

Heeft ICT-recht een eigen methode?

Jaap Hage

Universiteit Maastricht en Universiteit Hasselt

e-mail: jaap.hage@maastrichtuniversity

In de loop van de inmiddels meer dan 20 jaren dat Aernout Schmidt zich heeft bezig gehouden met ICT en recht, heeft hij in zijn publicaties zijn licht laten schijnen over vele deelonderwerpen. Maar zoals al uit zijn proefschrift¹ bleek, reikt Aernout's belangstelling verder dan praktisch juridische kwesties. Eén zo'n wat theoretischer onderwerp dat zijn belangstelling heeft is de methode van de rechtswetenschap.

Sinds de subsidiëring van rechtsgeleerd onderzoek mede afhankelijk werd van de goedkeuring van sociale wetenschappers, die methodische eisen stelden aan onderzoeksvoorstellen², is er onder de Nederlandse juristen een opmerkelijke belangstelling ontstaan voor de methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek.³ Dat is niets te vroeg, maar de discussie over de methode(n) van de rechtswetenschap tot nog toe leidt niet aan een overmatige wetenschapsfilosofische diepgang.⁴ Aan de hand van de

¹ Schmidt 1987.

²Dat komt omdat het rechtsgeleerde onderzoek bij NWO is ondergebracht bij MAGW, waaraan ook de sociale wetenschappen meedoen.

³Dat het opeens over rechtswetenschap moet gaan, in plaats van de onder juristen meer gangbare term rechtsgeleerdheid, heeft mogelijk te maken met de provocerende titel van de rede van Stolker 'Ja, geleerd zijn jullie wel.' (Stolker 2003). Overigens pleitte Langemeijer ooit nadrukkelijk voor het handhaven van 'rechtsgeleerdheid', omdat hij een normatieve wetenschap - ten onrechte, zie hieronder - principieel onmogelijk achtte. Zie Langemeijer 1956, p. 290-296.

⁴Er was een poging van de Utrechtse rechtseconoom De Geest om tot enige diepgang te komen. Hij pleitte voor een rechtswetenschap gebaseerd op het selecteren van middelen bij voorgegeven doeleinden (De Geest 2004). Deze poging werd ten onrechte afgedaan als zijnde teveel geschoeid op natuurwetenschappelijke leest (Franken 2004). Natuurwetenschappen houden zich namelijk niet (primair) bezig met het selecteren van middelen. Overigens nam De Geest te gemakkelijk aan dat wetenschap niet kan bepalen welke doeleinden moeten worden nagestreefd. Ik kom daar nog op terug.

vraag of ICT-recht een eigen methode heeft (antwoord: ‘tot op zekere, maar beperkte hoogte’), wil ik hier proberen dat tekort aan diepgang enigszins te remediëren. In dit verband zal ik de volgende vragen aan de orde stellen:

1. Wat is een wetenschappelijke methode en wat is de rol van zo’n methode binnen een wetenschap?
2. Wat is een goede methode en wat is de relatie tussen een methode en het object van onderzoek?
3. Wat is de geschikte methode voor respectievelijk:
 - kennisverwerving in het algemeen,
 - voor rechtswetenschappelijke kennis in het algemeen en
 - voor ICT rechtswetenschap in het bijzonder.

Wat is een wetenschappelijke methode?

Geen argumentatie is mogelijk zonder premissen die verder niet meer worden beargumenteerd en dat geldt ook hier. Ik zal beginnen met een premisse over de aard van wetenschapsbeoefening. Die premisse luidt:

Wetenschapsbeoefening is een wijze waarop mensen samenwerken bij het verwerven van kennis.

In het vervolg zal ik, als ik schrijf over wetenschap of wetenschapsbeoefening, steeds het oog hebben op wetenschap in de zin van coöperatieve kennisverwerving.

Samenwerking ten behoeve van kennisverwerving is slechts mogelijk als aan enkele voorwaarden is voldaan. Om te beginnen moet worden aangenomen dat het object⁵ van de te verwerven kennis tenminste tot op zekere hoogte identiek is voor allen die bij de samenwerking betrokken zijn. Als ieder zijn eigen ‘waarheid’ zou hebben, heeft het weinig zin om gezamenlijk te proberen die waarheid op te sporen. De ene wetenschapper zou niet kunnen voortbouwen op de resultaten van de ander. Het valt te betogen dat deze

⁵ Dit gebruik van het woord ‘object’ mag niet worden geïnterpreteerd als zou het slechts gaan om kennis van de fysieke werkelijkheid. Ook de sociale werkelijkheid, of een kwestie van moeten of mogen, kan in principe het object zijn van kennisverwerving.

veronderstelling uitsluit dat bijvoorbeeld esthetica ooit als wetenschap beoefend zal worden. Maar ook als men, zoals Soeteman⁶, aanneemt dat recht een discursieve grootheid is, dat juridische waarheid niet empirisch is en zelfs niet van cognitieve aard, maar wordt geconstrueerd, is het niet op voorhand zeker dat rechtswetenschap überhaupt mogelijk is.⁷

De tweede vooronderstelling van wetenschap is dat er binnen de gemeenschap van samenwerkenden tot op grote hoogte overeenstemming bestaat over wat als goede redenen gelden voor het aanvaarden of het verwerpen van een opvatting.⁸ Stel dat bijvoorbeeld de ene wiskundige enkel een deductief bewijs zou aanvaarden als reden om een bepaalde stelling te aanvaarden, terwijl een andere wiskundige strikt zou vertrouwen op zintuiglijke waarneming. Het is dan niet aannemelijk dat deze twee wiskundigen zouden samenwerken bij het bouwen aan wiskundige kennis.

