

# HOE MOET RECHT WORDEN ONDERWEZEN?

*Jaap Hage<sup>1</sup>*

## Abstract

The central issue with which this paper deals is how a scientifically oriented course in the law should look like. Most actual courses focus on positive law, and the main conclusion of the paper is that this is wrong. This conclusion is based on the premise that law is not by definition positive law, but the answer to the question which rules should be enforced by collective means. This premise is argued in the full paper.

Positive law is law to the extent that it should be enforced by collective means, and not by definition. Therefore a scientific course in law should pay some attention to positive law, but should not assign it the dominant place in the curriculum which it presently tends to have.

To make this abstract idea more concrete, some proposals are made for a law curriculum. The starting point is that the law bachelor should only address positive law where this is necessary for exercises in legal reasoning. For the rest it should address the viable fundamental visions on the nature of law, the main theories about normative reasoning (main currents in ethics), and the facts which are relevant in the light of these normative theories for the question which norms should be enforced by collective means. These facts include both positive law and the results of the different sciences (e.g. psychology, sociology, economy, and biology) which are relevant to answer the normative question. Because there are too many scientific results to take in during a bachelor course, the study of the sciences should be replaced by an introduction to scientific method, which allows lawyers to evaluate the outcomes of scientific research. Finally, the bachelor course should also address 'generic positive law', the main questions which must be answered by legal systems and the most viable answers to these questions.

The master phase of the curriculum should, for those lawyers who want to practice the positive law of a particular jurisdiction, be filled with the detailed study of the relevant positive law.

## Trefwoorden:

curriculum rechtenstudie, aard van het recht, positief recht, (hulp)wetenschappen

## 1. WAAR GAAT HET OVER?

Aan negen instellingen van hoger onderwijs in Nederland wordt een volwaardige opleiding in de rechtsgeleerdheid aangeboden. Tussen deze opleidingen bestaan verschillen, maar de overeenkomsten overheersen. Ten dele kunnen deze overeenkomsten worden verklaard door Dublindescriptoren en het vereiste van het civiel effect, waaraan de meeste rechtenopleidingen

---

<sup>1</sup> De auteur wil graag de twee anonieme referenten voor Recht en Methode bedanken, van wie de opmerkingen hebben geleid tot een aantal aanpassingen in de tekst van deze bijdrage.

willen voldoen, maar daarnaast zal ook een bepaalde visie op wat recht is een rol spelen. Een dergelijke visie heeft, naast de eisen die vanuit de rechtspraktijk worden gesteld, waarschijnlijk ook invloed op de vereisten voor het civiel effect en het is niet onwaarschijnlijk dat ook de eisen van de rechtspraktijk mede worden bepaald door een visie op wat recht is. Kortom, of het nu rechtstreeks is of indirect, de opleidingen in de rechtsgeleerdheid worden inhoudelijk in belangrijke mate gekleurd door een visie op de aard van het recht.

Wat houdt deze visie dan in? Dat wordt zelden expliciet geformuleerd. Maar als we afgaan op wat er wordt aangeboden in de diverse curricula, valt het recht samen met het positieve recht. Tijdens hun studie leren studenten vooral wat het positieve Nederlandse recht inhoudt, al wordt daarbij steeds vaker ook aandacht besteed aan recht van internationale of supranationale herkomst. Maar dat laatste dan vooral omdat men er van uitgaat dat dit 'vreemde' recht steeds meer bepalend wordt voor het Nederlandse recht. Eigenlijk gaat het dus nog steeds om het bestuderen van het positieve Nederlandse recht. In zekere zin is dat ook niet zo vreemd, want er is een sterke tendens om het recht te identificeren met positief recht<sup>2</sup> en dan ook nog met het positieve recht dat geldt binnen een bepaald rechtssysteem<sup>3</sup> en dat systeem is dan weer verbonden met een staat.<sup>4</sup> In Nederland gaat het dus om de regels van het systeem dat is verbonden met de Staat der Nederlanden. Dat zijn de regels die studenten moeten leren en daar komt dan gewoonlijk nog wat bij in de vorm van methoden om met die regels om te gaan (casus oplossen en technieken van 'rechtsvinding') en wat achtergrondinformatie die de ratio van de regels beoogt duidelijk te maken. En meestal is er ook nog wat aandacht voor iets 'verdiepends' zoals rechtsgeschiedenis, rechtssociologie, rechtseconomie, of rechtsfilosofie. Maar het gaat toch vooral om wat er te vinden is in gezaghebbende teksten, zoals wetgeving, verdragen, jurisprudentie, parlementaire geschiedenis en rechtsgeleerde literatuur.

Is dat alles terecht? Dat is de vraag die hier centraal staat. En het antwoord op deze vraag zal luiden dat het *niet* terecht is, dat de visie waarin het recht wordt geïdentificeerd met positief recht niet klopt en dat juridisch onderwijs dat op deze visie is gebaseerd uit gaat van een onjuist vertrekpunt. Om te beginnen (par. 2) zal worden betoogd dat het recht niet identiek is aan het positieve recht. Als alternatief zal worden voorgesteld de opvatting dat het recht het antwoord is op een bepaald soort normatieve vraag, te weten de vraag 'Welke normen moeten we collectief afdwingen?'. Vervolgens wordt ingegaan op de functie van het positieve recht, als dit niet per definitie gelijk gesteld wordt aan *het* recht (par. 3). Dan zal in het algemeen worden nagegaan wat de implicaties van deze visie op de aard van het recht zijn voor het onderwijs in de rechtsgeleerdheid (par. 4). Dit wordt tenslotte gevolgd door enkele suggesties voor de inrichting van een curriculum voor wetenschappelijk juridisch onderwijs (par. 5).

---

<sup>2</sup> Voor deze identificatie van recht met positief recht, zie o.m. N.E. Algra, A.M. Hol en P. Ippel, *Profiel van het recht*, 4e druk, Deventer: Kluwer 1999, blz. 5, P.J. Boon, J.M. Reijntjes en J.G.J. Rinkes (red.), *Van Apeldoorn's Inleiding in de studie van het Nederlandse recht*, 21ste druk, Deventer: Kluwer 2003, blz. 19 en H. Franken e.a., *Encyclopedie van de rechtswetenschap*, 9e druk, Deventer: Gouda Quint 2001, blz. 100.

<sup>3</sup> Het verband tussen het zijn van recht en het deel uitmaken van een 'systeem' wordt sterk benadrukt in twee van de belangrijkste rechtsfilosofische studies van de 20<sup>ste</sup> eeuw, te weten H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2<sup>e</sup> editie, Wenen: Franz Deuticke 1960 en H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2<sup>e</sup> editie, Oxford: Oxford University Press 1994.

<sup>4</sup> Vergelijk W. Twining, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, blz. 5 over het zogenaamde 'Westfaalse duo'.

