

University of Groningen

Juridisch onderzoek

Herweijer, M.

Published in:
Rechtswetenschappelijk onderzoek : over object en methode

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

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

Publication date:
2003

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Herweijer, M. (2003). Juridisch onderzoek. In J. W. L. Broeksteeg, & E. F. Stamhuis (editors), *Rechtswetenschappelijk onderzoek : over object en methode* (CRBS-reeks; Vol. 8). Boom Juridische uitgevers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

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.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Juridisch onderzoek

Michiel Herweijer

1 Inleiding

Voordat wij ingaan op methoden die het juridisch onderzoek typeren, moeten we weten wat het juridisch onderzoek kenmerkt. Om meer zicht te krijgen op de inhoud van juridisch onderzoek kunnen wij dat onderzoek vergelijken met de praktische rechtsbeoefening (paragraaf 2). Een andere insteek is het juridische onderzoek te toetsen aan de twee vereisten die in de wetenschapsleer aan wetenschappelijk onderzoek worden gesteld (paragraaf 3). Bij deze laatste insteek ligt het voor de hand te kijken naar de verschillen tussen het juridische en het sociaalwetenschappelijke onderzoek.

Wanneer we langs beide invalshoeken een beter beeld hebben verkregen van de inhoud van het juridisch onderzoek, staan we (in paragraaf 4) kort stil bij de focus (de optiek), de locus (het object) en de ambities (fundamenteel of toegepast) van het juridisch onderzoek. Nadat deze drie, preliminaire, afbakeningen kan (in paragraaf 5) worden vastgesteld wat de gangbare methoden van het juridisch onderzoek zijn. In paragraaf 6 volgt de conclusie.

Ten behoeve van deze korte beschouwing over de methoden van juridisch onderzoek zijn vijf, als uitstekend beoordeelde, proefschriften aan een bescheiden onderzoek onderworpen.¹ Om geen afbreuk te doen aan het beknopte karakter van deze bijdrage, wordt in de hoofdttekst slechts bij wijze van illustratie ingegaan op de inhoud van de vijf proefschriften.

2 Rechtsbeoefening en juridisch onderzoek

We beginnen met drie kenmerken van de praktische rechtsbeoefening. Het later te bespreken juridische onderzoek zal op deze drie aspecten een tegengestelde positie innemen.

In veel gevallen van praktische rechtsbeoefening zijn er één of meer cliënten die aan de jurist een *concreet* probleem voorleggen. Het recht wordt dan beoefend in een specifieke *context*; er is een hier en nu; er zijn aanwijsbare personen, posities en zaken in het geding. Om in deze concrete context een toekomstige onzekerheid, onduidelijkheid of mogelijk conflict weg te nemen, moet er iets worden geregeld, hetzij meerzijdig (bij contract, verdrag of convenant), hetzij eenzijdig (bij besluit, wet of beleid). Het kan natuurlijk ook zijn dat de aanstootgevende feiten zich reeds hebben voorgedaan en dat er nu moet worden vastgesteld wie voor het ontstaan respectievelijk het ongedaan maken van deze feiten kan worden aangesproken. De praktijkjurist zal het toepasbare recht moeten *vinden*. De rechtsbronnen worden nagelopen. Het commentaar op deze rechtsbronnen - de doctrine - kan bij deze speurtocht naar en interpretatie van de rechtsbronnen enig houvast bieden. Het primaire doel van deze professionele activiteit is om het concrete probleem op te lossen en niet om de doctrine zelf - de reflectie op het recht zelf - verder te brengen. De doctrine wordt *toegepast* om het van toepassing zijnde recht te vinden, te interpreteren en het ingenomen standpunt met meer gezag te onderbouwen.

Wel kan de praktijkjurist bij het zoeken naar een oplossing voor het concrete probleem stuiten op een algemene rechtsvraag waardoor de ontwikkeling van de doctrine (zal) wordt bevorderd. Deze eventuele bijdrage aan de ontwikkeling van de juridische doctrine is een nevenproduct. De doorbraak in de doctrine zal meestal pas optreden nadat de rechtswetenschappers over deze kwestie met elkaar in discussie treden.

