

Tilburg University

Is de rechtswetenschap een empirische wetenschap?

Van Hoecke, Mark

Publication date:
2010

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

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Van Hoecke, M. (2010). *Is de rechtswetenschap een empirische wetenschap?*

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.

Is de rechtswetenschap een empirische wetenschap ?

Inaugurale rede Universiteit van Tilburg 22 januari 2010

Mark Van Hoecke

Onderzoekshoogleraar Methodologie van de Rechtsvergelijking¹

In de Nieuwsbrief van 23 april 2009 van onze juridische faculteit konden we lezen dat het Faculteitsbestuur een voorstel had goedgekeurd om de naam te veranderen van 'Faculteit Rechtsgeleerdheid' in 'Faculteit Rechtswetenschappen'². Een veelzeggend, maar ook wel intrigerend voorstel. De faculteit werd opgericht in 1963, dus minder dan een halve eeuw geleden, en toen vond men 'rechtsgeleerdheid' blijkbaar de meest aangewezen benaming. Academische juristen werden dus minstens tot in de zestiger jaren beschouwd als 'geleerden', eerder dan als 'wetenschappers'. Het is overigens opmerkelijk dat voor wat de Engelse benaming betreft wordt voorgesteld '*Faculty of Law*' te veranderen in '*Law School*'. In het Engels zijn we bescheidener: we presenteren ons noch als 'geleerden' noch als 'wetenschappers'. Overigens maken de verschillen in academische en juridische cultuur het erg moeilijk om 'rechtsgeleerdheid' of 'rechtswetenschap' in het Engels te vertalen. '*Science*' heeft in de Angelsaksische wereld een sterke connotatie met de exacte wetenschappen. '*Legal science*' als letterlijke vertaling van 'rechtswetenschap' of '*Rechtswissenschaft*' of '*science juridique*' e.d. is bruikbaar binnen een continentaal Europese context, maar niet in de Angelsaksische wereld. Hetzelfde geldt overigens voor 'rechtsdogmatiek' in de diverse continentaal Europese talen, al beginnen onze Engelse collegas al wat gewoon te raken aan dat vreemde woord '*legal dogmatics*'. '*Legal scholarship*' komt het dichtst in de buurt van wat wij onder 'rechtsgeleerdheid' en 'rechtswetenschap' verstaan. Maar vermits de meeste rechtsfaculteiten in de Engelstalige wereld nóg meer praktijkgericht zijn dan in continentaal Europa, zouden benamingen zoals 'Faculty of Legal Scholarship' of 'School for Legal Scholarship' wel heel vreemd overkomen.

De tijden veranderen echter. Waar voorheen docenten en hoogleraren in de rechtsfaculteiten zich grotendeels konden beperken tot een beschrijving en interpretatie van het geldende recht, wordt dit vandaag steeds minder aanvaard. Dit wordt als onvoldoende 'wetenschappelijk' beschouwd. De vraag stelt zich dan: "wat is wetenschap?". In mijn Gentse oratie van 5 februari 2009 ben ik op deze vraag vrij uitvoerig ingegaan³. Ik beperk mij hier tot het herhalen van enkele conclusies:

- Het juridisch onderzoek, in de zin van de 'rechtsdogmatiek' bestaat al twee millennia⁴, de exacte wetenschappen zijn veel jonger als universitaire

¹ Tevens onderzoekshoogleraar Rechtstheorie & Rechtsvergelijking aan de Universiteit Gent.

² In de loop van de daaropvolgende maanden werd dit ook door de bevoegde beleidsorganen goedgekeurd.

³ Mark VAN HOECKE, 'Hoe wetenschappelijk is de rechtswetenschap?' *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2009, 629-687

⁴ Zie hierover: G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Geleerd Recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, 2^e druk, Deventer: Kluwer, 1985, pp.13-14. Het ontstaan van de Romeinse rechtswetenschap situeert hij in de latere republikeinse tijd (ongeveer 200-100 voor Christus). (p.10). Zie meer uitgebreid over de geschiedenis van de Romeinse rechtswetenschap: Fritz SCHULTZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford: Clarendon Press, 1967 (1^e uitgave 1946), die de geschiedenis van de rechtswetenschap al laat beginnen bij de wet van de Twaalf Tafelen (p.5).

disciplines maar bepalen vandaag ons beeld van 'wetenschap'. De universiteiten zoals we die vandaag kennen zijn overigens ontstaan uit dit juridisch onderzoek.

- Minstens tot het einde van de Middeleeuwen was 'gezag', niet 'empirie' de kern van 'wetenschappelijkheid'.
- Sinds de opkomst van de exacte wetenschappen, vooral in de 19^e eeuw, dank zij spectaculaire technologische ontwikkelingen, staat het wetenschapsprofiel van het juridisch onderzoek onder druk.
- De 'nationalisering' van het recht door de opgang van de Natie Staten in diezelfde eeuw, gekoppeld aan codificaties en de absolute voorrang van wettenrecht, leidden tot een terugval van de creativiteit in het onderzoek en tot een sterke verenging van de geografische reikwijdte van onderzoeksresultaten.
- Het wetenschapsmodel van de exacte wetenschappen, en meer bepaald de fysica, heeft zich geleidelijk opgedrongen aan de andere disciplines.
- Deze enge, monistische visie op wetenschappelijkheid, gekoppeld aan een Amerikanisering van de publicatiecultuur, dreigen te leiden tot de ondergang van de continentaal Europese rechtsfaculteiten en van het klassieke juridische onderzoek.

De naamsverandering van 'rechtsgeleerdheid' naar 'rechtswetenschappen' is dus niet zo onschuldig als het lijkt. Het gaat hier om meer dan het op dezelfde lijn brengen van een benaming met die van andere disciplines: men spreekt inderdaad ook niet over 'taalgeleerdheid' of 'politieke geleerdheid', maar over 'taalwetenschap' en 'politieke wetenschap'.

De vraag is dan: over welke soort 'wetenschap' gaat het in de rechtenfaculteiten of zou het moeten gaan, of zou het kunnen gaan? Vandaag wil ik het meer bepaald met u hebben over de vraag in hoeverre juridisch onderzoek empirisch onderzoek is, en welke methodes daarbij gebruikt kunnen worden.

Vooraf wil ik toch nog wijzen op de meervoudsvorm in de voorgestelde naamswijziging naar 'Faculteit Rechtswetenschappen'. Dit lijkt een pluralistische ingesteldheid aan te geven, maar het kan natuurlijk ook gewoon verwijzen naar de tijd toen juristen afstudeerden als *doctores utriusque iuris*, doctor in de rechten, niet in 'het recht'. Dit was een verwijzing naar de studie van zowel het Romeinse recht als het canonieke recht. De tijd van het rechtspluralisme dus, vóór de nationale codificaties, toen het universitaire Romeins recht, het kerkelijk recht, het lokaal gewoonterrecht, en wat nationaal of regionaal 'wettenrecht', naast elkaar golden binnen eenzelfde territorium. Gezien zowel het Romeins recht als het canoniek recht vandaag in de meeste rechtsfaculteiten een erg marginaal bestaan leiden, neem ik aan dat de benaming 'rechtswetenschappen' in het voorstel van het Tilburgs faculteitsbestuur bewust verwijst naar een pluralistische visie op het juridisch onderzoek. Overigens zijn er in de faculteit ook buiten de rechtsdogmatiek een aantal deeldisciplines van het recht met hun eigen methodiek. Ik vermeld rechtsgeschiedenis, rechtsvergelijking, rechtssociologie, rechtsantropologie, rechtspsychologie, economische analyse van het recht, rechtsfilosofie, rechtstheorie, en dan laat ik nog de iets meer exotisch klinkende disciplines buiten beschouwing, zoals 'juridische semiotiek' of 'evolutionaire analyse van het recht'. Elk van deze deeldisciplines heeft een eigen onderzoeksmethodiek, die vrij sterk kan afwijken van de methodes van de traditionele rechtsdogmatiek. Het gaat dus inderdaad om rechtswetenschappen, in het meervoud.

Zoals gezegd, is het dominerend wetenschapsmodel vandaag, maar ten dele ook reeds sinds de negentiende eeuw⁵, dat van de exacte, empirische wetenschappen, en nog meer in het bijzonder van de fysica. Ook empirisch onderzoek is evenwel niet hetzelfde in alle disciplines. De herhaalbaarheid van proeven in een laboratorium is niet mogelijk in de sociale wetenschappen. De geschiedenis herhaalt zich, maar nooit op dezelfde wijze. Deviant gedrag bij bepaalde groepen jongeren kan bepaalde patronen vertonen, maar men kan de resultaten van een sociologisch onderzoek niet toetsen in identieke situaties.

Overigens zijn er ook in de exacte wetenschappen geen 'neutrale feiten'. Onze waarneming van de werkelijkheid wordt beïnvloed, en deels gedetermineerd, door onze theoretische visie op die werkelijkheid⁶. Wanneer we geloven dat de aarde een platte schijf is 'zien' we de zon rond de aarde draaien, terwijl de aarde onbeweeglijk blijft. Wanneer we de vorm van voortplanting wezenlijk achten voor de onderverdeling van de diersoorten 'zien' we de walvis niet meer als een 'vis', maar als een zoogdier.

Niet alle disciplines werken met empirisch materiaal. Wiskunde of logica construeren in zekere zin hun eigen werkelijkheid, maar hun methoden en resultaten laten wel toe de werkelijkheid buiten deze disciplines beter in kaart te brengen en te beheersen. Filosofie vertrekt meestal wel van een zekere werkelijkheid, maar heeft er geen directe band mee. Er wordt hier in de regel geen empirisch materiaal verzameld en de ontwikkelde filosofische theorieën worden er zeker niet aan getoetst. Hier geldt bij uitstek de boutade "wanneer de praktijk niet in overeenstemming is met de theorie, is dit jammer voor de praktijk."

Maar hoe definiëren we 'empirisch materiaal' ? In een enge benadering denken we aan elementen die extern aan de onderzoeker bestaan en niet door het onderzoek beïnvloed kunnen worden, aan elementen die geïsoleerd kunnen worden van andere, zodat herhaalbare (laboratorium)proeven mogelijk zijn. Het is duidelijk dat 'empirie', in alle vormen van 'rechtswetenschappen', maar ook in alle alfa- en gamma-disciplines, vanuit dit enge perspectief wel heel problematisch wordt. Indien we, omgekeerd, een zeer ruim concept van 'empirie' hanteren, en bijvoorbeeld de publicaties van collega's in het vakgebied als 'empirisch materiaal' beschouwen, vermengen we het niveau van het onderzoek met het niveau van de onderzoeksevaluatie binnen het betrokken wetenschappelijk forum. Ook het formuleren van toetsbare hypothesen wordt hierbij dan zeer moeilijk of onmogelijk.

⁵ Vooral Auguste Comte is hiervoor aansprakelijk, door zijn visie van de eenheid van alle wetenschappen en hun methoden, volgens het model van de fysica, waardoor hij zelfs pleitte voor een "physique sociale" (A.COMTE, *Cours de philosophie positive*, 1830, Avertissement & Leçon 1, sect.6 & leçon 2, sect.11. Zijn invloed, tot op vandaag, blijkt o.m. uit alle publicaties die de rechtswetenschap uitdrukkelijk als 'onwetenschappelijk' kwalificeren: Julius VON KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlijn: Julius Springer 1848 ("Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur", op p.17); Anders Vilhelm LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, vol.1, Berlin-Grünwald: W.Rothschild 1932; Taco MULDER, *Ik beschuldig de rechtsgeleerde faculteit van onwetenschappelijkheid*, Leiden 1937; Gerrit DE GEEST, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', *NJB* 2004, 58-66. Zie verder nog, over de eenheid van de wetenschappen: Jerry A.FODOR, 'Special Sciences (or: The Disunity of Science as a Working Hypothesis)' in: Marc Lange (ed.) *Philosophy of Science. An Anthology*, Blackwell Philosophy Anthologies, Oxford: Blackwell 2007, 445-454

⁶ Zie hierover uitgebreid: A.F.CHALMERS, *What is This Thing Called Science?*, Milton Keynes: The Open University Press 1978, hoofdstuk 3 The Theory-dependence of Observation, pp. 20-34

Scherp gesteld: nemen we de 'empirie' in haar ruimst mogelijke betekenis, dan wordt het quasi onmogelijk enige wetenschappelijke 'empirische' methodologie uit te werken en kan uiteindelijk ook metafysica als 'empirisch' worden betiteld. De grens tussen 'fysica' en 'metafysica' verdwijnt dan. Maar nemen we, omgekeerd, 'empirie' in de enge betekenis van de exacte wetenschappen, en beschouwen we dit soort empirisch onderzoek als een noodzakelijke voorwaarde voor de 'wetenschappelijkheid' van een discipline, dan kunnen alle alfa-faculteiten meteen hun deuren sluiten, en deze universiteit dus helemaal.

In mijn Gentse oratie heb ik gesteld dat de vraag naar de 'wetenschappelijkheid' van de rechtswetenschap volledig bepaald wordt door een voorafgaande definitie van 'wetenschap'⁷. Over deze definitie kan men oeverloos discussiëren, omdat ze deels gesteund is op subjectieve keuzes, die niet 'waar' of 'onwaar' zijn.⁸ Veel vruchtbaarder is het de vraag te stellen "welk een soort wetenschap is de rechtswetenschap?" of "welke methoden in het juridisch onderzoek beantwoorden aan criteria van wetenschappelijkheid die ook in andere disciplines gelden?"

