

Over leeuwen en vossen

A.-J. Kwak*

Men zegt wel eens dat je in de wetenschap 'leeuwen' en 'vossen' hebt, of anders gezegd, bouwers en brekers. Ronald Dworkin lijkt in de rechtstheorie een goed voorbeeld van een leeuw die een indrukwekkend koninkrijk van kennis en theorieën bouwt, een koninkrijk dat hij als een leeuwenkoning tegen ongewenste indringers verdedigt. Daartegenover staat iemand als Duncan Kennedy, een typische vos. Vossen zijn ongewenste indringers die uit hun holen komen, in hun jacht een boel schade in het leeuwenrijk aanrichten en vervolgens weer naar hun hol verdwijnen. Sinds de late jaren zestig is Kennedy een van de meest invloedrijke leden geworden van de *Critical Legal Studies*, een beweging waar met name zogenoemde *trashing* van liberale rechtstheorie en -praktijk een geliefkoosde hobby was. Vanuit een radicaal links engagement was het zaak om alle schijn van neutraliteit en objectiviteit van de rechtspraak en de *mainstream* liberale rechtstheorie te ontmaskeren als een mythe waarmee een onderliggende liberale ideologie wordt gemaskeerd. Dit om vervolgens ruimte te maken voor meer linkse opvattingen van recht en rechtvaardigheid. Sommigen in deze kritische beweging waren brekers en bouwers tegelijk. Roberto Unger, bijvoorbeeld, bouwde aan een grondplan voor een volledig nieuwe maatschappij. Duncan Kennedy niet. Kennedy gelooft niet in bouwplannen, zoals vele postmarxisten. Kennedy bleef bovenal een breker, een vos.

Ook William Lucy stelt Dworkin en Kennedy in zijn boek *Understanding and Explaining Adjudication* tegenover elkaar.¹ Bouwers in de rechtstheorie zoals Ronald Dworkin, Neil MacCormick en Joseph Raz veegt Lucy bij elkaar onder de noemer *the Orthodoxy* om ze te contrasteren met de 'kettlers', *the Heresy*, waartoe hij Unger en Kennedy rekent, maar ook mensen als Mark Kelman, Joseph Singer, Drucilla Cornell en Pierre Schlag. Lucy wil laten zien dat deze twee groepen zich laten onderscheiden aan de hand van een aan-

* A.-J. Kwak is assistent in opleiding aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 William Lucy, *Understanding and Explaining Adjudication*, Oxford 1999.

tal stellingen die ze al dan niet aanhangen en het onderscheid waar hij uitkomt, is verwant aan het onderscheid tussen bouwers en brekers. Het belangrijkste strijdpunt lijkt namelijk te zijn de vraag in hoeverre het recht als een geheel van regels en/of beginselen eenduidig de uitkomsten van concrete rechtszaken bepaalt en in hoeverre de uitkomst ook op een autonome wijze *gerechtvaardigd* wordt door het recht. De orthodoxen vinden dat in zijn algemeenheid recht een betrekkelijk hoge mate van zekerheid en voorspelbaarheid biedt en dat de beslissingen in hoge mate door de regels (of beginselen) van het recht kunnen worden gedetermineerd en gerechtvaardigd. Dit is de *Orthodoxy* waar de kettters zich tegen afzetten (Lucy, *Understanding and Explaining Adjudication*, p. 2 e.v.).