## 2. VOORAF

In dit artikel onderzoek ik de implicaties van een bepaalde visie op de aard van het recht (het recht is het antwoord op een vraag naar hoe we moeten handelen) voor het onderwijs in de rechtsgeleerdheid. Die implicaties zijn onder meer dat er een substantiële verschuiving moet plaats vinden van de bestudering van positief recht naar het leren denken als een jurist en ook als een wetenschapper. Er zijn ook andere wegen die tot dezelfde conclusie leiden. Al meer dan twintig jaar geleden verdedigden Van Hoecke en Ost een Europese rechtenopleiding waarin het nationale recht (van België) pas aan de orde zou komen in de laatste twee jaren van een vijfjarige opleiding.<sup>5</sup> Niet helemaal wat hier wordt voorgesteld, maar het gaat toch een eind in die richting. Meer recentelijk pleitte Heringa, uitgaande van de eisen van de beroepspraktijk, in een redactioneel commentaar voor een nieuw soort rechtenopleiding die sterk aansluit bij wat Van Hoecke en Ost voorstaan.<sup>6</sup> Smits heeft onlangs ook gepleit voor een rechtenopleiding die sterk verwant is aan wat ik hieronder zal voorstellen.<sup>7</sup> En ook hij baseert zijn voorstel op een visie op de aard van het recht, namelijk op het in toenemende mate transnationale karakter van recht.<sup>8</sup> Ik onderschrijf het betoog van Smits in essentie en ik verwijs de lezer dan ook graag naar Smits voor andere argumenten die leiden tot conclusies die sterk lijken op die welke ik hieronder zal trekken.

## 3. TWEE VISIES OP RECHT

Er zijn in de loop der jaren vele antwoorden gegeven op de vraag wat recht is, maar de meeste van die antwoorden kunnen worden ondergebracht in twee categorieën.<sup>9</sup> <sup>10</sup> Antwoorden in de ene categorie gaan er van uit dat het recht een soort sociaal verschijnsel is. De te beantwoorden vraag is dan wat precies de aard van dit sociale verschijnsel is. Die antwoorden kunnen nog heel verschillend zijn, zoals Hart en Dworkin in hun onderlinge dispuut hebben laten zien.<sup>11</sup>

Antwoorden in de andere categorie gaan niet van uit van de veronderstelling dat het recht een sociaal verschijnsel is, maar van de veronderstelling dat het recht bestaat uit antwoorden op de

---

<sup>5</sup> M. van Hoecke en F. Ost, 'Naar een Europese rechtenopleiding' in *Rechtskundig Weekblad* 1989-90, 1001-1002.

<sup>6</sup> A.W. Heringa, 'European Legal Education or Legal Education in Europe', in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol 18 (2011), blz. 221-224.

<sup>7</sup> J.M. Smits, 'European legal education, or: how to prepare students for global citizenship?' in *The Law Teacher*, vol 45 (2011). blz. 163-180.

<sup>8</sup> In dit opzicht verschilt het betoog van Smits dus van het mijne. We gaan beiden uit van een visie op de aard van het recht, maar waar Smits het toenemende transnationale karakter benadrukt, leg ik het accent op mijn uitgangspunt dat het recht primair een antwoord is op de vraag wat te doen.

<sup>9</sup> De twee categorieën die worden besproken sluiten *grofweg* aan bij de rechtspositivistische en de natuurrechtelijke traditie. Deze twee tradities hebben het denken over de aard van het recht eeuwenlang gedomineerd. Vanzelfsprekend zijn ook vele antwoorden op de vraag naar de aard van het recht mogelijk die niet aansluiten bij deze tradities, zoals 'Het recht is een systeem van normen', of 'Het recht is een proces'. (Met dank aan Lyana Francot voor deze suggesties.) Op die laatste visie kom ik nog kort terug in paragraaf 3.

<sup>10</sup> Een antwoord dat notoir moeilijk in een van de twee hokjes te passen valt is dat van Hans Kelsen die in zijn poging om het recht te onderscheiden van zowel de moraal als de sociale werkelijkheid uit kwam op een beeld van het recht dat trekken vertoont van zowel moraal als sociale werkelijkheid.

<sup>11</sup> Voor Dworkin wordt dit nog het duidelijkst zichtbaar in zijn oudere werk, waarin hij Hart kritiseert vanuit Harts eigen uitgangspunt, namelijk dat de aard van het recht moet worden begrepen door te kijken naar de sociale praktijk van het recht. In zijn artikel 'The Model of Rules I' in R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen: Duckworth 1977, blz. 14-45, betoogt Dworkin namelijk dat rechters, anders dan Hart had verkondigd, het recht niet uitsluitend identificeren aan de hand van herkomst.

vraag wat we moeten doen. Deze benadering vinden we terug bij uiteenlopende rechtsfilosofen als Thomas van Aquino, Hobbes, Fuller en Alexy.<sup>12</sup> Er is dan nog wel onderscheid tussen verschillende normatieve vragen die het recht zo beoogt te beantwoorden. Fuller, bijvoorbeeld, ging uit van de vraag hoe we menselijke gedrag aan regels moeten onderwerpen.<sup>13</sup> Een andere normatieve vraag, die mijns inziens beter in staat is om te onderscheiden tussen recht en (de overige) moraal, is welke gedragsnormen met collectieve middelen zouden moeten worden afgedwongen.<sup>14</sup>

Welke interpretaties men ook kiest bij de opvatting dat het recht een sociaal verschijnsel is en de opvatting dat het recht op een normatieve vraag is, het zal duidelijk zijn dat antwoorden in de eerste categorie betrekking hebben op een ander soort vraag dan antwoorden uit de tweede categorie.<sup>15</sup> Een belangrijke verklaring van het verschijnsel dat er al eeuwenlang debatten worden gevoerd over de aard van het recht, is dat de 'strijdende' antwoorden over verschillende vragen gaan.

Het is niet eenvoudig om uit te maken welke opvatting over de aard van het recht de beste is, want welke maatstaf men bij het maken van deze keuze ook aanlegt, hij is altijd in het voordeel van één van beide antwoorden. Zo zou men kunnen kijken naar hoe het recht in praktijk fungeert. Maar als men dat doet, zoekt men het antwoord op de vraag naar de aard van het recht in de sociale werkelijkheid en dat is enkel gerechtvaardigd als men reeds aanneemt dat het recht een sociaal verschijnsel is. Men zou ook kunnen vast stellen wat recht is door na te denken over hoe menselijk gedrag gestuurd moet worden. Maar als men dat doet zoekt men het antwoord op de vraag naar de aard van het recht in de sfeer van het normatieve en dat is enkel gerechtvaardigd als men aanneemt dat het recht een antwoord is op de vraag wat moet worden gedaan.

Ondanks deze principiële moeilijkheid lijkt de opvatting dat het recht behoort tot de sfeer van het normatieve me beter. De reden hiervoor is dat deze opvatting, in combinatie met de bijbehorende methode om de aard van het recht vast te stellen, samenhangender is dan de opvatting dat het recht een sociaal verschijnsel is, in combinatie met de daarbij behorende methode. De cruciale kwestie in dit verband is hoe het redeneren aan de hand van het positieve recht, het recht dat bestaat als sociaal verschijnsel, wordt gecombineerd met het niet per definitie aan een sociale praktijk gekoppelde redeneren over hoe moet worden gehandeld.

