

# Lessen geleerd

## Onderwerp, object, doel en theoretisch kader van rechtswetenschappelijk onderzoek

*Maria IJzermans*

Toen Tilburg Law School in 2005 in de master rechtsgeleerdheid het ‘Leeronderzoek’ invoerde, dat tot doel had de studenten te instrueren in de rechtswetenschappelijke methode, bleek hiervoor nauwelijks geschikte literatuur te zijn.<sup>1</sup> Wel was er literatuur over de wetenschappelijkheid van de rechtswetenschap,<sup>2</sup> de perspectieven die de rechtswetenschapper kon innemen,<sup>3</sup> de fasen van rechtswetenschappelijk onderzoek,<sup>4</sup> en over de kenmerken van de rechtswetenschap en rechtswetenschappelijk onderzoek,<sup>5</sup> en een boekenkast vol over de methoden van – vooral civielrechtelijke – rechtsvinding. Er was echter nauwelijks materiaal dat geschikt was voor de instructie van de beginnende onderzoeker, waarin kwesties werden besproken als: hoe moet je een rechtswetenschappelijk onderzoek aanpakken, wat zijn geschikte onderwerpen en welke vragen kun je stellen, met welke methoden kun je antwoorden op deze vragen vinden, moet een onderzoek per se met een voorstel eindigen, wat is nieuwe kennis in de rechtswetenschap? De discussie over de aard en methode van de rechtswetenschap wordt al lang gevoerd.<sup>6</sup> In Nederland is – na de diesrede van Stolker in 2003 – een hevig debat ontstaan over de aard van de rechtswetenschap, waarbij de rechtswetenschappelijke methode als twistappel fungeerde.<sup>7</sup> Hoewel de discussie inmiddels wat geluwd lijkt – na het rapport van de commissie-Kroes (‘Het gaat goed met het juridische wetenschappelijk onderzoek in Nederland’)<sup>8</sup> en het vierde Algemeen Deel in de Asser-serie van Vranken (dat, misschien wel veelzeggend, *een synthese*

- 1 Initiators van dit vak waren Willem Witteveen en Sanne Taekema. Het Leeronderzoek maakte met een studiebelasting van 3 ec deel uit van een scriptietraject van 18 ec in de master rechtsgeleerdheid. Bij de laatste herziening van het curriculum is het Leeronderzoek vervangen door een vak Methoden en technieken in de bachelor.
- 2 Stolker 2003; De Geest 2004.
- 3 Hol 2003.
- 4 IJzermans & Schaaik 2003.
- 5 Franken 2004; Herweijer 2003a.
- 6 Smits (2009, p. 17) verwijst naar Von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* uit 1848.
- 7 Hier een aantal kernpublicaties: De Geest 2004; Mackor 2007; Van Gestel e.a. 2007; Westerman & Wissink 2008; Smits 2009; Taekema & Van Klink 2009; Wendt 2008; Stolker 2011; Vranken 2014a.
- 8 Evaluatiecommissie Rechtswetenschappelijk Onderzoek 2009, *Kwaliteit & diversiteit. Rechtswetenschappelijk onderzoek in Nederland*, p. 61-62.

Maria IJzermans

als ondertitel heeft)<sup>9</sup> – bestaat er over veel onderwerpen geen consensus. Misschien neemt men de opdracht van Schoordijk om het niet onnodig eens te worden, te serieus.<sup>10</sup> Dit is goed voor de wetenschappelijke discussie, maar lastig bij het instrueren van jonge of potentiële rechtswetenschappers; dan is het immers nodig om houvast te bieden. Hoe kunnen jonge onderzoekers een onderzoeksmethode aanleren als er verdeeldheid is over zoveel methodische vragen?<sup>11</sup>

In het kader van het Leeronderzoek zijn gaandeweg voor veel van deze vragen pragmatische antwoorden gevonden en is er instructiemateriaal ontwikkeld. Hierbij hebben de vragen en problemen die de studenten ons voorlegden meer als inspiratiebron gefungeerd dan de veelal abstracte methodediscussie die tegelijkertijd in de literatuur werd gevoerd. In deze bijdrage zal ik – na een korte beschrijving van het Leeronderzoek – een aantal problemen bij de instructie identificeren, de oplossingen beschrijven die in de loop van tien jaar succesvol zijn gebleken en proberen deze in het wetenschappelijke debat te plaatsen.

## 1 Uitgangspunten van het Leeronderzoek

In het curriculum van de afgelopen tien jaar was de masterthesis niet louter een meesterproef aan het einde van de opleiding, waarin de student bewijst de academische competenties te bezitten om als zelfstandig beroepsbeoefenaar op academisch niveau te kunnen functioneren, maar diende de masterscriptie tevens als leertraject waarin studenten leerden om zelfstandig een wetenschappelijk onderzoek op te zetten en uit te voeren. Het doel van het Leeronderzoek was dan ook om studenten te laten kennismaken met de eisen van rechtswetenschappelijk onderzoek en om hen te leren een opzet voor een rechtswetenschappelijk onderzoek te maken. De begeleiding bij het uitvoeren van het onderzoek lag in handen van de vakdocent, die optrad als scriptiebegeleider.

### 1.1 *Programma*

Het programma van het Leeronderzoek bestond aanvankelijk uit twee opdrachten. Na een algemene inleiding over rechtswetenschappelijk onderzoek moesten studenten in groepjes van vijf binnen voorgeschreven thema's onderzoeksvragen formuleren en vervolgens bepalen welke methode van onderzoek het meest geschikt was om een antwoord op die vragen te vinden. Daarna schreven ze individueel een onderzoeksvoorstel voor hun masterscriptie. Het groepsonderdeel was geen succes. Het ontwikkelen van een onderzoeksvraag vereist immers dat studenten zich in het onderwerp verdiepen. Studenten bleken echter moeilijk te

9 Vranken geeft op pagina 1 een andere uitleg van de ondertitel; hij bedoelt de synthese tussen de twee eerdere Algemene Delen (1995 en 2005).

10 Knapen 2010, p. 20-21.

11 Over de noodzaak om aan beginnende onderzoekers houvast te bieden: Curry-Summer & Van der Schaaf 2011.

motiveren om goede onderzoeksvragen te ontwerpen voor een thema waar ze geen affiniteit mee hadden.

In latere jaren is het groepsonderdeel dan ook geschrapt. Na deze ingreep wordt de instructie in twee hoorcolleges gegeven. In het eerste hoorcollege is dat alleen instructie over de kenmerken, eisen en methoden van het rechtswetenschappelijk onderzoek; in het tweede hoorcollege wordt een AIO-onderzoeksvoorstel geanalyseerd en worden per onderdeel een aantal eisen geformuleerd. De sheets van deze colleges samen met wat literatuur over specifieke onderzoeksmethoden vormen de voorgeschreven literatuur.<sup>12</sup> Hierna schrijft elke student in twee fasen een onderzoeksvoorstel. In elke fase bespreekt de student zijn voorstel in een tutorgroep met vijf medestudenten en de docent. De tutorgroepen zijn vaak zeer inspirerend. Studenten vinden het niet alleen leerzaam om commentaar te krijgen van de docent, maar vooral ook van iemand die met dezelfde problemen worstelt. Zij blijken gedegen kritiek te kunnen geven op elkaars werk. Daarnaast vinden ze het ook leerzaam om commentaar te leveren. Het blijkt gemakkelijker om de kracht en de problemen van het werk van een ander te zien, dan van het eigen werk. Bovendien blijkt reflectie op andermans werk het vermogen tot zelfreflectie te bevorderen. Heeft een student het werk van een ander kritisch geanalyseerd, dan is het gemakkelijker om overeenkomstige problemen in het eigen werk te herkennen.

### 1.2 Onderzoeksvoorstel

De in tabel 1 genoemde onderdelen en de eisen waaraan de afzonderlijke onderdelen van het onderzoeksvoorstel moeten voldoen, zijn ontleend aan algemene literatuur over wetenschappelijk onderzoek.<sup>13</sup> Waar nodig zijn deze algemene instructies toegesneden naar het rechtswetenschappelijk onderzoek.

**Tabel 1**

<b>Onderdelen onderzoeksvoorstel</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• probleemanalyse (onderwerp &amp; object)</li> <li>• onderzoeksdoel</li> <li>• theoretisch kader</li> <li>• onderzoeksvraag</li> <li>• subvragen</li> <li>• methoden van onderzoek</li> <li>• wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie</li> <li>• bronnen</li> </ul>

12 Adams 2011; Cownie & Bradney 2013; Siems 2008; Taekema & Van Klink 2009.

13 Er is onder meer gebruikgemaakt van IJzermans & Van Schaaik 2003; Booth e.a. 2003; Oost & Markenhof 2010. De laatste twee boeken zijn geschreven voor empirisch onderzoek.

