

De filosofie van Legal Realism

Bram Goetschalckx*

Review article: Brian Leiter, Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy, Oxford & New York: Oxford University Press 2007, 287 p.

Brian Leiter is een klinkende naam in de wereld van rechtsfilosofie. Die naam heeft hij echter vooral te danken aan zijn populaire weblog (*Leiter Reports*) en zijn beruchte (*Brian Leiter's Law School Ranking*). Nu er voor het eerst een rechtsfilosofische monografie van hem verschijnt, weliswaar een bundeling van eerder verschenen essays, zullen vele van zijn lezers zich wellicht afvragen of hij die naam ook waar kan maken. In deze bespreking wil ik dergelijke overwegingen, die naar mijn aanvoelen in grote mate de receptie van zijn werk zullen bepalen, achterwege laten.

Centraal in *Naturalizing Jurisprudence* staat Leiters filosofische rehabilitatie van de Amerikaanse *Legal Realism*-traditie. Daarmee neemt Leiter deel aan een moeizame intellectuele onderneming die probeert de traditie van *Legal Realism* nieuw leven in te blazen. Het proefschrift van Wouter de Been, dat ik eerder besprak in dit tijdschrift, hoort in dezelfde beweging thuis.¹

Ten grondslag aan deze intellectuele onderneming ligt een merkwaardige discrepantie tussen de algemeen erkende invloed van *Legal Realism*, en de povere reputatie die de *legal realists* daarbij genieten. Enerzijds behoort de aan rechtsrealisten toegeschreven 'revolt against formalism' tot het zelfbeeld van elke Amerikaanse jurist: de klassieke juridisch-dogmatische benadering van het recht heeft in de VS veel van haar aanzien verloren, ten gunste van een interdisciplinaire, ten dele empirische rechtswetenschap. Anderzijds wordt *Legal Realism* in de Anglo-Amerikaanse rechtsfilosofie beschouwd als een karikatuur, een beweging die het niet verdient *au*

* Bram Goetschalckx doet promotieonderzoek aan de Universiteit van Antwerpen.

1 W. de Been, *Realism Revisited* (diss. Tilburg), privé-uitgave 2005. Inmiddels is een bewerkte versie van dit proefschrift verschenen als W. de Been, *Legal Realism Regained, Saving Realism from Critical Acclaim*, Palo Alto CA: Stanford University Press 2008. Ik wens de auteur bij dezen te bedanken voor zijn kritieken en suggesties bij het tot stand komen van deze tekst.

sérieux genomen te worden.² De verheerlijking die andere wegbereiders van het Amerikaanse recht te beurt valt (zoals de *framers* van de Amerikaanse grondwet of proto-realist Oliver Wendell Holmes), is hen niet gegund. Het gaat hier om een verguisde traditie.

In deze bespreking wil ik stilstaan bij de aard van een dergelijk revalidatieproject. In het eerste deel wil ik de standaarden ontwikkelen volgens welke we een interpretatie van *Legal Realism* moeten evalueren. Ik zal daarbij trachten aan te tonen dat Brian Leiter volgens die standaarden een zeer geslaagde bijdrage heeft geleverd aan dat grotere project. In het tweede deel wil ik een vraagteken plaatsen bij een onbeargumenteerde, maar niet onuitgesproken vooronderstelling van Leiters reconstructie: de gedachte dat *Legal Realism* om een *filosofische* revalidatie vraagt. Hiermee hoop ik een spanning bloot te leggen die tot de kern van Leiters werk leidt. Ik wil daarbij een alternatieve lezing suggereren die tot een betere appreciatie van de *Legal Realism*-beweging zou kunnen leiden.

Bij de evaluatie van hedendaagse literatuur rond *Legal Realism* moeten we ons realiseren dat het niet om een *louder* historiografisch project kan gaan. Zoals de vaak herhaalde frase 'we are all realists now' al aangeeft, gaat het hier om een traditie die altijd al een bepaalde greep heeft op de Amerikaanse jurist. Een begrip van die traditie is dus in zekere zin ook een vorm van zelfbegrip: door een beter begrip van *Legal Realism* komen we tot een beter begrip van zijn invloed en daardoor tot een beter inzicht in ons eigen rechtsbegrip. Het is de middenterm van deze redenering, de problematische receptie van *Legal Realism*, die om aandacht vraagt. De *Legal Realist*-scholar dient in de eerste plaats in discussie te treden met de gangbare receptie van de traditie (haar overlevering) en te proberen om door middel van een meer getrouwe weergave die overlevering in een nieuw licht te stellen. De waarde van zijn werk zal bepaald worden door zijn diagnose van, en zijn remedie voor, de verzuurde receptie. Welk spoor van waarheid zit er in de gangbare receptie? Welke intellectuele klimaatsveranderingen hebben zich voorgedaan opdat die receptie een zure smaak heeft gekregen? Welke waren de vragen waarop de realisten een antwoord zochten, en hoe verschillen deze van de onze? Op welke manier is het werk van de realisten nog steeds relevant voor ons? Dit zijn de vragen die *Legal Realism* ons voorlegt.

