

Wouter de Been, *Realism Revisited* (diss. Tilburg), 2005, xi + 271 p.

In de inleiding van zijn proefschrift *Realism Revisited* merkt Wouter de Been op dat hij in formeel opzicht sterk is afgeweken van de manier waarop een Nederlandstalig proefschrift, zeker aan de faculteit rechten, er doorgaans uitziet (p. vi). Het is te hopen dat zijn manier om een onderzoek te presenteren in de toekomst nog meer ter harte zal worden genomen. De Been hanteert voor eens geen weerbarstig juristentaaltje, maar heeft er alles aan gedaan om van zijn werk een leesbaar werk te maken. Dat is gezien de opzet van zijn onderzoek geen eenvoudige opgave geweest. Het proefschrift is namelijk ten dele een historiografische studie die de opeenvolging van de twee grote progressieve scholen in de Amerikaanse rechtsleer wil herwaarderen: *Legal Realism* en *Critical Legal Studies* (CLS). CLS wordt traditioneel gezien als een radicalisering van *Legal Realism*. Of nog: *Legal Realism* wordt traditioneel gezien als een project dat nog geradicaliseerd moest worden. Het is die receptie die De Been wil aanvechten, vanuit de overtuiging dat een goed begrepen Rechtsrealistisch project meer tegemoetkomt aan de noden van onze tijd dan zijn verkeerd begrepen radicalisering door CLS. De Been wil daarmee expliciet het niveau van een ideeëngeschiedenis overstijgen (p. 27) en de mate waarin hij daarin slaagt zal bepalend zijn voor de waarde van zijn werk.

De Beens visie op *Legal Realism* is zwanger van één centrale idee, die ik het 'disfunctionalisme' zou willen noemen. We zien dezelfde idee driemaal terugkeren: in verband met de rol van rechtsgeschiedenis, de benadering van juridische taal en het beroep op sociale wetenschap. Dit zijn meteen de drie centrale delen van het werk.

Disfunctionalisme vooronderstelt een functionalistisch denkkader. Voor de studie van juridische geschiedenis is dat een evolutionair adaptief schema. Het ontstaan en het veranderen van rechtsregels werd niet begrepen als het zich ontwikkelen van een interne juridische logica, maar als de adaptatie van juridische middelen aan maatschappelijke ontwikkelingen. Het iconoclastische aspect van Realistische rechtsgeschiedenis was dat ze in het recht niet de uitdrukking zag van tijdloze principes van rechtvaardigheid, maar de sporen van contingente maatschappelijke problemen. Volgens CLS werkt een adaptief-functionalistisch schema noodzakelijkerwijs conservatief: als het recht per definitie responsief is aan de noden van de tijd, dan is het recht dat we nu hebben per definitie het beste dat we kunnen hebben. Rechtsrealisten gingen er echter, terecht, van uit dat rechtsregels een soort stijfkoppig karakter hebben: regels die niet langer functioneel zijn, verdwijnen niet zomaar uit zichzelf. Een regel die over lange tijd zijn nut heeft bewezen, zal als een waarde op zich gepercipieerd worden, als een principe dat desnoods tegen een direct maatschappelijk belang in verdedigd moet wor-

den. Rechtsregels kunnen als het ware hun eigen agenda promoten en zichzelf overleven. Het is juist omdat *Legal Realism* een functionalistisch denkkader hanteert, dat het dergelijke 'survivals' (p. 53) als disfunctioneel kan bekritisieren. Voor *Legal Realism* is geschiedenis dus in de eerste plaats een kritisch wapen: geschiedenis om ons van het verleden te bevrijden, en om de evolutie een handje te helpen.

Opnieuw met juridische concepten: de betekenis van juridische concepten is de manier waarop ze in de praktijk werken. In een functionalistische betekenisleer hebben begrippen geen vaststaande betekenis en drukken juridische concepten dus geen universele waarheid over de rechtvaardige samenleving uit. Hun betekenis is afhankelijk van de context waaraan ze beantwoorden. Maar,

'[a]lthough legal concepts might have fitted social circumstances at their inception, in legal thought they tended to gain a life of their own and to develop into abstractions that were out of touch with social circumstances' (p.148).

