

Kan de redelijkheid van de wil van de wetgever een axioma zijn voor de rechtswetenschap?

C. J. P. van Laer

Inleiding: is de rechtswetenschap een 'buitenbeentje'?

Zoals bekend werden er in de late jaren zestig over de status van de natuurwetenschap en nog meer over die van de sociologie heftige discussies gehouden. Men werd er zich van bewust dat de wetenschappen een maatschappelijke factor van betekenis waren geworden. De discussies betroffen de vraag of voor wetenschappelijkheid altijd politieke neutraliteit vereist is. Deze kwestie is te herleiden tot het probleem of het subject dat wetenschap bedrijft, zoveel mogelijk buiten spel moet blijven om de objectiviteit van zijn uitspraken te bevorderen. Deze kwestie is niet nieuw, maar de vraagstelling heeft door een versnelde sociale verandering na de tweede wereldoorlog een grotere actualiteit gekregen. Door een bewustwording van de maatschappelijke ongelijkheid heeft de discussie over de plaats van het subject binnen de wetenschap thans een politieke dimensie gekregen. Terwijl de zogenoemde 'positivisten' beweren dat we eerst de feitelijke stand van zaken moeten kennen, voordat we deze kunnen veranderen, worden zij door de tegenpartij verketterd, omdat zij zich zouden neerleggen bij de status quo.

De heftige discussies van de jaren zestig over de methode die met name de sociologie zou moeten hanteren, lijken evenwel ook aan de meer bezadigde rechtswetenschap voorbij te zijn gegaan. Ofschoon sommige rechtenstudenten er de voorkeur aan geven niet alleen met woorden, maar ook met daden het primaat van de 'praxis' te belijden door in rechtswinkels te gaan werken, verzanden zij mettertijd in de problematiek van politieke rechtshulp. Hun gedachte dat de rechtswetenschap vooral systeembevestigend is, heeft echter nauwelijks gevolgen gehad voor het onderwijsprogramma van de 'faculteit der rechtsgeleerdheid'. Hier blijft men voorzichtigheidshalve spreken van 'rechtsgeleerdheid', terwijl de fysicus allang niet meer aan natuurkunde doet. Wanneer de sociologen toe zijn aan de zoveelste methodenstrijd, blijft de identiteitscrisis van de rechtsgeleerden nog latent. Men is zich wel bewust van het bestaan van verschillende methoden van interpretatie van wets teksten, maar men stelt zich niet de vraag naar de legitimiteit van het rechtsgeleerde bedrijf. Zoals de rechter onpartijdig is, zo behoort de jurist zich politiek neutraal op te stellen. Aldus een adagium van en voor juristen.

Met de godgeleerdheid is de rechtsgeleerdheid een 'buitenbeentje' binnen het geheel der wetenschappen: beide disciplines houden zich bezig met het

systematiseren van gedogmatiseerde normen. Anders dan de socioloog dat zou doen, bekijken ze die normen bovendien niet als sociale 'feiten'. Om op de rechtsgeleerdheid door te gaan: onder haar competentie valt niet alleen het rubriceren van normen op een logische wijze, maar ook het anticiperen op de toepassing ervan. Deze wetenschap is een maatschappelijke factor van eigen aard, omdat deze bindende beslissingen moet voorbereiden, die ontstaan door het recht toe te passen op variabele omstandigheden. Daarentegen geven zowel de natuurwetenschappen als de sociale wetenschappen hypothetische oordelen op grond van methodisch verzamelde kennis: ze laten de keuze aan de toepasser in een bepaalde situatie volgens die kennis te handelen als hem dat goedgeeft. Het is vrij algemeen aanvaard dat deze wetenschappen in ieder geval niet 'waardevrij' zijn, als ze de ethische of politieke keuze voor een bepaalde toepassing bindend voorschrijven. Men kan hier slechts op mogelijke technische toepassingen anticiperen door de keuze van een bepaald onderzoeksobject of thema.

Een rechtsnorm vraagt om toepassing of de anticipatie erop. De rechtsgeleerde kan er dus niet omheen met een mogelijke of feitelijke toepassing van de reeds aanwezige rechtsnorm rekening te houden. Voor de toepasser bij uitstek, de rechter, is dit evident: hij is zeker een rechtsgeleerde. In de betreffende rechtsvindingstheorieën gaat het dan om de vraag in hoeverre waardenopties van het subject kunnen, mogen of moeten meespelen in de methodische uitleg van de rechtsnorm, en in hoeverre de wet daarbij een factor van belang is. Voor het 'pure' logische systematiseren van de rechtsnormen daarentegen zou op het eerste gezicht een parallel met de natuurwetenschap of de sociologie getrokken kunnen worden: het lijkt eveneens een kwestie van het verzamelen van kennis. Voor het systematiseren van normen zou het epitheton 'wetenschappelijk' niet al te hoog gegrepen zijn, ten minste als men dit rubriceren methodisch zou kunnen funderen. Het valt echter op dat van de methodenstrijd in de sociologie nauwelijks meer dan een terminologische echo te horen is binnen de rechtsgeleerde kring, voor zover ik hier de rechtssociologie buiten beschouwing mag laten. Dit lijkt niet zozeer een kwestie van neofobie of van aversie van politiek, als veeleer van een te funderen bewustzijn dat de rechtsgeleerdheid terecht een aparte plaats inneemt binnen het geheel der wetenschappen.

Om het systematiseren van rechtsnormen toch het kenmerk van wetenschappelijkheid te mogen geven, worden er pogingen gedaan om de oordelen van de rechtswetenschap als hypothetisch voor te stellen en om via een 'rechtslogica' aansluiting te vinden bij de logica die vooral de natuurwetenschap zulke diensten bewezen heeft. Gemakshalve zou men deze tendens 'positivistisch' kunnen noemen. Hierna zal ik een voorbeeld uit deze stroming behandelen. Mijn positie daar tegenover zou ik 'hermeneutisch' willen

noemen. De betekenis van de termen 'positivistisch' en 'hermeneutisch' voor het wetenschappelijk gehalte van de rechtsgeleerdheid, zal ik proberen te verhelderen door mijn positie in te nemen tegenover een boek uit de late jaren zestig, dat zijn actualiteit niet verloren heeft. Terwijl in de theorie van Habermas nog onduidelijk is in hoeverre hij een waarde vrije begripsvorming voorstaat, kan uit dit boek blijken dat methoden van begripsvorming in het recht niet waarde vrij kunnen zijn.

Ik zal in het eerste gedeelte trachten een overzicht van het boek in kwestie te geven, voor zover ik dat nodig heb om aan te tonen dat de rechtswetenschap een 'buitenbeentje' is. Hoofdstuk 1 beschrijft een opvatting waarin de rechtswetenschap 'waarde vrij' zou zijn. In deze visie krijgt de rechtsgeleerdheid een natuurwetenschappelijke status. Mijn stellingname daar tegenover in het tweede en laatste gedeelte luidt dat de rechtswetenschap niet 'waarde vrij' mag zijn, omdat ze niet politiek neutraal kan zijn. Terwijl het voor de socioloog de vraag is hoe hij tijdens zijn onderzoek zo min mogelijk positie kan kiezen, is het voor de rechtsgeleerde de vraag hoe hij de rechtsnormen zo kan ordenen, dat het toekomstig effect van die ordening zo rechtvaardig mogelijk is. Dit verschil tussen de empirische sociologie en de normatieve rechtswetenschap verklaart waarom de discussie rondom de Frankfurters in de eigenlijk gezegde rechtswetenschap zo weinig weerklank heeft kunnen vinden. Men kon er alleen aan herinnerd worden dat men nooit politiek neutraal was geweest.

1. *Het axioma van de redelijke wil in de dissertatie van Bos*

1.1. *Betekenis van het axioma voor de rechtslogica* — In het algemeen kan men zeggen dat de axioma's van de wiskunde als eerste waarheden probleemloos zijn gesteld. Hun relatie tot een niet-wiskundige werkelijkheid is niet te funderen door mathematisch bewijs. Voor de wiskundige zijn ze uitgangspunt voor verder bewijs binnen een bepaald systeem. Daarentegen zijn de beginselen van het systeem van de rechtswetenschap juist niet probleemloos: ze dragen ons op om te streven naar een kwalitatieve rechtvaardigheid. Dit essentiële verschil wordt echter niet gezien in de dissertatie van A. M. Bos, *Over methoden van begripsvorming in het recht* (Deventer, 1967). Als ik geen nadere verwijzing geef, betreft de paginering dit boek.

