

De rechtshistorische en de rechtsgeleerde methode

Jaap Hage

Vanaf 1991 heb ik het voorrecht gehad een naaste collega te mogen zijn van Louis Berkvens. Meer nog dan een zorgvuldig bestuurder is Louis een historicus in hart en nieren. Zijn liefde voor de geschiedenis van de Limburgse territoria en in het bijzonder het recht van deze gebieden straalt van hem af en soms lijkt het wel alsof Louis het meest gelukkig is als hij zich kan verdiepen in oude documenten die licht doen schijnen op bronnen van het oud-Limburgse recht.

Louis werkt in de capaciteitsgroep Grondslagen en Methoden (voorheen Metajuridica) van de Maastrichtse rechtenfaculteit en een bijzonderheid van deze capaciteitsgroep is dat deze plaats biedt aan docenten en onderzoekers van bijzonder heterogeen pluimage. Behalve rechtshistorici hebben rechtseconomen, kenners van het (burgerlijk) procesrecht, rechtssociologen, politieke wetenschappers en (rechts) filosofen van dit bonte gezelschap deel uitgemaakt. Het tekent Louis dat hij zich in deze diverse omgeving steeds thuis heeft gevoeld. Hoewel een pure historicus van oorsprong, heeft hij zich ten behoeve van het onderwijs verdiept in allerlei onderdelen van het recht en de metajuridica.

Dat dit niet vanzelfsprekend is, hoop ik hieronder duidelijk te maken. Ik zal namelijk proberen te laten zien dat de methode van de rechtshistoricus een geheel andere is dan die van de jurist, zelfs al is het object van hun onderzoek – het recht – voor beiden hetzelfde en lijken ze hetzelfde te doen met dat object, namelijk het beschrijven van de inhoud.

Methodes

Een wetenschappelijke methode geeft aan wat voor soort argumenten gebruikt kunnen worden om antwoorden op onderzoeksvragen te rechtvaardigen. Zo kunnen in de natuurwetenschappen experimenten worden gedaan om hypothesen te falsificeren, kunnen in de sociale wetenschappen enquêtes worden gebruikt om te bepalen wat de sociale werkelijkheid inhoudt en kunnen in de wiskunde bewijzen worden geleverd door theorema's uit axioma's af te leiden. Ook rechtswetenschappers hanteren een methode. Of eigenlijk zou het beter zijn om te schrijven dat rechtswetenschappers verschillende methodes hanteren, afhankelijk van het soort onderzoeksvragen dat ze willen beantwoorden. Zo is het mogelijk om het recht te bestuderen als onderdeel van de sociale werkelijkheid en dan zijn methodes die worden ontleend aan de sociologie het meest voor de hand liggend. Ook is het mogelijk om de efficiëntie van rechtsregels te beoordelen, en dan liggen methodes uit de economie voor de hand. Als het er om gaat te bepalen of het recht rechtvaardig is, kunnen methodes uit de ethiek uitkomst bieden.

Maar veel rechtswetenschappers houden zich bezig met de vraag naar de inhoud van het recht. Traditionele rechtswetenschappers die dit doen beoefenen de zogenoemde ‘doctrinaire rechtswetenschap’ of ‘juridische dogmatiek’. Maar ook rechtshistorici houden zich regelmatig bezig met de vraag hoe het recht luidt, of – beter – met de vraag hoe het recht luidde. Men zou dan kunnen denken dat deze rechtshistorici dezelfde methodes kunnen gebruiken als doctrinaire rechtswetenschappers (verder: rechtsgeleerden). Immers, als men dezelfde vraag stelt ten aanzien van het zelfde kennisobject – het recht – dan kan men toch dezelfde methode gebruiken? We zullen zien dat dit toch niet het geval is en ik zal proberen duidelijk te maken waarom de rechtshistorische methode – even simplificerend aannemend dat er maar één zo’n methode is – een andere is dan de rechtsgeleerde methode.

