

Wat de rechtsvergelijking vermag

Over onderzoeksdesign

Maurice Adams*

‘Wie in één land woont, is een gevangene.’ Rechtsvergelijkend onderzoek wordt steeds meer verricht. Desondanks is er weinig aandacht voor onderzoeksdesign ter zake. Welke stadia worden idealiter doorlopen wanneer je rechtsvergelijkend onderzoek doet, en wat impliceren die? In dit artikel wil ik een voorzet geven voor beantwoording van deze vragen. Daarbij gelden in ieder geval de volgende kwalificaties.

Welke stadia worden idealiter doorlopen wanneer je rechtsvergelijkend onderzoek doet, en wat impliceren die?

In de eerste plaats richt ik me op rechtsvergelijkend onderzoek dat zich uitstrekt over meerdere *nationale* jurisdicties (waaronder het thuisstelsel) en dat primair betrekking heeft op een min of meer concreet juridisch relevant onderwerp, en niet zozeer op de structuur van hele rechtsstelsels. Bovendien grijpt vergelijkend onderzoek vandaag de dag tevens plaats tussen bijvoorbeeld verschillende inter- of supranationale regelingen,¹ of tussen inter- of supranationaal recht enerzijds en nationaal recht anderzijds.² Daar is het me echter eveneens niet om te doen.³

In de tweede plaats: omdat ieder onderzoeksdesign een functie is van het specifieke doel van een onderzoek – anders gezegd: bij iedere onderzoeksvraag hoort een passend onderzoeksdesign – vermeld ik tevens dat het me om zogenaamd *verklarend* onderzoek te doen is.⁴ Daaronder begrijp ik hier dat ik vooral de verschijningsvorm van het recht

probeer te verklaren: waarom manifesteert een bepaalde rechtsregeling zich qua vorm of inhoud in de ene jurisdictie op deze wijze, en in een andere jurisdictie op een andere wijze? Omwille van deze focus voel ik me dan ook goed thuis bij de volgende omschrijving van rechtsvergelijkend onderzoek door Dannemann:

‘Generally speaking, the [comparative] analysis should seek to explain differences and similarities as they arise from the description of the legal systems under consideration, so that whoever has predominantly found similarity, will predominantly have to explain similarity, whereas those who have predominantly found difference, will predominantly have to explain differences.’⁵

In een vergelijkende studie moet dit uiteindelijk leiden tot een positie over hoe de onderzochte jurisdicties zich tot elkaar verhouden.

Afhankelijk van onderwerp en invalshoek van waaruit de onderzoeker verklaringen wil bieden (economisch, sociologisch, historisch, etc.), verschilt uiteraard de onderzoekstech-

Rechtsvergelijkend onderzoek

Zo'n 42 procent van de juridische dissertaties wordt geclassificeerd als rechtsvergelijkend onderzoek dat zich uitstrekt over meerdere nationale jurisdicties. Zie H.E.B. Tjissen, *De juridische dissertatie onder de loep. De verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 128. Twee recente voorbeelden: I. Van den Driessche, *Politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Het Nederlandse begrip in rechtsvergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer 2005 en R. Barbaix, *Het contractuele statuut van de schenking: hoe anders is de overeenkomst schenking en waarom? Rechtsvergelijkende studie van het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen: Intersentia 2008. In beide gevallen gaat het om onderzoek dat onder meer, door middel van rechtsvergelijking, suggesties wil doen voor verbetering van het eigen recht.

* Prof. mr. M. Adams is hoogleraar Encyclopedie van het recht aan de Universiteit van Tilburg, en deeltijd hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen. Dank aan R. van Gestel, R. Happé, M. van der Linden, H. Tjissen en J. Vranken (allen UvT) voor commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

- 1 Zo bijvoorbeeld H. Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff 2006.
- 2 Zo bijvoorbeeld L. Reydam, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford: Oxford University Press 2004.
- 3 Wat onverlet laat dat a) inter- en supranationale regelingen via doorwerking (en nog andere mechanismen van beïnvloeding) onderdeel van het nationale recht (kunnen) uitmaken, en b) een aantal van de in dit artikel geponeerde stellingen wellicht eveneens van kracht zijn voor andere typen van rechtsvergelijkend onderzoek. Dit laatste heb ik echter niet onderzocht.
- 4 Over verschillende doelstellingen van rechtswetenschappelijk onderzoek: H.E.B. Tjissen, *De juridische dissertatie onder de loep. De verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 57-60. Tjissen plaatst het onderzoeksdoel ‘verklaren’ naast die van het beschrijven, vergelijken, definiëren, evalueren en ontwerpen.
- 5 G. Dannemann, ‘Comparative Law: Study of Similarities or Differences?’, in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 416 (cursivering toegevoegd).



niek – de methodologie – die wordt gebruikt. De mogelijkheden en variaties die zich aandienen zijn schier eindeloos.⁶ Vandaar dat ik in de derde plaats vermeld dat ik me vooral op vergelijkend onderzoek richt waarin het recht als centraal object fungeert en niet slechts als een van de variabelen (zoals in heel wat politicologisch onderzoek). Dit lijkt vanzelfsprekend – het gaat immers om *rechtsvergelijking* – maar toch hecht ik eraan dit hier te vermelden. Om vragen naar de verschijningsvorm van het recht te beantwoorden is immers al snel een interdisciplinair perspectief noodzakelijk, en de rechtswetenschapper kan zich niet achter een typisch juridisch perspectief verschuilen of verschansen.⁷ Maar desondanks bepleit ik op pragmatische gronden een milde variant van interdisciplinariteit, om te vermijden namelijk dat de juridische onderzoeker al te zeer een *'Jack of all trades and a master of none'*⁸ wordt. De interdisciplinariteit die ik bepleit is er dus een waarin het juridische perspectief dominant blijft, maar de andere discipline voor beantwoording van

Interdisciplinariteit

Dit betekent echter niet dat het ontwikkelen van die andere disciplines niet desondanks kan gebeuren. Ik meen echter dat juristen zich het beste thuis voelen bij de eerder argumentatieve benaderingen in de humane en sociale wetenschappen (in plaats van bij meer empirische en/of kwantitatieve werkwijzen). In ieder geval moet je de kwaliteit van de debatten en informatie uit de andere discipline weten te duiden, en dat is niet vanzelfsprekend: wat is bruikbare kennis en informatie en wat niet? Over verschillende typen van interdisciplinair rechtswetenschappelijk onderzoek, zie H.S. Taekema en B. van Klink, 'Dwarsverbanden. Interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap', *NJB* 2009, p. 2559-2566. Tevens M. Siems, 'The Taxonomy of Interdisciplinary Legal Research: Finding the Way Out of the Desert', *7 Journal of Commonwealth Law and Legal Education* 2009, p. 5-17. Voor een plaatsbepaling van interdisciplinair rechtswetenschappelijk onderzoek, zie recent ook J.B.M. Vranken, 'Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap', *WPNR* (nr. 6840) 2010, p. 318-329.

de onderzoeksvraag desondanks noodzakelijke bron van kennis en informatie is. Het is echter niet de ambitie die andere discipline verder te ontwikkelen. Als je bijvoorbeeld wilt weten waarom het ene land grondwet-tigheidstoetsing door de rechter introduceert

6 Vgl. V.V. Palmer, 'From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology', 53 *American Journal of Comparative Law* 2005, p. 262-263.

