

Een linkse fenomenologische kritiek op de rechtsvindingstheorie van Hart en Kelsen¹

Duncan Kennedy*

Dit artikel bestaat uit twee delen. Het eerste deel geeft een samenvatting van de linkse fenomenologische kritiek op het rechtspositivisme, zoals die ontwikkeld is door een stroming binnen de critical legal studies (CLS). Het tweede deel probeert deze positie te verhelderen door een repliek te geven op een van de vele verkeerde interpretaties van het CLS-standpunt, die gangbaar zijn binnen de positivistische en postpositivistische hoofdstroom van de academische rechtsfilosofie zoals die in de Verenigde Staten wordt bedreven.

I

Dit deel gaat over de ideeën die in zowel Harts als Kelsens geschriften over rechtsvinding te vinden zijn. [Beide auteurs gaan ervan uit dat] binnen een 'kern' of binnen de grenzen van een '[interpretatie]kader' dat door een norm wordt vastgesteld, rechtsvinding 'bepaald' is. In het grensgebied,² of binnen³ het kader dat door de norm wordt vastgesteld, is rechtsvinding niets anders dan een ander woord voor 'discretie' of 'rechtsvorming'.⁴ De betekenis die de uitlegger⁵ aan de norm geeft, is hier onbepaald.

Volgens Kelsen en Hart kan een norm, gezien als een eenheid, meer of minder bepaald zijn. Volgens Kelsen zijn de constitutionele normen die de juiste

* Carter Professor of General Jurisprudence, Harvard Law School.

1 Vertaald door Pauline Westerman en Ronald Janse.

2 Eng. *periphery*. Kennedy heeft achteraf verzocht de term 'periphery' in de Engelse tekst te vervangen door 'penumbra', omdat dit zijns inziens verhelderend is en omdat het Harts begrip is. Het begrip 'penumbra' is vertaald met grensgebied.

3 Navraag bij Kennedy heeft uitgewezen dat hij inderdaad 'binnen' het kader bedoeld, niet buiten het kader. Kennedy verduidelijkt: 'In Kelsen, the problem of interpretation arises because "within the frame" of the norm there are alternative interpretations possible, so that "within the frame" corresponds to the penumbra.'

4 Eng. *legislation*.

5 'Interpreter' is consequent met 'uitlegger' vertaald, omdat andere vertalingen (juridische beslisser; rechtstoepasser) de aandacht kunnen afleiden van waar het hier om gaat.

uitoefening van wetgevende macht definiëren relatief onbepaald voor wat betreft de [inhoud van] wetten die de wetgever moet aannemen, terwijl wetten relatief meer bepaald zijn met betrekking tot de inhoud van de beslissingen van de rechter die pretendeert deze wetten toe te passen. En ook volgens Hart kunnen normen grotere of kleinere grensgebieden⁶ hebben.

Beide auteurs lijken me het woord 'bepaald' op een verwarrende manier te gebruiken. Soms betekent 'bepaald' dat we met grote zekerheid kunnen voorspellen wat de uitlegger met een probleem zal doen. Maar tegelijkertijd lijkt het te betekenen dat deze oordeelsvorming 'cognitief' van aard is, in de zin dat we haar kunnen opvatten als een oordeel over de betekenis van een norm, die kan worden vastgesteld onafhankelijk van de waarnemer en waarvan we kunnen geloven dat ze 'waar' is, zelfs als de uitleggers onderling waarschijnlijk van mening verschillen over wat die waarheid dan wel is.

Ik geloof niet dat Hart en Kelsen meenden dat dit veel verschil uitmaakte, maar in het volgende zal ik betogen dat ze het bij het verkeerde eind hadden.

Beide auteurs gaan voorbij aan wat er gebeurt bij een norm die bepaald lijkt te zijn. Zij nemen aan dat de juiste betekenis van de kern of van het kader van een norm automatisch en moeiteloos kan worden vastgesteld, alsof het een kwestie is van kennis of van een hoogst voorspelbare keuze die te goeder trouw totstandkomt. Volgens Hart dicteren de rechtsfeiten van het geval dat deze binnen de kernbetekenis van een norm valt. Volgens Kelsen bestaat [de hele operatie] uit een weigering om een norm toe te passen als de interpretatie van die norm zou vallen buiten het kader waarmee de mogelijke betekenissen van de norm worden afgegrensd.

Met andere woorden, als de rechter de regel die voertuigen in het park verbiedt, toepast op een auto die door het park rijdt, dan is de toegepaste regel 'bepaald'. Als de kelseniaanse uitlegger beweert dat er een lacune is in de wet, dan is het volgens Kelsen gewoonlijk het geval dat er 'in feite' slechts een spanning bestaat tussen een geldig vastgestelde norm van geen aansprakelijkheid voor gedaagde en de politieke opvattingen van de uitlegger. Hier wordt dan aan een 'bepaalde' norm een verkeerde uitleg gegeven, namelijk een uitleg die buiten het kader valt die de mogelijke betekenissen van de norm bepaalt.