Ongetwijfeld zijn er nog meer randvoorwaarden voor het bestaan van wetenschap, zelfs randvoorwaarden die kunnen worden ontleend aan de hierboven vooronderstelde definitie van wetenschap⁹, maar de twee bovengenoemde volstaan om de rol van methoden in de wetenschap duidelijk te maken. Want wat is een wetenschappelijke methode? In één betekenis is het een wijze van te werk gaan in de wetenschap. Het is een procedure die gevolgd moet worden, wil de uitkomst als ‘wetenschappelijk’ te boek staan. Voorbeelden van zo’n procedure zouden de empirische cyclus zijn, zoals beschreven door De Groot¹⁰, en de methode van rechtsvinding die door Dworkin werd beschreven in het hoofdstuk ‘Hard Cases’ van *Taking Rights Seriously*.¹¹

⁶ Soeteman 2009, p. 5-13.

⁷ Ik denk dat het hieronder geschetste beeld van een universele methode te rijmen valt met wat Soeteman schrijft, maar dat hetzelfde geldt voor de opvatting dat er in het recht geen waarheid is en dat het spreken van juridische waarheden niet anders is dan retoriek.

⁸ Ik hanteer ‘opvatting’ hier al in een technische betekenis die ik later zal uitleggen.

⁹ Te denken valt aan de wijzen van publiceren van de resultaten van wetenschappelijk onderzoek (Stolker 2004; Smits 2007, par. 6.2) en aan de manier waarop de financiering is georganiseerd.

¹⁰ De Groot 1961, hoofdstuk 1.

¹¹ Dworkin 1978, p. 81-130.

In een andere betekenis van ‘methode’ geeft een wetenschappelijke methode aan wat gelden als goede redenen voor het aanvaarden of verwerpen van een opvatting. De collectieve adoptie van een bepaalde methode in deze zin van het woord komt er op neer dat er overeenstemming bestaat (of ontstaat) over wat als dergelijke goede redenen gelden. Is bijvoorbeeld de uitkomst van een opiniepeiling onder de volwassen bevolking van een land relevant om te bepalen hoe het recht in dat land luidt? Aangezien een dergelijke overeenstemming een noodzakelijke voorwaarde is voor wetenschap, is een gedeelde methode haast per definitie een bestaansvoorwaarde voor wetenschapsbeoefening.¹²

Wetenschappelijke methoden in de zin van wijze van tewerk gaan en in de zin van identificatie van goede redenen voor het aanvaarden of verwerpen van opvattingen hangen nauw samen. In het algemeen geldt dat redenen, en dus ook redenen voor het aanvaarden en verwerpen van opvattingen, *feiten* zijn die *relevant* zijn voor datgene waar het redenen voor of tegen zijn.¹³ Zo is het feit dat de Hoge Raad een wettelijke bepaling op een bepaalde manier heeft uitgelegd relevant voor de kennis dat de aldus uitgelegde bepaling deel uitmaakt van het Nederlandse recht. De aanvaarding van een methode is een keuze voor wat als relevant wordt beschouwd. Het is tevens een keuze voor het soort data dat verzameld moet worden teneinde verantwoord te kunnen redenen voor of tegen een opvatting. Als men bijvoorbeeld een hermeneutische methode hanteert voor de rechtswetenschap¹⁴, dan is het van belang informatie te vergaren omtrent de letterlijke, of de door de opsteller (de wetgever bijvoorbeeld) beoogde betekenis van een gezaghebbende tekst. Een rechtswetenschapper zou zo’n tekst dan moeten raadplegen en

¹² Dat wetenschap een gedeelde methode veronderstelt, sluit niet uit dat deze methode grotendeels impliciet is, of dat deze in de loop der jaren aan verandering onderhevig is. Als zo’n verandering drastisch is, bijvoorbeeld als de fysica op experimenten wordt gebaseerd in plaats van op de interpretatie van gezaghebbende teksten, dan verandert de aard van de wetenschap ook.

¹³ De aard van redenen wordt uitvoerig besproken in Hage 1997, hoofdstuk 2.

¹⁴ Deze methode is in veel landen waaronder Nederland nog bijzonder populair, blijkens de belangstelling voor het werk van Paul Scholten (Scholten 1974) en Ronald Dworkin (Dworkin 1986). Meer in het algemeen over de hermeneutische methode in de rechtswetenschap schrijft Smith 1997.

deze, zo mogelijk, letterlijk ('grammaticaal' plegen Nederlandse juristen te zeggen), of wetshistorisch moeten interpreteren.¹⁵

De juiste wijze van het beoefenen van rechtswetenschap, de methode in de eerste zin, wordt in belangrijke mate bepaald door de erkenning van bepaalde soorten informatie als relevant voor de aan de orde zijnde onderzoeksvraag, de methode in de tweede zin. Het is deze tweede zin van 'methode' die in deze bijdrage centraal zal staan en die ik in het onderstaande zal hanteren. Wetenschap is zonder een dergelijke methode welhaast onmogelijk.

Methode en de aard van het kennisdomein

De methode van wetenschap hangt niet in de lucht; hij bestaat niet enkel omdat hij de facto wordt gehanteerd. Normaal gesproken zal een wetenschappelijke methode worden gehanteerd, omdat men vindt dat deze methode leidt tot kennis over het object van de wetenschap. Dat wil zeggen dat de methode deel uit maakt van een theorie over het kennisdomein die meebrengt dat de gehanteerde methode geschikt is om kennis te verwerven.

Neem bijvoorbeeld de natuurwetenschappen. Men veronderstelt dat de natuur 'gehoorzaamt' aan een aantal wetten en dat de gevolgen van die wetten waargenomen kunnen worden. Dit leidt tot een methode waarin waarnemingsgegevens een centrale rol spelen. Deze gegevens leiden tot formulering van theorieën aangaande de inhoud van de wetten en deze theorieën worden getoetst aan (nieuwe) waarnemingsgegevens en zo nodig bijgesteld of geheel verworpen.¹⁶

¹⁵ Ik wil hiermee niet hebben gezegd dat de hermeneutische methode automatisch leidt tot grammaticale of wetshistorische interpretatie, maar slechts dat deze twee interpretatiemethoden goed passen in het spectrum van technieken om betekenis aan een tekst toe te kennen dat in een hermeneutische aanpak wordt gepropageerd. Overigens geldt dat naarmate de hermeneutiek minder specifiek is over de wijze waarop moet worden geïnterpreteerd, deze benadering minder een 'methode' is, omdat hij niets voorschrijft.