Hier volgt een korte toelichting per onderdeel. In de *probleemanalyse* wordt het onderwerp teruggebracht tot een onderwerp dat juridisch is en zich leent voor wetenschappelijk onderzoek. In de termen die ik in de volgende paragraaf gebruik, gaat het hier om het afbakenen van het onderwerp en het object van onderzoek. Globaal erkennen we vier *onderzoeksdoelen*: beschrijven, verklaren, beoordelen en ontwerpen. De onderzoeker construeert een *theoretisch kader* met behulp waarvan hij het onderzoeksdoel gaat realiseren. Is het onderzoeksdoel verklaren, dan is er een theorie/leerstuk nodig van waaruit het fenomeen wordt verklaard. Is het onderzoeksdoel beoordelen, dan is er een criterium nodig aan de hand waarvan wordt beoordeeld. Is het doel om een suggestie tot verbetering te doen, dan zal er een criterium moeten zijn aan de hand waarvan de onderzoeker bepaalt welke oplossing beter is. Het theoretisch kader is de theorie/het leerstuk van waaruit een onderzoeker een verklaring geeft of waaraan hij de criteria ontleent om te beoordelen welke oplossing het beste is.

Pas als deze onderdelen zijn vastgesteld, kan een voorlopige *onderzoeksvraag* worden geformuleerd. Dit is een open vraag die voldoende nauwkeurig is, zich leent voor rechtswetenschappelijk onderzoek en aansluit bij het onderzoeksdoel en het theoretisch kader. De onderzoeksvraag is meestal te veelomvattend om in één keer te beantwoorden. Daarom zal deze in *subvragen* (of deelvragen) worden opgesplitst en wel op zo'n manier dat de antwoorden op de deelvragen samen het antwoord leveren op de onderzoeksvraag. Per subvraag beschrijft de onderzoeker welke *onderzoeksmethode(n)* hij gaat gebruiken. De meest voorkomende methode is de literatuurstudie in combinatie met de hermeneutische methode, maar ook de rechtsvergelijking is een populaire methode onder rechtswetenschappers. De huidige discussie gaat vooral over de vraag of er één juiste methode is,<sup>14</sup> of dat in de rechtswetenschap sprake is van methodepluralisme, dit wil zeggen dat de keuze van de methode afhankelijk is van de vraag die beantwoord moet worden. De algemene opvatting neigt naar het laatste.<sup>15</sup> De *wetenschappelijke relevantie* is afhankelijk van wat dit onderzoek voor nieuws c.q. oorspronkelijks toevoegt aan de bestaande kennis.

In dit artikel beperk ik me tot de instructies voor de keuzes met betrekking tot het onderwerp, object, doel en theoretisch kader van het onderzoek. Dit zijn de keuzes die een onderzoeker moet maken om tot een onderzoeksvraag te komen.

### 1.3 Rechtswetenschappelijk onderzoek

Wanneer rechtenstudenten instromen in het Leeronderzoek, hebben ze geleerd hoe ze uit het geldend recht een oplossing voor een gegeven feitelijk conflict of voor een juridische kwestie kunnen afleiden. Dit vereist onderzoek, maar wat voor soort onderzoek is dit? De masterthesis moet gebaseerd zijn op een rechtswetenschappelijk onderzoek. Is dit hetzelfde soort onderzoek? Dit is een van de eerste vragen waarop we antwoord moesten geven. Wat kenmerkt rechts-

14 De Geest 2004.

15 Een kleine selectie: Barendrecht e.a. 2004; Degenkamp 2007; Mackor 2007; Van Gestel e.a. 2007; Wendt 2009; Vranken 2014a; Loth 2014.

wetenschappelijk onderzoek? Geïnspireerd door Herweijer werkten we aanvankelijk met twee soorten juridisch onderzoek: ‘praktisch juridisch onderzoek’ en ‘rechtswetenschappelijk onderzoek’,<sup>16</sup> maar dit onderscheid bleek studenten geen inzicht te bieden in het verschil tussen het onderzoek dat ze kenden en dat wat er nu van hen werd gevraagd. Ze herkenden noch het praktisch juridische, noch het rechtswetenschappelijke onderzoek als het onderzoek waarin ze getraind waren. Daarom voegden we nog een derde categorie toe – het ‘juridisch dogmatisch onderzoek’ – zodat we drie soorten juridisch onderzoek hanteerden.

In de meeste wetenschappen zijn deze drie genres te onderscheiden. Zo kent de natuurkunde de studie van de mechanica met het doel een probleem bij de bouw van een nieuwe motor op te lossen (technische natuurkunde), het kent onderzoek naar het gedrag van metaal bij verhitting of belasting (experimentele natuurkunde), en het kent onderzoek dat zich bezighoudt met vragen als zit er systeem in de opbouw van vaste stoffen (theoretische natuurkunde). Het onderscheid zit in de mate van abstractie, het doel – toepassen van bestaande kennis of bijdragen aan de kennisvorming – en het publiek – bruikbaar in de praktijk of draagt bij aan het debat tussen wetenschappers. In het Leeronderzoek hanteerden we een vergelijkbaar onderscheid als in de natuurkunde, met dit verschil dat het in de natuurkunde gaat om een meer of minder waardegeladen (‘theory-laden’)<sup>17</sup> beschrijving van de werkelijkheid, terwijl het in het recht altijd gaat om waardering. Dit is de reden waarom het Leeronderzoek drie vormen van juridisch onderzoek hanteerde. Het onderscheid tussen juridisch dogmatisch onderzoek en rechtswetenschappelijk onderzoek is inmiddels betrekkelijk gangbaar, maar er blijken veel indelingen mogelijk te zijn.<sup>18</sup>

Om te kunnen bepalen welke van de drie vormen rechtswetenschappelijk onderzoek opleverden, boden de algemene eisen voor goed wetenschappelijk onderzoek uitkomst. Wetenschappelijk onderzoek moet iets toevoegen aan de stand van de kennis en voldoen aan de eisen gesteld aan goed wetenschappelijk onderzoek: zorgvuldig, betrouwbaar, controleerbaar, onpartijdig (handelen in het belang van de wetenschap), onafhankelijk (van de opdrachtgever, handelen in academische vrijheid) en verantwoordelijk.<sup>19</sup> Al het onderzoek dat aan deze eisen voldoet, is

16 Herweijer 2003a, p. 23-26.

17 Zie voor de kennistheoretische stelling van Duhem-Quine dat een simpele waarneming of rapportage van een experiment niet kan bestaan omdat ‘onze uitspraken over de buitenwereld niet individueel met het tribunaal van de zintuiglijke ervaring worden geconfronteerd, maar als een samenhangend geheel’ en omdat ‘de waarheid van uitspraken altijd van de taal en de feiten afhangt’: Leezenberg & De Vries 2001, p. 81-87.

18 Voor het onderscheid tussen juridisch dogmatisch onderzoek en rechtswetenschappelijk onderzoek zie bijvoorbeeld Vranken 2010. Voor een andere indeling zie bijvoorbeeld Smits 2009, p. 28-29. Smits noemt vier soorten rechtswetenschappelijk onderzoek: Hoe luidt het recht? Hoe behoort het recht te luiden? Welke consequenties heeft de toepassing van een bepaalde rechtsregel? Wat is recht, waarom geldt het en hoe ontwikkelt het zich?

19 Vereniging van Nederlandse Universiteiten, *Nederlandse Gedragscode Wetenschapsbeoefening. Principes van goed wetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: VSNU 2004 (versie 2014). Het integriteitsbeleid van NWO is op deze *Nederlandse Gedragscode Wetenschapsbeoefening* gebaseerd. In de rechtswetenschappelijke literatuur worden andere eisenpakketten opgevoerd, zie bijvoorbeeld Smits 2009, p. 66-70. Hij noemt de noodzaak van het systematiseren van de kennis vanuit een

Maria IJzermans

wetenschappelijk onderzoek. Al het wetenschappelijk onderzoek dat een vraag onderzoekt die binnen het domein van het recht ligt, is rechtswetenschappelijk onderzoek.

Tabel 2

	<b>Praktisch juridisch onderzoek</b>	<b>Juridisch dogmatisch onderzoek</b>	<b>Rechtswetenschappelijk onderzoek</b>
<b>Onderwerp (domein)</b>	het recht: vinden of vormen van relevante rechtsregel in een concrete juridische kwestie	het recht: algemene juridische kwestie m.b.t. het geldend recht	het recht: nieuwe kennis over het recht vanuit een of ander theoretisch kader
<b>Object</b>	de legitimiteit van recht	de legitimiteit van recht	de legitimiteit van recht
<b>Publiek</b>	opdrachtgever	juristen	deelnemers aan het rechtswetenschappelijke discours
<b>Doelstelling</b>	partijdige oplossing voor de concrete kwestie	oplossing van de algemene kwestie	relevante bijdrage aan de kennis

In tabel 2 zijn de drie vormen van juridisch onderzoek vergeleken aan de hand van vier kenmerken, van welke ik het onderwerp, het object en het doel in de volgende paragraaf nog verder zal uitwerken.

