

Creativiteit in de rechtswetenschap Over interdisciplinariteit als heuristiek

‘Is dit een nieuwe busdienst?’, vroeg Tom Poes.

De chauffeur schudde het hoofd en keek hem peinzend aan.

‘Wat is nieuw?’, vroeg hij. ‘Alles is zo oud als u het wilt zien.’

‘Maar vanmiddag was deze halte er nog niet’, stelde Tom Poes vast.

‘Dan hebt u hem niet willen zien’, zei de ander droogjes. ‘Hij is er wanneer u wilt.’

‘Kijk dat vind ik nu leuk’, riep heer Ollie uit. ‘Dat is nu net iets voor een heer van mijn stand. Ik ga mee naar Goesting, jonge vriend.’

Marten Toonder, *De kwanten*²

1. ‘Science is only fertile when it is fancy’

Dit is het prachtige motto dat Jan Vranken koos voor zijn eerste Algemeen Deel.³ Wetenschap is een passie, bijna een verliefdheid; zij vereist verbeelding en fantasie. Het is een creatieve activiteit. Het doel van de wetenschap is immers om nieuwe inzichten te genereren.

Voor het bevorderen van creativiteit zijn nauwelijks algemene recepten te geven. Sommige onderzoekers leggen zich toe op zorgvuldige dataverzameling, laten de data tot zich doordringen, en voelen dan geleidelijk een nieuw idee opborrelen. Het is als met het intuïtieve zien van Scholten – een geschoolde jurist of onderzoeker ziet in een casus of in een probleem de oplossing.⁴ Anderen stromen over van de wilde ideeën; door deze uit te werken en aan de realiteit te toetsen, wordt gekeken welk idee houdbaar is. De een kiest een stapsgewijze opbouw en een zorgvuldige methodologie; de ander is een associatieve denker die langs allerlei kronkelwegen tot nieuwe ideeën komt. Veel onderzoekers krijgen hun creatieve ideeën op de fiets, tijdens een wandeling door de bossen of onder de douche. Wetenschap is een passie en de manier waarop mensen die passie beleven verschilt.

Originaliteit is een belangrijke eis in de moderne wetenschap. In formulieren voor onderzoeksvoorstellen staan steevast vragen naar het vernieuwend karakter (vergelijk de term Vernieuwingsimpuls bij NWO). We moeten dus origineel zijn. Maar hoe doe je dat?

Creativiteit laat zich immers moeilijk sturen. Veel vondsten in de wetenschap lijken min of meer toevallig, zoals de penicilline die ontdekt werd omdat iemand een bacteriekweek niet had opgeruimd. Hoe kun je creativiteit en originaliteit bevorderen? Dat is de vraag die in dit artikel centraal staat.

Innovatie in de wetenschap is soms nodig omdat het onderzoeksobject verandert. Vooral juristen en sociale wetenschappers hebben hiermee te maken; alleen al het volgen van veranderingen in wetgeving, rechtspraak en in de maatschappelijke werkelijkheid biedt voldoende stof voor vernieuwend onderzoek. Maar die veranderlijkheid van het onderzoeksobject brengt ook problemen met zich mee. Terwijl in veel wetenschappen eenmaal gevalideerde begrippen en inzichten altijd geldig blijven (afgezien van revolutionaire veranderingen), is dat in de rechtswetenschap (en in de sociale wetenschappen) anders.

¹ Voor kritische commentaren op eerdere versies van dit artikel gaat mijn dank uit naar Ben Beljaars, Jeanne Gaakeer, Marlies Galenkamp, Harm Kloosterhuis en Marc Loth.

² Marten Toonder, *De kwanten*, Amsterdam: De Bezige Bij 1995 (orig. 1958), 13.

³ J.B.M. Vranken, *Mr. D. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel ***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

⁴ Paul Scholten, *Mr. D. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, 132-133.

Begrippen als soevereiniteit, het primaat van de wetgever en de Trias Politica moeten steeds weer herijkt worden. Omdat deze begrippen zo vertrouwd zijn, zijn ingrijpende vernieuwingen moeilijk.

Een belangrijke taak van de rechtswetenschap is om die veranderingen te doordenken en nieuwe begrippen en ideeën te lanceren. Dat vereist soms dat men even helemaal los komt van gangbare denkramen. Wetenschappelijke creativiteit vereist soms (zeker niet altijd) afstand nemen van het vertrouwde en ingeburgerde, van onze common sense. Het vereist, zoals dat tegenwoordig heet, ‘thinking outside the box’.

Voor rechtswetenschappers is dit moeilijker dan voor andere onderzoekers. Dat komt doordat zij zelf vaak deel zijn van hun onderzoeksobject, de rechtspraak, en doordat de resultaten van hun onderzoek die rechtspraak mee beïnvloeden.⁵ Onderzoeksobject en onderzoeksgemeenschap zijn nauw met elkaar vergroeid en versterken de dominantie van bepaalde denkpatronen. Als een onderzoeker een leer formuleert die door collega’s en rechters wordt aanvaard, wordt de in de wetenschap ontwikkelde visie een heersende leer. Omgekeerd kan een vaster wordende jurisprudentie van de Hoge Raad de kritiek in de wetenschappelijke gemeenschap geleidelijk doen verstommen, zodat ook op deze wijze praktijk en wetenschap parallel gaan lopen. Door deze wisselwerking is de common sense verankerd in de rechtswetenschap en in haar onderzoeksobject, waardoor het moeilijker wordt om tegendraadse ideeën te ontwikkelen.

2. Thinking outside the box

In de rechtswetenschap is het dus moeilijk om los te komen van vertrouwde denkpatronen – maar zeker niet onmogelijk. Er zijn veel verschillende manieren om dat te bereiken en de creativiteit te stimuleren. Rechtsvergelijking – intern en extern – geeft ons bijvoorbeeld distantie ten opzichte van vertrouwde denkkaders door deze te confronteren met vergelijkbare, maar toch op onderdelen verschillende benaderingen. Rechtsvergelijking blijft echter gevangen binnen het juridische denken. Dit geldt ook voor het klassieke grondslagenonderzoek; men komt wel deels los van de positiefrechtelijke details, maar blijft binnen het juridisch denkraam.