---

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt: Suhrkamp 1978, blz. 263.

<sup>13</sup> Zie bijvoorbeeld L.L. Fuller, *The Morality of Law*, herziene druk, New Haven: Yale University Press 1963, blz. 122.

<sup>14</sup> Dit sluit aan bij de opvatting die Dworkin verwoordt in zijn rijpere werk (R. Dworkin, *Law's Empire*, Londen: Fontana Press 1986, blz. 97): 'Law is a matter of which supposed rights supply a justification for using or withholding the collective force of the state because they are included in or implied by actual political decisions of the past'.

Om mogelijke misverstanden te voorkomen: deze formulering van de vraag wil niet impliceren dat elke individuele rechtsregel wordt afgedwongen. Definities kunnen bijvoorbeeld niet eens worden afgedwongen en dat geldt ook voor regels die bevoegdheden toekennen. Het gaat om het geheel van regels dat moet worden afgedwongen. Bovendien kan het voor het collectief afdwingen nodig zijn dat individuele mensen daartoe actie ondernemen, zoals in het privaatrecht waar het initiatief tot afdwingen vaak bij private partijen ligt.

<sup>15</sup> Een tussenvariant tussen de visie dat recht een sociale praktijk is en dat recht het antwoord is op een normatieve vraag houdt in dat het recht een sociale praktijk is die er op is gericht een normatieve vraag te beantwoorden. (Met dank aan A.R. Mackor die me hier op wees.) Voor de doeleinden van mijn verdere betoog kan deze variant worden ondergebracht bij de door mij voorgestane 'recht als praktische rede'-visie.

Als men uitgaat van recht als antwoord op een normatieve vraag, valt eenvoudig te verklaren dat het positieve recht een belangrijke rol speelt bij de beantwoording van de vraag welke normen collectief moeten worden afgedwongen. Die verklaring is dat het vaak belangrijker is *dat* een bepaald soort probleemsituatie een duidelijke en kenbare oplossing heeft, dan *wat* die oplossing precies inhoudt. Dit is vooral het geval als er meer oplossingen zijn die inhoudelijk gezien niet onredelijk zijn.<sup>16</sup> Waar het positieve recht geen duidelijk antwoord biedt op een rechtsvraag, of waar het duidelijke antwoord inhoudelijk gezien zo slecht is dat dit overwegingen van rechtszekerheid (en democratie, maar daarover zo meer) opzij zet, is het vanzelfsprekend dat de redenering verder gaat in termen van wat een wenselijke regeling zou zijn. Dat is dan niet een overstappen van de vraag wat het recht is naar wat het recht zou moeten zijn, maar het aanboren van andere redenen om dezelfde vraag te beantwoorden, namelijk de vraag welke normen collectief moeten worden afgedwongen.

Een andere mogelijke reden waarom het positieve recht belangrijk is voor de vraag welke normen collectief moeten worden afgedwongen is dat het positieve recht vaak democratisch is gelegitimeerd en dat het daarom wenselijk is dat het ook collectief wordt afgedwongen. Als al niet zonder meer wordt aangenomen dat democratie goed is, zijn er verschillende manieren om te beredeneren dat democratische legitimatie een reden is om regels collectief af te dwingen. Eén manier is om er op te wijzen dat het feit dat de regeling democratisch tot stand is gekomen een aanwijzing is dat die regeling inhoudelijk juist is.<sup>17</sup> Een andere manier maakt gebruik van de door Rousseau geïnspireerde redenering dat de democratische herkomst laat zien dat de regeling de wil van het volk weerspiegelt en dat het goed is dat de wil van het volk collectief wordt afgedwongen. Een derde manier is meer indirect: men kan het wenselijk vinden dat een samenleving democratisch wordt bestuurd en van mening zijn dat dit mede inhoudt dat regelgeving via democratische procedures tot stand komt. Dan is het ook wenselijk de aldus tot stand gekomen regelgeving collectief af te dwingen, want als men dat niet zou doen, zou men de democratie ondergraven.

We zien dat er tenminste twee redenen zijn waarom het positieve recht een belangrijke rol speelt in het bepalen van welke regels collectief moeten worden afgedwongen, te weten de rechtszekerheid en de democratische legitimatie van het positieve recht dat via democratische procedures tot stand is gekomen. In de visie dat het recht het antwoord is op een normatieve vraag is het dus mogelijk om op een natuurlijke manier de eenheid te verklaren van enerzijds het juridisch redeneren aan de hand van het positieve recht en anderzijds het zuiver evaluatieve redeneren.

Er is nog een ander voordeel. In het denken over de inhoud van het recht wordt vaak, al dan niet impliciet, uitgegaan van een rechter die aan de hand van dit recht concrete gevallen moet beslissen.<sup>18</sup> Een ander, net zo belangrijk perspectief is dat van de maker van het recht, die zich bezig houdt met de inhoud die het recht zou moeten hebben. Als dit twee geheel verschillende perspectieven zouden zijn, dan is de eenzijdige gerichtheid op de rol van de rechter een vertekening van waar het in het juridische discours over gaat. Maar als het recht het antwoord is

---

<sup>16</sup> Rechtseconomisch gezien zou men dit kunnen formuleren in termen van transactiekosten van de conflictoplossing die voor de partijen bij een conflict soms hoger zijn dan het verschil tussen de gunstigste en een minder gunstige inhoudelijke uitkomst van het conflict.

<sup>17</sup> Vgl. J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press 1986, blz. 70/1. Dank aan Pauline Westerman, die me, in een andere context, wees op het belang van dit argument.

<sup>18</sup> Dit punt werd onder mijn aandacht gebracht door Wibren van der Burg, waarvoor dank.

op een normatieve vraag, komen de vragen naar wat het recht is en wat het zou moeten zijn op hetzelfde neer. De eenzijdige aandacht voor de rol van de rechter, als die bestaat, is dan niet zo erg, want ook bij de rechter gaat het er om wat het recht zou moeten zijn.