Het geval Wilders

In oktober 2010 werd Geert Wilders voor de rechtbank te Amsterdam onder meer ten laste gelegd dat ‘hij op één of meer tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 8 augustus 2007 tot en met 27 maart 2008 te Den Haag en/of Amsterdam en/of (elders in) Nederland, zich meermalen, althans eenmaal, (telkens) in het openbaar, mondeling, bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend heeft uitgelaten over een groep mensen, te weten moslims, wegens hun godsdienst’.

In deze zaak waren tegelijk (tenminste) twee vragen aan de orde. Ten eerste was er de juridisch-technische vraag of het beledigen van de Islam kan worden opgevat als het beledigen van een groep mensen vanwege hun godsdienst. Daarnaast was er de meer fundamentele vraag of bepaalde leden van de gemeenschap en meer in het bijzonder politici hun mening zouden mogen uiten over andere leden van de samenleving en hun godsdienst, ook als de wijze waarop ze dat doen beledigend is. Geen van beide vragen heeft een eenvoudig antwoord, mede ook omdat het antwoord op de tweede, meer fundamentele, vraag medebepalend is voor het antwoord op de eerste, juridisch-technische, vraag.

Geert Wilders werd door de rechtbank van het tenlastegelegde vrijgesproken. Met deze vrijspraak gaf de rechtbank aan dat het niet strafbaar is om een godsdienst te beledigen, zolang de belediging van de godsdienst maar niet gepaard gaat met belediging van een groep mensen vanwege hun godsdienst. De rechtbank beschreef in het kader van zijn vonnis het recht – het is in Nederland niet strafbaar om een godsdienst te beledigen, zolang de belediging van de godsdienst maar niet gepaard gaat met belediging van een groep mensen vanwege hun godsdienst – en het is leerzaam te analyseren waarop deze beschrijving is gebaseerd.

Om te beginnen is er de wettelijke bepaling van artikel 137c, lid 1 van het Wetboek van Strafrecht, die luidt:

‘Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichame-

lijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.’

Deze bepaling geeft, op zich beschouwd, geen aanknopingspunten ter beantwoording van de vraag of het beledigen van een godsdienst kan worden opgevat als het beledigen van een groep mensen wegens hun godsdienst.

Volgens de rechtbank blijkt uit de parlementaire stukken met betrekking tot de totstandkoming van de wetbepaling dat alleen het aantasten van de eigenwaarde of het in diskrediet brengen van de groep, omdat die van een bepaald ras is, een bepaalde godsdienst belijdt of een bepaalde levensovertuiging is toegedaan, strafbaar is en dat kritiek op opvattingen en gedragingen buiten het bereik van de strafbepaling valt. Hierbij valt op dat volgens de rechtbank de ontstaansgeschiedenis van de wettelijke bepaling (mede)bepalend is voor het toepassingsbereik van de op de strafbepaling gebaseerde rechtsregel. Ik kom in de volgende paragraaf nog terug op het schijnbaar futiele onderscheid tussen de wettelijke (straf)bepaling en de op deze bepaling gebaseerde regel.

Verder verwijst de rechtbank naar een arrest van de Hoge Raad dat zou stellen dat ‘gelet op de beperkte reikwijdte van artikel 137c Sr die door de wetgever is beoogd, vereist is dat de uitlating onmiskenbaar betrekking heeft op een bepaalde groep mensen die door hun godsdienst wordt gekenmerkt.’ Blijkbaar is dit arrest medebepalend voor de inhoud van het recht.

De rechtsgeleerde methode

Er is met een zekere regelmaat op gewezen dat het motiveren van een rechterlijke beslissing – en van een rechtsbeslissing in een concreet geval in het algemeen – kan worden gegoten in de vorm van een deductief geldige redenering. Deze redenering wordt vaak ten onrechte omschreven als een (juridisch) syllogisme, maar dat terzijde. De redenering heeft als conclusie het rechtsgevolg in het concrete geval en als premissen een abstracte omschrijving van het relevante recht en een beschrijving van de feiten van het concrete geval, die duidelijk maakt dat het abstract omschreven recht op het concrete geval van toepassing is.