In dezelfde lijn zal ik vandaag de vragen stellen "in hoeverre is empirisch onderzoek binnen de rechtswetenschappen mogelijk?", "wat kan hierbij als 'empirisch materiaal' worden afgebakend?", "welke methodologie hoort hierbij?", "welke criteria van wetenschappelijkheid kunnen daarbij worden gehanteerd?"

Ik zal mij vooral richten op de traditionele rechtsdogmatiek, die vanuit het oogpunt van 'wetenschappelijkheid' het meest onder vuur ligt.

Achtereenvolgens zullen worden besproken: het empirisch materiaal, de begripsvorming, de formulering van onderzoekshypothesen, de uitwerking van theorieën, de objectiviteit in het onderzoek, de types van mogelijk onderzoek.

1. Het empirisch materiaal

Laten we eerst even de verschillende juridische deeldisciplines overlopen:

Rechtsfilosofie en rechtslogica hebben een onvoldoende empirische dimensie om ze hier in beschouwing te nemen. Dit betekent uiteraard niet dat deze disciplines 'onwetenschappelijk' zouden zijn, enkel dat 'empirisch onderzoek' in deze disciplines niet aan de orde is.

Rechtsgeschiedenis, rechtssociologie, rechtspsychologie, rechtseconomie, e.d. bestuderen respectievelijk de historische, sociologische, psychologische, en economische context van het recht en de wetmatigheden en verbanden van die aard binnen het recht en de juridische spelers. Het empirisch materiaal is vergelijkbaar met wat historici, sociologen, psychologen en economen onderzoeken, zij het uiteraard steeds in combinatie met juridisch materiaal.

⁷ Mark VAN HOECKE, 'Hoe wetenschappelijk is de rechtswetenschap?' *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2009, 629-687, vooral op p.633-642.

⁸ "Il est bien certain qu'en prenant comme modèle de toutes les sciences la physique et en se disant qu'elle est essentiellement expérimentale et quantitative, on arrive aisément à se persuader que les sciences humaines sont peu scientifiques. En choisissant comme modèle l'astronomie on aurait pu se dire que la vraie science est d'observation et quantitative, en choisissant la chimie on aurait pu proclamer qu'elle est expérimentale et qualitative." (André REGNIER, *La crise du langage scientifique*, Paris: Editions Anthropos 1974, 359-360)

De rechtsdogmatiek heeft wel degelijk empirisch materiaal dat onafhankelijk van de onderzoeker bestaat, met name wetgeving en rechtspraak. Een essentiële taak van de rechtswetenschapper bestaat inderdaad in de beschrijving en ordening van deze empirische gegevens⁹. Een deel van de empirische gegevens bestaat evenwel uit resultaten van ander rechtsdogmatisch onderzoek. Indien een en ander voor de individuele onderzoeker meestal extern materiaal is, kan dit niet gezegd worden van de rechtsdogmatiek als geheel. Hier vermengen zich dus ten dele de opinies binnen het wetenschappelijk forum met het object zelf van het onderzoek, met name het recht zoals het op dat ogenblik als geldend wordt beschouwd. In mindere mate is deze afstand er evenmin waar academici rechtsreeks betrokken zijn bij de voorbereiding en de redactie van wetgeving, waar ze zelf een rechterlijke functie uitoefenen of de rechtspraak via hun publicaties beïnvloeden. Hierop komen we later terug.

Een meer fundamenteel probleem in het rechtsdogmatisch onderzoek is de spanning tussen de ambitie of pretentie om 'neutraal' zuiver positiefrechtelijk onderzoek uit te voeren, terwijl dit in de praktijk voortdurend vermengd wordt met, meestal niet geëxpliciteerde, maatschappelijke keuzes. Deze keuzes steunen op vaak onbewezen aannames waarvoor historisch, sociologisch, psychologisch, economisch of ander onderzoek aangewezen zou zijn, of, erger nog, waar zulk onderzoek het tegendeel aantoonde of deze aannames in grote mate falsifieert. M.a.w. zuiver positiefrechtelijk onderzoek zonder contextsituering blijkt in de praktijk niet mogelijk en niet zinvol te zijn. Minstens zouden rechtsdogmatische onderzoekers gebruik moeten kunnen maken van bestaande onderzoeksresultaten in de relevante disciplines en, waar nodig, in beperkte mate dergelijk onderzoek zelf moeten kunnen uitvoeren. Tenzij ze daarvoor een aparte studie hebben gevolgd, ontbreekt hen echter elke vorming daartoe. Ook hierop komen we nog terug, maar nu beperken we ons tot de vaststelling dat minstens een deel van het empirisch materiaal van de rechtsgeleerde in aanmerking komt voor een empirisch (rechtsdogmatisch) onderzoek zoals in andere disciplines.

De rechtsvergelijking is een wat speciale discipline. Vooreerst omdat sommigen stellen dat het geen aparte discipline is, maar een 'methode', terwijl anderen dan weer de rechtsvergelijking verwijten helemaal geen methode te hebben. Voorwaar een mooie uitdaging voor wie aan deze universiteit werd aangesteld als hoogleraar 'Methodologie van de rechtsvergelijking'.

Maar wat is het empirisch materiaal van de rechtsvergelijking? In zijn meest elementaire vorm vergelijkt de comparatist een deeldomein van het recht of een concrete juridische regeling in twee of meer rechtssystemen. Hier breidt het empirisch materiaal van de rechtsdogmatiek zich uit tot hetzelfde materiaal in één of meer andere rechtssystemen. Intussen is men echter steeds meer tot het besef gekomen dat een loutere vergelijking van positiefrechtelijk materiaal niet kan volstaan. Gelijkenissen en verschillpunten tussen het recht van verschillende landen kunnen

⁹ In al haar historische varianten is dit de rode draad door de geschiedenis van de continentaal-Europese rechtsdogmatiek – en buiten dit gebied (en de islamitische wereld – al is daar de grens tussen theologie en rechtsdogmatiek erg vaag) is er tot de twintigste eeuw nauwelijks sprake van enige rechtsdogmatische wetenschappelijke productie: "L'oeuvre doctrinale, dans la tradition historique française et, plus largement, européenne, est au premier chef d'interprétation de 'lois' écrites..... Et à cela ne s'est pas borné son rôle. Face à des sources diverses et hétérogènes, elle s'est trouvée aussi pour fonction d'unifier, de créer un ordre juridique cohérent et même, à partir du XVI^{ème} siècle, systématique, préparant ainsi les voies de la codification." (Jean-Louis THIREAU, 'La doctrine civiliste avant le Code civil' in: Y.Poirmeur, e.a., *La doctrine juridique*, Parijs: Presses Universitaires de France 1993, 13-51, op p.16-17)

immers maar begrepen worden binnen een ruimere historische, sociologische, economische, en, meer algemeen, culturele context. Aldus wordt van de comparatist verwacht dat zij of hij een soort superwetenschapper is die het empirisch materiaal van zowat alle andere juridische deeldisciplines overschouwt en er onderzoeksmatig kan mee omgaan, en dat bovendien binnen meer dan één rechtssysteem. Het valt dan ook niet te verwonderen dat de rechtsvergelijking na meer dan een eeuw van haar officieel bestaan er niet in geslaagd is een degelijke methodologie uit te werken. Vooral dan wegens de beperking van het onderzoeksmateriaal tot het positief recht, al dan niet in combinatie met wat natte vinger werk voor wat de contextsituering van het recht betreft. Maar principieel is de uitwerking van een dergelijke methodologie wel degelijk mogelijk, o.m. op voorwaarde dat men het eens wordt over het relevante empirisch materiaal voor een adequate rechtsvergelijking.

De rechtstheorie is een discipline die problemen bestudeert zoals 'de aard van de rechtsnorm', 'de functie van het recht', 'de legitimatie van het recht', 'methodologie van de wetsinterpretatie' e.d. In tegenstelling tot de rechtsfilosofie is dit onderzoek wel degelijk gebonden aan positiefrechtelijk materiaal. In tegenstelling tot de rechtsdogmatiek is dit evenwel niet exclusief het positief recht van één enkel rechtssysteem. Dit kan regionaal gebonden zijn: de continentale methodologie van de wetsinterpretatie verschilt van bv. de Angelsaksische. Dit kan cultureel gebonden zijn: de functie van het recht in de samenleving is verschillend in het Westen in vergelijking met het Oosten, met Afrika of met de islamitische landen. Maar de resultaten van rechtstheoretisch onderzoek overstijgen vrijwel altijd concrete landsgrenzen. Typisch voor rechtstheoretisch onderzoek is dat er naast analytisch onderzoek (bv. de aard van de rechtsnorm) ook interdisciplinair onderzoek is, waarbij de contextsituering van het recht centraal staat, zo mogelijk door een combinatie van historische, sociologische, psychologische, economische en/of andere onderzoeksresultaten. Niet de concrete regeling staat centraal, zoals bij de rechtsvergelijking, maar meer fundamentele vragen over aard, rol, werking van het recht, e.d. Het empirisch materiaal is hier dan ook zeer ruim en omvat zowat alles van wat de andere juridische deeldisciplines als empirisch materiaal gebruiken.

2. De empirische cyclus

*"Scientific inquiry, seen in a very broad perspective, may be said to present two main aspects. One is the ascertaining and discovery of facts, the other the construction of hypotheses and theories."*¹⁰

Ietwat meer concreet geformuleerd, gaat men in de methodologie van het (empirisch) onderzoek, over de grenzen van alle wetenschappen heen, uit van een zogenaamde 'empirische cyclus':

observatie – inductie – deductie – toetsing – evaluatie.

Hiermee wordt bedoeld dat het onderzoek in een aantal opeenvolgende fasen verloopt om dan spiraalvormig weer te leiden tot nieuw onderzoek, die dezelfde cyclus zal doorlopen:

¹⁰ Georg Henrik VON WRIGHT, *Explanation and Understanding*, Ithaca: Cornell University Press 1971, 1

"Fase 1: 'Observatie': verzamelen en groeperen van empirisch feitenmateriaal; vorming van hypothesen;

Fase 2: 'Inductie': formulering van hypothesen;

Fase 3: 'Deductie': afleiding van speciale consequenties uit de hypothesen, in de vorm van toetsbare voorspellingen;

Fase 4: 'Toetsing' van de hypothese(n) aan het al dan niet uitkomen van de voorspellingen in nieuw empirisch materiaal;

Fase 5: 'Evaluatie' van de uitkomsten van de toetsing, in verband met de gestelde hypothese(n), c.q. theorie(en), en in verband met mogelijke nieuwe, aansluitende onderzoeken." ¹¹

In hoeverre past dit model bij de klassieke onderzoeksactiviteiten binnen de rechtsdogmatiek ?

De 'observatie' in de eerste fase, met name het verzamelen en groeperen van het empirisch feitenmateriaal, slaat in de rechtsdogmatiek op het verzamelen van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer over het onderwerp, dat dan geordend wordt met het oog op het onderzoek.

Elk onderzoek vertrekt vanuit een vraagstelling. Soms leidt een eenvoudige observatie van de feiten vrij spontaan tot een onderzoeksvraag. Wanneer er bv. twee tegenstrijdige visies zijn binnen rechtspraak en rechtsleer, of tussen hogere en lagere rechters, of tussen rechtspraak enerzijds en rechtsleer anderzijds, zal de onderzoeker automatisch zoeken naar verklaringen voor deze uiteenlopende visies en naar argumenten op basis waarvan één van beide als de 'betere' of de 'enig juiste' beschouwd zou kunnen worden, dan wel een derde alternatief misschien meer overtuigend zou kunnen zijn.

In andere gevallen zal de onderzoeksvraag geformuleerd worden op basis van een voorafgaande observatie in een andere context, en zal het empirisch materiaal bewust geselecteerd worden in het licht van die onderzoeksvraag¹². Wie bv zou willen nagaan in hoeverre een aantal uiteenlopende privaatrechtelijke rechtsfiguren in het Nederlandse recht herordend zouden kunnen worden, geïnspireerd door de Engelse rechtsfiguur 'trust', zal materiaal verzamelen rond bv. adoptie en faillissement, maar niet uit het gehele privaatrecht.

In elk geval is de 'observatie' geen neutrale waarneming van feiten die zich spontaan zouden aandienen. Het gaat steeds om een vanuit de onderzoeksvraag gestuurde specifieke lectuur van geselecteerde feiten. Zo kan een lectuur van een louter beschrijvend overzicht van rechtspraak in een bepaald domein over een bepaalde periode leiden tot een probleemstelling, van waaruit dan deels ander bijkomend materiaal verzameld zal worden vanuit de aldus geformuleerde onderzoeksvraag.

Op basis hiervan zullen dan de concrete hypothesen geformuleerd of bijgesteld worden, en komen we in de tweede fase van de empirische cyclus.

Dat de 'observatie' van het juridisch materiaal op zich reeds theorie-gestuurd is hangt ook samen met het feit dat voor rechtsdogmatisch onderzoek in de regel enkel relevant is het recht dat vandaag geldt binnen dit rechtssysteem. Aan de beschrijving van het relevante materiaal gaat dus vooraf een selectie op basis van een theorie van de rechtsbronnen: welke bronnen zijn relevant en welk is hun onderlinge hiërarchie ?