Het is ook mogelijk om het recht als een sociaal verschijnsel te zien. Zo schrijft Brouwer in een artikel over rechtspositivisme: 'Mijn *uitgangspunt* is dat een theorie over de aard van het recht een beeld geeft van de *sociale* praktijk die we recht noemen'.<sup>19</sup> Voor zover recht een sociaal verschijnsel is, is het wezenlijk dat er een bestaande sociale praktijk is. En daarvoor is het weer essentieel dat de deelnemers aan die praktijk ervan op de hoogte zijn. Als men aanneemt dat rechtsnormen zelf dienen te bestaan als sociaal verschijnsel, zal men moeten toegeven dat een aantal gevallen niet door het recht van een oplossing wordt voorzien en dat een juridische beslisser die met deze gevallen wordt geconfronteerd en geen recht mag weigeren nieuw recht moet maken.<sup>20</sup> Dit zou dan impliceren dat de argumentatieve praktijk van juridische beslissers, die op het eerste gezicht één geheel is, bij nader inzien uit twee verschillende delen bestaat. Eerst moet worden vastgesteld of er in casu recht bestaat en zo ja, wat dit inhoudt. Als blijkt dat er geen recht is, moet nieuw recht worden gemaakt en de argumentatie is dan niet gericht op het vinden van bestaand recht, maar op het aangeven wat wenselijk is als nieuw recht. Deze tweedeling is in de rechtspraktijk zelden te herkennen en dat pleit tegen deze visie op het recht.<sup>21</sup>

#### 4. DE ROL VAN HET POSITIEVE RECHT

Als het recht niet per definitie positief recht is, maar het antwoord op een vraag van het type wat moet worden gedaan, wat is dan de rol van het positieve recht? Om die vraag te kunnen beantwoorden, moet eerst worden vastgelegd wat we onder 'positief recht' zullen verstaan, als dat niet is wat ik vroeger leerde, namelijk het recht dat hier en nu geldt.

Etymologisch bezien is positief recht het recht dat is neergelegd, *positus*. Positief recht is dan recht dat is gemaakt en in dat verband valt in de eerste plaats te denken aan verdragen en aan regelgeving, of die nu afkomstig is van de nationale wetgever, van Europa, of van een lagere regelgever. De rol van de jurisprudentie is wat minder eenvoudig te duiden. In de common law traditie kan de rechter zeker recht maken; in de civil law traditie kan hij dat officieel bezien niet. Wat zeker geen neergelegd recht is, is het gewoonterecht<sup>22</sup>, want gewoonterecht is per definitie recht dat zijn gelding niet ontleent aan rechtsschepping. Ook recht dat ontstaat via de juridische doctrine - als men dat al 'recht' wil noemen - is geen recht dat is neergelegd. Laten we het recht dat is neergelegd 'positief recht in enge zin' noemen.

---

<sup>19</sup> A. Hol en J. Hage (red.), *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme*. Verspreide opstellen van prof. mr. P.W. Brouwer 1952-2006), Den Haag: BJu 2008, blz. 131. Cursiveringen toegevoegd.

<sup>20</sup> Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, blz. 249, Dworkin, *Taking Rights Seriously*, blz. 34 en Brouwer, *Coherentie etc.*, blz. 162.

<sup>21</sup> Let wel, we hebben het nu over de theorie dat het recht een sociaal verschijnsel is en daarom is de sociale praktijk van het recht bepalend voor de beoordeling van deze theorie. Wat wenselijk ware, is hier nu niet relevant.

<sup>22</sup> Het is natuurlijk wel regelmatig voorgekomen dat gewoonterecht werd gecodificeerd. Men kan er dan over twisten of het aldus gecodificeerde recht geldt omdat het in de codificatie werd neergelegd, of dat de codificatie enkel een middel was om reeds bestaand recht systematisch op te tekenen, zonder dat daar enige rechtskracht aan werd toegevoegd.

Daarnaast zou men positief recht in ruime zin kunnen onderscheiden. Dit omvat om te beginnen het positieve recht in enge zin, maar daar komt dan bij het recht dat anderszins bestaat als sociaal verschijnsel. Hier zou dan het gewoonterecht onder vallen en mogelijk ook - namelijk voor zover men het als recht erkent - dat recht dat is gevormd in de rechtsgeleerde literatuur, of dat is 'neergelegd' door instellingen die geen rechtscheppende bevoegdheid hebben. Te denken valt aan de *Universele verklaring van de rechten van de mens*, aan de Amerikaanse *Restatements* van belangrijke delen van het jurisprudentierecht en - al veel twijfelachtiger - aan documenten als de *Draft Common Frame of Reference*.<sup>23</sup> Voor dit 'additionele' positieve recht geldt dat het enkel dan positief recht is als het als recht wordt erkend. Ten aanzien van het gewoonterecht is dat in de definitie opgenomen via het vereiste van *opinio iuris* of *opinio necessitatis*.

Wat nadrukkelijk *geen* positief recht is, is het bouwwerk dat door rechtsgeleerde auteurs wordt opgetrokken op de fundamenteën van het positieve recht in de vorm van interpretatie en redeneringen. Het is geen *positief* recht, omdat het niet is neergelegd en omdat het ook (nog) niet in brede kring als recht wordt aanvaard. Als men deze uitkomsten van interpretatie en juridisch redeneren toch als recht wenst te beschouwen, moet dat een ander soort recht zijn dan positief recht. Dat zou dan recht kunnen zijn in de zin van regels die collectief afgedwongen behoren te worden.

Wat is nu de rol van dit positieve recht, in enge of in ruime zin, als positief recht niet per definitie recht is? Zoals hierboven werd betoogd, zou positief recht recht kunnen zijn omdat het democratisch tot stand is gekomen. Het gaat dan met name om positief recht in enge zin en in het bijzonder om recht dat is gemaakt door middel van regelgeving en dus niet om jurisprudentierecht. Positief recht kan ook recht zijn omdat het collectief afgedwongen zou moeten worden<sup>24</sup> omwille van de rechtszekerheid. In beide gevallen geldt dat het positieve recht niet vanzelfsprekend moet worden toegepast in concrete gevallen, maar dat er een redenering moet zijn waarom het positieve recht toepassing verdient. In deze redenering fungeert het positieve recht als een feitelijk gegeven.

De redenering zou bijvoorbeeld kunnen luiden dat de bepalingen van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de daarop gebaseerde rechtspraktijk verwachtingen in het leven hebben geroepen omtrent de verplichtingen die uit een koopovereenkomst zouden voortvloeien en dat het daarom wenselijk is deze verplichtingen zo nodig door middel van het justitieel apparaat af te dwingen. In het licht van deze argumentatie zou een mogelijk tegenargument zijn dat de contractspartijen zich in het geheel niet bewust waren van de inhoud van het BW en van de daarop gebaseerde rechtspraktijk. Dit tegenargument zou weinig kracht hebben als positief recht per definitie recht zou zijn. Overigens valt tegen dit tegenargument weer in te brengen dat het niet honoreren van de verbintenissen op grond van het BW onzekerheid bij andere potentiële kopers en verkopers in het leven zou roepen en dat de wettelijke bepalingen om die reden toch gehonoreerd zouden moeten worden. Daarnaast kan ook het abstractere argument worden aangevoerd dat de bepalingen in boek 7 BW positief recht zijn en dat het omwille van de rechtszekerheid en de democratie (en eventueel nog andere redenen) wenselijk is dat deze regels zo nodig door middel van het staatsapparaat worden afgedwongen. Wat de uiteindelijke

---

<sup>23</sup> [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).