In dit boek wordt de consistentie van wetgeving verondersteld in een zogenoemd 'axioma van de redelijke wil', dat eerst laat (p. 229) ter sprake komt, maar toch een zeer belangrijke plaats heeft in de hele conceptie van Bos. Mijn positie tegenover Bos is dat deze consistentie niet mag worden verondersteld, maar juist telkens gerealiseerd moet worden.¹ Dit met het oog op het specifieke doel van de rechtswetenschap. Dit doel is naar mijn idee het

zodanig ordenen van het recht, dat het streven naar vrijheid voor ieder in de samenleving optimaal mogelijk wordt. De rechtswetenschap heeft de voortdurende opgave de redelijkheid van de individuele rechtsgenoten zodanig te structureren, dat hun consensus groter wordt over hoe het minst slecht naar een vrije samenleving voor allen gestreefd kan worden.

Een groot deel van het boek van Bos is een poging tot het ontwerpen van een adequate rechtslogica. Aan de concrete uitwerking daarvan ga ik voorbij, om de aandacht te vestigen op haar uitgangspunt voor die rechtslogica: het 'axioma van de redelijke wil'. Nu is dit op het eerste gezicht vreemd: hoe kan men de redelijkheid van de wil van de wetgever als axioma invoeren? Daarover is immers zoveel discussie!

We moeten echter beseffen dat we ons bezighouden met rechtslogica, en logica heeft volgens Bos niets van doen met ethische of politieke opties. Bovendien heeft het axioma van de redelijke wil een beperkte strekking: om te beginnen is het volgens Bos niet bewijsbaar, maar dient het om andere wetten voor het redeneren binnen de rechtslogica te bewijzen. Het heeft er dus minstens de schijn van dat dit axioma mathematisch is opgevat. Verder houdt het axioma alleen in dat het onredelijk is één handeling van één persoon te willen en tegelijkertijd niet te willen. De wil van de wetgever is volgens dit axioma op één ondeelbaar ogenblik zó consistent, dat deze wil zichzelf niet tegensprekt. Volgens dit axioma kan dus op één ondeelbaar tijdstip dezelfde staat van de wil niet tegelijkertijd bestaan en niet bestaan. Tenslotte zij er hier reeds op gewezen dat er sprake is van de wetgever zonder meer. Zouden er meerdere organen als 'sprekers' gesproken hebben namens die wetgevende soeverein, dan kan men volgens Bos niettemin zeggen dat de enige soeverein gesproken heeft. Voor haar zijn namelijk alle uitspraken van het recht zogenoemde 'wilsproposities' van de soeverein (p. 249).²

Hoe moeten we het axioma van de redelijke wil binnen de rechtslogica van Bos plaatsen? De schrijfster is hierover niet erg duidelijk. Derhalve heb ik geprobeerd het antwoord op deze vraag te reconstrueren door te veronderstellen dat het axioma van de redelijke wil dient om uitspraken te ordenen. Dit axioma treedt dan op als een schakel in een deductieve keten, waarvan de conclusie is dat twee of meer wetten met elkaar in strijd zijn. De conclusie wordt op een logische wijze afgeleid van het bovengenoemde axioma en van alle uitspraken over de staat van de wil van de wetgever. Het axioma van de redelijke wil heeft dus een zelfstandige logische afleidingswaarde. De afleiding is in de theorie van Bos bovendien geformaliseerd als een logische operatie die ons in staat moet stellen het axioma van de redelijke wil en de diverse uitspraken van de wetgever te verbinden. De deductieve redenering moet worden geformaliseerd om een computer in staat te stellen deze redenering uit te voeren door het volbrengen van een bepaalde, welomschreven

operatie. Op deze calculus gaan we hier niet in.

Het axioma van de redelijke wil is niet bewijsbaar, zoals Bos zelf schrijft. Dit betekent dat de deductieve redenering met de conclusie dat een wet A met een wet B in strijd is, als uitgangspunt de veronderstelling heeft dat de wil van de soeverein consistent is. De vaststelling van deze conclusie door een computer zou dus slechts relatieve geldigheid kunnen hebben: onder de voorwaarde dat het axioma betrekking heeft op het systeem van wetgeving. Ten slotte zou een computer geen graduele of kwalitatieve, maar slechts een volledige of kwantitatieve strijdigheid kunnen constateren. Kwesties die ontstaan doordat de ene wet een beetje meer normatief is dan de andere of een verschillend doel heeft, worden door dit axioma immers niet bestreken, omdat gradaties van normativiteit niet kunnen worden beschouwd als een al dan niet bestaan van de staat van de wil van de wetgever.³

Omdat het axioma van de redelijke wil van Bos strijdigheden in het systeem van wetgeving tracht te elimineren, zullen we globaal beschouwen hoe strijd van wetgeving in de praktijk van het recht kan ontstaan. Als verscheidene personen namens de soeverein spreken, bestaat de kans dat de ene spreker dezelfde handeling aan dezelfde persoon beveelt, die de andere spreker verbiedt. Die sprekers kunnen deel uitmaken van diverse organen van de staat zoals de Kroon, de Staten-Generaal, diverse ministeries en de lagere rechtsgemeenschappen zoals provincie, gemeente en waterschap. Ofschoon Bos de hiërarchische ordening van die sprekers buiten beschouwing moet laten omdat die een kwestie is van wat zij noemt 'staatsorganisatie' die ze ter zijde laat, betreft ze toch regelingen in haar beschouwing, die van verschillende instanties afkomstig zijn. Zo geeft ze (p. 243) een voorbeeld van strijd tussen een wet van de Staten-Generaal en een verordening van de gemeente.

Deze opvatting van Bos bewerkstelt voor de rechtswetenschap een grote reductie van de complexiteit van de maatschappelijke werkelijkheid. De realiteit in de samenleving is dat er diverse personen zijn met diverse soorten bevoegdheden, die namens verschillende organen allerlei soorten regels uitvaardigen, die op hun beurt een bepaalde mate van rechtskracht hebben. In de visie van Bos (p. 246-247) zijn deze personen echter allemaal 'sprekers' van de soeverein. Als de wilsproposities van die diverse sprekers door de leden van de gemeenschap over het algemeen nageleefd worden, kunnen we volgens haar zeggen dat die wilsproposities tot het recht behoren en van de soeverein afkomstig zijn. Dit hangt samen met de mening van Bos (p. 251) dat het concept 'soeverein' niet juridisch, maar sociologisch van aard is.

Zo juist heb ik opgemerkt dat ik niet inga op de calculus die Bos ontwerpt om een computer in staat te stellen een geformaliseerde redenering te voltrekken met het axioma van de redelijke wil als uitgangspunt. Dit gebeurt met de reden dat 'die endlich notwendige Korrektur eines einzigen Axioms

seine gesamte Leistung in Frage stellen würde'.⁴ De beperktheid van die calculus tot de vorm van de logica brengt immers met zich dat als het uitgangspunt ervan geen inhoudelijke waarheid bevat, de conclusie van de erop gebaseerde redenering evenmin aanspraak op waarheid kan maken. Omdat we in deze paragraaf hebben aangetoond dat het axioma van de redelijke wil slechts een onzekere basis kan bieden voor de rechtslogica van Bos, kunnen we de technische uitwerking van haar calculus buiten beschouwing laten. Haar axioma van de redelijke wil zou als uitgangspunt evenwel volledig verworpen kunnen worden, als haar poging een taal voor de redeneringen van de computer te construeren, mislukt. Dat axioma is namelijk in een kunstmatige taal geredigeerd.

1.2. Betekenis van de formele taal voor het axioma — De achtergrond van het axioma van de redelijke wil van Bos is haar uitgangspunt dat de rechts-subjecten graag willen weten, wat zij rechtens te verwachten hebben aan lusten en onlusten (p. 263). Door de term 'rechtens' beperkt ze zich tot regels afkomstig van de wetgever, zodat het haar doel is de rechtsgenoten informatie te verschaffen over de wetten die hun belangen kunnen raken op een voor hun gunstige of ongunstige wijze. Die informatie moet nauwkeurig en gedetailleerd zijn, en daarom wil ze computers inschakelen om ons inlichtingen te geven over onze situatie zoals die door de wet bepaald wordt (p. 281).

De titel van de dissertatie van Bos suggereert dat ze zich alleen bezig zal houden met 'begripsvorming'. Volgens de inhoud van haar boek moet die begripsvorming op een zodanige wijze geschieden dat de wetsdocumentatie in de computer kan worden opgeslagen om ons desgevraagd informatie te geven over de lust of onlust die we van de wetgever kunnen verwachten.