¹¹ A.D. DE GROOT, *Methodologie*, Den Haag: Mouton, 3^e druk, 1966, p.29

¹² Dit geldt in alle disciplines: "It is therefore clear that facts must be selected on the basis of assumptions as to which ones are *relevant* for resolving a given problem" (Ernest NAGEL, 'The Nature and Aim of Science' in: S.Morgenbesser (ed.), *Philosophy of Science Today*, New York/Londen: Basic Books 1967, 3-13, op p.10)

Dit kan uiteraard op zich tot een onderzoeksvraag leiden: bv: heeft het Europees recht voorrang bij strijdigheid met de nationale constitutionele rechtsorde ?

3. Onderzoekshypothesen

Ook de beschrijving van het empirisch materiaal is geen neutrale activiteit¹³. Bij de formulering van rechtsregels, zoals zij volgen uit de wetgeving en/of de rechtspraak, worden de betrokken teksten *geïnterpreteerd*. Vaak is er een impliciete consensus m.b.t. de precieze betekenis van deze teksten, in andere gevallen zijn er uiteenlopende visies of staan we voor een eerste interpretatie van een nieuwe wet of een recent arrest. In deze laatste gevallen komt duidelijk naar voor dat de rechtsgeleerde *een hypothese formuleert m.b.t. de precieze betekenis van een juridisch relevante tekst*. Met andere woorden, interpretatie staat centraal in de hele juridische en rechtswetenschappelijke activiteit¹⁴. Juridische onderzoeksvragen zullen heel vaak verband houden met de precieze betekenis en draagwijdte van rechtsfiguren, rechtsbegrippen, rechtsbeginselen en/of rechtsregels.

Elke beschrijving van het recht omvat een hele reeks interpretaties en biedt meteen even zoveel hypothesen omtrent de betekenis en draagwijdte van rechtsregels, rechtsbeginselen, e.d., die via een wetenschappelijk onderzoek gefalsifieerd kunnen worden dan wel bevestigd. In de praktijk zal in de meeste gevallen de betekenis zo evident lijken en door eenieder op dezelfde wijze worden geïnterpreteerd, dat dit niet als een 'interpretatieprobleem' gepercipieerd zal worden, laat staan dat er 'hypothesen' zouden zijn die 'getoetst' zouden moeten worden. Gelukkig, want zonder een minimale eensgezindheid rond de betekenis van de meeste teksten zou een discussie over interpretatieproblemen wel heel moeilijk worden. Interpretatievragen zijn evenwel geen 'marginale' problemen, die uitzonderlijk al eens zouden rijzen, wanneer de (wet)teksten wat minder goed geredigeerd zijn. Interpretatieproblemen komen vooral naar voor wanneer het resultaat van een onbewust interpretatieproces leidt tot resultaten die als onbillijk, onredelijk of absurd overkomen. De confrontatie van deze 'spontane' interpretatie met de feiten van het geval maakt deze interpretatie problematisch, 'falsifieert' ze als het ware. Dit zal dan leiden tot een bewuste, meer methodische herinterpretatie, die vaak tot een andere, soms sterk afwijkende betekenisgeving zal leiden. Nederland heeft, overigens als enig land, deze 'omweg' vermeden door de rechter, in het privaatrecht, een algemene bevoegdheid te verlenen om die betekenisgeving te toetsen aan de 'redelijkheid en billijkheid'. Of anders uitgedrukt: de hypothese i.v.m. de precieze betekenis van een regel kan rechtstreeks steunen op deze redelijkheid en

¹³ De *Restatements* van de Amerikaanse *Common Law* door de *American Law Institute* vanaf 1923 die zich a-politiek presenteren werden o.m. bekritiseerd wegens de vooronderstelling "that it is possible to describe the law as it is in neutral terms" (band tussen beschrijving en interpretatie), maar ook "that it is possible to make meaningful statements of legal rules without references to their rationales" (doel van de regel als interpretatiecontext) of "without reference to the practical context of their operation" (concrete toepassing als interpretatiecontext). Zie hierover: William TWINING, *Blackstone's Tower: The English Law School*, London: Sweet & Maxwell 1994, p.134.

¹⁴ Vgl.: "Die Rolle der Dogmatik lässt sich also auch vom wissenschaftstheoretischen Standpunkt als Auslegung bezeichnen – als *ein Verfahren der Ergänzung, welches als Auslegung charakterisierbar ist.*" (Eike VON SAVIGNY, 'Die Rolle der Dogmatik – wissenschaftstheoretisch gesehen' in Eike von Savigny, e.a., *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München: Verlag C.H.Beck 1976, 108)

billijkheid, zonder via de klassieke interpretatiemethodes meer ingewikkelde bewijsvoeringen te moeten opbouwen, die tot hetzelfde, gewenste, resultaat zouden leiden.

Een hypothese omtrent de precieze betekenis van een juridisch begrip, regel, beginsel, e.d. slaat dus niet enkel op het achterhalen wat de auteurs ervan precies voor ogen hadden bij de invoering ervan. Ook de hedendaagse normatieve context, het maatschappelijk wenselijk resultaat bepaalt mee die betekenis. Deze betekenis is dus evolutief en kan bijgevolg in de loop der jaren wijzigen, zonder dat de tekst veranderd is. Een unanimité m.b.t. een betekenisgeving vandaag staat niet in de weg dat morgen nieuwe hypothesen kunnen worden geformuleerd die deze betekenis in vraag stellen of zelfs helemaal onderuit halen.

Meer fundamenteel staat het betekenisbegrip zelf ter discussie. Zowel in rechtsdogmatiek als in de andere juridische wetenschappen wordt onvermijdelijk uitgegaan van een bepaald betekenisbegrip: woorden hebben voor sommigen een betekenis 'an sich' (wat leidt tot 'duidelijke tekst doctrines'), of woorden vertalen de bedoeling van de auteur van de tekst (wetgever, contractspartijen, e.d.) (bv. de Exegetische school), of woorden moeten een zinvolle betekenis krijgen in het licht van de hedendaagse context waarbinnen ze moeten worden toegepast (bv. de 'functionele rechtsleer'), naast nog vele andere mogelijke visies op 'betekenis'.¹⁵

Zowel binnen de rechtsdogmatiek als binnen de andere rechtswetenschappen, zelfs in de rechtstheorie, blijft het onderliggende concept van 'betekenis' grotendeels impliciet. Het is duidelijk dat uiteenlopende concepten van 'betekenis' tot andere vormen van rechtsdogmatiek leiden. De geschiedenis van de laatste twee eeuwen in België en, nog wat meer, in Nederland is er trouwens een van geleidelijke verschuiving van 'duidelijke tekst' en 'exegese' naar meer 'functionele rechtsleer'. Deze impliciete visies op betekenis behoren tot het paradigmatisch kader waarbinnen de rechtsdogmatische discussies op een bepaald moment binnen een bepaald rechtssysteem gevoerd worden. De discussie over de 'juistheid' of 'onjuistheid' van deze concepten van 'betekenis' worden binnen de rechtstheorie en de rechtsfilosofie gevoerd. Dit kan tot spanningen leiden wanneer een meerderheid van de rechtstheoretici een bepaald betekenisbegrip als onhoudbaar beschouwen, terwijl het in de rechtsdogmatiek algemeen aanvaard is.¹⁶ Voor het formuleren en toetsen van hypothesen in verband met de precieze betekenis en draagwijdte van juridische begrippen, regels en beginselen is het, impliciet of expliciet, gehanteerde concept van 'betekenis' uiteraard van wezenlijk belang. Een meer expliciete aandacht hiervoor binnen het rechtsdogmatisch onderzoek en debat is daarom zeker wenselijk. Finaal spelen hier echter filosofische keuzes een doorslaggevende rol (bv. nominalisme of realisme). Dit overstijgt het wetenschappelijk debat. Een ruime, zelfs grotendeels impliciete consensus rond één welbepaalde onderliggende filosofische keuze zal deel uitmaken van het paradigmatisch kader waarbinnen de rechtsdogmatiek binnen een bepaald rechtssysteem functioneert.

¹⁵ Zie hierover meer uitgebreid, binnen de rechtsdogmatiek: Mark VAN HOECKE, *Law as Communication*, Oxford: Hart Publishing, 2002, 128-140; Mark VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen: Kluwer 1979, 1-57, en, binnen een meer filosofische context: Nicos STAVROPOULOS, *Objectivity in Law*, Oxford: Clarendon Press 1996.

¹⁶ Dit was en is in heel wat rechtssystemen bijvoorbeeld het geval met de 'duidelijke tekst doctrine'.

De keuze van de onderzoeksvragen is vrij. Daarvoor zijn er geen regels¹⁷ en het is ook wenselijk dat die er niet zijn, om te beletten dat de ontwikkeling van het onderzoek zou verstarren. Of de onderzoeksvraag zinvol was, zal de uitkomst van het onderzoek aantonen. In de regel zal de onderzoeksvraag moeten passen binnen het algemeen aanvaarde kader van het forum binnen de huidige rechtsdogmatiek (bv wat betreft de theorie van de rechtsbronnen of de mogelijke interpretatiemethoden), tenzij men juist dit paradigmatisch kader zelf in vraag wil stellen.

4. Theorieën en begripsvorming

Een theorie wordt in de vakliteratuur omschreven als “een systeem van logisch samenhangende, met name niet strijdige, beweringen, opvattingen en begrippen betreffende een werkelijkheidsgebied, die zo zijn geformuleerd, dat het mogelijk is er toetsbare hypothesen uit af te leiden.”¹⁸

Een theorie kan volledig los van de werkelijkheid worden gezien, als “een systeem van definitorische en logische relaties tussen begrippen”¹⁹. In de empirische wetenschappen fungeert dat systeem als ‘model’ van het werkelijkheidsgebied dat de theorie bestrijkt. Dit model legt formeel, of verzamelingstheoretisch, vast wat men nodig heeft aan begrippen of (variabelen voor) objecten, relaties en toegestane operaties, om deducties te kunnen maken.²⁰ De verbinding met de empirie wordt tot stand gebracht via de hypothesen, die door deductie en specificatie uit de theoretische beweringen moeten kunnen worden afgeleid.²¹

In hoeverre kan dit alles toegepast worden op de methodologie van het rechtsdogmatisch onderzoek ?

Herformuleren we de hoger gegeven algemene definitie van 'theorie' voor de rechtsdogmatiek dan zou dit luiden “*een juridische theorie is een systeem van logisch samenhangende, met name niet strijdige, beweringen, opvattingen en begrippen betreffende een bepaald rechtssysteem of een onderdeel ervan, die zo zijn geformuleerd, dat het mogelijk is er toetsbare hypothesen i.v.m. het bestaan en de interpretatie van rechtsregels, rechtsbegrippen of rechtsbeginselen uit af te leiden.*” Zo kunnen uit de theorie van de directe werking van het Europees recht hypothesen worden afgeleid m.b.t. de (on)geldigheid en de (her)interpretatie van regels uit het Nederlandse recht, in het licht van die Europese regels. Juridische theorieën worden in de literatuur vaak 'leer' of 'leerstuk' genoemd.

¹⁷ Binnen de wetenschapsfilosofie (van de exacte wetenschappen) bestaan er wel strekkingen die menen dat hier wél regels gelden, dat er wel degelijk sprake zou zijn van een 'logic of scientific discovery', maar ook dan slechts binnen bepaalde grenzen: zie o.m.: Alan MUSGRAVE, 'Deductive Heuristics' in: K.Gavroglu e.a., (eds.) *Imre Lakatos and Theories of Scientific Change*, Dordrecht/Boston/Londen: Kluwer Academic Publishers 1989, 15-32. Zeker voor de rechtswetenschap kan dit evenwel hoogstens betekenen dat onderzoeksvragen niet totaal willekeurig geformuleerd kunnen worden. Ze moeten relevant zijn binnen het huidige wetenschappelijke debat, wat o.m. ook kan betekenen grondvesten van dit debat in vraag stellen.

¹⁸ DE GROOT, o.c., p.42

¹⁹ o.c., l.c.

²⁰ o.c., l.c., voetnoot 2

²¹ o.c., p.42

Dergelijke theorieën steunen op hun beurt op algemeen aanvaarde vooronderstellingen, die het paradigma vormen van de rechtswetenschap, en die het kader vormen waarbinnen die theorieën ontwikkeld kunnen worden. Die vooronderstellingen betreffen: een gedeeld begrip van wat 'recht' is en wat de rol ervan is in de samenleving; een rechtsbronnentheorie; een methodologie van het recht; een argumentatietheorie; een legitimatietheorie; een gedeeld mens- en maatschappijbeeld, een gedeelde basisideologie (waarden en normen). Binnen de rechtsdogmatiek zijn dit dus 'meta-theorieën', waarvoor de hoger gegeven definitie van 'theorie' evenwel onverkort geldt. Uiteraard kunnen zich binnen deze paradigmatische theorieën ook al eens verschuivingen voordoen, zoals in het relatief recente verleden: de aanvaarding van de voorrang van het Europees recht op het nationaal recht, of de aanvaarding van het bestaan van ongeschreven algemene rechtsbeginselen (rechtsbronnentheorie), de aanvaarding van een actievere rol van de rechter in de rechtsvinding (methodologie van het recht), of gewijzigde visie m.b.t. huwelijk en gezin, homosexualiteit, abortus, euthanasie, e.d. (gedeeld mens- en maatschappijbeeld). In elke periode bepaalt evenwel het paradigma van dat moment het kader waarbinnen meer concrete juridische theorieën kunnen worden uitgewerkt, getoetst en besproken binnen het rechtswetenschappelijk forum.