6 Eng. *penumbras*.

Een van de opvallendste en merkwaardigste aspecten van de rechtsvindingstheorieën van Hart en Kelsen is dat ze een [nieuwe] versie lijken te zijn van 'exegese' of 'literalisme'. Met andere woorden: Hart en Kelsen leggen uit hoe rechtsvinding werkt als er één enkele norm is die de gedaagde al dan niet aansprakelijk stelt ten opzichte van de eiser, gegeven de feiten van het geval. Het is verbazingwekkend dat geen van beiden zich op de een of andere manier bezighoudt met een rechtsvindingspraktijk die het meest kenmerkende is voor de periode van de Europese rechtsgeschiedenis waarin ze zelf leefden, namelijk de rechtsvinding die gebruikmaakt van methodes van 'constructie' en 'coherentie'. Deze methode, ook wel 'conceptuele rechtsvinding'⁷ genoemd, kan als volgt worden onderscheiden van literalisme.

Conceptuele rechtsvinding accepteert dat er situaties kunnen zijn waarin er meer dan één geldige norm (wetsartikel of bindend precedent) bestaat die toepasbaar kan zijn op de feiten en dat de verschillende normen verschillende uitkomsten genereren voor het geval. Conceptuele juristen, dat wil zeggen juristen die de conceptuele methode hanteren (en hun critici, zoals bijvoorbeeld F. Géný in *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*), neigen er bovendien toe te geloven dat er situaties zijn die 'nieuw' zijn, in de zin dat er geen enkele geldige rechtsnorm bestaat waarmee deze situaties op de een of andere manier geregeld kunnen worden. Deze methode eist van de rechter dat hij, als hij geconfronteerd wordt met dergelijke conflicten of lacunes, moet veronderstellen dat 'het systeem' als geheel coherent is. Hij moet zich vervolgens afvragen welke van de conflicterende normen of welke nieuwe norm het beste zou 'passen' bij aanpalende normen, of als dit niet duidelijk is, bij meer abstracte normen die expliciet of impliciet in het 'systeem' liggen besloten en waaruit men meent dat de bijzondere normen kunnen worden afgeleid (Savigny).

Vanuit het standpunt van Hart en Kelsen is een dergelijke constructie niets anders dan het uitoefenen van discretie en rechtsvorming. Maar wat voor ons van belang is, is dat voordat zo'n constructie begint, de rechtstoepasser al tot het onberedeneerde oordeel is gekomen dat er een lacune of een conflict 'bestaat'. Dit wordt gewoonlijk gezien als een kwestie van kennis waarover de uitlegger beschikt. Waar dus wel getheoretiseerd wordt over hoe door de conceptuele jurist het recht geconstrueerd wordt en over de wijze waarop inductie en deductie worden geacht de objectieve geldigheid van de normkeuze te garanderen, daar blijft deze eerste inschatting⁸ van de situatie als één waarin normen conflicteren dan wel afwezig zijn, buiten beschouwing.

7 Eng. *conceptual jurisprudence*.

8 Eng. *initial framing*.

Naast literalisme en conceptuele rechtsvinding bestaat er een derde methode van rechtsvinding die gangbaar is in de westerse rechtspraak en dat is beleidsanalyse⁹ ofwel de methode waarin verschillende zaken tegen elkaar worden afgewogen. Hier beschouwt de uitlegger zichzelf als iemand die moet kiezen tussen normen of tussen formuleringen van normen. Hij gelooft dat die keuze kan worden gemaakt door een beroep te doen op de conflicterende overwegingen die aan het regelsysteem als geheel ten grondslag liggen. Deze methode van beleidsanalyse kent vele varianten, waarbij steeds andere dingen tegen elkaar worden afgewogen. Dit kunnen conflicterende rechten zijn, maar ook beginselen, of instrumentele doeleinden die in het algemeen belang zouden zijn. Het kunnen ook belangen zijn als uitvoerbaarheid (bijvoorbeeld versus billijke flexibiliteit) en belangen die te maken hebben met het in standhouden van het systeem, zoals het behoud van de machtscheiding. Of alles tegen elkaar tegelijkertijd.

Volgens Hart en Kelsen is het belangrijk dat beleidsanalyse een discretionair of rechtsvormend karakter heeft. Maar wat voor ons van belang is, is niet hoe de beleidsanalyse uitgevoerd wordt, maar hoe de situatie wordt ingeschat als een situatie waarin een beleidsanalyse mogelijk is of vereist wordt. Met andere woorden: voordat met beleidsanalyse wordt begonnen, wat haar inhoud ook moge zijn, gaat de uitlegger er al dan niet stilzwijgend vanuit dat er een conflict of lacune bestaat die hem van de elementaire plicht ontslaat om een duidelijke norm toe te passen als de feiten duidelijk passen binnen de definities van de norm. Deze eerste inschatting wordt niet in de beschouwing betrokken door de auteurs die beleidsanalyse als methode hebben ontwikkeld.

De vraag rijst nu hoe we de *perceptie* van een interpretatieprobleem kunnen begrijpen: dat wil zeggen het *proces* waarmee de uitlegger de situatie *construeert* als ofwel een situatie waarin slechts normtoepassing wordt vereist, ofwel een grenssituatie die vraagt om méér dan slechts normtoepassing, omdat er een conflict of lacune bestaat (en dat 'meer' ligt dan in de keuze tussen mogelijke interpretaties die gebaseerd zijn op rechtsvormende discretie, coherentie analyse of beleidsanalyse). De schuingedrukte woorden zijn bedoeld om aan te geven waarin hier wordt afgeweken van positivistische en postpositivistische rechtsvindingstheorieën. Er kleven twee aspecten aan dit onderzoek. Het eerste betreft de beslissing van de uitlegger over welke norm of normen in een bepaald geval geïnterpreteerd moeten worden. Het tweede betreft de beslissing van de uitlegger of de feiten van het geval diceren dat de casus in een kern of grensgebied gelokaliseerd moet worden,

9 Eng. *policy analysis*.

buiten of binnen het kelseniaanse kader, of er een conflict bestaat tussen de normen die kunnen worden toegepast ofwel een lacune.