Zo lezen we dat ze de grondslag wil leggen voor een zogenaamde 'formele rechtstaal' (p. 281). Dit is immers een kunstmatige taal die zodanig is opgebouwd dat een computer de erin meegedeelde informatie kan opnemen. Toch is de indruk die ontstaat wanneer men vooral afgaat op de titel van het boek onvolledig, want Bos wil de computer ook nog bepaalde oordelen laten vellen. Ze tracht dus ook een methode van oordeelsvorming te geven.

Dat Bos meer wil dan alleen het theoretisch mogelijk maken van een geautomatiseerde rechtsdocumentatie, blijkt niet uit de titel, maar eerst in haar boek, waar ze schrijft dat ze het probleem van 'strijd van wetgeving' vanuit de formele logica wil benaderen. Ze voegt daar meteen aan toe dat ze zich niet met deze problematiek in haar volle omvang wil bezighouden, maar dat ze zich zal beperken tot de vraag: wanneer zijn twee wetten met elkaar in strijd (p. 221). In haar visie zal de computer ons dus niet alleen kunnen gaan vertellen dat er een wet A en een wet B is, maar ook dat wet A met wet B in

strijd is, zodat we van wet A òf van wet B geen lust of onlust behoeven te verwachten. De kans dat de rechtsgenoten door de computer verkeerd worden voorgelicht, is afhankelijk van de waarheid van het axioma van de redelijke wil voor het systeem van wetgeving.

In haar dissertatie laat Bos zich nergens uitdrukkelijk uit over haar uiteindelijke doel, maar als ze schrijft: 'Nu wachten de computers' (p. 33), lijkt het vermoeden gewettigd dat ze een theoretische grondslag wil leggen voor het gebruik van computers in het recht. Dat gebruik zou dan niet beperkt moeten blijven tot het opslaan van wetten in de computer, maar zou ook oordelen moeten omvatten van de aard dat twee of meer wetten uit het geheugenbestand van de computer met elkaar in strijd zijn. Ten slotte gaat het Bos niet om de administratie door een computer van routinekwesities zoals de betaling van kleine boetes.

Het zou technisch misschien mogelijk zijn een computer onze alledaagse taal te laten verstaan, maar dan zouden daarmee alle onnauwkeurigheden en dubbelzinnigheden van de gewone taal in het geheugenbestand van die computer worden geïntroduceerd. Daarom ontwerpt Bos een kunstmatig of formele taal, waarin ook het axioma van de redelijke wil wordt geredigeerd. Deze taal bereikt haar precisie door een aantal methoden van begripsvorming. We zullen hier alleen die methode behandelen die schrijfster ontwerpt om de wil van de wetgever exact te omschrijven. Als deze methode niet zou blijken te voldoen, omdat strijdigheid van wetten niet in de kunstmatige taal van dat axioma vertaald zou kunnen worden, zou het axioma van de redelijke wil voor het systeem van wetgeving verworpen zijn.

Bos behandelt een aantal methoden van begripsvorming voor de formele taal. De daar gebruikte methode: 'representatie', neemt een aparte plaats in te midden van de andere methoden van begripsvorming. In tegenstelling tot de andere methoden is 'representatie' de enige non-verbale methode (p. 100). Hierdoor zijn voor 'representatie' slechts die woorden vatbaar, die indicatief zijn voor iets zintuiglijk waarneembaars (p. 132, p. 143). Hierbij tekent Bos echter aan dat het voor haar een onopgelost vraagstuk is, wat 'zintuiglijk waarneembaar' mag heten (p. 144). Dit hangt samen met het feit dat abstracte termen zoals 'causaliteit' in de juridische vaktaal een eigen betekenis hebben. Duidelijk wordt slechts dat door 'representatie' begrippen worden gevormd door het uit te leggen object te tonen aan een ander, die daarbij een zintuiglijke gewaarwording heeft. In zoverre kan 'representatie' de non-verbale methode van begripsvorming heten. Deze benaming van Bos is echter niet geheel juist voor zover de uitlegger van het woord bij het tonen van het object het woord moet noemen. Bovendien is 'representatie' als methode van begripsvorming tamelijk onzeker, omdat de hoorder het woord op andere gewaarwordingen kan betrekken dan de spreker bedoelde (p. 143).⁵

Ondanks de bezwaren die voor Bos aan de methode van 'representatie' kleven, is dit voor haar een zeer belangrijke manier van begripsvorming. De verbale uitleg leidt namelijk tot een 'regressus in infinitum'. De verbale uitleg doet immers niets meer dan het vastleggen van betekenissen door relaties tussen betekenissen te fixeren, door de verzamelingen af te grenzen waarvan de elementen de eigenschappen van het betreffende begrip hebben. Bos (p. 132) zegt deze 'regressus in infinitum' te willen vermijden door uit te gaan van 'primitieven'. Dit zijn ongedefinieerde of ondefinieerbare termen (p. 27). Op deze 'primitieven' moet 'representatie' als non-verbale methode van begripsvorming worden toegepast.

Bos wil door het vastleggen van de 'primitieven' door 'representatie' als non-verbale methode van begripsvorming een einde maken aan de cirkel waarin de verbale methoden gevangen zitten. Bos geeft echter niet aan hoe dit gebeurt. Slechts duidelijk is dat de 'primitieven' bij Bos het vaste punt of de basis moeten vormen, waarop de begrippen, die door de verbale methoden worden gefixeerd, berusten.

Van de 'primitieven' is, dunkt mij, het primitieve begrip 'soeverein' het belangrijkste, omdat dit begrip ervoor moet zorgen dat de begrippen van de formele taal rechtsbegrippen zijn. Want, zoals Bos (p. 246) schrijft: om uit te maken, of een propositie tot het recht behoort, moet men letten op de spreker. Als de spreker behoort tot het gezag in de gemeenschap, dan is diens wil de 'wil van de wetgever' (p. 228 sub 1). Dat de spreker behoort tot het gezag in de gemeenschap, kunnen we volgens Bos door 'representatie' vaststellen, als we zien dat met enige regelmaat de bevelen van een bepaalde spreker worden opgevolgd.⁶ Zo wordt volgens Bos (p. 252) het begrip 'soeverein' uitgelegd met behulp van woorden die indicatief zijn voor waarneembare verschijnselen.

Echter, ook al zou het begrip 'soeverein' precies kunnen worden bepaald, voor Bos is de wil van die soeverein onkenbaar. Bos schrijft immers dat 'willen' een vorm van 'geestelijk handelen' is, en deze 'handelingen van de geest' zijn niet voor 'representatie' vatbaar (p. 150).⁷ Dit ondanks het feit dat de 'wil' evenals de 'soeverein' een primitief concept is (pp. 120, 252, 228) en dus voor 'representatie' vatbaar zou moeten zijn. Bos kan haar axioma van de redelijke wil dan alleen nog maar in haar kunstmatige taal redigeren door een kunstgreep: ze reduceert de wilspropositie van de wetgever tot een uitspraak over een feit, welke in de wetstekst te lezen zou zijn. Zo kan ze de programmeur van de computer naar deze fixatie van de wil van de soeverein verwijzen. De mededelingen die van de wetgever uitgaan, geven volgens Bos namelijk de toestand van zijn wil weer.⁸ De wil zelf van de soeverein blijft echter onkenbaar en daarop is het axioma van de redelijke wil dus niet van toepassing.

1.3. *Gevolgen voor de redelijkheid in de rechtswetenschap* — In de vorige paragraaf hebben we reeds gezien dat het begrip 'soeverein' moet funderen dat de begrippen van de formele taal van Bos rechtsbegrippen zijn. Maar dit is voor Bos geen reden om het primitief 'soeverein' een rechtsbegrip te noemen. Voor haar (p. 252) behoort het begrip 'soeverein' tot een basis van niet-juridische begrippen. Ofschoon ze (p. 176) de rechtswetenschap, die zich bezighoudt met het positieve of geldende recht, scheidt van de rechtsfilosofie, noemt Bos het primitief 'soeverein' geen rechtsfilosofisch begrip. Zij (p. 251) vindt dat dit primitief sociologisch van aard is, zodat het tot de taak van de rechtssociologie zou behoren om vast te stellen welke spreker in de gemeenschap het gezag vertegenwoordigt.

