

## **Wat doen juridische onderzoekers? Een empirische blik**

van Dijck, Gijs; van Gulijk, Stéphanie; Prinsen, M.M.

*Published in:*  
Recht der werkelijkheid

*Document version:*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2010

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*  
van Dijck, G., van Gulijk, S., & Prinsen, M. M. (2010). Wat doen juridische onderzoekers? Een empirische blik. *Recht der werkelijkheid*, 31(1), 44-64.

### **General rights**

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

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

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Wat doen juridische onderzoekers?

## Een empirische blik\*

*Gijs van Dijk, Stéphanie van Gulijk & Merel Prinsen*

### Samenvatting

In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen de interne en externe methode van juridisch onderzoek. Dit artikel toetst deze theorieën aan de hand van empirisch onderzoek. Onderzocht wordt of dit onderscheid in juridische publicaties tot uitdrukking komt en welke kenmerken de twee methoden hebben. Om dit te meten zijn de methoden geconcretiseerd in twee rolmodellen, namelijk het rolmodel van de rechter en het rolmodel van de wetenschapper. Er blijkt echter ook een derde rolmodel te bestaan, namelijk het rolmodel van de wetgever, dat moeilijk in een van de rolmodellen kan worden ondergebracht. Aan de orde komt hoe dit derde rolmodel moet worden geduid en welke de voor- en nadelen zijn van dit rolmodel.

### 1 Inleiding

In de literatuur wordt aangenomen dat juridische onderzoekers redeneren of onderzoeken vanuit een intern of extern perspectief. Bij het interne perspectief, ook wel aangeduid als het rolmodel<sup>1</sup> van de rechter, valt te denken aan de juridische onderzoeker die binnen het geldende recht op zoek gaat naar de oplossing voor een juridisch probleem. Het kan gaan om het oplossen van een casus, het toetsen van consistentie van rechterlijke uitspraken of het toetsen van bepaalde regels aan ontwikkelingen die binnen een rechtsgebied of jurisdictie hebben plaatsgevonden. Bij het externe perspectief kan worden gedacht aan een rechts-econoom die onderzoek doet naar de kosten en baten van een bepaalde regel of aan een rechtspsycholoog die beschrijft of verklaart hoe rechters tot hun oordelen komen.

In dit onderzoek stellen wij de vraag of in de praktijk van juridisch onderzoek het onderscheid tussen de interne methode en de externe methode, welke methoden

\* De auteurs danken in de eerste plaats Matthijs Nelemans voor zijn bijdrage aan het voorbereiden en gedeeltelijk uitvoeren van het onderzoek, en Christel van der Kop en Kathelijne van Gulick voor het doornemen van de dissertaties voor de interrater reliability tests. Dank gaat voorts uit naar Matthias Borgers, Aziza Azimi en Raymond Kubben, voor hun bijdragen in het voorstadium van het onderzoek, en naar Jessey Liauw-a-Joe, voor het invoeren van de gegevens. De auteurs zijn diegenen erkentelijk die conceptversies van dit artikel van commentaar hebben willen voorzien. In alfabetische volgorde zijn dit: Maurits Barendrecht, Matthias Borgers, Maaik van Laarhoven, Corien Prins en Jan Vranken.

1 In dit artikel wordt de aanduiding 'rolmodel' gehandhaafd omdat deze aanduiding vaker wordt gebruikt in andere artikelen. Je zou ook over 'perspectief' kunnen spreken.

wij aanduiden als rolmodellen, zichtbaar is in de praktijk van juridisch onderzoek. Dat is het geval, maar er blijkt voorts een derde rolmodel te worden gevolgd dat kenmerken van zowel de interne methode als de externe methode heeft. Wij proberen dit rolmodel te plaatsen in het onderscheid tussen het interne en het externe perspectief.

De opbouw van dit artikel is als volgt. Het begint met het schetsen van het theoretische kader van het rolmodel van de rechter en het interne en externe perspectief (par. 2). Daarna formuleren wij de te onderzoeken hypothesen (par. 3), beschrijven wij de methode die wij hebben gebruikt (par. 4), gevolgd door een weergave van de onderzoeksresultaten (par. 5) en een discussie hierover (par. 6).

## 2 Achtergrond

In de literatuur wordt betoogd dat een juridische onderzoeker vaak onderzoek doet op een manier die lijkt op wat de rechter doet, namelijk het analyseren van een probleem aan de hand van de wet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en soms de doctrine. Dit wordt aangeduid als het rolmodel van de rechter en wordt wel beschouwd als illustratief en kenmerkend voor juridisch onderzoek.<sup>2</sup> Het kenmerkt zich door het feit dat de onderzoeker dezelfde (interpretatie)methoden gebruikt als de rechter, met als gevolg een gebondenheid aan het geldende recht.<sup>3</sup> De onderzoeker gaat, met andere woorden, op zoek naar de beste oplossing binnen de bestaande kaders. De gebondenheid uit zich ook in de taal en begrippen die worden gebruikt,<sup>4</sup> in het inpassen van oplossingen voor geconstateerde problemen binnen het stelsel van de wet, wetsgeschiedenis en jurisprudentie,<sup>5</sup> en in de eis om te beschikken over kennis van het systeem en ervaring in het 'ambacht'.<sup>6</sup>

Het rolmodel van de rechter staat echter onder druk. Het zou ertoe leiden dat de juridische onderzoeker (rechts)politieke uitspraken presenteert als uitleg of interpretatie van een bepaalde regel.<sup>7</sup> Zo doen juridische onderzoekers net alsof zij iets nieuws hebben gevonden in het bestaande recht, terwijl zij, als zij hun argumenten en opvattingen open en bloot op tafel hadden gelegd, mogelijk verder hadden

2 Bijvoorbeeld Westerman & Wissink 2008; De Geest 2004, p. 62-63; Asser-Vranken\*\*\*, nr. 144.

3 In het verleden zijn deze interpretatie- en argumentatiemethoden aan een empirische analyse onderworpen, zie onder meer Snijders 1978; Fockema Andreae 1904.

4 Smith e.a. 2008.

5 Westerman & Wissink 2008. Vergelijk Van Rhee 2004, p. 198.

6 Sieburgh 2008.

7 De Geest 2004, p. 62-63; Asser-Vranken\*\*\*, nr. 144. Deze kritiek ligt in het verlengde van het debat over de kenmerken, status en methodologie van juridisch onderzoek (en onderwijs), waarover onder meer Stolker (2003), Tijssen (2003) en de Commissie Prestatie-indicatoren en ranking (2007) (aandacht voor de wijze van beoordeling van juridisch onderzoek), Stolker (2004), Barendrecht e.a. (2004, p. 1425) en Sieburgh (2008) (aandacht voor de kenmerken van goede juristen), Wendt (2008), Smith e.a. (2008) en Westerman & Wissink (2008) (aandacht voor de kenmerken van goed rechtswetenschappelijk onderzoek), Herweijer (2003), Barendrecht e.a. (2004, p. 1427), Van Gestel e.a. (2007) en Tijssen (2009) (aandacht voor de mate van verantwoording van juridisch onderzoek), Westerman & Wissink (2008), Franken (2004, p. 1405) en De Geest (2004). Vergelijk Asser-Vranken\*\*\*.

moeten kijken en tevens een ander type onderzoek (bijvoorbeeld sociaalwetenschappelijk) hadden moeten verrichten, bijvoorbeeld om te toetsen welke problemen er in de praktijk spelen.<sup>8</sup> De gebondenheid van de juridische onderzoeker aan het geldende recht spreekt dus niet voor zich en verdraagt zich bovendien niet met de onafhankelijke en kritische opstelling die de onderzoeker heeft.<sup>9</sup>

De discussie over het bestaande juridische onderzoek (in Nederland) sluit aan bij het debat over de interne en externe methode in juridisch onderzoek. Verschillende schrijvers hebben zich in de loop der jaren gebogen over de kenmerken van deze methoden, onder wie niet de minsten, zoals Hart, Dworkin en Tamanaha. In zijn *The concept of law* maakt Hart onderscheid tussen enerzijds personen die het recht beschouwen als een hoeveelheid regels die een uitdrukking vormen van normen en waarden die op zichzelf moreel en nastrevenswaardig zijn (intern perspectief), en anderzijds personen die het recht louter beschouwen als een object van onderzoek en daarom geen wezenlijk verschil zien met bijvoorbeeld regels in schaken of cricket (extern perspectief).<sup>10</sup> In het verlengde van Hart betoogt Dworkin dat de interne methode meer praktische dan wetenschappelijke doelen dient. Binnen het interne perspectief gaat het volgens Dworkin in de eerste plaats om het antwoord op de vraag welke argumenten steekhoudend, overtuigend en dus bruikbaar zijn.<sup>11</sup> Voorspellingen over wat het recht doet of kan doen, zijn binnen het interne perspectief slechts relevant voor zover zij helpen om te bepalen wat goede argumenten en beslissingen zijn. Voor Dworkin is interpretatie dan ook van het allergrootste belang bij de interne methode. Wie het recht interpreteert, dient dit op een manier te doen die het best aansluit bij alle belangen die in het geding zijn.<sup>12</sup> Welke oplossing het 'best' is, hangt af van wat in de samenleving moreel aanvaardbaar is en van de eventuele inbedding van die oplossing in het recht.<sup>13</sup>