Het is slechts binnen een functionalistische betekenisleer dat we begrippen die schijnbaar een fundamentele juridische waarheid uitdrukken als leeg kunnen ontmaskeren.

Ten slotte met sociale wetenschap. Vanuit zijn functionalistisch kader combineerde *Legal Realism* een traditionele beoefening van rechtswetenschap met sociaalwetenschappelijk onderzoek. Om disfunctionele elementen uit het recht te kunnen weren, is het noodzakelijk om maatschappelijke ontwikkelingen te identificeren los van de juridische invulling die ze in de klassieke rechtsleer kregen. Enerzijds is empirisch onderzoek naar de diverse belangen die leven in een maatschappij nodig om de juiste beleidsdoelen voorop te stellen. Anderzijds kan de studie van de concrete maatschappelijke gevolgen aantonen dat bepaalde rechtsregels, hoewel theoretisch goed bedoeld, in de praktijk hun doel missen. CLS heeft zowel theoretische als praktische bezwaren. Vooraleerst is het gemeengoed geworden dat de studie van een sociaal fenomeen als het recht een eigen methode vereist en dat kennis over het menselijke niet hetzelfde statuut kan hebben als kennis van natuurlijke fenomenen. Een positivistische methodologie voor de studie van het recht zou enkel de illusie van objectief wetenschappelijke kennis creëren; terwijl het recht vraagt om een intern interpretatief standpunt dat toestaat dat recht te begrijpen (*verstehen*). Daaraan zijn weer conservatieve consequenties verbonden: onder het mom van neutraal empirisch beleidsonderzoek werden in de praktijk de belangen van de dominante groep gekerstend als 'het algemeen belang'. Vervolgens werden wetenschappelijke resultaten aangewend om de politieke agenda van die groep verder te

promoten. Dit alles leidde concreet tot een meer diepgewortelde en schijnbaar wetenschappelijk gelegitimeerde onderdrukking van minderheden en stond het progressieve programma dat *Legal Realism* deelde met CLS in de weg.

Het vertrouwen van *Legal Realism* in de sociale wetenschappen is door CLS vaak verkeerd begrepen als een verlangen naar objectief wetenschappelijke kennis. De vermelde kritiek op de rol van sociale wetenschap in *Legal Realism* gaat voorbij aan haar wezenlijk pragmatische inzet. Rechtsrealisten zagen in sociale wetenschap niet de belofte van objectief wetenschappelijke kennis, maar een adequaat instrument voor juridische kritiek en maatschappelijke hervorming. Door wetenschap op dezelfde manier te benaderen als het recht, namelijk als een praktijk gericht op het verwerkelijken van maatschappelijke doelen, verdubbelde *Legal Realism* zijn functionalistische benadering en ontsnapte het aan methodologische vragen. Methodologie draait om het filosofische vraagstuk welke methode van onderzoek eigen is aan een bepaald onderzoeksdomein, in casu welke benadering het recht het best tot zijn recht laat komen. Pragmatisme beschouwt dergelijke vragen als onzinnig: de 'juiste' methode is niet die benadering die het meest 'eigen' is aan het onderwerp, maar die benadering die het meest adequaat is voor praktische verwezenlijkingen. Methodologie steunt op een ideaal van zuivere kennis: kennis die niet is getekend door een of andere praktische doelstelling, maar die de dingen beschrijft zoals ze in zichzelf zijn. Pragmatisme ontmaskert dat filosofisch ideaal als een verlangen om de dingen te behouden zoals ze zijn: *elk* antwoord op de vraag hoe we *x* moeten begrijpen, is ingefluisterd door wat we eigenlijk met *x* van plan zijn. Een zogenaamd neutrale beschrijving heeft als doel de huidige stand van zaken te conserveren. *Legal Realism* kan de kritiek van CLS dus tegelijkertijd onderschrijven en eraan ontsnappen door zijn pragmatische instelling. De Been parafraseert Dewey:

'(...) pragmatism was not about investigating how well a given vocabulary corresponded to objective reality, but about comparing how successfully different vocabularies dealt with that reality' (p.174).