Welke vormen van juridisch onderzoek zijn nu wetenschappelijk? Juridisch dogmatisch en rechtswetenschappelijk onderzoek delen het onderzoeksonderwerp, ze verschillen echter wat betreft de doelstelling van het onderzoek. Is het onderzoek gericht op een oplossing van een algemene juridische kwestie, dan is er sprake van juridisch dogmatisch onderzoek; is het gericht op het genereren van nieuwe kennis, dan is er sprake van rechtswetenschappelijk onderzoek. In deze indeling kan juridisch dogmatisch onderzoek rechtswetenschappelijk zijn. Praktisch juridisch onderzoek onderscheidt zich van de andere twee soorten onderzoek door de concreetheid van het onderwerp en de partijdigheid. Een betrokkene legt immers een feitelijk probleem voor dat om een juridische oplossing vraagt. Dit leidt tot onderzoek naar een concrete juridische vraag dat zich versmalt tot het perspectief van de opdrachtgever. Praktisch juridisch onderzoek voldoet niet aan de algemene eisen van wetenschappelijk onderzoek, omdat de algemeenheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid ontbreken.

In de praktijk van het Leeronderzoek heeft deze indeling het mogelijk gemaakt om de onderwerpkeuze van de student ter discussie te stellen. Veel studenten kiezen in eerste instantie voor kwesties die óf politiek van aard zijn, óf die empirisch onderzoek vergen. Dit zijn vragen die óf niet juridisch zijn en/of niet te onder-

(theoretisch?) kader, gebruik van erkende onderzoeksmethoden of kennis moet het resultaat zijn van een erkende praktijk en gericht zijn op veralgemenisering, en als laatste de (voor de rechtswetenschap minder relevante) eis van repliceerbaarheid.

zoeken zijn met juridische methoden. Om de studenten een rechtswetenschappelijke onderzoeksvraag te laten formuleren concentreerden we de instructie op de afbakening van het onderwerp, het onderzoeksdoel en het theoretisch kader. Daarnaast laat deze indeling zien dat de grens tussen dogmatisch en rechtswetenschappelijk onderzoek diffuus is, zodat studenten begrijpen dat als ze een juridisch dogmatisch onderwerp kiezen, ze expliciet aandacht moeten besteden aan de wetenschappelijke relevantie. Bovendien geeft de driedeling de docent een instrument in handen om het wetenschappelijke gehalte van de onderwerpkeuze te bespreken en zodoende de student te stimuleren een invalshoek voor een juridisch dogmatische vraag te kiezen die iets toevoegt aan de stand van de kennis.

## 2 Geleerde lessen

### 2.1 Afbakening van het onderwerp

Wanneer studenten een probleemanalyse maken, gaan zij vaak uit van een maatschappelijk probleem. Is er recent een baby te vondeling gelegd, dan zal er zeker een student zijn die wil onderzoeken of het wenselijk is om een vondelingenluikje open te stellen, een plek waar een vondeling veilig en anoniem kan worden achtergelaten. Studenten blijken het niet gemakkelijk te vinden om een maatschappelijke kwestie geschikt te maken voor rechtswetenschappelijk onderzoek. Of anders gezegd, om een onderwerp zo af te bakenen dat het zich leent voor rechtswetenschappelijk onderzoek. De voor de hand liggende instructie dat het onderwerp op het terrein van het recht moet liggen, blijkt niet zo instructief te zijn. Hoe moet de kwestie van het openstellen van een vondelingenluikje worden aangesneden, zodat deze op het terrein van het recht ligt? Het geldend recht kent geen vondelingenluikje, wel een strafbepaling voor te vondeling leggen (art. 256 Wetboek van Strafrecht). Betekent dit dat er alleen strafrechtelijke vragen over het openstellen van een vondelingenluikje gesteld kunnen worden of zijn er andere rechtswetenschappelijke vragen te stellen? Of nog scherper geformuleerd: wat willen rechtswetenschappers eigenlijk weten over hun onderwerp?

In de literatuur wordt wel onderscheid gemaakt tussen onderwerp en object van onderzoek, maar het is niet gemakkelijk te achterhalen wat precies het verschil in betekenis is tussen deze begrippen. Zo lees je bij Hol wanneer hij de rechtswetenschap met de natuurkunde vergelijkt: 'Onderwerp van onderzoek in de rechtswetenschap is het recht. Dit recht verschilt als object aanzienlijk van de natuur als object.'<sup>20</sup> De auteur legt niet uit waarom hij op het ene moment spreekt van het recht als onderwerp van onderzoek, en in de zin die erop volgt het recht aanduidt als een object van onderzoek. Er zijn meer auteurs die het recht zowel het onderwerp als object van onderzoek noemen,<sup>21</sup> anderen noemen het recht het object van rechtswetenschappelijk onderzoek<sup>22</sup> en weer anderen spreken over de

20 Hol 2003, p. 19.

21 Westerman & Wissink 2008, p. 504.

22 Van Klink 2010, p. 79.

Maria IJzermans

kern van de rechtswetenschap die zou worden gevormd door de vraag hoe het recht behoort te zijn.<sup>23</sup> Er is kennelijk geen overeenstemming over de begrippen onderwerp en object van onderzoek en geen overeenstemming over wat dat onderwerp of object van rechtswetenschappelijk onderzoek dan zou zijn.<sup>24</sup>

In het Leeronderzoek heeft het begrippenpaar onderwerp van onderzoek en object van onderzoek gediend om studenten te leren hoe ze een onderwerp moeten afbakenen. Bij het afbakenen van het onderwerp leerde het Leeronderzoek de studenten twee vragen te stellen: Ligt het onderwerp binnen het domein van het recht? Wat wil een rechtswetenschapper over dit onderwerp weten (object van onderzoek)?<sup>25</sup> Wat nu volgt, is een theoretische reflectie op beide vragen.

*a. Onderzoeksonderwerp: ligt het onderwerp binnen het domein van het recht?*

De instructie dat het onderzoeksonderwerp binnen het domein van het recht moet liggen, is tamelijk vaag, omdat er geen overeenstemming bestaat over de vraag wat recht is. De vraag wat recht is, leidt gemakkelijk tot een oeverloze discussie, terwijl er bij de instructie van jonge onderzoekers toch behoefte is aan een indicatie van wat recht is, om het onderzoeksterrein te kunnen afbakenen. Voor het Leeronderzoek hebben we gekozen voor de definitie van recht van Schuyt. Hij schetst het recht als een wisselwerking tussen drie elementen: het geheel van rechtsregels en beginselen, de feitelijke beslissingen en handelingen die op grond van deze regels en beginselen juridische betekenis hebben, en de organisaties en instellingen die het recht vormen of in de praktijk brengen.<sup>26</sup>

**Figuur 1 De driehoek van Schuyt**



23 Smits 2009, p. 70-79.

24 Ik denk dat de verwarring ontstaat omdat degenen die onderwerp en object door elkaar gebruiken de onderzoeker als het subject zien; dan is het object datgene wat de onderzoeker onderzoekt en dat is het onderwerp. Terwijl in de kenleer van oudsher gesproken wordt van het formele object, waarmee wordt bedoeld dat wat tegenover het subject ligt, ofwel dat waarover de kennis gaat. Zie verder Willemsen & De Wind 2015.

25 Inspiratie voor deze vragen opgedaan bij Booth e.a. 2003, p. 40-52.

26 Schuyt 1983, p. 11-18.



Het onderwerp van juridisch onderzoek ligt in het domein dat wordt afgebakend door de hoekpunten en de zijden van de driehoek. De driehoekzijden staan voor de wisselwerking tussen de hoekpunten.

In hun notitie *Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap* hanteren Westerman en Wissink een definitie van het onderzoeksterrein, dat maar de helft van de driehoek blijkt te beslaan, namelijk het stuk van de regels en beginselen en van de feitelijke handelingen/beslissingen, de hoekpunten 1 en 2. Zij onderscheiden immers drie mogelijke onderwerpen:

- a. Hoe kan een bepaalde nieuwe juridische ontwikkeling worden geduid en ingepast?
- b. Hoe kan een bepaalde maatschappelijke ontwikkeling worden geduid en ingepast?
- c. Kan een bepaald specifiek probleem *op verschillende* manieren geregeld worden met gebruikmaking van verschillende systematieken?<sup>27</sup>

Mijns inziens maakt vraag c deel uit van vraag a en b. Eigenlijk is c. een methodische vraag en valt deze onder de vraag naar de wijze van 'inpassing' onder a. en b. Dat dit zo is, wordt bevestigd door de uitleg die de auteurs zelf bij vraag c. geven: 'Deze vraag dient zich aan bij zowel de interne als de externe vorm van rechtsvergelijking.' Rechtsvergelijking is echter zelden een op zichzelf staand onderwerp, maar meestal een van de methoden om een oplossing te vinden voor een probleem dat ontstaat door een bepaalde juridische of maatschappelijke ontwikkeling, en om een manier te vinden om deze oplossing in te passen in het geldend recht. Zelfs als we uitgaan van de drie genoemde onderwerpen, dan bakenen de auteurs het onderzoeksterrein nog heel nauw af. Op de eerste plaats omdat het gebruik van het woord 'inpassing' een kant-en-klaar systeem suggereert waar een plaatsje ingeruimd moet worden voor een nieuwe ontwikkeling. Schoordijk en Vranken hebben deze opvatting van het rechtssysteem al afdoende bestreden door te laten zien dat er geen klaarliggend rechtssysteem is, maar dat het systeem steeds door de jurist gemaakt moet worden en zal afhangen van de context, de feiten van de kwestie die voorligt en de keuzes die de onderzoeker maakt.<sup>28</sup> Op de tweede plaats omdat in de omschrijving van Westerman en Wissink vragen over de instituties die de regels vormen of interpreteren, kennelijk niet tot het onderzoeksterrein van de rechtswetenschapper behoren.

