

R.A. Posner, Law, Pragmatism, and Democracy, Cambridge MA: Harvard University Press 2003, 398 p.

Richard Posner is ongetwijfeld een van de bekendste en eigenaardigste rechters van de Verenigde Staten.¹ Naast zijn functie als rechter bij het *US Court of Appeals for the Seventh Circuit* doceert hij aan de University of Chicago Law School en publiceert hij boeken aan de lopende band. Zijn *Economic Analysis of Law* uit 1973 heeft een generatie economen en rechtswetenschappers van de straat gehouden. Hij is echter niet alleen bekend bij rechtsfilosofen, rechtstheoretici en economen. Posners veelvuldige deelname aan publieke discussies en optredens in de media maken hem bekend bij de beter geïnformeerde burger en verschaffen hem de rol van conservatief publiek intellectueel.

Sinds begin jaren negentig van de vorige eeuw huldigt Posner de opvatting dat het Amerikaanse juridische ethos het beste gebaat is bij een pragmatische houding. In *Law, Pragmatism, and Democracy* stelt hij zich ten doel een duidelijke analyse te bieden van zijn gebruik van de term pragmatisme en een verheldering te geven van het verband dat hij legt tussen pragmatisme en rechtspositivisme enerzijds en tussen pragmatisme en democratie anderzijds. Daarnaast richt hij zich op het vraagstuk van de democratische legitimiteit van de rechtspraak van pragmatische rechters. Het doel van deze exercitie is het houden van een lofzang op de Amerikaanse democratie zoals die tegenwoordig functioneert. Hierbij roept hij de hulp in van Joseph Schumpeters theorie van 'elitedemocratie' en levert hij kritiek op wat hij aanduidt als deliberatief liberalisme. Met deliberatief liberalisme verwijst hij naar een visie op politiek waarbij keuzen gebaseerd zijn op rationaliteit in plaats van op belangen. In tegenstelling tot dit deliberatief liberalisme heeft Posners pragmatisch liberalisme geen hoge pet op van menselijke rationale vermogens en betwijfelt het de mogelijke invloed van juridische, morele en politieke theorieën op het gedrag van ambtenaren en politici. Posner geeft de voorkeur aan een samenleving waarin politieke en juridische beslissingen gebaseerd zijn op economische afwegingen in plaats van op idealistische of morele overwegingen.

Pragmatisme speelt een centrale rol in het boek. Het gaat Posner echter niet om het filosofisch pragmatisme, maar om wat hij aanduidt als alledaags pragmatisme. Filosofisch pragmatisme en filosofisch getheoretiseer in het algemeen beschrijft hij als 'the product of the mind on holiday', omdat het in de praktijk irrelevant is en slechts esthetische waarde heeft. Centrale kenmerken van het filosofisch pragmatisme, zoals consequentialisme en het

1 'If he did not exist, it would be hard to believe that he could', aldus Alan Ryan in *The New York Times* van 14 september 2003.

daaruit voortkomend anti-essentialisme, fallibilisme en de nadruk op de experimentele methode van onderzoek zijn volgens Posner weinig relevant voor het recht of de politiek. Het heeft volgens hem dan ook weinig zin om rechters te onderwijzen in de filosofie. Ter verheldering van zijn alledaags pragmatisme, maakt Posner een onderscheid tussen 'orthodox pragmatisme' en het daarvan 'afgescheiden pragmatisme' (*recusant pragmatism*). Met orthodox pragmatisme duidt hij op de opvattingen van de vertegenwoordigers van het klassiek Amerikaans pragmatisme en latere filosofen die daarop voortbouwen zoals Wittgenstein, Quine, Davidson, Putnam, Habermas en Rorty. Tot de stroming van pragmatisten die hiervan afwijken, in de zin dat ze louter filosofische problemen als irrelevant beschouwen en vervangen door praktische problemen, rekent Posner de latere Wittgenstein, Dewey, Marx en (alweer) Rorty. Kenmerkend voor deze *recusant pragmatists* is dat ze normatieve ethiek beschouwen als tijdverspilling of zelfs als barrière voor sociale rechtvaardigheid. Hoewel Posner zich kan vinden in hun benadering van praktische problemen, vindt hij ook in deze vorm van pragmatisme weinig bruikbaar voor het recht. Posners alledaagse pragmatist gaat nog een stap verder dan de *recusant pragmatists*. Hij laat zich helemaal niet leiden door abstract denken of reflectie, maar slechts door de concrete situatie waarin hij zich bevindt. Deze pragmatist laat zich leiden door de *pragmatic mood*, die reeds beschreven werd door De Tocqueville en kenmerkend is voor de Amerikaanse, zakelijke *no-nonsense* mentaliteit, wars van abstractie en intellectualisme. Een alledaags pragmatische rechter beschouwt rechtsstatelijke waarden als generaliseerbaarheid, rechtszekerheid en onpartijdigheid niet als heilig, maar weegt ze af tegen de feiten van de actuele situatie met het oog op de voor alle partijen beste resultaten. Formalisme en andere theoretische benaderingen van het recht, zoals Harts positivisme en de *critical legal studies*, passen niet bij het heterogene Amerika met zijn cultuur van competitie en commercie.