De voornaamste symptomatische kenmerken van *Legal Realism* zijn zijn scepticisme en zijn zogenaamd 'predictivisme' (p. 17, 71). Ten eerste wordt *Legal Realism* beschouwd als een *impasse*: een radicaal sceptische rechtstheorie die stelt dat recht afhankelijk is van het been waarmee een rechter

2 Formalisme, de traditionele antipode van realisme, is opvallend genoeg hetzelfde lot beschoren. Voor een revalidatie van 'Legal Formalism', zie E.J. Weinrib, 'Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law', *Yale Law Journal* 1988 (97), p. 949-1016.

uit bed is gestapt. Hierbij wordt doorgaans verwezen naar de aan Jerome Frank toegeschreven frase ‘law is what the judge had for breakfast’ (in het beste geval een treffende parafrasering van Franks werk, geen rechtstreekse aanhaling). Een dergelijke stelling kan terecht gezien worden als een impasse: als er werkelijk geen enkele vorm van rechtszekerheid of objectiviteit in het recht bestaat, kunnen niet alleen rechtstheoretici maar ook advocaten en rechters maar beter de boeken sluiten. Ten tweede wordt de ‘predictivistische’ stelling die bij de meeste rechtsrealisten te vinden is, de gedachte dat recht niet meer of niet minder is dan wat een rechter zal beslissen, beschouwd als een rechtsfilosofische grap. Een dergelijk rechtsconcept laat immers geen ruimte voor kritiek op rechtspraak (de claim dat een rechter zich vergist in zijn oordeel), biedt geen enkele houvast voor rechtsvinding (hoe kan een *rechter* achterhalen wat het recht is), of ontkent het bestaan van een rechtsregel wanneer de overtreding niet wordt bestaft.³ Dit aspect van de rechtsrealisten wordt gewoonlijk beschouwd als een component van een al even verguisde traditie in de filosofie: het behaviorisme van de jaren dertig.

Een derde, andersoortig kenmerk van zijn receptie is de gedachte dat ‘er niet zoiets is als *Legal Realism*.’ *Legal Realism*, zo luidt de gangbare opvatting, duidt een groep auteurs aan die onderling zo verschillend zijn in hun opzet en argumentatie, dat elke uitspraak over *Legal Realism* als geheel eigenlijk maar op één (of enkele) rechtsrealist(en) van toepassing is. Deze gedachte vindt zijn oorsprong wellicht in Karl Llewellyns ‘Some Realism about Legal Realism’,⁴ waarin hij zelf benadrukt dat *Legal Realism* geen groep (of school of beweging) in de eigenlijke zin van het woord is. Opvallend is dat vooral tegenstanders van *Legal Realism* deze mening zijn toegedaan (het is altijd goed om tegenstanders te verdelen). Meer getrouwe studies slagen er doorgaans wel in een aantal duidelijke krachtlijnen op te tekenen in de traditie.⁵

3 Voor een amusante lijst van smalende – en door morele verontwaardiging ingegeven – bezwaren tegen het predictivisme van (in casu) Oliver Wendell Holmes, zie A.W. Alschuler, ‘The Descending Trail: Holmes’ Path of the Law One Hundred Years Later’, *Florida Law Review* 1997 (49), p. 353 en p. 364-369. Hetzelfde artikel is te vinden in A.W. Alschulers, *Law Without Values. The Life, Work and Legacy of Justice Holmes*, Chicago & London: The University of Chicago Press 2000, en in de bundel van S.J. Burton, *The Path of the Law and Its Influence*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

4 K. Llewellyn, ‘Some Realism about Legal Realism’, *Harvard Law Review* 1931(44), p. 1222. Het artikel werd later opgenomen in K. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago: University of Chicago Press 1962.

5 Zie M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law: 1870-1960; The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York/Oxford: Oxford University Press 1992, p. 169-192; B.Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2006, p. 60-77; W. de Been, *Legal Realism Regained*. Tamanaha biedt overigens een interessante verklaring waarom het zo moeilijk is een gemene deler te vinden in het gedachtegoed van de rechtsrealisten: dezelfde gedachte is in de VS inmiddels zo algemeen aanvaard, dat ze nauwelijks nog wordt opgemerkt! De originaliteit van de rechtsrealisten,

Zo ook Brian Leiter, die aan het begin van zijn boek de 'Core Claim of Legal Realism' presenteert (p. 21-22). De centrale stelling van *Legal Realism*, aldus Leiter, is dat een rechter tot een oordeel komt op basis van zijn inschatting van de feiten, eerder dan door een toepassing van rechtsregels en preceden-ten. In het behavioristische jargon dat door veel realisten werd gebezigd: de primaire stimuli van rechters zijn feiten eerder dan normen.⁶

Door de context van deze centrale stelling aan te geven, de problemen waar-mee de rechtsrealisten worstelden, slaagt Leiter erin de vermeende 'symp-tomen' in een nieuw licht te presenteren. Volgens Brian Leiter vertrekt het rechtsrealistische project vanuit een authentieke vraag die bestaat tussen advocaat en cliënt: hoe zal de rechter mijn zaak beoordelen (p. 71)? Het is vanuit de vaststelling dat de klassieke juridische interpretatie van rechts-regels en preceden-ten maar weinig houvast biedt met betrekking tot die vraag, dat men op zoek ging naar een alternatief. En dat alternatief werd gevonden in de praktijk. Feit is immers dat een goede advocaat *wel* een hand-igheid ontwikkelt in het voorspellen van zaken; een soort praktische ken-nis die hij niet aan zijn juridische opleiding ontleent. Het is deze kloof tus-sen theorie en praktijk die de rechtsrealisten wilden dichten.

Daar de klassieke juridische interpretatie van rechtsregels en preceden-ten ontoereikend werd geacht, zochten de realisten hun heil in de feiten. Door de uitspraken van rechters en hun verhouding tot de feiten van de zaak met nieuwe ogen tegemoet te treden (door de feiten niet van meet af aan juridisch te classificeren), dachten de realisten tot een betrouwbaarder en bruikbaarere rechtstheorie te komen. Herman Oliphant, bijvoorbeeld (p. 27), onderzocht een groot aantal uitspraken in contractuele geschillen en kwam tot de eenvoudige vaststelling dat een rechter doorgaans de belofte van een werknemer om zijn werkgever geen concurrentie aan te doen na beëindiging van het arbeidscontract, ongeldig verklaart. Eerder dan naar een juridische grondslag te zoeken, stelt Oliphant vast dat een rechter daar-mee de gangbare economische cultuur (zoals die blijkt uit overeenkomsten van arbeidsorganisaties) bevestigt.