<sup>24</sup> Ik ga nu gemakshalve maar uit van deze specifieke vorm van de vraag wat moet worden gedaan. Als men van mening is dat het recht het antwoord is op een andere normatieve vraag, dan kan men die andere vraag invullen. Het is dan niet bij voorbaat zeker dat democratie en rechtszekerheid nog redenen zijn waarom positief recht recht zou zijn.

uitkomst van een dergelijk dispuut ook moge zijn, het gaat om een ander soort dispuut dan wanneer per definitie wordt aangenomen dat de inhoud van het BW en met name van boek 7 daarvan bepalend is voor de rechten en plichten die voortvloeien uit koopovereenkomsten. De discussie staat in de sleutel van *wat gedaan moet worden en wat wenselijk is* en niet, althans niet primair, in de sleutel van wat nu eenmaal het positieve recht is. Het positieve recht is geldend recht omdat en voor zover dat afgedwongen moet worden.

## 5. IMPLICATIES VOOR DE UNIVERSITAIRE RECHTENSTUDIE

Momenteel is op de Nederlandse faculteiten der rechtsgeleerdheid het grootste deel van de meeste opleidingen<sup>25</sup> gewijd aan de bestudering van het Nederlandse positieve recht. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de – al dan niet internationale - achtergronden van deze regels en aan praktische vaardigheden, zoals het oplossen van casus en het vinden, lezen en bestuderen van bronnen van positief recht en het schrijven van 'juridische teksten'. Dit alles is belangrijk en dient in enigerlei vorm in de rechtenstudie te worden gehandhaafd.

Maar de prominente rol die de bestudering van het positieve recht heeft is niet terecht, althans niet in de basis van de rechtenstudie. Als mijn betoog in het bovenstaande min of meer correct is en de visie van recht als praktische rede te verkiezen valt boven de visie dat recht primair een sociaal verschijnsel is, gaat het bij recht om de beantwoording van een normatieve vraag: wat moeten we doen? Het is niet, althans niet primair, de vraag: Wat moeten we doen volgens het regelstelsel dat hier en nu het positieve recht vormt?' Het gaat dus niet om, in hedendaags technisch jargon, 'detached legal judgments'.<sup>26</sup>

Bij het gemotiveerd beantwoorden van normatieve vragen zijn twee soorten dingen nodig, namelijk een norm die aangeeft wat onder welke omstandigheden gedaan dient te worden en feiten die bepalend zijn voor de vraag of de norm toepasselijk is.

Om eventuele misverstanden te voorkomen: het hoeft niet om een enkele norm te gaan, maar het kunnen er ook meerdere zijn die mogelijk tot verschillende conclusies leiden. Dan is, op basis van de feiten, enigerlei vorm van afweging noodzakelijk. Het kan ook gaan om een aantal waarden, die een antwoord suggereren op de vraag wat gedaan moet worden, al is dan nog wel een soort norm nodig die bepaalt dat wat het beste is ook gedaan moet worden. De norm of de normen en waarden hoeven niet geschreven te zijn, maar kunnen eventueel ook het resultaat zijn van een redenering op basis van andere normen en of waarden, of de uitkomst zijn van een vergelijking tussen de voorliggende casus en echte of hypothetische andere cases. Het punt

---

<sup>25</sup> Incidenteel komt het voor dat een opleiding niet primair gewijd is aan de bestudering van het Nederlandse positieve recht. Zo is de European Law School opleiding in Maastricht gewijd aan de bestudering van het positieve recht van de Europese Unie en het positieve recht van een aantal prominente Europese landen. De constante is dat het nog steeds gaat om de bestudering van positief recht, zij het dat de soorten positief recht die worden bestudeerd wat ruimer zijn gekozen.

<sup>26</sup> Raz vestigde de aandacht op deze 'detached legal judgements'. Een overzicht en een kritische bespreking van Raz' opvattingen in dezen is te vinden in K. Toh, 'Raz on Detachment, Acceptance and Describability', in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, no. 3 (2007), blz. 403-427.



waarom het me hier te doen is, is dat een gemotiveerd antwoord op een normatieve vraag steeds verlangt dat er normatieve uitgangspunten zijn.<sup>27</sup>

Even onontbeerlijk als normatieve uitgangspunten zijn feitelijke uitgangspunten. Wat moet worden gedaan hangt net zozeer af van feiten als van normen. Welke feiten in dit verband relevant zijn, wordt bepaald door de normen, maar welke normen relevant zijn wordt mede bepaald door feiten. Als men rechtszekerheid en democratie belangrijk vindt – dat belang zou ik onder de afdeling normen en waarden willen classificeren – dan valt te verwachten dat het eventueel bestaan van positief recht met een zekere inhoud een belangrijk feit is. Vaak zal dit zelfs zo belangrijk zijn, dat andere feiten niet of nog nauwelijks een rol zullen spelen. Maar of, en onder welke voorwaarden, dat het geval is, hangt af van de geadopteerde normen (en waarden). Zo is betoogd<sup>28</sup> dat het positieve recht enkel dan recht oplevert als het voldoende duidelijk en kenbaar is om eenduidige verwachtingen bij de doelgroep op te wekken.<sup>29</sup> Dus waar het positieve recht een betwistbare interpretatie nodig heeft, zou het geen recht zijn. Dan moet op een andere manier worden beredeneerd wat het recht inhoudt.

Niet alle relevante feiten bestaan uit informatie over het geldende positieve recht. Stel bijvoorbeeld dat als normatief kader dat van de rechtseconomie zou worden aanvaard en dat het recht wordt opgevat als instrument om een efficiënte allocatie van goederen (in ruime zin) te realiseren.<sup>30</sup> In dat geval zijn de relevante feiten gegevens over wat efficiëntie maximaliseert. Hoewel abstractere en a-prioristische overwegingen zoals die ontleend aan de *rational choice theory*<sup>31</sup> hierbij relevant kunnen zijn, lijkt empirisch onderzoek de meest voor de hand liggende bron van informatie als we willen weten wat efficiëntie effectief maximaliseert.<sup>32</sup>

Wat wil dit alles zeggen over de gewenste juridische opleiding? Naar mijn mening betekent dit dat studenten zowel inzicht moeten krijgen in de normen en waarden die een rol spelen bij het bepalen van wat recht is, als in de feiten die in het licht van deze normen en waarden relevant zijn en de wijzen waarop deze feiten betrouwbaar kunnen worden vastgesteld. Iets concreter omvat dit de volgende onderdelen:

a. Studenten moeten een indruk krijgen van de verschillende fundamentele visies op recht die mogelijk, c.q. gangbaar zijn en van de implicaties van deze visies op wat de rechtenstudie in zou (moeten) houden. Dit zou in theorie kunnen leiden tot de conclusie dat recht enkel positief recht is, maar het onderstaande gaat er van uit dat de hierboven kort gemotiveerde opvatting dat recht primair een normatieve aangelegenheid is, de juiste is.

