>

Bij de laatste zin plaatst Albert een voetnoot waarin hij verwijst naar Hayek. Gezien het belang van deze voetnoottekst wordt deze hier ook integraal weergegeven.

Wenn Hayek von einer dauernden Bemühung spricht, *Konsistenz* in ein System von Regeln zu bringen – vgl. HAYEK, *The Mirage of Social Justice*, London/Henly 1976, p. 40 –, dann meint er vermutlich mehr als logische Widerspruchslosigkeit. Die von mir akzentuierte reale Kompatibilität im Hinblick auf die regulativen Ideen, die für die Gesetzgebung maßgebend sind – also die Berücksichtigung der im Sinne dieser Wertgesichtspunkte relevanten Wirkungen –, wird dem nahekommen, was er im Auge hat. In diesem Sinne kann man auch den folgenden Bemerkungen zustimmen: “The task of developing a system of law is thus an intellectual task of great difficulty which cannot be performed without taking certain rules as given and moving within the system determined by them. It is a task which can be performed more or less successfully, but which will not normally leave those entrusted with it free to follow their own will. It is more like the search for truth than to the construction of some new edifice”, p. 41.’

Daarbij moet opgemerkt worden dat, in de geest van Popper, consistentie en/of coherentie<sup>152</sup> op zichzelf geen ‘waarheids criterium’ kan zijn zoals bijvoorbeeld ‘systematici’ als Weinrib en, in Nederland, Reurich lijken te denken.<sup>153</sup> Vanuit het Popperiaanse denken kan op logische gronden hoogstens sprake zijn van een *verbod van incoherentie*, er zijn volmaakt coherente systemen denkbaar die toch echt weinig met ‘recht’ uitstaande hebben.<sup>154</sup>

<sup>151</sup> Idem, p. 154.

<sup>152</sup> Sommigen zien een verschil tussen ‘consistentie’ en ‘coherentie’ zoals bijv. Hol, a.w. p. 13. Ik heb daar op zich geen probleem mee zolang men in het oog houdt dat het hier gaat om een (iets) andere kwestie.

<sup>153</sup> Vgl. E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, London, Harvard University Press, 1995, p. 38 e.v. en L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen*, deel II, diss. Leiden, 2005, m.n. par. 5.3.2, die zich weer beroept op Meijers.

<sup>154</sup> Zie voor een bespreking van diverse ‘waarheidstheorieën’ Poppers *Objective Knowledge*, Oxford, 1978, p. 308 e.v.

**Stelling 16.** Ten slotte spelen de axioma's der rechtswetenschap een belangrijke rol bij het wegen van resultaten van empirisch onderzoek. *Technologie* en *systeemkritiek* dienen ideaaltypisch onderscheiden te worden maar vormen geen gescheiden werelden. Ook een systeem of elementen daaruit kunnen voorwerp worden van empirisch onderzoek. Net zoals het in het algemeen mogelijk is dat theorieën die aanvankelijk een metafysisch karakter hebben in de loop der tijd, na vele ontdekkingen, – misschien tegen de verwachting in – vatbaar worden voor empirisch onderzoek. Ook bijvoorbeeld de vraag of het verbod op willekeur een axioma van de rechtswetenschap zou moeten zijn is een vraag die niet 'om het even' is. Ook over deze vraag kan gediscussieerd worden als daar aanleiding voor is. Zelfs is het niet ondenkbaar dat op enig moment het onderwerp uit de metafysica 'naar beneden' gehaald kan worden.

Empirisch onderzoek in de rechtswetenschap kan bijdragen tot het beter zicht op de vraag of de doelstellingen van wetgeving of andere vormen van juridische sturing (door de rechterlijke macht of tal van andere maatschappelijke processen met een juridisch karakter of juridische effecten) daadwerkelijk bereikt worden. Daarnaast – en veel interessanter – kan empirisch onderzoek bijdragen in inzicht in de neveneffecten van juridisch handelen. Het gaat dan met name om ongedachte, onvoorziene gewenste of ongewenste effecten en de vraag of deze intenties gerealiseerd zijn. (Het spreekt voor zich dat men hier een objectivistische opvatting van de sociale werkelijkheid moet hebben anders houdt men op na het vaststellen van de intenties van actoren – waarmee het gedrag van deze actoren 'verklaard' zou zijn of zelfs 'Verstanden'.) Al deze effecten kunnen afgezet worden tegen juridische axioma's zoals het verbod op willekeur. Het moet mogelijk zijn om op basis van empirisch onderzoek tenminste enigszins vast te stellen of een zekere juridische actie tot meer of minder willekeur leidt (direct of indirect) vergeleken met een andere juridische actie. Vergelijk het volgende citaat van Albert:

'Nu bestaan er echter filosofische opvattingen, die het ons in dit opzicht niet al te lastig maken, omdat zij nauwelijks tot kritische gevolgtrekkingen voor deze praktijk kunnen leiden. Ik denk hier vooral aan een bepaalde stroming in de hermeneutiek, die de inpassing in het 'overleveringsgebeuren' tot methodisch ideaal heeft verheven en zich voor de geesteswetenschappelijke kennisvorming, die in het centrum van haar belangstelling staat, uitdrukkelijk richt naar het model van de dogmatische wetenschappen, namelijk: de theologie en de rechtsweten-

schap.<sup>155</sup> Een wetenschapsleer, die – in het voetspoor van Heideggers overgang naar de universele hermeneutiek – het hermeneutische gezichtspunt tot leidraad maakt bij de beschouwing van wetenschappelijke disciplines, loopt het gevaar de status quo te rechtvaardigen; dat behoeft nauwelijks bijzondere nadruk.<sup>156</sup> Iets dergelijks geldt echter mijns inziens ook voor die richting in de analytische filosofie, waarin de wetenschapsleer – in navolging van Wittgenstein – evenals andere filosofische disciplines gereduceerd wordt tot taalanalyse, dat wil zeggen tot een strikt neutrale analyse van het feitelijke taalgebruik in de betrokken wetenschappen. In tegenstelling hiermee kunnen we de kennistheorie en in het kader daarvan de wetenschapsleer – ook beschouwen als een kritische onderneming, die ten doel heeft de resultaten en methoden van de afzonderlijke wetenschappen door te lichten en in het licht van bepaalde kennisidealen en onderzoeksprogramma's aan kritiek te onderwerpen. We kunnen hierbij soms de resultaten van andere wetenschappen een kritische en constructieve rol laten spelen. Natuurlijk is een dergelijke bezigheid geenszins voorbehouden aan de competentie van de zogenaamde vakfilosofen.<sup>157</sup>

<sup>155</sup> Vranken sloeg de deur naar een minder (in termen van Albert) 'theologische' opvatting van de rechtswetenschap stevig dicht toen hij zijn proefschrift begon met de volgende woorden: 'De rechtswetenschap is een wetenschap van bijzondere aard. ... In de rechtswetenschap – evenals in andere normatieve wetenschappen als bijv. de ethiek – gaat het ... om het bewerken, systematiseren, uitleggen en toepassen van *normen*, dit wil zeggen van gedragsvoorschriften met een aanspraak op algemene verbindendheid. Alleen onder de erkenning van deze aanspraak kan het recht bestudeerd worden.' J.B.M. Vranken, *Kritiek en Methode in de Rechtsvinding*, diss. Nijmegen, 1978, p. 1.

Het is met het empirisch onderzoek in de rechtswetenschap nog steeds niet veel geworden in dit land. Toch is er mogelijk wel degelijk sprake van een maatschappelijke behoefte waar via een andere weg wel aan voldaan wordt. Herweijer wijst in dat verband op (veelvuldig) door de overheid zelf georganiseerde wetsevaluaties. Het ligt voor de hand om te vooronderstellen dat onafhankelijke wetenschappers boven op dit soort onderzoek zouden moeten zitten. Nu wordt dit onderzoek georganiseerd door wetgevingjuristen. Een gemiste kans? Zie de bundel *Rechtswetenschappelijk onderzoek*, a.w., p. 59/60.

<sup>156</sup> Vranken heeft zich in navolging van Gadamer tegen dit argument op voor mij niet overtuigende wijze verzet, zie Vranken, a.w., pp. 156-159. Met name niet omdat Vranken wel degelijk het 'autoriteitsargument' een belangrijke plaats toekent in de rechtsvinding (p. 298). Wanneer men dat combineert met zijn bekende 'recht als discursieve grootheid' uit zijn eerste *Algemeen Deel* (nr. 105) komt het positivistische beeld op dat recht gelijk is aan hetgeen de meerderheid als recht beschouwd.