In de literatuur komen we daarnaast twee andere manieren tegen om helemaal outside the box te komen. De eerste is dat men de wetenschap verlaat en zich laat inspireren door de kunst of de populaire cultuur, in het bijzonder door literatuur en film. De tweede is dat men zijn heil zoekt bij andere wetenschappen.⁶

Het ligt voor de hand om naar de kunst kijken. Als er immers ergens creativiteit bestaat, dan is het daar. Voor het doorbreken van vaste kaders en het op een andere manier leren kijken, vinden we bij de kunst inspiratie. De titel van een bundel over recht en literatuur, *Verbeeldingsmacht*, drukt dit treffend uit: de literatuur stimuleert de verbeelding.⁷ Ik gebruik zelf graag voorbeelden uit science fiction series als Star Trek, een onuitputtelijke bron van casus die gangbare juridische denkramen problematiseren.⁸ Hoe moeten we bijvoorbeeld het

⁵ Over deze verwevenheid van onderzoeksobject en theoretisch kader zie Pauline Westerman en Mark Wissink, ‘Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap’, *NJB* 2008, 440, afl. 9, p. 503-507. Hun stelling dat beide geheel samenvallen, gaat echter te ver en miskent onder meer de discursiviteit van de rechtspraak en het open en omstreden karakter van wat geldt als recht.

⁶ De Law-and-literature beweging combineert beide richtingen: ze zoekt inspiratie bij de literatuur, maar evenzeer samenwerking met de literatuurwetenschap. Literatuurwetenschap is door haar hermeneutisch karakter net als theologie zeer vruchtbaar voor de rechtswetenschap.

⁷ Willem Witteveen en Sanne Taekema (red.), *Verbeeldingsmacht. Wat juristen moeten lezen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

⁸ Voor een studie over de ethische (en soms ook rechtsfilosofische) dimensies van Star Trek, zie Judith Barad with Ed Robertson, *The Ethics of Star Trek*, New York: Perennial 2000; voor de casus zie 220-221.

eigendomsrecht interpreteren bij een mensachtige robot (Data), die door ieder bemanningslid als een medebemanningslid, als een mens, wordt gezien? Mag de eigenaar die robot zonder meer uit elkaar halen, met een grote kans op vernietiging? Onze juridische intuïties, onze denkramen, worden door dit soort voorbeelden uitgedaagd. Zij kunnen ons helpen scherper te krijgen wat precies het probleem is en toetsen of een theorie ook in het licht van niet-alledaagse voorbeelden houdbaar is.

3. Vijf typen interdisciplinair juridisch onderzoek

Een tweede benadering is die waarbij de rechtswetenschap andere academische disciplines te hulp roept. Dit is een uitstekende manier om outside the box te leren denken. De begrippenkaders zijn anders, de methoden verschillen, en alles wat in de eigen discipline vanzelfsprekend is, kan ter discussie staan. Dat leidt vaak tot misverstanden, maar ook tot interessante vondsten. Een mooi voorbeeld vind ik Barendrechts poging om de Hoge Raad met de methoden van de organisatie-theorie te analyseren, *De Hoge Raad op de hei*.⁹ Interdisciplinariteit kan verschillende vormen aannemen. Ik richt me hier alleen op wat we ‘interdisciplinair juridisch onderzoek’ kunnen noemen: onderzoek waarbij andere disciplines worden gebruikt en geïntegreerd in een juridisch intern perspectief. We kunnen daarvan vijf ideaaltypen onderscheiden.

I. Andere disciplines als heuristiek

De lichtste vorm is dat men inzichten of methoden uit andere disciplines gebruikt als heuristiek, om op nieuwe ideeën en invalshoeken te komen. Die nieuwe ideeën en invalshoeken worden vervolgens getest in de context van het recht. Aangezien men de andere disciplines alleen als heuristiek gebruikt, zijn hiervoor geen methodologische eisen – het gaat er uitsluitend om dat men nieuwe perspectieven ontwikkelt die voor het recht mogelijk vruchtbaar zijn.

II. Andere disciplines als toeleverancier van data

Een stap verder gaat juridisch onderzoek dat inzichten uit andere disciplines als data gebruikt. De rechtssociologie levert bijvoorbeeld inzichten over de te verwachten effecten van een wetsvoorstel en de rechtseconomie een kosten-batenanalyse. Op basis daarvan kan de jurist een normatieve analyse maken over de wenselijkheid van de wet. Net als bij de vorige variant gaat het om eenrichtingsverkeer: de rechtswetenschapper consumeert materiaal uit andere disciplines en zet dit om in een juridische analyse. Maar het verschil is dat bij deze variant de data betrouwbaar moeten zijn. Dat moet worden beoordeeld aan de hand van de methodologische criteria van de andere disciplines. De jurist moet dus beoordelen of de publicaties die zij wil gebruiken betrouwbaar zijn; daarvoor is enige deskundigheid in de andere discipline (of een goede adviseur) nodig. De disciplines blijven verder strikt gescheiden.

III. Vergelijkend disciplinair onderzoek

In de derde variant zijn er twee (of meer) parallelle deelprojecten rond het zelfde thema, met parallelle onderzoeksvragen en methoden. Hierdoor wordt het mogelijk de resultaten van twee deelprojecten te combineren. Analyses in de rechtswetenschap worden vergeleken met analyses in bijvoorbeeld de ethiek. Vergelijkend disciplinair onderzoek kan worden gezien als een derde vorm van rechtsvergelijking. Het voornaamste methodologische probleem komt dan ook bekend voor: hoe kunnen we het gedeeltelijk maar niet volledig gelijke verantwoord vergelijken? Dit vereist meestal dat in de startfase de vragen op elkaar worden afgestemd. Vervolgens kunnen de projecten afzonderlijk worden uitgevoerd door onderzoekers uit de verschillende disciplines.