De sterkte van wetenschappelijke theorieën ligt in hun verklaringskracht, in hun capaciteit om een zo ruim mogelijk werkelijkheidsgebied te dekken met een zo eenvoudig mogelijk kader van begrippen en regelen, in hun vermogen een groot aantal toetsbare hypothesen te genereren.

In een eerste fase worden begrippen geconstrueerd waarmee de werkelijkheid geordend wordt. Abstractie, eenvoud, logische coherentie zijn hierbij sleutelwoorden. Dieren worden bv. in een eerste fase geordend naar grootte en kleur, en/of naar hun vermogen om te vliegen, te zwemmen dan wel te lopen. In een volgende fase echter worden, vanuit een meer gevorderde theoretische kennis, andere categorieën uitgewerkt: zoogdieren vs niet-zoogdieren, gelijkenissen en verschillen in DNA-structuur. Op dezelfde wijze toont de ontwikkeling van recht en rechtsdogmatiek een stijgend niveau van abstractie: oorspronkelijk waren er bv. verschillende regels voor de diefstal van een schaap, van een koe, van een paard, e.d. In een volgende fase wordt dit geabstraheerd tot 'diefstal van vee'. En nog algemener wordt dit 'diefstal van roerende goederen'. Waar de begrippen 'koe', 'schaap', 'paard' e.d. nog overeenstemmen met de onmiddellijke waarneming van objecten in de werkelijkheid, is een begrip zoals 'vee' een abstractie die steunt op de functie van dieren voor de mens, naast 'huisdieren', 'wild', 'ongedierte', e.d.. Het zeer algemene onderscheid tussen 'roerende' en 'onroerende' goederen gebruikt dan weer de mobiliteit van goederen en dus de gemakkelijke verhandelbaarheid als determinerend onderscheidingscriterium. Door het onderscheid tussen 'lichamelijke' en 'onlichamelijke goederen worden de goederen, in strikte zin, de tastbare voorwerpen, uitgebreid met 'rechten' en andere abstracties, die enkel binnen de logica van een ontwikkeld rechtssysteem onder de categorie van de 'goederen' kunnen vallen.

Het is met behulp van deze begrippen en begrippenstructuren dat de werkelijkheid beschreven, begrepen en geordend wordt. Zoals reeds gezegd, zijn deze begrippen niet 'neutraal', maar theorie-gestuurd. Begripsvorming en theorievorming zijn in de wetenschap zeer nauw met elkaar vervlochten en zijn eigenlijk verschillende facetten

van eenzelfde activiteit²². Begrippen vormen een vertaling van indelingen in de werkelijkheid die relevanter worden geacht dan andere indelingen. Zo wordt in de biologie de wijze van voortplanting van dieren relevanter geacht dan hun biotoop, met name in het water, op het land of in de lucht. Zo staat sinds het Romeinse recht het onderscheid 'roerend – onroerend' centraal in het zakenrecht en niet bv. het onderscheid tussen levende wezens en niet levende voorwerpen. Het onderliggend criterium is het verschillend economisch belang van die respectieve categorieën. Onroerende goederen vormden tot de 19^e eeuw de kern van elk fortuin. Roerende goederen hadden doorgaans veel minder waarde. Het economisch belang van dit juridisch onderscheid is vandaag evenwel grotendeels ondergraven door de opkomst en ontwikkeling van de vennootschappen, die eigenaar werden van belangrijke onroerende patrimonialia, gekoppeld aan het 'roerend' karakter van aandelen en deelbewijzen. Via een andere juridische structurering van de werkelijkheid werden 'onroerende' fortuinen aldus grotendeels 'roerend', en verloor dit onderscheid dus veel van zijn economische relevantie. In de Code Napoléon van 1804 bepaalde dit onderscheid nog welke goederen, die men bezat op de dag van het huwelijk, in het wettelijk huwelijksvermogensstelsel 'gemeenschappelijk' werden en welke 'eigen' bleven.²³ Toen de Belgische wetgever in 1976 dit stelsel grondig wijzigde, was het niet verwonderlijk dat dit criterium vervangen werd door het onderscheid tussen goederen die men bezat voor het huwelijk (die eigen blijven) en goederen verworven tijdens het huwelijk (die gemeenschappelijk zijn). Dit onderscheid stond in het teken van de gewijzigde visie op het huwelijk en de substantiële toename van opeenvolgende relaties en huwelijken. Men gaat er nu van uit dat een huwelijk in vele gevallen niet meer levenslang duurt en dat de gehuwden enkel moeten delen wat ze samen hebben opgebouwd.

Begrippen spelen aldus een belangrijke rol in de theorievorming, maar tezelfdertijd vormen zij, in combinatie met regels en beginselen, een neerslag van die theorieën.

Begrippen worden in het recht niet enkel gebruikt voor een classificatie van de werkelijkheid, vaak vormen zij ook een bundeling van normen. Zo werd in de VS de '*essential facility*' doctrine ontwikkeld, ter verfijning van de meer algemene theorieën (beginselen) van vrijheid van handel en verbod van monopolievorming, en later overgenomen door de Europese Unie (o.m. in de informaticasector en in art.11 en 11bis van de derde Post-richtlijn van 20 februari 2008, *Pb.L.* 52/3 van 27 februari 2008): "Indien een onderneming iets essentieels bezit, namelijk iets dat noodzakelijk is voor concurrenten om handel te kunnen drijven, en er niet kan worden verwacht van de concurrenten dat zij dat zelf ontwikkelen, dan wordt de eigenaar van deze '*essential facility*' verplicht een gelijke toegang te verlenen aan alle (potentiële) concurrenten."²⁴ Theorie- en begripsvorming heeft hier duidelijk een normatieve dimensie, zij het binnen de interpretatie van een meer algemeen rechtsbeginsel, dat reeds in het positief recht verankerd is.

²² Carl G. HEMPEL, *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago/Londen: The University of Chicago Press, 1952, 1-2

²³ art.1401 & 1404 Code Napoléon 1804

²⁴ Dirk APPELMANS & Flip PETILLION, 'Liberalisering postsector', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2009, 479-485, op p.484

Theorievorming beoogt dan ook een combinatie van (welbepaalde interpretaties van) rechtsbeginselen, rechtsregels en rechtsbegrippen in een (nieuwe) systematiek.²⁵ Systematisering van het recht betekent dus ook meteen theorievorming binnen de rechtsdogmatiek. Theorieën moeten overigens, net zoals rechtssystemen, logisch consistent zijn, m.a.w. geen contradicties bevatten. Dit laatste stelt in de praktijk niet zoveel problemen in de rechtsdogmatiek, omdat steeds door een verfijning van de theorie het toepassingsgebied kan worden ingeperkt. Meestal gebeurt dit door een (her)interpretatie van begrippen, regelen, e.d., waardoor de tegenstelling 'weggeïnterpreteerd' wordt. Hersystematisering van bv. het Nederlandse recht, dringt zich dagdagelijks op, door de inflatie aan wetgeving, die in de bestaande systematiek moet worden ingepast, door nieuwe rechterlijke interpretaties zoals die blijken uit vonnissen en arresten, door Europese regelgeving en rechtspraak die een rechtstreeks effect heeft op het nationale recht.

Op elk moment in de ontwikkeling van de rechtswetenschap fungeren theorieën binnen een netwerk, met name (a) het paradigma van de rechtsdogmatiek, (b) een theoretisch model, dat deels los van het empirisch materiaal kan worden uitgewerkt, (c) concrete hypothesen en voorspellingen, in het bijzonder in verband met het bestaan en de interpretatie van rechtsbegrippen, rechtsregels en rechtsbeginselen, en (d) de feitelijke empirische bevindingen van eerder juridisch onderzoek, die de theorie in zekere mate of in grote mate ondersteunen (een gefalsifieerde, of gedurende lange tijd niet geconfirmeerde, theorie zal verdwijnen).²⁶

5. Toetsing en evaluatie

In de meeste disciplines geldt dat hypothesen die geformuleerd werden op basis van een bepaald empirisch materiaal getoetst moeten worden met ander empirisch materiaal. Dit heeft te maken met het belang dat in die disciplines gehecht wordt aan de 'veralgemeenbaarheid' van hypothesen en theorieën. De wet van de zwaartekracht kan men niet adequaat toetsen door steeds opnieuw dezelfde steen te laten vallen, of dezelfde pluim. In het juridisch onderzoek is die veralgemeenbaarheid beperkter en minder belangrijk. Bij hypothesen gaat het vaak juist om de precieze interpretatie van deze tekst met het oog op dit welbepaald probleem of categorie van problemen. Toetsing met (volledig) ander materiaal is dan ook vaak niet mogelijk of niet relevant. De onderzoeksvraag zal dus meestal onvermijdelijk deels getoetst worden aan hetzelfde materiaal dat tot de formulering van de hypothesen heeft geleid. Gezien de specifieke aard van het recht is daar ook geen bezwaar tegen. Voor theorieën zal een toetsing aan een beperkt en 'uniek' materiaal evenwel niet volstaan. Hier is een zekere graad van veralgemeenbaarheid ook in de rechtsdogmatiek noodzakelijk.

Ook het beantwoorden aan de eis in de exacte wetenschappen van de herhaalbaarheid van experimenten in identieke (laboratorium) omstandigheden is in de humane wetenschappen, en dus ook in de rechtswetenschap, onmogelijk. Gevallen kunnen zeer vergelijkbaar zijn, maar nooit identiek. De 'vergelijkbaarheid' steunt overigens

²⁵ zie, i.v.m. de nauwe band tussen interpretatie en systematisering van het recht, o.m.: Jacques Chevallier, 'Conclusion générale. Les interprètes du droit', in: Y.Poirmeur, e.a., *La doctrine juridique*, Parijs: Presses Universitaires de France, 1993, p.276

²⁶ zie voor wat de drie laatste elementen betreft: DE GROOT, o.c., p.85, die dit geheel het 'nomologisch netwerk' van een theorie noemt.

zelf op een interpretatie. Verschilpunten kunnen uitvergroot worden, dan wel als juridisch irrelevant terzijde geschoven worden. Het is wel bekend dat vooral de Engelse rechters een grote vaardigheid verworven hebben in het benadrukken van de specificiteit van het te beoordelen geval, om aldus een bindend precedent te kunnen ontwijken. Een juiste beslissing in elke zaak apart is voor de rechtspractici een grotere zorg dan de 'veralgemeenbaarheid' van die beslissing. De rechtsgeleerden hebben al eens de neiging deze casuïstische benadering over te nemen, daar waar ze eerder oog zouden moeten hebben voor een zekere veralgemeenbaarheid. Elke theorievorming houdt immers een abstractie, en dus veralgemening in. Niet in de zin van herhaalbaarheid van experimenten in identieke omstandigheden, maar in de zin van het bepalen van het toepassingsveld van de theorie. Vergelijkbare, maar dus ook meteen licht verschillende, gevallen vormen steeds nieuwe stippen op de landkaart van de getoetste theorie, tot de grens bereikt is. Grensgevallen, 'hard cases' vormen het materiaal bij uitstek om de contouren van een theorie af te bakenen. In de praktijk zullen daar rond de grootste discussies gevoerd worden en zal de grens dus wat vaag en schuivend zijn, althans in de rechtsleer. In de rechtspraktijk zullen duidelijke uitspraken van hoogste gerechtshoven deze grens heel precies vastleggen, weze het soms maar voor korte tijd, waarna een omslag in de (hoogste) rechtspraak of een wetwijziging die grens weer wat opschuift. In de rechtswetenschap duurt de discussie evenwel permanent. D.w.z. dat een autoriteitsbeslissing van rechter of wetgever op zich niet voldoende is om deze discussie te beëindigen. Wanneer de rechtsgeleerde incoherenties ziet, praktische problemen bij de toepassing van het recht, e.d. zal die gezagsbeslissing bekritiseerd worden. Meestal zal wel na enige tijd een stabilisering intreden, door aanpassingen aan de wet of aan de hoogste rechterlijke interpretaties, of door de uitwerking van een nieuwe theorie, die na verloop van tijd op een algemene instemming kan rekenen. Het wetenschappelijk debat vindt hier dan een voorlopig eindpunt.

Een theorie moet tenminste *op een aantal punten getoetst* kunnen worden, dus de mogelijkheid bieden er empirisch toetsbare hypothesen uit af te leiden.²⁷

De toetsing van hypothesen en theorieën vereist dat ze voldoende scherp zijn geformuleerd. M.a.w. een nieuw leerstuk, of een voorgestelde nieuwe interpretatie van het recht, moet duidelijk aangeven wat het toepassingsveld en de toepassingsvoorwaarden zijn: is de voorgestelde hypothese bv. enkel van toepassing bij de interpretatie van het begrip 'goede trouw' in de context van een zeer specifiek geval van consumentencontract ? of voor het hele consumentenrecht ? of beoogt men een meer algemene theorie rond het beginsel van de goede trouw te ontwikkelen, met toepassing in het hele contractenrecht, of in het gehele privaatrecht ? of wil men een nog ruimere theorie voorstellen rond een algemeen rechtsbeginsel van 'behoorlijk handelen'? en wat zijn de precieze toepassingsvoorwaarden in elk van deze gevallen (deze toepassingsvoorwaarden zitten uiteraard al voor een deel in de afbakening: zo impliceert de beperking tot consumentencontracten het bestaan van een geldig contract gesloten tussen een 'consument' en een professionele leverancier van goederen of diensten, zoals gedefinieerd in de toepasselijke wetgeving). De hoger geschetste mogelijke toepassingsvelden in ons voorbeeld geven ook aan dat de overgang van de meer concrete hypothese naar de meer algemene theorie een kwestie

²⁷ DE GROOT, o.c., p.74

is van gradatie, eerder dan van een strikt onderscheid: "een hypothese heeft een meer enkelvoudig, een theorie een meer samengesteld karakter."²⁸

Nieuwe theorieën zullen nooit heel scherp afgebakend zijn, maar eerder een 'Gestalt' karakter hebben, die ook een geleidelijke overgang van oude naar nieuwe theorieën mogelijk maakt²⁹. Zo is de theorie over de verhouding van man en vrouw binnen het huwelijk geëvolueerd van een suprematie van de man, over een gelijkwaardigheid van man en vrouw in onderscheiden rolpatronen, naar een volledige gelijkheid.