<sup>157</sup> Albert, *Rationaliteit in wetenschap en samenleving*, p. 174

*5.4 Opnieuw de wrongful life-casus van Stolker,  
een alternatieve benadering*

Gegeven de boven uiteengezette uitgangspunten kunnen wij nu overgaan tot de behandeling van de casus van Stolker: *'wrongful life'*. Let wel: het gaat hier dus over de wetenschappelijke *methode*, er wordt niet ingegaan op het inhoudelijke debat noch wordt er door mij inhoudelijk stelling genomen.<sup>158</sup> De materie wordt van een epistemologisch kader voorzien in overeenstemming met hetgeen hierboven uiteengezet is. Ik meen dat Stolker met het door hem verschaft kader, dat wellicht het beste omschreven kan worden als een *methodologisch relativisme*, de gezamenlijke rechtsgeleerden in de kou laat staan. Weliswaar merkt hij op dat wat men doet mogelijk impliciet wel een wetenschappelijke methode kent, maar ondertussen moeten wij toch maar 'van andere wetenschappen leren wetenschappelijker te worden'. Daar moet meer over gezegd kunnen worden. Het relativistische perspectief brengt met zich dat het verder zoeken naar een oplossing op voorhand wordt beëindigd. Waarom zou echter niet één (of enkele) van de door Stolker genoemde mogelijkheden wel degelijk de juiste oplossing kunnen zijn? Of waarom zouden niet alle door Stolker genoemde mogelijkheden onjuist zijn terwijl er nog een ander wel degelijk juist alternatief is? Voor alle duidelijkheid: indien Popper gelijk heeft en een waarheidscriterium (in de zin van zekerheids-criterium) ontbreekt, zal het niet mogelijk zijn met zekerheid vast te stellen dat een bepaalde oplossing de juiste is. Dat heeft echter niets met relativisme te maken. Het is vanuit een criticistische optiek namelijk in beginsel wel mogelijk om dichter bij de juiste oplossing te komen door zekere alternatieven uit te sluiten (bijvoorbeeld omdat zij inconsistent zijn of zich niet laten verstaan met (andere) gegevens, waaronder gevolgen of uitgangspunten).<sup>159</sup>

De vraag waar het in de rechtswetenschap bij de kwestie *'Wrongful life'* in de kern om gaat is of er ruimte is voor toedeling van verantwoordelijkheid via het privaatrecht voor de geboorte van een gehandicapt kind als gevolg van het niet of niet afdoende informeren van de ouder(s) ten aanzien van problemen bij de ontwikkeling van de vrucht der zwangerschap. Deze vraag moet overigens onderschei-

<sup>158</sup> Ik verwijs slechts naar twee boeken waarin men diverse beschouwingen kan vinden en tevens uitvoerige bibliografieën: B.C.J. Hamel en S.C.J.J. Kortmann (red.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Kluwer, Deventer, 2004 en Martin Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Annalen van het Thijmgenootschap jaargang 94 (2006), aflevering 1.

<sup>159</sup> Door sommigen treffend aangeduid als 'de afstreepmethode'.

den worden van de vraag of het wenselijk is dat (extra) kosten van invaliditeit bij geboorte op een of andere wijze (deels) gedragen zouden moeten worden door anderen dan de ouders zelf. Een bevestigend antwoord op die vraag brengt namelijk geenszins met zich mee dat die draagplicht via het privaatrechtelijke systeem van aansprakelijkheid gerealiseerd zou moeten worden. Dat kan ook via tal van andere systemen zoals sociale verzekeringen of meer andere meer of minder directe vormen van private of publieke ondersteuning. Voor zover het de rechtswetenschap aangaat dient de vraag om deze reden beperkt te worden tot de vraag zoals hierboven geformuleerd.

Wat is nu volgens de stellingen zoals hierboven geformuleerd een mogelijke wijze van aanpak van het door Stolker opgeworpen probleem? Er zijn twee stappen: A en B. In de eerste plaats (A) dient de vraag gesteld te worden: 'Past een eventuele aansprakelijkheid in het aanwezige systeem?'<sup>160</sup> Een bevestigend antwoord brengt mogelijk nog niet met zich dat deze aansprakelijkheid ook daadwerkelijk moet volgen; het ligt aan het systeem of dat daar *dwingend* uit voortvloeit. Indien het systeem dit dwingend voor zou schrijven is het denkwerk voor de wetenschapper niet afgelopen. De vraag moet dan nog gesteld worden of het systeem wel deugt. Is het systeem als geheel nog wel in overeenstemming met de uitgangspunten die aan het systeem ten grondslag liggen? Of is daar sprake van een zekere tegenstrijdigheid? Zo ja, dan zou dat mogelijk moeten leiden tot een systeem*verandering*. Het kan ook zijn dat aan het licht komt dat er een zekere inconsistentie in het systeem zelf zit. In dat geval zou dat moeten leiden tot een systeem*verbetering* (met als gevolg het wel of niet accepteren van aansprakelijkheid in ons vraagstuk). Een ontkennend antwoord op onze eerste vraag kan leiden tot een zelfde soort van antwoorden; het systeem is goed (en aansprakelijkheid dient afgewezen te worden) of het systeem deugt niet en moet veranderd of verbeterd worden.

In alle gevallen kunnen ter ondersteuning van de antwoorden die op de eerste vraag gegeven kunnen worden allerlei soorten van argumenten gebruikt worden waar onder 'technologische argumenten', namelijk argumenten die de consequenties (gewenste of ongewenste gevolgen) van het aanvaarden van aansprakelijkheid inzichtelijk maken. Dit brengt ons op de tweede (technologische) vraag (B).

<sup>160</sup> Men zou bijvoorbeeld kunnen beginnen met de vraag of een preventieve sanctie (mogelijk zelfs met punitieve dimensies, wel of niet in de vorm van 'smartengeld') in dit soort situaties op zijn plaats is. Maar uiteraard spelen ook meer 'technische' kwesties hier een rol zoals 'schade' en 'causaal verband'.

Waar leidt het aanvaarden van privaatrechtelijke (delictuele) aansprakelijkheid toe? Dat wil zeggen, zijn er gewenste of ongewenste (vooral dat laatste kan belangrijk zijn) effecten op basis waarvan men zou moeten concluderen dat een dergelijke vorm van aansprakelijkheid niet gewenst is? Deze vraag is op zichzelf nog niet voldoende concreet genoeg om op basis daarvan enigerlei vorm van argumentatieve kritiek te kunnen loslaten, laat staan kritiek die op basis van empirisch onderzoek geformuleerd zou kunnen worden. Alleen indien men zou geloven in een *'bucket-theory of knowledge'*<sup>161</sup> en daarmee een inductivistische wetenschapsopvatting zou men kunnen denken dat men nu al aan de slag kan zonder dat men enige richting aan het te verrichten onderzoek nodig had (zoals de *'searchlight-theory'* voorschrijft). Volgens boven weergegeven stellingen zou men teneinde enige (empirische) toetsing mogelijk te maken theorieën moeten ontwerpen in de vorm van stellingen die een negatieve voorspelling doen (*you cannot carry water in a sieve*). Dit teneinde een optimale falsifieerbaarheid te bewerkstelligen.

Het is nu van belang om er op te wijzen dat de door Stolker genoemde *'technologieantwoorden'* op de onderhavige casus zoals deze uit het internationale discours op basis van zijn rechtsvergelijkende onderzoek tot ons komen in een dergelijke vorm gegoten kunnen worden, het betreft dan met name de Duitse en Engelse uitspraken. Het Duitse Hof heeft aansprakelijkheid afgewezen onder verwijzing naar de *'ervaring'* met het nationaal-socialisme. Deze gedachte kan in de volgende empirisch toetsbare stelling gegoten worden. *Het is niet mogelijk om aansprakelijkheid voor 'wrongful life' te aanvaarden zonder dat dat 'eugenetische effecten' heeft.* Deze stelling zou weer verfijnd kunnen worden door diverse vormen van eugenetica te omschrijven waardoor het zoeken naar dergelijke effecten verbeterd wordt. De in de Engelse uitspraken getoonde vrees voor een toename van het aantal onnodige abortussen kan leiden tot de volgende in beginsel empirisch toetsbare stelling: men kan niet een systeem van aansprakelijkheid voor *'wrongful birth'* introduceren zonder dat dat leidt tot een toename van het aantal *'veiligheidsabortussen'*.

Voor alle duidelijkheid wil ik nog stilstaan bij de vraag wat wij van dergelijke onderzoekingen kunnen leren. Het enige is dat indien er, hoewel er actief naar gezocht wordt, géén effecten zijn zoals in het *'verbod'* voorspelt er kennelijk een dergelijk causaal verband niet bestaat, meer niet. Maar hoewel dat een zwakgebod lijkt, levert het

<sup>161</sup> Popper, *Objective Knowledge*, Oxford (1972) 1979, p. 341 (Appendix 1: The Bucket and the Searchlight: Two Theories of Knowledge).



toch wel heel belangrijke informatie op. En zodoende kan de wetenschap wel degelijk stukje bij beetje vooruit komen. Juist omdat men misschien meer wil is het heel verleidelijk om onderzoek niet te formuleren in de vorm van een verbod maar in de vorm van een positieve voorspelling. Als wij dit of dat (A) doen dan moet er dit of dat (B) gebeuren. Als men dan (B) tegenkomt ziet men dat als bewijs dat de voorspelling juist was. Dit betreft echter een denkfout. Het levert hoogstens een bewijs voor synchronie op, meer niet.