⁹ J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei. Kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie: een analyse en denkrichtingen voor de toekomst*, W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

IV. Dialectisch interdisciplinair onderzoek

Een stap verder in de integratie is die waarbij niet alleen de vraagstellingen van juridische en andere wetenschappers op elkaar afgestemd worden, maar ook tijdens het proces voortdurend uitwisseling plaatsvindt. Veel evaluatieprojecten van wetgeving kennen deze opzet.¹⁰ Het juridisch onderzoek krijgt voortdurend een kritische spiegel voorgehouden, waardoor het ook tijdens het onderzoeksproces wordt gecorrigeerd en verrijkt. Maar uiteindelijk blijven het twee afzonderlijke projecten, die elk afzonderlijk moeten worden beoordeeld volgens de methodologische criteria van de deelnemende disciplines.

V. Geïntegreerd interdisciplinair onderzoek

De meest intensieve vorm is die waarbij men de inzichten en methoden uit de rechtswetenschap en de tweede wetenschap volledig op elkaar betreft en integreert in één geïntegreerde interdisciplinaire benadering. Een integrerend perspectief is bijvoorbeeld dat van een beleidsvraag (‘moet wet X worden aangepast en zo ja hoe?’). De vraag is overigens of een volledige integratie mogelijk is of dat bij de integratie toch bepaalde disciplinaire perspectieven en inzichten buiten beeld verdwijnen.

De problemen van interdisciplinair onderzoek moeten niet worden onderschat. Ik werk ruim twintig jaar in breed interdisciplinair samengestelde onderzoeksgroepen en herinner me naast inspirerende discussies ook veel wederzijds onbegrip. Centrale begrippen als recht, institutie of moraal worden in de diverse disciplines vaak verschillend opgevat en daarvan is men zich niet altijd goed bewust. Mijn ervaring is dat het doorgaans alleen lukt om goed samen te werken als er iemand is die beide disciplines beheerst, misverstanden kan onderkennen en als bemiddelaar kan optreden.

De intensievere vormen van interdisciplinaire samenwerking zijn vaak noodzakelijk en vruchtbaar. Maar soms kan ook volstaan worden met een lichtere vorm van kijken bij de burens. Wanneer het erom gaat creatieve ideeën op te doen, hypothesen te ontwikkelen of met nieuwe begripsanalyses te komen, kan dat voldoende zijn. Daarom wil ik in dit artikel een pleidooi houden voor interdisciplinariteit als heuristiek.

Wat een zinvolle heuristiek is, is sterk persoonlijk. Wat een bron van inspiratie is voor de een, is voor de ander volstrekt onbruikbaar. Je moet op zijn minst enige kennis hebben van logica of econometrie om er ideeën uit te halen voor het recht. Dit artikel heeft mede daarom een persoonlijker inkleuring dan gebruikelijk is in de wetenschap. Ik wil laten zien hoe interdisciplinariteit als heuristiek kán werken.

Het probleem is echter dat in publicaties achteraf de kronkelige wegen van het onderzoek zijn weggewerkt tot er een eenduidige presentatie over is. De heuristiek en de context of discovery – en daartoe beperkt mijn pleidooi zich – zijn doorgaans in een publicatie niet te herkennen.

Daarom presenteer ik een casestudy rond mijn eigen onderzoek. Hoe heeft de kwantumtheorie geleid tot nieuwe ideeën, al dan niet uitmondend in publicaties? Die persoonlijke inkleuring is dus niet uit ijdelheid of omdat ik de enige ben die zoiets doet, maar omdat alleen uit zo’n case study de heuristiek en de mogelijkheden en de problemen ervan goed naar voren komen.

4. Theologie en kwantumtheorie als inspiratie

De afgelopen jaren heb ik (naast de voor mij vertrouwde disciplines filosofie en sociologie) twee disciplines vrij intensief gebruikt, de theologie en de kwantumtheorie. Als heuristiek zijn beide disciplines goed bruikbaar, maar om tegengestelde redenen: de theologie omdat zij zoveel op de rechtswetenschap lijkt en de kwantumtheorie omdat ze zo radicaal anders is.

¹⁰ Een ander voorbeeld is het mooie proefschrift van Then Foek Eric Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss UvA), Deventer: Kluwer 2006, waarin hij analyses over zorg in recht en ethiek met elkaar vergelijkt.

De theologie ligt nogal voor de hand voor juristen om inspiratie op te doen.¹¹ In veel opzichten is zij immers vergelijkbaar. Beide zijn hermeneutische wetenschappen waarbij onder meer gezaghebbende teksten moeten worden geïnterpreteerd. Relevant zijn daarbij zowel de wordingsgeschiedenis en de interpretatiegeschiedenis van de teksten als de moderne context waarin zij hun eigentijdse betekenis dienen te krijgen. Bij beide doet zich de vraag voor naar de verhouding tot de moraal en tot de politiek. De spanning tussen leer en leven in de godsdienst kent zijn parallel in law in the books en law in action.¹² Discussies in de theologische context kunnen ons daardoor helpen het recht beter te begrijpen.

De kwantumtheorie ligt minder voor de hand als inspiratiebron, vooral omdat zij complex en abstract is.¹³ Een voordeel ervan is dat zij contra-intuïtief is, in strijd met de common sense. Daardoor is zij bij uitstek in staat om het denken van een jurist buiten de box te krijgen. Je kunt een op het eerste gezicht onzinnige gedachte consequent doordenken en de ongerijmdheden ervan leren verdragen. Het kost meer inspanning dan bij de theologie, maar het is de moeite waard.

5. Vijf stellingen uit de kwantumtheorie

De kwantumtheorie bevat allerlei paradoxale uitspraken, stellingen die strijdig zijn met onze intuïties en ook in strijd lijken met elementaire logica. Ik introduceer hieronder eerst kort vijf stellingen uit de kwantumtheorie en formuleer daarna analoge stellingen voor het recht. Ik zal proberen ze zo weer te geven dat zij ook voor lezers zonder natuurkundeknobbel goed te begrijpen zijn. Voor de achtergronden van de stellingen verwijs ik de geïnteresseerden graag naar verdere literatuur.¹⁴ Het gaat mij hier immers niet om wat de kwantumtheorie precies zegt, maar hoe zij mij op ideeën brengt voor het recht. Voor dit doel volstaat de meest basale presentatie.