---

<sup>27</sup> Dit is niet anders dan een toepassing van het onderscheid tussen feit en norm. De precieze aard van dit onderscheid – niet: kloof – is overigens een ingewikkelde kwestie. Meer hierover in Jaap Hage, *Studies in Legal Logic*, Dordrecht: Springer 2005, blz. 171-202.

<sup>28</sup> J.C. Hage, 'Weg met de hermeneutiek in het recht!', <http://www.jaaphage.nl/Weg%20met%20de%20hermeneutiek%20in%20het%20recht.pdf>

<sup>29</sup> Dit moet worden opgevat als een noodzakelijke voorwaarde, niet als een voldoende voorwaarde. Positief recht is bijvoorbeeld ook geen recht als het inhoudelijk zo slecht is dat het daarom niet collectief zou moeten worden afgedwongen, zelfs als men de voordelen van positief recht heeft meegewogen. De overeenkomsten met bepaalde opvattingen van natuurrechtstheoretici liggen hier voor de hand.

<sup>30</sup> Vgl. B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, 4<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2007, blz. 1 en 2.

<sup>31</sup> Voor een korte inleiding in de *rational choice theory*, zie bijvoorbeeld J. Elster, *Explaining Social Behavior*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, blz. 191-213.

<sup>32</sup> Vgl. R.B. Korobkin and T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', in *California Law Review*, vol. 88, no. 4 (2000), blz. 1051-1144.

b. Studenten moeten leren wat de voornaamste normatieve theorieën zijn en wat daarvan de implicaties zijn voor het recht. Dit is in essentie een op het recht toegespitste versie van normatieve ethiek. Studenten zouden bijvoorbeeld moeten leren wat deontische, gevolg-georiënteerde, waarden- deugden- en zorgethiek inhouden, niet enkel in het algemeen maar ook wat ze zouden impliceren voor de vraag welke normen collectief zouden moeten worden afgedwongen (of welke andere normatieve vraag men definiërend acht voor het recht).

c. Studenten moeten een indruk krijgen van de feiten die in het licht van de genoemde normatieve theorieën relevant zijn voor de inhoud van het recht. In dit verband moet een tweedeling worden gemaakt tussen feiten betreffende het positieve recht en andere feiten. Het positieve recht moet worden geleerd. Hoe en in welke omvang komt in de volgende paragraaf aan de orde.

De overige feiten zijn te veel en te divers om systematisch aan de orde te kunnen komen in een opleiding in het recht. In plaats van de feiten zelf, zouden studenten daarom iets moeten leren over hoe dergelijke feiten kunnen worden vastgesteld. Elementair inzicht in de methoden van de sociale- en de overige menswetenschappen (inclusief statistiek!), al dan niet in hun op het recht toegespitste variant (rechtssociologie, rechtspsychologie, criminologie, rechtsantropologie), maar ook die van de (rechts)economie en – in wat mindere mate - van de natuurwetenschappen en de a priori wetenschappen zoals de wiskunde en de logica, moet studenten helpen om door anderen verschaft informatie op haar betrouwbaarheid te beoordelen.<sup>33</sup>

d. Studenten moeten leren hoe ze de onder a-c genoemde kennis kunnen toepassen bij het beantwoorden van rechtsvragen. Het gaat in dit verband met name om redeneer- en schrijfvaardigheden die ten dele al in de huidige curricula worden aangeboden, maar die nu moeten worden uitgebreid met het redeneren op een aantal tot dusverre op rechtenfaculteiten onbekende gebieden. Omdat de inhoud van het recht veelal bepaald zal worden door het positieve recht is het in dit kader ook van groot belang dat studenten leren werken met het positieve recht. Maar dan moet het positieve recht wel worden benaderd als een feitelijk gegeven dat een veelal cruciale rol speelt bij de beantwoording van een normatieve vraag.<sup>34</sup>

## 6. MEER CONCREET

In de vorige paragraaf is in algemene termen aangeduid welke verschuiving er zou moeten plaatsvinden in het onderwijs in de rechtsgeleerdheid. Hoe sterk die verschuiving zou zijn hangt vanzelfsprekend af van de inhoud van de bestaande curricula, die soms al elementen van de genoemde desiderata bevatten en van de invulling van de in abstracto genoemde wenselijkheden in een concreet curriculum. In deze paragraaf zal ik een concreet voorstel doen, maar ik ben me er van bewust dat dit concrete voorstel niet volgt uit het voorafgaande. Het is maar één mogelijke invulling, zij het een invulling die mij persoonlijk aanspreekt en die bovendien een indicatie geeft van hoe ver de bovengeformuleerde voorstellen tot vernieuwing gaan.

Om te beginnen zou ik willen onderscheiden tussen 'wetenschappelijke' opleidingen in de rechtsgeleerdheid en beroepsgeoriënteerde opleidingen. Dit onderscheid zou gekoppeld kunnen

---

<sup>33</sup> A.R. Mackor wees me er terecht op dat deze kennis dus nodig is om meer redenen dan degene die nu worden aangevoerd naar aanleiding van rechterlijke dwalingen en de rol van deskundigen in het recht.

<sup>34</sup> Meer hierover in het in voetnoot 28 genoemde artikel 'Weg met de hermeneutiek in het recht!'

worden aan dat tussen Hbo-opleidingen en universitaire opleidingen, maar ik kan me voorstellen dat universiteiten er voor kiezen om ook opleidingen in de rechtsgeleerdheid aan te bieden die er zuiver op gericht zijn om studenten optimaal uit te rusten voor de uitoefening van juridische professies die vooral bestaan uit het toepassen van positief recht.<sup>35</sup> Over dergelijke zuiver praktijkgerichte opleidingen heb ik het hier nu niet. Het gaat me om de 'wetenschappelijke' opleidingen en daarmee bedoel ik hier, stipulatief, die opleidingen die recht zien als antwoord op een normatieve vraag en dus niet per definitie als positief recht.<sup>36</sup>

Voor de 'wetenschappelijke' opleidingen zou ik gebruik willen maken van het feit dat er een bachelor- en een masteropleiding is. De masteropleiding zou gebruikt kunnen worden om juristen kennis te laten opdoen van die delen van het positieve recht die nodig zijn voor het verkrijgen van het civiel effect en de beoogde latere beroepsuitoefening. Deze masteropleidingen zijn dus zuiver praktijkgericht en het zou wijs zijn om beroepsorganisaties een stem te geven in de inrichting hiervan.<sup>37</sup>

Men kan zich afvragen of een master van een jaar voldoende is om de benodigde positiefrechtelijke kennis op te doen. Op deze vraag past tweemaal antwoord. Om te beginnen geldt dat de bacheloropleiding zoals die binnenkort geschetst zal worden een grondige basiskennis in het (Westerse) recht in het algemeen verschaft, zodat het 'enige' dat nog nodig zal zijn het invullen van nationale details is. Dat zou voldoende moeten zijn voor het verkrijgen van het civiel effect.