7 Over dergelijk perspectief zie recent J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009, p. 31-44. Smits ziet het beantwoorden van normatieve vragen ('hoe behoort het recht te luiden?') als de kern van juridisch onderzoek. Zoals gezegd ben ik zelf meer geïnteresseerd in verklarende vragen, ook buiten de context van rechtsvergelijkend onderzoek. Het ene sluit het andere overigens niet uit.

8 Ik heb dit gezegd in de context van de interdisciplinaire onderzoekspraktijk ook al eens horen bezigen door collega T. Wilthagen van de Universiteit van Tilburg.

en op een bepaalde wijze (juridisch) vormgeeft en het andere land dat op een andere wijze doet of zelfs niet invoert,⁹ dan zul je een beroep moeten doen op inzichten uit de politieke wetenschappen, zonder dat politologisch onderzoek noodzakelijk zelf te moeten uitvoeren.¹⁰

Ten slotte wil ik vermelden dat wat hier wordt neergelegd een ideaal is, en dat het in geen geval de bedoeling is een onoverkoombare horde op te stellen. De ambitie van dit artikel is dus niet dogmatisch, maar veeleer strategisch.¹¹ Door aldus na te denken over onderzoeksopzet, wordt beter zichtbaar waar de beperkingen van een concreet onderzoeksproject zijn te situeren: welke ambities werden niet ingepast, en hoe weegt dat op de conclusies?

Wat hier wordt neergelegd is een ideaal. Het is in geen geval de bedoeling een onoverkoombare horde op te stellen. De ambitie van dit artikel is niet dogmatisch, maar veeleer strategisch

Onder voorbehoud van deze kwalificaties zie ik minstens vier onderzoeksstadia. Kort gezegd gaat het om: 1) identificeren, 2) beschrijven van de onderzochte stelsels, 3) beschrijven van de overeenkomsten en verschillen, en 4) vergelijken en verklaren. Wel alvast deze relativering: de vermelde stadia zijn analytisch weliswaar te onderscheiden en worden hier ook aldus gepresenteerd en besproken – dat is nodig om vat te krijgen op de kwestie –, maar zullen in de praktijk met elkaar verweven zijn. Dit laatste gegeven zal in dit artikel steeds worden geduïd, en in het bijzonder in de voorlaatste paragraaf.

1 Eerste fase: identificatie van de te vergelijken (rechts)regels of objecten

In een eerste fase moeten de (rechts)regels of objecten die in de vergelijking worden betrokken worden geïdentificeerd.¹² Ondanks dat dit dient te gebeuren in het licht van een concrete onderzoeksvraag, valt er toch wel wat algemeen over te zeggen. Wie de relevante literatuur bestudeert ontdekt in ieder geval al snel dat de meest dominante en besproken onderzoekstechniek ter zake de zogenaamde

‘functionele’ is. Recent werd die nog omschreven als zowel de mantra als de *bête noire* van de hedendaagse rechtsvergelijking.¹³ Volgens de meest bekende propagandisten ervan, dat zijn K. Zweigert en H. Kötz, gaat het zelfs om ‘[t]he basic methodological principle of all comparative law.’¹⁴ Waar hebben we het dan over?

In een eerste fase moeten de (rechts)regels of objecten die in de vergelijking worden betrokken worden geïdentificeerd

Als je bijvoorbeeld wilt bestuderen hoe werkloosheid gereguleerd is in, zeg, Nederland en Italië, zou het voor de hand kunnen liggen in de onderzoeksvraag naar de vigerende Nederlandse en Italiaanse werkloosheidswetgeving te verwijzen. Vervolgens consultere men de werkloosheidswetgeving en -rechtspraak en handboeken, en gaat aan de slag. En toch ligt die aanpak minder voor de hand dan op het eerste gezicht aanemelijk lijkt. Zelf heb ik het problematische ervan mogen ervaren in de context van een onderzoek, begin jaren negentig, naar precies deze problematiek.¹⁵ In eerste instantie werden inderdaad de beide werkloosheidswetten opgespoord en naast elkaar geplaatst. Maar het was niet alleen om de juridische techniek te doen, ook het ‘wat’ daarvan droeg enig belang bij in het onderzoek. Toen dat werd onderzocht bleek dat destijds in Italië zeer lage uitkeringen werden toegekend. Daarop kritiek leveren zou eenvoudig mogelijk zijn. Maar de toenmalige Italiaanse situatie kon niet begrepen worden zonder ook de uitkeringen van de zogenaamde *Cassa Integrazione Guadagni*¹⁶ en, opvallend, de invaliditeitsuitkeringen in vooral Zuid-Italië te betrekken in de analyse. Dergelijke uitkeringen werden immers mede ingezet om de armoedeval als gevolg van het verlies van betaalde arbeid te milderen (dus ook ten behoeve van niet-gehandicapten). Het voormelde inzicht deed overigens wel een nieuw probleem rijzen, want zou je dan ten behoeve van een zinvolle vergelijking niet ook voor Nederland de toenmalige uitkeringen in het kader van de arbeidsongeschiktheid moeten meenemen? Die werden destijds immers juist bij ons gebruikt als verkapt werkloosheidsuitkering voor gedeeltelijk gehandicapten.

9 Ik heb die vragen proberen te beantwoorden in M. Adams, ‘Staatkundige resistentie’, *Ars Aequi* 2010, p. 252-256 (AA20100252). Voor verklaring van de overeenkomsten en verschillen werd een beroep gedaan op het gedachtegoed van de Nederlands-Amerikaanse politicoloog A. Lijphart.

10 Voor alle duidelijkheid: sterke vormen van interdisciplinair onderzoek sluit ik geenszins uit, maar het lijkt me eerder groepswerk.

11 Vgl. E. Örüçü, ‘Methodology of Comparative Law’, in J. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2006, p. 447.