De vorm van consequentialisme waarop Posner zich beroept, richt zich niet op vooraf bepaalde consequenties, zoals bij utilitarisme of hedonisme, maar vervalt ook niet tot een *ad hoc* consequentialisme dat zich beperkt tot de specifieke onmiddellijke consequenties van een rechterlijke uitspraak. Conform Holmes' advies om ervaring te laten prevaleren boven logica, baseert een pragmatische rechter zich op de grondwet en de jurisprudentie, zonder zich hieraan gebonden te voelen wanneer een uitspraak gebaseerd op deze teksten niet leidt tot een bevredigende oplossing voor een juridisch probleem. In dat geval baseert de rechter zijn uitspraak op die casus-specifieke wenselijke consequenties die de doorsnee burger in overweging zou nemen. Hierbij kunnen de resultaten van empirisch, sociaal-wetenschappelijk onderzoek van dienst zijn. Rechters komen zo niet tot juiste, maar tot redelijke uitspraken. Uit grondwet en jurisprudentie worden geen regels

afgeleid, maar normen (*standards*) die tot niet-formalistische uitspraken leiden die niet gespeend hoeven te zijn van enige retorica. Het resultaat van deze benadering is dat verschillende rechters tot verschillende uitspraken zullen komen. Posner gaat hier en op meerdere plaatsen in het boek duidelijk in discussie met Dworkin, wiens onderstreping van het belang van morele beginselen bij rechterlijke oordeelsvorming hij verwerpt. Posners pragmatische rechter heeft daarnaast een veel grotere discretionaire bevoegdheid dan die van Hart. Zijn poging tot manipulatie van de *rule of law* en het darwinistische gedachtegoed waaruit dit voortvloeit, beweert Posner te vinden in de teksten van John Dewey.

De toegenomen populariteit van Dewey sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is niet aan rechtswetenschappers voorbijgegaan. Hoewel deze sociaal-pragmatist nauwelijks rechtsfilosofische teksten op zijn naam heeft staan, wordt er de laatste tijd in met name de Amerikaanse juridische literatuur veelvuldig naar zijn gedachtegoed verwezen.² Posner beschouwt Dewey als het voorbeeld van de publieke intellectueel die zijn filosofie toepast op actuele thema's en zich daarmee te veel op een gebied begeeft waarvan hij geen verstand heeft. Deze beschuldiging van Posner doet geen recht aan de brede kennis die Dewey bezat van veel onderwerpen buiten de filosofie, blijkend uit zijn uitgebreide correspondentie met wetenschappers uit allerlei disciplines en zijn maatschappelijke betrokkenheid en politieke activiteit, zoals te lezen valt in de omvangrijke studies van Dalton, Martin en Westbrook.³ Het is Deweys opvatting van democratie die volgens Posner van belang is voor diens visie op recht en beleid. Posner geeft een beschrijving van deze opvatting van democratie aan de hand van de termen epistemische democratie en politieke democratie. Deweys concept van democratie is epistemisch omdat hij ervan uitgaat dat onderzoek en besluitvorming democratisch dienen te zijn. Dat betekent dat de verwerving van kennis die in dienst staat van de oplossing van praktische problemen een sociale activiteit is, net zoals de besluitvorming die op basis van die kennis totstandkomt. Dat betekent echter niet dat, zoals Posner veronderstelt, waarheid voor Dewey slechts gelijk staat aan consensus.⁴ Ook slaat Posner de plank