Behalve de concreetheid van de context en de gerichtheid op de oplossing voor een gegeven probleem, is er nog een derde onderscheidend kenmerk. Bij juridische praktijkbeoefening staat het recht niet zonder meer op de eerste plaats. De wetgevingsjurist

dient ook de politiek verantwoordelijke bewindspersoon. De advocaat of bedrijfsjurist moet ook rekening houden met de belangen van de opdrachtgevende cliënt. Ook de rechter zal zich in de meeste gevallen lijdelijk moeten opstellen, kan niet zelf zaken aanbrengen en is voor het aandraagen van bewijs afhankelijk van andere partijen. Dit betekent dat in de praktische rechtsbeoefening een zekere *eenzijdigheid* zal optreden. Niet alle rechtens relevante aspecten worden in het pleidooi belicht, maar alleen die welke het belang van de opdrachtgever dienen. Niet alle relevante posities en interpretaties worden in kaart gebracht en van commentaar voorzien, maar alleen de stellingnamen die door de partijen zelf in het geding zijn ingebracht. Deze eenzijdigheid kan worden gerechtvaardigd door te verwijzen naar de acties die de tegenpartij zal (moeten) ondernemen om de andere zijde van de kwestie voor het voetlicht te brengen. Deze eenzijdigheid kan ook worden gerechtvaardigd door te wijzen op de hoge kosten die een compleet onderzoek van alle rechtsbronnen en redelijke stellingnamen nu eenmaal met zich meebrengt (doelmatigheidsargument). In de praktijk moet er tijdig worden besloten. 'Justice delayed' is 'justice denied'.

Op elk van deze drie aspecten vormt het juridisch onderzoek de tegenpool. De vraagstelling van het juridisch onderzoek is niet concreet en specifiek, maar *algemeen* van aard. De relevante context omvat een ruimer gebied, een langere periode en meer uiteenlopende situaties. Verder richt de juridisch onderzoeker zich niet primair op de oplossing van een bepaald, specifiek probleem van een concrete cliënt, maar op de oplossing van een onduidelijkheid, een tegenstrijdigheid of een witte vlek *in de juridische begripsvorming zelf*. De inzet is niet zozeer het met succes toepassen van de juridische doctrine om zo beter stelling te kunnen nemen. Het gaat veeleer om *de ontwikkeling van die doctrine zelf*. In de derde plaats gaat het bij juridisch onderzoek minder om het gelijk krijgen in de concrete toepassing van het recht (dus door de wetgever, de rechter, de verdragsstaten, etc), maar om het *gelijk hebben* dan wel - subsidiair - het gelijk krijgen van de *juridische vakgenoten*. Bij de ontwikkeling van de doctrine staat de ontwikkeling en interne consistentie van het recht zelf centraal en dingt de juridische onderzoeker primair naar de instemming van zijn vakzusters en -broeders. Deze drie kenmerken van het juridische onderzoek worden hieronder toegelicht door te verwijzen naar de vijf geraadpleegde proefschriften.

In de probleemstellingen van de vijf proefschriften gaat het om kwesties die zich wereldwijd voordoen ('milieuoverlast door scheepswrakken', 'wijziging algemene contractrecht door compensatie voor ongelijkwaardige posities') maar ook van alle tijden zijn ('gebruik van in het geniep verkregen bewijs', 'gevolg van vormgebrek voor nietigheid besluit', 'zeggingskracht van gedetailleerde en moreel geladen gedragsnormen'). Het gaat in alle vijf proefschriften om vragen die op meerdere situaties, gebieden en perioden, dus *algemeen*, van toepassing zijn.

Ook gaat het in alle vijf gevallen primair om het verder ontwikkelen van de *doctrine* zelf. Er blijken ontoelaatbare inconsistenties te zijn die dringend moeten worden weggewerkt. Zo is het vreemd dat onrechtmatig verkregen bewijs wel wordt toegelaten in civiele zaken, maar niet en steeds minder in strafzaken. Hier staat de eenheid van het recht op het spel. Ook is het vreemd dat sommige auteurs en rechters ertoe neigen om een vormgebrek te laten leiden tot een vernietigbaarheid van het besluit, terwijl andere auteurs en rechters ertoe neigen om aan gebreken geen rechtsgevolgen te verbinden. Hier is het recht blijkbaar onduidelijk en misschien wel inconsistent. Opmerkelijk genoeg kunnen overheden op allerlei terreinen beperkingen opleggen aan milieubelastende inrichtingen, maar nog steeds niet - en ieder geval niet in gelijke mate - aan inrichtingen die zich bevinden op volle zee. Hier staat de eenheid van het recht op het spel.