Het onderscheid tussen de interne en de externe methode ging niet zonder kritiek. Verschillende auteurs bekritiseerden de tweedeling en droegen nieuwe categorieën aan.<sup>14</sup> Volgens Tamanaha was de kritiek het gevolg van een verwarring in het onderscheid intern-extern.<sup>15</sup> Hij onderscheidt twee niveaus: dat van het geobserveerde en dat van de persoon die observeert.<sup>16</sup> Volgens hem wordt het geobserveerde – het recht – vanuit een intern perspectief bestudeerd indien het observeren gebeurt op een manier waarbij rekening wordt gehouden met wat individuele actoren binnen het recht beogen en betekenen. Daartegenover staat het externe perspectief, waar het bestuderen van patronen en regelmatigheden centraal staat. Een vraag binnen het externe perspectief zou bijvoorbeeld kunnen zijn

8 De Geest 2004, p. 61-63.

9 Barendrecht e.a. 2004, p. 1420; Asser-Vranken\*\*\*, nr. 150-152. Vergelijk Franken 2004, p. 1405 en De Geest 2004, p. 62-63.

10 Hart 1972, p. 86-88.

11 Dworkin 1986, bijvoorbeeld op p. 52-53.

12 Dworkin 1986, p. 47 en 52-53.

13 Dworkin 1986, p. 90.

14 McCormick 1981, p. 39; Raz 1979, bijvoorbeeld op p. 155.

15 Tamanaha 2006, p. 1263-1265.

16 Tamanaha 2006, p. 1262-1268. Zie met name zijn overzichtelijke schema op p. 1265.

of politieke voorkeuren van rechters van invloed zijn op hun beslissingen, terwijl een vraag binnen het interne perspectief is of een bepaalde beslissing van een rechter houdbaar is in het licht van juridische en maatschappelijke waarden.

Binnen het tweede niveau, dat van de observeerder, maakt Tamanaha onderscheid tussen personen die participeren en personen die niet participeren. In het voorbeeld van een rechterlijke uitspraak die wordt bestudeerd, kan bij de eerste categorie worden gedacht aan een rechter die de uitspraak becommentarieert (intern perspectief) en bij de tweede categorie aan een rechtsgeleerde die dezelfde uitspraak becommentarieert (extern perspectief). De rechter neemt deel aan het proces van rechterlijke oordeelsvorming, is zelf betrokken bij rechterlijke oordeelsvorming, de rechtsgeleerde niet.

Minstens zo belangrijk als het onderscheid tussen het niveau van observeerder en dat van het geobserveerde is de vraag wat het referentiekader, de grens of het criterium is wat het interne perspectief onderscheidt van het externe perspectief.<sup>17</sup> Fish noemt in dit verband de interpretatiegemeenschap.<sup>18</sup> Een interpretatiegemeenschap die de actoren verenigt die hetzelfde jargon gebruiken, dezelfde kennis of methoden gebruiken en dezelfde gewoonten hebben. De interpretatiegemeenschap binnen het juridische domein bestaat uit tenminste advocaten, rechters en rechtsgeleerden.<sup>19</sup>

Eens in de zoveel tijd laait de discussie op tussen aanhangers van het interne perspectief en die van het externe perspectief, door Kronman omschreven als de conventionelen (interne perspectief) en de wetenschappers (externe perspectief).<sup>20</sup> Inzet van de discussie is de methode van juridisch onderzoek. In de jaren tachtig van de vorige eeuw vond een dergelijke confrontatie plaats. Schwartz beschrijft dit debat, waar Posner en Unger (de wetenschappers) en Fiss, Fried en Kronman (de conventionelen) de hoofdrolspelers vormden.<sup>21</sup> Een vergelijkbaar debat is of wordt gevoerd in Nederland, waar De Geest (een 'scientist') het vuur opende op de conventionelen die, in de vorm van onder meer Smith e.a., Sieburgh en Westerman en Wissink, pareerden.

In een dergelijk debat claimen de 'scientists' dat recht geen autonome discipline is met een eigen methodologie en dat het niet op zichzelf kan worden bestudeerd. De maatschappij is volgens hen niet zozeer een gegeven, maar een creatie en dus maakbaar. De conventionelen werpen de wetenschappers tegen dat zij, de 'scientists', miskennen dat het recht een weerslag vormt van een publieke moraal. Het bepalen van die publieke moraal vereist interpretatie, want het recht omschrijft, maar definieert die publieke moraal niet precies. Wat bijvoorbeeld maatschappelijk onzorgvuldig is, hangt onder meer af van de aard van de betrokken personen (kennis, kunde, enzovoort), de maatschappelijke verhoudingen (twee partijen of meerpartijenverhoudingen) en tijdsgeest (eigen verantwoordelijkheid versus verantwoordelijkheid voor anderen). De mogelijkheid en noodzaak tot interpretatie

17 Tamanaha 2006, p. 1267.

18 Fish 1980. Zie ook Tamanaha 2006, p. 1268-1269.

19 Tamanaha 2006, p. 1268.

20 Kronman 1988, p. 339.

21 Voor een bondige samenvatting, met verdere verwijzingen, zie Schwartz 1992, p. 184-185.

verklaren waarom discussie kan bestaan over de inhoud van het recht. Interpretatie is echter niet onbeperkt. Bepaalde interpretatiemethoden en bronnen (wet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en/of dogmatische literatuur) genieten de voorkeur en hebben dan ook autoriteit.<sup>22</sup>

Hoewel de methodestrijd tot op heden geen definitieve winnaar heeft,<sup>23</sup> lijkt wel een verschuiving te hebben plaatsgevonden. Illustratief daarvoor is de opkomst, met name in de Verenigde Staten, van *Law & Economics*. Recenter is de opmars van empirisch-juridisch onderzoek – ook in de Verenigde Staten – getuige onder meer een toename in het aantal empirisch geschoolde onderzoekers en de opkomst van *Empirical Legal Scholarship*.<sup>24</sup> Voor de periode 1990-2000 is getracht de opmars te kwantificeren.<sup>25</sup> Deze meting laat zien dat het gebruik van kwantitatieve methoden, in vergelijking met ander type onderzoek (dogmatisch, rechts-economisch, enzovoort), in de loop der jaren flink was toegenomen.<sup>26</sup>

### 3 Hypotheses

Het debat over de interne en externe methode, alsook de wenselijkheid ervan, is vooralsnog een theoretische discussie. Dit artikel is het eerste dat de interne en externe methode aan een empirische analyse onderwerpt. Meer specifiek toetsen wij de theorie dat juridisch onderzoek zich laat onderverdelen in onderzoek dat is gedaan vanuit een intern of vanuit een extern perspectief. Als wij het hierna hebben over het interne en externe perspectief, doelen wij steeds op het object van onderzoek en niet op de persoon van de onderzoeker. Het gaat ons om de vraag of het recht vanuit een intern perspectief of extern perspectief wordt bestudeerd, en niet om de vraag of de persoon van de onderzoeker zelf participeert aan het rechtssysteem. Of sprake is van een intern of extern perspectief, hangt af van de vraag of de onderzoeker zich gebonden acht aan het geldende recht op een wijze die gangbaar is binnen de juridische interpretatiegemeenschap. Dit houdt in dat de onderzoeker rechtsregels interpreteert, waarbij het begrip interpretatie ruim mag worden opgevat, zolang de onderzoeker er maar blijf van geeft zich gebonden te achten aan het geldende recht. Met andere woorden, de onderzoeker dient een koppeling te maken met het geldende recht, bijvoorbeeld door het geldende recht opnieuw te interpreteren of het te vergelijken met of te toetsen aan andere rechtsgebieden of rechtsstelsels. Als die gebondenheid niet blijkt, bijvoorbeeld als de onderzoeker effecten wil meten met behulp van rechtseconomische theorieën of sociaalwetenschappelijk onderzoek, spreken wij van het externe perspectief.