In paragraaf 1.1 hebben we verder een reductie van de maatschappelijke complexiteit kunnen aanschouwen. Dankzij deze reductie meent Bos te mogen beweren dat de rechtssocioloog alleen maar hoeft na te gaan of de 'wilsproposities' van een bepaalde spreker in het algemeen nageleefd worden, om deze de soeverein in een gemeenschap te kunnen noemen. Bos construeert namelijk door '(pre-)adoptie' de eenheid van de wet, doordat alle feitelijk geaccepteerde sprekers geacht worden namens de soeverein gesproken te hebben: de soeverein adopteert al dan niet bij voorbaat hun uitspraken als mededelingen omtrent de staat van zijn wil. Maar door deze manoeuvre verschuift Bos de moeilijkheid naar de rechtssociologie en de daar te kiezen methode en techniek van onderzoek. Als de rechtssocioloog immers zou willen bepalen wie namens de soeverein spreekt en wie niet, zou hij bij wijze van spreken elke dag opnieuw een uitgebreid sociologisch onderzoek moeten doen naar de bereidheid van de rechtsgenoten de regels van het gezag in de samenleving op te volgen. Daarbij mag hij die wettelijke regels uiteraard niet meedelen, maar moet hij veronderstellen dat iedereen die al kent, want anders zou hij verraden wie de wetgever is. Het resultaat van zo'n onderzoek zou zijn dat de spreuk: 'ieder wordt geacht de wet te kennen' inderdaad een fictie van juristen is.

Om het primitieve concept 'soeverein' te redden, zou Bos nog kunnen postuleren dat er een consensus aan de basis van de primitieven ligt, zodat ze de begrippen, die door de verbale methoden worden gefixeerd, zou kunnen funderen. Deze consensus zal dan niet door de empirische waarneming van de rechtssocioloog kunnen worden vastgesteld, zoals de non-verbale methode van begripsvorming 'representatie' impliceert. De consensus die m.i. de keuze van het primitieve concept 'soeverein' zou moeten legitimeren, zal juist van principieel niet-empirische aard moeten zijn, omdat een spreker slechts 'soeverein' mag heten, als hij streeft naar een ethisch mogelijke consensus. Bij Bos is het echter uitgesloten het primitief 'soeverein' van rechtsfilosofische aard te noemen. Ze zou dan immers naar het geheel van rechts-

subjecten moeten verwijzen, omdat die uiteindelijk de soeverein vormen. Maar dit zou de voor haar onaanvaardbare consequentie hebben dat haar begripsvorming niet langer 'objectief' zou zijn.⁹

Als de rechtssubjecten zich mochten beraden over de keuze van de 'primitieven', zouden ze naar mijn mening ook moeite hebben met het primitief 'wil', in de samenstelling 'wil van de wetgeving' (1.2). Hoe kan immers een rechtssociologisch begrip 'soeverein' enerzijds primitief heten, anderzijds zijn samengesteld uit een psychologisch en een juridisch begrip? Ze zullen zich verder afvragen of en hoe de programmeur die de computer zou moeten voeden, deze wil kan vinden in de diverse wetten, zoals die van diverse instanties uit verschillende tijden afkomstig zijn. Ze zullen waarschijnlijk van mening zijn dat van de 'wil van de wetgever' slechts zinvol gesproken kan worden als dit een rationele wil is, in die zin dat die wil zo gereguleerd is dat deze zichzelf bindt.¹⁰ En omdat de rechtsgenoten als geheel uiteindelijk de wetgever zijn, zodat ze zichzelf regels geven via de delegatie aan de wetgever, zullen ze het veel eenvoudiger vinden die programmeur niet naar de 'wil van de wetgever' te laten zoeken, maar naar rechtsnormen waaromtrent een consensus mag bestaan. Daarbij kan de wetstekst slechts een indicatie voor de mogelijkheid van een consensus zijn, want we hebben gezien dat de wetstekst bij Bos een mededeling omtrent de staat van de wil van de wetgever is (1.2). Deze mededeling behoeft de uiting van de wil van de wetgever echter niet adequaat weer te geven, omdat de soeverein thans geacht kan worden anders te hebben gewild dan uit de wetstekst blijkt, juist omdat een instantie naar mijn overtuiging slechts soeverein mag heten als deze zich richt op een ethisch mogelijke consensus.

Omdat Bos de rechtswetenschap isoleert van de rechtsfilosofie, treedt er een complicatie op bij de zogeheten 'finaal strijdige' proposities. Dit zijn proposities die strijdig zijn door een doel dat niet correspondeert met het ethische doel van het rechtssysteem als geheel. Een dergelijke strijdigheid valt niet binnen de competentie van de rechtslogica van Bos (p. 224) en ze geeft zelf toe dat ze dit onbevredigend vindt. Dit betekent dat Bos niet de strijdigheid van wetten behandelt die herleidbaar is op een botsing van rechtsbeginselen, maar slechts de strijdigheid die is terug te voeren op een conflict met de empirische realiteit. Als Bos de eenheid van het rechtssysteem immers niet op de rechtvaardigheid als laatste einddoel van alle wetten wil funderen, kan ze die eenheid slechts baseren op de ervaring. Ze moet dan echter wel de maatschappelijke complexiteit geweld aandoen, wil ze de eenheid van het rechtssysteem in de sociale realiteit kunnen terugvinden. Het uitsluiten door Bos van 'finaal strijdige' proposities zou overigens kunnen samenhangen met het onvermogen van computers om een ethisch doel voor hun handelingen te stellen. De machines zijn voor verschillende doeleinden te gebruiken.¹¹

De kunstmatige rechtbegrippen en de rechtswetenschap van Bos kunnen niet normatief zijn, doordat ze de rechtsfilosofie principieel scheidt van de rechtswetenschap. Ze houdt zich alleen met de observatie van gegeven standen van zaken bezig. Deze gegevens zijn de wetsteksten die de staat van de wil van de wetgever zouden weergeven (1.2). Vervolgens slaat ze de gegevens op in een computer en laat deze constateren of wet A met wet B in strijd is. Maar dan voegt ze iets nieuws aan die gegevens toe, omdat ze een stelsel construeert dat er tevoren niet was: de wetgever had wet A immers nog laten bestaan. Dit creatieve moment normeert Bos echter niet. Ze meent juist dat de beslissing van de strijdigheid van twee of meer wetten tot de rechtswetenschap behoort en dus niet normatief is. Het is dan echter wel de vraag of zo'n beslissing door de computer wel zo vruchtbaar is voor een rationele systematisering van de wetten.

Bos heeft vragen van 'behoren' uit de rechtswetenschap verwijderd, omdat antwoorden daarop als zijnde subjectief het vereiste objectieve karakter zouden aantasten. De beredeneerde antwoorden van een of meer individuen op de vraag naar het 'behoren' zouden een consensus over het primitief 'soverein' onmogelijk maken. Daarom krijgen ze — heel democratisch — van Bos alleen de kans om antwoorden te geven aan de rechtssocioloog door de regelaar van hun gedrag. Om welke reden de gemeenschap tot naleving geneigd is, is voor Bos (p. 248) namelijk irrelevant. Bos meent zo een consensus te mogen postuleren, omdat ze volgens een bepaalde vorm van rationaliteit is te werk gegaan. Ze meent wellicht dat de rechtsgenoten deze werkwijze wel zullen accepteren, omdat deze rationaliteit het beste zou zijn waartoe de mens in staat is. De rationaliteit van de wiskunde en de natuurwetenschap¹² heeft haar successen immers wel laten zien.

Bos gaat echter voorbij aan het probleem van 'waardevrij' rechtssociologisch onderzoek en aan het feit dat de redelijkheid van de rechtswetenschap niet is los te denken van de beginselen van de rechtsfilosofie. Daarom impliceert haar opvatting een gehalveerde rationaliteit omdat deze op zijn best feitelijk constateert, maar niet normatief interpreteert. Daarentegen moet de logische rangschikking van rechtbegrippen steeds in een normatief licht worden gezien, omdat ook deze tak van de rechtswetenschap slechts gediend is met een volledige rationaliteit, omdat alleen deze het de rechtssubjecten mogelijk maakt te streven naar een vrije samenleving voor ieder.

2. Kritiek: hoe redelijk is het axioma van de redelijke wil?

2.1. Bos heeft te enge opvatting over de taak van de rechtswetenschap — Het vermoeden dat Bos een te enge opvatting over de taak van de rechtswetenschap heeft, ligt voor de hand, omdat schrijfster uitdrukkelijk van zo min

mogelijk assumpties uit wil gaan. Ze hanteert namelijk het 'scheermes van Ockham' dat luidt: 'Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem' (p. 120). Dit is een zuinigheidsbeginsel.¹³ Het eist dat men op zo'n wijze doelmatig is in de opbouw van zijn begrippen, dat men geen overbodige assumpties aanneemt. Zo schrijft Bos dat een begrippenstelsel beoordeeld moet worden op zijn doelmatigheid (p. 141).