Deze methode van rechtswetenschap, die erin bestaat regelmatige patro-nen in het gedrag van rechters ten aanzien van de feiten te herkennen, wordt door Brian Leiter gekarakteriseerd als een vorm van naturalisme (p. 31). Het gaat om een benadering die in de lijn ligt van natuurwetenschap-pelijk onderzoek. Een naturalistische rechtsfilosofie, zo zouden we kunnen

aldus Tamanaha, schuilt in hun instrumentalistische visie op het recht, een visie die bepa-lend is geweest voor een radicale verandering in het Amerikaanse rechtsdenken. Inmid-dels is iedereen daar echter van doordrongen en grijpt het de aandacht niet meer.

6 Merk op dat in deze formulering de nadruk ligt op de feiten, en niet op de *inschatting* van de feiten door een rechter.

stellen, bestudeert het gedrag van rechters zoals een ornitholoog het gedrag van trekvogels bestudeert. Of in een meer gesofisticeerde formulering:

[W]e may think of the type of jurisprudence the Realists advocated as a *naturalized* jurisprudence, i.e. a jurisprudence that eschews armchair conceptual analysis in favour of continuity with a *posteriori* inquiry in the empirical sciences.' (p. 63)

Daarmee heeft Leiter meteen de intellectuele klimaatsverandering aangegeven die volgens hem verantwoordelijk is voor de verzuurde receptie van *Legal Realism*: de analytische filosofie. De methode van conceptuele analyse werd door Hart geïntroduceerd in *The Concept of Law* en is tot op de dag van vandaag maatgevend voor de Anglo-Amerikaanse rechtsfilosofie. Brian Leiter betreurt die verschuiving en bepleit, eerder dan een 'terugkeer' naar *Legal Realism*, een inhaalbeweging richting naturalisme. Sinds Quine's kritiek op de methode van conceptuele analyse, aldus Leiter, hebben zowat alle domeinen binnen de filosofie een naturalistische wende doorgemaakt (p. 31-33), behalve wij rechtsfilosofen (p. 175-6) – *Quid expectamus nunc?* Door de pre-analytische rechtsrealisten te herinterpreteren in het licht van de post-analytische naturalistische filosofie, hoopt Brian Leiter de Amerikaanse rechtsfilosofie terug op het juiste spoor te zetten.⁷

Een belangrijk twistpunt tussen conceptuele analyse en naturalisme betreft de relatie tussen filosofie en wetenschap. De methode van conceptuele analyse vooronderstelt een strikte scheiding tussen filosofische en wetenschappelijke vragen. Het vraagstuk naar de relatie tussen recht en moraal, bijvoorbeeld, wordt in de rechtsfilosofie radicaal anders ingevuld dan in pakweg de rechtssociologie. Waar de rechtssocioloog aan *empirisch* onderzoek doet (bijv. naar de relatie tussen populaire moraal en wetgeving), buigt de rechtsfilosoof zich over de *conceptuele* vraag of een morele inhoud een noodzakelijke of voldoende voorwaarde is van het begrip 'recht.' Bijgevolg moet de wetenschapper de straat op, terwijl de filosoof in zijn leunstoel kan blijven zitten. Hoewel filosofisch onderzoek steeds vertrekt vanuit empirische vaststellingen, zoals de *feitelijke* relatie tussen recht en moraal, bevat een filosofische redenering steeds een *a priori*-element dat onmogelijk tot de ervaring kan worden herleid of door de feiten kan worden weerlegd.

Quines fundamentele kritiek op de methode van conceptuele analyse richt zich op het onderscheid tussen *a priori* en *a posteriori* en heft daarmee het

7 Leiters relaas van de grote filosofische bekering tot naturalisme getuigt mijns inziens van weinig zin voor verantwoordelijkheid. Hij schrikt er niet voor terug de argumenten van Quine voor te stellen alsof ze boven elke vorm van twijfel verheven zijn en op de instemming kunnen rekenen van elke serieuze filosoof (p. 175). De dissidente 'minderheid' die de naturalistische wende nog niet heeft gemaakt, is dan ook niet au sérieux te nemen (p. 33).

onderscheid tussen conceptuele en empirische vraagstukken op. Filosofie verliest derhalve haar autonomie ten aanzien van de wetenschappen: voor Quine ligt filosofie in het verlengde van wetenschappelijk onderzoek. De reden waarom we bepaalde overtuigingen als 'conceptuele' waarheden beschouwen, aldus Quine, is enkel dat we in sommige overtuigingen meer geïnvesteerd hebben dan in andere (en we ze daarom willen 'beschermen' voor weerlegging). Quine zag kennis, met een beroemde metafoor, als een gravitatieveld: hoe dichter bij de kern, hoe meer weerstand om overtuigingen te herzien.