De vijf auteurs zijn nogal betrokken op de rechtspraktijk. In drie van de vijf proefschriften worden concrete aanbevelingen aan de rechtspraktijk (wetgever) gedaan. In

vier gevallen ligt er ook een indirecte relatie tussen de centrale vraagstelling en (recente, voorgenomen) wetgeving/ratificering. Toch richten de auteurs van de vijf proefschriften hun argumenten primair tot het *rechtswetenschappelijke forum*. Het gaat de auteurs er om de juridische begripsvorming - de doctrine zelf - te verrijken, te nuanceren of het toepassingsgebied te verruimen.

De 'academische', nogal *evenwichtige* behandeling van de rechtsvraag komt onder andere tot uiting in: het uitgebreide voetnotenapparaat; het complete overzicht van de geraadpleegde jurisprudentie; het register op de wetsartikelen en verdragsteksten die in de hoofdtekst aan de orde komen; de index op auteurs en trefwoorden. In deze proefschriften wordt opvallend veel aandacht besteed aan de definiëring van de kernbegrippen, en aan een min of meer compleet overzicht van de in de literatuur naar voren gebrachte standpunten en interpretaties. Wanneer in de opgeworpen rechtsvraag een eigen stelling wordt betrokken, gebeurt dit pas in het concluderende hoofdstuk.

Het juridisch onderzoek onderscheidt zich van de praktische rechtsbeoefening door de algemeenheid van de vraagstelling, de gerichtheid op de ontwikkeling van de doctrine en de evenwichtige en volledige wijze waarop de standpunten worden gepresenteerd.

3 Juridisch onderzoek als vorm van wetenschapsbeoefening

Wetenschap is het streven naar vergroting van kennis. Wetenschapsfilosofen onderscheiden drie wegen waarlangs onze kennis kan groeien.ⁱⁱ In de eerste plaats kan onze kennis toenemen door de veelheid van toevallige normen en begrippen beter te ordenen en deze terug te brengen tot een harde kern. Meestal wordt deze weg naar kennis aangeduid als die van de theorie. Onze kennis neemt toe wanneer wij weten dat de relatie tussen vormgebreken en nietigheden van besluiten niet alleen geldt voor het handelsrecht maar ook voor het bestuursrecht. Onze algemene kennis neemt toe, wanneer wij weten dat de hoedanigheid van de persoon en dan met name zijn gebrek aan deskundigheid in verschillende rechtsstelsels en op verschillende rechtsgebieden telkens weer een afwijking rechtvaardigt van de algemene regels van het contractenrecht. Kennis van een klein aantal basisregels helpt ons zo om een groter deel van de rechtsbeoefening te begrijpen en op consistentie en aanvaardbaarheid te beoordelen.

De tweede vorm van kennisvooruitgang is het wegnemen van inconsistenties en tegenspraak. Wanneer uit dezelfde gegevens zowel A als niet-A kan worden afgeleid, zonder dat wij weten waarom, beschikken wij over onzekere kennis. Onze kennis wordt in deze optiek uitgebreid doordat successievelijk steeds meer onderlinge tegenstrijdigheden worden opgeheven. Zo lijkt het tegenstrijdig dat wanneer de officier van Justitie een onrechtmatig verkregen bewijs inbrengt dit naar het oordeel van de strafrechter in de meeste gevallen buiten beschouwing dient te blijven, terwijl wanneer in een zakelijk geschil bepaalde feiten op slinkse wijze werden vastgesteld dit bewijs, indien de juistheid onomstreden is, door de civiele rechter meestal wel wordt toegelaten. Deze schijnbare tegenstelling verdwijnt, wanneer dit verschil in uitkomst wordt verbonden aan het onderscheid tussen het legaliteitsbeginsel dat het optreden van politie en justitie normeert en het autonomiebeginsel waarop de partijen in het civiele geding zich beroepen.