¹⁶ Popper 1963 hoofdstuk 1 en Harré 1985, hoofdstuk 2.

In de historische wetenschappen is het anders, maar toch vergelijkbaar.¹⁷ Er wordt aangenomen dat zich in de geschiedenis een aantal gebeurtenissen heeft voorgedaan. Deze gebeurtenissen hebben een aantal ‘getuigen’ achtergelaten. Dat kunnen schriftelijke stukken zijn, waarin van deze gebeurtenissen verslag wordt gedaan, maar ook (andere) materiële voorwerpen waarvan het bestaan en de aard door de veronderstelde gebeurtenissen wordt verklaard. Ook hier wordt een theorie geconstrueerd op basis van materiaal dat we heden aantreffen en dat we kunnen waarnemen.

De aard van het relevante materiaal is bij de geschiedenis anders dan in de fysische wetenschappen en de te vormen theorieën hebben niet zozeer betrekking op wetmatigheden als op individuele gebeurtenissen en feiten. Voor beide gevallen geldt evenwel dat er een methode is die aangeeft wat relevante informatie is ter ondersteuning van de te vormen theorieën en dat deze methode zelf berust op een theorie over de aard van het kennisdomein en hoe deze aard leidt tot bewijsmateriaal voor of tegen te vormen theorieën.

Typen van rechtswetenschap

Het is niet ongebruikelijk om bij wetenschappelijke methoden te denken aan de methoden van een discipline, bijvoorbeeld van de rechtswetenschap, van de biologie, of van de wiskunde. Strikt genomen is dat onjuist. Wat relevante argumenten zijn voor een conclusie hangt af van het soort vraag, niet noodzakelijkerwijs van de discipline waarbinnen de vraag wordt gesteld. Als bijvoorbeeld binnen de rechtswetenschap de vraag moet worden beantwoord wat de gevolgen zullen zijn van de invoering van een bepaalde regeling, dan zal de methode in beginsel dezelfde zijn als wanneer die vraag wordt gesteld in een sociologische context. En omgekeerd zullen binnen de rechtswetenschap andere argumenten relevant zijn voor de vraag hoe een wettelijke bepaling moet worden uitgelegd dan voor de vraag hoe een bepaalde regeling is te verklaren.

¹⁷ Voor een vergelijking tussen de geschiedwetenschap en de natuurwetenschappen, zie Nagel 1974, p. 47 e.v.

In dit licht lijkt het voor de hand te liggen om onderscheid te maken tussen verschillende vraagtypen en om bij elk type vraag te bepalen welke methode binnen een discipline *de facto* wordt gehanteerd en welke methode gehanteerd zou moeten worden.¹⁸ Het is dan ook denkbaar dat er binnen een discipline subdisciplines moeten worden onderscheiden, zoals bijvoorbeeld de ICT-rechtswetenschap als subdiscipline van de rechtswetenschap. Dat zou moeten als binnen de ICT-rechtswetenschap *de facto* andere argumenten als relevant zouden worden beschouwd dan in de 'gewone' rechtswetenschap, of als binnen de ICT-rechtswetenschap andere argumenten als relevant zouden *moeten* worden beschouwd. Dat dit het geval is, is in zekere zin vanzelfsprekend, want in de ICT-rechtswetenschap zullen argumenten over privacybescherming relevanter zijn dan in het recht met betrekking tot voedseladditieven, of het bestuursprocesrecht.

De vraag is of het op een abstracter niveau ook zo is. Als wordt afgezien van de details van de informatie en communicatietechnologie, zijn dan in de ICT-rechtswetenschap nog steeds andere soorten argumenten relevant dan in de rechtswetenschap in zijn algemeenheid.¹⁹ Ik zal betogen dat er een niet-triviaal abstract niveau is waarop alle wetenschappen dezelfde methode hebben en dat de concretere methoden van de verschillende wetenschappen alle concretisering zijn van deze 'algemene' methode. Enkel in die zin heeft ook de ICT-rechtswetenschap een eigen methode, namelijk de op de ICT toegespitste concretere versie van de algemene methode.

Rechtsgeleerdheid als onderhoud aan het rechtssysteem

Alvorens in te gaan op de algemene methode van wetenschappen, wil ik kort ingaan op de mogelijkheid dat de rechtsgeleerdheid geen wetenschap is en dat ook niet aspireert te zijn. Ik heb wetenschap namelijk gedefinieerd als coöperatieve kennisverwerving en mogelijk gaat het bij de rechtsgeleerdheid, althans bij een centraal onderdeel daarvan

¹⁸ Zo pleitten Stolker (2003), De Geest (2004) en Van Rhee (2004) voor verschillende methoden, op grond van verschillende soorten onderzoeksvragen die zij als de (juiste) vraagstelling van de rechtswetenschap zagen.

¹⁹ Ik neem nu maar even aan dat er zoiets bestaat als de rechtswetenschap in zijn algemeenheid en de argumenten die daarbinnen relevant zijn. Maar ik betwijfel of deze aanname correct is.

namelijk de dogmatische rechtsgeleerdheid, helemaal niet om kennisverwerving. Een plausibele interpretatie van de dogmatische rechtsgeleerdheid is namelijk dat deze zich bezig houdt met het *onderhoud van het rechtssysteem*. Dit onderhoud houdt in dat wordt bijgehouden wat het recht inhoudt, wat de inhoud van het recht verklaart en – hetgeen in de ogen van sommigen haast op hetzelfde neer komt – welke doeleinden met het recht worden nagestreefd. Er is een continu proces gaande van het bijhouden van de inhoud van het recht door nieuwe wetgeving, jurisprudentie en literatuur te verwerken en van het bijsturen van het recht door het te systematiseren en door te evalueren in hoeverre het recht zijn functies vervult en hoe het zou moeten worden aangepast teneinde deze functies nog beter te vervullen. Dit proces van onderhoud aan het rechtssysteem, of althans het leveren van een bijdrage daaraan, zou de (primaire) taak zijn van de dogmatische rechtsgeleerdheid.