Het kritische aspect van Leiters rehabilitatie bestaat erin aan te tonen hoe de vermeende 'symptomen' van *Legal Realism* in het leven zijn geroepen door een projectie vanuit de preoccupaties eigen aan de analytische rechtsfilosofie. Deze 'symptomen' zijn inderdaad terug te vinden in het beruchte zevende hoofdstuk van *The Concept of Law* – zonder overdrijving de doodsteek van *Legal Realism*.⁸ In het tweede essay uit zijn bundel laat Leiter zien hoe Harts kritiek berust op een egocentrische interpretatie: Hart heeft het werk van de rechtsrealisten gelezen vanuit zijn eigen filosofische preoccupaties en heeft daarom de betekenis van hun werk verkeerd ingeschat. Deze kritiek is een eigen leven gaan leiden en verklaart thans het povere imago van *Legal Realism*. Leiter gaat zowel in discussie met Harts receptie als met de receptie van die receptie.

Beginnen we met de meest vulgaire verwerping van *Legal Realism* als een volkomen sceptische beweging: 'what the judge had for breakfast'. Leiter karakteriseert deze verwerping treffend als de 'Frankification of Legal Realism', de neiging om *Legal Realism* te identificeren met het werk van Jerome Frank (p. 17). Hoewel Leiter aantoont dat *Legal Realism* niet identiek is met het werk van Frank, laat hij tegelijkertijd zien waarom Frank wel degelijk als realist beschouwd kan worden. Ook Frank onderschrijft de 'Core Claim' van *Legal Realism*, die stelt dat rechters in de eerste plaats tot een oordeel komen door hun inschatting van de feiten. Maar Frank onderscheidt zich van de meeste realisten door zijn overtuiging dat de inschatting van de feiten door een rechter een idiosyncratische aangelegenheid is, afhankelijk van de persoonlijkheid of de gemoedstoestand van de individuele rechter. Het merendeel van de rechtsrealisten toont zich optimistischer wat betreft de mogelijkheid patronen of wetmatigheden te ontwaren in het gedrag van rechters ten aanzien van de feiten.

Dat maakt dat Harts karakterisering van *Legal Realism* als regelscepticisme wel raak is: scepticisme ten aanzien van juridische normen behoort tot de kern van het rechtsrealistische project. Maar vanuit zijn eigen filosofische preoccupatie, aldus Leiter, begrijpt Hart dat scepticisme in conceptuele zin

8 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 124-154.

(p. 69). Hart leest de empirische observatie van de rechtsrealisten, de vaststelling dat het oordeel van een rechter niet louter gegrond is in rechtsnormen, als een conceptuele stelling, een sceptische instelling ten aanzien van de *betekenis* van rechtsregels. Wat ook de betekenis moge zijn van Harts kritiek in de context van de analytische filosofie, ze laat het regelscepticisme van de rechtsrealisten in wezen ongemoeid. Zelfs al zou de betekenis van rechtsregels ondubbelzinnig zijn vast te stellen, dan nog kunnen rechters in de praktijk aan die betekenis voorbijgaan en extrajuridische factoren laten meespelen. In die zin blijft de uitspraak van een rechter vanuit een louter juridisch perspectief *onvoorspelbaar*: de regels alleen kunnen de toepassing van het recht niet verklaren.

Daarmee komen we bij het meest verguisde aspect van de beweging, haar predictieve rechtstheorie. De eerder vermelde kritieken van predictivisme behoren bijna tot de standaarduitrusting van elke analytische rechtsfilosoof. Deze kritieken laten echter één vraag onbeantwoord: als het predictivisme zo gemakkelijk te weerleggen is, hoe heeft deze theorie dan ooit zoveel gehoor kunnen vinden (ook bij denkers die ver boven de standaard uitstaken)? Wanneer een hele traditie met een aantal eenvoudige bewegingen verworpen kan worden, is het tijd om ons af te vragen of er niet iets verloren is gegaan in de overlevering.

Leiter keert terug naar het authentieke uitgangspunt van de rechtsrealisten: de pragmatische inzet om een antwoord te bieden op een vraag uit de praktijk (p. 90). De predicerende vraag die advocaat en cliënt zich altijd al stellen, is eenvoudigweg: hoe zal de rechter mijn zaak beslissen? De neiging bestaat deze vraag buiten zijn empirische context te benaderen, als ware het een conceptuele claim over het begrip 'recht'. Deze verleiding – ingegeven door de analytische filosofie – heeft allicht aanleiding gegeven tot de algehele verwerping van het predictivisme. Maar eerder dan een bespottelijke conceptuele stelling, is het predictivisme een pragmatische *instelling*: een eenvoudige uitdrukking van een bepaalde praktische inzet die leeft onder advocaten:

'This is not a claim about the 'concept' of law, but rather a claim about how it is *useful* to think about law for attorneys who must advise clients what to do. For your client, the franchisee in Connecticut, does not simply want to know what the rule on the books in Connecticut says; he wants to know what will happen when he takes the franchisor to court.' (p. 71)

Tot zover het kritische aspect van Leiters werk. De positieve taak die Leiter zichzelf heeft gesteld, bestaat erin *Legal Realism* een nieuwe filosofische

respectabiliteit te verlenen vanuit de naturalistische filosofie. Hier wringt mijns inziens het schoentje.

Naturalisme en *Legal Realism* stemmen weliswaar overeen in hun affiniteit met wetenschappelijk onderzoek, toch lijkt Leiter er niet in te slagen zijn filosofisch naturalisme en de rechtsrealistische traditie werkelijk te vermengen. Men heeft bij het lezen van 'Naturalizing Jurisprudence' eerder het gevoel alsof de auteur van twee argumenten één heeft proberen te maken: zijn verdediging van rechtsrealisme en zijn pleidooi voor een naturalistische rechtsfilosofie blijven enigszins ongemakkelijk naast elkaar bestaan.