Inderdaad richt Kennedy in *A Critique of Adjudication* van 1997 zijn kritische pijlen op dergelijke stellingen en wat dat betreft, is zijn engagement in de afgelopen dertig jaar niet veranderd.² Wel veranderd lijken de middelen die hij in de strijd werpt tegen de conventies en de dogma's van het recht. De middelen zijn nogal eens zeer onconventioneel geweest. 'Roll over Beethoven', bijvoorbeeld, dat hij samen met Peter Gabel (ook zo'n ketter) schreef, is een zeer vervreemdende dialoog tussen 'Duncan' en 'Peter' waarin allerlei vaste waarden en zekerheden van het recht op losse schroeven worden gezet, maar waarin de lezer ook wordt meegenomen in de dilemma's en twijfels van het linkse engagement van de schrijvers. Velen in de juridische wereld zullen het eerder ervaren als een avant-gardistisch *litterair* werk dan als een academisch rechtstheoretisch werk. Maar hoewel dit dan zeer onconventioneel was, schrijft Kennedy al jaren indrukwekkende artikelen die wel binnen de normale discoursen vallen en nu is er zelfs een betrekkelijk conventioneel boek uitgekomen, dat zich, volgens een Amerikaanse collega op de kaft (William H. Simon van Stanford), alleen maar laat vergelijken met Harts *Concept of Law* en Dworkins *Law's Empire*. Het boek voldoet verder ook aan alle conventies van het juridische wetenschappelijke discours en daarmee lijkt Kennedy volledig geïncorporeerd in het academische veld waar hij zich juist vaak zo respectloos en rebels tegen heeft afgezet. Dat de radicaal linkse vos Kennedy zich laat vergelijken met liberale leeuwen als Hart en Dworkin heeft dan ook iets ironisch. Precies het soort ironie waar Kennedy zelf erg van houdt overigens.

Niet alleen de Amerikaanse professor op de kaft, maar ook Lucy maakt de vergelijking met Dworkin en komt tot de conclusie dat de tegenstellingen tussen orthodoxen als Dworkin en de kettters als Kennedy zwaar overtrokken zijn. Volgens Lucy kan iemand die zich niet laat afleiden door alle oorlogszuchtige retoriek in de discussies, en rustig de beschrijvingen van de

2 Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Mass. 1997.

juridische praktijken in de debatten analyseert en vergelijkt, niet anders dan concluderen dat er eerder moet worden gesproken van accentverschillen dan van radicaal verschillende paradigma's. Lucy doet zelfs concrete suggesties middels welke een aantal van de verschillen in opvattingen overbrugd zouden kunnen worden.

Een centraal idee waarmee deze stelling wordt onderbouwd, is het idee van het 'compatibilisme'. Lucy stelt dat de oppervlakkige beschouwer het idee zou kunnen hebben dat er tussen de orthodoxen en de ketters een methoedstrijd woedt. De eersten gaan dan fenomenologisch of hermeneutisch te werk, dat wil zeggen juridisch werk van binnenuit beschreven. De ketters zouden echter vooral een meer extern perspectief op de juridische praktijk hanteren, omdat ze een bepaalde kritische afstand zoeken tot hun onderzoeksonderwerp. Volgens de ketters wordt er van een kritische afstand iets zichtbaar dat in een intern perspectief onder het tapijt blijft. Met name wordt dan pas zichtbaar hoezeer juridische oordeelsvorming vaak door *niet-juridische* factoren wordt bepaald.

Orthodoxen hebben dus de neiging om de nadruk te leggen op de interne coherentie, consistentie en autonomie van juridische oordeelsvorming. Of althans, er wordt gewerkt aan een theorie waarbij sluitende oordeelsvorming in ieder geval tot een coherent *idee* wordt gemaakt. De inzet is natuurlijk het mogelijk maken van een zekere autonomie van het juridische veld ten opzichte van de moraal en de politiek, waarbij een juridisch oordeel in ieder geval vanuit een politiek en moreel perspectief betrekkelijk neutraal totstandkomt. Volgens Lucy is er echter onder de orthodoxen niemand die gelooft dat het juridische oordeel altijd volledig door 'deductie' (of wat dan ook) uit vooraf gegeven rechtsregels (en/of beginselen) wordt bepaald. (Hooguit contrafactisch zoals bij Dworkin.) De *indeterminacy thesis* van de ketters is wat dat betreft dus eigenlijk een strijd tegen windmolens. Volledig neutraal en objectief laat de juridische oordeelsvorming dus ook in de ogen van de orthodoxen zich niet denken, aldus Lucy. De discussie gaat er in orthodoxe kringen echter over hoe het *zoveel mogelijk* denkbaar is en hoe de juridische oordeelsvorming zich van binnenuit laat beschrijven en *begrijpen*. In dit perspectief ligt de nadruk dus op een intern perspectief en op het begrijpen van juridische geschillenbeslechting. Kortom, *understanding adjudication*.