Het zuinigheidsscheermes van Ockham past Bos toe op de rechtswetenschap en meer in het bijzonder op het aantal zogeheten 'primitieven' dat daarin zou mogen voorkomen. Wat 'primitieven' zijn in de theorie van Bos, blijft tamelijk onduidelijk. Ze omschrijft 'primitieven' alleen als ongedefinieerde of ondefinieerbare termen. Uit de voorbeelden die ze ervan geeft, blijkt voor mij haar bedoeling met die 'primitieven': elementaire bouwstenen aan te dragen voor haar begripsopbouw. En van die primitieven wil ze dat er zo min mogelijk in haar theorie voorkomen om die zo eenvoudig mogelijk te laten zijn.

Mijn bedoeling is niet om het aantal 'primitieven' van Bos uit te breiden of daarvoor een andere inhoud voor te stellen. Hierboven heb ik enkel willen illustreren dat het uitgangspunt van Bos (p. 184) is, dat de keuze van een aanpak in de logica een zaak van doelmatigheid is. Maar deze optie voor doelmatigheid is naar mijn mening ook elders in de dissertatie van Bos te herkennen, vooral waar ze schrijft (p. 268) dat haar de rechtsproblematiek voor ogen staat, zoals deze zich vertoont in de wetgeving.

Bos beperkt zich tot de wetgeving en laat de rechtspraak buiten beschouwing. Het is echter wel de vraag of ze dan ook de rechtsvindingsproblematiek niet hoeft te behandelen. Deze vraag klemmt des te meer, omdat schrijfster zelf het manco van haar scheiding van logica en concreet geval impliciet constateert wanneer ze haar theorie toetst aan de rechtspraktijk.¹⁴ Nadat ze (p. 243) objectief bewezen meent te hebben dat een bepaalde verordening altijd in strijd is met de wet, laat ze er enigszins spijtig op volgen dat de rechter die strijd meestal ontkent. Dit zou erop kunnen wijzen dat het rechtsleven niet zo consistent is als haar axioma van de redelijke wil. Haar eis van doelmatigheid lijkt dan ook eerder door de computer te zijn ingegeven, dan door een bezorgdheid voor een juiste rechtsvinding.

Bos kan de rechtsvindingsproblematiek niet buiten beschouwing laten, ook al behandelt ze de rechtspraak slechts in het voorbeeld waarin ze haar theorie toetst. Als ze de wetgeving tracht te systematiseren, zal ze immers moeten anticiperen op een mogelijke toepassing door de rechter. Een wet heeft immers eerst effect in de toepassing door een niet-wetgever. Maar dan stuiten we weer op het probleem dat haar theorie omtrent het vaststellen van strijdigheid staat of valt met het axioma van de redelijke wil, dat ze zelf onbewijsbaar noemt. Hoe zou Bos dit axioma kunnen bevestigen? Naar mijn idee

niet door de empirische 'representatie' (1.2), maar slechts door te zoeken in het actuele rechtsbewustzijn van alle rechtssubjecten die de soeverein legitimeren. Dat van dat rechtsbewustzijn meestal een materiële manifestatie bestaat in de vorm van een wetstekst, is irrelevant, omdat rechtsnormen uiteindelijk bestaan in het bewustzijn van de mensen. De wetsteksten zijn slechts een verschijningsvorm van de rechtsnormen, maar deze verschijningsvorm kan ook ontbreken. Het zoeken naar het rechtsbewustzijn is bij Bos echter onmogelijk¹⁵, omdat ze de rechtsvindingsproblematiek ten onrechte ter zijde laat.

Bos' theorie leidt tot een logische geslotenheid van het positieve recht, omdat schrijfster het logische moment van de rechtsnorm verabsoluteert ten koste van het teleologische.¹⁶ Het teleologische moment is echter dat essentiële aan een rechtsnorm, waardoor het laatste doel van de rechtsnorm in de te bereiken rechtvaardigheid ligt. Door dit laatste doel en de daarvan afgeleide rechtsbeginselen krijgt de rechtsnorm zijn uiteindelijke zin. Dit teleologische moment van de rechtsnorm verwaarloost Bos, doordat haar axioma van de redelijke wil niet geldt voor de zogeheten 'finaal strijdige' proposities (1.3). Alleen reeds hierdoor heeft ze een te enge opvatting over de taak van de rechtswetenschap.

Door zich te richten op een mogelijke consensus, kan de interpretator die een stelsel in de wetten tracht te vinden, terecht zeggen dat de wetgever oplossingen kan bieden voor de problemen van onze tijd. Op deze wijze tracht de rechtsgeleerde in de wet oplossingen te vinden voor actuele belangen- of waardenconflicten. Als hij uitgaat van het historische arsenaal aan wetten, kan hij door teleologische interpretatie tot andere oplossingen komen dan de rechtstheoretici van vroeger voor de conflicten van hun tijd. Deze historische divergentie in oplossingen is bij Bos echter onmogelijk, omdat de openheid van haar systeem slechts zo ver gaat dat nieuwe wetten als informatie aan het computerbestand zouden kunnen worden toegevoegd. Zo kunnen de grenzen van haar systeem ondubbelzinnig zijn, zodat de programmeur exact kan weten wat ertoe behoort.¹⁷ De technische eis van de computer moet echter een logische geslotenheid van het systeem met zich brengen, zodat het systeem niet als uit zichzelf evoluerend kan worden opgevat. Daardoor kan Bos geen zicht meer krijgen op de geschiedenis van het rechtsleven. Rechtsbeginselen kunnen door Bos niet als constituerend voor wetten worden gezien, omdat het opsporen van de grondgedachten van het positieve recht geen louter logische operatie is. Het wettenbestand is bij haar een statisch geheel, zodat ze een wet consequent een mededeling omtrent een toestand noemt.

Bos (p. 253) beweert van het begrip 'soeverein' dat dit het meest verband zou houden met de wereld der dingen. Vermoedelijk moet deze bewering haar in staat stellen de programmeur naar de wetstekst te verwijzen als be-

lichaming van het recht. Het lijkt immers twijfelachtig of deze omschrijving het resultaat kan zijn van het te houden rechtssociologische onderzoek dien-aangaande (1.3). Het verband van het rechtssociologisch primitief 'soeverein' met de wereld der dingen zou volgens Bos ook nog te vinden zijn op het gebied van de rechtslogica, dus het terrein van het ordenen van uitspraken zodanig dat de conclusie kan zijn dat twee uitspraken van de wetgever met elkaar in strijd zijn. In de visie van Bos heeft de wetgever namelijk een wil (p. 228). Ze zegt zelfs zeer stellig dat de soeverein steeds de bedoeling heeft om iemand te bevoordelen als hij wilsproposities uitvaardigt (p. 273). Wilsproposities moeten hierbij gezien worden als uitspraken van de wetgever. Dit zijn echter uitspraken van een bepaalde aard, zoals bleek aan het slot van paragraaf 1.2. Op het eerste gezicht zou men immers verwachten dat een wilspropositie die door de wetgever wordt uitgevaardigd, wordt gedefinieerd als een correcte weergave van een uiting van de wil van de wetgever. Alleen als de wilspropositie die uiting van de wil van de wetgever juist zou weergeven, zouden we weten dat op een bepaald ogenblik de wil van de soeverein zus of zo luidt. Alleen dan zou de programmeur de wetstekst zonder meer kunnen overnemen voor de computer.

Bos slaat echter de vraag naar de correcte weergave van de wil van de wetgever over, hetgeen consequent is, omdat ze de rechtsvindingsproblematiek ter zijde laat. Voor haar is de wilsuitspraak van de wetgever direct identiek met een correcte weergave van zijn wil. Daarmee trekt ze ook de lijn, dat het begrip 'soeverein' verwijst naar de wereld der dingen, consequent door. In de dissertatie van Bos is een wilsuitspraak van de wetgever immers een mededeling omtrent een toestand, te weten van zijn wil.¹⁸ Door deze opvatting over de wil van de wetgever fixeert ze die wil tot een bepaald feit, waarover een uitspraak wordt gedaan. In haar visie drukt een wilspropositie immers uit in welke staat de wil van de spreker zich bevindt ten aanzien van de gewenste handeling (p. 176, p. 85 + noot 1). We hebben deze opvatting een kunstgreep genoemd. Deze lijkt te dienen om de kunsttaal van Bos voor de rechtsvindingsproblematiek te bewaren.