Het Leeronderzoek hanteert een bredere omschrijving van rechtswetenschappelijk onderzoek, omdat we het recht zien als een discursieve praktijk. Het recht is immers niet alleen een systeem van door autoriteiten uitgevaardigde regels, maar is een argumentatieve praktijk, waarin de door autoriteiten uitgevaardigde regels sterke argumenten opleveren.<sup>29</sup> Er spelen echter ook andere argumenten mee, zoals de verwachtingen van de betrokkenen, de omgang met de regels en de aanvaardbaarheid van de beslissingen. James White vergelijkt de kennis van het

27 Westerman & Wissink 2008, p. 586.

28 Schoordijk 2008; Vranken 2009, p. 611.

29 Vgl. Van der Burg 2008.

Maria IJzermans

recht met de kennis van een taal. Iets wat je nooit helemaal in regels kunt vatten en wat verbeeldingskracht behoeft:

‘So I want to begin by saying: law is not a body of knowledge that can be reduced to propositions or rules; its primary object is not truth, as if it were a kind of science, but justice. Legal knowledge is an activity of mind, a way of doing something with the rules and cases and other materials of law, an activity that is itself not reducible to a set of directions or any fixed description. It is a species of cultural competence, like learning a language; this may in fact be the closest analogy we have, for what a lawyer knows at the center is how to speak and write the language of the law, in actual situations in the world – how to use legal language to create legal meaning. Legal knowledge is in the end not factual but rhetorical and imaginative.’<sup>30</sup>

In de praktijk van het Leeronderzoek blijkt dat de vergelijking van kennis van recht met de kennis van een taal en de consequenties die dit heeft voor de onderwerpkeuze en het methodenpluralisme van rechtswetenschappelijk onderzoek, iets te complex te zijn voor de instructie van jonge onderzoekers. In de eerste jaren, toen we nog werkten met een groepsopdracht (zie par. 1.1), moest een groepje studenten in een voorgeschreven thema een onderzoeksvraag formuleren en bepalen welke methode van onderzoek het meest geschikt zou zijn om een antwoord op die vraag te vinden. De thema’s waren zo gekozen dat er altijd een interdisciplinair onderzoek zou moeten volgen, omdat de problemen niet alleen met de juridische methode opgelost konden worden maar er methoden van een hulpwetenschap nodig waren.<sup>31</sup> Voor de gemiddelde student was dit te hoog gegrepen. Zij hadden al moeite met het formuleren van een onderzoeksvraag die tot een rechtswetenschappelijk onderzoek zou leiden. Ook bleek dat interdisciplinair onderzoek eisen stelt aan de verantwoording van de gehanteerde methoden, welke te veel vragen van een (gemiddelde) beginnende onderzoeker. De driehoek van Schuyt gaat iets minder ver; het geeft de studenten voldoende houvast om een onderwerp af te bakenen en voldoende vrijheid om de vorming van en de omgang met het recht bij het rechtswetenschappelijk onderzoek te betrekken.

*b. Onderzoeksubject: wat wil een rechtswetenschapper over het onderwerp weten?*

De tweede vraag die we de studenten bij de afbakening van het onderwerp lieten beantwoorden, was die naar het *object* (voorwerp) van het onderzoek: ‘Wat wil jij als rechtswetenschapper over dit onderwerp weten?’ Is de wenselijkheid van het openstellen van een vondelingenluikje een vraag die zich leent voor rechtswetenschappelijk onderzoek?

In de huidige Nederlandse literatuur over aard en methoden van de rechtswetenschap blijkt Van Roermund een van de weinige auteurs die een onderscheid

30 White 2002, p. 1397.

31 Zie voor de verschillende vormen van interdisciplinariteit Taekema & Van Klink 2009.

maakt tussen de begrippen onderwerp en object van onderzoek.<sup>32</sup> Volgens Van Roermund is het onderwerp van de rechtswetenschap het recht, en het object de gelding van recht. De rechtswetenschap probeert, volgens hem, dan ook ware uitspraken over de gelding van recht te doen. Aanvankelijk lijkt zijn redenering redelijk Kelseniaans. Kelsen baseert de gelding van recht op een hiërarchie van rechtsgeldige normen van concreet naar abstract die uiteindelijk wortelen in de (hypothetische) Grundnorm dat er recht moet zijn.<sup>33</sup> In de loop van het artikel blijkt Van Roermund onder geldend recht niet alleen ‘vooraf van hogerhand opgelegd recht’ te verstaan, maar ook ‘achteraf gesanctioneerd recht’, in die zin dat ‘de rechtsgenoten in hun handelen vooruitgrijpen op wat voor een rechtsprekende instantie als geldend recht verdedigd kan worden’. Dit leidt volgens hem tot de conclusie dat het object van onderzoek de gelding van recht is, waarbij gelding wordt opgevat als ‘een dynamisch gebeuren in ruimte en tijd’.<sup>34</sup>

In het Leeronderzoek hanteerden we als object van onderzoek de legitimiteit van het recht, omdat de gelding van recht niet alleen afhankelijk is van de legaliteit en de consistentie van het normensysteem, maar ook van andere factoren. Legitimiteit omvat naast een juridische dimensie (legaliteit), ook een ethische (rechtvaardigheid), maatschappelijke (aanvaarding) en een democratische (erkenning door allen) dimensie.<sup>35</sup> Dit betekent dat de rechtswetenschapper wil weten – ofwel *houdbare uitspraken*<sup>36</sup> wil doen over de vraag – wanneer een norm geldend recht oplevert, bezien vanuit de juridische en/of ethische en/of maatschappelijke en/of democratische dimensie in een bepaalde tijd in een bepaalde (de Nederlandse of de Europese enz.) rechtsorde. Deze vraag kan alleen worden beantwoord door afweging van de verschillende dimensies, zodat de conclusie blijkt te zijn dat het object van onderzoek geen verschijnsel is, maar een constructie.<sup>37</sup> En, dat de claim niet verder gaat dan *houdbare uitspraken* doen. Dat het de rechtswetenschap niet om ware maar *houdbare uitspraken* gaat, leidt niet tot een diskwalificatie van de rechtswetenschap, omdat elke wetenschappelijke uitspraak een voorlopige uitspraak is. Deze beperkte pretentie is juist een kenmerk van het kritisch vermogen van de rechtswetenschap en dus van haar wetenschappelijkheid.<sup>38</sup> Tevens is het mogelijk om te beoordelen hoe hard de claim van houdbaarheid is, want deze is afhankelijk van de kwaliteit van de onderbouwing, van de draagkracht van de argumenten en de geldigheid van de redenering.<sup>39</sup> Dit wil dus eigenlijk zeggen dat de houdbaarheid van een rechtswetenschappelijke uitspraak te meten is.<sup>40</sup>

Is de wenselijkheid van het openstellen van een vondelingenluikje een vraag die zich leent voor rechtswetenschappelijk onderzoek? Het antwoord is: nee. De claim

32 Van Roermund 2005.

33 Kelsen (1960) 1983, p. 62-84.

34 Van Roermund 2005, p. 88.

35 Bokhorst 2014, p. 19-37.

36 Herweijer 2003b.

37 Smith 2009.

38 Zie ook Stolker 2004; Enthoven 2004; Smith 2009.

39 Zie ook Smits 2009, p. 93.

40 In het handboek voor methoden in de maatschappijwetenschappen wordt ‘meten’ gedefinieerd als het vaststellen van de waarde van iets: Segers 1999, p. 148.

‘wenselijkheid’ valt niet onder legitimiteit; hierbij horen claims als: bevoegdheid, rechtmatigheid, gelding, werking, aanvaardbaarheid, (interne) doelmatigheid, rechtvaardigheid, erkenning, wettigheid. Het onderscheid tussen onderwerp en object van onderzoek maakt het mogelijk om het onderzoeksonderwerp af te bakenen en de stap te zetten van een maatschappelijk probleem naar een kwestie die zich leent voor rechtswetenschappelijk onderzoek.

## 2.2 *Wetenschappelijke relevantie: nieuwe kennis*

Nu moeten studenten nog een stap zetten, want een onderzoeksonderwerp moet zich niet alleen lenen voor rechtswetenschappelijk onderzoek, maar ook wetenschappelijk relevant zijn. Aanvankelijk hanteerde het Leeronderzoek als norm voor wetenschappelijke relevantie: dat het onderzoek nieuwe kennis dient te genereren met behulp van een methode die expliciet is verantwoord. Van de eis dat hun onderzoek nieuwe kennis moest opleveren, schrokken de meeste studenten. Zij zagen dan meteen een beeld voor zich van uitvinders en achtten zich niet in staat om iets uit te vinden op het terrein van het recht. De opdracht om nieuwe kennis te genereren blijkt een verlamme uitwerking te hebben op een grote groep rechtenstudenten. We hebben de eis geherformuleerd. Het frame is ‘creativiteit’: het onderzoek moet iets origineels toevoegen. Dit ‘iets’ kan van alles zijn: van een nieuwe invalshoek of een nieuw verband tot een originele vergelijking of een originele methode van onderzoek of een andere ordening van het bestaande recht dan gebruikelijk is.