2 Ook in Nederland neemt in de juridisch-wetenschappelijke literatuur de aandacht voor Dewey toe. Zie bijvoorbeeld: Wibren van der Burg & Sanne Taekema (eds.), *The Importance of Ideals. Debating their Relevance in Law, Morality, and Politics*, Brussel: P.I.E.-Peter Lang 2004. In dit boek is het aantal verwijzingen naar Dewey vrijwel gelijk aan dat naar auteurs als Dworkin, Fuller en Rawls.

3 Zie T.C. Dalton, *Becoming John Dewey. Dilemmas of a Philosopher and Naturalist*, Bloomington/Indianapolis: Indiana University Press 2002; J. Martin, *The Education of John Dewey. A Biography*, New York: Columbia University Press 2002; R.B. Westbrook, *John Dewey and American Democracy*, Ithaca/London: Cornell University Press 1991.

4 Zie Louis Logister, *Creatieve democratie. John Deweys pragmatisme als grondslag voor een democratische samenleving* (diss. Nijmegen), Budel: Damon 2004, p. 70-71.

mis als hij beweert dat Dewey de opvatting huldigt dat democratisch verworven kennis (hij bedoelt waarschijnlijk proefondervindelijk verworven en voor collega's toetsbare kennis) de enige voorwaarde is voor een succesvolle politieke democratie. Het belangrijkste aspect van Deweys democratieopvatting dat Posner veronachtzaamt, is zijn opvatting van gemeenschap (*community*) die gebaseerd is op een vorm van gemeenschappelijke samenwerking die eisen stelt aan opvoeding en onderwijs van potentiële burgers.

Politieke democratie wordt gekenmerkt door het feit dat parlement en regering periodiek door de bevolking worden gekozen. In zijn opvatting van democratie probeert Dewey volgens Posner epistemische en politieke democratie met elkaar te verbinden. Dit resulteert in wat tegenwoordig door auteurs als John Dryzek, Jon Elster en James Fishkin wordt aangeduid met de term deliberatieve democratie: een vorm van politieke democratie waarbij beslissingen totstandkomen na discussie en debat. In tegenstelling tot Dewey acht Posner de burger niet intelligent genoeg om te participeren in een deliberatief-democratisch bestuurd samenleving. De hoge verwachtingen die Dewey heeft van het onderwijs vindt Posner overdreven. De (Amerikaanse!) televisie verschaft volgens hem voldoende informatie voor de opvoeding van mensen tot democratische burgers. Het enige epistemische voordeel van een democratie is de mogelijkheid tot sturing van de publieke opinie door gekozen bestuurders. Een heterogene samenleving heeft volgens Posner geen baat bij in politiek geïnteresseerde burgers. De tijd- en energiekostende discussies over botsende wereldbeelden kunnen beter latent en onbewust blijven door burgers te richten op het nastreven van hun eigenbelang. Dewey wordt ten tonele gevoerd als iemand die geen aandacht heeft voor het potentiële conflict in een deliberatief-democratische samenleving. Ook ten aanzien van deze bewering heeft Posner zijn huiswerk niet goed gedaan. Anders had hij geweten dat conflict en met name sociaal conflict een centrale rol speelt in Deweys filosofie.

Vanuit het Deweyaanse gedachtegoed valt een visie op democratie af te leiden waarin elke volwassene het morele recht heeft op basis van gelijkheid te participeren in het bestuur van de samenleving. Tegenover dit recht staat de morele plicht om politieke activiteiten te baseren op een mening die gevormd is na een goed geïnformeerde deelname aan publieke deliberatie ten aanzien van het algemeen belang. Posner verwerpt deze vorm van deliberatieve democratie als idealistisch, theoretisch en intellectualistisch ('a pipe dream hardly worth the attention of a serious person', p. 163) en vervangt haar door zijn concept van pragmatische democratie of pragmatisch liberalisme. Deze democratie van de niet-Deweyaanse, alledaagse pragmatist is volgens hem niet alleen een meer accurate beschrijving van de bestaande Amerikaanse democratie, maar tevens een moreel superieure