Het onderhoud van het rechtssysteem is onmiskenbaar een intellectuele activiteit die moet voldoen aan maatstaven die even streng zijn als die van een wetenschap. Sterker nog, het moet gebruik maken van rechtswetenschappelijke kennis waar die beschikbaar is. maar dat maakt deze rechtsgeleerdheid niet tot *rechtswetenschap*, want onderhoud is geen kennisverwerving.

Met excuses bijvoorbeeld aan zowel de tandartsen als de rechtsgeleerden, zou ik een parallel willen trekken tussen wat een dogmatische rechtsgeleerde doet en wat een tandarts doet. Een tandarts verricht onderhoud aan een gebit, zoals een rechtsgeleerde dat doet aan het rechtssysteem, met dit verschil dat de tandarts ook daadwerkelijk ingrijpt, terwijl de rechtsgeleerde zich veelal beperkt tot adviezen aan wetgevers en rechters over hoe zou moeten worden ingegrepen. Net zoals een tandarts hooggeschoold dient te zijn om haar werk goed te doen, moet een jurist hooggeschoold zijn om zijn werk deskundig te verrichten. Beiden moeten idealiter de meest recente wetenschappelijke kennis

gebruiken om het onderhoud zo goed mogelijk te verrichten. Maar geen van beiden heeft als zodanig²⁰ tot doel om de hoeveelheid kennis op haar of zijn vakgebied te vergroten.²¹

Het verschil tussen de aldus opgevatte rechtsgeleerdheid en wetenschappen die zijn gericht op kennisverwerving wordt nog duidelijker als we zien wat wordt gedaan met de resultaten van een rechtsgeleerde discussie. In zo'n discussie worden argumenten aangevoerd over de uitleg van de bronnen van het recht, over hoe regelingen verklaard kunnen worden en over wat een goede regeling van een bepaalde kwestie zou zijn. In zoverre zou de rechtsgeleerde discussie nog kunnen worden opgevat als een deel van de wetenschap. Maar de discussie wordt niet almaar gecontinueerd zolang er geen eenduidig antwoord op de vragen voorhanden is. Zeker als het er om gaat hoe het recht in de toekomst moet luiden, wordt de discussie na enige tijd afgebroken en neemt een gezagsdrager, een rechter of een wetgever, een besluit en vanaf dat moment geldt de inhoud van dit besluit als geldend recht. Dat is een rationele aanpak als het er om te doen is om menselijk gedrag te sturen en om de daarvoor benodigde zekerheid te bewerkstelligen. Vanuit het perspectief van kennisverwerving is het, om het voorzichtig te zeggen, ongebruikelijk dat iemand een besluit kan nemen over wat de beste opvatting over het kennisobject is.

Als men de functie van de *rechtswetenschap* identificeert met de *rechtsgeleerdheid* zoals hierboven omschreven, dan dient de methode van de rechtswetenschap die van een gespecialiseerde variant van rationele besluitvorming te zijn. Daar gaat deze bijdrage niet over.

²⁰ Vanzelfsprekend kunnen zowel tandartsen als rechtsgeleerden tijdelijk uit hun onderhoudsrol stappen en wetenschap produceren. Sterker nog, hun onderhoudswerkzaamheden zullen vaak leiden tot kennis die van pas komt in de productie van wetenschap. Maar dat maakt hun onderhoudswerkzaamheden nog niet tot wetenschapsbeoefening.

²¹ Men zou nog kunnen tegenwerpen dat het gaat om toegepaste wetenschap. Maar ik zou toegepaste wetenschap willen onderscheiden van het toepassen van wetenschap. De eerste is gericht op praktijkgerichte kennisverwerving, terwijl de laatste niet gericht is op kennisverwerving. De grens tussen beide zal echter niet altijd eenvoudig te trekken zijn.

Geïntegreerd coherentisme

We zullen nu verder uitgaan van de veronderstelling dat de rechtswetenschap pretendeert een wetenschap te zijn, dat wil zeggen gericht op het coöperatief verwerven van kennis over het recht. Ik zal betogen dat er een algemene ‘methode’ is voor kennisverwerving, waarvan de wetenschap een speciaal geval is. De rechtswetenschap en de ICT-rechtswetenschap zijn daar dan weer verdere specialiseringen van. Een paar bladzijden zijn wat krap om een algemene methode van kennisverwerving uiteen te zetten, laat staan die te rechtvaardigen. Ik zal daarom, vrees ik, nogal apodictisch moeten zijn.²²

Volgens Plato is kennis gerechtvaardigde ware mening.²³ Omdat de waarheid van een mening niet anders kan worden getoetst dan door na te gaan of de mening is gerechtvaardigd, kunnen we de eis van waarheid binnen het kader van een methode laten rusten.²⁴

Rechtvaardiging is – anders dan waarheid – relatief ten opzichte van een zekere achtergrond die de rechtvaardiging vormt. Zo is de opvatting dat het regent gerechtvaardigd voor wie al de opvattingen huldigt dat hij het ziet regenen en dat zijn ogen en de waarnemingsomstandigheden betrouwbaar zijn. Een mening is nooit op zichzelf gerechtvaardigd. In dit opzicht is gerechtvaardigd zijn dus heel iets anders dan waar zijn.

De achtergrond waartegen een bepaald kenniselement is gerechtvaardigd zal vaak bestaan uit het geheel van opvattingen van een concrete persoon. De rechtvaardiging waar het dan om gaat is de gerechtvaardigdheid van die persoon in het er op na houden van een

²² De geïnteresseerde lezer kan meer vinden in Hage 2005 en hoewel niet uitsluitend, toch wel voornamelijk het tweede hoofdstuk daarvan: Law and Coherence.