Vaak zien studenten het nieuwe in een recente rechterlijke uitspraak of een wetsontwerp. Zij stellen dan de vraag of deze uitspraak aansluit bij de bestaande jurisprudentie, of dat dit wetsontwerp wel in te passen is in het bestaande recht. Zij gaan er dan van uit dat een nieuwe of vernieuwde rechtsregel toetsen aan het bestaande recht nieuwe kennis oplevert. Dit soort vragen is wellicht moeilijk te beantwoorden, maar het antwoord zal niet snel iets oorspronkelijks toevoegen aan de bestaande kennis. Dit zijn juridisch dogmatische vragen. Juridisch dogmatisch onderzoek is alleen rechtswetenschappelijk als het ‘iets’ toevoegt aan de bestaande kennis.<sup>41</sup> Dat het doel van wetenschappelijk onderzoek is om kennis te vermeerderen, is onomstreden. Wat dit precies betekent, is wel omstreden. Zo dichten auteurs verschillende doelen toe aan juridisch onderzoek voor ze van rechtswetenschap willen spreken. Er zou sprake moeten zijn van theorievorming,<sup>42</sup> of van kennisvergarig en -verspreiding,<sup>43</sup> of van bestaande kennis in twijfel trekken en nieuwe perspectieven bieden,<sup>44</sup> of van theorievorming en bepaling van optimaal recht.<sup>45</sup>

41 Zie ook Vranken 2014b.

42 Smith 2009.

43 Van Klink & Poort 2013.

44 Smits 2009, p. 144-149.

45 De Geest 2004; Engel 2013. Deze opvatting blijkt echter in strijd met de historische achtergrond van de naamgeving van de disciplines. In de loop van de negentiende eeuw werden alle traditionele ‘kundes’ (geneeskunde, natuurkunde, wiskunde, letterkunde enz.) omgedoopt in ‘wetenschappen’, behalve rechtsgeleerdheid, godgeleerdheid (hadden immers het suffix ‘kunde’

In de praktijk van het Leeronderzoek bleken de meeste studenten, wanneer onderwerp en object van onderzoek waren vastgesteld, juridisch dogmatisch onderzoek te willen doen. Een enkeling stelde een andere vorm van onderzoek voor. Dus concentreerden we ons bij de instructie op een zestal mogelijkheden waarop juridisch dogmatisch onderzoek origineel kan zijn.<sup>46</sup> Siems wijst op de historische invalshoek die kan leiden tot een andere analyse van, kritiek op en oordeel over het bestaande recht. Op de fundamentele invalshoek die kan leiden tot een verband tussen juridisch dogmatische vragen en de grondslagen van het recht. Op de analoge invalshoek waarin interne of externe rechtsvergelijking wordt toegepast. Op de interdisciplinaire invalshoek waarin een andere wetenschappelijke discipline bij het onderzoek wordt betrokken, zoals een economisch perspectief bij een uitspraak op het terrein van het verzekeringsrecht, of een psychologisch perspectief bij vragen met betrekking tot oordeelvorming of gedragsbeïnvloeding, of een taalwetenschappelijk perspectief bij de verbetering van juridische argumentatie. Ten slotte wijst hij op de pragmatische invalshoek waarbij de rechtspraktijk of de feitelijke context bij de juridisch dogmatische vraag wordt betrokken. Een student die recent koos voor de laatste mogelijkheid stelde de vraag of de vormgeving van een contractsbepaling om nakoming af te dwingen in een specifieke branche samenhangt met de beschikbaarheid van alternatieve geschilbeslechting in de betreffende branche.

Terugkijkend op de praktijk van het Leeronderzoek blijken studenten het gemakkelijkst naar rechtsvergelijking te grijpen om 'iets' toe te voegen aan de bestaande kennis.<sup>47</sup> Het biedt de mogelijkheid om met een juridisch dogmatisch onderzoek nieuwe kennis te genereren.

Men kiest hierbij en masse voor een speciale vorm van rechtsvergelijking, waarbij geen verklaring wordt gezocht voor de verschillen tussen het eigen en een ander rechtstelsel, maar waarbij een soort 'leentjebuur' wordt gespeeld. Er wordt een leemte geconstateerd – in Nederland is er geen vondelingenluikje opengesteld – er wordt een land gezocht waar die leemte inmiddels is opgevuld – in België kent men sinds 2000 vondelingenluikjes – vervolgens gaat de onderzoeker de Belgische regeling voor vondelingenluikjes beschrijven om te achterhalen of de Belgische oplossing in het Nederlandse rechtstelsel geïmplementeerd kan worden. Deze instrumentele vorm van rechtsvergelijking onttrekt zich aan de problemen die aan verklarende rechtsvergelijking kleven.<sup>48</sup> Studenten hebben zelden gebruik-

niet) en wiskunde (wiswetenschap zou immers een tautologie opleveren). Het suffix 'wetenschap' heeft geen betrekking op de gehanteerde onderzoeksmethode, maar heeft vooral te maken met de aanwezigheid van een 'systematisch geordend geheel van het weten': Lokin 2008.

46 Siems 2008; Taekema & Van Klink 2009.

47 Dit is niet alleen het geval bij onderzoek ten behoeve van een masterscriptie, maar ook bij promotieonderzoek. In 42% van de rechtswetenschappelijke proefschriften wordt aan rechtsvergelijking gedaan: Tijssen 2009, p. 128. Bij de masterscriptie werd de keuze voor rechtsvergelijking gestimuleerd door inhoudelijke scriptiebegeleiders; bij sommige vakgroepen was het gedurende een periode zelfs verplicht om een rechtsvergelijkend onderzoek te doen voor de masterscriptie.

48 Voor een introductie in de problemen van verklarende rechtsvergelijking verwijs ik naar Adams 2011.

gemaakt van de andere mogelijkheden om juridisch dogmatisch onderzoek origineel te maken, ook al probeerde het Leeronderzoek hen daartoe te stimuleren. Daarbij stuitte we op een organisatorisch probleem, namelijk dat de methodologische begeleiding van studenten in het Leeronderzoek losstond van de inhoudelijke begeleiding door de vakdocenten. Dit is een bewuste keuze van de faculteit geweest, omdat voordat het Leeronderzoek werd ingevoerd de scriptiebegeleiding bij vakdocenten berustte en deze maar mondjesmaat aandacht schonken aan de methoden van onderzoek. Door een apart methodenvak in te voeren zou er bij de scriptiebegeleiding meer aandacht komen voor de onderzoeksmethode, waardoor de masterscripties naar een hoger niveau getild zouden worden. Dit klinkt plausibel, maar in de praktijk is het moeilijk gebleken om een inhoudelijke discussie tussen methodendocenten en vakdocenten tot stand te brengen. Er zijn nu – na tien jaar – nog steeds vakdocenten die hun schouders ophalen bij eisen als ‘iets’ toevoegen, methoden verantwoorden en de relevantie aantonen. Zo is er geen overeenstemming over de manier waarop er ‘iets’ toegevoegd kan worden aan de kennis of hoe en wanneer rechtsvergelijking als methode ingezet kan worden. Eigenlijk zijn dit verschijningsvormen van het algemene gegeven dat er geen overeenstemming is over de inhoudelijke kwaliteitseisen waaraan het onderzoek ten behoeve van een masterscriptie moet voldoen.<sup>49</sup>

Voor studenten die kiezen voor een rechtswetenschappelijk onderwerp is het wat gemakkelijker om origineel te zijn. Daar staan de meer abstracte thema's centraal. Dan kunnen vragen worden gesteld naar de grondslagen van het recht: rechtszekerheid, rechtvaardigheid of legitimiteit. Zo heeft een student onderzocht of het legaliteitsbeginsel zich tegen *nudging* verzet. Bij *nudging* worden mensen op subtiele wijze psychologisch beïnvloed om de gewenste keuze te maken. Mag de overheid dit middel gebruiken in plaats van wetgeving om het gedrag van de burgers te beïnvloeden, of is dit onrechtmatig?<sup>50</sup> Ook de gebruikte methoden kunnen onderwerp van rechtswetenschappelijk onderzoek zijn. Zo studeerde een paar maanden geleden een student af op een onderzoek naar de argumentatieve structuur van belangenafweging in het milieurecht. Zij analyseerde de bestuursbesluiten die waren genomen bij de ontwikkeling van een groot windmolenpark, met behulp van de argumentatietheorie van Alexy. Deze analyse leidde tot de conclusie dat er eigenlijk geen afweging van belangen plaatsvond, maar dat het bestuur in alle besluiten deductief redeneerde.<sup>51</sup> Verder is er origineel rechtswetenschappelijk onderzoek te doen door het internationale recht te betrekken bij juridisch dogmatische vragen. Zeker door de toenemende invloed van transnationaal recht (*global law*) valt hier nog veel nieuws te ontdekken.<sup>52</sup> Er blijken maar weinig studenten te zijn die dit type – meer abstracte – onderwerpen kiezen.

