

Wrongful life en rechtswetenschap

It may indeed be that the mere interpretation of positive rules of law in the way traditionally practised by lawyers does not deserve to be called a science at all, whether intellectual or social. Perhaps legal studies become only scientific when they rise above the actual rules of any national system, as happens in legal philosophy, legal history, the sociology of law, and comparative law.

Zweigert and Kötz 1998,4.

1 Wrongful life

Op 26 maart 2003 nam het Hof te Den Haag een beslissing in de zaak Kelly (NJ 2003/249). Kelly was ten gevolge van een chromosomale afwijking zwaar gehandicapt ter wereld was gekomen. Het Academisch Ziekenhuis te Leiden had, ondanks een herhaald verzoek daartoe, geweigerd had vruchtwateronderzoek te doen. Was er een vruchtwateronderzoek geweest, dan was de genetische afwijking aan het licht gekomen en hadden de ouders van Kelly tot abortus besloten. De voor deze bijdrage centrale vraag die in het arrest aan de orde kwam, was of Kelly zelf¹ daarvoor recht had op schadevergoeding.

Volgens het Hof had Kelly inderdaad recht op schadevergoeding. Deze beslissing heeft een reeks van reacties losgemaakt die het hele spectrum van afwijzend tot goedkeurend bestrijken.² In deze bijdrage wil ik niet zozeer de kwestie aan de orde stellen of de beslissing van het Hof wenselijk was en ook niet – voor zover dat een andere vraag is – of deze beslissing in overeenstemming was met het Nederlandse recht. Waar het om zal gaan is in hoeverre de vraag of Kelly recht heeft op schadevergoeding *rechtswetenschappelijk* kan worden beantwoord. Het is me te doen om de wetenschappelijkheid van rechtsgeleerde theorievorming omtrent deze

¹Als het zou gaan om schadevergoeding aan de ouders, zou men spreken van een wrongful birthvordering.

²Deze reacties worden kort weergegeven in Stolker en Sombroek-van Doorn 2003.

en andere heikele juridische kwesties. De vraag naar de mogelijkheid van een wetenschappelijke rechtsgeleerdheid kan men in zijn algemeenheid aan de orde stellen, maar dat is niet de insteek van deze bijdrage. Ik zal twee artikelen over de wrongful lifeproblematiek als uitgangspunt nemen en aan de hand daarvan de thematiek van de rechtswetenschap aan de orde stellen.

Lindenbergh publiceerde in *Ars Aequi* een overzichtsartikel over de juridische problematiek rondom wrongful birth en wrongful life.³ Hij plaatste daarin de wrongful lifevordering in de sleutel van schadevergoeding op grond van tekortkoming of onrechtmatige daad en bespreekt systematisch de vereisten die door het Nederlandse recht worden gesteld voor het bestaan van een vordering tot schadevergoeding. In dit verband besteedt hij met name aandacht aan de vragen of er sprake is van causaal verband tussen de gemaakte fout en de ontstane schade en – de meest prangende vraag – of het kind wel schade heeft geleden. Deze laatste vraag leidt met name tot problemen, omdat de keuze lijkt te gaan tussen niet-leven (als de fout niet zou zijn gemaakt en de ouders tot abortus hadden besloten) en gehandicapt leven (als, ten gevolge van de fout, niet tot abortus werd besloten). Valt het als schade te beschouwen als men gehandicapt leeft, waar het alternatief zou zijn om in het geheel niet te leven? Lindenbergh stelt dat dit probleem niet alleen juridisch-technisch lastig is, maar dat het ook om een ethische vraag gaat: zou erkenning van een recht op schadevergoeding niet in strijd zijn met de menselijke waardigheid?

Stolker en Sombroek-van Doorm wijdden een volledig artikel aan de zaak Kelly, waarin ze het maatschappelijk debat over de problematiek kort weergeven, het juridische kader uiteenzetten en vervolgens – en dat is voor deze bijdrage van belang – nadrukkelijk ingaan op de vraag of in de discussie recht en ethiek niet worden verward.⁴ Alvorens ze tot hun conclusie komen dat een vordering tot schadevergoeding in verband met wrongful life mogelijk moet zijn, bespreken ze nog een zestal argumenten dat aanvaarding van een dergelijke vordering het recht op een hellend vlak zou plaatsen. Het gaat hierbij duidelijk om een bespreking van de maatschappelijke consequenties van de aanvaarding van een bepaalde rechtsinhoud.

We zien dat in de twee genoemde artikelen een viertal kwesties aan de orde komen, die blijkbaar alle op enigerlei wijze relevant worden geacht voor het juridisch debat. Om te beginnen is er de inkadering van de vraagstelling in het systeem van het schadevergoedingsrecht. Het positieve recht stelt aan een aantal voorwaarden voor het bestaan van een vordering tot schadevergoeding en een deel van het debat is of aan deze voorwaarden is voldaan. Daarnaast is er de ethische vraag of het toekennen van schadevergoeding in strijd is met de menselijke waardigheid en, daaraan gerelateerd, de methodische kwestie of recht en ethiek gescheiden moeten

³Lindenbergh 2003.

⁴Stolker en Sombroek-van Doorm 2003.

blijven. Ten derde is er de vraag wat de samenleving denkt over schadevergoeding bij wrongful life en de juridische relevantie daarvan. En tenslotte is er de kwestie van de gevolgen van het aannemen van aansprakelijkheid: leidt dat tot een hellend vlak en zo ja, wat is de juridische relevantie van die constatering? Hoe passen deze kwesties in een wetenschappelijke rechtsgeleerdheid?

2 Kenmerken van wetenschap

Om te beginnen wil ik een terminologische kwestie aan de orde stellen. Ik gebruik de term ‘rechtsgeleerdheid’ om de juridische discipline aan te duiden zoals die (vooral) aan universiteiten wordt beoefend. Niet al die activiteiten zijn gericht op kennisverwerving. Zo richt veel rechtsgeleerd werk zich op de verspreiding van kennis over het recht onder degenen die deze kennis ten behoeve van de praktijk nodig hebben. Dit is belangrijk werk, dat een hoog opleidingsniveau en een gedegen kennis van het recht vergt, maar het aspireert daarmee nog niet om wetenschapsbeoefening te zijn. Verder is er het rubriceren van bestaande kennis van het recht ten behoeve van maatschappelijke problemen. Het is van groot belang dat duidelijk is welke juridische instrumenten ter beschikking staan om vragen en problemen die in de samenleving rijzen, te beantwoorden respectievelijk op te lossen. Ik zou het onderzoek dat hierop is gericht en dat vergelijkbaar is met het toepasbaar maken van fysische kennis voor het werk van, bijvoorbeeld, ingenieurs, hier buiten beschouwing willen laten.

Ik wil de term ‘rechtswetenschap’ reserveren voor dat gedeelte voor het rechtsgeleerde werk dat gericht is op *verwerving van kennis over de inhoud van het recht*.⁵ Deze kennis wordt neergelegd in wat met een technische term een ‘theorie’ wordt genoemd. Anders dan het gewone taalgebruik (‘het is maar een theorie’) suggereert, kan een theorie waar zijn, een hoge mate van zekerheid hebben, of breed aanvaard zijn. Een theorie staat dus niet tegenover echte kennis. Het is eerder andersom: echte kennis zal steeds in een, eventueel zeer kleine, theorie zijn belichaamd. Maar een theorie kan ook onwaar, zeer onwaarschijnlijk, of nauwelijks aanvaard zijn.

Niet alle theorievorming kan aanspraak maken op het label van wetenschappelijkheid. Zonder ‘de’ kenmerken van ware ‘wetenschap’ te willen opsommen, zou ik enkele eigenschappen willen noemen die me belangrijk lijken voor wetenschapsbeoefening. Binnen een tak van wetenschap bestaat er als het goed is overeenstemming over het doel van de betreffende wetenschap. Zo is het doel van de fysica het formuleren van wetmatigheden die gebruikt kunnen worden bij het verklaren en voorspellen van ‘natuurlijke’ gebeurtenissen. Het doel van de

⁵Daarnaast zijn andere wetenschappelijke benaderingen van het recht mogelijk, zoals de rechtssociologie die ingaat op de maatschappelijke werking van het recht, de rechtspsychologie die aandacht besteedt aan psychologische onderwerpen die relevant zijn voor de rechtspraktijk en de rechtsgeschiedenis die de historie van het recht bestudeert.

logica is om te komen tot de formulering en systematisering van maatstaven voor deugdelijk redeneren. En het doel van de ethiek zou men kunnen omschrijven als het formuleren en systematiseren van richtlijnen voor een goed leven.

Het is denkbaar dat er binnen een gemeenschap van wetenschapsbeoefenaren verschil van mening bestaat over het precieze doel van de betreffende wetenschap. Dat kan er op duiden dat de betreffende wetenschap bestaat uit een bundel van samenhangende, maar niet geheel identieke disciplines, waarvan mogelijk sommige wel en andere niet wetenschappelijk zijn. Zo zou men kunnen verdedigen dat beschrijving en systematisering van het positieve recht een andere discipline is dan het overdragen van kennis over het recht aan beoefenaren van der rechtspraak, terwijl beide soms toch worden samengenomen onder de noemer van 'rechtswetenschap'.

Een tweede eigenschap van wetenschap is naar mijn mening dat er binnen de kring van beoefenaren van een wetenschap een zekere overeenstemming bestaat over maatstaven aan de hand waarvan goede theorieën van minder goede kunnen worden onderscheiden. Een wetenschappelijke theorie bevat elementen die er aanspraak op maken dat ze beter aanvaard kunnen worden dan verworpen. En dit beter is niet een moreel, of esthetisch beter, maar een *rationeel* beter. Nu is de aard van rationaliteit niet minder onduidelijk dan die van wetenschap, maar het lijkt me een goed uitgangspunt om aan te nemen dat gedrag rationeel is als het om goede redenen wordt gedaan. Wat in één geval goede redenen zijn, zijn dat normaliter in soortgelijke gevallen ook. Dat maakt het mogelijk om redenen te veralgemenen tot criteria voor rationeel gedrag. Met betrekking tot wetenschap wil dit zeggen dat wetenschappelijke theorievorming criteria veronderstelt, die aangeven of een theorie beter aanvaard of verworpen kan worden. Normaal gesproken zullen deze criteria samenhangen met het doel van de betreffende wetenschap. Theorieën die fysische wetten bevatten zullen bijvoorbeeld beoordeeld worden op het vermogen van deze wetten om gebeurtenissen te verklaren en voorspellen. Theorieën over de inhoud van het positieve recht zouden naar mijn mening enige voorspellende kracht voor rechterlijke uitspraken moeten hebben, al is dat waarschijnlijk niet de enige maatstaf op grond waarvan ze moeten worden beoordeeld. Als criteria voor het beoordelen van theorieën geheel ontbreken en ook niet duidelijk is hoe daarin zou kunnen worden voorzien, kan er van rationele aanvaarding of verwerping geen sprake zijn en is het niet mogelijk om tot wetenschappelijke theorievorming te komen.