Wij hebben de interne en externe methode vertaald in twee rolmodellen. Het rolmodel dat gerelateerd is aan de interne methode, is het rolmodel van de rechter, dat wij hiervoor al noemden. Kenmerkend voor dit rolmodel is dat de onderzoe-

22 Schwartz 1992, p. 186.

23 Als er al ooit een winnaar gaat (of moet) komen.

24 Heise 2002; McAdams & Ulen 2002.

25 Ellickson 2000.

26 Ellickson 2000, p. 528-529. Vergelijk George 2006, p. 147, waarin aan de hand van de resultaten uit het onderzoek van Ellickson een prognose is gemaakt voor de jaren 2000-2006.

ker langs dezelfde lijnen als de rechter zoekt naar het antwoord op een juridische vraag en dus zijn (interpretatie)methoden overneemt.<sup>27</sup> De onderzoeker kiest binnen dit rolmodel een intern perspectief, wat een gebondenheid aan het geldende recht meebrengt; hij zoekt argumenten en oplossingen binnen het stelsel van de wet, en gebruikt de bronnen die daarbij nodig zijn.<sup>28</sup> De onderzoeker die bijvoorbeeld een ruimere vorm van overheidsaansprakelijkheid voorstelt, zal proberen binnen het geldende recht (eventueel in andere rechtsgebieden) gezichtspunten en argumenten te vinden die het voorstel ondersteunen. De reden dat wij voor deze invulling van het rolmodel van de rechter kiezen, is dat deze naadloos aansluit bij de gangbare interpretatiemethoden en bovendien gedeeld wordt in de literatuur.<sup>29</sup>

Het rolmodel dat een uiting is van het externe perspectief, noemen wij het rolmodel van de wetenschapper. Wij hebben voor de term 'wetenschapper' gekozen, omdat dezelfde term ('scientists') in eerder onderzoek is gebruikt om de vertegenwoordigers van de externe methode aan te duiden. Het is niet onze bedoeling om met deze terminologie juridisch onderzoek als onwetenschappelijk te kwalificeren.<sup>30</sup> Het gaat om het beeld dat een wetenschapper oproept, te weten iemand die theorieën ontwikkelt en toetst. Het begrip 'theorie' is hier belangrijk, omdat hierin een afbakening schuilt. Een theorie is immers een reductie van de werkelijkheid, hetgeen betekent dat de onderzoeker slechts waarneemt wat relevant is voor het toetsen of opstellen van een theorie. Wij beschouwen deze afbakening (het toetsen van theorieën) als kenmerkend voor het rolmodel van de wetenschapper.<sup>31</sup>

Binnen het rolmodel van de wetenschapper kan de onderzoeker slechts uitspraken doen vanuit het gekozen perspectief. Te denken valt aan de onderzoeker die vanuit de economie of psychologie uitspraken doet over juridische problemen of theorieën. Bijvoorbeeld als het gaat om een onderzoek naar overheidsaansprakelijkheid zou de onderzoeker zich beperken tot bijvoorbeeld de behoeften van slachtoffers, de kosten of de te verwachten gedragseffecten. De beperking van deze afbakening is dat slechts uitspraken kunnen worden gedaan over de behoeften, de kosten of de gedragseffecten.

Wij realiseren ons dat het onderscheid tussen het interne en externe perspectief niet zwart-wit hoeft te zijn. Iemand kan onderzoek doen naar de preventieve werking van aansprakelijkheid, vertrekkende vanuit de gedachte dat een eventuele preventieve werking in de weg kan staan aan het aannemen van aansprakelijkheid in individuele gevallen. Het onderzoeken van de preventieve werking en patronen die zich in dat verband voordoen (het externe perspectief), kunnen dan in individuele gevallen door rechters worden gebruikt om aansprakelijkheid al dan niet aan te nemen. Ook al sluiten wij dergelijke 'mengvormen' niet uit, toch verwachten wij dat in de praktijk van juridisch onderzoek een onderscheid valt te maken

27 Zie met name Asser-Vranken<sup>\*\*\*</sup>, nr. 144. Voorts De Geest 2004, p. 61-63.

28 Zie onder andere Asser-Vranken<sup>\*\*</sup>; Wiarda & Koopmans 1999.

29 Zie met name Westerman & Wissink 2008. Ook andere, ruimere omschrijvingen zijn denkbaar, zie bijvoorbeeld Schoordijk 2008. Vergelijk Witteveen 2005.

30 Recentelijk hierover: Hesselink 2009.

31 Zie ook De Geest 2004, p. 61. Zo ook Barendrecht e.a. 2004, p. 1426.

tussen het interne perspectief en het externe perspectief. Wij leiden dit vermoeden af uit het huidige juridische onderwijs, waar vakken als bestuursrecht, privaatrecht en strafrecht overwegend positiefrechtelijk van aard en opzet zijn. Dit wil zeggen dat de gebondenheid aan het geldende recht bij deze, wat wij aanduiden als klassieke rechtsgebieden overheerst. In niet-klassieke rechtsgebieden, vooral de 'law and ...'-bewegingen, zoals de rechtssociologie en de rechtseconomie, zijn onderzoekers niet zozeer geïnteresseerd in hoe het recht 'is', maar vooral in wat het recht 'doet'.

Het voorgaande voerde ons naar het vermoeden dat het rolmodel van de rechter dominant is in de klassieke rechtsgebieden, en het rolmodel van de wetenschapper in de niet-klassieke rechtsgebieden. Tot de klassieke rechtsgebieden rekenden wij onder andere het staats- en bestuursrecht, fiscaal recht, strafrecht, privaatrecht, internationaal recht en Europees recht. Tot de niet-klassieke rechtsgebieden rekenden wij onder meer de bestuurskunde, criminologie, rechtshistorie en domeinen als recht en technologie, rechtssociologie, rechtspsychologie en rechtseconomie.

Het voorgaande leidt tot de volgende twee hypothesen:

*H<sub>1</sub>: Het rolmodel van de rechter wordt in de klassieke rechtsgebieden vaker gevolgd dan het rolmodel van de wetenschapper.*

*H<sub>2</sub>: Het rolmodel van de wetenschapper wordt in de niet-klassieke rechtsgebieden vaker gevolgd dan het rolmodel van de rechter.*

Een vergelijkbare redenering gaat op voor het bronnengebruik. Als vorenstaande hypothesen worden bevestigd, valt tevens te verwachten dat bepaalde bronnen vaker worden gebruikt binnen het rolmodel van de rechter dan binnen het rolmodel van de wetenschapper, en andersom. Deze verwachting sluit aan bij het onderzoek van Tijssen, dat laat zien dat de bronnen die een onderzoeker gebruikt, afhankelijk zijn van de disciplinaire herkomst. In dat onderzoek bleken de bronnen wetgeving en jurisprudentie vaker voor te komen in traditionele rechtsgebieden dan in 'law and ...'-disciplines.<sup>32</sup> Wij verwachtten daarom dat binnen het rolmodel van de rechter overwegend de bronnen wet, wetsgeschiedenis en jurisprudentie terug te vinden zijn. Deze bronnen (hierna: rechtsbronnen) zijn van belang bij het interpreteren van het geldende recht en zullen daarom een prominente plaats hebben binnen het rolmodel van de rechter. Dit leidt tot een derde hypothese:

*H<sub>3</sub>: Rechtsbronnen worden vaker gebruikt bij het rolmodel van de rechter dan bij het rolmodel van de wetenschapper.*

Bij het rolmodel van de wetenschapper verwachtten we dat er een relatie zou bestaan met theorieën of methoden uit andere disciplines, zoals de rechtseconomie of de sociale wetenschappen, hetgeen tot de volgende hypothese leidt:

32 Tijssen 2009, p. 26.



*H<sub>4</sub>: Bronnen/methoden uit andere wetenschapsdisciplines worden binnen het rolmodel van de wetenschapper vaker gebruikt dan rechtsbronnen.*

Bij het ontwikkelen van het meetinstrument stuiten wij al vrij snel op een probleem: een behoorlijk aantal juridische publicaties kon niet worden gekwalificeerd. Het rolmodel van de rechter en dat van de wetenschapper bleken de lading van een deel van juridisch onderzoek niet te kunnen dekken. In verschillende studies bleken onderzoekers op zoek te gaan naar wenselijk recht zonder dit te doen vanuit een geëxpliciteerd afgebakend perspectief en zonder zich gebonden te achten aan het geldende recht. Het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag of convenanten tussen politie en ziekenhuizen uitkomst kunnen bieden voor een optimale verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing, of om de vraag of verdere harmonisatie van verschillende regels in lidstaten over niet-nakoming wenselijk is en of de verschillende regels eigenlijk wel tot problemen leiden. Dergelijke, meer beleidsmatige dan dogmatische vragen werden veelal niet onderzocht aan de hand van een bestaande theorie. Ook werd meestal geen theorie opgesteld of ontwikkeld. Een derde rolmodel drong zich dan ook op.