Stolker noemt in zijn artikel diverse argumenten maar maakt geen onderscheid naar de aard van de verschillende argumenten (p. 768). Het hier gemaakte onderscheid tussen systeemargumenten en technologieargumenten maakt de verschillende aard van diverse argumenten inzichtelijk. Op deze manier wordt als vanzelf ook duidelijk in welke gevallen empirisch onderzoek in beginsel van betekenis zou kunnen zijn. Tenslotte moet opgemerkt worden dat hoewel Stolker in het artikel zegt belang te hechten aan empirisch onderzoek hij wat betreft zijn eigen casus in het artikel geen woord wijdt aan de vraag hoe dat in dat geval zou kunnen en/of moeten gebeuren.

### *5.5 Uitleiding*

In deze bijdrage werd getracht aan de hand van het denken van Popper een methode der rechtswetenschap te beschrijven. Het resultaat daarvan is onder meer dat de rechtswetenschap gezien kan worden als een technologie. Dat klinkt nogal technologisch maar met deze term wordt beoogd uit te drukken dat de rechtswetenschap primair gericht is op het zoeken naar 'beter recht'. Daarmee is het object van de rechtswetenschap in beginsel ook gegeven; recht zoals het zou moeten zijn. Opmerkelijk is dat vanuit dit gedachtegoed geponeerd kan worden dat het recht in de eerste plaats dienstbaar is aan de *gerechtigheid* als regulatieve idee.<sup>162</sup>

Binnen de rechtswetenschap als technologie kan onderscheid gemaakt worden tussen systeemkritiek en empirisch onderzoek (technologisch onderzoek in strikte zin). Onder systeemkritiek wordt dan niet alleen verstaan 'kritiek op het systeem' maar juist ook systeembouw en het geheel aan argumentatie dat daar mee gepaard gaat

<sup>162</sup> Daarmee wordt vanuit epistemologisch kader (opnieuw) een legitimatie gegeven aan een juridische traditie in Nederland die zich staande weet in de spoor van met name Paul Scholten. Een stroming die zich niet kan vinden in de positivistische teneur van het huidige rechtswetenschappelijk debat (zie meer uitvoerig mijn *RM-Themis*-artikel uit 2005, thans hst. 3).

(waaronder empirisch onderzoek). Systeemkritiek heeft in meerdere mate een metafysisch karakter dan het technologisch onderzoek in strikte zin. Maar dat blijkt helemaal niet erg te zijn. Het denken van Popper kan een ontspannen kijk geven op de verhouding tussen ‘metafysisch’ en ‘fysisch’ onderzoek. Het onderscheid is noodzakelijk, al was het alleen al om te herkennen (en te erkennen) dat fysisch onderzoek altijd gedrenkt is in metafysica. Tegelijkertijd kan men leren dat metafysisch onderzoek een volwaardige plaats in het wetenschappelijk bedrijf kan innemen.

Waar staan wij nu? Terugkijkend kan het volgende gezegd worden. De aanleiding voor de hiervoor uiteengezette gedachten werd gevonden in het rapport ‘Oordelen over rechten’ en de ideeën over de aard van de rechtswetenschap die daarin te vinden zijn. De conclusie ligt nu voor de hand dat de oorsprong van het methodologisch vacuum dat in dat rapport aanwezig is voortvloeit uit een relativistische wetenschapsopvatting. Met dit vacuüm kan op treffende wijze de meest praktische kritiek gedemonstreerd worden die er op het relativisme en het daaraan ten grondslag liggende nihilisme gegeven kan worden; het kan leiden tot een stilstand van het wetenschappelijk denken over onderzoek en uiteindelijk tot een stilstand van het wetenschappelijk onderzoek zelf.<sup>163</sup> De vraag dringt zich op of de ontwikkelingen inzake ‘tijdschriftenlijsten’, ‘indicatoren’, en dergelijke (zie mijn *RMThemis*-artikel uit 2006, thans hoofdstuk 4), *de facto* weinig meer te betekenen hebben dan het verhullen van deze leegte.<sup>164</sup>

<sup>163</sup> Vgl. de kritiek van Albert uit zijn *Treatise on Critical Reason*, Princeton 1985, p. 187 (vertaling van *Traktat über kritische Vernunft*, oorspronkelijke uitgave 1968): ‘Theory and criticism, explanation and enlightenment vanish together and give way to a conservative descriptivism that is suited only to accept without explanation, and to take over without criticism, whatever exists at any given time, as embodied in the traditional forms of life.’

<sup>164</sup> Zie voor een recente kritiek op het Engelse systeem het nog ongepubliceerde artikel ‘Lessons from the History and Philosophy of Science regarding the Research Assessment Exercise’ van de hand van Donald Gillies, University College London. Het artikel is te vinden op zijn persoonlijke pagina: <http://www.ucl.ac.uk/sts/gillies/HPS%20&%20RAE.doc>

## 6. Besluit, het kritisch rationalisme en de taak der rechtswetenschap

In de inleiding (hoofdstuk 1) vindt men een overzicht van de behandelde onderwerpen dat men als samenvatting kan gebruiken van het hetgeen in dit boek aan de orde is gesteld. In de navolgende Engelse samenvatting is dit opnieuw (beknopt) opgenomen zodat men, indien men het Engels voldoende machtig is, voor een *quick-scan* zich ook op deze samenvatting kan richten. Dit besluit richt zich in overwegende mate op conclusies die getrokken kunnen worden uit het verrichte onderzoek.

In het tweede hoofdstuk van dit boek is aandacht besteed aan de betekenis van het begrip 'kritisch rationalisme'. Dat wil zeggen de betekenis daarvan in strikte of technische zin. De term kan ook breder opgevat worden, betrekking hebbend op het denken van met name Popper in het algemeen. In de titel van het derde artikel (thans hoofdstuk 5) is de term gebruikt in de brede betekenis. Het is in die betekenis natuurlijk een dynamische term omdat het er niet om gaat het werk van Popper als sacrosanct te beschouwen; het is feilloos noch volledig. Voorlopig is echter met zijn denken nog zo weinig gedaan dat het vanuit een 'historische methode' eerst maar eens zaak is om te beginnen met de problemen die hij tegenkwam en de antwoorden die hij geformuleerd heeft om daar vervolgens mee aan de slag te gaan. Met dit werk probeer ik daar een bijdrage aan te leveren.

Het zou echter bepaald een misvatting zijn om te denken dat ik beoog met de hier ontwikkelde gedachten de rechtswetenschap op zijn kop te zetten. Veel van wat er in de praktijk gedaan wordt betreft (meer of minder onbewust) een vorm van *systeemkritiek* zoals ik dat genoemd heb in het laatste artikel. Wanneer dit werk opgevat wordt als een belangrijke steun in de rug voor dit soort onderzoek is dat een dankbaar feit. Het gevaar lijkt immers te bestaan dat sys-

teemkritisches onderzoek op het punt staat gediskwalificeerd te worden door de 'overheden dezer tegenwoordige wereld'. Niet alleen staan wij aan de vooravond van een dwaze bureaucratisering van het rechtswetenschappelijk onderzoek; de heersende wetenschapstheoretische inzichten kunnen alleen maar het moeras in leiden. Dat geldt in het bijzonder voor het empirisch onderzoek in de rechtswetenschap. Men kan gerust stellen dat het daarmee nog niet ver gekomen is. Zolang men blijft vasthouden aan allerlei relativistische wetenschapstheoretische varianten zal dat ook maar moeizaam veranderen. Met dit werk heb ik getracht na te denken over een aantal basisposities die men nodig heeft om *überhaupt* met empirisch onderzoek in de rechtswetenschap te kunnen beginnen.