²³ Plato, *Theaetetus*, 148E.

²⁴ Dat kennis ook ‘waar’ zou moeten zijn wordt relevant als het gaat om opvattingen waarvan wordt geloofd dat ze voor iedereen hetzelfde zouden moeten zijn. Zo gaan fysici er gewoonlijk van uit dat de natuur voor iedereen hetzelfde is. Literatuurcritici nemen niet standaard aan dat er maar één juiste interpretatie is van een literair werk. Juristen discussiëren erover of juridische vragen ‘one right answer’ (Dworkin 1978) hebben. Als men pleegt aan te nemen dat een bepaalde vraag precies één juist antwoord heeft, zal dat implicaties hebben voor wat men als goede redenen beschouwt.

bepaalde opvatting.²⁵ In dat geval is een opvatting gerechtvaardigd (voor een bepaalde persoon) als de persoon die de opvatting er op na houdt daarin gerechtvaardigd is, gegeven alle andere opvattingen die hij er niet ten onrechte op na houdt.

Een opvatting is gerechtvaardigd als de redenen voor het (als waar) aanvaarden daarvan zwaarder wegen dan de redenen die daartegen pleiten. Dat de redenen zwaarder wegen is zelf een onderdeel van de achtergrond, net als de redenen zelf. Of een opvatting gerechtvaardigd is, hangt af van *alle* redenen die daar voor of tegen pleiten. Dat wil zeggen dat de *gehele achtergrond* potentieel relevant is voor de rechtvaardiging van elke opvatting.

Een reden is een *feit* dat relevant is voor een conclusie. Een reden kan enkel dan bijdragen aan de rechtvaardiging van een opvatting als de mening dat die reden (dat feit) zich voordoet zelf ook gerechtvaardigd is. Wie als reden voor het aandoen van een regenjas opvoert dat het regent, is slechts gerechtvaardigd in haar opvatting dat ze een regenjas moet aandoen als ze gerechtvaardigd is in haar mening dat het regent.

Een reden is bovendien een feit dat *relevant* is voor een conclusie. Relevantie van een feit staat nooit op zichzelf. Als het feit dat het nu regent relevant is voor de kwestie of X nu een regenjas moet aandoen, zal het soort feit ‘het regent’ relevant zijn voor de soort conclusie ‘X moet een regenjas aandoen’. De relevantie van een bepaald soort feiten voor een bepaald soort conclusies kan worden uitgedrukt in de vorm van een algemene conditionele zin:

feiten van type X pleiten voor/tegen conclusies van type Y

Als men feiten van type X als redenen aanvaardt voor conclusies van type Y, komt dat er op neer dan men deze conditionele zin aanvaardt.

Het is nuttig om een algemene term te hebben die alle mogelijke onderdelen omvat van de achtergrond waartegen opvattingen gerechtvaardigd zijn. Ik stel voor daarvoor de term ‘opvatting’ te gebruiken. Opvattingen omvatten niet alleen meningen omtrent de feiten, maar ook de conditionele zinnen waarvan aanvaarding bepaalde feiten relevant maakt

²⁵ Het is me dus te doen om wat Neta en Pritchard om schrijven als ‘propositional justification’. Zie Neta en Pritchard 2009, p. 151.

voor bepaalde conclusies, waarden, doeleinden die moeten worden nagestreefd, beginselen, regels, ‘gewichten’ van redenen, prioriteiten van regels enz. Opvattingen kunnen nadrukkelijk ook worden uitgedrukt door normatieve zinnen. Ze omvatten dus ook de sfeer van het moeten, niet enkel die van het zijn.²⁶ De hierna voorgestelde methode is daarom evenzeer van toepassing op zuiver feitelijke, als op evaluatieve en op normatieve oordelen.²⁷

Alles dat van belang is voor het gerechtvaardigd zijn van een opvatting is volgens deze omschrijving zelf ook een opvatting.

Een persoon P is gerechtvaardigd in het er op na houden van een opvatting, als deze opvatting gerechtvaardigd is tegen de achtergrond van *alle opvattingen* die P er gerechtvaardigd op na houdt.

Deze omschrijving van het gerechtvaardigd er op na houden van een opvatting is circulair, maar niet op een kwalijke manier. Het is de uitdrukking van een coherentietheorie over rechtvaardiging, die ik elders heb omschreven als ‘geïntegreerd coherentisme’.²⁸ Het gaat om *coherentisme*, omdat alle opvattingen in beginsel voor hun rechtvaardiging met elkaar samenhangen. Het coherentisme is *geïntegreerd*, omdat de voorwaarden waaronder bepaalde opvattingen andere opvattingen ondersteunen (uitgedrukt in de eerder genoemde universele conditionele zinnen) onderdeel uitmaken van de achtergrond en niet onafhankelijk daarvan zijn gedefinieerd.

Het valt mogelijk op dat de omschrijving van wanneer iemand gerechtvaardigd er een bepaalde opvatting op na houdt geen verwijzing bevat naar zintuiglijke waarneming, in de ogen van velen toch de bron van kennis bij uitstek. De reden hiervoor is dat zintuiglijke waarneming leidt tot ‘spontane’ opvattingen die deel gaan uitmaken van het geheel van opvattingen. Dat geheel wordt onderworpen aan de kritische toets van

²⁶ Overigens ben ik van mening dat de tegenstelling zijn/behoren (is/ought; Sein/Sollen) een schijntegenstelling is. Een betere tegenstelling (driedeling) is die tussen beweersinnen, feiten en regels. In al deze drie categorieën kan een behoren voorkomen, maar ook een zijn dat geen behoren is. Zie Hage 2005, p. 171 e.v.

²⁷ Een vergelijkbare uniformiteit van methode werd reeds bepleit door Popper. Zie Popper 1966, p. 369 e.v.