De Been geeft aan dat de pragmatische opvatting van sociale wetenschappen de kern van zijn betoog is: dit is wat in CLS verloren is gegaan en waarom we *Legal Realism* weer tot leven zouden moeten wekken. Dat is een sterke suggestie en ze past perfect in de revival van Deweyaans pragmatisme die we tegenwoordig waarnemen. Ik moet echter toegeven dat ik voor een goed begrip van deze idee meer bij Rorty te rade ben gegaan dan bij De Been zelf. (De sterkste teksten in dit verband zijn: 'Method, Social Science and Social Hope', in: *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis: University of Minneapolis Press 1982 en 'Science as Solidarity', in: *Objectivity, Relativism*,

*and Truth*, Cambridge: Cambridge University Press 1991.) Met name de manier waarop pragmatisme een einde maakt aan de methodologische debatten tussen het interne en het externe perspectief, of tussen een wetenschappelijke en een hermeneutische methode, komt bij Rorty beter uit de verf. Ik citeer een treffende passage uit het genoemde artikel uit 1982 (p. 197):

‘This contrast is real enough. But it is not an issue to be resolved, only a difference to be lived with. (...) [T]here are lots of things you want to do with human beings for which descriptions of them in nonevaluative, “inhuman” terms are very useful; there are others (e.g., thinking of them as your fellow-citizens) in which such descriptions are not. (...) To say that something is better “understood” in one vocabulary than another is always an ellipsis for the claim that a description in the preferred vocabulary is more useful for a certain purpose.’

De Been citeert ook uitgebreid uit deze tekst van Rorty, maar toch lijkt hij de betekenis ervan niet helemaal te hebben verwerkt. Terecht merkt hij op dat het pragmatisme een uitweg biedt uit de klassieke tegenstelling tussen kwantitatieve en kwalitatieve onderzoeksmethoden. Maar die uitweg stelt hij voor als: ‘an interesting synthesis of empirical social science and interpretivism within the field of law’ (p. 93). De idee van een ‘synthese’ suggereert een verrassende interpretatie die de schijnbare tegenstelling opheft en ‘reïntegreert’ (p. 237) in een pragmatische methode. Niet alleen wordt de belofte van een synthese niet waargemaakt (zie met name p. 112-114), dit is ook helemaal niet de manier waarop het pragmatisme het methodologische debat overstijgt. Het is belangrijk te benadrukken dat er niet zoiets is als *de* pragmatische methode. Er zijn verschillende doelen die een pragmatische benadering van het recht in verschillende omstandigheden en op verschillende tijdstippen voor ogen kunnen staan. Daarom zijn vragen over ‘de pragmatische methode’ altijd halve vragen, die vergeten het concrete praktische doel van de studie in rekenschap te nemen. Toch spreekt De Been over ‘pragmatist epistemology’ (p. 227) en gaat hij op zoek naar de juiste theoretische labels: eerst ‘Value-Free or Purposive’ (p. 224), daarna ‘Behaviourism vs Interpretivism’ (p. 236). Telkens ziet hij een soort middenweg, terwijl in feite ‘purposive’ het enige algemene kenmerk is, en dit kenmerk de andere kwalificeert. Pragmatisme is waarde vrij als het een doel voor ogen heeft waarvoor neutrale gegevens van pas komen; pragmatisme is evaluatief of interpretatief als het een doel voor ogen heeft waarvoor waarde geladen gegevens van pas komen.

Een andere algemene karakteristiek waarop De Been hamert is de afwezigheid van theoretische fundamenteën. Dat is een wezenlijk kenmerk van pragmatisme, maar het is een gedachte die wellicht te populair is geworden.