Tot besluit nog het volgende. Hoewel het een mogelijkheid is om een nihilistische positie in te nemen is er geen enkele dwingende reden om dat te doen. Wanhoop is geen noodzakelijkheid en men hóeft niet te denken dat er niets anders te doen staat dan in het noodlot te berusten. De aandrang daartoe vanuit de moderne media en kunstzinnige stromingen (onze vaderlandse literatuur niet uitgezonderd) welke een oorsprong vindt in de 19<sup>e</sup> eeuwse romantische (nihilistische) stromingen, waarbij wanhoop de enige laatste optie is, is zonder oorzaak. Omgekeerd is er geen enkele autoriteit waaraan ontleend kan worden dat het afwijzen van een nihilistische positie de zekerheid van een geslaagde toekomst met zich zal brengen. Toch is er geen symmetrie tussen beide sporen. De beide keuzeopties vormen niet het spiegelbeeld van elkaar en er is ook geen evenwicht tussen beide mogelijkheden. Het nihilisme brengt leegte en verlamming. Hoop daarentegen is geen gemoedstoestand of een karaktereigenschap en is zelfs onafhankelijk van realiteitszin, het betreft een act, een besluit, geroepen vanuit een ethisch appel; *hoop is een eis van recht en gerechtigheid*.

En daarmee zijn wij weer terug bij ons eigenlijke onderwerp: de methode der rechtswetenschap. In hoofdstuk 5 is de taak van de rechtswetenschap omschreven als het zoeken naar *beter recht*. Er is geen enkele reden om te verbergen dat dit samenhangt met de verwerping van het nihilisme. Toch wil ik er op wijzen dat de methode die ik voorgesteld heb niet noodzakelijkerwijs samenhangt met het wel of niet verwerpen van een nihilistische positie. De discussie over nihilisme kan gemakkelijk in het midden gelaten worden indien men bereid is om mijn voorstel op zijn merites te beoordelen en kritiek op mijn voorstel te richten op de inhoud ervan (in vaktermen: een immanente kritiek).

Hetgeen ik voorgesteld heb komt in de kern op het volgende neer. De rechtswetenschap kan gezien worden als een technologie die erop gericht is om zekere doeleinden na te streven. Om dat te doen heeft de rechtswetenschap twee ‘methodische’ momenten ter beschikking, te weten systeemkritiek (waaronder systeemontwerp) en empirisch onderzoek (of zo men wil technologisch onderzoek in enge zin). Beide momenten vormen niet twee gescheiden werelden of twee verschillende trajecten maar zijn steeds op elkaar betrokken. Empirisch onderzoek kan ter ondersteuning van ontwerpvoorstellen dienen maar ook moet steeds gezocht worden naar mogelijkheden om systeemaspecten zodanig vorm te geven dat empirisch onderzoek mogelijk wordt. Van belang is om te beseffen dat als onderdeel van het systeemkritische moment ook steeds de doeleinden ter bevraging gesteld kunnen worden. Als het niet mogelijk blijkt te zijn om met bepaalde doeleinden een bevredigend systeem te realiseren kan de vraag gesteld worden of deze doeleinden veranderd moeten worden teneinde te onderzoeken of dat als geheel een beter resultaat oplevert.

Nu wil ik vragen, zou men nu niet in te winnen zijn voor deze methode, die in ieder geval de belofte met zich draagt dat deze heel wat meer concrete resultaten te bieden heeft dan ‘methoden’ die niet verder komen dan *de waan van de dag*, *het verzamelen van de meningen van andere (rechts)geleerde auteurs*, *het in kaart brengen wat de hoogste rechter allemaal doet*, *het naast elkaar zetten van verschillende nationale positieve rechtsregels* (wat dan met een duur woord ‘rechtsvergelijking’ genoemd wordt) en dergelijke? Wie zou niet meer plezier hebben in een methode die, in tegenstelling tot methoden die zich uitsluitend bezig houden met de (veronderstelde) ‘harde feiten’ en niets dan de ‘harde feiten’ – of andere methoden die zich verliezen in ingewikkelde retoriek – dynamisch is en creatief? Vergelijk het belang van *imagination* in het volgende citaat van Popper:

‘A few remarks may be added concerning the relation of the rationalist attitude to the attitude of readiness to use what is usually called ‘imagination’. It is frequently assumed that imagination has a close affinity with emotion and therefore with irrationalism, and that rationalism rather tends towards an unimaginative dry scholasticism. I do not know whether such a view may have some psychological basis, and I rather doubt it. But my interests are institutional rather than psychological, and from an institutional point of view (as well as from that of method) it appears that rationalism must encourage the use of imagination because it needs it, while irrationalism must

tend to discourage it. The very fact that rationalism is critical, whilst irrationalism must tend towards dogmatism (where there is no argument, nothing is left but full acceptance or flat denial), leads in this direction. Criticism always demands a certain degree of imagination, whilst dogmatism suppresses it. *Similarly, scientific research and technical construction and invention are inconceivable without a very considerable use of imagination; one must offer something new in these fields* (as opposed to the field of oracular philosophy where an endless repetition of impressive words seems to do the trick). At least as important is the part played by imagination in the practical application of equalitarianism and of impartiality. The basic attitude of the rationalist, 'I may be wrong and you may be right', demands, when put into practice, and especially when human conflicts are involved, a real effort of our imagination.' *Open Society*, hst. 24, par. III (mijn cursief).

Zou men niet liever een methode voorstaan die, anders dan berusten in de gegeven werkelijkheid, zich bezig houdt met de vraag hoe het beter kan? Vergelijk opnieuw (maar nu meer volledig) het volgende citaat van Albert:

'If one compares Gadamer with Winch, a striking parallel emerges between hermeneutic and analytic thought. Whether one emphasizes the historical dimension, as is the case in hermeneutic thought, or whether one gives priority to the coexistence of different forms of life, as is done in analytic thought—in either case, the overemphasis on the problem of meaning overwhelms not only the drive for theoretical penetration of reality, including sociocultural reality, but also the concern to promote its critical illumination, which has traditionally been considered a possible, indeed a useful, task of philosophy. Theory and criticism, explanation and enlightenment vanish together and give way to a conservative descriptivism that is suited only to accept without explanation, and to take over without criticism, whatever exists at any given time, as embodied in the traditional forms of life. Of course, the difficulty then appears that, in fact, traditions and ways of life compete with one another and contradict one another in their claims, so that nothing is gained by this sanctification of the "given".

Moreover, at least one important tradition is also incompatible with this attitude, namely, the tradition of critical thought,

which is embodied above all in the critical form of life of science and in the method of rational discussion and critical examination practiced therein. Anyone who wishes to preserve this tradition can neither acknowledge the tendency to obediently adopt the traditional, which is cultivated by hermeneutic thought, nor accept the neutrality-thesis of the analysts that contradicts not only a critical theory of knowledge, but also a critical moral philosophy.<sup>165</sup> *Treatise on Critical Reason*, p. 187.

De rechtswetenschap kan onbezorgd uitgaan van ‘vage’ noties als rechtvaardigheid, *rule of law*, redelijkheid en billijkheid, goede trouw en dergelijke en hoeft zich niet druk te maken over de precieze betekenis van deze begrippen. Zolang men een vaag idee heeft van deze begrippen dat concreet genoeg is om *richting* te geven aan het wetenschappelijke werk, kunnen deze begrippen fungeren als *regulatieve ideeën* waar het wetenschappelijk onderzoek op gericht is. De ‘methode’ om deze begrippen concreet gestalte te geven is er één die voortschrijdt door het tegenwerken van concreet *onrecht*. Deze methode is daarom noodzakelijkerwijs casuïstisch van aard. Ook al is het niet mogelijk vooraf in het algemeen te bepalen wat bijvoorbeeld ‘rechtvaardigheid’ is, in concrete gevallen kan wel beredeneerd worden wat in het gegeven geval tot een *onrechtvaardig* resultaat leidt. Op deze manier kan deze methode bijdragen aan de *benadering* van wat rechtvaardigheid is. In de rechtsvinding wordt, in alle gebrokenheid, deze methode al duizenden jaren toegepast. Men kan ook stellen, om eens iets positiefs over dat wetboek op te merken, dat het Nederlandse Nieuw Burgerlijk Wetboek in beginsel recht doet aan deze methode met de centrale plaats voor de bekende ‘open normen’.<sup>166</sup>

<sup>165</sup> Hans Albert, *Treatise on Critical Reason*, Princeton 1985, p. 187 (vertaling van *Traktat über kritische Vernunft*, oorspronkelijke uitgave 1968).