I. Een elektron is te zien als een golf én als een deeltje.

We kunnen een elektron zien als een deeltje en als een golf, maar niet als beide tegelijk. Beide modellen zijn volgens Bohr complementair; ze bieden elk inzichten die het andere model niet kan bieden. Maar deze deelmodellen zijn zonder substantieel betekenisverlies niet in één supertheorie te verenigen. Dit was de paradoxale analyse uit de begintijd van de kwantumtheorie.¹⁵ Algemeener gezegd: er is een model in termen van een beweging en een model in termen van een object.

II. Er zijn grenzen aan de nauwkeurigheid van onze uitspraken. Een toename in nauwkeurigheid bij de positiebepaling van een deeltje gaat gepaard met een geringere nauwkeurigheid rond de snelheid ervan.

¹¹ Vooral auteurs die de rechtswetenschap als hermeneutische discipline zien, maken de vergelijking. Vgl. bijvoorbeeld Westerman en Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap'.

¹² Wibren van der Burg, 'Leer en leven: een vrijzinnige visie', in: Theo Boer (red.), *Schepper naast God? Theologie, bio-ethiek en pluralisme. Essays aangeboden aan Egbert Schrotten*, Assen: Van Gorcum 2004, 120-133.

¹³ Zie Jay Mootz, 'Is the Rule of Law Possible in a Postmodern World?', 68 *Washington Law Review* 1993, 249-305; Mootz bespreekt een aantal juridische publicaties die verwijzen naar de kwantumtheorie. Een Nederlands voorbeeld is P.A. Fruytier, 'De kat van Schrödinger en de executie van de voorwaardelijke ontbindingsvergoeding', *Ars Aequi* 56(2007)3, 190-199.

¹⁴ Een handzame inleiding biedt John Polkinghorne, *Quantumtheorie. De kortste introductie*, Utrecht: Spectrum 2002.

¹⁵ Sindsdien zijn er weliswaar andere visies op de elementaire deeltjes ontwikkeld waarbij beide modellen zijn verlaten, maar de methode om de tegenstelling op te heffen vereist een extreme abstractie die voor het recht niet zinvol is. Voor gebruik als heuristisch is het overigens irrelevant of een theorie waar is of niet, en misschien inmiddels achterhaald – het gaat erom of zij ons op nieuwe ideeën en ervaringen brengt. Anders zouden we bij heuristisch gebruik van de theologie in onvruchtbare discussies terechtkomen over het waarheidsgehalte van uitspraken over God en zouden literaire bronnen al helemaal onbruikbaar zijn.

Anders gezegd: we kunnen of een goed statisch beeld krijgen van een deeltje of een goed beeld van de dynamiek ervan. Dit is de onzekerheidsrelatie van Heisenberg. Een meting waarbij we zowel plaats als snelheid heel nauwkeurig bepalen, is onmogelijk. Naarmate we nauwkeuriger de plaats bepalen, wordt de snelheidsbepaling onnauwkeuriger.

III. Uitspraken zijn niet absoluut zeker, maar alleen meer of minder waarschijnlijk.

Het is waarschijnlijk dat een deeltje op een bepaalde plaats is, maar zeker is het niet (althans niet tot we het hebben waargenomen). In de kwantumtheorie speelt waarschijnlijkheid dan ook een belangrijke rol. Als we een concreet deeltje niet hebben waargenomen, kunnen we er alleen in termen van waarschijnlijkheid over spreken.

IV. Waarneming verandert de werkelijkheid.

Deze stelling is vooral bekend geworden door het gedachte-experiment van Schrödinger's kat. Een kat zit in een afgesloten kooi met daarin een ampul met een dodelijk gas. De proefopstelling is zodanig dat een elektron door twee gaten kan. Gaat het door het ene gat, dan breekt de ampul en sterft de kat vrijwel onmiddellijk. Gaat het elektron door het andere gat, dan gebeurt er niets en blijft de kat leven. De vraag is na het passeren van het elektron of de kat dood is of niet. De stelling van Schrödinger is dat we daarover niets kunnen zeggen tot we de kooi geopend hebben, maar gaat bovendien een stap verder. Eerst door onze waarneming, het openen van de kooi, verandert de werkelijkheid van die waarin de kans 50% is dat de kat dood is in een werkelijkheid waarin zij dood is (of niet).

V. De vraagstelling beïnvloedt de werkelijkheid.

Afhankelijk van de vraagstelling waarmee we kijken, varieert het gedrag van de werkelijkheid. Als we een elektron in een proef als deeltje benaderen, gedraagt het zich als deeltje. In een proefopstelling waarin het golfkarakter centraal staat, blijkt het zich te gedragen als een golf. Afhankelijk van de proefopstelling, het theoretisch frame of 'denkraam', krijgen we dus andere resultaten.

6. De kwantumtheorie als heuristiek voor het recht

Op basis hiervan kunnen we parallelle stellingen voor de rechtswetenschap opstellen en doordenken. Het kunnen slechts hypothesen zijn. Het feit dat een stelling in de kwantumtheorie geldig is, is immers onvoldoende reden om een vergelijkbare stelling in het recht als aannemelijk te beschouwen.

I. Het recht is te zien als praktijk of proces en als doctrine of product, maar niet als beide tegelijk.

De eerste stelling biedt een interessant perspectief op het bekende rechtssociologische onderscheid tussen law in action and law in the books. Doorgaans worden deze tegenover elkaar gesteld als twee verschillende verschijnselen. Maar kunnen we ze ook zien als twee verschillende modellen van hetzelfde verschijnsel, het recht?

Dat blijkt inderdaad het geval. We kunnen het recht zien als een praktijk of proces en als een product of doctrine.¹⁶ De beide modellen kunnen echter niet in één coherent model worden verenigd. Toch is het recht allebei.¹⁷ Hierop doordenken levert tal van verrassende inzichten op. Het geeft een nieuw perspectief op de strijd tussen natuurrecht en rechtspositivisme over

¹⁶ Deze stelling is niet nieuw; ze is onder meer te vinden in F.J.M. Feldbrugge, *Tussen theologie en medicijnen. Recht als regels en recht als proces* (oratie Leiden), 1968; A.A.G. Peters, *Recht als kritische discussie. Een selectie uit het werk van A.A.G. Peters*, Arnhem: Gouda Quint 1993, 37 en 209vv.