49 Art. 7:13 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek laat expliciet aan de instellingen over om in hun onderwijs- en examenreglement vast te leggen wat de 'kwaliteiten (zijn) op het gebied van kennis, inzicht en vaardigheden die een student zich bij beëindiging van de opleiding moet hebben verworven'.

50 Hensen 2014.

51 Boekema 2015.

52 Zie ook Loth 2014.

### 2.3 *Het onderzoeksdoel en het theoretisch kader*

Om een goede onderzoeksvraag te kunnen formuleren moet de onderzoeker niet alleen het onderwerp afbakenen en het object kennen, maar ook het doel en het theoretisch kader.

Het doel van het rechtswetenschappelijk onderzoek is, zo zagen we, het op een controleerbare manier toevoegen van ‘iets’ origineels aan de huidige kennis. Dit heeft betrekking op de uitkomst van het onderzoek: het kennisdoel. Als er gesproken wordt over het onderzoeksdoel, bedoelt men daar ook wel iets anders mee, namelijk het handelingsdoel van het onderzoek. Grosso modo zijn er vier handelingsdoelen: beschrijven, analyseren, beoordelen, ontwerpen. Vranken noemt naast deze doelen nog: vergelijken, verklaren, verkennen, evalueren, oplossen, argumenten in kaart brengen, systematiseren, stand van zaken schetsen, theorie ontwerpen, theorie toetsen, uitspraken doen over wenselijk recht, vooronderstellingen opsporen, patronen blootleggen.<sup>53</sup> En, hiermee heeft hij nog geen limitatieve opsomming gegeven. Toch zijn al deze activiteiten te herleiden tot de vier genoemde handelingsdoelen.

**Tabel 3**

<b>beschrijven</b>	<b>analyseren</b>	<b>beoordelen</b>	<b>ontwerpen</b>
verkennen	vooronderstellingen	evalueren	oplossen
argumenten in kaart brengen	opsporen	theorie toetsen	theorie ontwerpen
stand van zaken schetsen	patronen blootleggen	wenselijk recht bepalen	
	systematiseren		
	vergelijken		

Is het onderzoeksdoel beschrijven, dan is er een perspectief nodig van waaruit wordt beschreven. Is het onderzoeksdoel analyseren, dan zal de onderzoeker een theorie/leerstuk moeten zoeken van waaruit hij het fenomeen kan verklaren. Is het doel beoordelen, dan zal er een criterium moeten zijn aan de hand waarvan het oordeel wordt geveld, en dit criterium ontleent de onderzoeker aan een theorie. Is het doel een suggestie tot verbetering, dan zal er een criterium moeten zijn aan de hand waarvan de onderzoeker gaat bepalen of de oplossing beter is.

Dit brengt me tot het belangrijkste struikelblok voor studenten, namelijk het theoretisch kader. In de literatuur over rechtswetenschappelijk onderzoek speelt het theoretisch kader geen grote rol.<sup>54</sup> Een uitzondering is het NJB-artikel van Westerman en Wissink.<sup>55</sup> In hun ogen kan alleen een onderzoek met een

53 Vranken 2014a, nr. 37.

54 Ook in rechtswetenschappelijke proefschriften blijkt maar 17% het theoretisch kader te expliciteren: Tijssen 2009, p. 121.

55 Een andere auteur die eist dat de rechtswetenschap geen genoegen neemt met ‘een losse verzameling van gegevens, maar dat informatie wordt beschreven, geëvalueerd en verklaard vanuit een bestaand kader’ is Smits 2009, p. 66-67.



Maria IJzermans

theoretisch kader wetenschappelijk zijn. Dit geldt volgens hen ook in de rechtswetenschap:

‘Iemand die veel weet van het recht mag wellicht rechtsgeleerd heten, maar rechtswetenschapper kan alleen diegene zich noemen die deze weetjes interpreteert en in een zinvol verband weet te zetten.’

Volgens de auteurs onderscheidt de rechtswetenschap, gezien als een interpreterende wetenschap, zich van de andere interpreterende wetenschappen wat betreft de wijze waarop wordt geïnterpreteerd en wat betreft het theoretisch kader. Waar een empiricus een hypothese afleidt uit een theoretisch kader om betekenis te kunnen geven aan de data die hij heeft verzameld, heeft de rechtswetenschapper juist behoefte aan een breed strijklicht om de betekenis van de tekst voor de concrete kwestie te ontdekken. Vervolgens laten de auteurs het theoretisch kader met het rechtssysteem samenvallen. Weliswaar kunnen gedragsregels niet dienen als een theoretisch kader, maar als regels opgevat worden als het resultaat van belangenafweging, dan wordt duidelijk dat ze een of meer relevante gezichtspunten bevatten.<sup>56</sup> Uit deze redenering kun je concluderen dat deze auteurs het theoretisch kader (= het rechtssysteem) opvatten als een bron van gezichtspunten waarmee de onderzoeker naar een rechtsvraag kan kijken.

Vranken heeft vooral kritiek op de veronderstelling van Westerman en Wissink dat het enig denkbare theoretisch kader voor de rechtswetenschap het rechtssysteem is, terwijl zij toch een breed strijklicht propageren om de ‘volheid van de tekst tot spreken te brengen’. Kritisch is hij ook over hun opvatting dat rechtsregels een ‘gestolde belangenafweging’ bevatten waaruit een onderzoeker gezichtspunten kan destilleren, terwijl de auteurs tegelijkertijd erkennen dat deze gezichtspunten veranderen. Toch geven ze, volgens Vranken, niet aan hoe een onderzoeker kan weten of de gezichtspunten wel of niet uit het systeem voortvloeien. Noch geven ze aan hoe de onderzoeker kan weten of de nieuwe oplossing wel of niet past bij de gezichtspunten. De enige instructie die Westerman en Wissink geven, is dat de onderzoeker een breed strijklicht moet hanteren. Vranken vraagt zich af of de onderzoeker en de kwaliteit van het onderzoek niet meer gebaat zijn bij een scherpe focus. Volgens hem moet een onderzoeker juist aangeven vanuit welk perspectief hij vertrekt. Bij Vranken is het theoretisch kader de keuze voor een perspectief van waaruit de onderzoeker de te onderzoeken kwestie benadert. Hij geeft als voorbeeld vier mogelijke perspectieven op de verzuimregeling bij wanprestatie: hoor en wederhoor, bescherming tegen overhaaste stappen, effect op de escalatie van het conflict, en harmonisatie van het privaatrecht in Europa. De keuze voor een van deze invalshoeken is bepalend voor het onderzoek.<sup>57</sup>

56 Westerman & Wissink 2008, p. 503-505.

57 Vranken 2009. Met de verzuimregeling bedoelt hij dat het recht op schadevergoeding pas bestaat als de schuldenaar in verzuim is. Onder verzuim wordt verstaan een tekortkoming – een toerekenbare vertraging – in het nakomen van een opeisbare verbintenis. Voor het intreden van het verzuim is in het algemeen een ingebrekestelling vereist.



In het Leeronderzoek hanteren we het begrip *theoretisch kader* eerder in de zin die Vranken er in 2009 aan geeft, dan die Westerman en Wissink eraan geven. Het theoretisch kader maakt het mogelijk het onderwerp af te bakenen, omdat het bepaalt vanuit welke invalshoek/opvatting de onderzoeker het onderwerp benadert. Het theoretisch kader biedt de theorie waarbinnen de voorliggende kwestie wordt onderzocht. Je zou kunnen spreken van *een denkkader*, het biedt een kader voor het denken over de onderzoekskwestie. Dit theoretisch- of denkkader dient verschillende doelen. Ten eerste maakt het duidelijk vanuit welk gezichtspunt de onderzoeker naar het probleem gaat kijken. Ten tweede destilleert de onderzoeker de criteria aan de hand waarvan hij de voorliggende kwestie gaat verklaren of erover gaat oordelen uit het theoretisch kader. Ten derde biedt het een begrippenapparaat.<sup>58</sup> Kortom, het handelingsdoel van het onderzoek (beschrijven, analyseren, beoordelen, vergelijken) kan alleen worden gerealiseerd met een bijpassend theoretisch kader.

Een van de mogelijke theoretische kaders voor rechtswetenschappelijk onderzoek is het geldend recht. Juristen hanteren bij juridisch dogmatisch onderzoek het geldende recht als theoretisch kader om daaruit een aantal criteria te destilleren, waarmee zij het handelingsdoel van het onderzoek kunnen realiseren. Als het geldend recht als theoretisch kader fungeert, rijst er een ander probleem. Er is immers pas sprake van wetenschappelijk onderzoek als het onderzoek op controleerbare wijze nieuwe kennis oplevert. Het enkel toepassen van het geldend recht levert zelden nieuwe kennis op. Dit kan wel het geval zijn als het geldende recht wordt gezien vanuit een oorspronkelijke of vernieuwende invalshoek. Deze kwestie heb ik in de vorige paragraaf besproken.