Ondanks haar beperking tot de wetgeving, kan Bos niet voorbij aan de rechtsvindingsproblematiek. Dit blijkt uit haar omschrijving van het begrip 'wil'. Nu geeft Bos nergens een definitie van het begrip 'wil', want het wilsconcept is een 'primitief' (p. 184), en, zoals we gezien hebben, een 'primitief' kan alleen door 'representatie' gedefinieerd worden of helemaal niet. Uit de context blijkt echter dat ze een bepaald idee over wat 'wil' kan heten, moet hebben; anders zou de programmeur ook niet weten wat hij in een wetstekst zou moeten zoeken.

Zou de wil van de wetgever een vermogen zijn, dat aan bepaalde regels is onderworpen, dan zou de programmeur er rekening mee moeten houden, dat

de wil van de wetgever zich thans of in de toekomst anders zou kunnen uiten, dan hij in het verleden in de wetstekst heeft gedaan. Het vermoeden dat de wil van de wetgever een vermogen is dat volgens bepaalde regels opereert, wordt door Bos bovendien zelf gewekt als ze schrijft, zoals we reeds gezien hebben, dat de soeverein steeds de bedoeling heeft om iemand te bevoordelen. Maar dit zou met zich brengen dat als de omstandigheden zich wijzigen, de soeverein die bedoeling wel eens anders zou kunnen uiten, nadat hij volgens bepaalde regels geredeneerd heeft. Zo'n veranderlijke wetgever zou voor de programmeur evenwel onhanteerbaar zijn; de wetstekst zou geen weergave van de wil van de wetgever meer zijn, zodra de omstandigheden anders zijn als tijdens het uitvaardigen van de wet. Derhalve vat Bos de wil van de wetgever op als het gerealiseerde vermogen dat daarmee tot een gefixeerd feit wordt. Hierdoor kan ze de programmeur met een gerust hart naar de wetstekst verwijzen als weergave van de staat van de wil van de wetgever. Het is echter de vraag of de rechtsgenoten daardoor bevoordeeld worden.

Bos heeft een te enge opvatting over de taak van de rechtswetenschap, omdat zij meent dat haar rechtsgenoten vooral gediend zijn met rechtszekerheid. Hier betekent 'rechtszekerheid' niet het ontbreken van willekeur, maar: voorspelbaarheid. De burgers zouden graag precies weten waar ze aan toe zijn. Zij spiegelt zich daarbij aan het ideaal van de natuurwetenschappen, waar de wetenschapsmensen autonoom kunnen vaststellen welke wetmatigheden er voortaan gelden, zodra eenmaal een consensus bestaat omtrent de uitgangspunten. Die uitgangspunten heten in de theorie van Bos 'primitieven'. Voor haar primitieven 'wil' en 'soeverein' kan ze een consensus slechts postuleren, omdat ze een te enge opvatting over de taak van de rechtswetenschap heeft.

2.2. Bos verwaarloost het hermeneutische moment van de rechtswetenschap —

Bos zal naar mijn mening een hermeneutisch moment in haar theorie moeten opnemen, want anders kan ze niet weten dat en hoe de wetgever hier en nu consistent wil zijn. Interpretatie is nodig om deze bedoeling van de wetgever vast te stellen, want uit de gegeven wetten die strijdig geoordeeld worden, zou men slechts de tegengestelde bedoeling kunnen opmaken. Voor haar theorie is de hermeneutiek onmisbaar, ook als ze evenals ik de interpretatie door de rechter buiten beschouwing laat.

Bos doet echter niet meer dan constateren dat er wetsteksten zijn als materiële manifestaties van de soeverein. De taak van een programmeur zou immers gemakkelijk zijn als hij precies kon afgrenzen wat tot het recht behoort en wat niet. Dit zou hij kunnen doen als er een materieel criterium bestond om aan te geven wat recht is en wat niet. Dit materiële criterium kan in het

kader van het recht alleen bestaan, als men het recht identificeert met de materiële manifestatie ervan, namelijk de wetstekst. Maar ook dan zou de programmeur niet alleen wat in het papier van de wetstekst belichaamd is als recht kunnen zien, omdat deze soms beginselen bevat die naar de omstandigheden anders moeten worden ingevuld.

Een rechtsnorm kan echter alleen als zinvolle norm gezien worden in een hermeneutiek die die norm ziet als een mogelijkheid om te streven naar een rechtvaardige samenleving voor ieder. Voor de hermeneutiek is de rechtsnorm een concretisering van rechtsbeginselen. Aangezien dat streven naar rechtvaardigheid hier en nu moet plaatsvinden en een rechtsnorm ons uit de traditie bereikt, zal de rechtstheoreticus zich moeten richten op een actueel te bereiken consensus omtrent de verbindendheid van die norm. Daarbij wordt die consensus niet gepostuleerd, hetgeen Bos zou moeten doen als ze haar keuze van 'primitieven' zou willen legitimeren, maar in de historisch-hermeneutische opvatting is de mogelijkheid van een ethisch verantwoorde consensus juist norm.

Zoals we in de vorige paragraaf gezien hebben, leidt het aannemen van het axioma van de redelijke wil tot een logische geslotenheid van het positieve recht. Dit axioma correspondeert echter niet met het rechtsleven, omdat in werkelijkheid het wettelijke systeem inconsistent wordt door de loop van de geschiedenis. Dat is juist de reden dat er flexibele beginselen zoals 'redelijkheid' in de wetstekst staan. Het kan bovendien het geval zijn dat de wetgever een wet aanneemt die geheel of gedeeltelijk in strijd is met eerdere wetten, zonder dat we zeker van zijn bedoeling kunnen zijn dat hij de latere wet altijd wil laten prevaleren. Bos gaat aan de tijdsdimensie van het probleem van inconsistentie van wetten evenwel voorbij, evenals aan de rechtsvindingsproblematiek. Ze wist door haar a-historische axioma alle antinomieën van het recht uit, voordat deze hun betekenis kunnen krijgen door een confrontatie met het probleem in de praktijk van de rechter. Dit zal de reden zijn dat de rechter meestal afwijkend van het axioma van Bos beslist (2.1). Schrijfster had haar teleurstelling kunnen voorkomen, door meer aandacht te schenken aan de hermeneutiek.

Omdat de hermeneutiek de verdieping van de communicatie tot doel heeft, waartoe de interpretatie van normen uit het verleden kan bijdragen, is een natuurlijke taal zoals het Nederlands onmisbaar om de justitiabelen een bepaalde ordening door recht te kunnen laten accepteren. Ook dit inzicht is in de theorie over een formele rechtstaal van Bos echter niet te vinden. Ze ziet niet dat een programmeur in ieder geval met het hermeneutische probleem te kampen zou hebben, zolang de wetten niet in computerformules zijn geredigeerd, gesteld althans dat dit zou kunnen.

Wetten zijn thans in een juridische vaktaal opgesteld, zodat de program-

meur deze kunsttaal in die van de computer moet vertalen. Omdat de programmeur exact te werk moet gaan, moet hij alle mogelijke interpretaties van de wetten als informatie aan de computer toevoeren. De programmeur zal echter niet zo alwetend zijn dat hij alle toekomstige vormen van het rechtsleven kan voorzien, zodat hij gedoemd is de computer telkens opnieuw te instrueren, zodra zich nieuwe waardenconflicten in de samenleving voordoen.¹⁹

Naar mijn mening is het bovendien onmogelijk om wetten direct in de formules van de computer op te stellen. De rechtsgenoten zullen zich immers in de kunsttaal van de computer niet kunnen herkennen, nog minder als thans in het vakjargon van de juristen. Het recht blijft derhalve altijd aan een spreektaal gebonden²⁰, zodat de hermeneutiek onontbeerlijk blijft om die spreektaal te helpen interpreteren. Door interpretatie gaat weliswaar het voordeel van de 'objectiviteit' van een kunsttaal verloren, doordat een subjectief moment van de interpretator meespeelt. Doch anderzijds is slechts een consensus over het verbindend karakter van de traditie mogelijk, als de discussie daarover in de omgangstaal kan plaatsvinden. Daarentegen zijn formele talen niet bestemd om gesproken te worden, zoals Bos (p. 281) zelf terecht zegt. Het is dan ook de vraag of een formele taal een adequate weergave kan geven van een discussie omtrent waarden, die haar neerslag heeft gekregen in een wet.