¹⁷ Een nadere adstructie van de verschillende stellingen zou hier te veel ruimte vergen, maar valt ook buiten het bestek van dit artikel dat immers alleen beoogt te laten zien hoe een onderzoeksproces kan verlopen. Voor een uitwerking zie Wibren van der Burg, 'Two Models of Law and Morality', *Associations* 3(1999)1, 61-82; verder onder meer ook in Wibren van der Burg, 'Essentially Ambiguous Concepts and the Fuller-Hart-Dworkin Debate', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, forthcoming 2009. Available at SSRN: <www.ssrn.com/abstract=1009179>.

de scheiding van recht en moraal.¹⁸ Wanneer we recht zien als een doctrine, een systeem van door autoriteiten uitgevaardigde regels, kunnen we desgewenst recht en moraal scherp onderscheiden, maar in recht als argumentatiepraktijk lopen juridische en morele argumenten door elkaar. Het blijkt dat de beide posities langs elkaar heen praten: het moderne natuurrecht richt zich op recht als praktijk, het positivisme op recht als doctrine.¹⁹

Overigens bracht deze stelling mij helemaal buiten de rechtswetenschap, in de filosofie. De twee modellen bleken ook bruikbaar bij de analyse van verschijnselen als wetenschap²⁰ of godsdienst en bij de discussie over de verhouding tussen moraal en godsdienst.²¹ Daarmee rees de vraag wat dit betekent voor begrippen als recht, moraal en godsdienst als deze begrippen zich laten uitwerken in twee complementaire maar onderling niet verenigbare concepties. Het zijn blijkbaar ‘wezenlijk ambigue begrippen’.

Om dit filosofische idee uit te werken, moest ik mij verdiepen in zowel de kwantumtheorie als de theologie. Ik wilde nu een algemene claim maken over begrippen die in beide disciplines werden gebruikt. Voor het begrip godsdienst vond ik uiteindelijk voldoende steun voor mijn analyse, maar de kwantumtheorie leverde veel complicaties. Uiteindelijk heb ik daarom de claim laten vallen dat wezenlijk ambigue begrippen ook naar fysieke verschijnselen kunnen verwijzen en heb de claim beperkt tot sociaal geconstrueerde begrippen als godsdienst, moraal en recht.²² Overigens ben ik nog steeds ervan overtuigd dat ook begrippen als elektron wezenlijk ambigu zijn. Maar als ik dat wetenschappelijk verantwoord wil aantonen, moet ik maanden besteden aan verdere studie van de kwantumtheorie en die tijdsinvestering is me te groot. Dit illustreert een van de beperkingen van interdisciplinair onderzoek. Het kost extra tijd die niet altijd voldoende rendement oplevert.

II. Hoe gedetailleerder het geldende recht wordt beschreven, hoe minder we kunnen zeggen over de toekomstige ontwikkeling. Hoe beter we de mogelijke toekomstige ontwikkelingen beschrijven, des te vager wordt de beschrijving van het geldende recht.

De onzekerheidsrelatie van Heisenberg vertaald naar het recht stelt dat er grenzen zijn aan het nauwkeurig beschrijven van het recht. Hoe nauwkeuriger we het tot op heden geldende recht beschrijven, hoe minder we greep krijgen op toekomstige rechterlijke uitspraken, wetten en andere rechtsbronnen. Het gedetailleerd beschrijven en construerend invullen van het positieve recht in termen van een doctrine kan een precisie suggereren waar zaken nog open zijn. Het sluit bovendien onze ogen mogelijk voor toekomstige ontwikkelingen. Wie greep wil krijgen op de rechtsontwikkeling, moet zich soms niet in details verliezen, maar juist de meervoudigheid van leidende rechtsbeginselen exploreren.

Deze hypothese heeft mij geholpen bij het begrijpen van de ontwikkeling van het gezondheidsrecht. Het gezondheidsrecht was lange tijd een terrein met weinig positief recht en dus veel gaten in de doctrine. De wetenschap heeft geprobeerd die gaten te vullen door analyses over de best mogelijke oplossing in het licht van het systeem van het recht.

Wetenschappers zoals Leenen vervulden hier de taak die Dworkin aan rechters toebedeelt: het construeren van een coherente doctrine die enerzijds past bij de positiefrechtelijke aanknopingspunten en anderzijds inhoudelijk gerechtvaardigd is. Daardoor groeide geleidelijk

¹⁸ Zie Wibren van der Burg, ‘Two Models of Law and Morality’, *Associations* 3(1999)1, 61-82; verder onder meer ook in Wibren van der Burg, ‘Essentially Ambiguous Concepts and the Fuller-Hart-Dworkin Debate’, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, forthcoming 2009.

¹⁹ Ook de ontwikkeling van bio-ethiek en gezondheidsrecht blijkt met behulp van de twee modellen beter te begrijpen. Vgl. Wibren van der Burg, ‘Bioethics and Law: A Developmental Perspective’, *Bioethics* 11(1997)2, 91-114.

²⁰ Vgl. ook C.E. Smith et al., ‘Criteria voor goed rechtswetenschappelijk onderzoek. De omgekeerde route’, *NJB* 2008, 604, afl. 12, p. 685-690. Zij onderscheiden twee benaderingen in de discussie over de rechtswetenschap: een die zich richt op het resultaat ervan en een die zich richt op het proces van onderzoek.

²¹ Vgl. Van der Burg, *Leer en leven*.

²² Vgl. Van der Burg, *Essentially Ambiguous Concepts*.

een beeld van het gezondheidsrecht als een sluitend geheel. Door het consequent zoeken naar het coherente systeem werd soms vergeten dat het nog niet ging om positief recht, maar slechts om door wetenschappers voorgestelde constructies, om een heersende leer die nog slechts voorlopig was. Daarmee werd in mijn optiek soms zekerheid gesuggereerd, waar een open discussie meer op zijn plaats zou zijn.²³

III. Uitspraken over de inhoud van het geldend recht toegepast op concrete casus hebben verschillende gradaties van plausibiliteit, maar zijn nooit zeker.