Het derde rolmodel dat wij hebben onderzocht, is dat van de wetgever. Kenmerkend voor het rolmodel van de wetgever is dat de onderzoeker er geen blijk van geeft zich gebonden te voelen aan het geldende recht. Binnen dit rolmodel toetst de onderzoeker een regel of zoekt hij naar een oplossing die het meest wenselijk wordt geacht ten aanzien van een bepaald probleem. Het verschil met het rolmodel van de rechter is dat een wetgever in mindere mate gebonden is aan het geldende recht. De gebondenheid van de wetgever aan het geldende recht bestaat in zoverre dat oplossingen of voorstellen niet in strijd mogen zijn met internationale verdragen, verordeningen en fundamentele beginselen. Binnen dat kader is de wetgever in grote mate vrij. De onderzoeker legt zich voor het overige niet of nauwelijks beperkingen op ten aanzien van de gekozen invalshoek en de argumenten die worden gebruikt; hij zal zich niet beperken tot bijvoorbeeld alleen een positiefrechtelijke, empirische of rechtspsychologische invalshoek. De onderzoeker die schrijft over de wenselijkheid van overheidsaansprakelijkheid, zal bijvoorbeeld ingaan op de (veronderstelde) behoeften van slachtoffers, de kosten voor de Staat en te verwachten effecten zoals defensief gedrag en claimcultuur.

Om het rolmodel van de wetgever nader te duiden analyseren wij in welke rechtsgebieden dit rolmodel dominant is en of het kan worden gekoppeld aan het gebruik van bepaalde bronnen. Wij toetsen deze relaties aan de hand van een serie van 2 x 2 chikwadraattoetsen. Hetzelfde geldt voor de andere relaties.

De resultaten van dit onderzoek dragen bij aan de theorie over de interne en de externe methode van juridisch onderzoek. Wij toetsen of dit theoretische onderscheid daadwerkelijk terugkomt in juridisch onderzoek en of de theorie dient te worden verfijnd. Voorts geeft het onderzoek zicht op wat juridische onderzoekers doen in (dissertatie)onderzoek. Deze kenmerken dragen bij aan het evalueren en mogelijk verbeteren van de aard en kwaliteit van juridisch (dissertatie)onderzoek.

## 4 Methode

Onze steekproef bestaat uit 104 juridische dissertaties die verdedigd zijn aan Nederlandse universiteiten. We hebben gekozen voor dissertaties omdat deze kunnen worden beschouwd als belangrijke en volwaardige academische producten en bovendien richtinggevend zijn voor het juridisch onderzoek dat in Nederland wordt verricht. De dissertaties zijn geselecteerd aan de hand van het proefschriftenoverzicht van het *Nederlands Juristenblad* uit 2005, welk tijdschrift ernaar streeft om jaarlijks een volledig overzicht van de in Nederland verschenen juridische proefschriften te publiceren.

Van de onderzochte proefschriften is 61% door een mannelijke auteur geschreven en 39% door een vrouwelijke auteur. De dissertaties bestaan voorts uit 73 (70%) Nederlandstalige en 31 (30%) Engelstalige proefschriften. In de analyses hierna maken wij geen onderscheid tussen Nederlandstalige en Engelstalige proefschriften.

De 104 dissertaties zijn geanalyseerd aan de hand van een vooraf opgestelde vragenlijst. De aanwezigheid van zowel de rolmodellen als het bronnengebruik is dichotoom (ja/nee) gescoord. Iedere dissertatie is door twee personen bestudeerd, die samen de vragenlijst hebben ingevuld. Bij het analyseren van de dissertaties zijn, voor zover aanwezig, in ieder geval de inleidingen gelezen en, indien de beoordelaar dat nodig achtte, ook het hoofdstuk met conclusies of andere delen van het proefschrift. Het analyseren van een dissertatie duurde meestal 30 tot 60 minuten, afhankelijk van de dissertatie en de behendigheid van de beoordelaar (in de loop van het onderzoek ging het doornemen sneller). Het valt niet uit te sluiten dat wij zaken over het hoofd hebben gezien die bij een volledige bestudering van de proefschriften wel zouden zijn opgevallen. Het gezamenlijk overleggen en invullen van de vragenlijst duurde ongeveer 15 minuten per vragenlijst (dissertatie).

De betrouwbaarheid van de vragenlijst is getoetst door deze te laten invullen door twee collega-juristen die niet betrokken zijn geweest bij de opzet en uitvoering van het onderzoek. De antwoorden bleken grotendeels overeen te komen, getuige de hoge kappawaarden en, indien die niet konden worden berekend, de percentages van overeenstemming. Voor de resultaten verwijzen wij naar de bijlage.<sup>33</sup> Daar is ook meer informatie te vinden over de selectie van de dissertaties.

Bij het bronnengebruik hebben wij, tot slot, getracht om bronnen te achterhalen die enig gewicht hebben in de betreffende dissertatie. Wij verwachten dat de bronnen die wij hebben gezien in een specifieke dissertatie, geen eenmalige, meer toevallige vermeldingen zijn, maar niet uit te sluiten valt dat soms ook minder substantiële bronnen in de analyses zijn betrokken.

33 De bijlage is op te vragen bij de auteurs.

## 5 Analyse en resultaten

### 5.1 Frequenties van rechtsgebieden, rolmodellen en bronnengebruik

De 104 dissertaties zijn onderverdeeld in tien onderzoeksdomeinen, te weten belastingrecht (4%), staats- en bestuursrecht (13,5%), privaatrecht (25%), strafrecht (8%), internationaal/Europees recht (16%), grensoverschrijdend (meerdere rechtsgebieden, zoals internationaal insolventierecht) (11,5%), criminologie (7%), bestuurskunde (4%), rechtshistorie (5%) en overig (7%). De domeinen zijn vervolgens ten behoeve van de analyse teruggebracht tot twee categorieën: klassieke (78%) en niet-klassieke rechtsgebieden (22%). Tot de klassieke rechtsgebieden horen de groepen staats- en bestuursrecht, privaatrecht, strafrecht, internationaal/Europees recht en grensoverschrijdend. De andere groepen (criminologie, bestuurskunde, rechtshistorie en overig) zijn als niet-klassiek gekwalificeerd. Tabel 1 geeft weer welk rolmodel hoe vaak wordt gebruikt.

**Tabel 1: Gevolgd rolmodel**

| Rolmodel      |                      | Gevonden in de dissertaties |
|---------------|----------------------|-----------------------------|
| Rechter       | Uitsluitend of samen | 18% (n=19)                  |
|               | Uitsluitend          | 13% (n=13)                  |
| Wetenschapper | Uitsluitend of samen | 28% (n=29)                  |
|               | Uitsluitend          | 23% (n=24)                  |
| Wetgever      | Uitsluitend of samen | 52% (n=54)                  |
|               | Uitsluitend          | 42% (n=44)                  |
| <b>Totaal</b> |                      | <b>N=104</b>                |

Noot: 'uitsluitend of samen' betekent dat het rolmodel uitsluitend of in combinatie met een ander rolmodel is gebruikt. 'Uitsluitend' betekent dat het rolmodel niet in combinatie met een ander rolmodel is gebruikt.

In twaalf dissertaties konden wij het rolmodel niet bepalen, bijvoorbeeld omdat onderzoeksvragen en -doelen ontbraken of anderszins niet duidelijk werd vanuit welk perspectief de auteur analyseerde.<sup>34</sup> Hier wreekt zich mogelijk de omstandigheid dat wij niet in ieder rechtsgebied even goed zijn ingevoerd, waardoor het soms moeilijk is te schatten is wat een auteur precies beoogt of doet. Vanwege mogelijke schijnverbanden laten wij deze dissertaties buiten beschouwing wanneer wij de verschillende relaties berekenen en de hypothesen toetsen.

Bij het analyseren van de gebruikte bronnen hebben wij onderscheid gemaakt tussen vier typen bronnen: (1) wet, wetsgeschiedenis en/of jurisprudentie, (2) buitenlands/Europees/internationaal recht, (3) gegevens afkomstig uit een andere discipline dan de juridische discipline, en (4) empirische data, waarbij wij onderscheid hebben gemaakt tussen empirische data die de onderzoeker zelf heeft

34 In eerste instantie was het aantal hoger. Een nadere inspectie leerde dat een aantal van de werken rechtsfilosofische of rechtshistorische werken betrof. Omdat daar het afgebakende perspectief niet altijd duidelijk in naar voren komt, maar er wel sprake is van een externe analyse van het recht, hebben wij deze gevallen ondergebracht bij het rolmodel van de onderzoeker.

geproduceerd en het gebruik van bestaande data (empirisch onderzoek door anderen verricht).<sup>35</sup> Tabel 2 laat zien welke bronnen hoe vaak zijn gebruikt in onze steekproef.