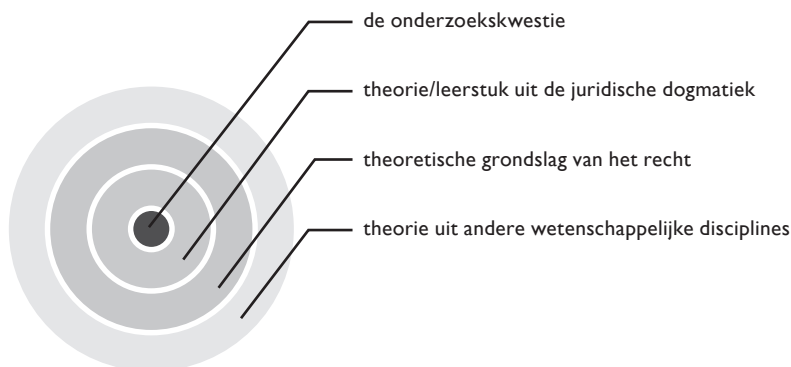
Net als een juridisch kader geconstrueerd moet worden uit het relevante geldende recht, zo moet het theoretisch kader geconstrueerd worden uit de relevante bestaande kennis. Uit deze overweldigende hoeveelheid keuzemogelijkheden zal de onderzoeker een of meer voor het onderzoeksonderwerp relevante theorieën kiezen. De rechtswetenschapper heeft dan de keuze uit drie soorten theoretische kaders, waarbij het perspectief steeds ruimer wordt. Dit wordt in figuur 2 weergegeven.

Door de keuzes die de onderzoeker maakt, construeert hij een theoretisch kader dat geschikt is om het onderzoeksdoel te realiseren, dat helpt bij de analyse van de voorliggende kwestie, en bij het vaststellen van wat de kwestie problematisch maakt, en dat criteria biedt voor de verklaring of de beoordeling ervan.

Het construeren van een theoretisch kader vormt een essentieel onderdeel van de zoektocht naar een antwoord op de onderzoeksvraag. Het is een creatief proces dat behoort tot de heuristische fase van een onderzoek (*context of discovery*). Het expliciteren ervan is een manier om dit creatieve proces van begrijpen zichtbaar te maken, zodat de keuzes die de onderzoeker tijdens dit proces maakt, kunnen worden verantwoord (*context of justification*). Bij rechtswetenschappelijk onder-

58 Segers 1999, p. 17-18, 32-43, 61, 78.

Maria IJzermans

**Figuur 2** Drie mogelijke theoretische kaders

zoek dient het expliciteren van het theoretisch kader dus de controleerbaarheid van het onderzoek, door het zichtbaar maken van de keuzes die de onderzoeker maakt. Alleen wanneer de criteria aan de hand waarvan de onderzoeker een analyse maakt of een oordeel velt vooraf bekend zijn, is het oordeel controleerbaar en niet willekeurig. Ook als het onderzoek tot doel heeft om een ontwerp te maken, gebeurt dit niet op basis van eigen voorkeuren, maar uitgaande van een wensenpakket dat voortvloeit uit een bepaalde opvatting over bijvoorbeeld functionaliteit, rechtvaardigheid of legitimiteit.

In de praktijk van het Leeronderzoek blijkt dat de meeste studenten onderzoek doen dat leidt tot een beoordeling en een advies. Het theoretisch kader zal dan een criterium of meerdere criteria moeten bieden aan de hand waarvan dit oordeel geveld gaat worden. Als voorbeeld van een theoretisch kader dient het theoretisch kader dat een student vorig jaar formuleerde voor een juridisch dogmatisch onderzoek naar de strafbaarheid van bestuurders. De strafrechtelijke immuniteit van bestuurders was volgens de rechter afhankelijk van de vraag of ze een ‘exclusieve bestuurstaak’ verrichtten en in een wetsvoorstel hing deze af van ‘het publieke taakcriterium’.

### ‘Theoretisch kader

Er is momenteel een tweetal normen in zwang ter beoordeling van de strafrechtelijke immuniteit, te weten dat van *de exclusieve bestuurstaak* in de huidige jurisprudentie en *het publieke taakcriterium* in het wetsvoorstel. Ik wil met mijn onderzoek beoordelen welke van deze normen de voorkeur verdient, gelet op de rechtszekerheid van zowel overheid als burger.

Het rechtszekerheidsbeginsel is niet alleen één van de beginselen van behoorlijk bestuur, maar geldt ook als algemeen rechtsbeginsel. Het uitgangspunt dat op het door de overheid gegeven recht moet kunnen worden gebouwd, geldt daarom zowel in het bestuursrecht als in het strafrecht en het privaatrecht. Het rechtszekerheidsbeginsel eist dat overheidsbesluiten duidelijk en kenbaar zijn geformuleerd, zodat duidelijk is wat de grenzen zijn van de

bestuursbevoegdheden. Ze moeten zo duidelijk en kenbaar zijn dat iedereen in staat is om zich vooraf (in hoofdlijnen) een beeld te kunnen vormen van zijn rechtspositie.

Uiteindelijk zullen beide normen worden getoetst aan deze rechtszekerheids-criteria om op basis daarvan te beoordelen welke de voorkeur heeft of hoe de normen geïnterpreteerd moeten worden om de rechtszekerheid zoveel mogelijk te waarborgen.'

Deze student wilde de normen 'de exclusieve bestuurstaak' en 'het publieke taakcriterium' vergelijken en bepalen welke norm het beste is. Na wat doorvragen bleek het hem om de rechtszekerheid te doen, burgers en bestuurders moeten immers weten waar ze aan toe zijn. De rechtszekerheid is dan het theoretisch kader. Dit begrip is echter te vaag om als toetssteen te dienen; er moet dus een werkbaar criterium van afgeleid worden. Deze student koos voor twee criteria: duidelijkheid en kenbaarheid.

Ondanks deze instructie en het voorbeeld bleven studenten de constructie van het theoretisch kader een moeilijk onderdeel vinden. De beste methode om hen tot een keuze te verleiden was steeds maar doorvragen: In het licht van welk criterium ga je de normen 'de exclusieve bestuurstaak' en 'het publieke taakcriterium' vergelijken? Wat bedoel je met 'de beste'?

### 3 Onderzoeksvraag en probleemstelling

Als de onderzoeker al deze stappen heeft gezet en het onderwerp heeft afgebakend door object, handelingsdoel en een theoretisch kader te formuleren, kan hij een voorlopige onderzoeksvraag en de daarbij behorende subvragen formuleren en bepalen welke methoden geschikt zijn om deze vragen te beantwoorden.

In het Leeronderzoek maken we onderscheid tussen de onderzoeksfase en de presentatiefase. De onderzoeksfase wordt geleid door de onderzoeksvraag die geformuleerd wordt als een open vraag die voldoende abstract en voldoende afgebakend is. In deze fase verzamelt, ordent en beschrijft de onderzoeker de noodzakelijke informatie over de stand van de wetenschap over de te onderzoeken kwestie en het theoretisch kader. Door dit onderzoek zal de vraag aangescherpt kunnen worden en wordt de huidige stand van de kennis op het betreffende terrein in kaart gebracht. Deze fase komt ten einde als de student een antwoord op de onderzoeksvraag kan formuleren. Pas als dit is gebeurd, breekt de presentatiefase aan. In de presentatiefase kan de student-onderzoeker een probleemstelling formuleren, waarin het antwoord op de onderzoeksvraag als een standpunt wordt geformuleerd. Het onderzoeksmateriaal verandert van vindplaats van mogelijke antwoorden op de onderzoeksvraag naar vindplaats van argumenten om het betoog mee te onderbouwen. Natuurlijk verloopt het proces nooit precies zoals deze ideale gang van zaken beschrijft, maar de kwaliteit van het resultaat is gebaat bij het onderscheiden van deze fasen. De onderzoeksvraag in de onderzoeksfase heeft een andere functie dan de probleemstelling in de presentatiefase

Maria IJzermans

en de tekst heeft daardoor een ander karakter. Een onderzoeksvraag leidt tot een onderzoeksverslag waarbij aan het slot een antwoord is gevonden, de probleemstelling leidt tot een betogende tekst waarin het resultaat van het onderzoek als standpunt in het begin van de tekst is geformuleerd.

Ook dit onderscheid wordt niet door alle begeleiders toegepast. Van studenten hoor ik dat de begeleider na een inleidend gesprek de student wegstuurt met de opdracht om voor het volgende gesprek het kernhoofdstuk in te leveren. Zodra er hoofdstukken moeten worden ingeleverd, is de presentatiefase al ingetreden. Dan spelen allerlei retorische eisen mee die het voor de student moeilijker maken om zich te concentreren op de analyse en de interpretatie van het materiaal, en die het voor de begeleider en student moeilijk maken om op een fundamenteel inhoudelijk niveau met elkaar in discussie te gaan.