Een derde eigenschap van wetenschappen is dat theorieën op elkaar kunnen voortbouwen. Het is niet zo dat iedere wetenschapsbeoefenaar zijn eigen theorie over het domein in kwestie ontwerpt, die voor anderen niet relevant is. Idealiter is een theorie die voor de een goed is, ook goed voor andere wetenschapsbeoefenaren, zodat deze de resultaten van hun huidige en vroegere collega's kunnen gebruiken om daarop voort te bouwen. Wetenschappelijke theorievorming is het werk van een

collectief. Dit is duidelijk het geval bij bijvoorbeeld fysische en wiskundige kennis, maar bij ethiek en rechtswetenschap is dit minder duidelijk het geval. Bij ethiek is het de vraag of theorievorming niet strikt persoonlijk is, omdat waardeoordelen in laatste instantie een persoonlijke kwestie zouden zijn. Bij het recht is dit punt mogelijk ook van belang, maar verder speelt hier een rol dat het positieve recht voortdurend verandert, zodat stabiele kennis over het recht moeilijk te verwerven is. De vraag is of dit rechtswetenschap onmogelijk maakt.

3 Soorten wetenschap

Naar mijn mening omvat de rechtsgeleerdheid een aantal disciplines met verschillende, zij het aan elkaar gerelateerde doeleinden en vallen enkele van deze disciplines heel goed als wetenschappelijk te classificeren. De verschillende varianten van rechtswetenschap streven echter niet alle hetzelfde doel na en hanteren derhalve niet dezelfde criteria voor goede theorievorming. Om deze mening met argumenten te onderbouwen zal ik een viertal soorten wetenschapsbeoefening onderscheiden. De verschillende varianten van rechtswetenschap vertonen ieder kenmerken van één of meer van deze verschillende soorten wetenschapsbeoefening.

3.1 A PRIORI WETENSCHAPPEN

In de a-priori wetenschappen, waaronder wiskunde en logica, wordt gewerkt met een aantal uitgangspunten, axioma's en afleidregels, die, voor zover het die wetenschap betreft, niet ter discussie staan. Met behulp van de afleidregels worden uit de axioma's nieuwe stellingen, theorema's, afgeleid. Een theorie bestaat dan uit de axioma's, de afleidregels en de theorema's die met behulp van de afleidregels uit de axioma's zijn afgeleid. De test waarmee een theorie kan worden beoordeeld, is of al de theorema's die erin voorkomen inderdaad met behulp van de afleidregels uit de theorema's afgeleid kunnen worden.

Aristoteles stelde nog de eis dat de axioma's van de meetkunde intuïtief als waar konden worden gekend. Tegenwoordig wordt veelal aangenomen dat de axioma's en de afleidregels van een tak van wiskunde of van een logische theorie vrij worden gekozen en dat de theorie die daaruit volgt niet moet worden beoordeeld op waarheid in de zin van correspondentie met een onafhankelijke werkelijkheid, maar op praktische bruikbaarheid.

In vergelijking met de andere soorten wetenschap die hier aan de orde komen, hebben de a-priori wetenschappen twee karakteristieke kenmerken. Ten eerste is het kennismodel hier *lineair* in de zin dat bepaalde kennis (de axioma's en afleidregels) worden voorondersteld en dat de rest van de kennis uit deze vooronderstelde kennis wordt afgeleid. We zullen zien dat dit lineaire model niet de enige mogelijkheid is.

Ten tweede worden de aannamen van een theorie niet gepostuleerd als ware kennis, maar enkel als de uitgangspunten van een bepaalde versie van de wetenschap in kwestie. Dat wil zeggen dat de wetenschap slechts betrekking heeft op wat er uit de uitgangspunten volgt, niet op de uitgangspunten zelf. In deze zin zou men kunnen zeggen dat de a-priori wetenschappen *relativistisch* zijn. Dit relativistische karakter staat op gespannen voet met het kenmerk van wetenschappen dat theorieën op elkaar kunnen voortbouwen. Als iedere wiskundige of logicus zijn eigen uitgangspunten in de vorm van axioma's en afleidregels zou hanteren, zou dit het wetenschapskarakter van de wiskunde en logica aantasten. In praktijk blijkt echter dat dit niet gebeurt.

3.2 EMPIRISCHE WETENSCHAPPEN

In de empirische wetenschappen, waarvoor de fysische wetenschappen paradigmatisch zijn, wordt gestreefd naar de formulering van wetmatigheden waarmee waarnemingen uit het verleden verklaard en toekomstige waarnemingen voorspeld kunnen worden. Verklaring en voorspelling bestaan dan uit het afleiden van (potentiële) waarnemingsgegevens uit concrete feiten (de omstandigheden van een concreet geval) en de door de wetenschap geformuleerde wetmatigheden. Zo wordt bijvoorbeeld uit de mechanica van Newton en uit beschrijving van een concrete situatie waarin een kogel wordt afgeschoten, afgeleid waar de kogel op de grond zal komen. Als het gaat om het afleiden van feiten die reeds bekend waren, betreft het de verklaring van deze feiten. Als het gaat om de afleiding van nieuwe feiten, worden deze nieuwe feiten op basis van de wetmatigheden voorspeld.

De meest elementaire voorwaarde voor empirische wetenschappelijkheid is dat een theorie beoordeeld kan worden, aan de hand van waarnemingsgegevens. Dit vereiste is overigens in de geschiedenis van de wetenschapsfilosofie op verschillende wijzen geformuleerd. De logisch empiristen aan het begin van de twintigste eeuw stelden de eis van empirische *verifieerbaarheid*: een theorie kon slechts dan wetenschappelijk (zinnig zelfs) zijn als het (in principe) mogelijk was de waarheid van de theorie vast te stellen door middel van zintuiglijke waarneming. In dit wetenschapsmodel vormen de beweringen die zijn gebaseerd op zintuiglijke waarneming als het ware de boven twijfel verheven basis van een piramide, waarop het bouwwerk van onze empirische kennis (met name de natuurwetten) is opgetrokken. Ook dit is een *lineair* kennismodel, waarin bepaalde kennis als uitgangspunt fungeert en de rest van de kennis daaruit is afgeleid. Het verschil met de a-priori wetenschappen is dat het fundament van de kennis nu niet wordt voorondersteld, maar is gebaseerd op zintuiglijke waarneming. Met andere woorden het kennismodel is hier niet relativistisch, maar *absoluut*: de theorie weerspiegelt als het goed is de 'echte' werkelijkheid.

Het uitgangspunt dat waarnemingsgegevens de harde basis voor empirische theorieën zijn is voor discussie vatbaar. Popper benadrukte al dat *alle* kennis

feilbaar is, dus ook de waarnemingsgegevens waaraan theorieën getoetst worden. Neem bijvoorbeeld de theorie dat de lichtsnelheid overal dezelfde is. Deze theorie zou getoetst kunnen worden door de snelheid van het licht in een ander melkwegstelsel te meten. Zo'n meting, als die al mogelijk is, is verre van eenvoudig en vergt theorievorming die het mogelijk maakt om bepaalde metingen te *interpreteren* als metingen van de lichtsnelheid in een ander melkwegstelsel. Mocht de meting aangeven dat de lichtsnelheid in het andere melkwegstelsel groter is dan die snelheid op aarde, dan kan men dat *interpreteren* als een falsificatie van de theorie dat de lichtsnelheid overal dezelfde is, maar men kan ook *besluiten* dat er waarschijnlijk een meetfout is gemaakt, of – als herhaalde metingen hetzelfde resultaat opleveren – dat de theorie die aan de metingen ten grondslag ligt waarschijnlijk een fout bevat. Toetsing van een theorie aan waarnemingsgegevens omvat besluitvorming die zelf niet empirisch gefundeerd is. Wil deze besluitvorming rationeel plaatsvinden, dan zijn er aanvullende rationaliteitscriteria nodig.

Deze problematiek kan algemener aan de orde worden gesteld. Een empirische theorie zal in het algemeen bestaan uit een combinatie van (onder meer) waarnemingsgegevens en algemene wetmatigheden. Zowel de wetmatigheden als de waarnemingsgegevens zijn feilbaar en dienen eventueel te worden aangepast als ze in strijd komen met andere gegevens. Die andere gegevens moeten dan wel aanvaard worden, hetgeen wil zeggen dat ze ook deel uitmaken van de theorie. De verbetering van de theorie bestaat dan uit het verwijderen of vervangen van bepaalde elementen omdat ze niet sporen met andere elementen van dezelfde theorie. De ultieme test voor een theorie is vanuit dit perspectief niet of de theorie de onafhankelijk gegeven waarnemingsgegevens verklaart, maar of de theorie innerlijke samenhang heeft. Rationaliteitscriteria krijgen in dit verband de vorm van maatstaven voor onderlinge samenhang. Het bouwwerk van onze kennis is niet meer te vergelijken met een piramide waarvan de basis de rest van het bouwwerk draagt, maar veeleer met een *netwerk* van onderling verbonden kenniselementen, waarbij de elementen van het netwerk elkaar rechtvaardigen. De onderlinge samenhang⁶ van de elementen van het netwerk maakt dat elk onderdeel van het geheel gerechtvaardigd wordt door de rest van het geheel.

Hoewel in het netwerkmodel de gedachte is verlaten dat er een onafhankelijke empirische toetssteen voor theorieën bestaat, blijft een empirische theorie ook in het netwerkmodel *absoluut*. Geen enkel onderdeel van een theorie mag dan geïmmuniseerd zijn tegen kritiek in het licht van de rest van de theorie, maar de theorie als geheel wordt nog steeds geacht een onafhankelijke werkelijkheid te weerspiegelen. Het is dus niet zo, als in de a-priori wetenschappen, dat de in een theorie belichaamde kennis steeds gerelativeerd is ten opzichte van de boven kritiek gestelde axioma's en afleidregels.