Als een beslissing in een concreet geval moeilijk is, kan dat twee oorzaken hebben. Ten eerste kan het lastig zijn de feiten van het concrete geval te bewijzen. Op deze bewijskwestie zal ik hier niet verder ingaan. Ten tweede kan er verschil van mening bestaan over hoe het abstract omschreven recht luidt. Is het bijvoorbeeld inderdaad zo dat het in Nederland niet strafbaar is om een godsdienst te beledigen, zolang de belediging van de godsdienst maar niet gepaard gaat met belediging van een groep mensen vanwege hun godsdienst? Bij het vaststellen van wat het recht *in abstracto* inhoudt doen juridische beslissers een beroep op zogeheten ‘rechtsbronnen’. Deze rechtsbronnen bevatten teksten waarvan wordt aangenomen dat deze de inhoud van het recht bepalen. Wat rechtsbronnen zijn, kan naar tijd en plaats verschillen, maar in Nederland is er momenteel geen discussie over dat wetgeving en verdragen rechtsbronnen zijn.

Een tekst in een rechtsbron kan de feitelijke grondslag voor een rechtsregel zijn. Mogelijk klinkt dit nodeloos ingewikkeld. Waarom zijn bijvoorbeeld de wetteksten zelf niet de rechtsregels? Omdat rechtsregels immaterieel zijn en bestaan uit voorwaarden en rechtsgevolgen die aan elkaar worden gekoppeld. Teksten van wetgeving zijn misschien ook wel immaterieel, maar ze bestaan vaak niet uit duidelijke voorwaarden waaraan rechtsgevolgen worden verbonden. Neem bijvoorbeeld het al eerder geciteerde artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht. Dit luidt:

‘Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.’

Zoals bij wat grondiger lezing blijkt, gaat dit artikel over 32 (vier maal acht) verschillende soorten gevallen, waaronder het zich mondeling beledigend uitlaten over een groep mensen wegens hun ras en het zich bij afbeelding opzettelijk beledigend uitlaten over een groep mensen wegens hun verstandelijke handicap. De wetgever heeft door middel van één wettelijke bepaling 32 verschillende rechtsregels gemaakt, die alle hetzelfde rechtsgevolg hebben, te weten gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.

Eén van de dingen die juridische beslissers, maar ook rechtsgeleerde auteurs, doen is het bepalen welke rechtsregels een grondslag vinden in de bestaande rechtsbronnen. Als het gaat om het vaststellen van het recht *in abstracto* – en daar hebben we het nu over – is er geen wezenlijk verschil tussen de werkzaamheden van een juridische beslisser en die van een rechtsgeleerde. Als we het over de rechtsgeleerde methode hebben, kunnen we ons dus gerust enkel op het rechtsgeleerde onderzoek richten en de juridische beslisser, hoe belangrijk ook, buiten beschouwing laten.

Om het recht *in abstracto* te beschrijven volstaat het niet om de rechtsbronnen te bestuderen teneinde vast te stellen welke rechtsregels daarin kunnen worden gefundeerd. Het recht omvat meer dan enkel in de rechtsbronnen te vinden is. Neem bijvoorbeeld de vraag of het strafbaar is op grond van artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht om zich bij geschrift opzettelijk beledigend uit te laten over een groep mensen wegens hun pedoseksuele gerichtheid. Strikt genomen zegt artikel 137c hier niets over, maar met enige goede – of zo men wil: kwade – wil kan men betogen dat het artikel ook over belediging wegens pedoseksualiteit gaat. Immers pedoseksualiteit is hetzij hetero-, hetzij homoseksueel en daarom is, zo zou men kunnen betogen, belediging wegens pedoseksuele gerichtheid ook altijd strafbare belediging wegens hetero- of homoseksuele gerichtheid. Het gaat hier niet om het vaststellen van welke regels gebaseerd kunnen worden op artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht, maar om beantwoording van de vraag wat het recht *in abstracto* inhoudt gegeven de regels die op dit artikel kunnen worden gebaseerd. Bij het beantwoorden van deze vraag spelen niet alleen de op artikel 137c gebaseerde regels een rol, maar mogelijk