12 Uiteraard dienen in dit stadium onderzoeksdoel en landenkeuze, etc., al te zijn vastgesteld en gemaakt. Zie onder meer over deze kwesties A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

13 R. Michaels, ‘The Functional Method of Comparative Law’, in M. Reimann en R. Zimmermann (eds.), o.c., p. 340. Zie ook Graziadei, die zegt dat het gaat om ‘one of the best-known working tools in comparative legal studies’. M. Graziadei, ‘The functionalist heritage’, in P. Legrand en R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 100. Of nog: ‘[The] functional approach, now recognized to have wide applicability, was probably comparative law’s principal gift to twentieth century legal science.’ M.A. Glendon, M.W. Gordon en P.G. Carozza, *Comparative Legal Traditions*, St. Paul: West Group 1999, p. 9. Voor een ideeënhistorische situering van het functionalisme als rechtsvergelijkende onderzoeksmethode, zie D. Gerber, ‘Sculpting the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the facade of language’, in A. Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford: Hart 2001, p. 191-208.

Om met dit soort van ‘problemen’ een omgang te vinden vereist de functionele methode dat het startpunt van het onderzoek, zoals dat tot uitdrukking komt in de onderzoeksvraag, niet zozeer het recht zelf is, maar veeleer de thematiek die het recht of juridische concepten en instituties beogen te reguleren. En dan is het noodzakelijk dat we in de onderzoeksvraag verwijzingen naar bestaande rechtsconcepten vermijden, dat we ons althans zo veel als mogelijk baseren op ‘neutral concepts’¹⁷ aan de hand waarvan de relevante regels, mechanismen en objecten kunnen worden geïdentificeerd. Reeds bestaande juridische constructies als uitgangspunt nemen kan aan volledigheid alleen maar in de weg staan; creëert tunnelvisie of zelfs ethnocentrisme, en bemoeilijkt de vergelijking.

Reeds bestaande juridische constructies als uitgangspunt nemen kan aan volledigheid alleen maar in de weg staan; creëert tunnelvisie of zelfs ethnocentrisme, en bemoeilijkt de vergelijking

Zo bezien fungeert een functioneel geformuleerde onderzoeksvraag vooral als een heuristisch devies; als een zoekmachine die ons doet uitkomen bij *alle* regelingen en mechanismen, ook de minder voor de hand liggende, die in de vergelijking betrokken kunnen of moeten worden. Uiteraard is het mogelijk dat er dan verder moet worden gekeken dan het recht. Althans, een dergelijke brede penseelstreek is noodzakelijk indien de onderzoeker verklaringen voor de verschijningsvorm van het recht wil geven. Zou het immers niet zo kunnen zijn dat het recht maar één van de mechanismen is die (kunnen) voorzien in bestaansonderhoud bij verlies aan betaalde arbeid, naast, bijvoorbeeld, familiale opvangmechanismen? Of nog: zou het niet kunnen dat een bepaalde kwestie in het ene land door middel van formeel recht wordt gereguleerd, en in het andere land door middel van andere ordeningsmechanismen? In ieder geval hangt de verschijningsvorm van het positieve recht veelal met andere mechanismen samen. Verlies aan betaalde arbeid in een bepaalde samenleving zou juist als gevolg daarvan op een volstrekt eigen wijze kunnen worden gereguleerd. Om daar zicht op te krijgen is het al in deze fase noodzakelijk het recht expliciet te

begrijpen als ingebed in een sociale praktijk, en als een sociologisch gegeven. Dit alles impliceert tevens een ruime en niet-formalistische rechtsbronnenleer; in het onderzoek moet zoveel als mogelijk alles ‘*that shapes or helps to shape the law*’ worden verdisconteerd.¹⁸ Hoe ver je daarin moet gaan valt *in abstracto* overigens moeilijk te zeggen. Zoals steeds zal het antwoord mede afhangen van je meer concrete doelstelling, en ook het beschikbare materiaal. Maar dat laat onverlet dat je voor je keuzes natuurlijk wel verantwoording kunt afleggen.

De functionele methode is daarmee tevens een kritiek op ouderwetse ‘dogmatische’ rechtsvergelijking, althans een rechtsvergelijking die zich van in den beginne en exclusief richt op bestaande juridische concepten en dogmatiek zelf (met die uit eigen land meestal als leidraad of inspiratiebron), en waarvan de onderzoeker vaak niet lijkt te beseffen dat die zijn ingebed in een ruimer geheel. De dogmaticus wil zich daardoor al eens als een soort juridische Don Quichotte manifesteren; iemand die plots ontwaakt in een vreemde wereld, en die maar niet kan verklaren dat een hem bekend juridisch leerstuk elders helemaal niet (b)lijkt voor te komen.

De dogmaticus wil zich al eens als een soort juridische Don Quichotte manifesteren; iemand die plots ontwaakt in een vreemde wereld, en die maar niet kan verklaren dat een hem bekend juridisch leerstuk elders helemaal niet (b)lijkt voor te komen

2 Tweede fase: beschrijven en interpreteren van de toepasselijke regels

Vervolgens dienen de geïdentificeerde regels te worden beschreven en geïnterpreteerd: wat betekenen die? Deze fase is onlosmakelijk verbonden met de eerste fase: de identificatie van de te bestuderen (rechts)regels of concepten vereist immers een zekere kennis van de betekenis van die (rechts)regels of concepten. In deze tweede fase zal in die kennis echter meer dieptestructuur moeten worden aangebracht. Eén en ander doet de uitdaging rijzen met het ‘vreemde’ een omgang te vinden. Daarvoor moet je als het ware onder de huid kruipen van een ander rechtssysteem, een

14 K. Zweigert en H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 34.

15 Zie hierover D. Pieters, *Sociale-zekerheidsrechtsvergelijking ten dienste van Europa*. Preadvies ten behoeve van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1992, p. 31. Ik heb destijds meegewerkt aan dit preadvies.

16 Een instituut dat onder meer voor vervangingsinkomens zorgt voor de werknemers van bedrijven in moeilijkheden (tijdelijke werkloosheid).

17 K. Zweigert en H. Kötz, *o.c.*, p. 10.

18 K. Zweigert, ‘Zur Methode der Rechtsvergleichung’, 13 *Studium Generale* 1961, p. 196 (aangehaald door S. Vogenauer, ‘Sources of Law and Legal Method’, in M. Reimann and R. Zimmermann (eds.), *o.c.*, p. 879).

rechtssysteem waarin je in principe niet bent opgeleid en gedisciplineerd en waarmee je daardoor niet intiem vertrouwd bent; een systeem waarvan je 'de taal' niet spreekt, met andere instituties, onuitgesproken codes, een eigen geschiedenis, ideologie en zelfbeeld.¹⁹ Hoe krijg ik een zinvolle omgang met de, vaak verborgen, vanzelfsprekendheden van dat andere rechtssysteem?