<sup>166</sup> De docent die zelf opgeleid is onder het nieuwe BW en getracht heeft delen van het nieuwe BW bij studenten aan het verstand te brengen kan zich wel eens vertwijfeld afvragen hoe het mogelijk is dat zo’n ingewikkeld (en dik) boek het resultaat kan zijn van een poging om het systeem er eenvoudiger op te maken (aannemende dat dat een oorspronkelijke doelstelling was). Was het oude BW dan werkelijk zo slecht? Het nieuwe BW kan wellicht gezien worden als voorbeeld van een utopistisch project waar Popper zo voor gewaarschuwd heeft. Het probleem is dat wanneer er eenmaal aan begonnen is, er in de loop der tijd zodanig veel haken en ogen aan blijken te zitten (*unforseen consequences*) dat het eindresultaat weinig meer uitstaande heeft met het oorspronkelijke plan. Het is precies dit fenomeen waar Popper het begrip van *piecemeal (social) engineering* tegenover geplaatst heeft. Zie voor een kritiek op de invoering van het nieuwe BW en de lessen die daaruit getrokken zouden kunnen

Wordt in de rechtsvinding uitgegaan van een formeel juridisch kader en de problemen die voorgedragen worden vanuit het juridisch forum, *de rechtswetenschap is vrij*. Uit het voorgaande vloeit voort dat de rechtswetenschap zich niet alleen bezig zal houden met de concrete vraagstukken die zich voordoen binnen het ‘rechtsvindingsforum’ maar *proactief* juist ook met concrete problemen die zich voordoen in het maatschappelijke leven waarbij ‘het recht’ een zekere rol kan spelen. In de frontlinie kan de rechtswetenschap haar nut bewijzen door zich bezig te houden met dringende maatschappelijke vraagstukken zoals de bestrijding van apert onrecht als mensenhandel, vrouwenhandel, misbruik van kinderen, het implementeren van internationale mechanismen ter voorkoming van geweld, het overdragen en onderwijzen van *the rule of law* als basisvoorwaarde om mee te kunnen doen in de internationale gemeenschap, het tegengaan van misbruik van ‘contractsvrijheid’ in particuliere maar ook in institutionele situaties (zoals in economische markten), het zoeken naar oplossingen voor situaties waarin een vrije toegang tot rechtspraak bemoeilijkt wordt, enzovoorts. Ongetwijfeld zijn vele rechtswetenschappers bezig met dit soort vraagstukken, ongetwijfeld ook leidt vooruitgang op deze verschillende terreinen tot een meer rechtvaardige wereld: de taak der rechtswetenschap.

Dit is de kern van de methode geweest van de rechtswetenschap van de afgelopen 2500 jaar. Er zijn nu wetenschappers die deze methode willen tegengaan met het invoeren van *meetbare factoren*.<sup>167</sup> De factoren die uit het huidige debat komen rollen kunnen de toets der kritiek vanuit kritisch-rationeel oogpunt in ieder geval niet doorstaan (zie het tweede artikel, thans hoofdstuk 4). Mijn betoog is er juist op gericht de methode van *systeemkritiek* te versterken door deze van een epistemologisch kader te voorzien en de juiste plaats te geven binnen het wetenschappelijk bedrijf en daarnaast de *mogelijkheid van empirisch onderzoek* te onderbouwen. Zelfs meen ik zover te kunnen gaan dat op deze wijze de rollen omgedraaid kunnen worden. De rechtswetenschap hoeft niet van andere wetenschappen te leren wetenschappelijker te worden. Een rechtswetenschap die op correcte wijze onderscheid maakt tussen systeemkritiek en empirisch onderzoek, dat wil zeggen zonder de betekenis van beide te overschatten

worden Van Dunné, “Lawyer’s Paradise’ or ‘Paradise Lost’? The Dutch Civil Code of 1992 as an Exponent of the 19th Century Legislative Tradition (2004)”, opgenomen in zijn *The Duty of Care in Contract and Tort, Selected Essay’s*, Shaker, Maastricht, 2006, p. 341 e.v.

<sup>167</sup> Vranken heeft het over ‘aanvaardbare’ factoren (zijn cursief). Zie zijn *Algemeen deel*, III, 2005, nr. 110.



noch te diskwalificeren, kan van betekenis zijn voor een juist begrip van de methoden van de andere wetenschappen. Daarmee komt de rechtswetenschap weer te staan op de plaats die het traditioneel altijd gehad heeft: in het centrum van de universiteit.



## English summary

This book is meant to be a qualitative analysis of the relatively recent debate on the methodology of jurisprudence in the Netherlands from a critical rationalist point of view. It may, however, also serve as an introduction to critical rationalism and its importance to jurisprudence, in particular, and the social sciences in general. Critical rationalism appears not to be commonly understood. In the (humble) submission of the author, many textbooks are quite often uninformed, to say the least. The interpretation of Karl Popper's work in this book has been subject to the author's personal preferences. He does not claim to have any authority to be able to present an 'orthodox' version of critical rationalism. The starting point for him is the fact (or alleged fact) that a lot of Popper's work is still to be 'discovered' and that his thinking still needs to find its way to the table. This is not only the case pertaining to his post-1970s books, but also his earlier and most important books on the methodology of the social sciences; *The Poverty of Historicism* and *The Open Society and its Enemies* are still to be discussed to their full extent.

The first chapter forms a general introduction to the rest of the book and, already in this chapter, two important positions are taken. Firstly, the classical so-called distinction between 'natural law' and 'legal positivism' has been rejected as a non-issue. This relates to the Popperian dualism between facts and standards. Standards cannot be derived from facts, a thesis which is further elaborated on in the second chapter together with the general idea of responsibility. Secondly, attention is asked for the Popperian distinction between methodological essentialism and methodological nominalism (in favour of the last).

The second chapter is used to explain the idea of 'critical rationalism' as Popper introduced this wording in his *Open Society*. It is advocated that a proper idea of what Popper meant is vital to under-

stand the broader scope of his work. Together with this ‘critical rationalism’ the idea of responsibility is further developed against nihilism and relativism. In philosophical terms, one should say that the primacy of ontology is rejected and replaced by ethics. It is shown that the same position can be found in the work of Emmanuel Levinas.

The next three chapters have, to a great extent, been published before as articles in the Dutch law review *RMThemis* in 2005, 2006 and 2007. The first article (now chapter 3) gives an introduction to the Dutch scholars’ debate which took place in previous years. Some general Popperian ideas are elaborated upon such as ‘falsification’ but, more important for our case, attention is asked for the problem of ‘reduction’. While reduction is a rather neglected topic in any international professional literature, it is one of the key issues in Popper’s work and most important to jurisprudence in particular, but also to the social sciences in general. (This topic returns in the 5<sup>th</sup> chapter).

Two additional paragraphs seek to connect to a juridical tradition in the Netherlands; here, the name of Paul Scholten is of central importance. Position is taken that ‘critical rationalism’ is not necessarily something new. In fact, the critical tradition is very old. It was given strong support by the inventor of the idea of critical rationalism (Karl Popper). Some remarks are made, in close connection with this Dutch juridical tradition, about the problem of legal interpretation. Within a critical rationalist framework, a revival of the pre-Romantic era classical hermeneutics is advocated.

The second article (now chapter 4) is of interest to anyone involved, in some way or another, with the issue of the investigation of scholarly ‘output’, particularly legal output. Visitation (as it is traditionally called) of faculties and the valuation of its (legal) output is growing into a professional business. Of course one cannot properly investigate without a sound idea of what legal research should be all about. The principles for the actual visitation-round as formulated in the report *Oordelen over Rechten* (Judging Legal research) are being criticized from a critical rationalist point of view, from the standards of practice in the other social sciences and also from the idea of academic freedom as propagated (and regulated) by the Dutch government. It is concluded that the report cannot meet with this criticism.

In the third article (now chapter 5) a methodology of jurisprudence is formulated against the common relativistic paradigm. This cannot be done without drawing some epistemological lines from science in general through the social sciences towards jurisprudence. The most

important thesis is that there is only one methodology for all sciences. Scientific thinking is embedded in so called metaphysical research programs (consciously developed or not) and only within these programs is empirical research possible. This fits very well with the Popperian idea of fallibilism but also with his idea of the possibility of coming closer to the truth (even without knowing that one did *for sure*). Jurisprudence (following Popper and in particular Hans Albert) can be called a technological science (together with the other social sciences). A distinction is made between (more or less metaphysical) 'system critics (including design)' and (more or less empirical) technological (in the strict sense of the word) research. Quite some attention is asked for the conditions under which empirical research should be possible.

In the final chapter it is stated by way of conclusion that the methodology of jurisprudence has traditionally been a methodology which is perfectly compatible with Poppers critical rationalism. It is not just 'compatible', juridical decision-making has been used by Popper as an example of scientific decision-making in general. (For example, a legal scholar reading *Open Society* will easily see that it is, to a large extent, a book with legal character). Jurisprudence as such can be a model for the methodology of science in general.

In the Dutch debate it was proposed by some that legal scientists should look to other sciences to learn how to become 'more scientific'. This may very well be true for legal scholars who have forgotten what their traditional task was and have been influenced by the relativistic and positivistic paradigm. Jurists who know better will rightly think that jurisprudence should take its proper place again: at the heart of the academy.