#### 4 Besluit

Toen het Leeronderzoek tien jaar geleden werd ingevoerd, was er weinig literatuur over het hoe en wat van rechtswetenschappelijk onderzoek. Om toch instructies aan beginnende onderzoekers te kunnen geven, moesten talloze methodologische vragen worden beantwoord. In beginsel is steeds gezocht naar pragmatische antwoorden, antwoorden die nuttig bleken voor de instructie. In de periode dat het vak heeft bestaan, is de discussie over de aard en methode van de rechtswetenschap enorm toegenomen. In dit artikel heb ik geprobeerd om een paar pragmatische antwoorden van het Leeronderzoek in de wetenschappelijke discussie te plaatsen.

De invoering van het Leeronderzoek had als hoofddoel om de studenten te instrueren hoe zij een onderzoeksopzet kunnen maken. Na wat aanloopproblemen hebben we daarvoor een vorm gevonden die door veel studenten als waardevol is ervaren. Een subdoel van de invoering van het Leeronderzoek was om enige eenheid binnen de faculteit te brengen wat betreft de eisen die aan een masterscriptie gesteld kunnen worden, de waardering en de begeleiding ervan. Dit subdoel is veel minder gerealiseerd. Het blijkt om allerlei redenen moeilijk te zijn om tot departementoverstijgende afspraken te komen. Ook bij de laatste verandering van scriptietraject in masterthesistraject is er nauwelijks discussie gevoerd over de inhoudelijke kwaliteitseisen, maar heeft men zich in de discussie geconcentreerd op het aantal studiepunten en de procedure die gevolgd moet worden om de masterthesis binnen de gestelde tijd af te ronden.

De faculteit heeft nu de koppeling van het methodenvak aan de masterscriptie losgelaten en ervoor gekozen om de studenten eerder in het curriculum met de wetenschappelijke methoden te laten kennismaken. Er is voor een andere, voor de bachelor toepasselijke, vorm voor het vak gekozen. Gedurende tien jaar heb ik ongeveer honderd masterstudenten per jaar begeleid bij het schrijven van een onderzoeksvorstel en heb ik ontdekt wat hun relatief gemakkelijk afgaat en waar ze mee worstelen. Dit leek hét moment om terug te kijken.

## Literatuur

### Adams 2011

M. Adams, 'Wat de rechtsvergelijking vermag. Over onderzoeksdesign', *Ars Aequi* 2011, p. 192-201.

### Barendrecht e.a. 2004

M. Barendrecht e.a., 'Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 1419-1428.

### Boekema 2015

D.S.A. Boekema, *Vechten tegen windmolens: de rationele belangenafweging in een milieurechtelijke context* (masterthesis Tilburg), 2015.

### Bokhorst 2014

A. M. Bokhorst, *Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

### Booth, Colom & Williams 2003

W.C. Booth, G.G. Colom & J.M. Williams, *The Craft of Research*, Chicago/London: The University of Chicago Press 2003.

### Van der Burg 2008

W. van der Burg, 'Creativiteit in de rechtswetenschap. Over interdisciplinariteit als heuristiek', *Nederlands Juristenblad* 2008, p. 2742-2746.

### Cownie & Bradney 2013

F. Cownie & A. Bradney, 'Socio-legal studies', in: D. Watkins & M. Burton, *Research Methods in Law*, London/New York: Routledge 2013, p. 34-54.

### Curry-Summer & Van der Schaaf 2011

I. Curry-Summer & M. van der Schaaf, 'The theory and practice of teaching and guiding legal research skills', *Law and Method* 2011/1, p. 64-84.

### Degenkamp 2007

J. Th. Degenkamp, *Een inleiding in de rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 2007.

### Engel 2013

C. Engel, *Legal experiments – mission impossible?* (intreerede Rotterdam), Den Haag: Eleven International Publishing 2013.

### Enthoven 2004

G. Enthoven, 'Rechtswetenschap en het actuele discours over kennis', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 1430-1431.

### Evaluatiecommissie Rechtswetenschappelijk Onderzoek 2009

Evaluatiecommissie Rechtswetenschappelijk Onderzoek, *Kwaliteit & diversiteit. Rechtswetenschappelijk onderzoek in Nederland*, Amsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam 2009.

### Franken 2004

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

### De Geest 2004

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

### Van Gestel e.a. 2007

R.A.J. van Gestel e.a., 'Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 1448-1461.

### Hensen 2014

E. Hensen, *Legaliteit en legitimiteit: kan een nudge de toets doorstaan?* (masterthesis Tilburg), 2014.

Maria IJzermans

### **Herweijer 2003a**

M. Herweijer, 'Juridisch onderzoek', in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis, *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003a, p. 23-33.

### **Herweijer 2003b**

M. Herweijer, 'Normen en rechtshandelingen. Rechtswetenschap als interpreteren en observeren', in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis, *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over recht en methode*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003b, p. 53-65.

### **Hol 2003**

A.M. Hol, 'Pleidooi voor een Jurisprudentia. Over recht en wetenschap', in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis, *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 5-22.

### **IJzermans & Van Schaaijk 2003**

M.G. IJzermans & G.A.F.M. van Schaaijk, *Oefening baart kunst. Onderzoeken, argumenteren en presenteren voor juristen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

### **Kelsen (1960) 1983**

H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problem* (II Auflage), Wien: Franz Deuticke (1960) 1983.

### **Van Klink 2010**

B.M.J. van Klink, *Rechtsvormen. Autonomie van recht en rechtswetenschap* (intreerede Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

### **Van Klink & Poort 2013**

B.M.J. van Klink & L.M. Poort, 'De normativiteit van de rechtswetenschap. Een pleidooi voor meer reflectie op de normatieve basis van het recht en de rechtswetenschap', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2013, p. 258-267.

### **Knapen 2010**

M. Knapen, 'Een opgewekte dwarsligger', *Mr.* 2010-6/7, p. 15-21.

### **Leezenberg & De Vries 2001**

M. Leezenberg & G. de Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001.

### **Lokin 2008**

J.H.A. Lokin, 'Regtskunde, rechtsgeleerdheid, rechtswetenschap', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2008/2, p. 49-51.

### **Loth 2014**

M. Loth, 'Hoe raar zijn die juristen eigenlijk? Naar een pluriforme rechtswetenschap in een transnationale context', *Nederlands Juristenblad* 2014, p. 1738-1741.

### **Mackor 2007**

A.R. Mackor, 'Tegen de methode', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 1462-1465.

### **Oost & Markenhof 2010**

H. Oost & A. Markenhof, *Een onderzoek voorbereiden*, Baarn/Utrecht/Zutphen: ThiemeMeulenhoff 2010.

### **Van Roermund 2005**

B. van Roermund, 'Rechtswetenschap – disciplinair en interdisciplinair', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2005, p. 81-109.

### **Schoordijk 2008**

H.C.F. Schoordijk, 'Het recht moeten wij niet denken als een systeem vooraleer wij er systeem in gebracht hebben', *Nederlands Juristenblad* 2008, p. 1720-1723.

### **Schuyt 1983**

C.J.M. Schuyt, *Recht en samenleving*, Assen: Van Gorcum 1983.

### **Segers 1999**

J. Segers, *Methoden voor de maatschappijwetenschappen*, Assen: Van Gorcum 1999.

**Siems 2008**

M.M. Siems, 'Legal originality', *Oxford Journal of Legal Studies* 2008/28, p. 147-164.

**Smith 2009**

C.E. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2009/3, p. 202-225.

**Smits 2009**

J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Stolker 2003**

C.J.J.M. Stolker, 'Ja, geleerd zijn jullie wel! Over de status van de rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2003, p. 766-778.

**Stolker 2004**

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

**Stolker 2011**

C.J.J.M. Stolker, 'Een discipline in transitie. Rechtswetenschappelijk onderzoek na de commissie Koers', *Recht en Methode* 2011, p. 13-43.

**Taekema & Van Klink 2009**

S. Taekema & B. van Klink, 'Dwarsverbanden. Interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2559-2566.

**Tijssen 2009**

H. Tijssen, *De juridische dissertatie onder de loep. De verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Vranken 2009**

J.B.M. Vranken, 'Is de rechtswetenschap gebaat bij een breed strijklicht? Over juridische dogmatiek en methodologie', in: P. Essers e.a., *Met recht. Liber Amicorum Th. Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 605-618.

**Vranken 2010**

J.B.M. Vranken, 'Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap', *WPNR* 2010, p. 318-329.

**Vranken 2014a**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel\*\*\*\*. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014a.

**Vranken 2014b**

J.B.M. Vranken, 'Wij weten wel wat we doen. Over juridisch-dogmatisch onderzoek in het privaatrecht, maar wel een slag anders', *Nederlands Juristenblad* 2014b, p. 1728-1737.

**Wendt 2008**

J.A.I. Wendt, *De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief* (diss. Rotterdam), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008.

**Wendt 2009**

J.A.I. Wendt, 'De opgekomen methodenvrees in het rechtswetenschappelijk debat in Nederland. Een voorstel', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 782-789.

**Westerman & Wissink 2008**

P. Westerman & M. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2008, p. 503-507.

**White 2002**

J.B. White, 'Legal Knowledge', *Harvard Law Review* 2002/5, p. 1396-1431.

**Willemsen & De Wind 2015**

H. Willemsen & P. de Wind, *Woordenboek filosofie*, Antwerpen: Maklu 2015.