In de tweede fase moet je als het ware onder de huid kruipen van een ander rechtssysteem, een rechtssysteem waarin je in principe niet bent opgeleid en gedisciplineerd en waarmee je daardoor niet intiem vertrouwd bent

Eenieder die dus, bijvoorbeeld, wil weten wat de Belgische regels met betrekking tot euthanasie betekenen,²⁰ zal al snel ervaren dat dit in belangrijke mate wordt bepaald door de institutionele structuur en juridisch-politieke cultuur waarin ze zijn ingebed. Een mooi voorbeeld hiervan is het debat over een vermeend *subjectief recht* op euthanasie. Artikel 14, eerste lid van de Belgische Euthanasiewet leert dat het verzoek van een patiënt en de (voorafgaande) wilsverklaring geen dwingende waarde hebben. Het tweede lid voegt daar nog aan toe dat 'geen arts kan worden gedwongen euthanasie toe te passen'. De betekenis van dit alles lijkt duidelijk: er bestaat geen subjectief recht op euthanasie. De patiënt kan weliswaar om euthanasie vragen, maar de arts mag onder alle omstandigheden weigeren op een dergelijk verzoek in te gaan.

En toch verschillen juristen van mening over de betekenis van vermelde bepaling. Zo stellen de voorstanders van het bestaan van een subjectief recht op euthanasie dat omdat, kort gezegd, de Belgische euthanasiewet uitdrukkelijk vereist dat euthanasie moet worden verricht door een arts, het *ipso facto* moet gaan om 'normaal medisch handelen'. En juist daarom zou er op de arts een plicht rusten om euthanaserend te handelen wanneer een patiënt daar legitiem om vraagt.²¹

De tegenstanders van deze visie steunen voor hun interpretatie op een reconstructie van de juridische context waarin de Belgi-

sche Euthanasiewet moet worden gesitueerd, vooral die van gezondheidszorgwetgeving.²² Zij stellen dat de visie dat euthanasie 'normaal medisch handelen' betreft niet juist is, omdat op basis van het Belgisch recht medisch handelen alleen rechtmatig kan zijn als het valt onder de reikwijdte van de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen 1967, begrepen in samenhang met de Code van Medische Plichtenleer.²³ Uit samenlezing van beide regelingen kan worden afgeleid onder welke voorwaarden er een plicht tot medisch handelen bestaat. En die plicht tot behandeling strekt niet zover, zo zou dan blijken, dat daar ook medisch handelen onder valt waarvoor geen strikte medische aanleiding bestaat. Bij abortus, orgaantransplantatie, niet-therapeutisch medisch onderzoek, en ook bij euthanasie, is dat veelal het geval. Met andere woorden, voor niet-normaal medisch handelen is een specifieke juridische rechtvaardiging nodig, die voor wat betreft euthanasie door de Euthanasiewet wordt geleverd. Voor de tegenstanders van een subjectief recht op euthanasie, is dit bewijs voor het feit dat euthanasie niet als normaal medisch handelen kan worden gezien en dat er dus geen subjectief recht op bestaat.

Verschil van mening hierover bestaat tot op de dag van vandaag, maar de sleutel voor begrip ligt vooral besloten in de politiek-ideologische context, en heeft uiteindelijk betrekking op de vraag of katholieke ziekenhuizen de artsen werkzaam binnen hun muren mogen verbieden om euthanasie te verrichten. Indien het immers gaat om normaal medisch handelen is dat niet geval. Indien het echter niet normaal medisch handelen betreft, mogen ze dat wel. Het antwoord is alleen al daarom niet louter academisch omdat het grootste deel van de Vlaamse ziekenhuizen is aangesloten bij het zogenaamde Verbond der Verzorgingsinstellingen (VVI). Dat Verbond maakt deel uit van Caritas Catholica Vlaanderen – een christelijk geïnspireerd overleg- en samenwerkingsplatform op het domein van welzijn en gezondheidszorg – dat weer een typische veruitwendiging is van de nog ten dele verzuilde Belgische politieke cultuur en maatschappelijke organisatie.²⁴ Caritas Catholica en het VVI willen zeggenschap behouden over de voorwaarden waaronder euthanasie in 'hun' organisaties wordt toegepast. Kennis over deze politieke en sociale context is de natuurlijke habitus van Belgische juristen en zelfs van een

19 Hierover tevens M. de S.-O.-L'E Lasser, 'The Question of Understanding' in P. Legrand and R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 200-202.

20 Zoals ikzelf met J. Griffiths en H. Weyers onder meer heb proberen te doen in *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2008, 598 p.

21 Meer uitgebreid en veel genuanceerder: E. De Keyser, 'Euthanasie: een medische handeling?', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2003, p. 1067-1073.

22 H. Nys, 'Euthanasie in de Caritasziekenhuizen: een juridische verheldering,' *Ethische Perspectieven* 2002/1, p. 29-31.

23 Zoals uitgevaardigd door de Orde van Geneesheren, de overkoepelende beroepsorganisatie van medische beroepsbeoefenaren in België waar praktiserende artsen verplicht lid van zijn.

24 De liefhebber kan voor informatie over de Belgische politieke cultuur terecht bij L. Huysse, *Over politiek*, Leuven: Uitgeverij Van Halewyck 2003.

25 Zie voor een overzicht en standpunt H.J. Leenen, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2000, p. 325-326. Tevens J. Griffiths e.a., *Euthanasia and Law in the Netherlands*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998, p. 285-298.

26 Vandaar dat ik huiverachtig sta ten aanzien van het standpunt van onder meer Kamba dat in rechtsstelsels die (nauw) aan elkaar verwant zijn het niet moeilijk is om equivalenten te vinden. Zie W.J. Kamba, 'Comparative Law: A Theoretical Framework', *23 International and Comparative Law Quarterly* 1974, p. 509. Wellicht dat Kamba een terecht intuïtie onder woorden brengt. Maar daar staat tegenover dat juist wanneer je aantreft wat herkenbaar lijkt, waakzaamheid voor onverwachte of niet voor de hand liggende verschillen geboden is.

27 In gelijkaardige zin V. Grosswald Curran, 'Cultural Immersion. Differences and Categories in US Comparative Law', *46 American Journal of Comparative Law* 1998, p. 43-92. Curran geeft toe dat de onderzoeker er nooit helemaal in zal slagen het andere rechtssysteem

te doorgronden, en dat een zekere kritische distantie tegelijkertijd ook nodig blijft om te kunnen vergelijken.