De ketters zochten een radicaal ander perspectief. In de radicaal linkse kritiek die in de jaren zestig en zeventig werd geformuleerd op de bestaande sociaal-maatschappelijke verhoudingen werd het recht gezien als een belangrijke onderliggende maatschappelijke structuur die de bestaande onrechtvaardigheden continueerde en legitimeerde. Kritische juristen wilden aantonen dat de rechtspraak lang niet zo politiek en moreel neutraal was als de gevestigde orde het wilde doen voorkomen. Als het recht dan

toch een verholde vorm van politiek is, dan graag een rechtspraak waarin de bestaande onrechtvaardige machtsverhoudingen worden doorbroken zodat er een rechtvaardiger maatschappij mogelijk wordt. Kennedy bewijst zich als een erfgenaam van dit engagement, omdat een van Kennedy's centrale stellingen in *A Critique* nog steeds is dat de Amerikaanse rechtspraak zich als *ideologisch* gekleurd laat kenschetsen. De ruimte die er vaak is in het interpretatieproces ergens halverwege de rechtsregels en de relevante feiten van het geval wordt onwillekeurig gevuld door een politieke en morele ideologie, volgens Kennedy. Deze ideologie is in het Amerikaanse recht over het algemeen de ideologie van het 'Liberalism' (met een hoofdletter om het te onderscheiden van het *liberalism* van linkse *democrats*): een geloof in individuele rechten, in de *rule of law*, in een joods-christelijke moraal, en in een gereguleerde vrije markteconomie met een socialezekerheidsstelsel. Amerikaanse Democraten en Republikeinen zijn beiden *Liberals* in deze zin van het woord.

Volgens Kennedy zijn de democraten en de republikeinen al generaties lang gewikkeld in een strijd om het recht en in dit kader is het ontstaan van het Amerikaanse *legal realism* goed te begrijpen. De politieke tegenstanders van de macht, of dat nu democraten of conservatieven waren, hadden er altijd belang bij om de politieke dimensie van de rechtspraak bloot te leggen en om de idee dat rechtspraak objectief en neutraal kan zijn te ontmantelen. In een dergelijk politiek klimaat kan ieder idee van juridisch formalisme en rechtspositivisme rekenen op grote rechtsrealistische scepsis.

De discussies tussen *democrats* en *republicans* bleven echter netjes binnen de kaders van het Liberalisme en volgens Kennedy was het de verdienste van de *Critical Legal Studies* dat het op een dieper niveau van analyse de gedeelde vooronderstellingen bloot heeft gelegd. De kritiek moest dus radicaler worden dan die van de *legal realists* van vorige generaties. Omdat de individualistische assumpties van Liberalisme een links radicaal engagement in de weg stonden, moest de Liberale ideologie worden ontmaskerd en moest worden aangetoond dat in het Amerikaanse recht en de rechtspraak deze ideologie een grote rol speelt. Zodra men zou zien dat een juridisch oordeel niet volledig wordt gedetermineerd door een politiek neutraal recht, zou ook zichtbaar worden dat veel beslissingen heel goed heel anders hadden kunnen uitvallen. Rechters zouden bijvoorbeeld ook voor meer linkse oplossingen van de conflictbeslechting kunnen kiezen. Vanuit een intern perspectief blijft dit echter onzichtbaar. Wat nodig is, is een *externe* ideologiekritiek van het Amerikaanse recht en de Amerikaanse rechtspraak. Aangetoond moet worden dat de manier waarop rechters zich gedragen zich (causaal) laat *verklaren* door iets anders dan de rechtsregels alleen. De rechtspraak laat zich gedeeltelijk ook *verklaren* door de onderliggende Liberale ideologie. De kettters waren, kortom, bezig met een project dat zich laat kenmerken als *explaining adjudication*.