De moeilijkheid om een naturalistische filosofie met het werk van de rechtsrealisten te integreren, brengt een nieuw, tot nog toe onbesproken kenmerk van *Legal Realism* aan het licht: zijn opvallende desinteresse in filosofische vraagstukken. De rechtsrealisten hebben opmerkelijk weinig aandacht besteed aan het zoeken naar een filosofische legitimatie voor hun gebruik van wetenschappelijke methodes. Leiters naturalistische legitimatie is dus niet tot stand gekomen in dialoog met de rechtsrealisten, maar is er *post factum* aan toegevoegd. Deze spanning treedt kortstondig op de voorgrond in een postscript dat Leiter voor het boek schreef, met name in een antwoord op een verontrustende kritiek van Michael S. Moore:

'Leiter brings a theory to Legal Realism with a vengeance. Utilizing his considerable philosophical sophistication, Leiter would reconstruct the Realist programme in light of the contemporary philosophical movements known as naturalism and pragmatism. On Leiter's reconstruction, the Legal Realists had good naturalist and pragmatic grounds for turning jurisprudence into a social science of judicial behavior. My doubt about Leiter's project is *historical*: I do not think the Legal Realist had anything like Leiter's philosophically sophisticated reasons for replacing conceptual and normative jurisprudence with an explanation-giving social science. I think they were simply confused.' (p. 103, eigen cursivering)

In zijn antwoord benadrukt Leiter terecht dat zijn werk geen louter historigrafisch werk is, maar een reconstructie. Leiter maakt met andere woorden op geen enkele manier aanspraak op de geschiedkundige vraag welke de *eigenlijke* motieven waren die de rechtsrealisten erop na hielden. In de context van een rehabilitatie (we zouden kunnen schrijven 'in de context van een ideeëngeschiedenis'), zoals ik die aan het begin van deze bespreking heb aangegeven, is het volkomen legitiem om motieven toe te schrijven aan een beweging, voor zover die motieven ertoe bijdragen om de traditie en haar invloed beter te begrijpen. Volgens die doelstelling belooft Leiters interpre-

tatie alvast meer dan het 'alternatief' dat Moore voorstelt. Leiter benadrukt ter zijner verdediging:

'My interpretation is, after all, a *reconstruction*: it 'puts back together' in philosophical terms the largely unphilosophical arguments and positions of the American Legal Realists. The philosophy is mine, the basic arguments and ideas theirs.' (p. 104)

Ik vraag me echter af of de rehabilitatie van *Legal Realism* wel om een *filosofische* reconstructie vraagt. Met name vraag ik me af of het wel verantwoord is een filosofische methode op te dringen aan een bij uitstek afilosofische beweging. Dat een lezing van *Legal Realism* vanuit filosofische preoccupaties nauwelijks tot een verantwoorde interpretatie kan leiden, lezen we eigenlijk al tussen de regels van Leiters eigen verhaal:

'A philosophical interpretation of Realism will, of course, require us to sift through the mass of Realist writings, in order to produce a theory of law worthy of philosophical attention.' (p. 21)

Het valt in dat verband op hoe gemakkelijk Leiter de sprong maakt van de gedachte dat de realisten weinig interesse vertoonden in filosofie, naar de gedachte dat de realisten slechte filosofen waren (cf. p. 1, 21). Dat Leiter het als een *a priori* beschouwt dat *Legal Realism* om een *filosofische* rehabilitatie vraagt, komt het meest naar voren in het derde essay uit de bundel: 'Is There an "American" Jurisprudence?' (p. 82). Hierin bespreekt Leiter de ambitieuze studie van Neil Duxbury, 'Patterns of American Jurisprudence'.⁹ Uit Duxbury's verhaal blijkt vooral dat Amerikaanse rechtsfilosofie gekenmerkt wordt door een afilosofisch karakter; een boodschap die Leiter weigert te slikken:

'Indeed, from a jurisprudential standpoint, what almost all of Duxbury's writers and movements have in common is a lack of philosophical depth or sophistication in matters of legal theory. It would be rather a shame – and grossly unfair – if the distinguishing feature of 'American jurisprudence' were to turn out to be philosophical ineptitude!' (p. 83)

Ik denk dat er veel te zeggen is voor de idee dat Amerikaanse rechtstheorie, beïnvloed als die is door *Legal Realism*, gekenmerkt wordt door een uitgesproken afilosofische oriëntatie; wat niet hetzelfde is als een *gebrek* aan

9 Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, New York: Oxford University Press 1995.

filosofische diepgang. Het is alleszins een interessante denkpiste die niet bij voorbaat verworpen moet worden vanuit de gedachte dat filosofische subtiliteit de enige maatstaf is voor theoretisch werk – een gedachte die diep in het denken van Leiter vervlochten zit.

Een mogelijke interpretatie van *Legal Realism* die in de lijn ligt van Leiters werk, maar meer recht kan doen aan zijn opmerkelijk afilosofische karakter, wordt ons aangereikt door Richard Posner. Onder andere in 'Law, Pragmatism and Democracy' schetst Posner een vorm van pragmatisme die beter geschikt lijkt voor de rehabilitatie van de rechtsrealistische traditie.¹⁰ Posner maakt in het bijzonder twee belangrijke onderscheiden die aangeven hoe ver het pragmatisme van de rechtsrealisten is verwijderd van het *filosofische* of naturalistische pragmatisme dat Leiter belijdt.