28 Zo ook C. Valcke, 'Reflections on Comparative Law Methodology', in M. Adams en J. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press (te verschijnen in 2011). Om dat collectieve zelfbegrip te reconstrueren lijkt me min of meer officieel materiaal het beste bruikbaar: rapporten van rechtszaken, parlementaire stukken, de wijze waarop juristen argumenteren in publieke settings, etc. Wat juristen als individu of in hun private capaciteit over het recht vinden kan natuurlijk tevens bron van inspiratie zijn; het lijkt me echter minder representatief voor het collectieve zelfbegrip ervan. Maar ik geef toe: helemaal scherp zal het onderscheid tussen collectief zelfbegrip en individuele opinie niet steeds te maken zijn.

29 Over het belang van dat deelnemers- of hermeneutische perspectief voor een goed begrip van het recht, is wat mij betreft nog steeds het werk van H.L.A. Hart leidinggevend (dat zelf weer steunt op het werk van Peter Winch, *The Idea of a Social Science* uit 1958). H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press 1961, p. 97-120 (hoofdstuk VII). De meest constructieve interpretatie en kwalificatie van dat deelnemersperspectief heeft wat mij betreft D.N. MacCormick gegeven. Zie met name zijn *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press 1978, p. 275-292 en *H.L.A. Hart*, London: Edward Arnold 1980, p. 36-40.

30 Het werk van de rechtsvergelijker laat hier gelijkenissen zien met dat van de historicus of de cultureel-anthropoloog, die beiden immers eveneens een andere cultuur, het weze een uit het verleden of heden, bestuderen. Zie J. Tollebeek en T. Verschaffel, *De vreugden van Houssaye. Apologie van de historische interesse*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 1992 (vooral hoofdstuk 3) en C. Geertz, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays*, New York: Basic Books 1973. Geertz heeft het over 'thick description.'

31 Aldus ook V. Palmer, *l.c.*, p. 278.

belangrijk deel van de bevolking; die zullen geen problemen hebben met het herkennen van de belangen die in deze discussie op het spel staan. Desondanks wordt de kwestie veelal 'versluiert' als een exclusief juridisch dispuut. Onder meer dat gegeven maakt het voor buitenstaanders moeilijk om de kwestie in volle omvang te doorgronden.

Terzijde: wat deze kwestie voor de rechtsvergelijker verder bemoeilijkt, is dat in Nederland – samen met België en Luxemburg de enige landen met een expliciete euthanasiewet – deze aangelegenheid tevens bediscussieerd is, en in gelijkaardige bewoordingen bovendien. In Nederland echter stond vooral de beleidsvraag centraal wie de bevoegdheid diende te hebben om euthanaserend handelen te controleren: artsen zelf of het Openbaar Ministerie? Het debat was in vergelijking met België dus minder ideologisch geïnspireerd: wat is de meest effectieve wijze om grip te krijgen op medisch handelen dat het levenseinde verkort, en wie moet de bevoegdheid hebben om dit soort handelen te normeren en controleren?²⁵ Desondanks werd het debat vooral uitgevochten met juridische argumenten gelijkaardig aan die in België werden gehanteerd. De gewisselde opvattingen lijken voor de buitenstaander zeer herkenbaar en zelfs vanzelfsprekend, en kunnen juist als gevolg daarvan al snel tot misverstanden en oppervlakkige conclusies leiden.²⁶

Het punt is hier dat de onderzoeker goed moet beseffen dat hij, om de betekenis van het vreemde recht te achterhalen, de logica van de andere rechtsorde, zoals die door de participanten daaraan zelf begrepen wordt, moet blootleggen.²⁷ Het gaat er dan om een zogenaamd deelnemersperspectief te evoceren. Hiermee doel ik niet op de subjectieve mening van een individuele deelnemer aan dat andere systeem, maar op hoe het recht als publieke entiteit door de lokale gemeenschap van juristen als zodanig wordt begrepen (collectief zelfbegrip).²⁸ Om dat te kunnen bereiken is het belangrijk om mee te denken met het systeem zelf, om er zoveel als mogelijk de eigenheid van te begrijpen en er deelgenoot van te worden.²⁹ Dit vereist dat je de te onderzoeken rechtssystemen in eerste instantie voor zichzelf moet laten spreken. Daarvoor moet je dus niet alleen gedetailleerde informatie verzamelen over procedurele structuren, de institutionele vormgeving, discursieve praktijken en de wijze waarop

het systeem zich manifesteert, het conceptueel raamwerk, et cetera. Maar teneinde betekenis aan al die gegevens te kunnen geven moeten die ook worden gedecodeerd en de interactie ertussen begrepen. Er moet orde worden aangebracht in de verzamelde gegevens, en de onderzoeker moet aangeven wat de rechtsnormen volgens hem zeggen over de achterliggende 'werkelijkheid'.³⁰ Het interpretatieproces behelst hier dat de onderzoeker verbanden moet proberen te leggen en op basis daarvan verklaringen voor de verschijningsvorm van het recht. Dat het daarbij meestal tentatieve en suggestieve verbanden en verklaringen betreft, doet dan niet ter zake.

De onderzoeker moet goed beseffen dat hij de logica van de andere rechtsorde, zoals die door de participanten daaraan zelf begrepen wordt, moet blootleggen

Het voorgaande betekent uiteraard ook, zoveel mag inmiddels wel duidelijk zijn, dat uitdrukkelijk de gelegenheid moet worden genomen de te onderzoeken regels en instituten op andere dan alleen strikt juridische wijzen te bestuderen. En het betekent tevens dat *de ruimte* moet worden genomen om die in al hun vooronderstellingen uitgebreid te beschrijven. Het gebruikte materiaal moet zich als het ware voor de ogen van de lezer ontplooiën. Ook daardoor kan het voor zichzelf spreken en kan de lezer er deelgenoot van worden. Een dergelijke uitgebreide beschrijving heeft als bijkomend voordeel dat de lezer de gelegenheid krijgt uiteindelijk ook zijn eigen oordeel over de onderzochte kwestie te vellen. Dit laatste is erg belangrijk want iedere interpretatie steunt op keuzes en is er dus maar één. De lezer moet het 'bewijs' voor de uiteindelijk door de onderzoeker ingenomen standpunten zelf kunnen beoordelen en alternatieve keuzes kunnen maken.³¹

De gelegenheid moet uitdrukkelijk worden genomen de te onderzoeken regels en instituten op andere dan alleen strikt juridische wijzen te bestuderen

3 Derde fase: in kaart brengen van de overeenkomsten en verschillen

De overeenkomsten en verschillen zoals die uit de landenstudies blijken dienen vervolgens in kaart te worden gebracht. Hier wordt dat als een op zichzelf staande – consecutieve – kwestie gepresenteerd: deze fase manifesteert zich dan *nadat* fase twee heeft plaatsgevonden, vooral in de vorm van een toegespitste c.q. beschrijvende samenvatting. Maar in de praktijk wordt dit ook wel op geïntegreerde wijze gedaan, gaandeweg fase twee: fase twee en drie vloeien dan samen. De mogelijke diepgang van deze exercitie is natuurlijk direct gerelateerd aan de diepgang die in fase twee werd bereikt, en van de mate waarin de gegevens verzameld in fase twee daadwerkelijk worden geïntegreerd of meegenomen.