Als vertaling van waarschijnlijkheid kunnen we voor de argumentatieve en hermeneutische rechtspraktijk het begrip plausibiliteit kiezen. Uitspraken over geldend recht zijn meer of minder plausibel. Vaak spreken juristen echter in zeer stellige termen over de inhoud van het recht. Zelfs het gezaghebbende rechterlijk oordeel is een voorlopig eindresultaat van een proces van interpretatie en argumentatie; in de weg ernaartoe gaat het om sterkere en zwakkere argumenten. Bij veel van de ‘hard cases’ die voor de Hoge Raad worden uitgevochten, hebben beide partijen een pleitbare zaak.

Het onderscheid tussen zekerheid en plausibiliteit heeft mij geholpen om de misverstanden rond de One Right Answer Thesis van Dworkin te verklaren. Volgens veel positivistische tegenstanders houdt deze in dat er voor elke hard case een juist antwoord bestaat. Zij zoeken zelf rechtszekerheid op basis van een zo compleet mogelijke beschrijving van de doctrine; daarom interpreteren zij Dworkin’s these ook als de idee dat er ergens in die doctrine een antwoord te vinden moet zijn. Omdat die doctrine natuurlijk gaten bevat, is volgens hen de these onhoudbaar. Dworkin heeft deze interpretatie altijd met kracht ontkend. Hij stelt dat we het beeld van een bestaand recht waarin het juiste antwoord gevonden wordt, moeten laten varen en recht als een argumentatieve praktijk moeten zien. De One Right Answer Thesis ziet als regulatief ideaal van de rechtspraktijk dat we het best mogelijke antwoord *construeren*. Elke deelnemer brengt een standpunt naar voren en onderbouwt dat met argumenten om het publiek te overtuigen. Het juiste antwoord is dat met de krachtigste argumenten.²⁴

De idee van variaties in plausibiliteit helpt ook het omgaan door de Hoge Raad beter te begrijpen. In de positivistische benadering waarin vooral gezaghebbende uitspraken van wetgever en rechter het recht bepalen, komt dit eigenlijk altijd als een donderslag bij heldere hemel. Als er vaste jurisprudentie is, is het geldende recht zeker en kan het omgaan van de Hoge Raad eigenlijk niet worden verklaard of gerechtvaardigd. In de Dworkiniaanse benadering daarentegen is vaste jurisprudentie een heel zwaarwegend argument, maar ook niet meer dan dat. Als in de wetenschappelijke fora, het maatschappelijke en politieke debat of in de lagere rechtspraak wordt beweerd dat de vaste jurisprudentie onjuist is, dan is het bestaan van die kritische opvattingen (gecombineerd met de inhoud van de daarvoor aangevoerde argumenten) een meer of minder zwaarwegend tegenargument. Dat betekent dat het standpunt van de vaste jurisprudentie minder plausibel wordt. Door het recht te zien als een argumentatiepraktijk waarin meerdere standpunten pleitbaar zijn, krijgen we meer greep op de rechtsontwikkeling.²⁵

IV. Een uitspraak van de rechter, of van gezaghebbende juristen (en zelfs van burgers) verandert de juridische werkelijkheid. De plausibiliteit van een stelling verandert hierdoor.

²³ Een voorbeeld is de heersende leer rond de juridische status van het embryo waarvan ik betoogd heb dat deze te ver verwijderd geraakt is van positiefrechtelijke aanknopingspunten. Zie hierover met verdere literatuurverwijzingen Wibren van der Burg, *Dynamisch recht. De interactie tussen recht, ethiek en samenleving* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, 25-26 en 40-42.

²⁴ Vgl. Wibren van der Burg, ‘Boekbespreking van Ronald Dworkin, Justice in Robes’, *NJB* 2006, 2016, afl. 45/46, p. 2606-2608. Zie ook Wibren van der Burg, ‘Two Models of Law and Morality’, *Associations* 3(1999)1, 61-82; verder onder meer ook in Wibren van der Burg, ‘Essentially Ambiguous Concepts and the Fuller-Hart-Dworkin Debate’, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, forthcoming 2009.

²⁵ Vgl. Wibren van der Burg, ‘De Familie Bofkont, Rechtbank Amsterdam 4 november 2004, nr. 13/086172-03’, in: R. Janse, S. Taekema en T. Hol (red.), *Rechtsfilosofische annotaties*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, 49-52.

Een verwant probleem in de rechtstheorie betreft de vraag wat er precies gebeurt wanneer de Hoge Raad rond een nog onbesliste rechtsvraag een uitspraak doet. Creëert hij dan nieuw recht met ingang van die datum (constitutieve theorie) of verklaart hij dat het altijd al zo was (declaratoire theorie)? Dit is bijvoorbeeld de centrale vraag in het proefschrift van Olav Haazen.²⁶ Zijn tussenpositie is het rechtsbewustzijn (te vinden in de maatschappelijke opvattingen) als democratische rechtsbron te beschouwen. Ook al is dit een elegante oplossing, het verschuift het probleem slechts: hoe moeten we het proces zien waarin onder burgers en in het juridische forum geleidelijk een rechtsbewustzijn groeit?

Op basis van stelling III is de dynamiek te begrijpen als een proces waarin de argumenten steeds sterker worden en dus de nieuwe rechtsopvatting steeds plausibeler. Elke keer als iemand hierdoor wordt overtuigd en de nieuwe rechtsopvatting ondersteunt, komt er een extra gezagsargument bij. Als een jurist dat doet, is dat gezagsargument zwaarder dan als een willekeurige burger dat doet. Als een gezaghebbend handboekschrijver dat doet, weegt het zwaarder dan als een willekeurig jurist het doet. En als de Hoge Raad het doet, is het een zeer sterk argument, maar ook dan is het nog niet volledig doorslaggevend. De Hoge Raad kan immers in de toekomst omgaan of worden gecorrigeerd door internationale rechters of de wetgever.