ook de wetsgeschiedenis, de strekking van de regels voor zover die anders zijn dan de bedoeling van de historische wetgever, de bestaande jurisprudentie, de beginselen en waarden die aan het recht ten grondslag liggen, de in grondwet en verdragen neergelegde fundamentele rechten en de jurisprudentie die daarop betrekking heeft en de dynamiek van de maatschappelijke opvattingen en wetenschappelijke inzichten.

Het interne perspectief

Kort samengevat komt de rechtswetenschappelijke methode ten eerste neer op het identificeren van de bronnen van het geldende recht en de regels die daarop zijn gebaseerd en ten tweede op het construeren van een abstracte formulering van het geldende recht, waarbij naast de geïdentificeerde regels ook andere factoren een rol spelen. Het debat over de rechtsgeleerde methode, soms ook het ‘rechtsvindingsdebat’ genoemd, draait om wat in het kader van deze twee stappen aan de orde moet en mag komen en om wat de verhouding is tussen de potentieel veel als relevant geïdentificeerde factoren.

Het valt op dat deze rechtsgeleerde methode sterk verwant is aan de methode van de juridische beslisser. Het antwoord op de vraag naar de inhoud van het recht wordt sterk gekleurd door het ‘interne’ perspectief van de rechtsgeleerde. Met dit ‘interne’ perspectief bedoel ik dat de rechtsgeleerde zich committeert aan het recht zoals hij dat beschrijft. Het rechtsgeleerde onderzoek is geen, of niet alleen, neutrale beschrijving van wat het recht is, maar ook stellingname in de kwestie hoe het recht de samenleving moet vorm geven. In termen van het voorbeeld van belediging wegens pedoseksuele gerichtheid gaat het niet enkel om de kwestie of het recht dergelijke belediging strafbaar maakt, maar ook om de kwestie of de samenleving dergelijke belediging door middel van het recht moet bestraffen. Voor de rechtsgeleerde die het interne perspectief hanteert zijn dit zelfs geen twee verschillende kwesties: de vraag wat het recht inhoudt verschilt voor hem niet van de vraag wat het recht zou moeten inhouden.

De rechtshistorische methode

Rechtshistorici beantwoorden verschillende soorten vragen, waaronder die naar de verklaring van het recht in een bepaalde tijd. Hier zal ik me echter enkel richten op de rechtsgeschiedenis voor zover deze beoogt het recht van een bepaalde tijd in het verleden en op een bepaalde plaats te beschrijven. In praktijk zal het hierbij natuurlijk niet gaan om het gehele recht in een bepaalde tijd op een bepaalde plaats, maar slechts om een gedeelte daarvan. Voor de methode van het beschrijvende rechtshistorische onderzoek is dit echter niet van belang.

De rechtshistorische methode – want zo zal ik de methode waarover ik het zal hebben maar noemen – verschilt in tenminste twee opzichten van de hierboven beschreven rechtsgeleerde methode. Om te beginnen kiest de rechtshistorische methode niet voor het interne perspectief op het recht. We zouden de rechtsgeschiedenis daarom ‘onthecht’ ten opzichte van het recht kunnen noemen. Ten tweede geldt dat de rechtshistoricus met andere bronnen werkt dan de rechtsgeleerde. Waar de rechts-

geleerde werkt met rechtsbronnen aan de hand waarvan geldend recht kan worden geïdentificeerd, werken rechtshistorici met bronnen waaruit kan worden opgemaakt welk recht op een bepaalde tijd en plaats feitelijk werd gehanteerd. We zouden de bronnen waarmee de rechtsgeleerde werkt ‘geldingsbronnen’ kunnen noemen en dan zouden de bronnen die de rechtshistoricus gebruikt als ‘kenbronnen’ kunnen worden gekwalificeerd. Ik zal op beide verschillen nader ingaan.