Ziedaar, in sterk vereenvoudigde vorm natuurlijk, de tegenstelling. De orthodoxen proberen juridische oordeelsvorming van binnenuit te begrijpen als een oordeelsvorming die in belangrijke mate wordt bepaald door de rechtsregels. De ketters proberen deze oordeelsvorming echter van buitenaf te verklaren vanuit de invloed van de Liberale ideologie. In hun beschrijving van de juridische praktijken zijn ze op iets anders gericht en dat bepaalt vooraf de inname van het standpunt. Zo gesteld, lijkt de kloof onoverbrugbaar, maar de tegenstelling is volgens Lucy, zoals gezegd, sterk overtrokken. William Lucy laat zien dat de orthodoxen geen van allen exclusief of principieel een intern hermeneutisch standpunt innemen, hoewel hier wel duidelijk hun zwaartepunt ligt. Kennedy en Unger aan de andere kant zijn, naar eigen zeggen, ook juist niet exclusief gericht op een verklarend perspectief.

Zo legt Roberto Unger in zijn boek *Law in Modern Society* uit dat hij recht wil doen aan zowel het interne perspectief van de participant in (juridische) sociale praktijken als aan het meer externe perspectief vanuit sociale structuren en instituten die menselijk sociaal gedrag causaal kunnen verklaren. Zoals we zagen, noemt Lucy dit *compatibalism* en een belangrijk deel van *Understanding and Explaining Adjudication* bestaat uit een betoog waarin de stelling wordt verdedigd dat de intern hermeneutische en de extern meer 'structuralistische' methodes elkaar geenszins uitsluiten. Lucy sluit daarbij aan bij de discussies die in de sociale wetenschappen worden gevoerd. Hij beargumenteert dat een wetenschapper in principe zal uitgaan van een intern perspectief. Als er echter reden is om aan te nemen dat de gene wiens handelen begrepen moet worden zich vergist in de redenen voor, en de betekenis van, zijn of haar handelen, dan is er reden is om een meer extern perspectief in te nemen om een poging te doen het handelen niet zozeer intentioneel (*reason-based*) als wel causaal te verklaren.

Kennedy zegt 'eclectisch' te werk te gaan en Lucy interpreteert dat ook als compatibalisme. Dat betekent dat Kennedy, aan de ene kant, in bepaalde hoofdstukken van zijn *Critique* 'structuralistisch' en 'semiotisch' te werk gaat, en, aan de andere kant, in een afzonderlijk hoofdstuk een fenomenologie van het werk van een rechter probeert te geven. Geen middel wordt dus door Kennedy geschuwd, zou je kunnen zeggen, om de doelen van zijn *modernist/postmodernist leftist project* te bereiken. Steeds weer wordt aangevoerd dat het recht de oordeelsvorming niet volledig kan determineren en dat een jurist of rechter die dat probeert te ontkennen gewoon te kwader trouw is.

De vraag dringt zich dan natuurlijk op welk doel dit dient. Wat is dat *modernist/postmodernist leftist project* nu precies? Kennedy antwoordt dat hij uiteindelijk de juridische praktijk zo wil beschrijven dat de lezers gemotiveerd

worden om net zo als hij over het recht te gaan denken. Hij hoopt dat de lezer wordt gestimuleerd om een meer links georiënteerde rechtspraktijk mogelijk te maken en daartoe zal hij alle middelen inzetten die hij kan verzinnen: 'My project is to represent adjudication as an aspect of what one might call "socio-legality," using the conceptual media made available by diverse methodologies. I want the representation to attract an audience and to have a left/mpm political and cultural impact on it.' (p. 14)