**Tabel 2: Bronnengebruik**

| <b>Bron</b>                                       | <b>Gebruikt in de dissertaties</b> |
|---|------------------------------------|
| Wet/wetsgeschiedenis/jurisprudentie               | 89% (n=92)                         |
| Wet   | 86% (n=89)                         |
| Wetsgeschiedenis                                  | 68% (n=71)                         |
| Jurisprudentie                                    | 77% (n=80)                         |
| Buitenlands/Europees/internationaal recht         | 65% (n=68)                         |
| Gegevens uit andere disciplines                   | 39% (n=40)                         |
| Empirische data                                   | 34% (n=35)                         |
| Eigen empirische data                             | 19% (n=20)                         |
| Empirische data van anderen                       | 24% (n=25)                         |
| Theorieën (rechtseconomie, rechtsfilosofie, enz.) | 18% (n=19)                         |
| <b>Totaal</b>                                     | <b>N=104</b>                       |

### 5.2 Relatie rolmodel-rechtsgebied

Wij verwachtten dat het rolmodel van de rechter in de klassieke rechtsgebieden, zoals het bestuursrecht, privaatrecht en strafrecht, vaker zou worden gevolgd dan het rolmodel van de wetenschapper ( $H_1$ ), en dat het rolmodel van de wetenschapper vaker dan het rolmodel van de rechter zou worden gevolgd in niet-klassieke rechtsgebieden, zoals de rechtssociologie, rechtseconomie en criminologie ( $H_2$ ). Wij hebben deze relaties getoetst aan de hand van chikwadraattoetsen bestaande uit 2 x 2 tabellen. Met deze toetsen is het type rechtsgebied (klassiek/niet-klassiek) vergeleken met de afzonderlijke rolmodellen (rechter/wetenschapper/wetgever). Daar waar de chikwadraattoets geen betrouwbare uitkomst opleverde omdat de verwachte waarden te laag waren (expected count < 5), is gebruikgemaakt van de *Fisher's exact test*.

Een probleem dat zich bij de analyses voordeed, was dat deze mogelijk schijnverbanden zouden laten zien. Hiervan zou sprake zijn als een relatie tussen een rolmodel en een rechtsgebied zou kunnen worden verklaard door een ander rolmodel. Als het rolmodel van de rechter en dat van de wetgever zich steeds samen presenteren, is het niet te zeggen of een eventuele relatie tussen deze rolmodellen en het type rechtsgebied kan worden verklaard door het rolmodel van de rechter

35 Voor een uitgebreidere omschrijving verwijzen wij naar de bijlage, die op te vragen is bij de auteurs. Met de term 'empirisch onderzoek' bedoelen wij het gebruik van sociaalwetenschappelijke methoden en technieken, zoals enquêtes, interviews, casestudies, experimenten en andere vormen van kwantitatief en kwalitatief onderzoek. Hieronder kan ook jurisprudentieonderzoek vallen, mits dit gebeurt aan de hand van een sociaalwetenschappelijke methode, bijvoorbeeld het analyseren van jurisprudentie aan de hand van een statistische methode of het selecteren van jurisprudentie door een representatieve steekproef te trekken uit de populatie.

of door het rolmodel van de wetgever. Een logistische regressieanalyse, waarbij gecontroleerd wordt voor andere rolmodellen, had voor de hand gelegen, maar het aantal dissertaties waarin het rolmodel van de rechter en dat van de wetenschapper kon worden bepaald, was te klein om een betrouwbare logistische regressieanalyse uit te voeren.

Wij hebben gekozen voor een oplossing waarbij wij alleen de relaties onderzoeken van dissertaties waarin wij hebben geconstateerd dat slechts één rolmodel is gebruikt. Gevallen van samenloop van rolmodellen hebben wij dan ook niet in de analyses betrokken.<sup>36</sup>

De resultaten laten significante en sterke verschillen tussen het rolmodel van de rechter en dat van de wetenschapper zien,  $\chi^2(1, N = 38) = 14.371, p < .001, \Phi = .62$ . Dit bevestigt  $H_1$  en  $H_2$ . Het rolmodel van de rechter wordt gevolgd binnen de klassieke rechtsgebieden, terwijl het rolmodel van de wetenschapper overwegend wordt gevolgd in de niet-klassieke rechtsgebieden. Het rolmodel van de wetenschapper blijkt echter niet voorbehouden aan de niet-klassieke rechtsgebieden, zoals het rolmodel van de rechter, maar wordt ook gevolgd in klassieke rechtsgebieden. Tabel 3 laat dit zien.

**Tabel 3: Relatie rolmodellen (rechter/wetenschapper)-type rechtsgebied**

| Rechtsgebied  | Rolmodel    |               |
|---------------|-------------|---------------|
|               | Rechter     | Wetenschapper |
| Klassiek      | 100% (n=13) | 36% (n=9)     |
| Niet-klassiek | 0% (n=0)    | 64% (n=16)    |
| <b>Totaal</b> | 100% (n=13) | 100% (n=25)   |

Wij waren voorts geïnteresseerd in het duiden van het rolmodel van de wetgever ten opzichte van de andere twee rolmodellen. Daarom analyseerden wij of het rolmodel van de wetgever in bepaalde rechtsgebieden wordt gevolgd en of het in de klassieke en niet-klassieke rechtsgebieden vaker dan wel minder vaak wordt gevolgd dan het rolmodel van de rechter of dat van de wetenschapper.

De analyse levert op dat het rolmodel van de wetgever, net als dat van de rechter, sterk geassocieerd is met de klassieke rechtsgebieden en nauwelijks wordt gevolgd in niet-klassieke rechtsgebieden (tabel 4). Wij vinden dan ook geen significante relatie tussen het type rolmodel (rechter versus wetgever) en het type rechtsgebied,  $\chi^2(1, N = 57) = .301, p < .59, \Phi = .07$ .

36 Overigens laten de analyses waarbij sprake is van een samenloop, niet een wezenlijk ander beeld zien.

**Tabel 4: Relatie rolmodellen (rechter/wetgever)-type rechtsgebied**

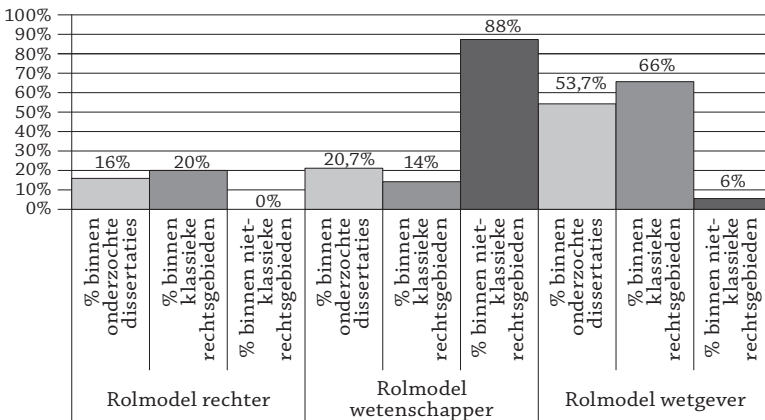
| Rechtsgebied  | Rolmodel           |                    |
|---------------|--------------------|--------------------|
|               | Wetgever           | Rechter            |
| Klassiek      | 98% (n=43)         | 100% (n=13)        |
| Niet-klassiek | 2% (n=1)           | 0% (n=0)           |
| <b>Totaal</b> | <b>100% (n=44)</b> | <b>100% (n=13)</b> |

**Tabel 5: Relatie rolmodellen (wetgever/wetenschapper)-type rechtsgebied**

| Rechtsgebied  | Rolmodel           |                    |
|---------------|--------------------|--------------------|
|               | Wetgever           | Wetenschapper      |
| Klassiek      | 98% (n=43)         | 36% (n=9)          |
| Niet-klassiek | 2% (n=1)           | 64% (n=16)         |
| <b>Totaal</b> | <b>100% (n=44)</b> | <b>100% (n=25)</b> |

In het verlengde van deze bevinding ligt dat het rolmodel van de wetgever in vergelijking met het rolmodel van de wetenschapper significant vaker wordt gevolgd in klassieke rechtsgebieden dan in niet-klassieke rechtsgebieden, en andersom. Er blijkt inderdaad een sterke relatie te bestaan,  $\chi^2(1, N = 69) = 32.715, p < .001, \Phi = .69$ , zie ook tabel 5.

**Figuur 1: Gevolgd rolmodel (uitgesplitst naar rechtsgebied)**



Noot: de berekeningen zijn uitgevoerd met dissertaties waarin uitsluitend het rolmodel van ofwel de rechter, ofwel de wetenschapper, ofwel de wetgever is gebruikt. Dissertaties waarin onduidelijk was welk rolmodel werd gevolgd, zijn buiten beschouwing gelaten.

Uit het voorgaande valt af te leiden dat het rolmodel van de wetgever dominant is binnen de klassieke rechtsgebieden en het rolmodel van de wetenschapper in de niet-klassieke rechtsgebieden. Wat in dit verband opvalt, is dat het rolmodel van

de rechter en dat van de wetgever zelden worden gevolgd in niet-klassieke rechtsgebieden, maar dat het rolmodel van de wetenschapper wel met enige regelmaat wordt gevolgd in de klassieke rechtsgebieden. Figuur 1 visualiseert dit.