In het interpretatiekader van Hart en Kelsen, dat gedeeld wordt door de aanhangers van conceptuele rechtsvinding en de beleidsanalyse, is er geen plaats voor de activiteit die ik juist in het hart zou willen plaatsen van een fenomenologie van kernen, kaders, lacunes en conflicten, een fenomenologie die licht kan werpen op bepaaldheid en onbepaaldheid. Met die activiteit doel ik op de juridische arbeid¹⁰ die nodig is om de eerste inschatting (Husserl) van wat het rechtsmateriaal vereist te transformeren tot [een beoordeling] van wat zij *zou moeten* vereisen in het licht van het doel of het ideaal¹¹ dat de uitlegger voor ogen staat. (Het begrip arbeid is geënt op Marx' *Ökonomisch-philosophische Manuskripte* van 1844.)

Die juridische arbeid, of zij zich nu richt op kernen of kaders of op grensgebieden, conflicten of lacunes, wordt op een strategische manier verricht. De juridische arbeider stelt zich ten doel om zijn eerste inschatting van wat het rechtssysteem gezien de feiten vereist, om te vormen tot een zodanige nieuwe opvatting van het systeem, dat die past bij de buitenrechtelijke¹² voorkeuren van de uitlegger.

Deze juridische arbeid vindt plaats na de eerste inschatting van feiten en normen en na 'onbewuste regeltoepassing'¹³ De uitlegger be-'grijpt'¹⁴ (een Gestalt-proces, zoals in de Gestalt-psychologie van Kohler) dat de situatie beheerst wordt door een bepaalde norm, maar de vraag is of de norm in deze situatie moet worden toegepast en de sanctie moet worden opgelegd. Iemand is overleden en de rechter vraagt eerst of de gedaagde die persoon heeft omgebracht en ten tweede, of dat ombrengen in de juridische zin 'moord' genoemd kan worden en dat 'hangt van de feiten af'. Vaak is het zo dat als die feiten gevonden zijn niemand aandacht schenkt aan de mogelijkheid dat er juridische arbeid voor nodig is om de norm te interpreteren die de moord definieert en strafbaar stelt. Men zal het veeleer zo opvatten alsof de feiten als het ware uit zichzelf schuld of onschuld vaststellen, alsof de norm 'zichzelf toepast' zonder dat de uitlegger er aan te pas hoeft te komen.

Het is bekend dat de feiten pas rechtswerkelijkheid krijgen na onderzoek. De feiten die worden gepresenteerd hangen af van het strategische werk en

10 Eng. *legal work*.

11 Eng. *vision*.

12 Eng. *extra-juristic*.

13 Eng. *unself-conscious rule application*.

14 Eng. *grasps*.

de inspanningen die verricht zijn door de officier van justitie en de partijen. Het is ook bekend dat advocaten en rechters en in het algemeen genomen juristen soms moeite doen om de aanvankelijke inschatting van wat de toepasselijke norm is en wat die vereist, om te vormen. Dit is strategisch interpretatiegedrag.

Er zijn drie typen strategisch interpretatiegedrag:

- 1) Men kan proberen om juridische argumenten te vinden waarmee een norm waarvan men aanvankelijk meende dat die de situatie regelde, vervangen kan worden door een andere norm, zoals door het te doen voorkomen dat voor deze zaak noodzakelijkerwijs een uitzondering moet worden gemaakt of dat de zaak onder een heel andere regel valt.
- 2) Men kan proberen om dat wat leek op een discretionaire rechterlijke beslissing (een die betrekking had op de situatie in het grensgebied ofwel binnen het kader dat door de norm wordt vastgesteld)¹⁵ voor te stellen als gewone regeltoepassing, bijvoorbeeld [door te zeggen dat] het geval binnen de kern van de norm valt of dat alle alternatieven buiten het kader van de norm zouden vallen.
- 3) Men kan proberen om een norm die aanvankelijk geldig of wettelijk vereist leek, buiten spel te zetten door de situatie te percipiëren als een situatie waarin de rechter verplicht is om volgens vage criteria te kiezen tussen meerdere wettelijk toegestane alternatieven, bijvoorbeeld door een interpretatie van de kern naar het grensgebied te verhuizen of naar een kader waarbinnen rechterlijke discretie is toegestaan.

In al die gevallen verricht de uitlegger arbeid om ofwel bepaaldheid te creëren ofwel teniet te doen. Hij doet veel meer dan alleen maar constateren dat een norm bepaald is en het te ervaren als iets dat door de situatie is gegeven.