Het linkse modernistische/postmodernistische project is dan een project waarbij de bestaande vaste patronen en zekerheden in de juridische praktijk worden doorbroken en op losse schroeven gezet. Dit moet mogelijk maken dat er meer ruimte ontstaat voor esthetische, emotionele en intellectuele ervaringen in een rechtspraktijk die anders volledig vastgeroest, onpersoonlijk en verzakelijkt is. Een rechtspraktijk bovendien die de bestaande onrechtvaardigheden in de samenleving ongemoeid laat en zelfs legitimeert en die te weinig ruimte laat voor een meer egalitaire en democratische ideologie. Kennedy: '[...] a project with the goal of achieving transcendent aesthetic /emotional/intellectual experiences at the margins of or in the interstices of a disrupted rational grid.' (p. 7) 'The goals of the left project are to change the existing system of social hierarchy, including its class, racial, and gender dimensions, in the direction of greater equality and greater participation in public and private government.' (p. 6)

Hier spreekt onmiskenbaar een romanticus, een idealist. Een romanticus die met zijn teksten een soort avant-gardistische kunstenaar probeert te zijn, die vanuit een maatschappelijk engagement de oude versteende en vastgeroeste – in één woord: 'dode' – waarheden en zekerheden van de gevestigde juridische praktijken weer vloeiend probeert te maken, weer in beweging te krijgen, door zijn publiek wakker te schudden en een spiegel voor te houden. Kennedy prefereert levendigheid, *liveliness*, boven het dode formalisme en objectivisme van de juridische rechtspraktijk, dogmatiek en *mainstream* rechtstheorie.

Ook Roberto Unger heeft voor heel wat 'levendigheid' gezorgd met zijn radicaal kritische beschrijvingen van het recht als Kennedy, maar Unger is toch uiteindelijk meer een leeuw dan een vos gebleken. Unger is bovendien niet zo consequent een compatibalist als Kennedy, volgens Lucy. Unger staat in zijn benadering uiteindelijk toch vooral op het externe causale been, terwijl Kennedy inderdaad consequent 'compatibalistisch' werkt als hij in *A Critique* zowel van binnenuit als van buitenaf een beeld probeert te geven van recht en rechtspraak. Kennedy pretendeert trouwens geen *neutraal* beeld te schetsen en hij is de eerste om toe te geven dat de doelen die hij nastreeft, *a left/mpm impact*, bepalend zijn voor de manier waarop hij het recht en rechtspraak in de Verenigde Staten ziet en beschrijft. Zijn linkse ideologische blik bepaalt, en dat is voor hem vanzelfsprekend, zijn kritische

beschrijving van de rechtspraak. De voornaamste kritiek op andere (orthodoxe) rechtstheorieën is echter juist dat deze ideologische dimensie van de wetenschappelijke blik steeds onder het tapijt wordt geveegd en dat steeds weer alle zeilen worden bijgezet om zoveel mogelijk een neutraal en objectief theoretisch beeld te schetsen van een neutrale en objectieve rechtspraak.

Kennedy's meer ideologische weergave van juridische praktijken, en de 'demystificatie' daarvan, hoeft trouwens helemaal niet te leiden tot meer linkse sympathieën bij zijn publiek. Het 'openbreken' van de juridische oordeelsvorming laat ruimte voor politisering van het recht en dat betekent ruimte voor alle ideologieën van links tot rechts in het politieke spectrum. Kennedy is bereid het risico te nemen dat de rechtspraak niet ideologisch naar links opschuift. Hij prefereert uiteindelijk risicovolle beweging en levendigheid boven (onrechtvaardige) stilstand en verzakelijking. Hier ligt een belangrijk pijnpunt. De collectieve Europese ervaring met totalitarisme maakt juristen en rechtswetenschappers aan deze kant van de Atlantische oceaan misschien wel veel voorzichtiger ten aanzien van de politisering van het recht.