**Tabel 6: Relatie rolmodellen-bronnengebruik als percentage van het rolmodel**

| Bron   | Rolmodel    |               |             |
|--|-------------|---------------|-------------|
|  | Rechter     | Wetenschapper | Wetgever    |
| Rechtsbronnen (Nederland)                          | 100% a      | 64% b         | 100% a      |
| Wet  | 100% a      | 60% b         | 98% a       |
| Wetsgeschiedenis                                   | 85% a       | 44% b         | 84% a       |
| Jurisprudentie                                     | 92% a       | 40% b         | 93% a       |
| Rechtsbronnen (buitenland/Europees/internationaal) | 92% a       | 36% b         | 75% a       |
| Gegevens uit andere disciplines                    | 0% a        | 64% b         | 36% c       |
| Empirische data                                    | 0% a        | 64% b         | 30% c       |
| Eigen empirische data                              | 0% a        | 40% b         | 14% a       |
| Empirische data van anderen                        | 0% a        | 44% b         | 21% a       |
| Theorieën (rechtseconomie, rechtsfilosofie enz.)   | 0% a        | 28% b†        | 14% a,b     |
| <b>Totaal</b>                                      | <b>N=13</b> | <b>N=25</b>   | <b>N=44</b> |

†  $p < .10$ .

Noot: rolmodellen die bij een bepaalde bron geen letter met elkaar delen, verschillen significant ( $p < .05$ ) van elkaar in het gebruik van die bron. De betreffende bron wordt dan significant vaker in het ene rolmodel gebruikt dan in het andere (of: de andere) rolmodellen.

### 5.3 Relatie rolmodel-brongebruik

Onze verwachting was dat binnen het rolmodel van de rechter vaker rechtsbronnen (wet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie, waaronder buitenlands en Europees of internationaal recht) worden gebruikt dan bronnen afkomstig uit (methoden van) andere wetenschapsdisciplines ( $H_3$ ). Omgekeerd verwachtten wij dat dergelijke bronnen vaker binnen het rolmodel van de wetenschapper zouden worden gebruikt dan binnen het rolmodel van de rechter ( $H_4$ ). Voorts waren wij benieuwd of binnen het rolmodel van de wetgever andere bronnen worden gebruikt dan binnen het rolmodel van de rechter of dat van de wetenschapper.

Om de relaties te toetsen is een serie van 2 x 2 chikwadraattoetsen uitgevoerd. Net als bij het toetsen van de relatie tussen het gevolgde rolmodel en het type rechtsgebied (klassiek/niet-klassiek) bestond ook hier de mogelijkheid van schijnverbanden indien dissertaties waarin meer dan één rolmodel is gevolgd, in de analyses zouden worden betrokken. Daarom zijn de chikwadraattoetsen wederom uitgevoerd met alleen die dissertaties waarin uitsluitend het rolmodel van de rechter, dat van de wetenschapper of dat van de wetgever is gevolgd.

Tabel 6 geeft een overzicht van het gebruik van verschillende bronnen binnen de drie rolmodellen.

Het blijkt dat de bronnen die in dissertatieonderzoek worden gebruikt, afhankelijk zijn van het rolmodel van de rechter en dat van de wetenschapper. Conform onze verwachting blijken Nederlandse rechtsbronnen en buitenlandse, Europese en internationale rechtsbronnen vaker te worden toegepast binnen het rolmodel van de rechter dan binnen het rolmodel van de wetenschapper ( $H_3$ ), Fisher's exact test,  $p = .02$ ,  $\Phi = .40$  (rechtsbronnen Nederland),  $\chi^2(1, N = 38) = 10.968$ ,  $p = .001$ ,  $\Phi = -.62$  (rechtsbronnen buitenland/Europees/internationaal). Voorts worden gegevens uit andere disciplines vaker binnen het rolmodel van de wetenschapper dan binnen het rolmodel van de rechter gebruikt ( $H_4$ ),  $\chi^2(1, N = 38) = 14.371$ ,  $p < .001$ ,  $\Phi = .54$ . Het laatste geldt in het bijzonder voor empirische gegevens,  $\chi^2(1, N = 38) = 14.371$ ,  $p < .001$ ,  $\Phi = .54$ , meer in het bijzonder voor empirische gegevens die de onderzoeker zelf verzamelt, Fisher's exact test,  $p = .01$ ,  $\Phi = -.43$  en bestaande empirische gegevens, Fisher's exact test,  $p = .01$ ,  $\Phi = -.46$ . Verder laten de resultaten een indicatie zien dat bronnen gerelateerd aan andere theorieën vaker worden gebruikt binnen het rolmodel van de wetenschapper dan binnen het rolmodel van de rechter, Fisher's exact test,  $p = .07$ ,  $\Phi = -.43$ . Alle gevonden relaties zijn redelijk sterk. Dit bevestigt  $H_3$  en  $H_4$ .

Het rolmodel van de wetgever blijkt qua bronnengebruik een mengvorm te zijn van het rolmodel van de rechter en dat van de wetenschapper. Zo worden rechtsbronnen niet vaker gebruikt binnen het ene model dan binnen het andere. Dit geldt voor zowel Nederlandse rechtsbronnen<sup>37</sup> als voor buitenlandse/Europese/internationale rechtsbronnen, Fisher's exact test,  $p = .26$ ,  $\Phi = -.34$ . Alleen Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke bronnen werden vaker gebruikt binnen het rolmodel van de rechter dan binnen het rolmodel van de wetgever,  $\chi^2(1, N = 57) = 7.670$ ,  $p = .01$ ,  $\Phi = .37$ . Tegelijk wordt binnen het rolmodel van de wetgever vaker dan binnen het rolmodel van de rechter gebruikgemaakt van gegevens uit andere disciplines, Fisher's exact test,  $p = .01$ ,  $\Phi = .18$ , maar minder vaak dan binnen het rolmodel van de wetenschapper,  $\chi^2(1, N = 69) = 4.896$ ,  $p = .03$ ,  $\Phi = -.27$ . Dit geldt met name voor empirische gegevens, Fisher's exact test,  $p = .03$ ,  $\Phi = -.30$  (wetgever versus rechter) en  $\chi^2(1, N = 69) = 7.767$ ,  $p = .01$ ,  $\Phi = -.34$  (wetgever versus wetenschapper). De *effect sizes* van de gevonden relaties zijn zwak tot matig.

## 6 Discussie

### 6.1 Bevestiging hypotheses

In dit onderzoek zien wij de vier hypotheses bevestigd. Het rolmodel van de rechter (intern perspectief) wordt in klassieke rechtsgebieden inderdaad vaker gevolgd dan in niet-klassieke rechtsgebieden ( $H_1$ ). Voor het rolmodel van de wetenschapper (extern perspectief) geldt het tegenovergestelde ( $H_2$ ). Voorts blijken rechtsbronnen vaker te worden gebruikt bij het rolmodel van de rechter dan bij dat van de wetenschapper ( $H_3$ ) en blijken gegevens en theorieën afkomstig uit

37 Deze relatie kon niet worden berekend omdat in beide rolmodellen in 100% van de dissertaties Nederlandse rechtsbronnen zijn gebruikt.



andere disciplines dan de juridische discipline vaker te worden gebruikt binnen het rolmodel van de wetenschapper dan binnen het rolmodel van de rechter ( $H_4$ ). Dat de hypothesen bevestigd worden, wekt op het eerste gezicht de indruk dat in juridisch dissertatieonderzoek, tenminste in onze steekproef, een duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen het interne en externe perspectief. Daarbij valt op dat Europeesrechtelijke/internationaalrechtelijke studies geassocieerd zijn met het rolmodel van de rechter, meer dan met het rolmodel van de wetgever, wat erop wijst dat dit rechtsgebied mogelijk het meest dogmatisch van karakter is.

### 6.2 Rolmodel wetgever in relatie tot het interne en externe perspectief

Bij het opzetten van dit onderzoek ontdekten wij al dat de twee rolmodellen (rechter en wetenschapper) niet de lading van juridische dissertaties dekten en dat er een derde relevant rolmodel bestaat. Wij noemden dit het rolmodel van de wetgever. Uit de resultaten blijkt dat het rolmodel van de wetgever een dominante positie inneemt in juridisch dissertatieonderzoek. Dit geldt voor de klassieke rechtsgebieden. In de niet-klassieke rechtsgebieden is het rolmodel van de wetenschapper dominant.