Toch is het denkbaar dat beroepsgroepen graag een wat degelijker kennis van het voor hen relevante positieve recht zouden zien dan die welke wordt aangeboden in de vorm van de genoemde grondige basiskennis en de vaardigheden. Dan is het tweede deel van het antwoord relevant en dat luidt dat er commerciële masters aangeboden kunnen worden die twee jaar duren. Met name als beroepsorganisaties invloed krijgen op de invulling daarvan, is het voltooien van zo'n commerciële, beroepsgerichte master normaal gesproken een garantie op een baan. Zo'n master mag daarom wel wat kosten en mogelijk zijn (toekomstige) werkgevers bereid om voor een aantal studenten de kosten van de opleiding te subsidiëren.

#### POSITIEF RECHT

Al met al komt dit er op neer dat het positieve recht geheel naar masteropleidingen wordt gedelegeerd en dat de bacheloropleiding voor andere dingen vrij komt. Maar dit zou niet mee moeten brengen dat er in de bachelor niets van positief recht aan de orde zou moeten komen. De bachelor zou moeten opleiden tot een 'generieke' jurist en een generieke jurist moet in staat zijn om 'als een jurist' te denken en te schrijven. Juristen – en daarmee bedoel ik in het vervolg de zojuist geïntroduceerde 'generieke' juristen – moeten kunnen redeneren op basis van positief recht. Ze moeten dus in staat zijn om het positieve recht te vinden en om met behulp daarvan juridisch werk te doen, of dat nu ligt in de sfeer van de rechtstoepassing of de rechtsschepping. Kortom, in de bachelor moet plaats zijn voor positief recht, maar dan gaat het om positief recht

---

<sup>35</sup> Een discussie over wat daar nu precies onder valt is hier niet op zijn plaats, maar ik zou rechtspraak er nadrukkelijk buiten willen laten vallen.

<sup>36</sup> Als een lezer valt over het gebruik van het woord 'wetenschappelijk' in dit verband, geef ik die term graag voor een meer geschikte.

<sup>37</sup> Vanzelfsprekend zouden er ook masteropleidingen kunnen zijn voor juristen die minder behoefte hebben aan positiefrechtelijke kennis.

in het algemeen en niet speciaal om het positieve recht van een land, zoals Nederland, of van Europa, of van de internationale rechtsorde.

Hiermee wordt tevens tegemoet gekomen aan de mogelijke tegenwerping dat het typerende van het recht in belangrijke mate bestaat uit het begrippenkader in termen waarvan juristen maatschappelijke problemen benaderen.<sup>38</sup> Daarom zou het niet aangaan dat juristen in wording pas in hun derde studiejaar kennis zouden maken met dit begrippenkader, omdat ze daarvoor alles behalve positief recht zouden zien. Deze tegenwerping zou terecht zijn, ware het niet dat de combinatie van een grondige basiskennis van het Westerse recht en dus ook van het daarin gehanteerde begrippenkader en de oefening in het omgaan met dit recht in het vaardighedenonderwijs er tezamen voor zorgen dat het juridische begrippenkader al vroeg in de studie aan de orde komt.

Een niet-uitputtend bedoeld lijstje van dingen die aan de orde zouden moeten komen is het volgende:

ALGEMENE BEGRIPPEN VAN HET RECHT, zoals de begrippen 'rechtsregel', 'rechtsbeginsel', 'subjectief recht', 'rechtsplicht', 'relatief recht', 'absoluut recht', 'rechtsfeit', 'rechtsgevolg', 'rechtshandeling', 'bevoegdheid' en 'permissie'. In dit kader kunnen ook de rechtsbronnen aan de orde komen.

DE RECHTSGEBIEDEN EN HUN VOORNAAMSTE DEELGEBIEDEN, zoals *publiekrecht*, met als deelgebieden constitutioneel recht, institutioneel Europees recht, bestuursrecht (met sub-deelgebieden) en strafrecht, *privaatrecht*, met als deelgebieden (rechts)personen- (en familie)recht, goederenrecht en verbintenissenrecht, *internationaal (publiek- en privaat)recht* en – haaks op de drie eerdergenoemde gebieden en deze inhoudelijk overlappend – *mensenrechten*.

CENTRALE VRAGEN EN GANGBARE ANTWOORDEN VAN RECHTSGEBIEDEN. Alle rechtsgebieden worden gekenmerkt door bepaalde vragen die daarin beantwoord plegen te worden. Zo komen in het overeenkomstenrecht standaard (onder meer) de vragen aan de orde wanneer er sprake is van een bindende overeenkomst, welke verbintenissen uit de overeenkomst voortvloeien en wat de juridische mogelijkheden zijn van een crediteur indien niet (goed) wordt nagekomen. In het constitutionele recht komen standaard de vragen aan de orde hoe de overheid is georganiseerd en wat de onderlinge relatie is tussen verschillende organen van de overheid, wat de relatie is tussen de overheid en het recht (rechtsstaat) en wat de relatie is tussen de overheid en de bevolking (democratie of niet en zo ja, in welke vorm)? In de praktijk van de Westerse rechtssystemen (de civil law en de common law traditie) worden op deze vragen diverse, maar toch een beperkt aantal, antwoorden gegeven, zeker waar het de grote lijnen betreft. Studenten zouden deze vragen en de voornaamste antwoordmogelijkheden moeten kennen, waarbij het positieve recht van verschillende landen en verschillende tijden (rechtsgeschiedenis) *als voorbeeld* zou moeten worden gebruikt. De vakken waarin dit aan de orde zou moeten komen, zou men kunnen aanduiden als *Generiek overeenkomstenrecht*, respectievelijk *Generiek constitutioneel recht*, enzovoort ...<sup>39</sup> Hierbij zou nadrukkelijk en in gelijke mate aandacht moeten worden besteed aan zowel de civil law traditie als de common law traditie.

RECHTSTRADITIES. Het is in een opleiding rechtsgeleerdheid niet mogelijk om aan alle rechtstradities evenveel aandacht te besteden als aan de Westerse (civil law en common law).

---

<sup>38</sup> Mark van Hoecke wees me op dit mogelijke bezwaar, waarvoor dank.

<sup>39</sup> Momenteel wordt binnen het kader van de European Law School aan de Universiteit van Maastricht een vak *Introduction to Law* aangeboden dat een 'generieke' inleiding in het recht geeft.

Dit doet er niet aan af dat het wenselijk is dat een wetenschappelijk gevormde jurist zich bewust is - en meer dan enkel oppervlakkig - van het feit dat er meer rechtstradities zijn. Het is daarom wenselijk dat de studenten kennis nemen van de heel grote lijnen van (onder meer) de Joodse, de Islamitische en de Hindoe traditie.<sup>40</sup>

#### 'HULP'WETENSCHAPPEN

Behalve het positieve recht zouden ook andere voor de inhoud van het recht relevante disciplines moeten worden aangeboden. Het gaat hier om wat wel als 'hulpwetenschappen' wordt aangeduid, maar wat vaak eigenlijk de centrale disciplines van de rechtsgeleerdheid zijn, zoals ethiek, politieke wetenschap en -filosofie, (rechts)sociologie, (rechts)economie, (rechts)psychologie, (rechts)antropologie en (rechts)biologie. Wiskunde (met name kansrekening en statistiek) en methodenleer voor de eerdergenoemde wetenschappen, inclusief meta-ethiek, zouden relevante disciplines zijn die inderdaad hulpwetenschappen voor het recht zijn. Voor een algemene wetenschappelijke vorming zijn daarnaast ook logica, kennisleer en wetenschapsfilosofie van belang.