Hypothesen en theorieën hebben, in alle disciplines, steeds een 'voorlopig' karakter.³⁰ Ook al lijken ze vandaag sterk geconfirmeerd te zijn en trekt niemand de juistheid ervan in twijfel, wijzigingen in het recht, nieuwe maatschappelijke omstandigheden of nieuwe visies op het recht of op de optimale regeling van bepaalde problemen, kunnen ze opnieuw in vraag stellen. Nieuwe interpretaties en nieuwe theorieën zullen dan de oude verdringen.

In empirisch onderzoek worden uit hypothesen concrete voorspellingen afgeleid, die dan getoetst worden. De functie van een voorspelling is dus het verstrekken van relevante informatie met betrekking tot de geldigheid van de hypothese waaruit zij is afgeleid.³¹ In het recht betekent 'voorspellingskracht' dat de overtuiging dat dit de (meest) 'juiste' of meest overtuigende interpretatie of leer is, de voorspelling waarschijnlijk maakt dat anderen, dus o.m. ook de (hoogste) rechters deze visie zullen delen en dus deze hypothese of theorie bevestigen.

Oliver Wendell Holmes' beroemde uitspraak "*The prophecies of what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law*"³² is een van de zeldzame visies op het recht waarin voorspellingskracht een centrale rol speelt. In de exacte wetenschappen, en in de empirische wetenschappen in het algemeen, is de voorspellingskracht een belangrijk element om de waarde van een hypothese of een theorie te beoordelen:

*"de functie van de voorspelling in het wetenschappelijk bedrijf is: relevante informatie te verstrekken met betrekking tot de geldigheid van de hypothese, waaruit zij is afgeleid."*³³

Indien de rechtspraktijk bepaalde interpretaties of juridische leerstukken aanvaardt zal dit gezien worden als een bevestiging van de geldigheid van deze, in de rechtsdogmatiek geformuleerde, hypothesen en theorieën. Concurrerende interpretaties en leerstukken zullen daarmee als (voorlopig) weerlegd beschouwd worden en, bij unanimitéit in de rechtspraak als (meestal 'definitief') gefalsifieerd. Toch is dit niet helemaal vergelijkbaar met de voorspellingen in andere maatschappijwetenschappen, en nog minder met die in de exacte wetenschappen. De grens tussen rechtspraktijk en rechtswetenschap is immers vaag. Een deel van de magistratuur, en zeker in de hoogste rechtscolleges, is evenzeer wetenschappelijk actief binnen de rechtsdogmatiek als dat ze deze toepassen binnen hun praktijk. Standpunten van hogere rechtsmachten vormen dus zowel een participatie aan het wetenschappelijk debat als een 'externe' toetsing van de hypothesen en theorieën die in dit debat tot stand komen. Of, anders

²⁸ DE GROOT, *o.c.*, p.79, die er aan toevoegt: "Als vuistregel zou men kunnen stellen, dat de inhoud van een hypothese wel en die van een theorie niet in één zin kan worden samengevat."

²⁹ Craig DILWORTH, *Scientific Progress. A Study Concerning the Nature of the Relation Between Successive Scientific Theories*, 3rd ed., Dordrecht/Boston/Londen: Kluwer Academic Publishers, 1994, 80

³⁰ DE GROOT, *o.c.*, p.79

³¹ DE GROOT, *o.c.*, p.92

³² O.W.HOLMES, 'The Path of the Law', *Harvard Law Review* 1897, 463

³³ DE GROOT, *o.c.*, p.92

geformuleerd, het gaat niet echt om een externe toetsing aan een realiteit buiten de wetenschap, maar om een combinatie van een participatie aan het wetenschappelijk debat met een 'toetsing aan de praktijk'. Door de institutionele gezagspositie van de hogere rechtscolleges beïnvloedt dit ook in hoge mate die magistraten, ambtenaren e.d. die in het geheel niet wetenschappelijk actief zijn.

Ook al formuleert de rechtsdogmatiek aldus verifieerbare voorspellingen, ze hebben maar een matige waarde voor het wetenschappelijk debat. Het al dan niet uitkomen van de voorspelling leidt immers tot een eerder zwakke confirmatie van de 'succesvolle' hypothese of theorie. Ook beïnvloedt de rechtswetenschapper hierbij duidelijk zelf de juridische werkelijkheid, wat de voorspelling minder 'neutraal' maakt. Echt vat heeft de rechtswetenschapper echter niet op de uitkomst van zijn voorspelling, waardoor het dus zeker geen *'selffulfilling prophecy'* is. Dit gegeven verzwakt dus wel wat de wetenschappelijke waarde van de toetsing van dit soort voorspellingen, maar maakt ze daarom niet waardeloos. Ook bv. (gezaghebbende) economen die een inflatie voorspellen, kunnen immers een dergelijk proces beïnvloeden.

Er kunnen nog andere bedenkingen gemaakt worden m.b.t. de aard en de waarde van voorspellingen in de rechtsdogmatiek, maar in het licht van wat reeds gezegd werd is het niet erg nuttig daar in de context van deze oratie verder op in te gaan.

Een hypothese wordt als dusdanig niet 'bewezen' maar meer of minder overtuigend gemaakt, en op basis hiervan door het wetenschappelijk forum aanvaard (of niet).³⁴ Dit is zo in elke discipline en dus ook in de rechtsdogmatiek, zij het dat niet altijd dezelfde criteria gehanteerd worden (zoals bv. het 'fouten-risico').

In de onderzoeksmethodologie van de exacte wetenschappen, maar ook van een aantal humane wetenschappen, kan de weerlegging van een hypothese ook meteen de falsificering van de theorie tot gevolg hebben. Immers, uit theorieën worden hypothesen afgeleid, die op hun beurt geconcretiseerd worden in toetsbare voorspellingen. Indien de theorie leidt tot een bepaalde verwachting, en deze verwachting komt niet uit, dan klopt er iets niet met de theorie. Eventueel kan ze na bijsturing nog behouden blijven in een aangepaste vorm, maar in haar oorspronkelijke vorm is de theorie gefalsificeerd door de weerlegging van de voorspelling, die voortvloeit uit een hypothese, die rechtstreeks besloten ligt in de weerlegde theorie.

In de rechtsdogmatiek liggen de zaken anders. Zoals we zagen worden voorspellingen slechts in een zwakke vorm geformuleerd en speelt de toetsing daarvan slechts een marginale rol in de evaluatie van hypothesen en theorieën. Bovendien staat op alle niveaus de *interpretatie* centraal en de *overtuigingskracht van argumenten*.

Zoals reeds aangestipt kunnen uiteenlopende of zelfs tegenstrijdige interpretaties van rechtsregels, rechtsbeginselen of rechtsbegrippen perfect naast elkaar bestaan, ofwel omdat voor beide even sterke argumenten kunnen worden aangehaald binnen de methodologie van de (wets)interpretatie, ofwel omdat ze verband houden met onderliggende keuzes, die binnen het rechtssysteem niet duidelijk vastliggen. Zo kan bv. een ruime dan wel enge visie op de rol van de rechter de interpretatie van concrete rechtsregels in een heel andere richting sturen. Hetzelfde geldt voor de invulling van vage begrippen, zoals bv. 'redelijkheid', 'billijkheid' of 'goede trouw'.

³⁴ DE GROOT, *o.c.*, p.109

Het debat binnen rechtspraak en rechtswetenschap zal de grenzen van de mogelijke interpretaties verengen, maar zal ze niet tot nul reduceren. In sommige 'hard cases' zullen tegenstrijdige interpretaties met elkaar blijven concurreren en soms zullen beide evenveel aanhang hebben. In de rechtspraak zal meestal de knoop worden door-gehakt door de hoogste rechter, al dan niet met een eerder toevallige en efemere meerderheid, soms door de wetgever, maar in de rechtsdogmatiek zal, zoals reeds eerder gezegd, de discussie verder worden gevoerd.

De overtuigingskracht van de aangehaalde argumenten, ter ondersteuning van een bepaalde juridische interpretatie en/of theorie, wordt vaak determinerend beïnvloed door het mens- en maatschappijbeeld van de betrokkenen. Een theorie die tot een gewenst resultaat leidt zal, om die reden, eerder overtuigen dan haar tegenpool. Nieuwe theorieën worden overigens vaak uitgewerkt om, binnen de grenzen van het heersende recht, bepaalde ongewenste gevolgen van de heersende interpretaties en leerstukken te vermijden. Zo werd de leer van de 'derde-medeplichtigheid aan contractbreuk' uitgewerkt als reactie op praktijken van grote bedrijven, bv. brouwerijen, die verdelers van gelijkaardige producten of diensten, bv. herbergen, die contractueel verbonden waren door een exclusiviteitscontract met een concurrerend bedrijf, aanzetten om contractbreuk te plegen. De algemene leer van de niet-tegenstelbaarheid van contracten aan derden liet niet toe hiertegen op te treden. De nieuwe leer m.b.t. de 'derde-medeplichtigheid' overtuigde enkel omdat een meerderheid van de betrokken juristen en rechtsgeleerden een dergelijk optreden *wenselijk achtten*. Voorstanders van een jungle-liberalisme zullen allicht niet onder de indruk geweest zijn van deze, toen nieuwe, theorie. Uiteenlopende ideologische visies spelen een niet onbelangrijke rol bij de aanvaarding of verwerping van bepaalde hypothesen en theorieën, maar zijn uiteraard niet het enige argument. Overigens zal de onderliggende ideologische visie vaak niet geëxpliciteerd worden en zelfs eerder onbewust meespelen in de argumentatie.

Meer 'objectieve' redenen om rechtsdogmatische theorieën te verwerpen situeren zich o.m. op het vlak van de verenigbaarheid ervan met het geldend recht, of van een incoherentie van de theorie of van nieuwe problemen die ze creëert, waardoor eerdere (of nieuwere) theorieën sterker overkomen, omdat ze globaal meer bevredigend lijken.

Een juridische theorie wordt dus niet gefalsifieerd in de strikte zin. Ze kan worden verzwakt of versterkt, maar niet 'weerlegd' of 'bewezen' in hun volle betekenis. Theorieën worden meestal geleidelijk verlaten, ofwel onder invloed van wijzigingen in wetgeving of rechtspraak, ofwel onder invloed van maatschappelijke omstandigheden, ofwel door wijzigende dominante opvattingen binnen het wetenschappelijk forum. Uiteraard kunnen wetswijzigingen bepaalde theorieën overbodig maken en daarmee hun bestaan meteen beëindigen. Wanneer men bv. overspel of druggebruik of fout parkeren uit het strafrecht haalt, vervallen meteen de strafrechtelijke theorieën die daar rond voorheen werden uitgewerkt. Maar dat betekent niet dat ze plots 'weerlegd' zouden zijn, enkel dat ze geen praktische relevantie meer hebben binnen het huidige rechtssysteem.

6. Objectiviteit

Een en ander doet onvermijdelijk vragen rijzen m.b.t. de 'objectiviteit' in de rechtsdogmatiek, wat toch algemeen beschouwd wordt als een vereiste voor 'wetenschap-

pelijkheid'. Is een discipline die haar hypothesen en theorieën niet toetst via precieze voorspellingen en waarbij de aanvaarding van hypothesen en theorieën vrij sterk beïnvloed wordt door ideologische elementen wel een 'wetenschap' ?

Welke criteria precies gehanteerd moeten worden om iets als 'wetenschappelijk' te beschouwen, hangt uiteraard af van een voorafgaande keuze. Vandaag is er een trend om hier een vrij eng standpunt in te nemen: wat niet via herhaalbare experimenten getoetst kan worden is 'onwetenschappelijk'; wat niet tot (wereldwijd) algemeen geldende regels leidt past niet in de definitie van wetenschap; wat niet volledig los van de onderzoeker getoetst en geëvalueerd kan worden wordt evenmin als 'wetenschappelijk' beschouwd.³⁵ Nog sterker geformuleerd vereist men ook nog eens 'meetbaarheid'³⁶. Meetbaarheid niet enkel binnen de discipline, maar ook op het vlak van de publicaties. Wie de meeste A1 publicaties heeft in Amerikaanse tijdschriften is in deze logica de beste Nederlandse rechtswetenschapper. A contrario: wie er geen heeft is dus maar een knoeier, geen echte wetenschapper. En waar die mee bezig is, Nederlandse rechtsdogmatiek, wordt dan impliciet ook meteen als 'wetenschap' gediskwalificeerd.