Arbeid veronderstelt een medium, iets dat door de arbeider 'gemodelleerd' wordt. In dit geval bestaat het medium uit het rechtsmateriaal¹⁶ dat relevant geacht wordt voor het vaststellen van de betekenis van de norm. Dat omvat natuurlijk een woordenboek met zijn definities en een juridisch woordenboek met zijn heel andere definities en rechtsdogmatiek en het hele arsenaal aan geldige rechtsnormen, misschien ook parlementaire¹⁷

15 Eng. *...one in the periphery or within the frame*. Zie voetnoot 2 en 3 voor verantwoording vertaling.

16 Eng. *legal material*.

17 Eng. *legislative*.

debatten, en misschien jurisprudentie.¹⁸ Voor ons is niet van belang wat officieel als 'rechtsbron' geldt, maar naar welke elementen gezocht wordt en welke worden gebruikt in het werk van pleiten of rechtvaardigen.

De [juridische] arbeider gebruikt het rechtsmateriaal om een bepaald publiek (en zichzelf) ervan te overtuigen dat hijzelf of iemand anders de bepaaldheid of onbepaaldheid van de norm aanvankelijk verkeerd had ingeschat. Maar er is niets dat het succes van deze onderneming verzekert. De arbeid bestaat immers niet uit het kennen van het bindende recht en ook niet uit het discretionaire bepalen van wat recht is volgens eigen voorkeuren. Het zit tussen deze twee dingen in. Het rechtsmateriaal stelt beperkingen aan de juridische arbeid, maar alleen maar op de manier waarop ieder medium beperkingen stelt aan iedere arbeider. Het stelt alleen beperkingen aan de inspanning om het materiaal de een dan wel de andere betekenis te verlenen.

De uitspraak dat de interpretatie van de regel bepaald was, betekent alleen dat na afloop van het arbeidersproces de uitlegger niet in staat is gebleken om de aanvankelijke betekenis van de norm te herinterpreteren in de strategisch gewenste richting. Met andere woorden: CLS, zoals ik die positie opvat, is het volledig eens met het positivistische idee dat recht soms bepaald en soms onbepaald is. CLS verwerpt zowel het idee dat er een gehele onbepaaldheid zou heersen als het idee dat er altijd een correcte interpretatie is, hoe duister die ook zou zijn of hoe moeilijk die ook te vinden is. Maar CLS verwerpt eveneens het idee dat bepaaldheid of onbepaaldheid 'eigenschappen' zijn die inherent in de norm besloten liggen, onafhankelijk van de arbeid die de uitlegger verricht.

Strategisch succes tegen datgene wat aanvankelijk bepaald of onbepaald leek te zijn, is afhankelijk van tijd, strategie, vaardigheid en is tevens een functie van de 'intrinsieke' of 'wezenlijke' of 'objectieve' of 'echte' eigenschappen van de regel die men probeert te veranderen. De ontologische vraag rijst of het gepast is om de bepaaldheid van een regel in de zin van haar onoverkomelijke geldigheid en verbindendheid aan het eind van de periode die men zich heeft toegestaan eraan te werken, te beschouwen als de intrinsieke eigenschap van die regel. Het alternatief is dat de bepaaldheid of de onbepaaldheid van de norm niet anders begrepen kan worden dan als het effect – de schijn van noodzakelijkheid – dat op een contingente manier totstandgekomen is in de interactie tussen tijd, strategie en vaardigheid van de uitlegger met een *onkenbaar* Ding an Sich ofwel de 'wezenlijke' aard van de regel.

18 Eng. *case law*.

Voor de juridische arbeider [maakt het niet uit] of de weerstand van de regel tegen herinterpretatie nu voortkomt uit iets dat er 'echt' is, of dat deze slechts het resultaat is van tijd, strategie en vaardigheid. Op klassiek fenomenologische wijze zet hij deze kwestie tussen haakjes (Husserl). Hij probeert gewoon dingen te veranderen zonder een of ander standpunt in te nemen aangaande de ontologie van de norm. Volgens de strategische uitlegger maakt een beslissing over de essentie van de regel geen enkel verschil. De linkse fenomenologische stroming binnen CLS neemt deze houding over.

Hoeveel werk er verricht moet worden, hangt af van de vraag hoeveel er op het spel staat. Zoals Max Weber heeft opgemerkt, kunnen er zowel materiële als ideële dingen op het spel staan. De procespartijen kunnen materieel gemotiveerd zijn en de rechter eveneens, maar rechters (juristen in het algemeen) zijn zich vaak alleen maar bewust van de ideële component. Ze kiezen een bepaalde arbeidsstrategie, omdat ze hun onderneming opvatten als iets dat met 'rechtvaardigheid' te maken heeft, als iets dat onderscheiden moet worden van regeltoepassing. Ze vatten deze plicht tot rechtvaardigheid ook op als iets dat 'ondergeschikt' is aan het recht. Maar deze plicht kan alleen worden uitgeoefend nadat het [toepasselijke] recht is vastgesteld. De gangbare definitie van de rol van de rechter of de jurist zegt niets over juridische arbeid, omdat het standaard positivistische model alleen oog heeft voor kennis en discretie maar geen plaats biedt aan arbeid.

Wie rechtsvinding ziet als een kwestie van ofwel kennis ofwel discretie neigt ertoe om arbeid die erop gericht is een bepaalde verandering teweeg te brengen in de betekenis van een norm in een richting die op strategische gronden wordt bepaald, als illegitiem te beschouwen. Ik denk dat dit onjuist is.