De derde vorm van kennisvooruitgang is het in kaart brengen van 'terra incognita', het wegwerken van 'witte vlekken'. Hiervan is het proefschrift van Nelissen een interessant voorbeeld. Uit de tijd van Hugo de Groot dateert nog de gedachte dat de kapitein op volle zee een onbeperkte autonomie toekomt. Maar het is vreemd dat in het verdrag van Kyoto wereldwijd ingrijpende beperkingen worden opgelegd aan industriële activiteiten, terwijl overheden geen zeggenschap hebben over het handelen van zeeschepen op volle zee. Aan de hand van recente internationale verdragen en rechterlijke uitspraken laat Nelissen zien dat de

rechtsontwikkeling tendeert naar een bevoegdheid, en dus ook een beleidsplicht, voor de zogeheten vlaggestaten. Ook bij gebruik van internet zien wij dat allerlei nieuwe transacties onder de werking van het reeds bestaande recht worden gebracht. Onze juridische kennis neemt toe wanneer wij weten hoe klassieke rechten - zoals de vrijheid van meningsuiting, het respect voor de persoonlijke levenssfeer en het discriminatieverbod - zich tot elkaar verhouden wanneer aanstootgevende uitspraken worden gepubliceerd op algemeen toegankelijke internetsites.

In onze steekproef van vijf proefschriften kwamen al deze vormen van kennisvermeerdering voor. Bij Dumoulin en Kremer ging het primair om het opheffen van een schijnbare tegenspraak in het huidige recht. Bij het proefschrift van Nelissen wordt nog onontgonnen terrein in kaart gebracht. Bij Tjittes en Otte gaat het om de vraag hoe de gangbare doctrine ten aanzien van contractenrecht respectievelijk regelgeving kan worden genuanceerd. Zo beschouwd, voldoen aan alle vijf proefschriften aan de eerste eis van wetenschappelijkheid. Er is steeds sprake van een algemeen geformuleerde vraagstelling die mikt op vergroting van onze juridische kennis. Centraal staat de ontwikkeling van de doctrine.

Er is nog een *tweede eis die aan wetenschappelijk onderzoek wordt gesteld*. Het gaat niet alleen om meer of meer algemene kennis. Het moet vooral gaan om juiste, of ware kennis. Wat echter juist of waar is, is in de moderne wetenschap steeds aan principiële twijfel onderhevig. Zeker voor normatieve uitspraken geldt dat de juistheid daarvan niet gemakkelijk onomstotelijk kan worden aangetoond. Van een objectief waarheidsbegrip zijn de wetenschapsfilosofen in de vorige eeuw geleidelijk overgestapt op een meer *intersubjectief waarheidsbegrip*. Het gaat er om dat het *forum* van vakgenoten na kennisname van de stellingen en geleverde bewijzen kan besluiten tot aanvaarding van de aangedragen inzichten. Om deze, zo belangrijk geworden, oordeelvorming van het academische forum te ondersteunen, worden aan het wetenschappelijke onderzoek allerlei, voornamelijk *methodische eisen* gesteld.ⁱⁱⁱ Het onderzoek dient voor de lezer controleerbaar, herhaalbaar te zijn. Het is van belang dat de argumentatie van de onderzoeker precies is. Door het expliciteren van de gevolgde redenering kan beter worden beoordeeld of de argumentatie wel consistent en dragend is. De juridisch onderzoeker die zijn redenering voor het academisch forum volstrekt inzichtelijk maakt, stelt zich veel kwetsbaarder op dan de advocaat die zich bij zijn pleidooi voor de rechter van een knappe retoriek bedient. Een juridisch onderzoeker maakt het zijn criticasters in feite zo gemakkelijk mogelijk.

Zoals we in de vorige paragraaf hebben opgemerkt, wordt in de vijf proefschriften veel aandacht besteed aan een precieze weergave van de geraadpleegde juridische bronnen. De volgorde waarin de hoofdstukken staan gegroepeerd, ondersteunt de hoofdlijn van het betoog. De boeken beginnen met hoofdstukken waarin de vraagstelling, de begripsvorming en de historische ontwikkeling van het beschouwde recht uit de doeken worden gedaan. Na deze inleiding volgt het substantiële deel waarin wordt gerapporteerd over het - al dan niet vergelijkende, al dan niet beoordelende - onderzoek van de verschillende delen van het recht. Daarna volgt het concluderend deel. De centrale vraagstelling wordt beantwoord. Eventueel worden aanbevelingen geformuleerd voor de rechtspraktijk.