Het formuleren van een nieuwe rechtsopvatting door een burger, een rechtswetenschapper of een rechter is dus als het kijken van de waarnemer in Schrödinger's experiment. Het verandert de werkelijkheid van het recht – het maakt een bepaald standpunt plausibeler.

V. De wijze waarop rechtswetenschappers het recht construeren, beïnvloedt de juridische werkelijkheid. Benaderen zij het recht als een positiefrechtelijke doctrine, dan wordt het ook steeds meer een doctrine. Benaderen zij het als een discursieve praktijk, dan komt het discursieve karakter naar voren.

Deze vijfde stelling is voor mij een eye-opener geweest. Tijdens mijn sabbatical in Amerika realiseerde ik me weer eens hoe verschillend rechtsculturen zijn. Het zijn niet alleen de Napoleontische codificaties die de Nederlandse rechtscultuur hebben beïnvloed – het wetenschappelijk werk van Scholten is evenzeer bepalend.

In de negentiende eeuw gaf de positivistische rechtscultuur weinig ruimte voor een beroep op natuurrecht, moraal of gewoonterecht. De hoofdpunten waren immers gecodificeerd.²⁷

Wanneer dat de heersende visie op het recht is, dan zullen alle juridische actoren vanuit die visie het recht construeren en dus geleidelijk die visie meer waarmaken. In de rechtspraak zullen expliciete verwijzingen naar natuurrecht of moraal ontbreken, omdat dat volgens de heersende taakopvatting van de rechter niet mag. Ook als feitelijk de rechter wel degelijk hierdoor beïnvloed is, blijkt het niet uit zijn uitspraak. Het recht wordt dus in toenemende mate een doctrine bestaande uit scherpe juridische regels waarin de rechter weinig meer doet dan de wet uitleggen. Argumentatie is dan vrijwel overbodig (de wet spreekt voor zich); de motivering kan summier zijn.

Dat geldt voor de feitelijke praktijk, maar ook voor het wetenschappelijk beeld van de praktijk. Wie gelooft in het recht als normenhierarchie, constateert dat het recht zich als een normenhierarchie gedraagt. Wie het recht eerder ziet als een discursieve grootheid, constateert overall open einden en betwistbare stellingnamen; daardoor komt het discursieve karakter van het recht meer naar voren. Mijn hypothese is daarom dat eerst door Scholtens *Algemeen deel* en daarna door Vranken's *Algemeen deel* ** en de brede receptie ervan in Nederland de rechtspraktijk van karakter veranderd is. Vranken heeft het beeld van recht als discursieve praktijk versterkt zowel in de wetenschap als in de praktijk.

²⁶ Olav Antonie Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht. Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer* (diss. KUB), Deventer: Kluwer 2001.

²⁷ Een mooie illustratie is art. 3 Wet AB waarin een buitenwettelijk beroep op de gewoonte werd verboden.

Voor rechtsfilosofische discussies is dit inzicht van grote waarde. Want het betekent dat het voor een Dworkiniaan nauwelijks mogelijk is om zijn rechtspositivistische tegenstanders te overtuigen, omdat hun beeld van recht zichzelf bevestigt en waarmaakt. Omgekeerd kunnen zij een Dworkiniaan ook nauwelijks overtuigen, want voor zijn visie geldt evenzeer dat die zichzelf waar maakt. Als je het recht als positiefrechtelijke doctrine zonder grote gaten benadert, *is* het dat ook tot op grote hoogte. Als je het recht ziet als een voortgaande discussiepraktijk waarin nog veel punten onbeslist zijn (of slechts voorlopig beslist), dan zie je dat.

7. Enkele kanttekeningen

Met deze schets heb ik laten zien hoe over de schutting kijken een vruchtbare heuristiek kan opleveren. Maar de beperkingen van deze vorm van interdisciplinariteit moeten wel uitdrukkelijk worden onderkend.

A. Een voorwaarde is dat men niet verder gaat dan zuivere heuristiek. De andere wetenschap vormt geen zelfstandig argument.²⁸ Als men dat wel nastreeft, komt men in een van de andere – legitieme – varianten van interdisciplinair onderzoek; dan moet de uitvoering en presentatie van het onderzoek voldoen aan de methodologische vereisten van beide disciplines.

Bovendien vormt een beroep op de andere wetenschap ('in de kwantumtheorie geldt het ook') hoogstens een zwak analogieargument. Het dragende argument dient rechtswetenschappelijk van aard te zijn, namelijk dat een bepaalde stelling binnen het recht houdbaar is. Men mag de andere discipline gebruiken als heuristiek, en als men denkt dat het de overtuigingskracht ten goede komt als metafoor, maar meer niet.

Een mogelijk bezwaar kan lijken dat men hiervoor de andere discipline goed moet beheersen. Maar dit geldt niet wanneer die discipline slechts als heuristiek wordt gebruikt. Misschien zijn de stellingen die ik aan de kwantumtheorie ontleend heb, deels al achterhaald. Misschien merkt een fysicus op dat ik echt helemaal niets van de kwantumtheorie heb begrepen. Maar voor het gebruik als heuristiek is dat niet relevant. Het gaat erom dat de onderzoeker op bepaalde ideeën komt.

Doorgaans wordt de andere discipline ook niet genoemd in de uiteindelijke publicatie.²⁹ Wil men in de uiteindelijke tekst toch verwijzen naar de andere discipline (als metafoor of illustratie), dan dient men te voldoen aan de eisen van die discipline. Dit is echter niet anders dan bij het gebruik van andere hulpbronnen. Verwijst men als jurist naar de Max Havelaar, dan kan men niet betogen dat deze roman gaat over wantoestanden in de veenkolonien.

Voor een optimaal benutten van het heuristisch potentieel van een andere discipline, helpt het overigens wel om zich er echt in te verdiepen. Als de onderzoeker ook de controverses begrijpt en doordenkt, kan zij een gevoeligheid ontwikkelen voor analoge controverses in de rechtswetenschap. Begrijpt zij waarom een oude stelling in de kwantumtheorie tegenwoordig achterhaald is, dan kan zij nagaan of dat analoog ook geldt voor de rechtswetenschap en zo nee, waarom precies niet.