## Register

- 4000 woorden, 104  
5th Amendment, 65  
aansprakelijkheid uit contract, 73  
*abstract concepts*, 122  
abstracte normen, 64  
academische vrijheid, 98, 106, 108  
Acton, Lord, 131  
advocaat, 65, 94  
Agassi, J., 40  
Albert, H., 34, 61, 113, 121, 132-137,  
142, 146  
algemeen belang, 80  
algemene geest, 26  
altruïsme, 40  
analytische filosofie, 62  
Andere Mens, 38  
Andere, het, 38, 40  
Anema, A., 57  
Angelsaksische traditie, 47  
animisme, 35  
annotatie, 94  
Antigoné, 116  
antinomieën, 18, 22  
arbitrage, 72  
arbitrair, 8, 28  
Aristoteles, 25, 47, 49, 118  
Aristotelian Society, 49  
assimilatie, 40  
atheïsme, 35, 39  
autoriteitsargument, 26, 52, 116, 137  
axioma, 21, 71, 75, 123, 133, 134, 136  
axiomatisch, 20, 70, 123  
axiomatische karakter van  
wetenschap, 68  
Bacon, F., 46  
Barendrecht, J.M. 43, 47, 52-54, 60-  
66, 133  
behaviorisme, 100  
bekentenis, 65  
beleidsmakers, 45  
belief, 34  
Berg, P.G.J. van den, 62  
Berkely, (Bisschop), 36  
bewijs, privaatrechtelijk, 57  
bewijsrecht, 57  
bewustzijn, 19  
Bianchi, H., 109  
bibliometrie, 88, 90  
*Big science*, 83  
biologie, 53  
blauwdruk, 10  
*body and mind*, 21  
Boer, Th. de, 78  
Böhm, J.M., 78, 81, 82  
bovenmenselijk, 54  
bovenwillekeurig, 55, 56  
Broeksteeg, J.W.L., 123  
bronnenonderzoek, 60  
bronvermelding, 60  
Brouwer, P.W., 43  
Bruijn, H. de, 95, 100  
*bucket-theory*, 140  
Buijsen, M., 138  
*Bundesgerichtshof*, 114  
bureaucratisering, 86, 144  
Burg, W. van der, 22  
Canoy, M., 103  
Carnap, R., 36  
categorieën, 34  
Catton, P., 40  
Centraal Planbureau (CPB), 103

- christelijk, 35  
 citatieanalyse, 88, 99-101  
 classificatie, 89, 91, 103  
 classificatiesysteem, 95  
 Cliteur, P., 43  
 coherentie, verbod op in-, 134  
 commissie Smits, 100  
 commissie Stolker, 87, 111  
 commissie Verbeke, 99  
 communicatie, 19, 98  
*communis opinio*, 114  
 compensatie, 57, 114  
 Comte, August 47  
 confirmaties, 13  
 consensus, maatschappelijke, 62  
 conservatisme, 52  
 consistentie, 72, 135  
 constitutie, 62  
 continentale traditie, 47  
 contractsvrijheid, 80, 148  
*contra-proferentem*-regel, 74, 80  
 Cooper, D.E., 36  
 correspondentietheorie, 22  
 corrobatio, 61  
 Cour de Cassation, 114  
 creativiteit, 10, 45, 60, 61, 77, 127  
 criteria, 5, 29, 60, 86, 89, 91, 97  
 criterium, 9, 21, 64, 91, 92, 101, 109, 133  
 CSQN-verband, 59, 86  
 cultuurrecht, 52, 65  
 De Groot, A.D., 119-121, 127  
 definitie, 8, 15, 49, 91, 99, 101  
 Degenkamp, J.Th., 61  
 demarcatiecriterium, 27, 64, 124  
 democratie, 31, 72  
 democratie, lange-termijn, 52  
 democratische traditie, 72  
 demonisch, 36  
 derdegeldstroomonderzoek, 90  
 determinisme, 54  
 Dijkstra, H., 92  
 Dilthey, W., 82  
 Disciplineoverlegorgaan  
     rechtsgeleerdheid (DRG), 87, 89, 111  
 dissidenten, 102  
 doelmatigheid, 118, 133  
 dogmatisme, 102, 146  
 doodstraf, 64  
 Dooyeweerd, H., 19, 58, 112  
 drie werelden, 54, 64  
 dualisme, 21, 27, 51  
 Dunné, J.M. van, 52, 57, 63, 72-76, 79, 148  
 Duyndam, J., 37  
 Ecclesiastes (Prediker), 40  
 Eccles, J.C., 54  
 economie, 52, 53, 128  
 economisme, 118  
 Eggens, J., 57, 58, 73, 74, 86, 112  
 egoïsme, 40  
 eigendom, 38  
 Eikema Hommes, H.J. van, 63  
 Einstein, A., 125  
 empirisch onderzoek, 6, 21, 22, 60, 68, 127, 129, 131-141, 144, 145, 148  
 empirisme, 17, 28, 118  
 epistemologie, 40, 46, 59, 115, 133, 137  
*equal rights*, 27  
 esoterisch, 36  
 essentialisme, 5, 7, 8, 21, 35, 49, 51, 118  
 essentie, 25, 34, 127  
 ethiek, 9, 21, 23, 40, 128, 137  
 ethisch positivisme, 26, 28  
 ethische beslissing, 22, 23, 27  
 ethische grondslag, 23, 81  
 Euclides, 123  
 existentialisme, 28  
 experimenten, 21  
*faith in reason*, 16, 24, 35  
 fallibilisme, 8, 19,  
 falsificatie, 2, 4, 61, 62, 64, 77  
 falsificatiebeginsel, 61, 63, 64  
 falsificatiecriterium, 20, 27, 64, 124  
 falsificatieprobleem, 2  
 fantasie, 127, 131  
 fascisme, 36  
 feiten, 6, 10, 14, 15, 23, 28, 47, 51, 57, 59, 117, 118, 121, 124, 145  
 fenomenologie, 36, 37, 100, 102, 120  
 Fesevur, J.E., 60  
 Fisch, M., 40  
 Franken, H., 43, 46, 47, 51, 52, 60, 65-67  
 Freirecht, 80  
 Freud, S.S., 13, 64  
 functioneringsvereiste, 104  
 Gadamer, H.G., 27, 46, 120, 122, 137, 146



- Gakeer, A.M.P., 62, 118  
 Geest, G. de, 43, 47, 51, 52, 60, 65-66  
 gelijkheid voor de wet, 31, 72  
 geloof, 21, 22, 34, 35, 65  
 gerechtigheid, 37, 53, 69, 70, 71, 109, 133, 141, 144  
 geschiedenis, 9, 10, 19, 25, 26, 49, 50, 55, 65, 102, 106, 108, 117  
 geschiedkunde, 22  
 Gestel, R.A.J. van, 29  
 geweld, 31, 40, 72, 148  
 geweten, 38  
 gezag, 14, 70, 116  
 Gillies, D., 142  
 God, 29, 35  
 grammaticale uitleg, 75  
 Gribnau, J.L.M., 29  
 Groenhuijsen, M.S., 63  
 grondrechten, 55, 109  
 grondslag, 9, 16, 18, 21-23, 27, 63, 73, 74, 109, 139, 142  
 grondwet, 65  
 Groot, A.D. de 119  
 Habermas, J., 46, 62  
 Hacoen, M.H., 41  
 Hamel, B.C.J., 138  
 handboeken, 93  
 Hartendorp, R.C., 45  
 Hartlief, T., 87-89, 91, 92, 104, 106  
 Hayek, F.A., 31, 74, 127, 135  
 hedonisme, 48  
 Hegel, G.W.F., 25, 26, 32, 74  
 Heidegger, M., 4, 32-39, 120-122, 137  
 hermeneutiek, 25, 38, 46, 62, 75, 81, 82, 117-120, 122, 132, 133, 136  
 hermeneutische paradigma, 116  
 hermeneutische school, 28, 81  
 Herweijer, M., 137  
 Hesselink, M.W., 62  
 Hillel, 41, 76  
*historical relativism*, 50  
 historicisme, 7, 26, 27, 50, 51, 122  
 historische methode, 52, 84  
 historisme, 58  
 Hoge Raad, 56, 72  
 Hol, A.M., 123, 135  
 holisme, 36  
 hoogste rechter, 10, 145  
 hoop, 3, 25, 27, 144  
 Horst, P.W. van der, 108  
 Hübener, W., 81  
 humanisme, 24  
 Hume, D., 74  
 Husserl, E., 4, 36  
 idealisme, 36, 118  
 Ignatieff, M., 30, 31  
 immateriële schadevergoeding, 57  
*increasing the body of knowledge*, 85, 92  
 indeterminisme, 40  
 individualisme, 40  
 inductie, 49, 86  
 inquisitoir strafrechtelijke systeem, 65  
 institutionalisme, 129  
 instrumentalisme, 45, 46  
 interactie, 14, 19, 95  
 internationalisering, 89, 90  
 interpreter, 77  
 interpretatie van teksten, 67, 73-81  
 interpretatie, 19, 35, 36, 62, 67-68, 70, 75-80, 116, 122, 132, 133  
 interpretatie, historische, 122  
*interpretation, wohlwollende*, 78  
 kritische hypothetisch-deductieve methode, 77  
*principle of charity*, 78  
 interpretatiekader, 78, 122  
 intersubjectiviteit, 37  
 interventionisme, 52-53  
 intuïtie, 9, 49, 61, 74, 77  
 irrationalisme, 15, 17, 27, 29, 47  
*Is en Ought*, 27, 118  
 Jansen, C.J.H., 94  
 Janssen Perio, E.M., 33, 34  
 Jarvie, I.C., 40  
 Joods, 26, 38, 40  
 juridisch causaal verband, 58  
 juridisch onderzoekers, 118  
 juridisch positivisme, 26, 28  
 jury, 66  
*justice*, 64  
 kansrekeningsleer, 21  
 Kelsen, H., 53  
*kindness*, 64  
 Klik, P., 56  
 KNAW, 58, 61, 67, 84, 87, 97  
 KNVB, 101  
 Kolnai, A., 36  
 Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, 99