vorm van democratie, omdat bij morele vraagstukken als abortus en doodstraf de mening van de meerderheid van de Amerikaanse bevolking de doorslag geeft. Pragmatische democratie verwerpt de gedachte dat politiek een intrinsieke en nobele waarde bezit en gaat uit van eigenbelang nastrevende burgers die zich politiek laten vertegenwoordigen door een elite van eigenbelang nastrevende politici. Deze laatsten onderscheiden zich doordat ze slimmer, hoger opgeleid, ambitieuzer en rijker zijn dan de doorsnee burger. Hoewel pragmatische democratie een vorm van representatieve democratie is, vertegenwoordigen de politici volgens Posner net zo min de kiezers als toneelspelers hun publiek. Er is wel sprake van een band tussen de gekozen politici en de kiezers, maar deze is erg dun. Naast het periodiek uitbrengen van hun stem kunnen de burgers zich het beste bezighouden met geld verdienen, omdat economische competitie in tegenstelling tot politieke deliberatie uiteindelijk voor alle deelnemers voordeel oplevert. De theoretische inspiratie achter zijn pragmatische democratieopvatting, die hij ook wel aanduidt met de termen 'elite democratie' en 'competitieve democratie' vind Posner in enkele hoofdstukken van Schumpeters *Capitalism, Socialism, and Democracy* uit 1942.

In een hoofdstuk dat nogal uit de lucht komt vallen, bespreekt Posner Hans Kelsen en Friedrich Hayek (beiden, net als Schumpeter, Oostenrijkse auteurs). Hij komt tot de provocerende conclusie dat niet de econoom Hayek, maar de kantiaan Kelsen in zijn *Reine Rechtslehre* de weg baant voor een economische benadering van het recht door rechters. De methode en de stijl van de *Reine Rechtslehre* liggen volgens Posner dichter bij de Wiener Kreis en het logisch positivisme dan bij Kant. Het logisch positivisme vertoont affiniteit met het pragmatisme, omdat beide stromingen de wetenschappelijke onderzoeksmethode beschouwen als paradigma voor objectief onderzoek. Ook de economische wetenschap beweert voor wat betreft haar methode en aspiratie wetenschappelijk te zijn. Veel meer dan Harts opvatting van het recht geeft die van Kelsen rekenschap van een grote mate van rechterlijke discretie. Kelsens concept van de *Grundnorm* is inhoudsloos, waardoor het volgens Posner gerechtvaardigd is hem aan te duiden met de term pragmatisch positivist. Het is niet het recht dat de uitkomst van rechterlijke beslissingen dicteert, maar het op economische en andere wetenschappelijke en niet-wetenschappelijke inzichten gebaseerd oordeel van de rechter. Hayek heeft in zijn juridische teksten weinig waardering voor rechterlijke discretie en past daarom niet in Posners model van pragmatische rechtsvinding. Op basis van deze kort-door-de-bocht-redeneringen concludeert Posner dat, zoals Schumpeters democratieopvatting kan worden beschouwd als de democratische kant van zijn pragmatisch liberalisme, Kelsens positivisme kan worden gezien als de juridische kant ervan. Beide theorieën verschaffen volgens hem niet alleen het juiste descriptieve, maar

ook het wenselijke normatieve interpretatiekader van het huidige Amerikaanse rechtssysteem en de huidige Amerikaanse samenleving.

Pragmatische democratie en pragmatische rechtsvinding gaan volgens Posner goed samen. Vrees voor een te machtige rechterlijke macht is overbodig, omdat de burgers via het congres voldoende invloed kunnen uitoefenen op rechterlijke uitspraken. Volgens Posner vereist de heterogeniteit van de Amerikaanse samenleving een rechterlijke macht bestaande uit rechters van verschillende etnische achtergrond en met uiteenlopende levensbeschouwelijke en politieke opvattingen. Ten gevolge van de grote rechterlijke discretie zullen de rechterlijke uitspraken weinig overeenkomsten vertonen: 'It seems inescapable that the American people will continue to be guinea pigs in a national experiment run by the courts.' (p. 121) Rechters dienen zich echter verre te houden van het nietig verklaren van democratisch totstandgekomen wetten zoals de doodstraf en het verbod op abortus en homohuwelijk.