⁶*Coherentie* is in dit verband de technische term.

3.3 HERMENEUTIEK

In de geesteswetenschappen is er een richting die zich speciaal richt op cultuurverschijnselen en die deze cultuurverschijnselen hermeneutisch, interpreterend, benadert. De hermeneutische benadering houdt in dat wordt gezocht naar de betekenis van een (cultuur)verschijnsel. Deze benadering heeft aanhang gevonden in de theologie en de literatuurwetenschappen, de filosofie in het algemeen, de sociale wetenschappen en ook in de rechtstheorie.⁷ Wil een hermeneutische bestudering van enig onderwerp aanspraak maken op wetenschappelijkheid, dan moeten er binnen de kring der relevante vakgenoten criteria aanvaard worden aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een bepaalde interpretatie correct is, of althans te verkiezen valt boven een andere interpretatie. In de rechtstheoretische literatuur wordt in dit verband aandacht gevraagd voor een aantal zogenaamde ‘interpretatiemethoden’, hun onderlinge rangorde en de daaraan ten grondslag liggende rationes.⁸ Hoewel er op dit punt enige consensus en wat theorievorming zijn over wat goede interpretaties zijn, is de hermeneutiek op het punt van rationaliteitscriteria minder ver gevorderd dan de andere drie soorten wetenschap die ik bespreek.

3.4 NORMATIEVE ‘WETENSCHAPPEN’

Sinds het begin van de twintigste eeuw is met de brede aanvaarding van de logische kloof tussen feit en norm in veler ogen de basis weggeslagen voor iets als een ‘normatieve wetenschap’.⁹ Bij normatieve ‘wetenschap’ denk ik met name aan de ethiek en de normatieve politieke filosofie, niet primair aan de rechtswetenschap, omdat de meeste rechtswetenschap een zeker ‘empirisch’ aspect heeft dat in de ethiek ontbreekt.¹⁰

De kern van de problematiek is de volgende: Feiten zouden voor iedereen dezelfde zijn en daarom zouden theorieën over de feiten idealiter ook voor iedereen hetzelfde moeten worden. Als waardeoordelen en normen logisch uit feiten kunnen worden afgeleid, is kennis over waarden en normen op dezelfde wijze mogelijk als kennis over de mensonafhankelijke werkelijkheid. Maar als een dergelijke afleiding niet

⁷Nederlandse proponenten van de hermeneutische benadering van de rechtsvinding zijn onder meer Scholten 1974 in zijn Algemeen Deel en Vranken 1978. De bekendste buitenlandse proponent is wel Ronald Dworkin 1978 en 1986. Zie ook Smith 1997.

⁸Er is weinig literatuur die op de achtergrond van relatieve betekenis van interpretatiemethoden in gaat. Scholten 1974, 129 ontkende dat er een vaste rangorde van interpretatiemethodes bestaat, maar dat sluit niet uit dat er voor bepaalde typen gevallen een rangorde te geven zou zijn, die in andere gevallen omgedraaid moet worden. Aarnio 1987, 95 e.v. gaat iets dieper op dit onderwerp in. Kloosterhuis 2002 en Jansen 2003 besteden uitgebreid aandacht aan de rechtvaardiging van analogie-, respectievelijk a contrario-argumentatie.

⁹Een goede beschrijving van deze problematiek is te vinden in Brecht 1959.

¹⁰Maar de natuurrechtstraditie past wel weer in het hier geschetste beeld van normatieve wetenschappen.

mogelijk is, vervalt daarmee de basis voor uniforme normatieve kennis in de werkelijkheid. Waarden en normen worden gezien als ‘geprojecteerd’ op de werkelijkheid. Aangezien iedereen wel iets anders kan projecteren, is er geen goede reden om aan te nemen dat er uniforme normatieve kennis zal ontstaan. Het is duidelijk dat dit af zal doen aan het desideratum dat wetenschappelijke theorieën op elkaar kunnen voortbouwen.

Weliswaar verdedigen sommigen dat de rede, in combinatie met empirische kennis, niettemin tot een algemeen aanvaardbare set van waarden en normen kan leiden,¹¹ maar dit veronderstelt dat de rede voor iedereen hetzelfde is. Er is naar mijn mening echter geen goede grond om aan te nemen dat de normen en maatstaven van de rede een principieel andere status hebben dan ethische of juridische normen en maatstaven. Als deze laatste worden ‘geprojecteerd’, geldt dat ook voor de rationaliteitscriteria. Kortom, het fundament in een mensonafhankelijke werkelijkheid waarvan veelal wordt aangenomen dat het aan de empirische kennis ten grondslag ligt, ontbreekt in veler opvatting voor normatieve ‘kennis’.

Dit wil overigens niet zeggen dat op het normatieve vlak alle rationaliteit ontbreekt. Het is wel degelijk mogelijk waarde- en normatieve oordelen¹² te rechtvaardigen, maar zo’n rechtvaardiging zal, behalve op ‘gewone’ feitenkennis, steeds ook een beroep moeten doen op andere normatieve oordelen. Zo kan bijvoorbeeld het oordeel dat auto rijden verkeerd is worden gerechtvaardigd door er op te wijzen dat auto rijden bijdraagt aan de milieuverontreiniging. Deze rechtvaardiging heeft dan zowel een feitelijke, namelijk causale, component ‘autorijden draagt bij aan de milieuverontreiniging’ en een normatieve component, namelijk dat het verkeerd is om het milieu te verontreinigen.

Dit betekent dat de rechtvaardiging van een normatief oordeel *in laatste instantie* mede zal berusten op een normatief oordeel dat verder niet gerechtvaardigd wordt. Normatieve theorieën lijken in dit opzicht op de theorieën van de a-priori wetenschappen waarin de axioma’s en afleidregels een rol spelen die vergelijkbaar is met de uiteindelijke normatieve oordelen die aan een normatieve theorie ten grondslag liggen. De rationaliteit van een normatieve wetenschap betreft dan de relatie van de normatieve oordelen van deze theorie tot de normatieve oordelen die de basis van de theorie vormen: volgen de onderdelen van de theorie uit de normatieve vooronderstellingen van de theorie in combinatie met (gerechtvaardigde) empirische kennis?

We hebben gezien dat het relativistische van de a-prioriwetenschappen niet hoeft af te doen aan de mogelijkheid van op elkaar voortbouwende theorieën, omdat niet

¹¹Het betreft hier de zogenaamde ‘rationalistische’ traditie in de ethiek, waarvan Kant en Rawls prominente vertegenwoordigers waren.

¹²In het vervolg schrijf ik over normatieve oordelen als verzamelterm voor waarde- en normatieve oordelen.

iedere wetenschapper zijn of haar eigen uitgangspunt kiest. Het valt te verdedigen dat iets soortgelijks geldt voor normatieve theorievorming. Weliswaar berusten de ultieme waarden en normen waarop een theorie is gebaseerd op een keuze (of onbewuste vooronderstelling) van de wetenschapper die de theorie maakt, maar het is niet onwaarschijnlijk dat deze uitgangspunten in praktijk door meerdere theoriebouwers worden gedeeld. De ultieme waarden en normen zijn dan weliswaar niet objectief, maar toch wel intersubjectief. Als dit het geval is, kan normatieve theorievorming net zo wetenschappelijk zijn als theorievorming in de a-prioriwetenschappen.

Behalve het hierboven geschetste lineaire model van normatieve wetenschappen, is ook een netwerkmodel verdedigbaar.¹³ Waar het lineaire model van normatieve wetenschap lijkt op a-prioriwetenschap, lijkt het netwerkmodel op (het netwerkmodel van) empirische wetenschap. We hebben gezien dat empirische wetenschap denkbaar is zonder hard fundament in de waarnemingsgegevens. Immers, ook als de feilbaarheid van deze gegevens wordt erkend, is het mogelijk te komen tot rationele theorievorming, waarbij elk onderdeel van een theorie ondersteund, maar ook aangevallen kan worden door andere onderdelen van de theorie. Een goede theorie omvat wat er in het licht van de rest van de theorie hoort in te zitten en bevat geen onderdelen die er, gezien de rest van de theorie, niet in zouden moeten zitten. Dit algemene criterium voor een goede theorie is niet alleen bruikbaar voor empirische theorieën, maar ook voor normatieve theorieën en voor gemengde theorieën waarin zowel empirische als normatieve onderdelen zitten.¹⁴

Concreet uitgewerkt betekent dit netwerkmodel voor normatieve theorieën dat er een zeker evenwicht moet bestaan tussen algemene normatieve oordelen en de daarop gebaseerde oordelen voor concrete gevallen. De algemene oordelen worden ‘gerechtvaardigd’ doordat ze de concrete oordelen ‘verklaren’, terwijl de concrete oordelen worden gerechtvaardigd omdat ze uit de algemene oordelen (en feitelijke informatie) voortvloeien. Zo kunnen we bijvoorbeeld intuïtief van oordeel zijn dat iemand met een genetische afwijking, die tengevolge van een medische fout geboren wordt en een ernstige handicap heeft, geen recht heeft op schadevergoeding. Maar of dit oordeel gehandhaafd wordt, hangt er van af of het op coherente wijze ingepast kan worden in het netwerk van onze normatieve en feitelijke oordelen. De rationaliteitscriteria die we in dit verband hanteren, moeten onder meer antwoord geven op de vraag of in geval van strijd tussen ons intuïtieve oordeel en de rest van ons kennisnetwerk het intuïtieve oordeel moet worden verworpen, of dat het netwerk elders moet worden aangepast, teneinde plaats te maken voor dit oordeel dat we willen handhaven.

¹³Prominente voorbeelden van zo’n netwerkbenadering zijn Rawls’ theorie over ‘reflective equilibrium’ (Rawls 1972) en Dworkins Model of Principles (Dworkin 1978 en 1986).

¹⁴Dit wordt uitgewerkt in Hage 2004.