In vergelijking met sociaalwetenschappelijke proefschriften is de methodische verantwoording van de vijf juridische proefschriften zwak ontwikkeld. In de juridische proefschriften wordt geen onderscheid gemaakt tussen de inhoudelijke behandeling van een bepaalde rechtsvraag en de diverse stappen (afzonderlijke onderzoeken) die moeten worden gezet om deze rechtsvraag van een antwoord te voorzien. In de sociale wetenschappen wordt sinds de jaren zestig van de vorige eeuw een scherp onderscheid gemaakt tussen de inhoud van het onderzoek en de methodische keuzen: welke bronnen worden geraadpleegd, hoe worden de gegevens geïnterpreteerd en met elkaar vergeleken, hoe wordt er straks op basis

van deze interpretaties geconcludeerd. Overigens kwam er in de jaren zeventig van de vorige eeuw wel een reactie op het streven om de methodische kant van het sociaalwetenschappelijke onderzoek te verzelfstandigen en te vervolmaken. Inmiddels wordt het ook in de sociale wetenschappen weer algemeen geaccepteerd dat de inhoud van de onderzoeksvraag en de daarbij te hanteren methoden een sterke samenhang vertonen.

Maar opvallend blijft dat in de vijf proefschriften betrekkelijk weinig aandacht wordt besteed aan de *selectie* van de te onderzoeken rechtsstelsels, rechtsgebieden, rechtsbronnen, documenten, uitspraken en normen.

Bij het onderzoek van deze rechtsbronnen wordt een *begrippenkader* gehanteerd dat wordt ontleend aan de juridische doctrine. Nelissen die zich begeeft op het terrein van het internationale publiek recht waar de begripsvorming sterk omstreden is en Kremer die zich waagt aan interne rechtsvergelijking (strafrecht/privaatrecht) gaan vrij uitvoerig in op de te hanteren theoretische begrippen en de wijze waarop deze moeten worden toegepast. In de drie andere proefschriften werd kennelijk aangenomen dat de begripsvorming min of meer vanzelfsprekend is en geen nadere toelichting behoeft.

In drie van de vijf proefschriften wordt een beoordeling van het geldende recht gegeven. Dat kan alleen op controleerbare wijze gebeuren wanneer het te hanteren *normenkader* - meestal zullen dat de relevante rechtsbeginselen zijn - expliciet worden geselecteerd en toegelicht. In twee van de drie proefschriften is dat het geval. In het andere proefschrift komen wij een gebruik tegen dat - naar onze indruk - bij meer juridisch onderzoek aan de orde komt: er wordt wel een kritisch oordeel gegeven over het positief geldende recht, maar van te voren wordt niet aangegeven welke rechtsbeginselen of welke eisen van consistentie voor dit deel van het recht van betekenis zijn.

Vaak wordt van te voren niet aangegeven op welke wijze de auteur zijn conclusies zal trekken. Alleen Tjittes expliciteert steeds eerst de wijze van behandeling. Vooraf wordt uit de doeken gedaan wanneer een bepaalde stelling zal worden aanvaard en wanneer deze zal worden verworpen.

Gelet op deze laatste vier opmerkingen is er wel enige reden tot zorg. Niet alle vijf beschouwde proefschriften voldoen volledig aan de tweede eis van wetenschappelijk onderzoek, namelijk dat de door de onderzoeker gevolgde werkwijze goed kan worden gereconstrueerd. De methodische kant van het juridische onderzoek krijgt niet altijd de aandacht die het vanuit de moderne wetenschapsleer behoeft. Toch verschijnt er de laatste tijd meer literatuur over de eisen die aan de verschillende onderdelen van het juridische onderzoek gesteld mogen worden. De literatuur over de wijze waarop rechtsvergelijkend onderzoek moet worden uitgevoerd, groeit. Er komt ook meer literatuur beschikbaar over de wijze waarop positief geldend recht geconfronteerd moet worden met de van belang zijnde beginselen.

Hier ligt een uitdaging voor jonge onderzoekers van het recht. Meer dan in het verleden moeten de methodische keuzen die elk juridisch onderzoek nu eenmaal met zich meebrengt, expliciet worden onderbouwd. Bij het toelichten van de gekozen methoden moet niet alleen aandacht worden besteed aan het belang van het betreffende deelonderzoek voor de beantwoording van de centrale probleemstelling. Bij deze toelichting moet ook worden aangegeven hoe tegemoet gekomen werd aan de standaarden die voor dit type onderzoek inmiddels gangbaar zijn.