²⁸ Hage 2005, hoofdstuk 2.

coherentie en wat daaruit resteert is de gerechtvaardigde kennis. Opvattingen worden dus niet rechtstreeks getoetst via zintuiglijke waarneming, maar door een controle op coherentie met de opvattingen die – onder meer - via zintuiglijke waarneming ontstaan.

Hoofdpijnen van een universele methode

Uit de hierboven in heel grote lijnen geschetste theorie over de rechtvaardiging van opvattingen volgt een universele methode voor het verwerven van kennis, of meer in het algemeen gerechtvaardigde opvattingen. Ik zal twee formuleringen van deze methode geven. De eerste geeft aan wat de methode idealiter zou inhouden. Dit ideaal is praktisch niet te realiseren en daarom is er ook een tweede versie die wel realiseerbaar is en die beoogt de best mogelijke benadering op te leveren van de ideale methode. Of de tweede versie inderdaad de best mogelijke benadering is, is zelf weer een opvatting die voor revisie in aanmerking komt in het licht van alle terecht aanvaarde opvattingen.

De universele methode voor kennisverwerving in zijn ideale variant luidt :

Aanvaard die opvattingen die tezamen met *alle* andere aanvaarde opvattingen een samenhangend geheel vormen.

Wat in dit verband samenhangend is, wordt bepaald door het geheel van aanvaarde opvattingen.²⁹ In zoverre is de voorgestelde universele methode ‘leeg’, bijna nietszeggend. Bijna, want hij zegt wel dat de maatstaven die moeten worden aangelegd bij de aanvaarding van opvattingen zelf moeten samenhangen met alle andere aanvaarde opvattingen.

Dit brengt mee dat de aard van de wetenschappelijke methode moet samenhangen met de gehanteerde opvatting over de aard van wetenschap (coöperatieve kennisverwerving, bijvoorbeeld).

Idealiter zou iedere opvatting geëvalueerd worden in het licht van alle andere opvattingen. Dat zou al een Herculeaanse taak zijn als het enkel ging om het evalueren van een opvatting over het recht in een concreet geval in het licht van alle rechtsbronnen

²⁹ De technische details van wat dit inhoudt zijn weer te vinden in Hage 2005, hoofdstuk 2.

en de opvattingen over recht en politiek³⁰, maar de taak overschrijdt zelfs de capaciteiten van Hercules als daar alle overige opvattingen bij zouden komen. Wat nodig is, is een beperktere versie van de universele methode, een versie die realistisch is in het licht van de menselijke vermogens. Overigens is het hierbij niet nodig om af te gaan op de vermogens van individuele mensen. Mensen werken samen om kennis te verwerven en een vereenvoudigde methode van kennisverwerving mag een methode zijn van coöperatieve kennisverwerving, van wetenschap dus.³¹

Zo'n eenvoudiger methode kan worden gebaseerd op een combinatie van twee moderne inzichten over de rechtvaardiging van opvattingen. Het ene inzicht is dat een opvatting gerechtvaardigd kan zijn in het licht van een beperkte verzameling andere opvattingen, maar dat die rechtvaardiging niet meer opgaat in het licht van een grotere verzameling van opvattingen.³² Het andere inzicht is dat de verzameling opvattingen die fungeert als achtergrond waartegen een bepaalde opvatting wordt geëvalueerd de uitkomst is van een proces waarin nieuwe opvattingen kunnen worden geïntroduceerd en waarin bestaande opvattingen ter discussie kunnen worden gesteld in het licht van nieuw geïntroduceerde opvattingen.³³

Als deze twee inzichten worden gecombineerd blijkt dat de rechtvaardiging van een bepaalde opvatting in de loop van tijd kan evolueren, omdat er nieuwe opvattingen kunnen worden geïntroduceerd die impact hebben op de status van de te evalueren opvatting. Dit proces van introduceren van nieuwe opvattingen kan aan regels worden gebonden en die regels kunnen zelf weer worden geëvalueerd in het licht van alle overige opvattingen, waaronder die omtrent de relevantie van eventuele nieuwe opvattingen.³⁴ Overigens is het niet zo dat een aldus geïntroduceerde opvatting automatisch aanvaard

³⁰ Vgl. Dworkin 1978, hoofdstuk 4.

³¹ Dit thema werd benadrukt door Popper in zijn opstel 'Epistemology Without a Knowing Subject'. Popper 1972, p. 106-152.

³² Het gaat hier om wat wel 'defeasibility' wordt genoemd. Een uitvoeriger bespreking van wat defeasibility inhoudt en hoe die samenhangt met de rechtvaardiging van opvattingen is te vinden in Hage 2005, hoofdstuk 1.

³³ Meer hierover in Hage 2005, hoofdstuk 8.

wordt. Het betekent enkel dat die wordt meegenomen in het construeren van een samenhangend geheel van opvattingen. Het is dus goed mogelijk dat een opvatting wel aan het geheel van opvattingen kan worden toegevoegd, maar daar direct weer uit wordt verwijderd vanwege inconsistentie met andere opvattingen.³⁵

De vereenvoudigde methode luidt dan als volgt:

- a. Aanvaard die opvattingen die passen binnen het samenhangende geheel van opvattingen dat momenteel aanvaard wordt als relevant voor de aan de orde zijnde kwestie.
- b. Het is toegestaan om nieuwe opvattingen toe te voegen aan het geheel van aanvaarde opvattingen, mits deze toevoeging voldoet aan de procedurele voorwaarden die deel uitmaken van het geheel van momentaan aanvaarde opvattingen.