De overeenkomsten en verschillen zoals die uit de landenstudies blijken dienen vervolgens in kaart te worden gebracht. In de praktijk wordt dit ook wel op geïntegreerde wijze gedaan, gaandeweg fase twee

Bijvoorbeeld (en, toegegeven, wat kort door de bocht): in België bestaat er een vorm van grondwettigheidstoetsing die wordt verricht door het lokale zogenaamde Grondwettelijk Hof, als gevolg waarvan (onderdelen van) wetten nietig kunnen worden verklaard; en voor dat Hof gelden de volgende regels en procedures et cetera. Dat Hof is in eerste instantie opgezet om als arbiter te fungeren in het geval van bevoegdheidsconflicten tussen de verschillende deelentiteiten van de Belgische federale staat, en dat kan voor een deel de samenstelling en werking ervan verklaren. In Nederland daarentegen is grondwettigheidstoetsing door de rechter aan de nationale Grondwet nog altijd verboden, hoewel er wel een voorziening bestaat om te toetsen aan het internationale recht (maar zonder de mogelijkheid tot nietigverklaring). De Nederlandse weigerachtigheid om grondwettigheidstoetsing door de rechter te introduceren hangt onder meer samen met een sterke traditie van parlementaire soevereiniteit.

4 Vierde fase: expliciet vergelijken en verklaren

Na dergelijke constatering zou je kunnen stoppen. Maar dat zou dan wel het verwijt kunnen doen rijzen dat Shapiro reeds in 1981 opriep:

'For the most part [comparative law] has consisted of showing that a certain procedural or substantive law of one country is similar to or different from that of another. Having made the showing, no one knows quite what to do next. Or, alternatively, comparison consists of presenting descriptions of a number of legal systems side by side, again with no particular end in view.'³²

Met andere woorden: *so what?* Wat is eigenlijk de *vergelijkende* meerwaarde van dergelijke exercities?

Indien we het begrip 'vergelijken' een zelfstandige betekenis willen geven moet er inderdaad iets meer worden gedaan dan hetgeen Shapiro constateert. Het gaat er dan om de verzamelde gegevens ook met elkaar te confronteren en in verband te brengen, en een visie te geven op hun onderlinge verhouding.³³ Daaruit kunnen dan conclusies getrokken worden: in welke mate was het gehanteerde *tertium comparationis* – dat is de overeenkomst tussen fenomenen, van waaruit vergeleken wordt – reëel? Wat leren de uiteindelijk geconstateerde verschillen en overeenkomsten, en kunnen die in vergelijkende en verklarende schema's worden gepast?

Wat leren de uiteindelijk geconstateerde verschillen en overeenkomsten, en kunnen die in vergelijkende en verklarende schema's worden gepast?

Voor het genereren van dit type van inzichten is veel ervaring en kennis nodig, die in hoofde van een beginnende en soms zelfs gevorderde onderzoeker niet vanzelfsprekend aanwezig zullen zijn; het gaat om één van de meest veeleisende onderdelen van het rechtsvergelijkende werk. Mijn indruk is dat het meeste rechtsvergelijkende onderzoek zich inhoudelijk ergens tussen fase drie en vier begeeft. Dergelijk onderzoek kan erg waardevol en zelfs fundamenteel zijn. In die zin vind ik de empirische claim van de zojuist aangehaalde Shapiro ('*For the most part*', etc.), die het vooral over oppervlakkig onderzoek lijkt te hebben, wat al te somber. Bovendien zal een deel van het echte vergelijkende werk al zijn

32 M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago: University of Chicago Press 1981, vii.

33 Vgl. F. Gorté e.a., *Rechtsvergelijking*, Mechelen: Kluwer 2007, p. 64-65.

verricht gedurende fase twee, al weze het impliciet.³⁴ Althans, bestudering en beschrijving van een buitenlands rechtsstelsel zal onvermijdelijk doen verwijzen naar en reflecteren over het eigen of andere rechtsstelsels; de gegevens zullen dus impliciet met elkaar zijn geconfronteerd en een visie op de onderlinge verhouding gevormd.

Mijn indruk is dat het meeste rechtsvergelijkende onderzoek zich inhoudelijk ergens tussen fase drie en vier begeeft

Maar hoe ziet expliciete rechtsvergelijking in de hierboven bedoelde zin er *in concreto* eigenlijk uit? Een mooi voorbeeld van een uitdrukkelijke en diepgaande vergelijking is de belangwekkende studie door M. Lasser over de legitimiteit van de argumentatieve en motiveringspraktijk van respectievelijk de Franse en Amerikaanse hoogste rechter.³⁵ Zijn argumentatie gaat als volgt: in de VS geldt wat de motiveringspraktijk van het *US Supreme Court* betreft: *'What you see is what you get'*. De Amerikaanse rechter maakt de motieven voor zijn beslissing immers hoogst persoonlijk en zeer uitgebreid publiek. En hij doet dat in dialoog met de bestaande rechtsgeleerde literatuur en zijn directe collega's (inclusief *dissenting* en *concurring opinions*), zich soms direct richtend tot de Amerikaanse justitiabelen. De totaliteit van de argumentatieve rechterlijke praktijk ontplooit zich daar in ieder geval voor de ogen van de al dan niet professionele toeschouwer. En dit dan in tegenstelling tot het Franse *Cour de cassation*, waarvoor de procedures grotendeels schriftelijk verlopen en die wat de publieke manifestatie van de uitspraak zelf betreft inderdaad veelal extreem kort zijn – meestal slechts een enkele alinea. Die uitspraken hebben steeds de vorm van een versluierend syllogisme waarin werkelijk niets merkbaar is van de moeilijke ethische en politieke keuzes die het Hof vaak onvermijdelijk heeft moeten maken.

In het overgrote deel van de rechtsvergelijkende literatuur wordt nu gesteld dat men in de Verenigde Staten meer dynamisch en open motiveert en in Frankrijk meer formalistisch en gesloten. In vergelijkende zin lijkt de Franse hoogste rechter de antithesis van de transparante, individueel verantwoorde-lijke, democratisch deliberatieve rechter in de

common law. En vanuit het perspectief van de publieke manifestatie van de rechterlijke beslissing is een dergelijke conclusie ook juist.