Het is duidelijk dat de rechtsdogmatiek specifieke kenmerken heeft die afwijken van andere disciplines, die algemeen als 'wetenschappen' beschouwd worden. Dit betekent dus dat we voor een ander soort wetenschap staan. Of anders uitgedrukt, dat de enge wetenschapstheorie, die vrijwel enkel op de exacte wetenschappen gesteund is, gefalsificeerd wordt door het bestaan van de rechtsdogmatiek, die toch al twee millennia als een 'wetenschap' wordt aangeduid.³⁷ Een belangrijk element in het dominante wetenschapsbegrip is neutraliteit of objectiviteit. Maar wat betekent dit ?

³⁵ Het gaat hier om een permanente discussie in de geschiedenis, sinds Aristoteles en Plato: "Two main traditions can be distinguished in the history of ideas, differing as to the conditions an explanation has to satisfy in order to be scientifically respectable. The one tradition is sometimes called *aristotelian*, the other *galilean*." (Georg Henrik von WRIGHT, *Explanation and Understanding*, Ithaca: Cornell University Press 1971, 2), waarbij vandaag de slinger wel erg ver naar de galileïsche traditie is doorgeslagen. Zie verder omtrent deze problematiek o.m.: Peter KROES, *Ideaalbeelden van wetenschap. Een inleiding tot de wetenschapsfilosofie*, Amsterdam: Boom 1996, i.h.b. p.13-64; de meeste bijdragen in: M.W.F.Stone & J.Wolff (eds.) *The Proper Ambition of Science*, London Studies in the History of Philosophy, Londen/New York: Routledge, 2000; A.Diemer (ed.) *Beiträge zur Entwicklung der Wissenschaftstheorie im 19. Jahrhundert*, Meisenheim am Glan: Verlag Anton Hain, 1968

³⁶ "An inscription on the facade of the Social Science Research Building at the University of Chicago reads, "If you cannot measure, your knowledge is meagre and unsatisfactory." No doubt, many of its inhabitants, imprisoned in their modern laboratories, scrutinize the world through the iron bars of the integers, failing to realize that the method that they endeavour to follow is not only necessarily barren and unfruitful but also is not the method to which the success of physics is to be attributed." (A.F.CHALMERS, *What is This Thing Called Science? An assessment of the nature and status of science and its methods*, Milton Keynes: The Open University Press, 1978, xiv, met verwijzing naar Thomas Kuhn's artikel 'The Function of Measurement in Modern Physical Science', published in *Isis* 1961 (pp.161-193)

Het meten van menselijke activiteit is overigens niet onproblematisch: "Mathematical activity is human activity. ... But mathematical activity produces mathematics. Mathematics, this product of human activity, 'alienates itself' from the human activity which has been producing it. It becomes a living, growing organism, that *acquires a certain autonomy* from the activity which has produced it;" (Imre LAKATOS, *Proofs and Refutations. The Logic of Mathematical Discovery* (ed. by John Worrall and Elie Zahar), Cambridge: University Press 1976, 146)

³⁷ Elders heb ik er op gewezen dat zowel ontwikkelingen binnen de rechtswetenschap als in de wetenschappen in het algemeen geleid hebben tot een problematisering van het wetenschappelijk statuut van de rechtsdogmatiek. In de context van deze oratie kan ik hier niet verder op ingaan. Zie:

Is de aanvaarding of verwerping van homeopathie, naast allopathie een 'objectieve' keuze? Afhankelijk van vooraf vastgelegde criteria voor wat medisch als 'wetenschappelijk' beschouwd kan worden, zal dit tot aanvaarding dan wel verwerping leiden. De keuze voor die criteria is evenwel niet meer objectief dan welke theorie ook binnen de rechtsdogmatiek. Men 'geloof' in de homeopathie, omdat men dat wil geloven en men verwerpt het omdat men er niet in wil geloven. Beide visies kunnen sterke argumenten aanbrengen, maar de uiteindelijke keuze valt niet onder de noemer 'objectief'. Betekent dit dat de hele medische wetenschap 'onwetenschappelijk' zou zijn, dat men inderdaad beter over 'geneeskunde' spreekt, zoals over 'rechtsgeleerdheid'? Sommige wetenschapsfundamentalisten zullen wellicht tot die conclusie komen, maar dit zal weinig indruk maken op onze collega's in de medische faculteiten, en terecht.

Overigens, 'absolute zekerheden' en volstrekte 'objectiviteit' zijn er in geen enkele discipline, ook niet in die wetenschapsgebieden die het hedendaagse wetenschapsideaal het dichtst benaderen³⁸. Theorieën zijn altijd voorlopig. Ze kunnen nooit volledig 'bewezen' worden, enkel gefalsificeerd. In alle disciplines is op cruciale punten de consensus binnen het wetenschappelijk forum uiteindelijk de enige vorm van 'objectiviteit'. 'Objectief' betekent dus een 'intersubjectieve consensus binnen het wetenschappelijk forum'.³⁹

Deze vorm van 'objectiviteit' treffen we uiteraard ook aan binnen de rechtsdogmatiek.

Veel rechtswetenschappers oefenen op een of andere wijze ook nog een functie uit in de rechtspraktijk (adviezen, baliepraktijk, rechter-plaatsvervanger, e.d.). Dit wordt traditioneel als een pluspunt beschouwd: de rechtswetenschapper doet aldus aan 'participerende observatie' en zal beter de precieze inhoud en draagwijdte van het recht begrijpen. Op het niveau van de beschrijving en interpretatie van het recht is dit 'inlevingsvermogen' zeker behulpzaam bij het zoeken naar de meest adequate interpretatie, zoals o.m. opgemerkt door William Twining, die hierbij de analogie met andere maatschappijwetenschappen aangeeft:⁴⁰

"R.G.Collingwood argued that a historian could not give an adequate account of the Battle of Travalgar or Caesar crossing the Rubicon without understanding the situation and internal point of view of key participants in the action. More generally it is widely accepted across disciplines that in order to interpret, describe and explain social action one needs to be able to take into account such internal points of view."

Betrokkenheid is hierbij dus een voordeel, maar dreigt al gauw een nadeel te worden op het vlak van 'objectiviteit'. De hoogleraar die in haar advocatenpraktijk vooral optreedt voor een belangrijk bouwbedrijf zal, bewust of onbewust, het moeilijk hebben om in haar rechtswetenschappelijk werk standpunten in te nemen die ongunstig zijn voor bouwbedrijven. De fiscalist die de overheid adviseert zal in zijn wetenschappelijke geschriften geneigd zijn eerder te opteren voor een fiscus-vriendelijke inter-

M.VAN HOECKE, 'Hoe wetenschappelijk is de rechtswetenschap?', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2009, 629-687, i.h.b. op pp. 633-638.

³⁸ Zie hierover o.m.: M.C.Dooser, *Tussen objectiviteit en praksis. Over wetenschappelijke objectiviteit in een confrontatie tussen Popper en Wittgenstein*, Delft: Delftse Universitaire Pers, 1980

³⁹ Rechtsnormen, en de aanvaarding van hypothesen omtrent hun betekenis, zijn 'objectief' "as elements of intersubjective meaning available to human understanding through interpretation" (Karl POPPER, *Objective Knowledge*, Oxford: Clarendon Press 1979, 73)

"In anthropological investigation, objectivity lies neither in the logical consistency of a theory, nor in the givenness of data, but in the foundation ('Begründung') of human intersubjectivity." (J.FABIAN, 'Language, History and Anthropology', *Philosophy of Social Sciences* 1971, 19-47, op p.25

⁴⁰ William TWINING, *Blackstone's Tower: The English Law School*, London: Sweet & Maxwell 1994, 129-130

pretatie van belastingregels dan voor een andere mogelijke interpretatie die meer voordelig is voor de belastingplichtige. Dit is niet enkel een kwestie van mogelijk persoonlijk belang, het is ook een zaak van professioneel te leren op een bepaalde manier te denken: wie jarenlang parketmagistraat geweest is zal een strafzaak met andere ogen bekijken dan de advocaat van de beklaagde. Ook de 'zuivere' rechtswetenschapper, die enkel een academische loopbaan heeft doorlopen, zonder noemenswaardige praktijkervaring, zal evenmin ontsnappen aan een zekere vorm van socialisering via zijn of haar persoonlijke contacten en ervaringen. Om deze invloeden zoveel mogelijk te neutraliseren is het daarom belangrijk dat de rechtswetenschapper in het onderzoek 'objectiviteit' nastreeft door de confrontatie van alle argumenten voor uiteenlopende interpretaties. Of, sterker geformuleerd, voortdurend poogt de eigen hypothesen en theorieën te *falsifiëren*. Dit soort, op het eerste gezicht masochistische houding, treffen we niet vaak aan in de rechtsdogmatische literatuur. Niettemin is ze juist zo typisch voor elk wetenschappelijk onderzoek, op zijn minst sinds Karl Popper de falsificatie, veeleer dan het bewijs, van hypothesen en theorieën centraal stelde in elke wetenschappelijke methodologie.⁴¹ Advocaten en parketmagistraten, maar ook vaak rechters, zullen enkel de argumenten aandragen die hun stelling, resp. beslissing, ondersteunen. Tegenargumenten zullen pas weerlegd (of genegeerd) worden in een repliek. Ook rechtswetenschappers hebben nog al eens de neiging om enkel argumenten en bewijsmateriaal aan te voeren in het voordeel van de door hen verdedigde interpretatie, zonder in te gaan op mogelijke tegenargumenten of bewijsmateriaal die hun hypothese (deels) zouden kunnen onkrachten, laat staan om er, binnen een falsificatiestrategie, zelf naar op zoek te gaan. Dergelijk onderzoek kan dan ook niet als 'objectief' beschouwd worden en daarom ook niet als volwaardig wetenschappelijk.

Wat evenwel nog meer problematisch is binnen de rechtsdogmatiek is de vermenging van een, vaak zelfs niet geëxpliciteerde 'maatschappelijke evaluatie' door de onderzoeker met 'objectieve' juridische elementen (o.a. paradigmatische consensus). Recht is een middel om de samenleving te ordenen. Dit impliceert dat het niet mogelijk is om adequaat hypothesen en theorieën binnen de rechtsdogmatiek te formuleren, zonder het recht in die maatschappelijke context te plaatsen. Om dit op een wetenschappelijk verantwoorde wijze te doen ontbreekt het de rechtsgeleerde evenwel vaak aan exacte informatie. Om daar rond zelf onderzoek te verrichten missen de rechtswetenschappers, die enkel een rechtendiploma hebben, de nodige opleiding. Dit is op zich nog niet onoverkomelijk, mits de rechtsgeleerden minstens hun uitgangspunten en maatschappelijke keuzes zouden expliciteren en verantwoorden, de leemten in de beschikbare sociologische informatie e.d. zouden aangeven, en in dat licht onderzoekshypothesen formuleren waarmee sociale wetenschappers dan aan de slag zouden kunnen. Nu is het vaak natte vinger werk, dat soms meer steunt op vooroordelen dan op objectieve informatie. Dit belet niet dat met wat gezond verstand toch goede en maatschappelijk adequate juridische hypothesen en theorieën kunnen worden uitgewerkt.⁴² Maar voor een meer 'objectieve' en volwaardig wetenschappelijke studie van het recht zouden de hoger aangegeven voorwaarden toch vervuld moeten worden.

⁴¹ Karl POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, Londen: Hutchinson 1959

⁴² Zo blijken veel theorieën van *Law & Economics* in de praktijk reeds toegepast te worden in de rechtspraak.

7. Types van onderzoek

Niet elk onderzoek is een empirisch onderzoek, ook al nemen we 'empirie' zeer ruim. In alle disciplines zijn er bijvoorbeeld 'verkennde' onderzoekingen die in het beste geval tot nieuwe onderzoeksvragen leiden, zonder zelf bepaalde hypothesen te toetsen.

Voor de rechtsdogmatiek zijn de volgende types van onderzoek relevant:

- oriënterend, verkennend onderzoek
- beschrijvend onderzoek
- toetsingsonderzoek
- interpretatief-theoretisch onderzoek

7.1. Verkennend onderzoek

Heel wat wetenschappelijk onderzoek levert bepaalde bevindingen op, maar leidt ook tot het formuleren van nieuwe, toetsbare onderzoeksvragen. Nieuw onderzoek kan dan hiervan vertrekken, deze vragen verder operationaliseren en toetsen. Dit wordt dan een 'toetsingsonderzoek' (7.3). Maar bij het verkennen van nieuwe domeinen of nieuwe, onontgonnen paden is een voorafgaand 'verkennend onderzoek' noodzakelijk om verbanden te zoeken, mogelijk vruchtbare hypothesen te formuleren of de contouren en mogelijkheden van een nieuwe theorie af te tasten. Hier zal intuïtie, inspiratie, trial and error, e.d. een grotere rol spelen dan een wel afgelijnde en gestandaardiseerde methodologie. Wil men bv. nagaan in hoeverre de rechtsfiguur van de 'trust' uit de Common Law overgenomen zou kunnen worden in continentale rechtsstelsels, zoals bv. het Nederlandse recht, dan zal een verkennend onderzoek tot meer concrete onderzoeksvragen moeten leiden. Lijken alle deelaspecten van de trust bruikbaar in het Nederlandse recht ? of lijkt het aangewezen bepaalde aspecten te onderzoeken binnen het verbintenissenrecht, of eerder binnen het familierecht, of misschien het faillissementsrecht ? Zijn elementen van de trust zonder meer overplaatsbaar naar het Nederlandse recht of zou het vruchtbaarder zijn ze eerder als een inspiratiebron te gebruiken voor de ontwikkeling van een nieuw concept of ter aanvulling van het bestaande recht ? Een ruim verkennend onderzoek moet leiden tot een antwoord op zulke vragen en het formuleren van meer concrete, toetsbare, onderzoeksvragen.