B. De aanpak is op het eerste gezicht simpel en voor veel wetenschappelijke theorieën toepasbaar. Neem een wetenschappelijke stelling uit een ander vakgebied en probeer deze zo goed mogelijk te doorgronden, inclusief de theorie eromheen. Formuleer een equivalent in de rechtswetenschap en denk erover na. Kijk of het je op interessante ideeën brengt. Werk vervolgens die ideeën uit en toets of zij ook binnen de rechtswetenschap verdedigbaar zijn. Veel docenten filosofie en redacteuren van tijdschriften zullen dit patroon echter met afschuw herkennen. Het is een 'methode' van sommige studenten en andere liefhebbers die graag

²⁸ Aldus ook Mootz, *Is the Rule of Law Possible?*, noot 62 en noot 109.

²⁹ In het merendeel van mijn in de noten genoemde publicaties komt de kwantumtheorie ook niet voor, of wordt het elektronvoorbeeld slechts als illustratie gebruikt om een idee intuïtief voorstelbaar te maken.

creatief bezig zijn met speculatieve filosofie. Dat leidt tot papers of artikelen waarin A met B wordt gecombineerd en op C wordt toegepast. Voor A neme men een idee uit een andere discipline (evolutie, vrije markt); voor B een filosoof als Spinoza of Nietzsche en voor C problemen als Vrijheid of de Verhouding-tot-de-Ander (liefst met veel hoofdletters en verbindingsstreepjes zodat het diepzinniger lijkt). Dit leidt meestal tot onmiskenbaar creatieve betogen die wegens gebrek aan filosofische deskundigheid van de auteur aan alle kanten rammelen.³⁰

De aanpak die ik suggereer, is dus verdacht. Hij geeft gemakkelijk aanleiding tot borreltafelpraat en onzin. Maar tegelijk kan het de basis zijn voor creatieve ideeën. De belangrijkste waarborg voor een zorgvuldige toepassing is opnieuw dat de heuristiek het betoog niet draagt. Een heuristiek is zinvol voor de context of discovery. Maar er is vervolgens een context van rechtvaardiging die bestaat uit het uitwerken van ideeën, het toetsen ervan en het presenteren in een wetenschappelijke publicatie.³¹ Daarvoor gelden de gangbare rechtsmethodologische normen die moeten voorkomen dat speculatieve ideeën zonder kritische reflectie worden gepresenteerd aan de buitenwereld.

C. Tot dusverre heb ik heuristiek vooral als een cognitief proces gepresenteerd. Maar er is nog een kant die te maken heeft met het ontwikkelen van de persoonlijkheid van de onderzoeker. Wetenschap is niet alleen denken; het is ook doen, ervaren, waarnemen. Een uitstapje naar een andere discipline (of naar de kunst) kan ook een dergelijk ‘formative experience’ zijn voor de onderzoeker zelf.³² Het kan ons bijvoorbeeld op een andere manier de werkelijkheid doen ervaren, onze perceptie verrijken en ons inlevingsvermogen vergroten.

Het bestuderen van de kwantumtheorie was voor mij zo’n formative experience. Het effect was dat ik beter in staat was paradoxale gedachten over het recht consequent te doordenken in plaats van ze meteen al als contra-intuïtief terzijde te leggen. Als jurist ben ik gesocialiseerd in het zoeken naar een coherent systeem, naar een samenhangende doctrine waarin geen plaats is voor tegenstrijdigheden. Dagenlang me verdiepen in de kwantumtheorie, en zien hoe men daar allerlei contra-intuïtieve ideeën toch hun plaats gaf, verhoogde mijn tolerantie voor ongerijmdheden. In de fase van de heuristiek was dit een belangrijk voordeel. (Dat neemt overigens niet weg dat ik in de fase van de toetsing natuurlijk moest proberen die tegenstrijdigheden op te lossen.)

8. Tot slot

Creativiteit is niet te plannen. Maar er zijn wel manieren om het te bevorderen. Je openstellen voor nieuwe ideeën, nieuwe denkwijzen en nieuwe houdingen uit andere wetenschappen is zo’n manier. Daarom heb ik in dit artikel een pleidooi gehouden voor interdisciplinariteit als heuristiek, als legitiem onderdeel van een onderzoeksproces.

Daarbij zijn er twee extremen. Theologie zit aan de ene kant van het spectrum, juist omdat zij in zoveel opzichten op de rechtswetenschap lijkt. Kwantumtheorie zit aan de andere kant door haar abstracte en wiskundige karakter en doordat de centrale ideeën contra-intuïtief zijn. Daartussen zitten allerlei disciplines die in bepaalde opzichten een vruchtbare heuristiek kunnen opleveren.

³⁰ Een Australische student had overigens op mijn artikel *Two Models of Law and Morality* een soortgelijke kritiek (<www.biki.net/blog/2004_04_25_archive.html>, posted by stu willis, geraadpleegd op 10 september 2008): ‘and what the fuck is with a legal academic using quantum theory to explain the law? I thought I was the only one stupid enough to do that. (...) bite me. mr wibren van der burg’.

³¹ Vgl. Smith et al., *Criteria voor goed rechtswetenschappelijk onderzoek*, die terecht de nadruk leggen op de verantwoording van de resultaten als criterium voor het wetenschappelijk karakter van onderzoek.

³² Over formative experiences zie Michael R. DePaul, *Balance and Refinement. Beyond coherence methods of moral inquiry*, London: Routledge 1993.

Men kan het ook combineren met een uitstapje naar de literatuur. Een heel mooie (en redelijk verantwoorde) analogie van de kwantumtheorie is te vinden in het verhaal *De kwanten* van Marten Toonder.³³ Tegenover de wetenschappelijke analysedrift van Tom Poes staat daar de onbekommerde fantasie van heer Bommel en de Weberiaanse rationaliteit van de ambtenaar Dorknoper. Tom Poes krijgt op zijn vraag naar het hoe van Goesting een onbegrijpelijke uitleg van drie professoren. Dorknoper krijgt kasten vol vergunningen. En heer Bommel geniet gewoon van een goed glas wijn onder een boom. Het is maar hoe je de werkelijkheid wenst te zien.

³³ Toonder, *De kwanten*.