4. De focus, locus en ambities van juridisch onderzoek

In de vijf beoordeelde proefschriften komen we steeds eenzelfde type probleemstelling tegen: "onder welke omstandigheden is sprake van "X", en zijn dan of zouden dan de *rechtsgevolgen* "Y" moeten zijn". In alle vijf proefschriften kan de centrale probleemstelling

worden gereconstrueerd als een *rechtsvraag*. De focus van het onderzoek is steeds gericht op hoe het *behoort* te zijn (dus op behorensvragen).

In het eerste deel van de probleemstellingen gaat het om de inhoud van de juridische begrippen waarmee praktijkjuristen de relevante feiten plegen te kwalificeren (zoals: onrechtmatig verkregen bewijs, onrechtmatige besluitvorming, scheepsongeluk op volle zee, ondeskundigheid van personen en gebodsregulering). Welke definities zijn er van deze begrippen in omloop? Wat valt wel en niet onder deze begrippen?

Wanneer praktijkjuristen zich van juridische begrippen bedienen, is die activiteit meestal niet vrijblijvend. Altijd is er de kans dat er een rechtsgevolg zal optreden, waardoor de betrokkene een wijziging van zijn rechten of plichten ondergaat. Maar niet elke onrechtmatigheid leidt tot een nietig besluit en niet elk onrechtmatig verkregen bewijs wordt door de rechter geweigerd. Niet elke wrak, gebrekkig, schip kan door de kust- of havenstaat aan de ketting worden gelegd. Er vindt na de kwalificatie van de feiten in de praktijk nog een nadere afweging van belangen of een nadere interpretatie van de feiten plaats. Bij deze redenering grijpen praktijkjuristen terug op precedenten, nadere regels maar ook op leerstukken uit de doctrine. In de rechtspraktijk ontstaan er soms inconsistenties. De systematiek is dan zoek.

Hoewel ook de juridische onderzoekers veel belang hechten aan de rechtsgevolgen, gaat het hen primair om de systematiek en de logica van de gevolgde redenering. In het tweede deel van de probleemstellingen gaat het over de algemene redenering die het argument voor het optreden van de rechtsgevolgen zou moeten dragen.

Het juridisch onderzoek is in feite een systematische reflectie op de professionele rechtspraktijk. Daarbij wordt gekozen voor een 'intern perspectief' waarbij de begrippen en de te hanteren beginselen zoveel mogelijk aan het geldende recht zelf worden ontleend. Het streven van de juridische onderzoekers is gericht op het opheffen van inconsistenties, het wegwerken van de witte vlekken en het meer systematisch en eenvoudig ordenen van hetgeen reeds bekend is. Daarmee is ook de locus, het object, van de rechtswetenschap gegeven. Dat object is namelijk het positief geldend recht. Maar in tegenstelling tot de praktijkjurist zal de wetenschappelijk onderzoeker ook het geldend recht van andere rechtsgebieden en rechtsstelsels aan onderzoek willen onderwerpen, bijvoorbeeld bij een rechtsvergelijkend aanpak.

De nauwe verwantschap tussen de focus (de algemene rechtsvragen) en de locus (het positief geldend recht) brengt met zich mee dat veel fundamenteel juridisch onderzoek (dat dus gericht is op de ontwikkeling van de juridische doctrine) tegelijkertijd ook praktische relevantie heeft. Zo wordt het voorstel dat Otte deed om de weggebruiker meer aan te spreken op diens eigen verantwoordelijkheid en niet te volstaan met het laten betalen van een financiële aflaat (de Mulderboete) inmiddels vertaald in het zogeheten 'puntenstelsel' waarbij na een bepaald aantal overtredingen het rijbewijs tijdelijk of permanent wordt ingetrokken. Ook het voorstel van Kremer om geen wettelijke regels te formuleren over het niet toelaten van onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken heeft navolging gekregen.

Bij juridisch onderzoek gaat het om de beantwoording van algemene vragen over de inhoud en interne consistentie van het recht.

5 Methoden van juridisch onderzoek

Bij juridisch onderzoek worden de begrippen en conclusies waarvan de praktijkjuristen (waaronder wetgevers, rechters, bestuurjuristen, etc) zich bedienen tegen het licht gehouden. Zijn de conclusies consistent? Worden gelijke gevallen gelijk behandeld? Worden begrippen in het ene rechtsgebied op eenzelfde wijze gehanteerd als in het andere

rechtsgebied? De juridisch onderzoeker wil niet alleen inconsistenties blootleggen. Ook eventuele onbillijkheden en onrechtvaardigheden moeten worden gesignaleerd.