Object en methode van de rechtswetenschap

Eigenlijk is hiermee alles gezegd wat er neutraal, dat wil zeggen zonder keuzes te maken, gezegd kan worden over de methode van kennisverwerving, van wetenschap in het algemeen en van rechtswetenschap in het bijzonder. De wetenschappelijke methode hangt af van wat men als wetenschap ziet, dat wil zeggen van de inhoud van het geheel van aanvaarde opvattingen. Wil de analyse van hoe rechtswetenschap zou moeten worden beoefend worden voortgezet, dan moeten we het neutrale terrein van de abstracte analyse van kennisverwerving verlaten en een bepaalde opvatting verdedigen over hoe kennis het best kan worden bereikt. Het volgende moet dan ook worden gezien als een aanzet tot zo'n inhoudelijke opvatting, die voor revisie vatbaar is.

Laten we, zoals aan het begin van deze bijdrage gepostuleerd, aannemen dat wetenschap bestaat uit coöperatieve kennisverwerving. De volgende vraag is dan wat de meest

³⁴ Dergelijke regels bestaan heel nadrukkelijk binnen het procesrecht, maar impliciet ook binnen de gangbare wetenschappen als (impliciet) de eis wordt gesteld dat nieuwe argumenten gepubliceerd moeten worden in tijdschriften met een bepaalde beoordelingsprocedure.

³⁵ Technisch gezien komt dit er op neer dat er niet alleen een inhoudelijke test is op coherentie van opvattingen, maar ook een procedurele.

geëigende vorm is van coöperatieve kennisverwerving met betrekking tot het recht.³⁶ Het antwoord op deze vraag, dat ik wederom in heel grote lijnen zal proberen te schetsen in de volgende paragraaf, kan dan eventueel nog verfijnd worden tot een antwoord op de vraag wat de meest geschikte methode is om kennis te verwerven met betrekking tot het ICT-recht.

Kennisverwerving met betrekking tot het recht veronderstelt een theorie over de aard van het recht die impliceert welke methode het meest geschikt is om die kennis te verwerven. Recht heeft twee dimensies die elkaar op het eerste gezicht bijten.³⁷ Aan de ene kant wil het recht richting geven aan menselijk gedrag en is de vraag naar de inhoud van het recht een normatieve vraag: hoe moeten we handelen? Dat deze vraag in een juridisch kader wordt gesteld kan maken dat het juridische antwoord op de vraag anders luidt dan wanneer de vraag wordt opgevat als bijvoorbeeld een morele vraag, of als een vraag over het eigenbelang, maar dat doet niet af aan het wezenlijk normatieve karakter van de vraag.

Aan de andere kant lijkt de vraag naar de inhoud van het recht een zuiver feitelijke. Recht bestaat in de vorm van het recht van een bepaalde jurisdictie en dit recht bestaat in de vorm van een (complexe) sociale praktijk.³⁸ Hoe het recht luidt is een vraag die beantwoord kan worden door de bestudering van de rechtsbronnen van de jurisdictie in kwestie. In Nederland zal het dan gaan om wetgeving (formeel en materieel), richtlijnen, verdragen, jurisprudentie, in het rechtsbewustzijn levende rechtsbeginselen³⁹ en juridische literatuur.

³⁶ Eigenlijk is hier nog differentiatie nodig voor wat betreft de verschillende soorten kennisvragen die mogelijk zijn met betrekking tot het recht. Ik beperk me hier tot een beschrijving van de inhoud van het recht.

³⁷ De twee dimensies worden uitvoeriger beschreven in Hage 2009.

³⁸ Dat het recht bestaat als een sociale praktijk is een centraal thema in Hart 1994. Dit thema wordt nader uitgewerkt in Patterson (2009).

³⁹ Dat de beginselen in het rechtsbewustzijn leven is hier cruciaal, want dat maakt het in beginsel mogelijk om het bestaan van die beginselen te verifiëren door sociaal-psychologisch onderzoek. Daar zal niet iedereen het mee eens zijn, maar dat komt omdat niet iedereen vindt dat het recht in wezen een sociaal – en dus feitelijk- verschijnsel is.

Mijns inziens is de opvatting van het recht als antwoord op een (speciale variant van) de vraag hoe we moeten handelen meer bevredigend dan de opvatting van het recht als sociaal verschijnsel, of een combinatie van de twee. Als het recht zuiver een sociaal verschijnsel zou zijn, zou er geen recht zijn waar de sociale praktijk onvoldoende ontwikkeld of uniform is. Dworkin heeft mijns inziens overtuigend betoogd dat het recht zo niet werkt: ook in moeilijke gevallen redeneren juristen alsof er recht is dat moet worden ‘gevonden’.⁴⁰

De opvatting dat het recht een sociaal verschijnsel is waar er een voldoende uniforme sociale praktijk is en dat het voor de rest een normatieve kwestie is, is onbevredigend. Enerzijds omdat deze opvatting zou inhouden dat een eigenlijk twee soorten recht zijn, feitelijk en normatief, terwijl alleen sommige rechtstheoretici⁴¹ dit zo zien en anderzijds omdat de gesuggereerde grenzen aan het feitelijk bestaande recht in praktijk niet als zodanig worden ervaren.

De opvatting dat het recht het antwoord is op een bepaald soort normatieve vraag is wel bevredigend, omdat deze opvatting goed rekening kan houden met het feitelijk bestaande recht. Het is namelijk wenselijk dat er binnen een samenleving regels bestaan die het gedrag van de deelnemers coördineren. Een dergelijke coördinerende functie kan slechts worden gerealiseerd als die regels in beginsel voor iedereen kenbaar zijn en als er geen principiële meningsverschillen mogelijk zijn over de inhoud daarvan. Het positieve recht, met duidelijk kenbare en begrijpelijke bronnen, is een manier om deze coördinerende functie te realiseren. Het is dus wenselijk om dergelijk positief recht te hebben en slechts als het positieve recht bijzonder slecht is, is het wenselijk om het niet meer als richtlijn voor gedrag te hanteren.⁴²

Als deze opvatting over de aard en functie van het recht wordt aanvaard, is het criterium voor het al dan niet aanvaarden van een opvatting over het recht of de opvatting bijdraagt aan het realiseren van deze functie. De rechtswetenschap is dan een normatieve

⁴⁰ Dworkin 1978, hoofdstuk 2.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld Brouwer 1999.