4 Descriptieve rechtswetenschap

Het recht maakt deel uit van twee werelden. Enerzijds wil het recht antwoord geven op de vraag wat we moeten doen. Wie aanvaardt dat hij juridisch gezien zus of zo moet doen, zal tenminste *ceteris paribus* geneigd zijn zus of zo te doen.¹⁵ Omgekeerd geldt dat wie *in het geheel niet* geneigd is zus of zo te doen, geen rechtsplicht aanvaardt om zus of zo te doen. Anderzijds is het recht een feitelijk, sociaal gegeven. De inhoud van het recht in een bepaald rechtssysteem wordt bepaald door wat er feitelijk in dit rechtssysteem aan de hand is. Het recht bestaat onafhankelijk van wat een individuele persoon daarover denkt.

Er bestaat een zekere spanning tussen deze twee aspecten van het recht, omdat motivatie tot gedrag een individuele kwestie is, terwijl de inhoud van het recht als sociaal verschijnsel juist niet individueel bepaald is. Deze spanning wordt weerspiegeld in twee aspecten van de rechtswetenschap die in zekere zin op gespannen voet met elkaar staan. Enerzijds is de rechtswetenschap een beschrijvende wetenschap, die tot taak heeft het recht van een bepaald rechtssysteem te beschrijven. Dit recht wordt geacht te bestaan onafhankelijk van de beschrijving die ervan wordt gegeven en de beschrijving is correct als hij dit onafhankelijk bestaande recht juist weergeeft. Dit aspect van de rechtswetenschap correspondeert met het recht als sociaal verschijnsel en vindt zijn theoretische verantwoording in het rechtspositivisme.

Anderzijds is de rechtswetenschap een normatieve wetenschap, die beoogt een zo goed mogelijk antwoord te geven op de vraag hoe we ons moeten gedragen en met name welke regels het menselijk samenleven moeten beheersen. Het recht is vanuit dit perspectief gezien een geheel van normatieve oordelen en de status van deze oordelen (of ze ‘objectief’ of ‘subjectief’ zijn), hangt af van de status die men aan normatieve oordelen in het algemeen toeschrijft. Dit aspect van de rechtswetenschap correspondeert met het recht als normatieve theorie, die antwoord wil geven op de vraag hoe we moeten handelen en vindt zijn theoretische verantwoording in een natuurrechtelijke (of, zo men wil, cultuurrechtelijke¹⁶) stijl van denken.

Ik zal hieronder proberen een beeld te schetsen van rechtswetenschap dat recht doet aan deze twee aspecten van de rechtswetenschap en ik zal beginnen met het beschrijvende aspect van de rechtswetenschap, toegespitst op het Nederlandse recht. Het doel van de beschrijvende rechtswetenschap is om een zo goed mogelijke beschrijving te geven van het recht zoals dat in een bepaald rechtssysteem geldt. De inhoud van het Nederlandse recht wordt bepaald door een aantal ‘bronnen’, waaronder de wet in materiële zin, naast verdragen, jurisprudentie en gewoonte, een

¹⁵Dit geldt althans voor degenen die het zogenaamde interne perspectief ten aanzien van het recht hanteren. Over dit interne perspectief, zie Hart 1961, 55/6.

¹⁶Vgl. Cliteur 1989.

prominente plaats inneemt. Te verdedigen valt dat naast deze traditionele bronnen ook rechtsbeginselen, bepaalde waarden en mogelijk ook bepaalde beleidsdoeleinden en de in de samenleving levende rechtsovertuigingen medebepalend zijn voor de inhoud van het positieve recht. Een belangrijke functie van de beschrijvende rechtswetenschap is om (de inhoud van) deze bronnen te ‘vertalen’ in een karakterisering van het Nederlandse recht in termen van typen van gevallen en de daaraan door het recht verbonden rechtsgevolgen. Ik zal een beschrijving van een rechtssysteem in termen van typen van gevallen en de daaraan verbonden rechtsgevolgen in het vervolg de beschrijving van een rechtssysteem als *normatief systeem* noemen.

Een deel van zo’n beschrijving zou kunnen luiden dat degene die door een fout te maken bij prenatale diagnostiek en daardoor de kans vergroot dat een ernstig gehandicapt kind ter wereld komt, de kosten verbonden aan de handicap van dit kind moet vergoeden. Zoals uit dit voorbeeld blijkt, kan het beschreven recht de uitkomst zijn van de interactie van meer dan één rechtsbron. In dit geval gaat het om de interactie van art. 6:74 lid 1 BW en de uitspraak van het Hof te Den Haag in het wrongful life-arrest.¹⁷

De beschrijvende rechtswetenschap heeft tot taak het positieve recht zo goed mogelijk te beschrijven. Het beoogde resultaat is een theorie die zowel de bronnen van het recht beschrijft, als wel een karakterisering geeft van het recht als normatief systeem. Bovendien moet zo’n theorie ook de relatie tussen deze twee kanten van het recht duidelijk maken. Op het eerste gezicht is deze relatie simpel: de bronnen van het recht zijn een feitelijk gegeven en ze bepalen de inhoud van het recht als normatief systeem. Dit wordt mooi geïllustreerd door het zojuist gegeven voorbeeld van de combinatie van art. 6:74 lid 1 BW met de uitspraak in het wrongful life-arrest. Maar dit voorbeeld is bedrieglijk eenvoudig, omdat het arrest van het Hof, voor zover relevant voor mijn voorbeeld, de regel van art. 6:74 lid 1 BW enkel maar toespitte op de wrongful life-problematiek. Soms liggen de zaken ingewikkelder, bijvoorbeeld omdat een al dan niet schijnbaar conflict tussen verschillende regelingen¹⁸ moet worden opgelost. Een andere complicatie doet zich voor als de jurisprudentie met betrekking tot een bepaalde rechtsvraag niet consistent is. Dan moet worden besloten welke uitspraak terzijde moet worden geschoven als juridisch incorrect. Weer een andere complicatie doet zich voor als (de toepassing van) een wettelijke bepaling in strijd komt met een fundamenteel rechtsbeginsel, een grondrecht, of een andere aan het recht ten grondslag liggende waarde. Ook dan moet een conflict worden opgelost teneinde een consistente beschrijving van het recht als normatief systeem te kunnen geven. Wil de beschrijvende rechtswetenschap wetenschappelijk zijn, dan moet het mogelijk zijn om over de oplossingen voor al deze problemen rationeel van gedachten te wisselen. Dat wil

¹⁷Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, NJ 2003/249.

¹⁸Ik gebruik hier het woord ‘regeling’ in de technische zin van de inhoud van één concrete wettelijke bepaling.

zeggen dat er consensus over criteria moet zijn, of op rationele wijze ontwikkeld kan worden, aan de hand waarvan de relevantie en de kracht van argumenten in zo'n gedachtewisseling kunnen worden beoordeeld.

Een andere complicatie is dat de 'inhoud' van de rechtsbronnen voor discussie vatbaar is. Daarmee bedoel ik niet dat er discussie kan zijn over de precieze bewoordingen van een wettelijke bepaling, of van een rechterlijke uitspraak (als is dat in theorie ook denkbaar), maar dat de betekenis van deze rechtsbronnen niet met de tekst van de bronnen gegeven is. Een wettelijke bepaling moet worden uitgelegd om te bepalen welke rechtsregel met deze bepaling in het leven is geroepen. Deze uitleg hoeft niet meer in te houden dan de vaststelling van wat de bepaling letterlijk betekent, maar zelfs dan is met die uitleg impliciet gekozen voor een bepaalde interpretatie, te weten de grammaticale. Kortom, de 'vertaling' van de inhoud van de rechtsbronnen naar het recht als normatief systeem veronderstelt een theorie over interpretatie. De rationaliteitscriteria van de beschrijvende rechtswetenschap moeten daarom onder meer een hermeneutiek omvatten.

In alle bovengenoemde gevallen zijn er naast de inhoud van de rechtsbronnen aanvullende criteria nodig om de 'juiste' inhoud van het recht te bepalen. Deze criteria, waaronder interpretatiemethoden, criteria voor de keuze van een interpretatiemethode, conflictregels als *lex superior* en *lex specialis* die eventuele strijd tussen rechtsregels moeten oplossen en regels voor toetsing, zijn medebepalend voor de inhoud van het positieve recht. Wil de beschrijvende rechtswetenschap aanspraak maken op de status van wetenschap, dan zullen dergelijke rationaliteitscriteria, aan de hand waarvan betere theorieën over de inhoud van het recht kunnen worden onderscheiden van minder goede, tenminste voor een belangrijk deel expliciet gemaakt moeten kunnen worden. Mogelijke criteria, naast vele andere, zouden zijn:

- Een beschrijvende theorie van het recht is beter naarmate hij minder *prima facie* bronnen van het recht als onjuist (in geval van jurisprudentie) of onverbindend (in geval van regelingen) terzijde schuift.
- Een beschrijvende theorie van het recht is beter naarmate hij minder bronnen met veel gezag (bijvoorbeeld wetten in formele zin, arresten van de Hoge Raad, recente rechterlijke uitspraken) terzijde schuift ten behoeve van bronnen met minder gezag (lagere regelgeving en rechtspraak, oude jurisprudentie).
- Een beschrijvende theorie van het recht is beter naarmate hij meer recht doet aan de beginselen en waarden die ten grondslag liggen aan het recht zoals beschreven door de theorie.
- In geval van recente regelgeving vallen grammaticale en wetshistorische interpretatie te verkiezen boven teleologische interpretatie, maar bij oude regelgeving is het net andersom.

Het zal duidelijk zijn dat over de rationaliteitscriteria ook discussie mogelijk is. Dit is geen belemmering voor het wetenschappelijk karakter van de rechtswetenschap, zolang er voldoende consensus is over deze criteria, of tenminste over de criteria aan de hand waarvan bepaalde criteria boven andere moeten worden verkozen.

5 Een voorbeeld

Laat me het bovenstaande wat concreter maken door de theorie toe te passen op de problematiek rondom wrongful life. Een beschrijvende theorie van het Nederlandse recht moet aangeven wat de relevante rechtsbronnen zijn en tevens welke juridisch relevante situatietypen in verband met wrongful life te onderscheiden zijn en wat de rechtsgevolgen zijn van elk van deze typen. Relevante bronnen zijn op het eerste gezicht de wettelijke regelingen van toerekenbare tekortkoming en de onrechtmatige daad en die betreffende wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding en het geheel van het bepalen van vermogensrecht waarbinnen deze meer specifieke regelingen zijn ingebed. Verder is van de jurisprudentie in ieder geval van belang de reeds genoemde uitspraak van het Hof te Den Haag. Het is op zijn minst verdedigbaar dat ook waarden zoals het vermijden van lijden en de waardigheid van het menselijk leven en de daaromtrent in de maatschappij levende opvattingen een rol spelen. Op de rol van dergelijke waarden en opvattingen daaromtrent kom ik nog terug.