Lasser heeft echter laten zien dat de Franse rechter in de beslotenheid van de raadkamer op een uitermate vrije wijze debatteert over een casus, vaak in dialoog met de conclusies van de advocaten-generaal en op basis van een aantal inhoudelijk verschillende ontwerp-arresten. Daarbij wordt een argumentatieve stijl gehanteerd waarbij werkelijk alle overwegingen en beleidsimplicaties op tafel komen. Er is in Frankrijk dus een scheiding van een open (officiële) en gesloten (officieuze) rechterlijke ruimte; de laatste onttrekt zich aan het oog van het publiek, komt niet tot uiting in de officiële motivering van de uitspraak, en de rechter beweegt er zich zeer vrij in, zeker niet formalistisch. De suggestie die hiervan uitgaat, is dat de ge- en beslotenheid van een deel van de Franse rechterlijke argumentatieve praktijk juist de ruimte biedt om alle beleidsimplicaties van mogelijke beslissingen te doordenken en te komen tot betere rechtspraak, of in ieder geval tot beslissingen die aanvaard worden en die legitimiteit (begrepen als maatschappelijk draagvlak) hebben. Andersom rijst de vraag of de situatie met betrekking tot het *US Supreme Court*, waar inhoudelijke argumentatie en publieke motivering vrijwel samen vallen – er bestaat dus geen scheiding van een open en gesloten rechterlijke ruimte – nu juist niet aanleiding tot drogredeneringen geeft. Want om redenen van democratie, redenen althans die samenhangen met de veronderstelde onderscheiden domeinen van de wetgever en de rechter, zijn ook de Amerikanen geen liefhebbers van een al te beleidsgerichte rechter. Ook in de Verenigde Staten bestaan er immers gezaghebbende opvattingen over scheiding en evenwicht van machten, en over wie het toekomt de grote keuzes te maken ten behoeve van de samenleving. Met als gevolg dat ook daar de rechter de idee tracht hoog te houden dat hij het recht toepast veeleer dan dat hij het scheidt. En dus wordt uiteindelijk ook door de Amerikaanse rechter soms toneel gespeeld, geeft die nooit helemaal zijn beleids-overwegingen bloot en handelt hij alsof hij in zijn arresten de onvermijdelijke en onverbidelijke juridische waarheid proclameert. Een beetje zoals de Franse rechter, maar dan met meer omhaal van woorden. Je zou dus kunnen zeggen dat paradoxaal genoeg nu juist de professionele openheid van de Amerikaanse rechter er de oorzaak van is dat niet alles wat

³⁴ Aldus ook F. von Benda-Beckmann, 'Ethnologie und Rechtsvergleichung', 17 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1981, p. 310. Tevens G.R. de Groot, *Vergelijkt alles en behoudt het goede*, Deventer: Kluwer 1989, p. 2-4.

³⁵ M. de S.-O.-F.E Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press 2004. Lasser betreft ook het Europese Hof van Justitie in zijn analyse. Voor verdere toelichting en referenties verwijst ik naar dit boek.

hij denkt gezegd kan worden. In ieder geval, rechterlijke legitimiteit lijkt in de Verenigde Staten, veel meer dan in Frankrijk, een functie van publieke transparantie. Maar juist daardoor ontstaat er een gewrongen situatie, en het *US Supreme Court* wordt dan ook nogal eens beschuldigd van politieke rechtspraak.

Op grond van het bovenstaande kan de onderzoeksvraag en het *tertium comparationis* nu worden vastgelegd vanuit de functie van de direct zichtbare motivering van rechterlijke uitspraken in respectievelijk Frankrijk en de Verenigde Staten, dan wel vanuit het geheel van de argumentatieve praktijk van diezelfde gerechtshoven – dus inclusief het niet zichtbare deel, dat vooral in Frankrijk een rol speelt. Welke onderzoeksvraag en *tertium* gepast zijn hangt af van wat je wilt weten. Maar indien je wilt verklaren waarom en op welke wijze de Franse en Amerikaanse hoogste gerechtshoven legitimiteit genereren, dan ontkom je niet aan een analyse van de dieptestructuur waarin die respectievelijke gerechtshoven functioneren: de relatie tussen het officiële (publieke) en onofficiële (verborgen) rechterlijk discours zet de standaard van waaruit de analyse, vergelijking en verklaring voor de verschillen en overeenkomsten tussen de twee systemen moet gebeuren. Met name ten behoeve van de uiteindelijke vergelijking en verklaring moet dan wel het eerder vermelde deelnemersperspectief worden verlaten, want om alle systemen in vergelijkende zin te overzien moet er logischerwijze buiten die systemen worden getreden. En dan kan de verrassende conclusie volgen dat het Franse Hof qua legitimiteit misschien wel beter scoort dan het Amerikaanse Hof. Legitimiteit lijkt in Frankrijk onder meer een functie van ‘*autorité*’, dat vooral wordt bereikt door uitspraken die inhoudelijk draagvlak hebben. Iets wat dan weer bereikt wordt door een belangrijk deel van de rechterlijke argumentatieve praktijk aan het publieke zicht te onttrekken. De kwaliteit van de publieke motivering van de uitspraak lijkt minder belang te hebben in vergelijking met de Verenigde Staten.

Een dergelijke vergelijking, waarbij dan conceptuele, historische, institutionele, sociologische gegevens en inzichten worden gewisseld en op elkaar betrokken, kan een (beter) licht werpen op wat rechterlijke legitimiteit kan betekenen in beide rechtsordes en hoe die zich tot elkaar verhouden, en over wat de functie van de rechterlijke motivering is in dezen.

5 Circulariteit van rechtsvergelijkend onderzoek

Dit alles brengt ons ten slotte bij de meest preliminaire vraag in de rechtsvergelijking: welke onderwerpen zijn voor rechtsvergelijking vatbaar? Onder welke voorwaarden is er zinvol sprake van vergelijkbaarheid? Paradoxaal genoeg kan het antwoord op deze vragen pas gegeven worden wanneer het onderzoek verricht is. Waarom?

Dit alles brengt ons ten slotte bij de meest preliminaire vraag in de rechtsvergelijking: welke onderwerpen zijn voor rechtsvergelijking vatbaar? Onder welke voorwaarden is er zinvol sprake van vergelijkbaarheid?

Om tot vergelijking te kunnen komen moet er natuurlijk tot op zekere hoogte overeenstemming bestaan tussen de te onderzoeken jurisdicties voor wat betreft de te onderzoeken kwestie;³⁶ er moet althans een *tertium comparationis* – zoals gezegd: dat is de overeenkomst tussen fenomenen, van waaruit vergeleken wordt – kunnen worden geformuleerd, anders valt er niet te vergelijken. Het antwoord op de vraag welke overeenstemming zinvol of hanteerbaar is kan echter niet *in abstracto* gegeven worden, maar is afhankelijk van de doelstelling van het onderzoek en steunt op een zekere voorkennis of initieel onderzoek. Het *tertium comparationis* is aldus een functie van de onderzoeksvraag.