Een Europeaan zal bovendien het idee hebben dat de ideeën van Kennedy zich gedeeltelijk laten verklaren (en begrijpen?) vanuit de context van een *common law*-systeem waarin door de *judicial review* en de specifieke invulling van het federalisme en constitutionalisme (een *fixed constitution*) er een enorme – wellicht Liberale – *politieke* macht bij de Amerikaanse rechter ligt. Het is bekend dat veel politieke conflicten via de rechter worden uitgevochten en dat de 'strijd om het recht' (bijvoorbeeld in de benoemingen van rechters) in de Amerikaanse politiek een cruciale rol speelt. Een Europese lezer kan zich af en toe niet aan de indruk onttrekken dat Kennedy in een land als Nederland, waar het primaat veel sterker bij de wetgever ligt dan in de Verenigde Staten, een sociaal-democraat zou zijn die zich veel minder druk zou maken over formalisme en positivisme in het recht en de rechtspraak. Kennedy lijkt, tussen de regels door, ook wel te bekennen dat een sterker primaat van de wetgever in de Verenigde Staten, zoals in veel Europese landen, veel van zijn klachten over het recht minder relevant zou maken. (vgl. p. 4)

Aan de andere kant gaat het Kennedy niet alleen om het primaat van de wetgever. Kennedy's engagement ligt niet alleen in een streven naar een meer democratische, rechtvaardige en egalitaire samenleving. Kennedy's *leftist mpm project* is ook, zoals we zagen, een levenshouding, een bepaald persoonlijk ethos zo je wilt. Een levenshouding die je als sterk 'modernistisch romantisch' zou kunnen kenmerken. De *transcendent aesthetic/emotional/intellectual experiences at the margins of or in the interstices of a disrupted rational grid* zijn een doel op zich. (p. 339 e.v.) De ervaringen die de

romantische (post)modernist Kennedy met zijn werk probeert op te wekken zijn, zo schrijft hij, frustratie, wanhoop, ironie en extase; ervaringen die in de dagelijkse juridische praktijken en wetenschap geen enkele plaats lijken te hebben. In gedeelde esthetische, emotionele en intellectuele ervaringen ligt voor Kennedy ook een mogelijkheid tot intersubjectiviteit, *intersubjective zap* noemt hij dat: 'Grappling with the "real issues" can produce frustration or despair but also wild moments of breakthrough insight and intense moments of emotional involvement with others who are also grappling, perhaps with you – in short, it can produce intersubjective zap.' (p. 345)

Hier ligt ook een tekortkoming van Lucy's analyse, want, wat mij betreft, vertilt Lucy zich hier een beetje aan. Het is zeer verhelderend om heel analytisch de verschillende posities van de orthodoxen en ketters te vergelijken, en te laten zien dat in hun methodes en beschrijvingen van de rechtspraktijk beter over accent- dan over paradigmatische verschillen kan worden gesproken. Interessant daarbij is zeker dat Lucy probeert een link te leggen met het compatibalisme in de sociale wetenschappen. Dat is een insteek die heel veel nieuwe inzichten oplevert en die zich, wat mij betreft, in *Understanding and Explaining Adjudication* als heel vruchtbaar bewijst. Vanuit deze specifieke insteek kunnen de orthodoxen en de ketters dan ook heel goed met elkaar worden geconfronteerd en vervolgens zo dicht bij elkaar worden gebracht. Lucy kan echter tot deze conclusie komen, omdat hij louter kijkt naar de beschrijvende pretenties van de schrijvers die hij heeft bestudeerd en niet naar de onderliggende impuls van waaruit deze beschrijvingen worden geproduceerd. Daar gaapt, wat mij betreft, tussen de orthodoxen en een ketter als Duncan Kennedy een flink gat. Dit is, om met een stevige stelling mijn bespreking te af te sluiten, de kloof tussen de Verlichting en de modernistische Romantische antithese daarvan. Een kloof ook tussen de bouwende leeuwen en de brekende vossen in de rechtstheorie. In dat perspectief worden de verschillen in de manier waarop de orthodoxen en de ketters naar de rechtspraak kijken toch weer uiterst betekenisvol.