Heel wat juridisch onderzoek, en vooral doctoraatsonderzoek, is verkennend van aard. Naast een beschrijving van het juridisch 'empirisch materiaal' (wetgeving en rechtspraak) en een literatuurstudie (rechtsleer) zal, oriënterend, gezocht worden naar een nieuwe invalshoek, een nieuw rechtsbeginsel, een nieuwe theorie die dit empirisch materiaal op een ietwat andere, of heel andere, meer bevredigende, manier zou kunnen structureren. Het proefschrift eindigt dan vaak met de formulering van meer concrete hypothesen, die 'verder onderzoek vergen'. Mits hiermee nieuwe, vruchtbare perspectieven geboden worden, is dergelijk onderzoek ten volle verantwoord en zelfs noodzakelijk voor de wetenschappelijke ontwikkeling binnen het betrokken domein.

Anderzijds verwijst het 'verkennend' karakter van het onderzoek vaak eerder naar de individuele onderzoeker, die het betrokken domein voor de eerste maal verkent en zijn/haar geworstel met het onderwerp neerlegt in een proefschrift, dat niet echt iets toevoegt aan het wetenschappelijk debat. Zowel het wiel als het warm water worden aldus steeds opnieuw heruitgevonden. Zoals de Groot reeds een halve eeuw geleden opmerkte is 'exploratie' vaak "een eufemisme voor onnodige contaminatie in een onderzoek, dat veel beter systematisch objectief-descriptief had kunnen worden op-

gezet."⁴³ Een onvoldoende scheiding van beschrijving en interpretatie komt ook in de rechtswetenschap al te vaak voor. Ook al kunnen ze niet altijd gemakkelijk van elkaar gescheiden worden, een duidelijke explicitering van de eigen interpretatie en een verantwoording daarvan ten aanzien van concurrerende interpretaties wordt in het juridisch onderzoek al te vaak achterwege gelaten. Het ontbreken van een welomlijnde methodiek voor het juridisch-wetenschappelijk onderzoek bemoeilijkt uiteraard het overstijgen van het verkennend niveau in het juridisch onderzoek. Hier is duidelijk nog heel wat werk aan de winkel.

Met de Groot kunnen we besluiten "dat exploratief onderzoek *vooronderzoek* behoort te zijn. Ontbreekt het vervolg: de exacte theorie- en/of hypothese-vorming en toetsing, dan is het van weinig waarde."⁴⁴

7.2. Beschrijvend onderzoek

Elke empirische discipline begint onvermijdelijk bij een beschrijving en ordening van het empirisch materiaal. Dit geldt zowel voor, bijvoorbeeld, de plantkunde, de dierkunde, de geschiedenis, de sociologie als voor de rechtsdogmatiek. Precies beschrijven wat het geldende recht is binnen het betrokken rechtssysteem is de eerste stap in het juridisch onderzoek. Zoals hoger reeds aangegeven is een dergelijke beschrijving zowel theorie-gebonden als interpretatie-gebonden. Wanneer men het bestaan van ongeschreven algemene rechtsbeginselen als rechtsbron aanvaardt, 'ziet' men het recht anders en 'wordt' het ook anders. Hetzelfde geldt voor de interpretatie: wanneer men de ongelijke behandeling van man en vrouw niet meer ziet als een natuurlijk gevolg van biologische verschillen, maar als een discriminatie, verandert deze nieuwe interpretatie van het gelijkheidsbegrip belangrijke delen van het recht. Aldus is de beschrijving van de juridische werkelijkheid wellicht meer dan in de andere disciplines op zich reeds een permanent voorwerp van wetenschappelijke discussie. Door de snelle wijziging van het recht, via zowel wetgeving als rechtspraak, dient deze beschrijving en ordening steeds opnieuw te gebeuren. Uiteraard worden er ook al eens nieuwe planten of dieren ontdekt, en verdwijnen er andere. Ook de geschiedenis en de samenleving evolueren voortdurend. Maar in deze disciplines blijft wat veranderd is relevant empirisch materiaal voor de beschrijving en theorievorming in deze disciplines. Niet zo in de rechtsdogmatiek: het oude recht verliest meteen zijn relevantie bij de invoering van nieuw recht. Uiteraard kan de kennis ervan nog nuttig zijn voor een beter historisch begrip van het huidige recht, maar voor de beschrijving en systematisering van het thans geldende recht heeft dat vroegere recht geen waarde meer.

Dit alles verklaart waarom het beschrijvend onderzoek nog meer dan in andere disciplines een centrale positie inneemt in het rechtswetenschappelijk onderzoek.

Essentieel voor wetenschappelijk onderzoek is de toevoeging van nieuwe kennis, van nieuwe inzichten. Het komt wel vaker voor dat bij de 'beschrijving' van een bepaald deelgebied van het recht de auteur enkel de tekst van een recente wet, die deze materie ordent, min of meer letterlijk overneemt, al dan niet met vermelding van wat de verschillpunten zijn met het tot dan geldende recht. Dit kan, in het beste geval, een nuttige vorm van vulgarisering of informatieverspreiding zijn, maar kan bezwaarlijk als een 'wetenschappelijke' publicatie gekwalificeerd worden. Daartoe zullen op het

⁴³ DE GROOT, *o.c.*, p.323

⁴⁴ DE GROOT, *o.c.*, p.324

niveau van de interpretatie van dit recht en/of de ordening ervan nieuwe inzichten moeten worden geboden.

Een beschrijvend onderzoek is dus altijd meer dan het zorgvuldig bijeenbrengen van al het relevante juridisch materiaal. Dit laatste is dank zij de moderne technologie overigens meestal geen zware taak, ondanks de inflatie aan bronnenmateriaal.⁴⁵ De interpretatie en ordening ervan, daarentegen, vormt het leeuwendeel in dit beschrijvend onderzoek. Daarmee vervaagt ook de grens tussen 'beschrijving van het recht', en dus interpretatie, enerzijds, en de toetsing van hypothesen m.b.t. de precieze betekenis van dit recht, eveneens interpretatie dus, anderzijds. Beschrijvend onderzoek en toetsingsonderzoek vloeien dus in elkaar over.

7.3. Toetsingsonderzoek

Juridisch toetsingsonderzoek toetst hypothesen i.v.m. de precieze betekenis en draagwijdte van rechtsbegrippen, rechtsregels en rechtsbeginselen, vanuit een bepaalde, algemeen aanvaarde, theorie of in het kader van de toetsing van een nieuwe of een gevestigde theorie. Zoals reeds gezegd, zal een dergelijke toetsing niet leiden tot het bewijs van de juistheid of de weerlegging van die hypothesen of theorieën, maar enkel een bepaalde graad van overtuigingskracht hebben binnen het heersende paradigma van de rechtsdogmatiek.

Dit toetsingsonderzoek vormt de kern van elk wetenschappelijk onderzoek en onderzoeksprogramma. In het juridisch-wetenschappelijk onderzoek wordt dit echter onvoldoende geëxpliciteerd. Zoals hoger gesteld, zit dergelijk toetsingsonderzoek vaak verscholen in verkennend of beschrijvend onderzoek. Hypothesen worden niet, of onvoldoende scherp geformuleerd. Regelmatig worden ze als een 'objectief' feit geponeerd, zonder ze met argumenten te ondersteunen. Concurrerende hypothesen (interpretaties) worden genegeerd of zonder meer als 'onjuist' terzijde geschoven, opnieuw zonder enige ernstige argumentatie. Daardoor wordt ook onvoldoende het verband gelegd tussen hypothesevorming en theorievorming. Concrete interpretaties worden nogal eens vrij geïsoleerd van een theoretische context naar voor geschoven. Tenslotte wordt de toetsing van rechtsdogmatische hypothesen en theorieën voortdurend gecontamineerd door, al dan niet geëxpliciteerde, niet-juridische argumenten en visies. Uiteraard mag de rechtsdogmatiek zich niet beperken tot het niveau van een juridische wiskunde, van een werkelijkheidsvreemde *Begriffs-jurisprudenz*, maar ze moet alsnog een methodiek uitwerken om deze maatschappijbetrokkenheid op een wetenschappelijk verantwoorde wijze in het (toetsings) onderzoek te integreren. Dit impliceert ofwel een zekere interdisciplinariteit van het rechtsdogmatisch onderzoek, met vooral sociologie, maar ook psychologie, criminologie, antropologie, economie, e.d., ofwel, voor zover dit mogelijk is, een strikte scheiding tussen het rechtsdogmatisch en het meta-juridisch onderzoek, met enkel een link op het niveau van de informatie: de rechtsdogmatiek maakt dan gebruik van beschikbare sociologische (psychologische, economische, e.a.) onderzoeksresultaten en van sociografische gegevens, zonder zelf hieromtrent onderzoek te verrichten, terwijl ze omgekeerd onderzoekssuggesties formuleert voor de andere

⁴⁵ In het hedendaagse recht in ontwikkelde samenlevingen is al het relevante bronnenmateriaal gepubliceerd en elektronisch in databanken verwerkt. In andere disciplines daarentegen, zoals bv. de geschiedenis, is het bijeenzoeken van het relevante materiaal vaak een moeizame zoektocht door archieven, e.d., of moet het, bv. in de sociologie, op een methodisch verantwoorde wijze (bv. steekproeven, interviews) worden verzameld.

gedrags- en maatschappijwetenschappen en daarmee ook de beperkingen aangeeft van de conclusies van het eigen onderzoek.

7.4. Interpretatief-theoretisch onderzoek

In zijn zuivere vorm is dit type van onderzoek niet empirisch. Er wordt geen nieuw materiaal verzameld, maar het gaat om de interpretatie en theoretische evaluatie van een gegeven, gesloten verzameling van bevindingen.⁴⁶ De Groot geeft als voorbeelden enerzijds, op micro-niveau, de interpretatie van testantwoorden van een proefpersoon en anderzijds, op macro-niveau, de interpretatie en uitwerking van een theorie i.v.m. het ontstaan van culturen in de geschiedenis van de mensheid.⁴⁷

Vermits in het rechtswetenschappelijk onderzoek beschrijving en interpretatie zeer sterk met elkaar verbonden zijn zal ook het onderscheid tussen 'beschrijvend onderzoek' en 'interpretatief-theoretisch onderzoek' eerder theoretisch dan praktisch gemaakt kunnen worden. Interpretatie vormt nu eenmaal de kern van elk rechtsdogmatisch onderzoek.

Waar in de meeste disciplines de interpretatie meestal draait om een aannemelijke *verklaring* van gebeurtenissen of toestanden, is deze interpretatie in de rechtsdogmatiek gericht op *normatieve coherentie* en *maatschappelijke functionaliteit*. Een interpretatie die coherenter is met de totaliteit van het deelgebied van het recht, of met het rechtssysteem in zijn geheel, zal als een 'betere' interpretatie beschouwd worden. Een interpretatie die beter werkt in de praktijk, omdat ze beter het doel van de wet realiseert⁴⁸ of minder ongewenste neveneffecten heeft, zal verkozen worden boven een andere, die op dit vlak minder goed scoort.

Tussen normatieve coherentie en maatschappelijke functionaliteit bestaat er een spanning. In de loop van de geschiedenis, vooral sinds de grote codificaties in de 19^e eeuw, werd afwisselend nu eens het ene aspect dan weer het andere als doorslaggevend referentiekader gebruikt, met vaak erg uiteenlopende interpretaties als gevolg.⁴⁹ Deze 'methodenstrijd' binnen de rechtsdogmatiek is een discussie op het niveau van het paradigma van de rechtswetenschap, die evenwel de juridische leerstukken en de concrete interpretaties van juridische begrippen, regels en beginselen soms determinerend beïnvloedt.

Waar normatieve coherentie nog een zuiver interne juridische aangelegenheid is, verwijst de maatschappelijke functionaliteit opnieuw naar niet-juridisch onderzoek, naar het gebruik van onderzoeksmethoden die traditioneel niet behoren tot het arsenaal van de rechtsdogmatiek. Hoe meet men bv. de effectiviteit van een wet? Hoe schat men de economische (neven)effecten in van bv. een blokkering van de huurprijzen? Welk is het maatschappelijk draagvlak voor een bepaalde interpretatie van 'gelijkheid', 'goede trouw', 'redelijkheid', 'billijkheid', 'onpartijdigheid van de rechter',

⁴⁶ DE GROOT, *o.c.*, p.325

⁴⁷ *oc.*, l.c.