Hoe moet het rolmodel van de wetgever worden gedefinieerd in het licht van het onderscheid tussen de interne en externe methode? Wij zien ten minste drie mogelijkheden, waarvan wij de aannemelijkheid bespreken. Een eerste mogelijkheid kunnen wij uitsluiten, namelijk dat het rolmodel van de rechter en dat van de wetgever identiek zijn. Uit de omschrijving van de rolmodellen blijkt dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen de twee rolmodellen. Die schuilt met name in de mate waarin de onderzoeker zich gebonden acht aan het geldende recht. Die gebondenheid is zichtbaar binnen het rolmodel van de rechter, maar niet binnen het rolmodel van de wetgever. Voorts stelden wij vast dat binnen het rolmodel van de wetgever ook andere bronnen worden gebruikt dan de bronnen binnen het rolmodel van de rechter, zoals empirisch onderzoek en gegevens of theorieën afkomstig uit andere wetenschapsdisciplines. Dit gegeven duidt erop dat het rolmodel van de wetgever wezenlijk anders is dan het rolmodel van de rechter.

Een tweede mogelijkheid is dat wij het interne perspectief (te) strikt hebben opgevat en het daardoor (te) eng hebben gedefinieerd. Wij, en anderen met ons,<sup>38</sup> beschouwen de gebondenheid aan het geldende recht als een belangrijk kenmerk van het interne perspectief. Het opnieuw of anders interpreteren of toepassen is een sterke indicatie voor die gebondenheid. Wij troffen het echter niet vaak aan in de onderzochte dissertaties.

Dat een juridische onderzoeker geen blijk geeft van een dergelijke gebondenheid, betekent niet dat die gebondenheid er niet toch is. Mogelijk is zij impliciet, maar zelfs dan is het de vraag of de twee rolmodellen zich lenen voor een gezamenlijke behandeling en analyse. Dit zou betekenen dat tot het interne perspectief ook vragen zouden gaan behoren waar wetgevers zich doorgaans mee bezighouden, kort gezegd het bepalen van optimaal recht dat niet noodzakelijkerwijs in overeenstemming hoeft te zijn met het geldende recht. Daar komt bij dat tot de juridi-

38 Zie bijvoorbeeld Westerman & Wissink 2008; Sieburgh 2008; Smith e.a. 2008.

sche interpretatiegemeenschap ook methoden zoals empirisch onderzoek en rechtseconomische analyses zouden gaan behoren. Dergelijke methoden zijn in de juridische praktijk nog niet gangbaar. Daar staan de klassieke rechtsbronnen, zoals wet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie (en dogmatische literatuur), centraal. De *derde* mogelijkheid spreekt meer aan. Wij beschouwen het rolmodel van de wetgever als een op zichzelf staand rolmodel dat zich, althans op dit moment,<sup>39</sup> niet zonder meer laat kwalificeren als een intern of extern perspectief. Het rolmodel kenmerkt zich door zijn vrijere omgang met het geldende recht in vergelijking met het rolmodel van de rechter. De dominantie van het rolmodel van de wetgever laat zien dat juridische onderzoekers in dissertatieonderzoek in meer geïnteresseerd zijn dan alleen de vraag hoe het recht 'is' en welke oplossingen voor bepaalde problemen te vinden zijn binnen het geldende recht. Juridische onderzoekers willen (vooral) ook onderzoeken hoe het moet worden ingericht om het de werking te laten hebben die de onderzoeker voor ogen heeft (wenselijk, optimaal): komt het tegemoet aan de belangen van betrokkenen, tot welke praktische problemen leidt het, is het efficiënt? De aandacht voor wat het recht 'doet' en 'kan' leidt tot nieuwe vragen, problemen en oplossingen die relevant kunnen, maar niet hoeven zijn voor het beantwoorden van de vraag wat het recht 'is' en of dan wel hoe het recht dient te worden aangepast.

### 6.3 Evaluatie rolmodel wetgever

Een andere vraag is wat de waarde is van het rolmodel van de wetgever. Wij maken, tentatief, een aantal belangrijke kanttekeningen bij dit rolmodel. De vraag die zich met name opdringt, is in hoeverre het rolmodel thans voorziet in het analyseren en oplossen van beleidsrelevante problemen. Dat zal uiteraard per individueel geval verschillen, maar toch kan daar in algemene zin het een en ander over worden gesteld. Wat vooral problematisch lijkt, is dat het evalueren van geldend recht en het bepalen van optimaal recht thans grotendeels gebeurt aan de hand of naar aanleiding van een analyse van (nationale of buitenlandse) wetgeving, wetsgeschiedenis en jurisprudentie. Het probleem dat hier speelt, is dat deze bronnen op zichzelf geen informatie verschaffen om de vraag te beantwoorden of het recht werkt, problemen veroorzaakt of aangepast moet worden.

Zo spelen tal van selectieproblemen een rol die de generaliseerbaarheid van jurisprudentieonderzoek in gevaar brengen. Eerder onderzoek wees al uit dat slechts een fractie van potentiële juridische geschillen daadwerkelijk voor de rechter komt, laat staan voor de hoogste rechter. In het kader van de *Geschilbeslechtingdelta* uit 2003 is vastgesteld dat, ten minste voor de 1704 onderzochte gevallen, 6,5% van de potentiële juridische problemen in Nederland uitmondten in een officiële procedure.<sup>40</sup> Daarvan haalt slechts een fractie de Hoge Raad of de Raad van State: rond de 0,2%.<sup>41</sup> Dit maakt dat voor jurisprudentie onbekend is in hoeverre en in welke situaties zij representatief is voor de problemen waar men in de prak-

39 Dit kan in de toekomst anders zijn, bijvoorbeeld indien bepaalde methoden geaccepteerd raken of zelfs gangbaar worden binnen de juridische interpretatiegemeenschap.

40 Van Velthoven & Ter Voert 2004, p. 117.

41 Van Velthoven & Ter Voert 2004, p. 124. Vergelijk Van Velthoven 2007.

tijk tegenaan loopt.<sup>42</sup> Als dat niet of in beperkte mate het geval is, loopt een onderzoeker die zich baseert op jurisprudentieonderzoek en problemen pretendeert te signaleren, het risico dat (1) deze problemen beperkt zijn tot de 'juridische wereld' en niet te generaliseren zijn naar de 'maatschappelijke wereld', (2) oplossingen worden bedacht die, afgaande op de jurisprudentie, groot en wezenlijk lijken, maar in de praktijk marginaal zijn, en (3) de voorgestelde oplossing meer problemen veroorzaakt dan dat zij oplost.

Waar het dan op aankomt, zijn intuïtieve oordelen, met alle risico's van dien, waaronder het bewust of onbewust toe redeneren naar een conclusie die vooraf al was bepaald (confirmation bias, tunnelvisie, wishful thinking), het (daardoor) selectief gebruiken van bronnen en het doen van empirische uitspraken die niet gestaafd worden door empirisch onderzoek.

De gevaren van intuïtieve oordelen komen overeen met verwijten die het juridisch onderzoek aan de wetgever maakt. Die zou een te eenvoudig beeld van de toekomst hebben, waardoor regels die met goede bedoelingen tot stand zijn gekomen, eenmaal ingevoerd tegengestelde effecten blijken te hebben.<sup>43</sup> Niet voor niets wordt binnen het domein van wetgevingstheorie gepleit voor meer 'evidence-based policymaking' in plaats van louter 'opinion-based policymaking'.<sup>44</sup> Door het rolmodel van de wetgever centraal te stellen loopt juridisch onderzoek het gevaar ten prooi te vallen aan verwijten die het zelf aan de wetgever maakt.

Het evalueren of verbeteren van het geldende recht vereist ander type onderzoek dan onderzoek dat zich baseert op de bronnen wet, wetsgeschiedenis en/of jurisprudentie. Gezien de beperkingen van jurisprudentieonderzoek en de omstandigheid dat veel juristen niet sociaalwetenschappelijk, economisch enzovoort geschoold zijn, kan de vraag worden gesteld hoe betrouwbaar de resultaten zijn van juridisch onderzoek dat zoekt naar optimaal recht en in dat verband voorstellen tot verbetering doet.

## 7 Conclusie

Dit artikel is het eerste dat het onderscheid tussen de interne en externe methode aan een empirische analyse onderwerpt. Ons onderzoek kent echter een aantal belangrijke beperkingen. De eerste is dat het onderzoek zich richt op dissertatieonderzoek. De resultaten zijn vermoedelijk niet representatief voor andere juridische publicatievormen. Met name annotaties verschillen zeer waarschijnlijk van juridische dissertaties qua opzet, inhoud en methode. Daarbij komt dat wij ons uitsluitend hebben gericht op Nederlandse dissertaties. De vorm en inhoud van proefschriften in andere landen kunnen afwijken van die van Nederlandse proefschriften. Voorts hebben wij één jaargang geanalyseerd. Wij hebben echter geen redenen om aan te nemen dat de onderzochte jaargang afwijkt van andere jaargangen uit de voorbije periode. Tot slot hebben wij iedere dissertatie ongeveer

42 Zo ook Korobkin 2002. Zie ook Van Manen 2008 en De Geest 2004.

43 Van Gestel 2008, p. 15, onder verwijzing naar onder andere Scheltema (2005, p. 2), SCP (2002, p. 7) en Van den Bergh (2000, p. 6).