- koopmanschap, 10  
 Kors, 65  
 Kortmann, S.C.J.J., 138  
 kosmologie, 20, 23  
 kosmos, 8, 19  
 Kotterman-van de Vosse, I., 31  
 kriticisme, 9, 19, 133, 138  
 kritisch dualisme, 6, 8, 23, 28  
 Kuhn, T., 86, 92, 101, 115  
 kwaliteit, 5, 83, 88-90, 95, 99, 102-104, 109  
 kwantitatief, 5  
 kwantumfysica, 21  
*labeling process*, 100  
 laedens, 57  
 Lakatos, I., 92, 101  
 Langemeijer, G.E., 72, 73  
 Laor, N., 40  
*law in action*, 94  
*law in ontwikkeling*, 94  
 legaliteitsbeginsel, 72  
 Levinas, E., 4, 11, 32-40, 74, 78  
 Levy, L.W., 65  
 liberaal, 31, 71, 72, 74, 81  
 Lokin, J.H.A., 77, 80  
 Lorentz, H.A., 125  
 Loth, M.A., 43, 61, 118  
 maatschappij, 7, 10, 40, 62, 94, 96, 108, 117  
 maatschappijkritiek, 22  
 Macdonald, G., 40  
 Mach, E., 46  
 machine, 38, 84, 130  
 macht, 10  
 machtenscheiding, 71, 80  
 machtsmisbruik, 7, 10, 72  
 Manicas, P.T., 122  
 Mantzavinos, C., 122  
 Marx, K., 26  
 materialisme, 54  
*meaning analysis*, 7  
*meaning of life*, 27  
 meerderheid, 10, 31, 51, 65, 72, 116, 137  
 Meijers, E.M., 77, 80, 135  
 mening, 14, 22, 28, 30, 39, 47, 107, 128  
 metafysical framework, 8  
 metafysical research program, 8, 124  
 metafysisch, 4, 8, 16, 18, 20, 21, 27, 37, 52, 86, 117, 121, 124-127, 134, 136, 142  
 middeleeuwen, 33  
 minderheidsstandpunten, 72  
 misbruik van economische machtspositie, 74, 80  
 modaliteitenleer, 58  
 Moed, H.F., 100  
 moederschap van de aarde, 38  
 Mok, L., 44-46, 49  
 monisme, 51  
 Moore, G.E., 36  
*moral relativism*, 50  
 moreel positivisme, 51, 118  
 moreel realisme, 8  
 MUB, 106  
 multiculturalisme, 8  
 multidisciplinair onderzoek, 90  
 Musgrave, A., 18, 92  
 nationaal-socialisme, 33  
 naturalisme, 28, 50, 78  
     antinaturalisme, 28  
 nature and convention, 27  
 natuurlijke wetmatigheden, 28  
 natuurrecht, 6, 52, 66  
 Nederlandse Juristen Vereniging, 97  
 neo-positivisme, 2  
 Nieuwenhuis, J.H., 62, 84  
 nihilisme, 21, 22, 25, 26, 29, 31, 32, 36, 37, 48, 121, 142, 144  
 nominalisme, 7, 15, 21  
 nominalisme, methodologisch, 7  
 noodlot, 15, 26, 144  
 normen, 23, 28, 51, 52, 57, 63, 73, 107, 118, 120, 131, 132, 137, 147  
 NWO, 87  
 O'Hear, A., 37  
 object van wetenschap, 4, 53, 85  
 omkeringsregel, 59  
 omkoping, 10  
 onderwijs, 43, 44, 84, 85, 99, 106, 107  
 onderzoekers, 95, 98, 102, 107  
 onderzoeksgroepen, 95, 98, 101  
 oneindige, 26, 27, 38, 55  
 ontologie, 7, 23, 32, 37-40  
 Onzijdige, het, 38  
 oorlog, 39, 50  
 open debat, 72  
 optimisme, 49  
 Opzoomer, C.W., 76, 77

- Orde van Advocaten, 97  
 originaliteit, 83  
 oude Burgerlijke Wetboek (OBW), 76  
 Oud-vaderlandse recht, 10  
 output, 45, 46, 83, 91, 93, 98, 103  
 paganisme, 35-40  
 paradigma, 62, 92, 101, 102  
 Pascal, B., 34  
*peer review*, 101  
 personeelsbeleid, 95  
 persoonlijke opvattingen, 119  
 Philipse, H., 34, 35, 37  
*piecemeal social engineering*, 53  
 Pinto, A. de, 76  
 Plato, 7, 26, 36, 47, 49, 118, 131  
 pluralisme, 54  
 politiek, 7, 31, 72, 99  
 politieke tirannie, 39  
 Pomp, M., 103  
 Poorthuis, M., 37  
 populariserende publicatie, 89  
 positivisme, 2, 4, 7, 17, 26, 28, 29, 35, 43, 45-52, 59-62, 70, 83, 85, 86, 92, 118, 137, 141  
*Positivismusstreit*, 127  
 postulaten van de dialoog, 78  
 postulaten, 78, 80, 123, 124  
 pragmatisme, 31, 46  
 praktijkjurist, 56  
 preventie, 57  
 priemgetallen, 54  
 privaatrecht, 5, 138  
 probleemgericht, 53, 84  
 productiviteit, 88, 90, 95, 103, 109  
 professionals, 94, 97  
 profetie, 61  
 programma, 60, 105-109, 124  
 programmatisch onderzoek, 90, 104, 105, 108  
 project, het, 88  
 psychoanalyse, 102  
 psychologie, 13, 102, 128  
*psychologism*, 129  
 publicatiecultuur, 90, 93  
 punitieve component, 57  
 Raad voor de Rechtspraak, 97  
 Raad voor Geesteswetenschappen, 97  
 raamwerk, 1, 86  
*ranking*, 100, 102  
 rationalisme, 1, 9, 15, 17-19, 27, 29, 35, 37, 52, 58, 67, 72, 74  
 rationalisme, kritisch, 1, 3, 5, 9, 13, 15, 16, 18, 19, 21, 25, 27, 34, 35, 37, 61, 67, 68, 74, 75, 78, 113, 119, 126, 127, 143, 148  
 rationalisme, onkritisch, 15, 17, 18, 35  
 rationaliteitspostulaat, 78, 81  
 realisme, 2, 7, 8, 13, 18, 21, 23, 33, 36, 49, 55, 56, 59, 124, 125  
 rechter, 10, 25, 45, 62, 66, 71, 72, 94, 118  
 rechtsbeginselen, 37  
 rechtsoordeel, 57, 59  
 rechtspersoon, 56  
 rechtspleging, 37  
 rechtspositivisme, 6, 52, 66, 118  
 rechtspraktijk, 93, 94, 96, 97, 132, 134  
 rechtsregels, 61, 62, 70, 116, 133, 145  
 rechtsstaat, 71, 109  
 rechtstheorie, 67, 68, 134  
 rechtsvergelijking, 90, 145  
 rechtsvinding, 4, 52, 57, 66, 67, 75, 90, 137, 147, 148, 165  
 rechtsvraag, 55, 69, 94  
 rechtszekerheid, 118, 133  
 rechtvaardige samenleving, 72  
 rechtvaardigheid, 8, 9, 40, 43, 61, 62, 74, 118, 133, 147  
 rede, 10, 68, 112, 119  
 reductionisme, 21, 53, 54, 57, 128, 151  
 anti-reductionisme, 8  
 referentiekader, 86, 119, 126  
 regulatieve idee, 22, 69, 71, 133, 141  
 relativisme, 4, 26, 29-32, 49-51, 58, 61, 67, 81, 92, 100, 115-117, 138, 142, 144  
 relativistisch, 47, 51, 81, 92  
 religie, 10, 39  
*researchmaster*, 45  
 Reurich, L., 135  
 revolutie, 10  
 revolutionair, 49, 52  
 anti-revolutionair, 53  
 contra-revolutionair, 53  
 Robinson Crusoe, 20  
 Romeinse recht, 10, 44, 84  
*rule of law*, 10, 31, 40, 65, 71-75, 80-81, 147, 148  
 Rusland, 60  
 Russell, B., 46