Als een rechtsgeleerde of – a *fortiori* – een juridische beslisser een oordeel geeft over de inhoud van het recht kan of zal dat gevolgen hebben voor mensen. Als de rechtbank beslist dat het beledigen van de islam niet tevens het beledigen van moslims wegens hun geloof is, betekent dit dat Geert Wilders niet gestraft zal worden voor het beledigen van moslims wegens hun geloof. Deze praktische betekenis van rechtsbeslissingen zal er mede de oorzaak van zijn dat juridische beslissers en rechtsgeleerden hun beschrijvingen van het geldende recht maken vanuit een intern perspectief. Als een rechtsvergelijker het recht beschrijft dat elders geldt, of als een rechtshistoricus het recht beschrijft dat in het verleden hier of ergens anders gold, dan zal deze beschrijving geen gevolgen hebben voor mensen, anders dan dat hun kennis van het recht wordt vergroot. Daarom zal een rechtshistoricus een onthecht perspectief op het recht hebben.

Het is nog niet zo eenvoudig aan te geven wat er verandert aan de wijze van beschrijven van het recht als het interne perspectief wordt vervangen door het onthechte perspectief. Natuurlijk is het mogelijk om te kijken wat rechtsgeleerden en rechtshistorici *de facto* doen, maar niets garandeert dat zij het ook goed doen en dat de praktijk kan dienen als maatstaf voor de methode. Deze onduidelijkheid wordt nog versterkt door het feit dat de rechtsgeleerden het onderling oneens zijn over hoe de inhoud van het recht moet worden vastgesteld, zelfs als men het interne perspectief hanteert. Moet bijvoorbeeld veel nadruk worden gelegd op de rechtszekerheid, of op de billijkheid in het concrete geval? Gaat het bij het doel van een regel om de bedoeling van de historische wetgever, of moet worden nagegaan wat de strekking van een regel is in het licht van mogelijk veranderde omstandigheden? Daar komt nog bij dat er ook een debat is tussen rechtspositivisten die van mening zijn dat ook rechtsgeleerden het recht op een onthechte wijze kunnen en moeten beschrijven en zelfverklaarde non-positivisten die menen dat het interne perspectief onvermijdelijk is. Als al niet duidelijk is wat het interne perspectief inhoudt, is het des te meer onduidelijk wat het verschil tussen het interne en het onthechte perspectief inhoudt.

De tweede factor die maakt dat de rechtshistorische methode verschilt van de rechtsgeleerde methode is dat rechtshistorici gebruik maken van kenbronnen van het recht. Deze kenbronnen kunnen samen vallen met geldingsbronnen. Zo is het mogelijk de inhoud van het recht te leren kennen vanuit wetgeving en rechtspraak. Maar er zijn ook kenbronnen die geen geldingsbronnen zijn, zoals niet-officiële documenten (oude kranten of geschiedschrijving, bijvoorbeeld) of mondelinge overlevering. Daar komt bij dat rechtshistorici vaak maar in beperkte mate zullen beschikken over de relevante kenbronnen. Of dat zo is, hangt mede af van de

periode waarvan ze het recht beschrijven. Een rechtshistoricus die wil beschrijven hoe het Nederlands zakenrecht in 1960 luidde zal nog de beschikking hebben over praktisch alle relevante materialen. Als het gaat om het recht in de twaalfde eeuw is het echter heel anders. Dan is het al mooi als volledige teksten van geldingsbronnen beschikbaar zijn. Vaak zullen dergelijke teksten echter niet, of slechts onvolledig, beschikbaar zijn en dan is het onvermijdelijk dat het recht uit de twaalfde eeuw soms wordt gereconstrueerd op basis van andere bronnen dan de tijdgenoten zelf zouden hebben gebruikt. Dit kan dan weer worden gekarakteriseerd door te zeggen dat rechtshistorici het recht *reconstrueren* aan de hand van *kenbronnen*, terwijl rechtsgeleerden het recht *construeren* aan de hand van *rechtsbronnen* en andere relevant geachte materialen.