Ten eerste zijn de meeste mensen het erover eens dat rechters juist geacht worden enige interpretatiearbeid te verrichten en dat ze moeten beslissen in welke richting ze dat doen. De meeste juristen menen dat de rechter zijn plichten zou verzaken als hij zich eenvoudigweg liet leiden door elke willekeurige betekenis die de norm op het eerste gezicht leek te hebben, zodra duidelijk geworden was dat er andere mogelijke betekenissen te geven zijn. Hij kan niet iets voor 'waar' nemen, enkel en alleen omdat iets op het eerste gezicht evident leek te zijn.

Geconfronteerd met de verplichting om in de een of andere richting te werken, kiezen rechters en juristen er vaak voor om een beslissing te nemen die overeenkomt met hun buitenrechtelijke of rechtsvormende intuïtie dat er rechtvaardigheid-in-de-regel zit. Dit zijn, in het Amerikaanse jargon, de 'activisten'. Wat Hart en Kelsen beschouwen als 'rechtsvormende' motieven,

kunnen we begrijpen als iets dat in het domein van de ideologie thuishoort. Een ideologie is een universaliseringsproject waarin een bepaalde controversiële opvatting over rechtvaardigheid wordt gepostuleerd. Sommigen beschouwen zo'n universaliseringsproject als niets meer dan een rationalisatie van niet-universele belangen. Anderen zien het wel degelijk als universeel – als een project dat leidt tot de rechtvaardiging en verdediging van belangen die door de tegenstanders slechts als partijdig worden beschouwd (Mannheim, Habermas). Rechters (en juristen in het algemeen) gaan niet willekeurig te werk wanneer zij het recht in overeenstemming proberen te brengen met rechtvaardigheid, maar doen dat soms op basis van hun betrokkenheid bij bepaalde bekende universaliseringsprojecten of ideologieën. Deze houding is problematisch. Zelfs als we erkennen dat rechters verplicht zijn om het recht meer te laten aansluiten bij rechtvaardigheid, het een van de uitgangspunten van de liberaal democratische theorie over machtenscheiding is dat ideologie sowieso *niet thuishoort in de rechterlijke macht of in de juridische wereld*, laat staan dat zij een rol zou mogen spelen bij rechterlijke rechtsvorming.

Rechters gaan vaak met dit dilemma om door te beweren dat ze alleen maar werken en dat ze dat werk op een niet-ideologische wijze proberen te doen door hun voorkeuren tussen haakjes te zetten als ze beslissen in welke richting ze de kaders of kernen proberen bij te stellen. Maar als ze dat doen, zullen ze erin moeten berusten dat hun publiek – en zij zelf ook – in veel gevallen waar de inzet hoog is, de verschillende uitkomsten opvat als een uitvloeisel van verschillende ideologieën. Ter zake van dit dilemma zijn er twee gangbare rechterlijke en juridische attitudes te onderscheiden: 'bipolariteit' en 'verschil delen'. De eerste houding bestaat eruit dat de rechter zichzelf en anderen voorhoudt dat hij ideologisch neutraal is, omdat hij op onvoorspelbare wijze alterneert tussen de alternatieven die door de conflicterende ideologieën worden gegenereerd. De tweede houding bestaat erin dat de rechter zijn neutraliteit hoog houdt door een 'centrist' te zijn, iemand die oplossingen bedenkt die beide partijen iets geven maar die nooit één partij alles geeft wat die partij vraagt. Dit zijn oplossingen die voortkomen uit kwade trouw, in de betekenis die Sartre daaraan geeft in *L'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, omdat ze het rollenconflict vermijden door het te ontkennen (in de betekenis van Freud en Anna Freud).

De positie van de activistische rechter die bewust of onbewust zijn eigen ideologische betrokkenheid volgt in plaats van neutraliteit voor te wenden [...] lijkt mij ethisch gesproken meer plausibel. De rechter weet dat hij door zijn arbeid erin kan slagen om de regel zijn voorkeur te laten benaderen,

maar het is ook mogelijk dat hem dat niet lukt. Laten we aannemen dat hij de regel moet toepassen als hij er niet in slaagt deze te destabiliseren door middel van aanvaarde en gangbare juridische technieken -namelijk door onderzoek van het rechtsmateriaal dat zal leiden tot herinterpretatie volgens de geaccepteerde methoden van juridisch redeneren. Waarom zou hij dan niet zijn arbeid, tijd, strategie en vaardigheid inzetten om het argument te vinden dat het recht laat aansluiten bij zijn opvatting van rechtvaardigheid? Het lijkt mij duidelijk dat hij juist illegitiem zou handelen als hij dat niet zou proberen, met andere woorden als hij geen poging zou doen om het positieve recht op zo'n manier te bewerken dat het aansluit bij zijn notie van rechtvaardigheid. De rol van rechters en juristen vereist trouw aan het 'recht' in een complexe betekenis van dat woord waarin zowel een positief als een ideaal element met elkaar gecombineerd worden. Deze positie die de juridische arbeid legitimeert waarmee geprobeerd wordt het recht om te buigen in de richting van de ideologische voorkeuren van de rechter (of van de jurist in het algemeen) is natuurlijk 'anarchistisch' (of in ieder geval 'pluralistisch') voor degene die zich op het Jacobijnse standpunt stelt dat juridische legitimiteit alleen zetelt in de wil van het volk.