Appels en citroenen, zo zegt men wel eens, kunnen niet vergeleken worden; ze verschillen te zeer. Dat is uiteraard niet noodzakelijk correct: het gaat in beide gevallen immers om fruit, en als zodanig kunnen ze wel degelijk vergeleken worden

Eigenlijk zou zo bezien alles vergelijkbaar kunnen zijn, als je de onderzoeksvraag maar op het juiste niveau weet af te stellen. Appels en citroenen, zo zegt men wel eens, kunnen niet vergeleken worden; ze verschillen te zeer.

³⁶ Maar niet te veel, want wat identiek is hoeft niet vergeleken te worden.

Dat is uiteraard niet noodzakelijk correct: het gaat in beide gevallen immers om fruit, en als zodanig kunnen ze wel degelijk vergeleken worden.³⁷ Maar of dat ook zinvol is, is afhankelijk van het antwoord op de vraag wat je juist wilt weten. Wil je tot een classificatie komen van verschillende fruitsoorten *qua vruchtvruchten*? In dat geval lijkt het erop dat je zowel appels als citroenen in je analyse op moet nemen (samen met andere fruitsoorten overigens). Of wil je weten hoe verschillende soorten fruit met hard vruchtvruchten zich onderling tot elkaar verhouden? In dat geval zou het wel eens kunnen dat je de citroenen moet weglaten uit de vergelijking, en incorporeer je in ieder geval peren. En hoewel in tegenstelling tot fruit het recht een normatief fenomeen is en vooral een constructie van de geest – vandaar de nood aan het eerder vermelde deelnemersperspectief – gaat het voorgaande ook op in de context van rechtsvergelijking.³⁸ Of het mogelijk en zinvol is om rechterlijke onafhankelijkheid in respectievelijk China en een aantal Europese jurisdicties te vergelijken hangt af van het antwoord op de vraag of, en vanuit welk perspectief, het een relevant onderwerp zou kunnen zijn in beide delen van de wereld. Een initieel antwoord kan pas gegeven worden na vooronderzoek. En indien het inderdaad zinvol lijkt de kwestie vergelijkend te onderzoeken, dan zal gaandeweg het onderzoek de kwestie zich pas uitkristalliseren.

De onderzoeksfases die hier werden gepresenteerd blijken onlosmakelijk met elkaar verbonden. Het gaat hier om een typisch 'kip en ei'-probleem, dat overigens praktisch wel te hanteren lijkt en meestal onbewust passeert

De cirkel is daarmee rond: *tertium comparationis* en vergelijkbaarheid zijn een functie van onderzoeksdoel en -vraag, en steunen noodzakelijk op een vooronderstelling van overeenkomsten – die weer steunt op meer of minder uitgebreide voorkennis en/of een vooronderzoek 'light' – waarvan de ware aard eigenlijk pas door het onderzoek zelf aan het licht kan worden gebracht. Ook in die zin blijken de onderzoeksfases die hier werden

gepresenteerd onlosmakelijk met elkaar verbonden. Het gaat hier om een typisch 'kip en ei'-probleem,³⁹ dat overigens praktisch wel te hanteren lijkt en meestal onbewust passeert.

Desondanks moet de onderzoeker ervoor waken zich niet al te zeer te focussen op de vermeende en vooronderstelde overeenkomsten in de te onderzoeken jurisdicties, maar ook op de verschillen.⁴⁰ Ook daarom moet bij het verrichten van het type onderzoek dat ik voor ogen heb (zie inleiding) de onderzoekslens steeds worden bijgesteld: beginnend met een zo neutraal mogelijk begrippenkader en een dito onderzoeksvraag, naar een algemeen beeld van de situatie, waarvan de details gaandeweg worden ingevuld aan de hand van een deelnemersperspectief, inclusief een bereidheid om begrippenkader, onderzoeksvraag en het algemene beeld te kwalificeren en ook verschillen te (h)erkennen. Rechtsvergelijking is aldus een komen en gaan van perspectieven, en het ene perspectief wisselt het andere af.

Het vele prachtige onderzoek dat wordt verricht, bewijst dat ernstige rechtsvergelijking, ook door jonge onderzoekers, niet onmogelijk is, zelfs als het niet aan een ideaal tegemoet komt. Dat is geruststellend, en bemoedigend bovendien

6 Tot slot

Mattias Reimann heeft er in een indringend artikel over de staat van de rechtsvergelijking in vooral het Amerikaanse juridische onderwijs op gewezen dat waarachtige rechtsvergelijking maar weinig plaatsgrijpt: te veeleisend, niet voldoende onderwijstijd, et cetera.⁴¹ Een gelijkaardig verwijt zou ook hetgeen in dit artikel werd uiteengezet kunnen treffen. Ik herhaal daarom wat ik al in de inleiding schreef, namelijk dat de onderzoeksopzet dat ik hier heb bezongen een ideaal betreft, een richtsnoer en een meetlat. In ieder geval bewijst het vele prachtige onderzoek dat wel degelijk wordt verricht, ook door jonge onderzoekers, dat ernstige rechtsvergelijking niet onmogelijk is, zelfs als het niet aan een ideaal tegemoet komt. Dat is geruststellend, en bemoedigend bovendien.

37 Vgl. P.H. Glenn, 'Are Legal Traditions Incommensurable?', 49 *American Journal of Comparative Law* 2001, p. 144: 'You can compare apples and oranges, and you can compare them in terms of the characteristics of apples and oranges.'

38 Zo ook C. Valcke, *l.c.* (voetnoot 28).

39 Aldus terecht ook A.E. Oderkerk, *o.c.*, p. 64.

40 Ik ben me bewust van het feit dat de eerder besproken functionele methode van rechtsvergelijking onderzoek, in ieder geval in de meest invloedrijke versie ervan (dat is de versie van K. Zweigert en H. Kötz, zie voetnoot 14), maar moeizaam een omgang kan vinden met verschillen tussen rechtssystemen. Het stuurt het onderzoek in een richting die sterk gericht is op bevestiging van de vooronderstelde overeenkomsten. Wat mij betreft is dit probleem echter geen onlosmakelijk onderdeel van de functionele methode. Voor belangrijke kwalificaties van de functionele methode, zie J. Husa, 'Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?' 67 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2003, p. 419-447 en, bijzonder instructief, J. De Coninck, 'The Functional Method of Comparative Law: Quo Vadis?', 74 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2010, p. 318-350.

41 M. Reimann, 'The End of Comparative Law as an Autonomous Subject', 11 *Tulane European and Civil Law Forum* 1996, p. 65-69.