Dit tweede verschil leidt tot een derde verschil tussen rechtsgeleerdheid en rechtsgeschiedenis. Waar rechtsgeleerden een theorie over de inhoud van het recht opbouwen aan de hand van een veelheid aan materialen, met daaronder een prominente plaats voor de geldingsbronnen van het recht, moeten rechtshistorici het vaak met minder doen. Daardoor zullen rechtsgeleerde beschrijvingen vaak dieper graven dan de rechtshistorische. De rechtszaak tegen Wilders kan dit weer illustreren. Een rechtshistoricus uit de vijfentwintigste eeuw vindt misschien een oud krantenbericht waarin wordt beschreven dat een eenentwintigste-eeuwse West-Europese politicus die onvriendelijke dingen over de islam schreef werd vrijgesproken van belediging van moslims. De historicus zou hieruit kunnen opmaken dat het blijkbaar in West-Europa in het begin van de eenentwintigste eeuw was toegestaan om moslims te beledigen. Ik ga er maar even van uit, mogelijk erg onrealistisch, dat het enige dat de rechtshistoricus ter beschikking zal staan krantenberichten zijn. Maar deze gechargeerde veronderstelling maakt wel duidelijk hoe beperkte beschikbaarheid van informatie kan leiden tot oppervlakkige beschrijvingen van het recht. Hiermee wil ik niet zeggen dat rechtshistorische beschrijvingen van het recht onvermijdelijk oppervlakkig zullen zijn. Het hangt sterk af van de beschikbaarheid van informatie. Toenemende kennis kan leiden tot steeds verfijndere beschrijvingen.

Toch blijft een belangrijk verschil dat rechtshistorici zich zullen baseren op kenbronnen en dat kennis van het recht die daarop is gebaseerd vaak beperkt zal blijven tot een beschrijving van de rechtsgevolgen die het recht aan bepaalde soorten casus verbindt. Een rechtsgeleerde beschrijving zou ook ingaan op de redenering waarmee het recht op grond van de rechtsbronnen wordt gereconstrueerd. Die zou bijvoorbeeld niet alleen aandacht besteden aan de letterlijke tekst van de wetgeving, maar ook op de wetgeschiedenis en het mensenrechtelijke kader waarbinnen discussies als die over Wilders worden gevoerd. Het recht dat op Wilders van toepassing is kan worden beschreven als het resultaat van de interactie tussen verscheidene factoren. Door het zo te beschrijven wordt tevens duidelijk hoe kleine veranderingen in de casus – bijvoorbeeld als Wilders betrappt zou zijn op beledigende opmerkingen over moslims als zodanig – tot een geheel andere uitkomst zouden leiden.

Er zijn dus tenminste twee factoren die maken dat de rechtshistorische beschrijving van het recht anders is dan de rechtsgeleerde beschrijving, namelijk dat rechtshistorici het recht onthecht benaderen en dat ze zich baseren op kenbronnen en niet (enkel) op geldingsbronnen. Deze twee verschillen leiden tot mogelijk tot een derde verschil, te weten dat de rechtshistorische beschrijven soms noodgedwongen oppervlakkiger moet blijven dan de rechtsgeleerde beschrijving.

Ten slotte

We zien dat doctrinaire rechtswetenschap en rechtsgeschiedenis zelfs als ze schijnbaar dezelfde vraag beantwoorden – hoe luidt het recht? – geheel verschillende disciplines zijn met verschillende methodes. Het zal nu des te meer duidelijk zijn dat het verblijf van een rasechte historicus in een faculteit der rechtsgeleerdheid daarom geen vanzelfsprekendheid is. Dat Louis het zo lang tussen de juristen heeft uitgehouden, geeft daarom blijk van een grote flexibiliteit die wij allen, dat wil zeggen de andere leden van de capgroep en de faculteit, bijzonder hebben gewaardeerd.