44 Van Gestel 2008, p. 32.

30 minuten bekeken. Wij sluiten niet uit dat een nog diepgaander bestudering, alsook het beschikken van meer kennis over een bepaald onderwerp de kwaliteit van de beoordeling bevordert. Het is in de praktijk echter zeer moeilijk om deskundigen voor een grote hoeveelheid vakgebieden bereid te vinden om een hoeveelheid dissertaties nauwkeurig te beoordelen.

De resultaten van het onderzoek laten zien dat inderdaad een onderscheid te maken is tussen de interne methode en de externe methode. De interne methode komt tot uitdrukking in de klassieke rechtsgebieden en in het gebruik van rechtsbronnen zoals de wet, wetsgeschiedenis en jurisprudentie. De externe methode manifesteert zich overwegend in niet-klassieke rechtsgebieden (maar ook in klassieke rechtsgebieden) en kenmerkt zich door het gebruik van bronnen als empirische gegevens en theorieën zoals de rechtseconomie en rechtspsychologie.

Opvallend genoeg waren de rolmodellen die deze perspectieven (of: methoden) vertegenwoordigden, niet dominant in de klassieke rechtsgebieden. Daar overheerste het rolmodel van de wetgever, dat zich kenmerkt door een vrije omgang met het geldende recht. Binnen het rolmodel van de wetgever is de juridische onderzoeker niet noodzakelijk gebonden aan het geldende recht. Het voordeel hiervan is dat oplossingen voor 'juridische' problemen niet noodzakelijk in het geldende recht hoeven worden 'gevonden', maar dat de juridische onderzoeker een 'extern' perspectief mag innemen om een 'intern' probleem te analyseren.

Het bestuderen van 'juridische' problemen gebeurt noodzakelijkerwijs vanuit een bepaalde theorie of een bepaald perspectief. In die zin is het rolmodel van de wetgever kwetsbaar zolang onderzoekers binnen dat rolmodel zich niet bewust zijn van een afbakening en niet de juiste methoden gebruiken. Aan de andere kant kan het rolmodel van de wetgever uitgroeien tot een type onderzoek dat de thema's die spelen binnen het interne perspectief en de methoden van het externe perspectief integreert. Zo bezien is het rolmodel van de wetgever zo slecht nog niet voor juridisch onderzoek. Het biedt mogelijkheden om op (methodisch) verantwoorde wijze op zoek te gaan naar antwoorden buiten het geldende recht die relevant zijn voor de toepassing of ontwikkeling van het geldende recht.

## Literatuur

- Asser, C. & J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel\*\**, Deventer: Kluwer 1995.
- Asser, C. & J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel\*\*\**, Deventer: Kluwer 2005.
- Barendrecht, J.M., J.B.M. Vranken, I. Giesen, M. Borgers, W. van der Burg, H.E.B. Tijssen, G.C.G.J. van Roermund & W.H. van Boom, 'Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?', *Nederlands Juristenblad* 2004-28, p. 1419-1428.
- Bergh, R. van den, *Averchts recht*, Antwerpen: Intersentia 2000.
- Commissie Prestatie-indicatoren en ranking, *Naar prestatie-indicatoren voor rechtswetenschappelijk onderzoek*, VSNU 2007.
- Croes, M.T. & E. Niemeijer, 'Een pleidooi voor integrale sociale wetenschap' (reactie op: G. de Geest, B. Depoorter & S. Vanneste, 'Hoe groot zijn de inherente beperkingen van

- rechtseconomie bij criminaliteitsvraagstukken?', *Nederlands Juristenblad* 2004-37, p. 1920-1929), *Nederlands Juristenblad* 2005-12, p. 636-637.
- Dworkin, R., *Law's empire*, Cambridge, MA: Belknap Press 1986.
- Ellickson, R.C., 'Trends in legal scholarship: A statistical study', *Journal of Legal Studies* 2000, p. 517-555.
- Fish, S., *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1980.
- Fockema Andreae, J.P., *Tien jaren rechtspraak van den Hoogen Raad: bijdrage tot de leer der wetsuitlegging* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1904.
- Franken, H., 'Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen', *Nederlands Juristenblad* 2004-28, p. 1400-1408.
- Geest, G. de, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', *Nederlands Juristenblad* 2004-2, p. 58-66.
- George, T.E., 'An empirical study of Empirical Legal Scholarship: The top law schools', *Indiana Law Journal* 2006, p. 141-160.
- Gestel, R.A.J. van, *Wetgeven is vooruitzien* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- Gestel, R.A.J. van, J.B.M. Vranken, J.L.M. Gribnau & H.E.B. Tijssen, 'Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording', *Nederlands Juristenblad* 2007-24, p. 1448-1461.
- Hart, H.L.A., *The concept of law* (tweede druk), Oxford: Clarendon Press 1972.
- Heise, M., 'The past, present, and future of Empirical Legal Scholarship: Judicial decision making and the new empiricism', *University of Illinois Law Review* 2002, p. 819-860.
- Herweijer, M., 'Juridisch onderzoek', in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis (red.), *Rechtswetenschappelijk onderzoek: over object en methode*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 23-33.
- Hesselink, M., 'A European legal method? On European private law and scientific method', *European Law Journal* 2009, p. 20-45.
- Korobkin, R., 'Empirical scholarship in contract law: Possibilities and pitfalls', *University of Illinois Law Review* 2002, p. 1033.
- Kronman, A., 'Jurisprudential responses to legal realism', *Cornell Law Review* 1988, p. 335-340.
- MacCormick, N., *H.L.A. Hart*, Stanford, CA: Stanford University Press 1981.
- N.F. van Manen, 'Wat de rechtswetenschap (niet) zo bijzonder maakt ...', *Nederlands Juristenblad* 2008-31, p. 1927-1930.
- McAdams, R.H. & T.S. Ulen, 'Introduction to the symposium on empirical and experimental methods in law', *University of Illinois Law Review* 2002.
- Raz, J., *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford: Clarendon Press 1979.
- C.H. van Rhee, 'Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap!', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2004-4, p. 196-201.
- Scheltema, M., *Het recht van de toekomst* (oratie Utrecht 2004), Deventer: Kluwer 2005.
- Schoordijk, H.C.F., 'Het recht moeten wij niet denken als een systeem vooraleer wij er systeem in gebracht hebben', *Nederlands Juristenblad* 2008-28, p. 1720-1723.
- Schwartz, R.L., 'Internal and external method in the study of law', *Law and Philosophy* 1992, p. 179-199.
- Sociaal en Cultureel Planbureau, *Averechtse effecten*, Den Haag 2002.
- Sieburgh, H., 'l' Art de la distinction', *Nederlands Juristenblad* 2008-1, p. 3-13.
- Smith, C.E., W. Geelhoed, M.J. Dubelaar, B.P. ter Haar, J. van Rijn van Alkemade, K. van Willigenburg, A. Sprangers, J. van Rijn, T. Elseman, Q. Bongaerts, S. de Goede, J. Aalsemgeest, A. Bogaerts, S. Kousedghi & E. van de Deijl, 'Criteria voor goed rechts-

- wetenschappelijk onderzoek. De omgekeerde route', *Nederlands Juristenblad* 2008-12, p. 685-690.
- Snijders, H.J., *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.
- Stolker, C.J.J.M., 'Ja, geléerd zijn jullie wel', *Nederlands Juristenblad* 2003-15, p. 766-778.
- Tamanaha, B.Z., 'A socio-legal methodology for the internal/external distinction: Jurisprudential implications', *Fordham Law Review* 2006, p. 1255-1274.
- Tijssen, H.E.B., 'De beoordeling van rechtswetenschappelijk onderzoek: een vak apart!', *Nederlands Juristenblad* 2003-24, p. 1218-1231.
- Tijssen, H.E.B., *De juridische dissertatie onder de loep: de verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- Velthoven, B.C.J. van, 'Civiele rechtspraak in eerste aanleg, 2005. Een eerste stap op weg naar kwantificering van de maatschappelijke betekenis van de rechtspraak', *Research Memoranda*, jrg. 3, nr. 1, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007.
- Velthoven, B.C.J. van & M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003: over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
- Wiarda, G.J. & T. Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.
- Wendt, J.A.I., 'Popper en de rechtswetenschap; kanttekeningen bij het huidige debat', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2005-4, p. 181-191.
- Wendt, J.A.I., *De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief* (diss. Rotterdam), Zutphen: Paris 2008.
- Westerman, P. & M. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2008-9, p. 503-507.
- Witteveen, W., 'De rechter als rolmodel en de jurist als vertaler', *Nederlands Juristenblad* 2005-36, p. 1893-1894.