Als we erkennen dat rechters in staat zijn om kernen of kaders te veranderen en dat ook daadwerkelijk doen (of we dat nu legitiem vinden of niet), dan wordt daarmee een fundamentele notie bij Hart en Kelsen ondermijnd. Die fundamentele notie bestaat bij Kelsen uit wat hij noemt de 'dynamische opvatting', waarin rechtsschepping verloopt van het abstracte naar het concrete. Bij Hart bestaat die notie uit het idee dat de rechter het grensgebied 'invult', zoals goed uitgedrukt wordt door MacCormick in het volgende citaat:

'De stelling dat zelfs de duidelijkst omliggende wetten altijd een grensgebied van twijfel hebben en dat dit vraagt om gedeeltelijk politieke discretie waarmee de twijfel wordt weggenomen, is niet bijzonder nieuw maar heel gebruikelijk in het moderne rechtspositivisme.

[...] Het is echter van het grootste belang om de betekenis van het trekken van die lijnen [...] niet te ontkennen of te onderschatten. Het recht is in staat om prioriteitsvragen te beslissen door regels vast te stellen en zelfs daar waar interpretatieproblemen rijzen, spitsen deze problemen zich toe op kwesties [die door de regel] nauwer zijn gedefinieerd dan wanneer het een pure principezaak gebleven was. Die regels kunnen worden vastgesteld ofwel door wetgeving ofwel door precedentwerking en in een modern rechtssysteem gewoonlijk door een combinatie van beide. Het is een van de grootste bijdragen van het recht aan de beschaving dat het in staat is om praktische kwesties te onderwerpen aan vormen van argu-

mentatie die meer toegespitst en precies zijn dan de argumentatievormen waarover een praktische rede beschikt die door niets wordt beperkt.¹⁹

Als de strategisch georiënteerde interpretatiearbeid in staat is om de aanvankelijke inschattingen van kernen of kaders te destabiliseren, dan is deze bewering veel te optimistisch over de 'bijdragen van het recht aan de beschaving'. Zoals ik elders uiteengezet heb, kan er bij die 'kleine' kwesties heel veel op het ideologische spel staan. Ten tweede denk ik, anders dan MacCormick, dat het zelfde principeargument op elk abstractieniveau weer opduikt, zodat het oplossen van gevallen 'aan de onderkant' van de piramide argumenten met zich mee zal brengen die niet minder controversieel zijn dan degene die zich aan de top van de piramide bewegen.

Maar voor dit betoog is iets anders van belang: zelfs nadat de interpretatie is vastgesteld, kan juridische arbeid die nog destabiliseren. Dat betekent dat door middel van arbeid kernen en kaders kunnen worden 'omgebogen' of 'vershoven'. Er is een dynamiek 'van beneden naar boven' die in een bepaalde mate tegenspel biedt aan de dynamiek van Hart en Kelsen die zich van boven naar beneden en van het abstracte naar het concrete beweegt. In plaats van MacCormicks beweging waarin controversiële kwesties zich steeds nauwer toespitsen, kan de juridische arbeider hopen dat hij in staat zal zijn om kernen open te splijten of te doen oplossen.

Dus de juridische arbeid omvat meer dan alleen maar het invullen van het kader of het grensgebied met strategisch bepaalde normkeuzes. Ideologie buigt de arbeid om en die arbeid buigt kaders en kernen om, die op hun beurt weer leiden tot verdere destabilisering van andere kernen en kaders. Volgens deze opvatting is het hele systeem²⁰ van geldig recht, dat wil zeggen het recht dat de juridische arbeider aanvankelijk als kern of kader opvatte, het beste te begrijpen als ten eerste het historische arbeidsproduct van advocaten, rechters en juristen die hun ideologische projecten nastreven (die overigens best centristisch kunnen zijn, in de betekenis die ik hierboven gebruikte) en ten tweede iets dat altijd maar op onvoorspelbare wijze het voorwerp kan zijn van destabilisering door toekomstige ideologische arbeidsstrategieën.

19 N. MacCormick, Reconstruction after deconstruction: A response to CLS, *Oxford Journal of Legal Studies* 1990, vol 10, p. 553-554.

20 Eng. *body*.

II

Dit standpunt representeert waarschijnlijk de meest dominante stroming binnen CLS sinds ongeveer 1985 en is naar mijn mening de enige nog overgebleven positie die expliciet beargumenteerd wordt. Om deze positie te begrijpen kan het nuttig zijn haar te contrasteren met een typisch onjuiste interpretatie van de CLS-positie door iemand binnen de hoofdstroom van de Angelsaksische²¹ rechtsfilosofie, in dit geval mijn vriend Brian Bix. [Hij schrijft:]

[...] In het bijzonder meenden CLS theoretici dat recht radicaal onbepaald was in de zin dat het rechtsmateriaal niet de uitkomst van de bijzondere casus bepaalt. CLS denkers accepteerden weliswaar over het algemeen dat de uitkomsten *voorspelbaar* waren, maar dit was volgens hen niet zozeer omdat het recht bepaald was maar veeleer omdat de rechter bekende of voorspelbare voorkeuren had. Het rechtsmateriaal op zichzelf genomen werd geacht onbepaald te zijn, omdat de taal onbepaald was, of omdat rechtsregels ertoe neigden om tegengestelde beginselen te herbergen die het de rechters toestonden om elk willekeurig gekozen resultaat maar te rechtvaardigen (Kelman 1987). Deze CLS-kritiek wordt in het algemeen overdreven gevonden (Solum 1987). Hoewel er gevallen kunnen zijn waarin het rechtsmateriaal geen duidelijk resultaat geeft of in ieder geval geen resultaat waarover iedereen het onmiddellijk eens kan worden, wordt hiermee toch niet het gemak ontkend waarmee de ruime meerderheid van mogelijke conflicten wordt opgelost noch de mogelijkheid van een juist antwoord zelfs voor de moeilijkste gevallen.²²