Alvorens op deze onderscheiden in te gaan, moet worden aangegeven dat Posner zelf geen rehabilitatie van *Legal Realism* ambieert. Posner leeft enigszins op gespannen voet met deze traditie en ziet zichzelf graag als een rechtstreekse opvolger van proto-realist Oliver Wendell Holmes. In 'Overcoming Law' uit 1995 schrijft hij dat alles van enige waarde dat in het werk van de rechtsrealisten te vinden is, reeds beter en scherper verwoord werd door Holmes.¹¹ De rechtsrealisten, aldus Posner, zijn slechts een lelijke appendix van dat gedachtegoed. Deze inschatting getuigt mijns inziens van een gebrek aan inzicht in de manier waarop een gedachtegoed levend wordt gehouden. Ook al heeft hij de realisten nooit graag gelezen, hun culturele invloed is desalniettemin bepalend geweest voor de context waarin Posners rechtspragmatisme heeft kunnen ontstaan. Los van zijn persoonlijke smaak, is er een duidelijke lijn die loopt van Holmes, over de rechtsrealisten, naar zijn *Legal Pragmatism*. Het is mijn suggestie dat Posners versie van pragmatisme trouwer blijft aan de geest van *Legal Realism* en daarom beter geschikt is voor zijn rehabilitatie dan het naturalistisch pragmatisme van Brian Leiter.

Posner maakt duidelijk waar zijn versie van pragmatisme om draait door een onderscheid te maken tussen 'filosofisch' en 'alledaags' pragmatisme.¹² 'Alledaags' pragmatisme verwijst naar een welbepaalde levenshouding waarin praktische doeleinden en instrumenteel denken de bovenhand hebben over theoretische bespiegelingen. Het is een houding die draait om daad- en verbeeldingskracht, en wars is van nutteloos filosofisch mijmeren. Wanneer deze houding haar ingang vindt in filosofische literatuur, kan men spreken van 'filosofisch' pragmatisme. Posner wil met dit onderscheid

10 Richard Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge Mass./London: Harvard University Press 2003, p. 24-56.

11 Richard Posner, *Overcoming Law*, Cambridge Mass./London: Harvard University Press 1995, p. 2.

12 Posner 2003, p. 24-56.

aangeven dat het 'filosofisch' pragmatisme, paradoxaal genoeg, getuigt van een soort afilosofische instelling.

De pragmatische filosofie is dan ook bij uitstek kritisch ten aanzien van de (westerse) filosofische traditie. Haar oorspronkelijke instelling is radicaal tegengesteld aan het platonische ideaal dat de filosofie steeds heeft uitgedragen: het beschouwelijke boven het praktische, waarheid boven mening, het authentieke boven het commerciële, het diepgaande boven het oppervlakkige, enzovoort. De pragmaticus reageert met name op de positie die filosofie steeds heeft ingenomen boven alle andere culturele domeinen, als het ultieme tribunaal waarvoor de kunstenaar, de handelaar, de gelovige, de jurist, enzovoort, moet verschijnen. De filosofie heeft zichzelf traditioneel een unieke methode toegeschreven die haar in staat stelt het laatste woord te spreken over zaken van fundamenteel belang; verheven boven de meningen van het volk en de beperkte inzichten vanuit andere culturele praktijken. Het is deze positie van de filosofie als de bron van ultieme waarheid die het pragmatisme onderuit wil halen.

Binnen het 'filosofisch' pragmatisme onderscheidt Posner twee verschillende vormen: een 'orthodoxe' vorm en een 'afwijzende' vorm ('*recusant*').¹³ Beide vormen zetten zich duidelijk af tegen de traditie van de filosofie, maar de aard van hun kritiek is radicaal verschillend. Het 'orthodoxe' pragmatisme verklaart zich oneens met de methode die de filosofie traditioneel geformuleerd heeft op fundamentele vragen. Het levert daartoe een vernietigende kritiek op de vooronderstellingen die de filosofie nodig heeft om haar verheven positie in te kunnen nemen, de grond van haar ultieme waarheidsaanspraak. De orthodoxe pragmatische filosofie kenmerkt zich daardoor, dat ze een nieuwe, pragmatische methode voorstelt om de speculatieve methode van filosofie te vervangen. Op die manier lijkt ze het pragmatisme opnieuw in in de traditie.¹⁴

Het naturalisme van Quine is een uitstekend voorbeeld van orthodox pragmatisme. Met zijn kritiek op het onderscheid tussen het *a priori* en het *a posteriori* ondergraaft Quine een fundamentele vooronderstelling van de filosofische waarheidsaanspraak. De gedachte van een *a priori* stelt de filo-

13 Posner 2003, p. 35.

14 Posner 2003, p. 35-41. Richard Rorty maakt hetzelfde onderscheid in termen van de Amerikaanse en de Europese pragmatische traditie: 'Europeans have typically put forward a distinctive, new, post-Nietzschean "method" for philosophers to employ [...] By contrast, the Americans have not been much given to such proclamations. The [theory] that these [...] philosophers have helped to create is notably free of methodolatry.' Richard Rorty, *Philosophy and Social Hope*, New York: Penguin 1999, p. xx-xxi. Posner en Rorty verschillen sterk van mening over de auteurs die men tot een van beide vormen van pragmatisme kan rekenen. Rorty rekent hier overigens Quine tot de Amerikaanse traditie, maar steunt daarvoor vermoedelijk op een zeer kritische lezing van Quine, zie R. Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton NJ: Princeton University Press 1979, p. 171, 202-203.

soof in staat conceptuele uitspraken te doen die de apodictische zekerheid bezitten van een logische noodzaak, en daarom als fundament kunnen dienen voor de contingente empirische waarheidsaanspraken van de wetenschapper. Uit Quines visie volgt echter dat *elke* overtuiging, zelfs de logische noodzaak, in principe door de ervaring kan worden weerlegd. Quine trekt daaruit de conclusie dat empirische verificatie de ultieme, of toch de enige, bron van waarheid is. Niet de filosoof, maar de empirische wetenschapper is daarom het best uitgerust om het laatste woord te spreken over zaken van fundamenteel belang. Quine stoot de filosofie van haar troon, maar zet de empirische wetenschappen in haar plaats.