Ten aanzien van het verkeersrecht gelden drie beginselen: vlotheid, vertrouwen en veiligheid. Otte toetst het nieuwe reglement verkeersregels en verkeerstekens aan de mate waarin deze drie normen en dan met name het veiligheidsbeginsel adequaat worden gediend. We hebben het dan over de *kritische functie* van het juridisch onderzoek. De toetsing van het gepositieerde recht aan de relevante *beginselen*. Vaak zal het relevante beoordelingskader gekenmerkt worden door verschillende beginselen die met elkaar in tegenspraak lijken te zijn (een spanningsveld). Tegenover het beginsel van de gelijkheid voor de wet staat het beginsel dat zwakkere partijen de bescherming van de staat kunnen inroepen. Tegenover het beginsel dat de wet moet worden nageleefd en overtredingen moeten worden aangepakt, staat het beginsel dat de overheid doelmatig met haar schaarse middelen om moet gaan. In drie van de vijf proefschriften vindt een kritische beoordeling van het geldende recht aan de hand van beginselen plaats.

De rechtswetenschap wordt niet beoefend in een ivoren toren. Er is onder de academische juristen sprake van grote betrokkenheid. Wanneer een onbillijkheid of inconsistentie wordt geconstateerd, is er kennelijk een niet te onderdrukken neiging om met een verbeterd ontwerp te komen. Het ontwikkelen van oplossingen voor gesignaleerde problemen betekent dat juridische onderzoekers ook ontwerpende methoden gebruiken. Eén van de manieren waarmee ontwerpend onderzoek kan worden ondersteund, is om te kijken hoe soortgelijke problemen worden opgelost in andere landen (externe rechtsvergelijking) en in andere rechtsgebieden (interne rechtsvergelijking).

In drie van de vijf proefschriften heeft interne rechtsvergelijking plaatsgevonden. In alle vijf proefschriften was sprake van externe rechtsvergelijking. Vaak betrof deze externe rechtsvergelijking een raadpleging van de juridisch handboeken uit de andere rechtsstelsels. De reden voor het rechtsvergelijkend onderzoek was meestal niet om een nieuwe oplossing te ontwerpen, maar werd veeleer ingegeven door de behoefte om een betere zicht te krijgen op de plaats van de rechtsfiguur in het eigen rechtsstelsel.

De kern van het juridisch onderzoek wordt gevormd door algemene begripsvorming, kwalificeren van feiten, vergelijken, redeneren en concluderen over de rechtsgevolgen. Daarbij hebben wij de volgende methoden van onderzoek aangetroffen:

1. rechtshistorisch onderzoek naar de totstandkoming van bepaalde normen, bevoegdheden, instituties;
2. inventariserend onderzoek van primaire bronnen: jurisprudentieanalyse, wetgevingsoverzicht, etc;
3. toetsing van de interne consistentie van het geldende recht;
4. toetsing aan relevante beginselen;
5. interne rechtsvergelijking;
6. externe rechtsvergelijking;
7. ex ante toetsing van aanbevelingen (nieuw ontworpen regelingen).

Naast deze zeven methoden van juridisch onderzoek wordt soms ook een zijstapje gemaakt naar de sociale wetenschappen. Die zijsprong kan twee vormen aannemen. Soms is er sprake van een empirische evaluatie van de naleving, handhaving en doorwerking van een bepaalde rechtsfiguur (evaluatieonderzoek). Er wordt dan een 'zijns-vraag' gesteld. Het object van onderzoek is nu normgerelateerd gedrag.

Soms ook wordt er in de juridische proefschriften gespeculeerd over mogelijke verklaringen voor gevonden verschillen tussen rechtsstelsels en rechtsgebieden naar plaats (externe rechtsvergelijking) en tijd (rechtsgeschiedenis). Bij het zoeken naar deze verklaringen^{iv} begeeft de juridisch onderzoeker zich overigens vaker op het terrein van de

theorievorming (macrosociologie en macroeconomie) dan dat pogingen worden gedaan om de geformuleerde hypothesen te toetsen (bijvoorbeeld met behulp van multicausale modellen).