- Sartre, J.P., 121  
 scepticisme, 8  
 schadebegrip, 57, 58  
 schadebegrip, normatief, 57  
 Scheltema, H.J., 57  
 Schilfgaard, P. van, 90  
 Schleiermacher, F., 81-82  
 Schlick, M., 36  
 scholastiek, 33, 145  
 Scholten, P., 4, 45, 55, 56, 66, 67, 68, 69, 70-71, 73, 77, 80, 112, 141  
 Scholz, O.R., 81, 82  
 Schoordijk, H.C.F., 72, 73, 84  
*searchlight-theory*, 140  
 secundaire bronnen, 14  
*Sein und Zeit*, 34, 39  
 Shammai, 76  
 Shearmur, J., 31  
 sjamanisme, 36  
 slavernij, 39  
 Small, Henry 100  
 smartengeld, 57, 139  
 Smith, C.E., 116, 117  
 sociaal gebeuren, 14  
 Sociaal-Wetenschappelijke Raad, 97  
 sociologie, 52, 53, 115, 128  
 sociologisme, 118  
*sociology of knowledge*, 114  
 Soeteman, A., 62  
 Sokrates, 38  
 solipsisme, 21, 23  
 Spaapen, J., 92  
 specialisatie, 73, 85  
 specialisten, 43, 85  
 sprong, 16, 18, 69  
 staat, 37, 114  
 Stamhuis, E.F., 123  
 Standard Evaluation Protocol (SEP), 87, 90, 96-99, 105  
 statistieken, 60  
*status quo*, 131, 137  
 Stolker, C.J.J.M., 5, 25, 43, 60, 84, 111-120, 127, 133, 138-141  
 strafrechter, 66  
 strafrechterlijk systeem, 65  
 stukloon, 103  
 subjectivisme, 24, 61  
 Suijling, J.Ph., 72  
 synchronie, 141  
 systeembouw, 141  
 systeemkritiek, 4, 68, 73, 134, 136, 141, 143, 145, 148  
 taal, 19  
 taalanalytische filosofie, 34  
 taalwetenschap, 55  
 Taekema, H.S., 22  
 talmoed, 40  
 talmoedlessen, 37  
 Tarski, A., 22  
 techniek, 38-39  
 technocratisch, 46, 83, 85  
*Technologie der Deutung*, 77  
 technologie, 68, 129, 132, 133, 141, 145  
 Telders, B.M., 73, 74  
 theologie, 78, 136  
 Thijmgenootschap, 138  
 tijdschriften, 93, 101  
 Tijssen, H.E.B., 29  
 tirannie, 39  
 Tjittes, R., 90  
 tolerantie, 9, 31, 58  
 tortuur, 29, 30, 31, 32  
 totaliteit, 38, 39, 40  
 traditie, 5, 9, 10, 13, 19, 21, 31, 34, 47, 49, 67, 74, 78, 80, 81, 102, 118, 141  
 transcendentale kritiek, 19, 58  
*trial and error*, 24  
 tribalisme, 36, 40  
 twee van Putten, 65  
 tweedegeldstroomonderzoek, 90  
 uitbuiting, 38  
 uitgangspunten, 5, 20, 29, 112, 115, 124, 131, 138, 139  
 uitleg, Zie: interpretatie van teksten  
 uitleg, normatief, 73  
 uitleg, te goeder trouw, 76  
 uitlegger, 77, 80  
 uitlegregels, 74, 78-79  
 Ulpianus, 77  
*unity of mankind*, 23, 35, 74, 81  
 utilitarisme, 46  
 utopisme, 10  
 vage normen, 63  
 vakpublicaties, 83, 88, 89, 91-93, 95  
 Venniker, R., 103  
 vennootschap onder firma, 56  
 verantwoordelijkheid, 5, 11, 22, 27-29, 32, 40, 48, 75, 138  
 verantwoordelijkheid, maatschappelijke, 10, 49

- verbalisme, 68, 80  
 Verenigde Staten van Amerika, 65  
 Vereniging van Wetgevingsjuristen, 97  
 Vereniging voor Rechtspraak, 97  
 vergelding, 57, 65  
 verificatie, 2, 13, 64, 77, 118  
 verificationisme, 13  
*verstehen*, 36, 50, 56, 62, 77, 82  
 vertrouwensleer, 73, 74  
 verwachtingen, 19, 121  
 visitatie, 5, 87, 91, 98, 99, 104-106, 111  
 voluntarisme, 8, 24, 46, 129  
 voluntaristische rechtsopvatting, 62  
 vooronderstellingen, 15, 19, 20, 49, 53, 78, 86, 121, 124, 126  
 voorspelling, 60, 61, 140, 141  
 vooruitgangsgeloof, 2  
*vorverständnis*, 120  
 Vranken, J.B.M., 25, 26, 29, 31, 32, 72, 73, 94, 137, 148  
 Vries, G. de, 115  
 vrijheid, 31, 38, 40, 45, 48, 55, 80, 106-109  
 vrijplaats, 71, 109  
 VSNU, 87, 91, 99, 100, 104, 111  
 waarden, 15, 24, 27, 31, 33, 51, 63-64, 96-97, 116  
 waarheid, 13, 21, 22, 25, 39, 44, 48, 58, 64, 68, 81, 114, 123, 133  
 waarheids criterium, 64, 67, 115, 133, 135, 138  
 waarheidsvraag, 21, 22  
 waarneming, 19, 39, 61, 121  
 Wagenaar, H., 45  
 Waldron, J., 8, 40  
 Weinrib, E.J., 135  
 wereldgeschiedenis, 26  
 werkhypothese, 8  
 westerse beschaving, 10, 38  
 westerse filosofie, 26, 39  
 Wetboek van Strafvordering, 65  
 wetenschappelijk debat, 14, 15, 101  
 wetenschappelijk onderzoek, vrij, 108  
 wetenschappelijke attitude, 94  
 wetenschappelijke publicatie, 88, 91, 92, 103  
 wetenschappelijke vooruitgang, 10, 49  
 wetenschappen, natuur-, 7, 20, 48, 50, 57, 59-61, 120, 127, 130  
 wetenschappen, sociale, 5, 7, 8, 13, 20, 26, 48, 50, 113, 118-122, 127-131  
 wetenschapper, 7, 14, 15, 18, 30, 45, 48, 59, 61, 86, 82, 86, 94, 109, 115, 122, 131, 137, 139, 148  
 wetenschapsleer, Zie: epistemologie  
 wetgever, 6, 10, 55, 56, 62, 71, 76, 80, 94, 106-108, 114, 118  
 wetsevaluaties, 137  
 WHW, 106, 107  
 wijsbegeerte, 19, 58  
 wil tot macht, 38  
 willekeur, 10, 56, 71, 76, 133, 136  
 willekeurige rechtsopvatting, 62, 67  
 wiskunde, 21, 54, 70, 123  
 Wissink, M.H., 88  
 Wittgenstein, L., 34, 36, 137  
*wrongful life*, 112-118, 138, 140  
 Zaanse verhoormethode, 65  
 zekere kennis, 19, 49  
 zekerheid, 18, 21, 35, 138, 144  
 zekerheids criterium, 22, 68, 133, 138  
 Zelfde, het, 39  
 zelfincriminatie, verbod op, 32  
 Zijn, het, 33, 34, 38



## Curriculum Vitae

Ivar Wendt is geboren in Zwolle op 11 oktober 1971. In 1990 behaalde hij zijn VWO-diploma aan de Christelijke Scholengemeenschap "Henegouwerplein" te Rotterdam. Daarna studeerde hij enige tijd Tropisch Landgebruik in Wageningen en volgde het Basisjaar aan de Evangelische Hogeschool te Amersfoort. Tevens volgde hij diverse vakken op het gebied van bedrijfskunde en filosofie aan de Open Universiteit. In 1994 is hij in Rotterdam begonnen aan de studie Rechtsgeleerdheid welke hij in 1997 heeft afgerond met een scriptie over de verhouding tussen onrechtmatige daad en strafrecht. Vanaf 1998 was hij verbonden aan de Erasmus Universiteit bij de sectie Verbintenissenrecht. Als docent was hij betrokken bij vakken als Verbintenissenrecht, Capita Verbintenissenrecht en Rechtsvinding. Binnen de faculteit was hij tevens actief als secretaris van het Instituut voor Milieuschade, capgroepbeheerder en voorzitter van de faculteitsraad.