1. De linkse fenomenologische stroming in CLS (aantoonbaar de dominante stroming) wilde laten zien dat het rechtsmateriaal *alleen in interactie*²³ met de argumentatiestrategieën van juristen die hun doelen nastreven met beperkte tijd en middelen, de uitkomsten van de casus bepaalt. Het materiaal maakt deel uit van die bepaling, maar alleen in combinatie met deze interpretatieactiviteit die niet op kennis berust maar die bewust of onbewust strategisch is. Het is en was nooit het standpunt van deze stroming dat het rechtsmateriaal 'de uitkomst van de specifieke gevallen niet bepaalt', maar alleen dat de invloed van het materiaal bemiddeld wordt en dat de 'intrinsieke' of 'wezenlijke' bepaaldheid of onbepaaldheid [van het materiaal] onkenbaar is.

21 Eng. *Anglo-American*.

22 P. Cane & M. Tushnet, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford 2003, p. 986.

23 Cursivering van mij, PW.

Het rechtsmateriaal is slechts in zoverre ‘onbepaald’ dat het soms mogelijk is om de eerste inschattingen en opvattingen door middel van juridische arbeid te destabiliseren. Het materiaal is [op zichzelf genomen] niet ‘intrinsiek’ of ‘wezenlijk’ bepaald dan wel onbepaald. Zeker, het materiaal kunnen we vaak aanvankelijk opvatten als iets dat de uitkomst van een specifieke casus zal bepalen of juist als iets dat die uitkomst niet zal bepalen [...]. Maar dat betekent alleen dat we de uitkomsten kunnen voorspellen *als we verwachten dat er geen arbeid verricht zal worden om deze eerste inschattingen te destabiliseren*. En [inderdaad] is het vaak mogelijk om te voorspellen dat die arbeid niet verricht zal worden, omdat de bestaande ideologische projecten die door de rechterlijke macht worden nagestreefd²⁴ overeenkomen met die aanvankelijke inschatting – met andere woorden, omdat mensen met radicale of afwijkende ideologische voorkeuren gewoonlijk niet werken als rechters of invloedrijke juristen.

Het kan ook zijn dat het rechtsmateriaal de uitkomsten bepaalt in die gevallen waar na juridische arbeid, als de beschikbare tijd en middelen zijn uitgeput, de uitlegger nog steeds niet in staat is om de aanvankelijke inschatting te destabiliseren dat er een toepasbare norm is en dat die norm beslissend is voor een van beide partijen. Maar dat betekent alleen dat we de uitkomsten kunnen voorspellen *als we verwachten dat pogingen om de uitkomsten te destabiliseren zullen falen*. In dit geval doen we een voorspelling over de uitkomst van de interactie tussen de interpretatiearbeid en de onkenbare ‘essentie’ van het materiaal. En ook hier speelt de centristische ideologie die door rechters en juristen in kapitalistische landen gedeeld wordt een belangrijke rol in dit type voorspelling.

CLS-schrijvers hebben zich altijd beziggehouden met de vraag naar de enorme en onrechtvaardige gevolgen die regels kunnen hebben voor de onderdrukte groeperingen als [die regels] iedere poging tot ombuiging door middel van interpretatie leken te weerstaan gezien de gematigde linkse of rechtse ideologische voorkeuren die door vrijwel alle rechters in de kapitalistische landen worden gedeeld. Dat is de bijdrage die CLS heeft geleverd aan de rechtssociologie en de linkse vleugel van de rechtseconomie.

2. De notie dat de onbepaaldheid van de taal de manier kon verklaren waarop recht onbepaald is, heeft enige invloed uitgeoefend op CLS, vooral in het vroege werk van Unger en op schrijvers als Boyle die pretendeerde namens de hele CLS-beweging te spreken. Maar van meet af aan heeft een meer invloedrijke stroming er op gewezen dat regels verschillen in de mate van formali-

²⁴ Eigenlijk: *empowered by the judiciary*.

seerbaarheid²⁵ zodat de simpele linguïstische kritiek vaak triviaal is, net als alle andere argumenten die uitgaan van een algehele onbepaaldheid.

Het is onbegrijpelijk dat Bix aan de CLS de notie toeschrijft dat 'rechtsregels ertoe neigen om tegengestelde beginselen te herbergen'. De claim van de CLS was, à la Dworkin, dat beginselen, beleidsdoeleinden en rechten en ook wereldbeelden allemaal deel uitmaken van de rechtsbronnen die gewoonlijk worden gebruikt, maar, dat zij, anders dan Dworkin beweert, op een onuitroeibare manier met elkaar conflicteren zowel binnen ieder van ons als tussen ieder van ons. De aanwezigheid van deze conflicten wordt weerspiegeld in de meer concrete 'geldige rechtsnormen van het systeem', die door de CLS (in navolging van Legal Realism) worden opgevat als niets anders dan complexe compromissen tussen deze conflicten. Omdat de regels eerder compromissen zijn dan coherente uitwerkingen van een of ander overkoepelend beginsel, staan ze meer open voor allerlei destabiliserende dan de schrijvers denken die het recht als een coherent systeem opvatten.