Bij het bestudeerde juridische onderzoek worden de zeven onderscheiden methoden vaak gelijktijdig aangetroffen. In alle vijf proefschriften was sprake van een rechtshistorische inleiding waarbij en passant ook de centrale begrippen werden gedefinieerd. Ook was in alle vijf proefschriften sprake van een inventariserend onderzoek van primaire juridische bronnen. Dat er een toetsing van de interne consistentie van het geldende recht had plaatsgevonden, kon voor vier van de vijf proefschriften aannemelijk worden gemaakt. De toetsing van het geldende recht aan relevante beginselen kwam in drie van de vijf proefschriften aan de orde. Over het voorkomen van interne en externe rechtsvergelijking zijn hierboven reeds opmerkingen gemaakt. Het van te voren beoordelen van de haalbaarheid van de geformuleerde aanbevelingen werd slechts in één proefschrift expliciet aan de orde gesteld.

Bij sociaalwetenschappelijk onderzoek is het gebruikelijk dat slechts een of twee methoden in hetzelfde (proefschrift)onderzoek worden toegepast. De inzet van deze methoden wordt dan echter wel expliciet gemotiveerd en verantwoord. In het juridisch onderzoek lijkt het veel meer zo te zijn dat de centrale stelling langs meerdere wegen wordt onderbouwd, zonder dat het gebruik van de verschillende methoden afzonderlijk wordt gemotiveerd en verantwoord. In het juridische onderzoek lijkt te gelden dat wat via meerdere methoden aannemelijk gemaakt kan worden, een betrekkelijk robuust resultaat oplevert. En ook vanuit de wetenschapsleer is daar wel iets voor te zeggen.

6. Besluit

In deze bijdrage is een poging gedaan de methoden van het huidige juridisch onderzoek te typeren door te kijken naar vijf voorbeeldige proefschriften. Daarbij zijn we ingegaan op vier, voor een wetenschap typerende, kenmerken:

- ❖ de aard en algemeenheid van de gekozen vraagstelling (probleemstelling)
- ❖ de keuze en verantwoording van de gehanteerde methoden van gegevensverzameling en gegevensanalyse
- ❖ de verhouding met het (beroeps)veld, en
- ❖ het object en de optiek van de wetenschapsbeoefening.

Er werden zeven methoden van juridisch onderzoek onderscheiden: Daarbij hebben wij de volgende methoden van onderzoek aangetroffen: rechtshistorisch onderzoek; inventariserend onderzoek van primaire bronnen; toetsing van de interne consistentie van geldend recht; beginseltoetsing van geldend recht; interne rechtsvergelijking; externe rechtsvergelijking; ex ante beoordeling van nieuw ontworpen regelingen.

We constateerden dat het juridisch onderzoek in haar reflectie op de rechtspraktijk bij voorkeur gebruik maakt van een combinatie van methoden. Met deze combinatie van methoden wordt de kracht van het juridische onderzoek vergroot.

Aan de verantwoording en keuze van de gehanteerde methoden wordt - in vergelijking met de sociale wetenschappen - nog betrekkelijk weinig aandacht besteed. Het is een uitdaging voor senioronderzoekers om de juridische methoden van onderzoek te standaardiseren. Eén van de manieren om daar aan te werken is die van de geleidelijkheid. Om te beginnen zou in de volgende generatie juridische proefschrift expliciet aandacht besteed moeten worden aan een zakelijke toelichting op de gekozen begrippen, beginselen en methoden.

Voetnoten:

ⁱ Het gaat om: M. Otte, Het stelsel van gedragsregels in het wegverkeer, Arnhem, 1993; R.P.J.L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, Den Haag, 1994; F.A. Nelissen, Scheepswrakken en wrakke schepen, Den Haag, 1997; M. Kremer, Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken, Groningen, 1999; en S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, Deventer 1999.

ⁱⁱ Imre Lakatos en Alan Musgrave (red), Criticism and the Growth of knowledge, Cambridge 1970.

ⁱⁱⁱ A.D. de Groot, The theory of the Science Forum, subject and purport, in: Methodology and Science, 1984, vol.17, nr.4, pp.230-259.

^{iv} M. Herweijer, Bronnen van beleidsverandering, in: Bestuurskunde, jrg.10, nr.6, 2001, pp.230-241.