Het 'afwijzend' pragmatisme daarentegen breekt radicaal met de traditie van filosofie (of probeert dat tenminste), door ook haar opgave af te wijzen. Het is kritisch ten aanzien van de traditionele methodes van de filosofie, maar stelt geen nieuwe methode in hun plaats. Daarmee blijft het trouw aan de pragmatische basishouding die eenvoudigweg niet geïnteresseerd is in filosofische vragen. De reden waarom de filosofie dan nog afgewezen dient te worden (wat ons niet interesseert kunnen we toch gewoon met rust laten), is de overtuiging dat filosofische idealen de aandacht afleiden van wat voor ons werkelijk van belang is. De intellectuele energie die filosofen besteden aan het zoeken naar de waarheid, kan beter worden besteed aan het zoeken naar oplossingen voor concrete problemen. Filosofie zou op die manier toch een rol kunnen spelen in het alledaagse maatschappelijke leven.

Het pragmatisme van Richard Rorty (waarover Leiter zich meestal smalend uitlaat) kan hier als voorbeeld gelden. Het oorspronkelijke verschil tussen de pragmatische en de filosofische houding wordt door Rorty geduid als het verschil tussen een instrumentalistische en een epistemologische oriëntatie.¹⁵ Eigen aan de filosofische traditie is een ambitie om de 'ware aard', de 'natuur' of de 'essentie' van een bepaald onderwerp tot uitdrukking te brengen. De mens wordt in de eerste plaats gezien als een epistemologisch wezen dat in staat is, door een welbepaalde methode te volgen, de werkelijkheid te representeren. Deze ambitie vertaalt zich bijvoorbeeld in de rechtsfilosofie als de ambitie om de natuur van het recht te vatten of een antwoord te formuleren op de vraag naar wat het recht in wezen is. Een noodzakelijke vooronderstelling van deze ambitie is de idee van een filosofische methode, een unieke manier van onderzoek die tot het wezen van de zaak kan doordringen.

In de pragmatische houding staat niet het vermogen tot representatie centraal, maar de mogelijkheid om aan de werkelijkheid vorm te geven. Woorden, concepten of theorieën worden vanuit pragmatisch oogpunt beschouwd als instrumentele taaldaden. Zoals men van een hamer niet verwacht dat hij de aard van een nagel uitdrukt, zo vooronderstelt de prag-

15 Rorty 1979, p. 171, 202-203; Rorty 1999, p. xii-xxxii.

maticus niet dat begrippen en theorieën de werkelijkheid representeren. Een goed instrument drukt niet de aard van de zaak uit, maar werkt voor welbepaalde praktische doeleinden. De pragmaticus beschouwt een rechtstheorie dan ook niet als een theorie in de klassieke zin van het woord, maar als een doelgerichte activiteit. Zo benadrukt Posner bijvoorbeeld dat de predictieve theorie van het recht die hij aanhangt een *activity theory* is.¹⁶ De predictieve theorie maakt geen filosofische aanspraak op de natuur van het recht, met alle absurditeiten van dien, maar herinnert ons eraan dat er praktische gevolgen verbonden zijn aan elk rechtsbegrip.

Omdat het 'afwijzend' pragmatisme elke representatie van de werkelijkheid afwijst, wijst het ook de idee van een unieke filosofische methode af. Rorty is het bijvoorbeeld eens met Quines kritiek op het valse onderscheid tussen filosofie en wetenschap, maar ziet geen redenen om de wetenschap in de plaats te stellen van de filosofie, eerder dan kunst, literatuur, religie, of welke culturele praktijk dan ook.¹⁷ Voor de pragmaticus zijn al deze domeinen principieel gelijkwaardig en kunnen de methodes van om het even welke praktijk bijdragen tot een betere manier om vorm te geven aan onze leefwereld. Rorty pleit dus tegen de filosofische 'methodolatrie'¹⁸ en voor een methodologisch eclecticisme: *anything goes*, zolang het maar werkt. Zo bepleit ook Posner in de context van zijn rechtspragmatisme een veelheid aan methodes en theorieën waar de pragmaticus zijn voordeel uit kan halen: de economische analyse, de empirische wetenschappen, de politieke theorie, literatuurstudie, enzovoort. Het pragmatisme is in die zin een bevrijding van de gedachte aan een unieke filosofische methode die oordeelt over elke mogelijke aanspraak.¹⁹

Het lijkt geen twijfel dat Leiters naturalisme een vorm van 'orthodox' pragmatisme is. Ten eerste beroept Leiter zich op een uitgesproken filosofische lezing van Quine. In het hoofdstuk getiteld 'Why Quine is not a postmodernist', benadrukt Leiter dat Quine de methodes van de empirische wetenschappen in de plaats stelt van de filosofie:

'Philosophers who have taken the naturalistic turn reject the idea of philosophy as a purely *a priori* discipline, whose methods and results

16 R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge Mass./Londen: Harvard University Press 1990, p. 225.

17 Rorty 1979, p. 171.

18 Zie noot 14.

19 Zie Posner 1990, p. 33. Posners sceptische houding ten aanzien van elke filosofische methode heeft vanuit filosofische hoek vaak de vraag opgeroepen welk alternatief hij ervoor in de plaats stelt. Voor het antwoord op deze vraag doet Posner (ibid.) een beroep op Voltaire. Gevraagd naar het alternatief dat Voltaire voorstelt na zijn niet-aflatende kritiek op het christelijk geloof, antwoordde deze: 'Je vous délivre d'une bête féroce, et vous me demandez par quoi je la remplace!'