Laten we gemakshalve aannemen dat er in dit verband maar één juridisch relevante situatie is en wel die waarin niet werd overgegaan tot abortus, waardoor iemand werd geboren met zware handicaps ten gevolge van een genetische afwijking die had kunnen (moeten) worden gediagnosticeerd op een tijdstip waarop abortus nog mogelijk was. Ten aanzien van deze situatie moeten (onder meer) de vragen worden beantwoord:

- of de gehandicapte persoon aanspraak kan maken op schadevergoeding (of andersoortige financiële tegemoetkoming);
- welke schade eventueel voor vergoeding in aanmerking komt en tot welk bedrag;
- welke personen gehouden zijn deze schadevergoeding te betalen.

De meest voor de hand liggende aanpak bij het beantwoorden van deze vragen is om ze in te passen in het reeds bestaande leerstukken van tekortkoming en onrechtmatige daad. Deze aanpak heeft het voordeel dat kan worden uitgegaan van een reeds bestaande theorie waarin een hoge mate van wederzijdse afstemming heeft plaatsgevonden tussen de bronnen van het vermogensrecht en het daarop gebaseerde normatieve systeem. Cruciale vragen die dan moeten worden beantwoord, zijn of het niet overgaan tot abortus onrechtmatig kan zijn of tekortkoming kan opleveren jegens de persoon die daardoor wordt geboren, of het gehandicapt geboren worden kan gelden als schade in verhouding tot in het geheel

niet geboren worden, of deze schade als gevolg van de onrechtmatige gedraging kan worden toegerekend aan de (niet-)handelende persoon en of het gaat om een vorm van schade waartegen de geschonden rechtsnorm beoogde te beschermen. We komen deze vragen dan ook tegen in de besprekingen van de wrongful lifeproblematiek door Lindenbergh en door Stolker en Sombroek-van Doorm.

Wil dit soort vragen beantwoord kunnen worden door een beschrijvende rechtswetenschap, dan moeten tenminste argumenten gegeven worden waarom de antwoorden passen in een beschrijvende theorie van het recht en moeten deze argumenten door de wetenschappelijke gemeenschap als relevant worden (h)erkend. Lindenbergh stelt bijvoorbeeld bij de bespreking van de kwestie of een kind dat met een handicap, in plaats van in het geheel niet levend ter wereld komt, schade heeft geleden, de vraag aan de orde of het aannemen van een recht op schadevergoeding niet in strijd is met de menselijke waardigheid. Blijkbaar veronderstelt hij dat als het *aannemen van een recht op schadevergoeding* in strijd zou zijn met de menselijke waardigheid, dit een reden is om te stellen dat het kind geen *schade* heeft. Meer in het algemeen veronderstelt dit dat de wenselijkheid of een regel van toepassing is, (mede)bepalend is voor de vraag of aan een bepaalde voorwaarde van die regel is voldaan. Kan men in het recht op dergelijke wijze regels ‘achterstevoren’ toepassen (het rechtsgevolg in onwenselijk en mag niet intreden, dus is niet aan de voorwaarden voldaan)? En is het, in het licht van een beschrijvende rechtswetenschap, aanvaardbaar om de *onwenselijkheid* van een rechtsgevolg medebepalend te laten zijn voor de vraag of dit rechtsgevolg intreedt. Worden hier niet feit en norm verwacht? Dat hoeft niet perse het geval te zijn, maar als dat niet zo is, dan veronderstelt dat tenminste een theorie over het recht waarin de wenselijkheid van een bepaalde regeling medebepalend voor de vraag of die regeling geldend recht is (en niet enkel of hij geldend recht zou moeten zijn).¹⁹ Zo’n theorie is niet geheel vanzelfsprekend en dient daarom geëxpliciteerd te worden, zodat het eenvoudiger wordt daarover in discussie te treden.

Een begin van een dergelijke explicitering wordt gegeven door Stolker en Sombroek-van Doorm.²⁰ Zij wijzen er op dat het afwijzen van een wrongful livetvordering kan voortvloeien uit terughoudendheid ten aanzien van ethische vraagstukken. Stolker en Sombroek-van Doorm verwerpen een dergelijke terughoudendheid voor zover deze voortvloeit uit de opvatting dat het recht waardenneutraal is. Zij stellen, in navolging van Radbruch,²¹ dat recht doen in essentie het zoeken is naar een optimum tussen rechtvaardigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid. En zij wijzen er op dat met name aan de eis van rechtvaardigheid kan worden gezien hoe ‘normatief’ het recht is. Let wel, we hebben het hier over het beschrijven van het bestaande recht, niet over de waardering daarvan. Blijkbaar

¹⁹ Mogelijk dat de theorie van ‘normatieve uitleg’, zoals verdedigd door Van Dunné (1971), hiervoor model kan staan.

²⁰ Een ander voorbeeld van een dergelijke explicitering is te vinden in Hage en Peczenik 2001.

²¹ Radbruch 1973, 164 e.v.

zijn deze auteurs de opvatting toegedaan dat waardering, in de vorm van vaststelling van wat rechtvaardig is, nodig voor het bepalen van de inhoud van het geldende (en niet enkel het wenselijke) recht.

Men zou dan verwachten dat het rechtvaardigheidsoordeel omtrent schadevergoeding bij wrongful life wordt ingebed in een wat algemenere theorie over wat rechtvaardig is en dat zo'n theorie wordt gerechtvaardigd via het netwerkmodel of dat de normatieve vooronderstellingen worden geëxpliciteerd. Maar de auteurs verwijzen in dit verband, in navolging van art. 3:12 BW, naar de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Wat deze overtuigingen inhouden, is evenwel niet zozeer een normatieve of waarderende kwestie, maar veeleer een sociaal-psychologische en dus zuiver feitelijke. Nu zijn er in dit verband tenminste twee mogelijkheden. Ofwel is dit feitelijke gegeven op grond van een normatieve premisse (bijvoorbeeld: 'Rechtvaardig is wat men rechtvaardig vindt') relevant voor een normatieve theorie. Of de beoogde theorie is eigenlijk niet normatief, maar zuiver feitelijk. Een wat verdergaande uitwerking van de rol van waardering bij het vaststellen van de inhoud van het recht, lijkt in het licht hiervan dan ook wenselijk.

6 Normatieve rechtswetenschap

Normatieve rechtswetenschap betreft eigenlijk een soort ethische vraagstelling: het gaat om theorievorming over de beste normen. Afhankelijk van de visie die men heeft op de aard van het recht, zijn er wel enkele verschillen, die overigens niet erg principieel zijn. Als men bijvoorbeeld met Kant van mening is dat de moraal zich richt op de innerlijke gezindheid van de handelende persoon, terwijl het recht enkel oog heeft voor het 'uitwendige' gedrag, dan kan dit invloed hebben op de keuze voor de best mogelijke normen. Zo zou men bijvoorbeeld bij het leerstuk van de strafbare poging de eis kunnen laten vallen dat de verdachte het voornemen had om een misdrijf te plegen en volstaan met het vereiste van een begin van uitvoering.

Iets soortgelijks geldt als men met Langemeijer aanneemt dat kenmerkend is voor recht dat het, althans in beginsel, door de overheid wordt afgedwongen.²² Het is denkbaar dat men van mening is dat bepaalde gedragsnormen wel richtinggevend zouden moeten zijn voor menselijk gedrag, maar tegelijk dat het niet de taak is van de overheid om deze normen af te dwingen. Te denken valt bijvoorbeeld aan normen betreffende beleefdheid. Dat legt dan beperkingen op aan de theorieën betreffende de inhoud van de best mogelijke normen, want een normatieve rechtswetenschap is, als men het afdwingen van recht als uitgangspunt neemt, niet geïnteresseerd in normen waarvan men het onwenselijk acht dat ze door de overheid worden afgedwongen. Maar afgezien van deze verschillen gaat het bij normatieve rechtswetenschap, net als bij ethiek, om het ontwerpen van een stelsel van zo goed mogelijke gedragsnormen.²³

²²Langemeijer 1973, 322.

Dit brengt mee dat er in principe twee manieren van aanpak voor een normatieve rechtswetenschap zijn. De ene aanpak houdt in dat een aantal waarden en normen wordt voorondersteld en dat het wenselijke recht daaruit wordt afgeleid met behulp van aanvullende empirische kennis. Zo zou men bijvoorbeeld kunnen beginnen met één waarde, te weten menselijk geluk en één corresponderende norm, te weten dat de hoeveelheid menselijk geluk in de wereld moet worden gemaximaliseerd.²⁴ Deze waarde en norm worden dan buiten de wetenschappelijke discussie gehouden, en met behulp van feitelijke informatie omtrent wat bijdraagt of afdoet aan menselijk geluk kunnen meer concrete waarden en normen worden afgeleid. Eventueel zou men ook gebruik kunnen maken van rechtsvergelijkende informatie om de gevolgen van een bepaalde regeling als het ware experimenteel vast te stellen.²⁵

Zo zou men, nog steeds uitgaande van het enkele doel van geluksmaximalisatie, empirisch kunnen vaststellen of het toekennen van schadevergoeding voor wrongful life bijdraagt aan de hoeveelheid menselijk geluk. Het zal duidelijk zijn dat het ontwikkelen van een dergelijke normatieve theorie een (wellicht te) zware wissel trekt op de beschikbare empirische kennis. Deze empirische kennis zal moeten voldoen aan de gangbare eisen voor empirische theorieën en men zal hiertoe gebruik moeten maken van de empirische wetenschappen. Intussen wordt de niet-empirische component van de theorie, te weten de vooronderstelling dat geluksmaximalisatie moet worden nagestreefd, buiten de wetenschappelijke discussie gehouden.

De variant van normatieve wetenschap met slechts één waarde en één norm is wel de eenvoudigste denkbare. Veel mensen zullen een variant met meerdere onafhankelijke waarden en normen aantrekkelijker vinden. Dan kan de resulterende normatieve theorie, behalve op de normatieve uitgangspunten, niet enkel worden gebaseerd op empirische kennis, maar zijn aanvullende keuzen nodig betreffende de afweging van waarden en conflicten van normen. Deze afwegingen kunnen ten dele empirisch worden onderbouwd, maar zullen in laatste instantie steeds mede berusten op waarden en normen die zelf weer als uitgangspunten buiten de discussie worden gehouden.