Bos (p. 281) schrijft dat wie aan een ander zeggen wil wat er in een formele taal geschreven staat, een 'vertaling in spreektaal' moet gebruiken. Daarmee haalt ze ongewild nog eens het hermeneutische moment binnen haar theorie. Gesteld dat de rechtssubjecten de formele taal van Bos zouden willen accepteren als middel om de informatie van de wetten aan de computer toe te vertrouwen, dan zouden ze aangewezen zijn op vertalingen in de spreektaal, met alle onnauwkeurigheden van dien, als ze de kwaliteiten van de theorie van Bos willen leren kennen. En als de rechtsgenoten tot een consensus willen komen over de keuze en de inhoud van de 'primitieven', zullen ze ook daarbij slechts van de omgangstaal gebruik kunnen maken. Een kunsttaal kan zichzelf dus niet funderen, omdat een kunstmatige taal een levende taal steeds vooronderstelt.²¹ Daarmee wordt de hermeneutiek evenwel onontbeerlijk om de waarde van de consensus over de keuze van een bepaalde kunsttaal te interpreteren. Aangezien de interpretatie op een ander tijdstip zal plaatsvinden dan het tot stand komen van de consensus, zal de interpretator bovendien te maken krijgen met het historische probleem van de verbindendheid van de traditie.

2.3. Bos verwaarloost het normatieve moment van de rechtswetenschap — Bos blijkt er niet omheen te kunnen dat de computer zijn eigen eisen stelt.

De computer kan uiteindelijk slechts ja of nee antwoorden, omdat de werking van een computer erop is gebaseerd dat een bepaald kerntje al dan niet gemagnetiseerd is. De programmeur, die de computer de informatie uit de gegeven wetten overdraagt, zal hiermee rekening hebben te houden. Hij zal niet kunnen twijfelen of iets een beetje recht is, of misschien ook niet. De beslissing van de programmeur zal slechts kunnen zijn dat iets recht is, en dan kan die informatie aan de computer worden toegevoerd, of dat iets geen recht is. De programmeur maakt dus een volstrekte dichotomie in het rechtsleven: wat volgens hem recht is, gaat naar de computer, wat overblijft zal als informatie de burgers niet bereiken, als de wet niet tevens in de alledaagse taal gepubliceerd zou worden. Reeds in de eerste paragraaf hebben we erop gewezen dat de idee van kwalitatieve rechtvaardigheid in de theorie van Bos vooral door het axioma van de redelijke wil wordt geëlimineerd.

De idee van kwalitatieve rechtvaardigheid wordt in het algemeen verantwoord door een normatief moment in de rechtswetenschap. Dit moment ontbreekt echter bij Bos door haar strikte scheiding van het werkterrein van de rechtswetenschap en dat van de rechtsfilosofie. Zo schrijft ze dat de rechtswetenschap het positieve recht tot studieobject heeft, dit is het hier en nu geldende. Daarentegen houdt de rechtsfilosofie zich bezig met de verhouding van het recht tot morele beginselen, dit is de rechtvaardigheid of onrechtvaardigheid der proposities (p. 176). De vraag naar het rechtvaardigheidsgehalte van die uitspraken wordt ter beantwoording aan de rechtsfilosofie overgelaten, omdat Bos de 'finale strijdigheid' van proposities buiten beschouwing laat, zoals we in paragraaf 1.3 gezien hebben.

Toch meent Bos dat de rechtswetenschap tot de normatieve wetenschappen behoort (p. 245–246)²², zodat we moeten concluderen dat ze iets onder 'normativiteit' verstaat dat geen betrekking heeft op beginselen van de rechtsfilosofie, die immers als criterium zouden kunnen fungeren voor het rechtvaardigheidsgehalte van proposities van het positieve recht. 'Normativiteit' is voor Bos dus een gegevenheid voor de rechtswetenschap. Dat maakt haar begripsopbouw veel eenvoudiger, want nu hoeft ze zich niet af te vragen in welke mate een bepaalde propositie uit het verleden thans als een uitspraak van het recht beschouwd kan worden. Een propositie behoort simpel tot haar begrippenapparaat als de soeverein dat bepaald heeft door die uitspraak in een wet op te nemen.

Mijn stelling is dat Bos slechts dat als recht beschouwt wat voorkomt in een wetstekst. De soeverein is immers geen andere dan de wetgever, voor zover ze schrijft dat door observatie direct duidelijk is dat in Nederland 'de wetgever' de soeverein is (p. 247). Het woord 'observatie' in de voorafgaande zin, duidt er naar mijn mening op dat Bos een bepaalde visie op de eigen aard van de soeverein heeft. In het algemeen kan men immers zeggen dat sociale

instituties zoals 'de wetgever' niet zijn waar te nemen zoals een tafel of een stoel. Hoogstens kan men bepaalde materiële manifestaties van een sociale institutie aanwijzen, zoals in het geval van de wetgever de wetstekst, maar zo'n manifestatie heeft voor diverse groepen in de samenleving een verschillende betekenis. Bos gaat dergelijke complicaties echter uit de weg, want ze verklaart zeer stellig (p. 253) dat van het begrip 'soeverein' direct is te zien, dat het het meeste verband houdt met de wereld der dingen. Bos hakt zo de knoop voor de programmeur door, want zelf (p. 260) signaleert ze het probleem dat er geen eenstemmigheid bestaat over de kenmerken van het begrip 'wet'. Als die consensus over het begrip 'wet' ontbreekt, zou die dan wel over het begrip 'wetgever' of 'soeverein' bestaan?

We hebben reeds vaker geschreven dat Bos teleurgesteld is dat de rechter haar theorie meestal niet volgde. Maar in haar theorie is dan ook niet te vinden dat de rechter verplicht is zich te houden aan het oordeel van een computer dat er logische strijd is. Vooreerst niet, omdat ze de rechter niet in haar beschouwingen betreft. Vervolgens niet, omdat ze het een kwestie van 'staatsorganisatie' noemt om aan te geven welke regeling moet wijken. Dit zou geen taak voor de logica zijn (p. 243). Door het weglaten van vragen die betrekking hebben op wat Bos 'staatsorganisatie' noemt, laat ze vragen van rechtvaardigheidsgehalte onbeantwoord.

We moeten ons voor ogen houden dat Bos de burgers geen informatie wil geven over hun mate van gebondenheid aan de wet, of zelfs over het ontbreken van die gebondenheid, omdat een wet onrechtvaardig is. Voor Bos bestaat er eenvoudigweg gebondenheid voor de burger aan de wet, als die wet lust of onlust in het vooruitzicht stelt bij het al dan niet nakomen van het bevel van de soeverein. Voor Bos (p. 189) is de sanctie kenmerkend voor het bevel, niet de zedelijke waarde van het bevel, die dat bevel eventueel onrechtmatig zou kunnen doen zijn. Vervolgens komt door een bevel een plicht 'in het aanzijn' (p. 261). Voor Bos (p. 262) bestaat er in het recht dus een plicht tot het doen van de door de soeverein verlangde daad, wanneer er een sanctie aanwezig is.²³

De slotconclusie is dat de logische ordening van begrippen in de rechtswetenschap niet volstrekt 'waardevrij' kan zijn, zodat de rechtsbegrippen op dezelfde wijze geordend zouden kunnen worden als feiten die bewezen zijn in de natuurwetenschap. De logische rangschikking van rechtsbegrippen moet in een normatief licht worden gezien. In de rechtslogica liggen immers waarderingen besloten.²⁴ Daarom zouden de methoden van begripsvorming van Bos misschien in de natuurwetenschap zijn te beproeven. In ieder geval is ze op pagina 251 van haar dissertatie naar eigen zeggen aan de rechtsbegrippen nog niet toegekomen. Haar axioma van de redelijkheid van de wil van de wetgever zou de rationaliteit van de rechtswetenschap niet doen toenemen.