⁴² Rechtsfilosofen zullen in deze korte redenering ongetwijfeld argumenten uit de natuurrechtelijke sfeer (o.a. Thomas van Aquino, Fuller en Radbruch) herkennen.

wetenschap, die zich ten diepste bezig houdt met de vraag hoe we moeten handelen en in dat licht met de vraag welke regels we moeten hanteren om een aantrekkelijke vorm menselijk samenleving mogelijk te maken. Binnen dat kader speelt het positieve recht een wezenlijke rol.

ICT-recht

Wat betekent dit voor de methode van de ICT-rechtswetenschap? Bij het vaststellen van welke regels we moeten hanteren moet in sterke mate rekening worden gehouden met de aard van het te regelen domein. Inzicht in het domein is daarom een factor die van cruciaal belang is bij het bepalen van wat het recht voor dat domein inhoudt.⁴³ Er is geen duidelijke scheiding tussen domeinkennis en juridische kennis; de methode van de rechtswetenschap is domeinafhankelijk.

Dit brengt mee dat de rechtswetenschap op het gebied van informatie- en communicatietechnologie een grondige kennis van dit domein veronderstelt, al was het maar om de praktische consequenties van regelgeving op dit gebied te kunnen inschatten. In deze – het zij toegegeven, zeer beperkte - zin heeft de ICT-rechtswetenschap een eigen methode, net zoals de rechtswetenschap eigen methodes heeft voor alle gespecialiseerde domeinen. Maar al deze methodes zijn specialisaties van de methode van de rechtswetenschap, die weer een speciale variant is van de wetenschappelijke methode en de algemene methode van kennisverwerving.

⁴³ Let op: omdat de aard van de rechtswetenschap in de hier voorgestane visie normatief is, gaat het om de vraag naar de inhoud van het recht en niet – zoals Austin zou stellen – om de vraag naar wat wenselijk recht zou zijn. Vgl. Austin 1954, p. 184.

Aangehaalde literatuur

Austin 1954

J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, herdruk van de Weidenfeld & Nicholson editie van 1954, Indianapolis: Hackett 1998. Origineel uit 1832.

Brouwer 1999

P.W. Brouwer, 'Onvermijdelijke rechtsonzekerheid?', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1999, p. 188-209. Ook in Hol en Hage 2008, p. 177-204.

Cliteur 1997

P.B. Cliteur e.a. (red.), *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw*, Deventer: Gouda Quint 1997.

Dworkin 1978

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2e druk, Londen: Duckworth 1978.

Dworkin 1986

R. Dworkin, *Law's Empire*, Londen: Fontana 1986.

Franken 2004

H. Franken. 'Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen', *NJB* 2004, p. 1400-1408.

De Geest 2004

G. de Geest, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', *NJB* 2004, p. 58-66.

De Groot 1961

A.D. de Groot, *Methodologie*, 's-Gravenhage: Mouton 1961.

Hage 1997

J.C. Hage, *Reasoning with Rules*, Dordrecht: Kluwer 1997.

Hage 2005

J.C. Hage, *Studies in Legal Logic*, Dordrecht: Springer 2005.

Hage 2009

J.C. Hage, 'Recht als sociaal feit en recht als praktische rede', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (38), 2009, p. 27-36.

Hage en Von der Pfordten (2009)

J.C. Hage en D. von der Pfordten (red.), *Concepts in Law*, Dordrecht: Springer 2009 (in druk).

Harré 1985

R. Harré, *The Philosophies of Science*, 2e druk, Oxford: Oxford University Press 1985.

Hart 1994

H.L.A.. Hart, *The Concept of Law*, 2e druk, Oxford: Clarendon Press 1994.

Hol en Hage 2008

A. Hol en J. Hage (red.), *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme. Verspreide opstellen van prof. mr. P.W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag: BJu 2008.

Langemeijer 1956

G.E. Langemeijer, *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts*, Zwolle: Tjeenk Willink 1956.

Nagel 1974

E. Nagel, *The Structure of Science*, 4e druk, Londen: Routledge & Kegan Paul 1974.

Neta en Pritchard 2009

R. Neta en D. Pritchard (red.), *Arguing About Knowledge*, Londen: Routledge 2009.

Patterson 2009

D. Patterson, 'After Conceptual Analysis. The Rise of Practice Theory', te verschijnen in Hage en Von der Pfordten 2009

Popper 1966

K.R. Popper, *The Open Society and its Enemies.. Volume 2: Hegel & Marx*, 5e druk, Londen: Routledge & Kegan Paul 1966.

Popper 1972

K.R. Popper, *Objective Knowledge*, Oxford: Clarendon Press 1972.

Van Rhee 2004

C.H. van Rhee, 'Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap!', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2004, p. 196-201.

Schmidt 1987

A.H.J. Schmidt, *Pallas ex machina. Informele systemen in verband met het recht*, Lelystad: Vermande 1987.

Scholten 1974

Asser-Scholten (Algemeen deel), Zwolle: Tjeenk Willink 1974.

Smith 1997

C.E. Smith 'Hermeneutiek', in Cliteur 1997, p. 233 e.v..

Smits 2007

Naar prestatie-indicatoren voor rechtswetenschappelijk onderzoek. Rapport van de Commissie Prestatie-indicatoren en ranking ('commissie Smits'), ingesteld door het Disciplineoverleg Rechtsgeleerdheid (DRG) van de VSNU.

Soeteman 2009

A. Soeteman, *Rechtsgeleerde waarheid*, afscheidsrede Vrije Universiteit Amsterdam 2009.

Stolker 2003

C.J.J.M. Stolker, '“Ja, geléerd zijn jullie wel!” Over de status van de rechtswetenschap', *NJB* 2003, p. 766-778.

Stolker 2004

C.J.J.M. Stolker, 'Wat maakt een juridisch tijdschrift wetenschappelijk?', *NJB* 2004, p. 1409-1418.