Doordat de uiteindelijke normatieve basis van zo'n normatieve rechtswetenschap buiten discussie wordt gehouden, kan normatieve rechtswetenschap *persoonlijk* zijn, zonder daardoor zijn wetenschappelijke karakter te verliezen. Het is immers mogelijk de uiteindelijke normatieve basis te laten afhangen van de keuze van de wetenschapper in kwestie. Zolang de daarop gebaseerde resultaten maar

²³De Groot ziet in zijn Maastrichtse oratie (De Groot 1989, 6) het zoeken naar zo goed mogelijk recht als het voornaamste doel van academisch onderzoek in de rechtsgeleerdheid. Dit sluit goed aan bij de hieromschreven evaluatieve benadering van de rechtswetenschap.

²⁴Het zal duidelijk zijn dat de waarde, geluk, en de norm, 'doe wat het geluk maximaliseert', nauw op elkaar aansluiten.

²⁵Vgl. Zweigert en Kötz 1998, 16 e.v.

gerelativeerd worden tot de gekozen en buiten de discussie gehouden uitgangspunten, is daar vanuit het perspectief van rationaliteit niets mis mee. Iets soortgelijks gebeurt immers ook in de a-prioriwetenschappen, waarin de keuze van de axioma's en afleidregels buiten de discussie wordt gehouden. De vraag is natuurlijk of een dergelijke relativisering ook plaats vindt in de praktijk van het rechtswetenschappelijk onderzoek. Een andere vraag, waar ik in het kader van normatieve wetenschappen in het algemeen al kort op in ben gegaan, is of de persoonlijke normatieve uitgangspunten er niet aan in de weg staan dat normatief rechtswetenschappelijke theorieën op elkaar kunnen voortbouwen.

Samenvattend kunnen we stellen dat een *lineaire, relativistische* normatieve theorie wetenschappelijk verantwoord is, als:

1. het empirische, waaronder een eventueel rechtsvergelijkend, gedeelte wetenschappelijk verantwoord is (volgens de daarvoor geldende criteria),
2. duidelijk is welke waarden en normen, die zelf niet meer ter discussie worden gesteld, aan de theorie ten grondslag liggen,
3. duidelijk is hoe de uiteindelijke theorie voortvloeit uit de buiten de discussie gehouden waarden en normen, en
4. de uitgangspunten van verschillende wetenschappers voldoende overeenstemming bevatten om het mogelijk te maken dat de ene theorie op de andere voortbouwt.

Een voorbeeld waarin aan de één na laatste eis niet wordt voldaan, doet zich voor als wordt verdedigd dat het toekennen van schadevergoeding bij wrongful life niet goed is, omdat dit in strijd zou zijn met de menselijke waardigheid, zonder verdere argumentatie.²⁶ Het problematische van deze claim is dat onvoldoende inzichtelijk wordt gemaakt welk verband er is tussen de menselijke waardigheid en het toekennen van schadevergoeding. Een dergelijk verband kan ongetwijfeld worden gelegd, maar dat moet ook expliciet worden gedaan in een wetenschappelijke theorie, omdat het expliciteren van het (vermeende) verband de mogelijkheid schept om over dit verband rationeel van gedachten te wisselen.

De andere mogelijke aanpak voor een normatieve rechtswetenschap is die volgens het netwerkmodel: er is geen set van waarden en normen die wordt voorondersteld en daarmee buiten discussie gehouden, maar in plaats daarvan wordt de gehele theorie, zowel het empirische als het normatieve gedeelte, beschouwd als een netwerk waarvan de delen elkaar steunen. Toegepast op de wrongful life-problematiek zou dit betekenen dat theorievorming zowel kan beginnen met het

²⁶Vgl. Lindenbergh 2003 waar deze mogelijkheid wordt gesuggereerd. Vgl. ook Smits 2003, die in par. 54 de opvatting uit dat de menselijke waardigheid 'zodanig inherent vaag is, dat het ... nimmer redengevend kan zijn voor het rechterlijk oordeel'. Mijns inziens heeft Smits hierin gelijk, zolang niet de aanvullende premissen zijn geëxpliciteerd die duidelijk maken waarom en op welke wijze de menselijke waardigheid relevant is voor het toekennen van schadevergoeding.

uitgangspunt van menselijke waardigheid als met de intuïtie dat iemand die ten gevolge van een medische fout wordt geboren met een ernstige genetische afwijking en de daaruit voortvloeiende handicap, recht heeft op schadevergoeding. Op enigerlei wijze moeten dit algemene uitgangspunt en dit relatief concrete normatieve oordeel met elkaar in het reine worden gebracht. Dat kan door één van beide te laten vallen, maar ook door een theorie te bedenken waarbinnen de menselijke waardigheid te rijmen is met schadevergoeding in geval van wrongful life.

Wil de resulterende theorie wetenschappelijk zijn, dan moet inzichtelijk zijn of menselijke waardigheid iets te maken heeft met schadevergoeding bij wrongful life en zo ja, of dit betekent dat de ene verworpen moet worden ten behoeve van de andere, of dat het mogelijk is beide in de theorie te handhaven. In alle gevallen moeten er keuzen worden gemaakt waarvoor argumenten gegeven (kunnen) worden en waarbij consensus moet bestaan, of kunnen worden bereikt, over de relevantie van deze argumenten.

Zuiver normatieve rechtswetenschap is niet perse gebonden aan het rechtssysteem van een bepaald land. Sterker nog, omdat de probleemstelling van de zuiver normatieve rechtswetenschap niet verwijst naar het recht van een bepaald land, hebben nationale regelingen met deze wijze van beoefening van de rechtswetenschap in beginsel niets te maken. Zoals blijkt uit het citaat van Zweigert en Kötz waar deze bijdrage mee begint, zien sommigen deze abstractie van een concreet rechtssysteem als een mogelijkheid om ware rechtswetenschap te bedrijven, omdat het provincialistische van het eigen rechtssysteem²⁷ wordt overstegen. Het is echter de vraag of met de zoektocht naar goede oplossingen voor algemeen geformuleerde problemen het betrekkelijke van het nationale systeem echt kan worden overstegen. Immers, wat de beste regeling voor een bepaalde kwestie is, is afhankelijk van feitelijke gegevens en deze feitelijke gegevens omvatten mogelijk mede gegevens omtrent het reeds bestaande recht en de feitelijke omgeving waarbinnen het moet functioneren. Het is dan ook niet vanzelfsprekend dat een zuiver normatieve rechtswetenschap idealiter zou leiden tot een rechtssysteem dat in zijn algemeenheid het beste is, los van tijd en land waarbinnen dit zou moeten functioneren.

7 Gemengde rechtswetenschap

Het beeld van rechtswetenschap als zuiver descriptief of als zuiver normatief is in zoverre misleidend dat de rechtswetenschap zoals die in werkelijkheid wordt beoefend beide aspecten vertoont. Blijkens de bestaande praktijk van rechtswetenschappelijk onderzoek probeert een goede theorie over het recht rekening te houden met de feitelijke gegevens die bepalend zijn voor de inhoud van

²⁷Vergelijk De Groot 1989, 15.

het recht, zoals regelgeving en rechtspraak. Maar zo'n theorie probeert ook aan te geven wat goed recht is.²⁸

In dit verband zijn er tenminste drie benaderingen mogelijk van de relatie tussen het beschrijvende en het normatieve aspect van de rechtswetenschap.

Beschrijving en evaluatie gescheiden

In de eerste benadering blijven descriptieve en normatieve rechtswetenschap in principe gescheiden, al kan het voorkomen dat een wetenschappelijke bijdrage aan beide vormen van rechtswetenschap aandacht besteedt. In deze benadering heeft de normatieve rechtswetenschap vooral een kritische functie ten opzichte van het bestaande recht. Het recht is zoals de beschrijvende rechtswetenschap aangeeft dat het is, en dit feitelijk gegeven recht kan – om uiteenlopende redenen – meer of minder goed zijn. De normatieve rechtswetenschap heeft tot taak het recht als feitelijk gegeven te evalueren en eventueel voorstellen tot verbetering te doen. Zo zou de normatieve rechtswetenschap kunnen betogen dat het beter zou zijn als bij wrongful life, anders dan het Hof te Den Haag voorstaat, geen recht op schadevergoeding zou bestaan.

Goed recht als aanvulling op feitelijk recht

De tweede benadering lijkt op de eerste in deze zin dat hij het recht als feitelijk gegeven beschouwt, dat waarde vrij (dat wil zeggen vrij van andere waarden dan de methodologische waarden van de descriptieve rechtswetenschap) kan worden beschreven. Maar in de tweede benadering is de rol van de normatieve rechtswetenschap anders, namelijk het aanvullen van de leemtes die in het recht als feitelijk gegeven blijven.²⁹ Zo zou men kunnen betogen dat het beter ware als in geval van wrongful life geen schadevergoeding wordt toegekend aan de gehandicapt ter wereld gekomen persoon omdat het niet goed is om menselijk leven als schade op te vatten en *op die grond* dat de lichamelijke gebreken van de gehandicapte niet als lichamenlijk letsel in de zin van artikel 6:106 lid sub b BW zijn aan te merken. We zijn een dergelijke stijl van redeneren in paragraaf 5 reeds tegen gekomen.

²⁸Men zou dit kunnen interpreteren als een tekortkoming van de rechtswetenschap die methodologisch gezien nog in een voorwetenschappelijk stadium zou zijn. Dit wordt betoogd door De Geest 2004 in een helder artikel over de verschillende methoden waarvan (een betere) rechtswetenschap gebruik zou kunnen maken. Mijns inziens verdient de huidige praktijk van de rechtswetenschap het om serieus genomen te worden. Daartoe is het beter om na te gaan waarom de rechtswetenschap functioneert zoals hij functioneert, dan om wetenschapsmodellen uit andere takken *zonder meer* aan de rechtswetenschap als voorbeeld voor te houden. Uit de opzet van deze bijdrage blijkt dat het me wel goed lijkt als de rechtswetenschap zich door deze andere takken van wetenschap laat inspireren.

²⁹Deze visie op rechtswetenschap komt overeen met de door Dworkin als 'doughnuttheorie' van het recht omschreven visie. Vgl. Hage en Wolleswinkel 2003, 435 e.v.