are antecedent to – indeed stand above and adjudicate among – the claims of science; philosophy for the naturalist is rather a discipline whose methods and answers must be continuous with (perhaps sup-
planted by) scientific inquiry. Like the logical positivists, then, Quine remains committed to the primacy of science (especially physical science) in constructing our best theories of the world.’ (p. 138)

Ten tweede hanteert Leiter een onmiskenbaar filosofische stijl die bol staat van subtiele onderscheiden waaraan geen praktische gevolgen verbonden zijn. De nadruk in zijn betoog ligt niet op de concrete doeleinden van een naturalistische rechtsfilosofie; maar op de epistemologische grondslag ervan. Ten derde ziet Leiter in de naturalistische wende een radicaal nieuw antwoord op de traditionele rechtsfilosofische vraag naar de ‘natuur’ of de ‘ware aard’ van het recht. De primaire opgave van rechtsfilosofie, ook *na* de naturalistische wende, is de epistemologische vraag ‘wat is recht?’ – ‘what makes law into what it is?’ (p. 186), of ‘what [law] (essentially) is’ (p. 181). Om toegang te krijgen tot de waarheid over het recht, dient de filosoof zich echter te richten tot de empirische wetenschap. Over de vraag hoe een genaturaliseerde rechtsfilosofie er nu concreet uit zou kunnen zien, blijft Leiter overigens opmerkelijk vaag. Bij de rechtsrealisten lijkt ze in ieder geval niet terug te vinden.

Als dusdanig lijkt Leiters naturalistisch pragmatisme me ongeschikt om *Legal Realism* nieuw leven in te blazen. De houding die uit de meeste rechtsrealistische teksten spreekt, is eerder het a filosofische, ‘alledaagse’ pragmatisme waaraan Posner uitdrukking wil geven. Als die alledaagse houding al een filosofische vertaling vereist, kan die beter gezocht worden in een ‘afwijzende’ vorm van pragmatisme. Deze vorm van pragmatisme wijst de gedachte af van een unieke filosofische methode waarin het wezen van het recht kan worden uitgedrukt, en pleit voor een veelheid van instrumentele methodes om het recht vorm te geven.

Een treffende illustratie van deze pragmatische houding vinden we in een merkwaardig hoofdstuk uit Jerome Franks ‘Law and the Modern Mind’, een van de centrale boeken in de rechtsrealistische traditie.²⁰ Het vijfde hoofdstuk van het boek draagt de veelbelovende titel *Legal Realism* en begint met een vertrouwde rechtsfilosofische vraag: ‘We have talked much of the law. But what is “the law?”’²¹ In wat volgt, gaat Frank echter niet in op het epistemologische vraagstuk naar de natuur van het recht – hij wil het geduld van zijn lezers niet te veel op de proef stellen²² – maar vertelt een verhaal over

20 Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New York: Brentano’s 1930, p. 42-47.

21 Frank 1930, p. 42.

22 Ibid.

een advocaat die een taxibedrijf in Kentucky adviseert over een geval van oneerlijke concurrentie. Het taxibedrijf in kwestie was een exclusiviteitscontract aangegaan met de lokale spoorwegenmaatschappij, maar moest vaststellen dat een concurrerend bedrijf dat contract niet erkende. De advocaat merkt op dat een dergelijk contract echter geen rechtsgeldigheid bezit in de staat Kentucky en dus niet door een lokale rechter zal worden afgedwongen. Daarom stelt hij voor om de maatschappij en het contract op papier te ontbinden en opnieuw te vestigen in een andere staat, waardoor de zaak op federaal niveau beslist zal worden. Wanneer dezelfde zaak voor een federaal hof komt, haalt de advocaat inderdaad zijn slag binnen (het verhaal krijgt nog een vervolg wanneer de tegenpartij de zaak voor het *Supreme Court* brengt).

Nu, stelt Frank, wat is het recht *voor de eigenaar van het taxibedrijf*?²³ Is hij geïnteresseerd in het wezen van het recht, of in de noodzakelijke en voldoende voorwaarden van het concept 'recht'? Nee, voor hem is enkel van belang de beslissing die een rechter zal nemen en de gevolgen die hij daarvoor zal moeten dragen. *Vanuit dat pragmatische oogpunt* kunnen we recht zien als een voorspelling van de beslissing die een rechter in feite zal nemen; de predictieve theorie die door veel rechtsrealisten werd gehanteerd. Het spreekt echter voor zich dat voor andere praktische doeleinden, andere theoretische middelen geschikter zijn. Het 'afwijzend' pragmatisme van Posner vind alvast een betere omgang met deze centrale tekst dan Leiters naturalistische lezing, die *alsnog* op zoek wil gaan naar een filosofische theorie. De rehabilitatie van *Legal Realism*, zo is mijn suggestie, behoeft geen filosofie.

Summary

In *Naturalizing Jurisprudence* Brian Leiter proposes a philosophical rehabilitation of the Legal Realist tradition. In the first part of my essay, I explore the nature of this rehabilitation and develop the standards by which to judge Leiter's work. On the basis of those standards Leiter has made an important contribution to our understanding of the Realist tradition. The second part questions a fundamental assumption of Leiter's work: that Legal Realism calls for a philosophical rehabilitation. Leiter himself is the first to admit that the realists were for the most part uninterested in philosophical matters. I suggest that this lack of philosophical interest is not a shortcoming that has to be remedied, but rather an essential part of the tradition that we should try to understand as such.

23 Frank 1930, p. 46.