Noten

- 1 J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, herziene druk, Frankfurt/M. 1972, p. 84: 'Die programmatischen und regulativen Insuffizienzen der politisch-technischen Legislative und die fehlenden Passungen zwischen je verschieden konzipierten Regelungen lassen die Rationalität nicht als Mitgift des Gesetzgebers, sondern nur als ein in Rechtslehre und Praxis zu verwirklichendes Postulat begreifen. Die historische Vielschichtigkeit stellt die Einheit des Systems in die Verantwortung des Juristen.'
- 2 De staat is dus voor Bos de enige bron van het recht en dit doet haar behoren tot de positivisten. Cf. E. D. Hirsch Ballin, 'Over de invloed van het positivisme op de rechtswetenschap', *NJB*, 27 sept. 1975, afl. 32, (p. 1053-1062), p. 1054.
- 3 Hierbij sluit de kritiek aan van G. E. Langemeijer (*NJB*, 1967, p. 879) dat juist tot de taak van de rechter behoort de beantwoording van de vraag 'in welke mate iemand belanghebbende bij een bepaalde "wilspropositie" is'.
- 4 Esser (noot 1), p. 156.
- 5 In het proefschrift van de promotor van Bos (J. F. Glastra van Loon: *Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen*, Haarlem 1957) is te vinden waarom zoiets als 'representatie' onmisbaar is binnen een kunstmatig taal. Hij schrijft dat de elementen van een formeel stelsel semantische bepaaldheid missen (p. 121). Daarbij is de semantische bepaaldheid van een teken afhankelijk van zijn toepassing op ervaringsbestanddelen en van het gebruik van die ervaringsbestanddelen als richtsnoer en maatstaf voor verdere toepassingen van dat teken (p. 131). De ervaringsbestanddelen zijn geen termen van de syntaxis en de axiomatiek, zodat de semantiek extra-systematisch is (zie p. 110). Als men deze opvatting van Glastra van Loon volgt, moet men concluderen dat 'representatie' bij Bos de methode van begripsvorming is, die de termen van de syntaxis een semantische bepaaldheid moet verlenen. Dit ondanks haar bewering (p. 225) dat in haar theorie het semantisch gezichtspunt ontbreekt. Zou er niet zoiets als 'representatie' in de theorie van Bos zijn opgenomen, dan zouden we niet kunnen weten, waarop haar formele taal van toepassing is.
- 6 Elders (p. 189) schrijft Bos dat proposities slechts dan rechtsregels zijn, als ze door een 'bevoegde' autoriteit gegeven zijn. Bos meent dus dat als men een bevel opvolgt, men daarmee de bevoegdheid van de spreker erkent. Daartegen is het volgende citaat van Glastra van Loon (dissertatie (noot 5), p. 212) in te brengen: 'Wie een norm opvolgt, erkent daarmee niet een bevoegdheid van de eventuele steller van de norm, maar uitsluitend de gelding van de norm'.
- 7 Ook J. M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, dissertatie, Deventer 1971, p. 322, acht de wil van de wetgever onkenbaar. Op p. 337 schrijft hij nog dat de wilsleer in de eerste helft van de 19e eeuw hoort. Volgens de ondertitel is het boek van Bos een studie gebaseerd op Bentham. Deze leefde van 1748 tot 1832. Als Bos (p. 268 sub 4) hem modern noemt, geldt dat vermoedelijk slechts voor zijn tijd: de eerste helft van de 19e eeuw.
- 8 In het bovenstaande heb ik de visie van Bos zo geïnterpreteerd dat als de wilspropositie een uitspraak over een toestand van de wetgever is, de wetgever zelf tot de wereld der dingen behoort. Eigenlijk zegt ze echter dat het 'begrip' wetgever in de wereld der dingen thuis hoort. Dit lijkt mij een verwarring van taal en meta-taal.

- 9 Voor de theorie van Bos geldt stelling 5.631 van het *Tractatus logico-philosophicus* van L. Wittgenstein (Frankfurt/M. 1969): 'Das denkende, vorstellende, Subjekt gibt es nicht'. Bos lijkt immers door dezelfde angst bevangen als J. ter Heide, die zegt dat het zedelijk oordeel zuiver subjectief is. Aldus in *Vrijheid, over de zin van de straf*, dissertatie, Den Haag 1965, p. 72. Volgens D. H. M. Meuwissen: *Rechtsvinding en staatsrecht*, rede, Zwolle 1971, p. 8, verwijdt Ter Heide de subjectiviteit uit de rechtsbeoefening.
- 10 A. P. d'Entrèves *Natural Law*, Londen 1970, 2e herziene druk, p. 122, vindt het een kenmerk van het wetspositivisme dat dit de 'wil' als essentie van de wet beschouwt, en niet de rede.
- 11 Aldus A. D. H. Fockema Andreae, 'Weerstand tegen computergebruik, speciaal op juridisch terrein', AA, jrg. XVIII, nr. 11 ('Jurimetrienummer') (p. 544-550), p. 547.
- 12 Vermoedelijk is het verlangen van Ter Heide (dissertatie (noot 9), p. 178, noot 9) naar rationalisatie, het verlangen naar deze eng opgevatte rationaliteit. Voor hem zou de rechtswetenschap immers 'scientia' moeten zijn (dissertatie, p. 156). Een 'legal science' is voor hem het ideaal van de verwetenschappelijking van het rechtsbedrijf. Aldus *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Een functioneel-analytische beschouwing*, Amsterdam/Brussel 1970, p. 45.
- 13 F. van Steenberghen, *Histoire de la Philosophie. Période Chrétienne*, Leuven/Parijs 1964, p. 150. Dat Van Steenberghen niet zoals Bos van 'entia', maar van 'entiteiten' spreekt, komt waarschijnlijk doordat het citaat van Ockham niet met zoveel woorden in diens werk is te vinden. Aldus wat het laatste betreft: B. Russell, *Geschiedenis der westerse filosofie*, Den Haag 1948, p. 427.
- 14 In een soortgelijk verband spreekt Esser van de 'Utopie des juristischen Kalküls nach Art moderner Logistik', in J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3. Aufl., Tübingen 1974, p. 221.
- 15 Bos schrijft immers dat 'handelingen van de geest' niet voor 'representatie' vatbaar zijn en dat ze zogenaamde 'innerlijke processen' ter zijde laat (p. 150 respectievelijk p. 151, noot 1).
- 16 E. Betti, *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen 1967, p. 644, schrijft dat de 'wetspositivisten' van de onbewezen vooronderstelling a priori van een vermeende 'logische geslotenheid' van het recht uitgaan. Daarmee miskennen ze het teleologische moment naast het logische in de rechtsnorm. Hun perspectief is statisch. P. Scholten, *Algemeen Deel*, 3e druk, Zwolle 1974, p. 75, schrijft evenwel dat van een logische geslotenheid van het recht geen sprake kan zijn.
- 17 M. E. Koster, 'Automatisering van de verwerking van juridische informatie', AA, jrg. XXV, nr. 9, okt. 1976 (pp. 505-518), zie p. 511 ten aanzien van rechtsdocumentatie.
- 18 R. A. V. van Haersolte, 'Begripsvorming in of over het recht?', *R.M.Th.*, 1968, (pp. 255-276), p. 263. Hij maakt het onderscheid: uiting van de wil/mededeling omtrent de wil. Hij zegt dat Bos de eerste tot de tweede reduceert. Dit onderscheid zou men kunnen aanvullen in die zin dat de wil van de wetgever zich ook niet kan uiten in taal, zodat deze in dat geval moet worden verondersteld.
- 19 Zie K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1975, p. 220. Zie ook J. Stone, 'Computers, Behavioural Science and the Human Judge', in *Sociology of Law*, V. Aubert (ed.), Harmondsworth 1969,

- (p. 256–264), p. 263: ‘... changes in legal precepts by reference to contemporary social facts and ideals’.
- 20 Zie G. C. J. J. van den Bergh: ‘Rechtsgeschiedenis’, *R+R*, jrg. 3, nr. 1/2, mei 1974, (p. 13–29), p. 19.
 - 21 Zie H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl., Tübingen 1975, p. 422.
 - 22 J. ter Heide noemt in twee geschriften de rechtswetenschap een ‘normatieve maatschappijwetenschap’; in ‘Belang bij Recht. Beginselen van een functionele Cassatie-theorie’, *Speculum Langemeijer*, Zwolle 1973, (p. 153–185), p. 162 en in: ‘Enige opmerkingen over het juridisch onderwijs en de rechtspraak als sociale functie namelijk de productie van bindende beslissingen in de samenleving van mensen’, *Taak en opleiding van de magistraat*, Gent 1973, (p. 31–61), p. 44 in verband met p. 47. Hij geeft daarvoor overigens geen reden aan. Wel lijkt hij zich hiermee af te zetten tegen P. Scholten, omdat deze laatste volgens hem de rechtswetenschap nergens op een maatschappijleer betreft. Aldus: J. ter Heide, ‘Rechtsvinding’, inleiding dd. 18-12-1965, *Handelingen van de V.W.R.*, IL, 1, Zwolle 1965, p. 17. C. J. M. Schuyt, *Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid*, dissertatie, 2e druk, Rotterdam 1973, p. 245 noemt de rechtswetenschap een sociale wetenschap. Hij zet zich daarmee af tegen Ter Heide. Ter Heide gaat uit van de gemeenschap als geheel, zodat het onderscheidende van de ‘sociale rechtswetenschap’ zou zijn dat hierin de concrete interactie met de medemens meer aan de orde komt.
 - 23 De opvatting van Bos is positivistisch, zie reeds noot 2. Ze beantwoordt immers twee fundamentele vragen niet: die naar de verbindendheid van het positieve recht en die naar de uitleg (2.2) van het positieve recht. Vergelijk Hirsch Ballin (noot 2), p. 1057.
 - 24 Zie Esser (noot 14), p. 81.