Reconstruerende rechtswetenschap

In de derde benadering worden onderliggende waarden en normen als het ware geïnduceerd uit het positieve recht als feitelijk gegeven en op basis van deze waarden en normen, in combinatie met feitelijke informatie, wordt het recht als normatief systeem als het ware gereconstrueerd.³⁰ Daarbij zal zo'n reconstructie *in het algemeen* beter zijn, naarmate daarin meer van het recht als feitelijk gegeven overeenind blijft. In praktijk zal het er daarom meestal op neer komen dat slechts een klein onderdeel van de theorie over het recht voor een dergelijke 'reconstructie' in aanmerking komt.

Deze derde benadering, die me het meest in overeenstemming lijkt met de praktijk van de rechtswetenschap, is een variant op de netwerkbenadering van rechtskennis. Immers, noch de concrete juridische regelingen noch de algemene aan het recht ten grondslag liggende waarden en normen worden als uitgangspunt boven kritiek verheven. Integendeel, concrete regelingen kunnen worden gereviseerd op grond van inzichten betreffende algemene waarden en normen, bijvoorbeeld op grond van een theorie over mensenrechten en hun relevantie voor het privaatrecht. En ideeën over algemene waarden en normen (rechtsbeginselen) die aan het recht ten grondslag liggen worden medebepaald door de concrete rechtsverschijnselen waarin deze rechtsbeginselen tot uitdrukking worden gebracht en waaruit ze door een soort interpretatieve inductie worden gedestilleerd.

8 Praktische aanbevelingen

Wat ik in de voorgaande paragrafen heb geschreven over wetenschappelijkheid en rationaliteitscriteria zal in de ogen van velen, ondanks de gegeven voorbeelden, tamelijk abstract en theoretisch zijn overgekomen. Laat me daarom een indruk geven van hoe de wetenschappelijkheid van juridische theorievorming kan worden verbeterd.

Om te beginnen veronderstelt een wetenschappelijke beoefening van de rechtsgeleerdheid dat men helder voor ogen heeft welke soort rechtswetenschap (descriptief, normatief, of gemengd) en welk kennismodel (absoluut of relatief, lineair of netwerk) men nastreeft.

Verder is het cruciaal dat duidelijk is aan welke maatstaven een goede theorie moet voldoen. Deze maatstaven moeten aansluiten bij het soort rechtswetenschap dat men voor ogen heeft.

³⁰Dit is de kern van Dworkin's 'Model of Principles' Vgl. Dworkin 1978 en 1986 en ook Burg 2000. Het betoog van Stolker en Sombroek-Van Doorn over de rol van rechtvaardigheid binnen het recht en de betekenis in dit verband van de in de samenleving levende rechtsovertuigingen zou in een dergelijk kader kunnen worden ingepast.

Een derde punt is dat het mogelijk moet zijn concurrerende theorieën van het recht te vergelijken en op goede gronden te bepalen welke beter is. De opstellers van theorieën moeten daarmee rekening houden door vergelijking zo eenvoudig mogelijk te maken. Dat kan door niet alleen de eigen theorie te presenteren en te beargumenteren, maar ook concurrerende theorieën te noemen³¹ en aan te geven waarom de eigen theorie beter zou zijn.

Als verschillende theorieën voor een bepaald gevaltype tot verschillende uitkomsten leiden (bijvoorbeeld wel en geen schadevergoeding bij wrongful life), dan zijn daar twee mogelijke verklaringen voor. Eén verklaring is een verschil in de uitgangspunten van de theorieën dat leidt tot het verschil in uitkomst. Als theorieën van elkaar verschillen doordat ze verschillende uitgangspunten hanteren, dan wordt de wetenschappelijkheid van de theorievorming bevorderd, als deze verschillen expliciet worden vermeld. Zo'n verschil in uitgangspunt zou kunnen zijn dat volgens de een het toekennen van smartengeld in geval van wrongful life de waarde van het leven van het kind miskent, terwijl de ander dat niet vindt.

Nog beter zou het zijn als de auteurs van de verschillende theorieën beargumenteerd aangeven waarom ze hun uitgangspunten verkiezen boven die van de andere theorie. Daarmee zouden ze de uitgangspunten van hun theorieën verleggen, want de oorspronkelijke uitgangspunten worden nu beargumenteerd en zijn dus geen uitgangspunten meer.

Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de een vindt dat de schadevergoeding het leed van een leven als zwaar gehandicapte vergoedt, terwijl de ander vindt dat de schadevergoeding de kosten van de handicap vergoedt. Door deze verschillende opvattingen als uitgangspunten in de theorieën op te nemen, kan soms overeenstemming ontstaan. Zo'n overeenstemming zou in dit voorbeeld kunnen luiden dat wel schadevergoeding mogelijk is voor de kosten van de handicap, maar niet voor het feit dat je als gehandicapte moet leven. Dan heeft explicitering van de oorspronkelijk verschillende uitgangspunten geleid tot gedeelde nieuwe uitgangspunten en daarmee tot overeenstemming over de schadevergoedingskwestie.

Tenslotte is het van belang dat de logische structuur van theorieën helder is. Het dient duidelijk te zijn waarom bijvoorbeeld een bepaald normatief systeem past bij bepaalde rechtsbronnen, of waarom bepaalde rechtsbeginselen (een deel van) het bestaande recht verklaren. Een mogelijke verklaring voor verschillen tussen

³¹Zo is in de computer science een voorwaarde voor serieuze (dat wil zeggen gereviewde) publicaties dat ze een onderdeel bevatten met 'Related research', waarin overeenkomsten en verschillen met vergelijkbaar onderzoek uiteen worden gezet.

theorieën is dat één of beide theorieën redeneerfouten bevatten, zodat het verschil niet het gevolg is van een verschil in uitgangspunten, maar van redeneerfouten. Deze verklaring zal niet vaak de juiste zijn, want echte redeneerfouten worden niet vaak gemaakt. Vaker zal het voorkomen dat impliciet bepaalde uitgangspunten worden gehanteerd, die pas expliciet worden als nadrukkelijk aandacht wordt besteed aan de redeneringen waar een theorie op is gebaseerd. Juist vanwege deze mogelijkheid wordt het wetenschappelijke karakter van rechtsgeleerde theorieën bevorderd als de redeneerstructuur die aan deze theorieën ten grondslag ligt expliciet wordt gemaakt.

9 Rechtsvergelijking

In hun besprekingen van de wrongful life problematiek verwijzen Lindenbergh en Stolker en Sombroek-Van Doorm naar de wijze waarop deze problematiek elders in Europa en in de Verenigde Staten is aangepakt. Blijkbaar achten deze auteurs de oplossingen van elders van belang voor het Nederlandse recht dienaangaande. Zij staan in hun opvatting omtrent het belang van het buitenlandse recht voor de juridische situatie in Nederland bepaald niet alleen. Rechtsvergelijking speelt een cruciale rol in modern rechtsgeleerd onderzoek. Toch is dat minder vanzelfsprekend dan de huidige populariteit van rechtsvergelijking suggereert. Ondanks de sterke verwevenheid van de samenlevingen van verschillende landen in de geïndustrialiseerde wereld, zijn de rechtssystemen van de verschillende landen nog steeds primair nationale rechtssystemen. In dit licht is het niet evident dat het recht in, bijvoorbeeld, Duitsland relevant is voor de inhoud van het Nederlandse recht. Ter afsluiting van dit artikel zal ik daarom kort ingaan op de relevantie van rechtsvergelijking voor een wetenschappelijke rechtswetenschap.

9.1 BESCHRIJVENDE RECHTSVERGELIJKING

Om te beginnen wil ik onderscheid maken tussen zuiver *beschrijvende rechtsvergelijking* ('Auslandrechtskunde')³² en op evaluatie gerichte, ofwel *evaluatieve rechtsvergelijking*. Beschrijvende rechtsvergelijking kan drie verschillende producten opleveren. Eén product bestaat uit informatie over juridische *bronnen* uit een ander rechtssysteem. Zo kan rechtsvergelijking laten zien dat de Franse wetgever schadevergoeding wegens wrongful life onmogelijk heeft gemaakt nadat het Cour de Cassation vorderingen tot schadevergoeding had toegewezen.

Een tweede product is een beschrijving van (een deel van) een buitenlands rechtssysteem in termen van typen van gevallen met de daaraan verbonden rechtsgevolgen, ofwel de (deel-)beschrijving van een buitenlands *normatief*

³²Men kan er over van mening verschillen of de beschrijvende rechtsvergelijking wel echt rechtsvergelijking is. Volgens De Groot 1989, 3 is er dan sprake van impliciete rechtsvergelijking.

systeem. Dit product verkrijgt men als men bijvoorbeeld een buitenlands handboek raadpleegt over een bepaald leerstuk en daarin een theorie aantreft, waarin de bronnen van het betreffende rechtssysteem zijn verwerkt in een beschrijving van het daaruit resulterende normatieve systeem.

En tenslotte kunnen aan het buitenland *redeneringen* worden ontleend waarom bepaalde rechtsbeginselen aan een normatief systeem ten grondslag liggen, of waarom het normatieve systeem een bepaalde inhoud heeft, gegeven de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Mooie voorbeelden hiervan zijn te vinden in de conclusie van Vranken bij het eerste wrongful birtharrest.³³ Hij beschrijft daarin onder meer de argumentatie van het Bundesverfassungsgericht en van de rechtsgeleerde auteur Picker.

Het lijkt mij niet dat de bronnen van een buitenlands rechtssysteem of een beschrijving van het daaruit resulterende normatieve systeem relevant zijn voor een rechtswetenschappelijke theorie over het nationale recht. Dit is mogelijk anders, als het niet gaat om de beschrijving van het Nederlandse recht, maar om de beschrijving van een meer omvattend rechtssysteem. Zo is het mogelijk om het Nederlandse recht ten aanzien van wrongful life niet te zien als een typisch Nederlandse aangelegenheid, maar als onderdeel van een *ius commune* dat bijvoorbeeld ook het Engelse en het Duitse recht als deelgebieden omvat. In dit geval zijn de bronnen van het Nederlandse recht tevens bronnen van het *ius commune* en de beste theorie over het *ius commune* moet rekening houden met de bronnen van alle daarin betrokken nationale systemen. De situatie is dan analoog aan een beschrijving van het Nederlandse vermogensrecht die zowel rekening moet houden met de rechtspraak van het Hof 's-Hertogenbosch als van de gerechtshoven te 's-Gravenhage en Leeuwarden. Enkel als het Nederlandse recht wordt gezien als onderdeel van een meer omvattend rechtssysteem zijn buitenlandse bronnen en beschrijvende argumenten, voor zover ze betrekking hebben op dit ruimere rechtssysteem, relevant voor een beschrijvende theorie van het recht. Maar of men het Nederlandse recht (nu al) zo moet zien, is mijns inziens sterk de vraag.