De afwezigheid van fundamenteën wordt hoegenaamd niet als een gebrek ervaren en De Been ziet er daarom de gevaren niet van in. Dit lijkt me een typische karaktertrek van minder doorleefde vormen van pragmatisme. Het gevaar van ongefundeerd empirisch beleidsonderzoek is heel concreet dat ze om het even welk doel zou kunnen aanbevelen en dat daarom de belangen die reeds dominant zijn het in de praktijk meestal halen. Dit is opnieuw de tweede kritiek van CLS en het is geenszins een louter theoretisch probleem dat we zomaar naast ons neer kunnen leggen. Het antwoord van De Been is erg kort en eerder wollig:

‘Ideals, goals and desired ends in pragmatism are always understood as imaginative extensions of the values and purposes already inherent in existing social practices.’ (p.227)

Spreeken over ‘de waarden en idealen inherent in de bestaande sociale praktijk’ klinkt niet erg pragmatisch en het woord ‘imaginative’ is zeker niet genoeg om aan de kritiek van CLS te ontsnappen.

Ten slotte wil ik nog een fundamentele kritiek vermelden. De basisvoorwaarde van het functionalisme van *Legal Realism* is de mogelijkheid recht en maatschappij van elkaar te onderscheiden. Het moet mogelijk zijn om *eerst* de noden van de maatschappij te identificeren, om *daarna* het recht op functionaliteit te testen. CLS scholars hebben er herhaaldelijk op gewezen dat het recht altijd al constitutief is voor de noden of de belangen van een maatschappij. Het recht geeft zelf betekenis aan maatschappelijke interesses en voorziet dus enkel in juridische antwoorden op juridische vragen. Het is dit inzicht dat van CLS een radicale beweging maakt: als het recht louter een instrument is, heeft men genoeg aan lokale kritiek. Het volstaat om disfunctionele elementen uit het recht te weren en een proces van gissen en missen de rest te laten doen. Als het recht echter zelf betekenis geeft aan de maatschappij waarvan het een functie zou zijn, is een radicale kritiek op het systeem zelf vereist. De Beens antwoord is onbevredigend. Hij begrijpt het inzicht van CLS als een omkering van de verhouding tussen recht en maatschappij (p. 87, 139). Een theorie die stelt dat juridische ideologie een autonoom systeem is dat de sociale werkelijkheid *creëert* – ‘this move by CLS towards an idealist historicism’ (p. 87) – is natuurlijk problematisch en het is gemakkelijk om er de absurde consequenties van te laten zien (p. 145). Maar zelfs al zou CLS er deze mening op nahouden, dan nog is haar kritiek op het functionalistisch schema van *Legal Realism* van kracht. Feit blijft dat *Legal Realism* principieel geen oog heeft voor de manier waarop het recht een juridische invulling geeft aan sociale problemen (in termen van bezit en beroving, vrijheid enz.), waardoor het onmogelijk is middel en doel afzonderlijk te evalueren.

R&R 2006 / 2

Dit alles neemt niet weg dat *Realism Revisited*, waarop De Been in Tilburg cum laude promoveerde, een werk is dat er binnen onze taalgrenzen hoog boven uitsteekt. Als historiografie is het in alle opzichten uniek, niet alleen omdat er over deze zaken hier nauwelijks iets is geschreven. De Been is er wonderwel in geslaagd kop en staart te krijgen aan wat aanvankelijk een onoverzichtelijke massa teksten moet zijn geweest, verspreid over zo'n honderd jaar. Zijn overzicht is niet alleen uitzonderlijk elegant, het wekt ook niet de valse indruk van neutraliteit. Wat zijn rechtsfilosofische stelling betreft, schiet hij mijns inziens in belangrijke opzichten tekort. Ten eerste geloof ik dat zijn pragmatisme niet streng genoeg is volgehouden, ten tweede is zijn antwoord op het principiële argument van CLS tegen de mogelijkheid van een functionalistische studie onbevredigend. Maar dit is het soort van boeken dat wel tegen een stootje kan en dat ook voor lezers die niet te overtuigen zijn waardevol is. Het is dan ook te verwachten dat het onze taalgrenzen zal overschrijden en te hopen dat het een plaatsje mag innemen tussen de werken die erin besproken worden.

Bram Goetschalckx (Antwerpen)