⁴⁸ 'Causale' verklaring wordt al eens onderscheiden van 'teleologische' verklaring (bv.: ik loop omdat ik mijn trein wil halen). Dit komt al iets dichter bij de rechtsdogmatische benadering, zij het dat het ook hier, in de rechtsdogmatiek, niet gaat om verklaring maar om de verantwoording van een bepaalde interpretatie, ook al zou men het kunnen formuleren als "mijn keuze voor deze interpretatie kan 'verklaard' worden door haar grotere overeenstemming met het doel van de wet". Zie over teleologische verklaring: Georg Henrik VON WRIGHT, *Explanation and Understanding*, Ithaca: Cornell University Press 1971, 83-131

⁴⁹ zie hieromtrent o.m.: Annick PERROT, 'La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit', in: Y.Poirmeur, e.a., *La doctrine juridique*, Parijs: Presses Universitaires de France, 1993, p.181-209

e.d. ? Doorgaans presenteren juridische onderzoekers hun eigen inschatting in zulke gevallen als een 'objectief' gegeven, dat geen nader (niet-juridisch) onderzoek zou vergen. Ook al kan men in vele gevallen met wat gezond verstand, mensenkennis en een basisinzicht in een aantal humane wetenschappen, een heel eind ver komen, wetenschappelijk is dit niet. Wie een interpretatie van een wet (tekst) verdedigt met een beweerde betere maatschappelijke functionaliteit zal daartoe ofwel niet-juridisch materiaal moeten aandragen ter ondersteuning van deze stelling, ofwel dit uitdrukkelijk als een hypothese moeten formuleren voor verder onderzoek door daartoe voldoende geschoolde wetenschappers.

8. Conclusie

Wetenschappelijk onderzoek is gericht op het verwerven van kennis, maar waar ligt de grens tussen enerzijds praktische kennis, bijvoorbeeld in verband met het snoeien van bomen, en anderzijds wetenschappelijke kennis ?

"Natuurlijk is niet alle kennis, is niet alles wat men kan weten, wetenschappelijk interessant. De wetenschap blijft bij voorkeur niet staan bij het feitelijke beschrijven, en liefst ook niet bij het ordenen en registreren, c.q. meten van de fenomenen. Er is een uitgesproken gerichtheid op begrijpen en verklaren, op het verkrijgen van diepere en/of verder strekkende inzichten, op het vinden van *algemene samenhangen*, die voor gehele klassen van verschijnselen gelden, zodat men, binnen zo'n klasse, in het algemeen kan voorspellen en de verschijnselen kan beheersen. En men gaat verder: het streven is erop gericht zulke algemene samenhangen op hun beurt in inzichtelijk en logisch samenhangende systemen onder te brengen en te ordenen. Men noemt zulke systemen *theorieën*. Hun functie en pretentie is hele gebieden van verschijnselen te bestrijken."⁵⁰

Overlopen we de diverse deeldisciplines van het recht (zie tabel hierna) dan zien we dat ze alle, behalve de rechtsdogmatiek, gericht zijn op een vorm van 'verklaring' van het recht, telkens vanuit een ander perspectief. Zij voldoen dus aan de door de Groot geformuleerde vereiste van "uitgesproken gerichtheid op begrijpen en verklaren". De rechtsdogmatiek is primair niet gericht op 'verklaring', maar wel op het beschrijven, ordenen, registreren, systematiseren en het vinden van algemene samenhangen binnen een bepaald rechtssysteem. In die zin is de rechtsdogmatiek een *empirische* wetenschap. Daarnaast ligt de focus op *interpretatie*, op het begrijpen, niet op 'verklaring'. Dit heeft de rechtsdogmatiek gemeen met enkele andere disciplines, zoals literatuurwetenschap of bijbelwetenschap. In die zin is de rechtsdogmatiek een *hermeneutische* wetenschap. Bij interpretatie gaat het niet om 'waarheid' of 'onwaarheid' maar om meer of minder overtuigend. Soms kunnen twee uiteenlopende interpretaties perfect naast elkaar bestaan, omdat ze allebei met sterke argumenten ondersteund worden. In die zin staat in de rechtswetenschap ook de *argumentatie* centraal en zouden we ook kunnen spreken van een '*argumentatieve wetenschap*'.⁵¹ Maar vermits deze argumentatie onvermijdelijk besloten ligt in elke interpretatie en in elke hermeneutische wetenschap, kan de rechtsdogmatiek wellicht best omschreven worden als een '*empirisch-hermeneutische wetenschap*'. Meer dan in de andere hermeneutische wetenschappen staat het verzamelen van, steeds wijzigend, relevant

⁵⁰ A.D. DE GROOT, *Methodologie*, Den Haag: Mouton, 3^e druk, 1966, p.21

⁵¹ Een mooi voorbeeld van een analyse van de argumentatie in een concrete rechterlijke beslissing (*Reg vs Allen*, Britse Court for Crown Cases Reserved, 1872), die een goede illustratie is voor de centrale rol van de argumentatie in rechtspraak en rechtsdogmatiek, vindt men in William TWINING & DAVID MIERS, *How To Do Things With Rules*, 2nd ed., Londen: Weidenfeld & Nicolson 1982, 235-262

empirisch materiaal centraal. Meer dan in de andere empirische wetenschappen staat de interpretatie, op alle niveaus, centraal.

Deze interpretatie vertrekt vanuit een zeer ruim, deels impliciet, ideologisch kader, met een voortdurende afweging van tegengestelde belangen binnen de betrokken samenleving. Dit soort afweging kan niet herleid worden tot een wiskundige berekening. Thans domineert in grote mate de illusie van de meetbaarheid, zeker in de universiteiten, waar 'kwaliteit' in meetbare grootheden vertaald wordt, o.m. via visitaties en bibliometrische modellen. Zo focust de economische wetenschap vandaag sterk op de econometrie. Maar helaas hebben al deze mathematische economische modellen de huidige financiële crisis noch voorspeld, noch voorkomen en zullen ze ook niet oplossen. Om dezelfde reden kunnen rechters niet vervangen worden door computers, ook al kunnen rechters onmogelijk nog het gehele recht overzien, laat staan kennen, terwijl computers dat wel kunnen.

Door de sterke maatschappelijke betrokkenheid van het recht en het belang ervan bij de interpretatie, is het empirisch materiaal waar de jurist en de rechtsgeleerde onvermijdelijk gebruik van maken ook ten dele niet juridisch. Allerlei sociologische, psychologische, economische, e.a., vooronderstellingen, theorieën, stereotypen en hypothesen beïnvloeden de juridische redenering en argumentatie, en niet zelden op doorslaggevende wijze. In de rechtspraktijk kunnen deze aannamen en hypothesen vaak niet adequaat wetenschappelijk getoetst worden, door de tijdsdruk van rechtsgedingen en een onvoldoende toegang tot de relevante wetenschappelijke literatuur. Voor de rechtsgeleerde geldt dit excuus evenwel niet. Ofwel dient gebruik te worden gemaakt van het beschikbare wetenschappelijk materiaal, ofwel dienen bepaalde niet-juridische onderzoeken te worden uitgevoerd binnen een ruimer interdisciplinair onderzoeksprogramma, ofwel dient de rechtsgeleerde de beperkingen van het eigen onderzoek aan te geven en onderzoekshypothesen te formuleren voor wetenschappers in de betrokken niet-juridische disciplines.

Een onvoldoende wetenschappelijke aanpak op dit vlak heeft de laatste jaren geleid tot een ontwikkeling waarbij de klassieke, continentaal-Europese rechtsdogmatiek als 'onwetenschappelijk' in het verdomhoekje werd geduwd, deels onder de (financiële) druk van bibliometrische systemen, die vrijwel enkel oog hebben voor Engelstalige publicaties in Angelsaksische tijdschriften. Om toch nog voldoende overheidsfinanciering binnen te halen groeide het idee om de hele rechtswetenschappelijke beoefening dan maar te heroriënteren in de zin van de andere maatschappijwetenschappen en van de rechtswetenschap een 'empirische' wetenschap te maken zoals die andere disciplines. Kortom, het kind met het badwater weg te gooien. Ik hoop in deze oratie te hebben aangetoond, of minstens aannemelijk te hebben gemaakt dat de rechtsdogmatiek in haar klassieke vorm wel degelijk een wetenschappelijke discipline is, met ook een empirische dimensie, en met een wetenschappelijke methodologie die goed vergelijkbaar is met die van andere disciplines. Wel is er nog heel wat werk voor de boeg om een operationele onderzoeksmethodologie uit te werken, die een andere is dan de methodologie van de rechtspraktijk. Academische juristen zullen meer dan vandaag het geval is afstand moeten nemen van de methodologie van de rechtspraktijk en leren denken in termen van 'onderzoeksmethodologie', van het formuleren van onderzoekshypothesen, van het uitwerken van theorieën, van de toetsing en evaluatie daarvan. Ook meer samenwerking met niet-juristen dringt zich op, o.m. via meer interdisciplinaire onderzoeksprogramma's. Maar dit betekent zeker niet dat alle rechtsgeleerden zich nu zouden moeten omscholen tot sociale wetenschappers.

Tot slot: universiteiten hebben terecht steeds de eenheid beklemtoond van onderwijs en onderzoek. Onderwijs is een vorm van overdracht van de kennis opgedaan in het onderzoek, terwijl onderwijs dat niet op onderzoek gesteund is een substantiële verarming is die dit onderwijs haar academisch karakter ontnemt. Onderzoek in de rechtsfaculteiten moet dus een directe band hebben met wat in de rechtsfaculteiten onderwezen wordt. Vermits dit onderwijs in overwegende mate, en zelfs bijna uitsluitend, juristen opleidt die nadien werkzaam zijn in de rechtspraktijk, en niet in het onderzoek⁵², zal dit onderzoek een sterke band met die praktijk moeten behouden en daarvoor ook een zeker nut hebben⁵³. Het traditionele rechtsdogmatisch onderzoek beantwoordt hieraan ten volle. Door een te eng concept van (rechts)wetenschap en/of van 'empirische wetenschap', waarin voor dit soort onderzoek geen plaats meer zou zijn, zet men het bestaansrecht zelf van de rechtsfaculteiten op de helling. Dit kan, dunkt me, niet de bedoeling zijn.

⁵² Daarom werd recent een 'onderzoeksmaster' opgestart in een beperkt aantal rechtsfaculteiten, waaronder de Tilburgse. Ondanks de strenge selectie en het beperkte studentenaantal ziet het er naar uit dat zelfs van deze groep een meerderheid zal uitstromen naar de rechtspraktijk en niet naar een academische loopbaan.

⁵³ Vergelijk: "In my experience, the most persistent pressure point in American law schools is the clash between the interests and expectations of vocationally oriented, fee-paying students and a full-time faculty who wish to be accepted as true academics." (William TWINING, *Blackstone's Tower: The English Law School*, Londen: Stevens & Sons / Sweet & Maxwell, 1994, 53)

Vergelijkende tabel van de 'empirische cyclus' in de diverse deeldisciplines van de rechtswetenschap

	Observatie (empirisch materiaal)	Inductie (types van hypothesen)	Deductie (concrete hypothesen)	Toetsing	Evaluatie
Rechts-dogmatiek	Wetgeving, rechtspraak & rechtsleer van één rechtssysteem	Hypothesen over bestaan, inhoud & draagwijdte van recht(sregels)	Concrete interpretatie van een regel	Voorspelling van rechterlijke uitspraken	Coherentie met het bestaande recht (vaak ook impliciet of expliciet een maatschappelijke feedback)
Rechtsgeschiedenis	Gegevens uit het verleden (meestal via teksten)	Hypothesen over de verklaring van de oorsprong van rechtsinstellingen, rechtsregels, e.d., & van de ontwikkeling van het recht	Concrete hypothese, bv. i.v.m. de invloed van vakbonden op de arbeidswetgeving	Confrontatie van de hypothese met het beschikbaar historisch materiaal	Overtuigings- en verklaringskracht van het materiaal & afwezigheid van falsifiërende elementen
Rechts-sociologie	Maatschappelijke context van het recht & hun wisselwerking	Hypothesen ivm de wisselwerking tussen recht & samenleving	Concrete hypothese, bv. i.v.m. de navolging van verkeersregels	Representatief empirisch onderzoek vlg de gevestigde methodologie	Efficiëntie, maatschappelijke aanvaardbaarheid & verklaring van het recht
Rechts-economie	Economische context & werking van het recht	Hypothesen over efficiënte verdeling van rechten & plichten en de optimale juridische organisatie van de samenleving	Concrete hypothese bv. i.v.m. de optimale regulering van milieuaansprakelijkheid	Gebruik van economische modellen & inschatting van rationeel gedrag van betrokkenen	Efficiëntie & verklaring van het recht; optimale benutting van middelen voor het bereiken van bepaalde doelen
Rechts-psychologie	Psychologische context van het recht & gedrag van juridische spelers	Hypothesen over perceptie van het recht & over gedragsbeïnvloeding in een juridische context	Concrete hypothese bv. i.v.m. invloed van de psychologie van de rechter bij besluitvorming	Gebruik van modellen uit het psychologisch onderzoek	Efficiëntie & verklaring van het recht; invloed van irrationele elementen
Rechts-vergelijking	Wetgeving, rechtspraak & rechtsleer van verschillende landen & hun socio-econ. & historische context	Hypothesen over harmonisatie of transfer van rechtsregels e.d. van een rechtssysteem naar een ander	Concrete hypothese bv. i.v.m. de rol/noodzaak van 'causa' & 'consideration' bij harmonisering contractenrecht	Analyse van obstakels voor transfer of harmonisatie (niet louter rechtsdogmatisch)	Verklaring van 'afstotingsverschijnselen'; haalbaarheid van een bepaalde transfer of harmonisatie(voorstel)
Rechts-theorie	Al het hoger vermelde materiaal	Hypothesen over de aard van het recht; verklaringen die het positief recht en één deeldiscipline overstijgen	Concrete hypothese bv. i.v.m. de rol van de rechter	Gebruik van onderzoeksresultaten van alle hoger vermelde deeldisciplines; begripsanalyse	Overtuigings- & verklaringskracht en praktische bruikbaarheid van de voorgestelde theorie