#### VAARDIGHEDEN

De juridische discipline is in belangrijke mate een praktische (maar verschilt hierin niet wezenlijk van bijvoorbeeld de geneeskunde, de wiskunde of de natuurwetenschappen). Dit brengt mee dat een jurist in staat moet zijn om met recht te 'werken'. Het thans gebruikelijke vaardighedenonderwijs heeft vooral betrekking op het leren gebruiken van rechtsbronnen, het gebruiken van rechtsregels om casus op te lossen, het schrijven van juridisch relevante teksten en vaak ook procederen en wat daarbij komt kijken (oefenrechtbanken; moot court competities). Als de ondersteuning van het positieve recht bij het 'vinden' van recht van minder betekenis is dan traditioneel wordt aangenomen, betekent dit dat *ook* andere vaardigheden een belangrijke rol moeten gaan spelen.

In de eerste plaats valt hierbij te denken aan argumentatievaardigheden, waarbij de informatie uit de rechtens relevante disciplines wordt gebruikt om te betogen wat recht in casu is. Het zal dan vooral om praktische toepassing van logica gaan. (Het mag ook argumentatieleer zijn.) Maar ook het praktisch werken met kansrekening en statistiek zou een plaats moeten krijgen, alsmede het beoordelen van de relevantie van de bevindingen van sociale en menswetenschappen en de economie voor het recht. In het algemeen geldt dat wetenschappelijk geschoolde juristen moeten leren denken als wetenschappers.

Het traditionele juridische werk, te weten het werken van teksten van regelgeving en rechtspraak blijft belangrijk, zij het in een beperktere rol dan gebruikelijk is, namelijk enkel waar het positieve recht bepalend is voor de inhoud van het recht.

#### UITWERKING

De tabel in de appendix bevat, om de gedachten nog wat preciezer te bepalen, een zeer tentatieve uitwerking van een mogelijk bachelorprogramma. De volgorde is systematisch bepaald en is geen voorstel voor de volgorde in de tijd van de vakken.

Vooraf het aantal ECTS dat aan de verschillende onderdelen wordt toegekend geeft aan hoe substantieel de verschuiving in het programma zou zijn ten opzichte van meer traditionele

---

<sup>40</sup> Hierbij zou een boek als H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, 4<sup>e</sup> druk, Oxford: Oxford University Press 2010 dienstig kunnen zijn.

bachelors. Dit geldt a fortiori indien in aanmerking wordt genomen dat de 'positiefrechtelijke' vakken eigenlijk niet positiefrechtelijk zijn.

## 7. CONCLUSIE

De uiteindelijke conclusie van dit betoog is dat een wetenschappelijke opleiding in de rechtsgelerdheid het positieve recht slechts zou moeten behandelen als gegevens die, naast andere gegevens, relevant zijn voor de beantwoording van de normatieve vraag waarop het recht het antwoord is. Het positieve recht zou geen normatieve grondslag voor het recht zijn en zijn relevantie slechts ontleen aan een normatieve grondslag buiten het positieve recht om.

Dit zou meebrengen dat er in een wetenschappelijke rechtenstudie minder aandacht zou moeten worden besteed aan het positieve recht en dat die aandacht geconcentreerd zou moeten worden in een beroepsgerichte masteropleiding. In de bachelor zou dan, veel meer dan tot nog toe gebruikelijk, aandacht moeten worden besteed aan disciplines die traditioneel 'metajuridisch' werden genoemd en die tot hulpwetenschappen van de ware rechtswetenschap waren gebombardeerd. In de hier verdedigde opvatting zijn die disciplines in het geheel geen hulpwetenschappen, maar maken ze deel uit van de kern van een wetenschappelijke rechtenopleiding. Het positieve recht zou in de bachelor vooral aandacht moeten krijgen als oefenmateriaal bij het aanleren van juridische vaardigheden en als illustratiemateriaal voor mogelijke oplossingen van de centrale vragen waarmee het recht zich bezig houdt, dus voor het generieke recht.

Een dergelijke visie heeft wel wat weg van het in de Verenigde Staten gebruikelijke systeem waarin een rechtenopleiding een beroepsopleiding is die komt bovenop een 'undergraduate degree'. Dit laat zien dat men ook zonder te kiezen voor de speciale visie op het recht die hierboven werd verdedigd kan opteren voor de meer praktische voorstellen zoals hierboven uitgewerkt. Als men het niet met mij eens is dat het recht niet per definitie positief recht is, maar in de eerste plaats het antwoord op een bepaald soort vraag van het type 'Wat moeten we doen?', wil dat dus niet zeggen dat men daarmee de voorgestelde opleidingsvorm zou moeten verwerpen. Maar als men die visie wel deelt, dan is er des te meer reden om te kiezen voor een heel andere opleiding in de rechtsgelerdheid dan die welke nu gebruikelijk is aan de Nederlandse rechtenfaculteiten.

## Appendix: Mogelijke invulling curriculum Bachelor

ECTS totaal 180	Cursus	Toelichting
6	Algemene inleiding in het recht	algemene begrippen, rechtsgebieden, rechtsbronnen
6	Rechtsfilosofie	aard van het recht
6	Ethiek	denken over normatieve criteria
6	Politieke filosofie	relatie recht en politiek
6	Rechtstradities	
4	Overzicht internationaal recht	
4	Overzicht institutioneel Europees recht	
6	Generiek Contractenrecht	
4	Generiek schadevergoedingsrecht (overig)	
6	Generiek goederenrecht	
4	Generiek personenrecht	inclusief rechtspersonen
3	Generiek familierecht	
6	Generiek constitutioneel recht	
3	Generiek bestuursrecht	
4	Generiek procesrecht	
6	Generiek materieel strafrecht	
6	Mensenrechten	
12	Inleiding (rechts)sociologie, criminologie en (rechts)antropologie	inclusief relevante biologie
4	Inleiding (rechts)psychologie	
4	Inleiding macro-economie	
6	Inleiding rechtseconomie	inclusief relatie recht en economie
10	Inleiding kennis- en methodenleer	inclusief wetenschapsfilosofie
12	Kansrekening en statistiek	inclusief oefenen
12	Logica / argumentatieleer	inclusief oefenen
12	Werken met (nationale en internationale) rechtsbronnen	vooral oefenen
16	Schrijfvaardigheid	inclusief scriptie
6	Procesvaardigheden	vooral oefenen