3. De 'vooringenomenheid' van rechters is relevant, omdat deze richtinggevend is voor de juridische arbeid die rechters (en andere juristen) verrichten wanneer zij de eerste inschatting van wat het materiaal vereist, ombuigen overeenkomstig de materiële of ideële belangen van de rechter (ofwel losjes gezegd: de ideologie van de rechter of jurist). Of de jurist erin zal slagen om het materiaal te laten passen bij zijn ideologische of materiële strategische motieven is iets dat men nooit van tevoren kan weten (hoewel we er wel op kunnen gokken, zoals bij ieder onzekere toekomstige gebeurtenis). Juristen accepteren voortdurend interpretaties van het positieve recht die strijdig zijn met wat zij vinden dat het recht zou moeten zijn.

Overigens bepalen de ideologische voorkeuren de arbeidsstrategieën van de jurist niet sterker dan dat het systeem van rechtsnormen de uitkomsten bepaalt. Ideologieën zijn op dezelfde manier onbepaald als het rechtssysteem. Er is hier een hermeneutische cirkel aan het werk waarin de onbepaaldheid van ieder niveau wordt opgelost door een beroep te doen op een dieper niveau dat weer zijn eigen onbepaaldheid kent en zo verder, tot we terug zijn bij het begin waarin rechtsideeën de ideologie beïnvloeden en de ideologie op haar beurt de rechtsideeën.

4. De kritiek van de CLS wordt overdreven genoemd (of als teken van geestelijke onbekwaamheid of krankzinnigheid opgevat) door mensen die

²⁵ Eng. *formal realizability and administrability*.

de hoofdstroom [van de rechtsfilosofie] vertegenwoordigen en die deze kritiek min of meer verkeerd hebben geïnterpreteerd, ofwel op de bovenstaande manier van Brian Bix ofwel alsof CLS zou hebben beweerd dat '[belangen] in laatste instantie de zaak bepalen' ofwel alsof ze het vulgair marxistische standpunt zouden hebben aangehangen dat rechters 'het uitvoerend comité van de heersende klasse' zijn en voortdurend van geval tot geval de 'belangen van het kapitaal' bevorderen. Deze onjuiste interpretaties vloeien voort uit het feit dat deze vertegenwoordigers van de Amerikaanse hoofdstroom binnen de rechtsfilosofie vrijwel onbekend zijn met zowel de fenomenologie als met de kritische sociale theorie. Dat komt deels door de beperkte aandacht die de vertegenwoordigers van de hoofdstroom in de rechtsfilosofie wijden aan marginale stromingen (Bix vormt een uitzondering; hij kent de geschriften van de CLS) en deels door het feit dat hoofdstromingen er nu eenmaal alles aan doen om de marginaliteit van de marginale stromingen te benadrukken en te versterken.

5. Iedereen weet dat er 'gevallen zijn waarin het rechtsmateriaal geen duidelijk resultaat oplevert'. En dat er gevallen zijn waarin het rechtsmateriaal geen uitkomst geeft 'waar iedereen onmiddellijk mee kan instemmen'. Als we de vraag stellen hoeveel van de feitelijke of denkbare gevallen 'makkelijk' zijn, dan stelt CLS dat we daarbij rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de aanvankelijke inschatting van wat het materiaal vereist, gedestabiliseerd kan worden door juridische arbeid. Beweringen over de 'ruime meerderheid van mogelijke conflicten' zijn eenvoudigweg betekenisloos, zodra we inzien dat bepaaldheid niet alleen maar een functie is van de woorden van de geldige normen en de inhoud van andere bronnen, maar van de interactie tussen bronnen en strategieën van degene die bevoegd is het recht te interpreteren en de 'dingelijkheid'²⁶ van het materiaal.

6. Dat uitkomsten in sommige gevallen niet bepaald zijn, impliceert volgens Bix niet dat de mogelijkheid ontkend wordt dat er 'een juist antwoord gegeven kan worden zelfs in moeilijkere gevallen.' De enige begrijpelijke betekenis van een 'juist antwoord' in een bepaald geval, of dat nu een makkelijk of een moeilijk geval is, is gegeven de fenomenologie [die hierboven is uiteengezet] dat de uitlegger, nadat hij volgens een bepaalde gekozen strategie gewerkt heeft met de beschikbare tijd en middelen, [nog steeds] geen alternatief kan vinden voor een bepaalde inschatting van welke regel toepasselijk is en wat de regel vereist als hij wordt toegepast. Met andere woorden, na fenomenologische reductie te hebben toegepast, is het 'juiste antwoord' het antwoord dat wordt teweegebracht door een argument dat een

²⁶ Eng. *thing-ness*.

R&R 2004 / 3

zekere schijn van noodzakelijkheid heeft. Op de vraag of er een juist antwoord bestaat in de zin van 'kenbaar', neemt CLS het standpunt in dat Kant innam over het 'Ding an sich'.