In de laatste hoofdstukken toetst Posner zijn opvattingen aan enkele recente voorvallen in Amerika waarbij de bestaande wetgeving daadwerkelijk werd overtroefd, of idealiter had moeten worden overtroefd, door op pragmatische overwegingen gebaseerde rechterlijke uitspraken. Bij elk van deze voorbeelden gaat hij in discussie met Dworkin die in zijn denken over het recht volgens Posner te veel waarde hecht aan morele en filosofische overwegingen. De voorvallen die Posner bespreekt zijn *Clinton v. Jones*; de impasse die ontstond tijdens de verkiezingen van 2000 (*Bush v. Gore*); en de vrijheidsbeperkende maatregelen die volgden op de aanslagen van 11 september 2001. Wat dit laatste betreft, getuigt het volgens Posner van een pragmatische houding om in tijden waarin de veiligheid van het land wordt bedreigd de burgerlijke vrijheden te beperken. Zolang die beperking maar geen grotere schade tot gevolg heeft dan de onveilige situatie die men tracht te bestrijden en te voorkomen. Het is niet de taak van rechters en advocaten om te bepalen hoe het juiste evenwicht tussen burgerlijke vrijheden en publieke veiligheid er dient uit te zien. Zij bezitten immers geen expertise op het gebied van veiligheid. Het is dan ook niet denkbeeldig dat de president een rechterlijke beslissing terecht naast zich neerlegt. Als bijvoorbeeld de bewering waar is dat de gevangenen op Guantanamo Bay nooit gerepatriëerd kunnen worden zonder de veiligheid van de Verenigde Staten in gevaar te brengen, is het gerechtvaardigd hen te beschouwen als strijders zonder rechten die voor altijd gevangen kunnen worden gehouden. Alleen de president is volgens Posner gerechtigd tot juridische beleidsvorming in tijden van internationale terroristische dreiging. Hij is niet alleen, in tegenstelling tot rechters, democratisch gekozen, maar heeft meer dan wie dan ook toegang tot de noodzakelijke expertise.

Met zijn pragmatische benadering van het recht keert Posner zich zowel tegen een formalistische rechtspraak als tegen een Hartiaanse visie die de

rechter slechts beperkte discretie toedicht. Posners ruime opvatting van rechterlijke discretie hangt samen met een door Schumpeter geïnspireerde kijk op de Amerikaanse democratie. In deze democratieopvatting ziet Posner een alternatief voor zowel het concept van deliberatieve democratie, waarvan de aanhangers te veel waarde hechten aan theoretische morele waarden, als voor het concept van publieke keuze, dat te weinig nadruk legt op de rol van individuele voorkeuren. Zijn visie op rechterlijke oordeelsvorming kan omschreven worden als *common sense* contextualisme, waarbij *common sense* verwijst naar een door eigenbelang gedreven individualisme.

Posner wijst er meermaals op dat er een groot verschil bestaat tussen zijn gebruik van de term pragmatisme en het filosofisch pragmatisme van Peirce, James en Dewey. Hij doet Dewey onrecht door in dit boek zoveel plaats voor hem in te ruimen, waardoor deze een voorloper lijkt van zijn minimalistische alledaagse pragmatismevariant. Het antifunderingsdenken is vrijwel het enige dat Posner van het filosofisch pragmatisme overneemt. Het zou dan ook beter zijn als hij een andere term had gekozen voor zijn wetenschappelijke formulering van conservatief Amerikaanse sentimenten. Het pragmatisme, dat juist de laatste tijd sterk in de belangstelling staat, verdient beter dan geassocieerd te worden met reductionistische neoliberale denkmodellen. Posners alledaags pragmatisme vormt een afspiegeling van 'the outlook of ordinary people under conditions, such as democracy and free markets, that push them to focus on their material concerns, personal interests, and opinions rather than on spiritual concerns, group interests, and the quest for truth' (p. 387). Hij ziet de verhouding tussen politici en burgers als die tussen handelaren en consumenten. Het is dan ook gerechtvaardigd Posners gebruik van de term pragmatisme te beschouwen als een handige, doch ongelukkige poging tot verbloeming van een lofredde op de economische dogma's van het neoliberale vrijemarktdenken.