Deze scepsis betreffende het wetenschappelijke belang van de beschrijvende rechtsvergelijking geldt niet voor het derde mogelijke product, te weten de redeneringen waarmee ten aanzien van een buitenlands rechtssysteem verband wordt gelegd tussen enerzijds juridische bronnen, zoals regelgeving en jurisprudentie en anderzijds de aan deze bronnen ten grondslag liggende rechtsbeginselen en het normatieve systeem dat daar uit voortvloeit. Weliswaar gaat het om argumenten die een vreemd rechtssysteem betreffen, maar in andere rechtssystemen doen zich soortgelijke problemen voor als in het Nederlandse recht en de redenen die in het buitenland bestaan voor het kiezen van een bepaalde oplossing worden in Nederland ook veelal als relevant onderkend voor de inhoud

³³HR 21 februari 1997, NJ 1999/145.

van het positieve recht.³⁴ Daarom is het mogelijk om ten behoeve van het Nederlandse recht inspiratie te ontleen, niet zozeer aan de in het buitenland gekozen oplossingen (want het enkele feit dat in het buitenland een bepaalde oplossing is gekozen is niet relevant voor de inhoud van het Nederlandse recht), maar aan de redeneringen die elders zijn gebruikt om een theorie over (een deel van) het recht te rechtvaardigen. *Mutatis mutandis* kunnen dergelijke redeneringen ook voor het Nederlandse recht waardevol zijn.

9.2 EVALUATIEVE RECHTSVERGELIJKING

In hun *Introduction to Comparative Law* noemen Zweigert en Kötz als het voornaamste doel van de rechtsvergelijking het vergaren van kennis omtrent modellen voor het voorkomen en oplossen van sociale conflicten.³⁵ Door de oplossingen van verschillende landen te vergelijken kunnen lessen worden getrokken over hoe een land zijn eigen variant van de sociale problemen het best kan oplossen. Het gaat hierbij dus om wat ik evaluatieve rechtsvergelijking heb genoemd.

Evaluatieve rechtsvergelijking speelt een rol binnen het normatieve aspect van de rechtswetenschap, namelijk het aandragen van *empirisch materiaal* omtrent de gevolgen van bepaalde regelingen, met het oog op de evaluatie van deze regelingen als instrumenten voor het oplossen van sociale problemen. De rechtsvergelijking *in enge zin* kan geen waardeoordeel vellen over het recht van elders; daarvoor is naast vergelijking een maatstaf voor waardering nodig. Rechtsvergelijking in deze empirische functie binnen de normatieve rechtswetenschap is eigenlijk een soort rechtssociologie³⁶ en dient te voldoen aan de maatstaven van wetenschappelijkheid die gelden voor een empirische wetenschap. Voor zover de evaluatieve rechtsvergelijking naast beschrijving ook evaluatie behelst, gelden de rationaliteitscriteria voor normatieve wetenschappen.

Het blijkt dat rechtsvergelijking zowel een rol kan spelen binnen het beschrijvende aspect van de rechtswetenschap als binnen het normatieve aspect. In beide gevallen gaat het niet om een discipline die wetenschappelijker is dan de rechtswetenschap, maar veeleer om een aspect van de rechtsgeleerdheid dat wetenschappelijk kan worden beoefend en als zodanig een rol kan spelen binnen *rechtswetenschap*.

³⁴Dit veronderstelt dat de inhoud van het positieve recht niet enkel wordt bepaald door de inhoud van de bronnen van dit recht, maar ook door de argumenten waarom deze bronnen tot een bepaald normatief systeem (in de zin van par. 4) leiden.

³⁵Zweigert en Kötz 1998, 15.

³⁶Zweigert en Kötz 1998, 10 stellen dat de rechtsvergelijking en de rechtssociologie niet alleen veel van elkaar kunnen leren, maar ook in belangrijke mate dezelfde methodes gebruiken. Ik ga dus iets verder en stel dat de evaluatieve rechtsvergelijking voor zover het de vergelijking betreft *een tak van rechtssociologie is*, gericht op de gevolgen van regelingen en dat er daarnaast sprake is van evaluatie op grond van maatstaven die los staan van de beschrijving van regelingen en hun gevolgen.

10 Conclusies

De opzet van deze bijdrage was om aan de hand van de wrongful lifeproblematiek te laten zien of en zo ja, op welke wijze rechtsgeleerd werk wetenschappelijk kan zijn. Daartoe heb ik vier soorten van wetenschap onderscheiden, te weten a-priori, empirische, normatieve en hermeneutische wetenschappen. Een belangrijk criterium om een discipline de status van wetenschap te geven, was hierbij het bestaan van, of de mogelijkheid om op grond van argumenten overeenstemming te bereiken over, rationaliteitscriteria, maatstaven aan de hand waarvan betere van slechtere theorieën kunnen worden onderscheiden. Elk van de onderscheiden vier soorten wetenschap beschikt over voor de betreffende soort karakteristieke rationaliteitscriteria, al zijn die bij de hermeneutische wetenschappen nog niet zo goed ontwikkeld.

Binnen het rechtsgeleerde onderzoek is er een aantal subdisciplines die in principe aanspraak kunnen maken op de status van wetenschap. Hierbij spelen de beschrijvende en de normatieve rechtswetenschap en de in praktijk gangbare mengvormen daarvan een centrale rol. Door parallellen te trekken met de voor deze soorten rechtswetenschap relevante wetenschapssoorten kan men een indruk krijgen van hoe de verschillende soorten rechtswetenschap inderdaad wetenschappelijk kunnen worden beoefend. In een kort bestek als het onderhavige is het niet doenlijk om dit goed uit te werken. In plaats daarvan heb ik aan de hand van de wrongful lifeproblematiek en voor de rechtsvergelijking een eerste aanzet gegeven om te laten zien hoe een wetenschappelijke rechtswetenschap mogelijk is. Verder heb ik nog een aantal praktische aanbevelingen geformuleerd, die de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid kunnen bevorderen.

Tenslotte

Tenslotte wil ik Esther Engelhard en Gerrit van Maanen bedanken voor hun commentaar op een eerdere versie van deze tekst.

Literatuur

Aarnio 1987

Aarnio, A., *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, Kluwer, 1987.

Brecht 1959

Brecht, A., *Political Theory. The Foundations of Twentieth-Century Political Thought*, Princeton, University Press, 1959.

Burg 2000

Burg, H.J.M., *The Model of Principles: the Quest for Rationality in the Implementation of Conflicting Principles*, proefschrift, Amsterdam, Universiteit van Amsterdam, 2000.

Cliteur 1989

Cliteur, P.B., *Conservatisme en cultuurrecht: over de fundering van recht in rechtsbeginselen*, proefschrift Leiden, 1989.

Dunné 1971

Dunné, J.M. van, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen: een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, proefschrift Leiden, 1971.

Dworkin 1978

Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Londen, Duckworth, 1978.

Dworkin 1986

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

De Geest 2004

De Geest, G., 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', *NJB*, 2004, nr. 2, 58-66.

De Groot 1989

De Groot, G.R., *Vergelijkt alles en behoudt het goede*, oratie Maastricht, Deventer, Kluwer, 1989.

Hage 2004

Hage, J.C., 'Law and Coherence', *Ratio Juris*, 2004, nr. 1, 87-105.

Hage en Peczenik 2001

Hage, J.C. en Peczenik, A., 'Legal Internalism', in Chiassoni, P. (red.), *The legal ought. Proceedings of the IVR mid-term congress in Genoa (June 19-20, 2000)*, Turijn, Giappichelli, 2001, 141-170.

Hage en Wolleswinkel 2003

Hage, J.C. en Wolleswinkel, R. (red.), *Recht, vaardig en zeker*, 2e druk, 's-Gravenhage, Boom Juridische uitgevers, 2003.

Hart 1961

Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

Jansen 2003

Jansen, H., *Van omgekeerde strekking: een pragma-dialectische reconstructie van a contrario-argumentatie in het recht*, proefschrift Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, Thela Thesis, 2003.

Kloosterhuis 2002

Kloosterhuis, H., *Van overeenkomstige toepassing: de pragma-dialectische reconstructie van analogie-argumentatie in rechterlijke uitspraken*, proefschrift Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, Thela Thesis, 2002.

Langemeijer 1973

Langemeijer, G.E., *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts*, 3e herziene druk, Zwolle, Tjeenk Willink, 1973.

Lindenbergh 2003

Lindenbergh, S.D., 'Blij met de geboorte van ... een schadeclaim', *Ars Aequi*, 52, 2003, 365-374.

Radbruch 1973

Radbruch, G., *Rechtsphilosophie*, 4e druk, Stuttgart, Koehler Verlag, 1973.

Rawls 1972

Rawls, J., *A Theory of Justice*, Oxford, University Press, 1972.

Scholten 1974

Scholten, P., *Algemeen deel van de Asser-serie*, 3e druk, Zwolle, Tjeenk Willink, 1974.

Smith 1997

Smith, C.E., 'Hermeneutiek', in Cliteur, P.B. e.a. (red.), *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw*, Deventer, Gouda Quint, 1997, pag 199-242 .

Smits 2003

Smits, J.M., *Constitutionalisering van het vermogensrecht. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging van Rechtsvergelijking*, Deventer, Kluwer, 2003.

Stolker en Sombroek-van Doorm 2003

Stolker, C.J.J.M. en Sombroek-van Doorm, M.P., 'De wrongful lifevordering: schadevergoeding of euthanasie?', *NTBR*, 20, 2003, nr. 9, 496-506.

Vranken 1978

Vranken, J.B.M., *Kritiek en methode in de rechtsvinding*, Deventer, Kluwer, 1978.

Zweigert en Kötz 1998

Zweigert, K. en Kötz, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3e druk, Oxford, Clarendon Press, 1998.