This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Besprekingen en aankondigingen

De redactie verwelkomt initiatieven tot het schrijven van evaluatieve recensies en korte boekaankondigingen. Neemt u daartoe vooraf contact op met de recensieredacteur.

Arie-Jan Kwak, The Legal Junction: The Complex Promise of Modern Legal Professionalism, diss. EUR, Alblasserdam: Haveka, 314 p.

Met zijn proefschrift *The Legal Junction* wil Arie-Jan Kwak niet zozeer een oplossing formuleren voor het probleem dat hij behandelt, maar vooral de contouren ervan in kaart brengen. De kwestie die hij wil verhelderen, is dat de juridische professie geen eenduidige waardeoriëntatie heeft. Verschillende waardeoriëntaties vragen tegelijkertijd de aandacht van de moderne jurist. Deze verschillende waardeoriëntaties zijn bovendien niet te verenigen in een coherente synthese. Wat Kwak met zijn proefschrift vooral wil doen, is deze oriëntaties expliciet maken, zodat juristen zich bewust worden van de tegenstrijdige richtingen waarin ze getrokken worden. Hij vat het in de Nederlandse samenvatting van zijn eigen proefschrift zo samen:

> 'De moderne juridische professional kan geen van deze oriëntaties absoluut nemen in de voortdurende keuzes die hij moet maken in specifieke juridische conflicten. De hoop is dat de manier waarop in deze studie de knoop is ontward zicht geeft op de spanningen die de moderne jurist in zijn dagelijkse praktijk ervaart en dat de jurist op het juiste moment tot de juiste keuzes komt.' (p. 341)

Kwak onderscheidt daarbij vier waardeoriëntaties die om aandacht vragen in de juridische praktijk: een traditionalistische, een instrumentele, een formalistische en een kritische.
Uit de traditionalistische waardeoriëntatie komt, om te beginnen, een notie van het juridische metier naar voren als een sociale praktijk met een lange, eerbiedwaardige geschiedenis. Deze oriëntatie stelt het recht voor als een praktijk met historisch gegroeide interne kwaliteitsmaatstaven en beroepsdeugden. Juristen moeten zich deze waarden eigen maken door middel van scholing en een initiatie in de beroepsgroep. Deze oriëntatie is uiteraard vrij statisch en geworteld in het verleden. Eerst moet je het discours van het recht begrijpen, moet je de waarden en deugden van het recht internaliseren, moet je leren denken als een jurist, voordat je het systeem van binnenuit verder kunt ontwikkelen. Deze waardeoriëntatie staat onder druk en is

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

vooral onderwerp van crisisanalyses die de teloorgang van het traditionele juridische metier beschrijven.
Een van de redenen waarom de traditionalistische waardeoriëntatie onder druk staat, is de opkomst van het instrumentalisme. Voor de instrumentalist is de notie dat de traditie een intrinsieke waarde heeft en op zichzelf respect verdient volkomen misplaatst. De instrumentalist stelt de vraag centraal of iets bijdraagt aan het algemene belang, dan wel of iets de welvaart verhoogt. Instrumentalisme is voor Kwak vooral verbonden met een wetenschappelijke, positivistische attitude. Vooroordelen en waanideeën worden onderworpen aan een kritische, rationele analyse en uitgebannen. Alles wat geen objectiveerbaar doel dient, wordt verworpen. Dit geldt ook voor veel van de traditionele, overgeleverde waarden van de juridische praktijk. Het instrumentalisme staat daarom op gespannen voet met de traditionalistische oriëntatie.
De derde oriëntatie is die van het formalisme. Voor de formalist staat de formele rationaliteit van het recht voorop. Het recht is een logisch en sluitend systeem van algemene regels, abstracties en concepten. De jurist is een expert in de onpartijdige en apolitieke toepassing van deze formele regels. Het gaat hierbij ook om het afleiden van algemene regels uit specifieke feiten en om de correcte toepassing van de formele logica bij de extrapolatie van de algemene regels naar andere gevallen. De juridische professional is hier iemand die geen morele of politieke agenda heeft, die geen verborgen belangen nastreeft, en die onpartijdig en objectief de formele regels toepast.
Zowel het instrumentalisme als het formalisme zijn volgens Kwak producten van de Verlichting. Het zijn benaderingen die de rede en de wetenschap centraal stellen en die de mensen willen bevrijden van bijgeloof en irrationaliteit. De laatste attitude die hij bespreekt, de kritische oriëntatie, is in zekere zin ook een product van de Verlichting, hoewel het op gespannen voet staat met het instrumentalisme en formalisme. De kritische oriëntatie is een reflexieve toepassing van de kritische rede op de rede zelf. Met andere woorden, het stelt de kritische rationaliteit zelf bloot aan een onverbiddelijke kritische analyse en tornt daarmee aan de centrale Verlichtingsideeën waarop de formalistische en de instrumentalistische oriëntatie zijn gebaseerd. De rationaliteit, het vooruitgangsgeloof, de neutraliteit van taal als medium voor de verwerving en overdracht van kennis en de instrumentalisering van het recht, ze worden in de kritische oriëntatie alle ter discussie gesteld en van hun voetstuk gestoten.
Met deze onderscheiding van vier verschillende waardeoriëntaties geeft Kwak een interessant overzicht van de verschillende geologische lagen die in het recht zijn neergeslagen, eerst de traditionalistische grondlaag, dan de instrumentalistische en formalistische korsten die in de Verlichting zijn afgezet, en tot slot de kritische, reflexieve toplaag van de modernistische en

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

postmodernistische theorie die zich sinds de vroege twintigste eeuw aan het vormen is. Al deze lagen zijn nog steeds werkzaam en bepalend voor de professionele oriëntatie van juristen. De vier onderscheiden lagen en de onderlinge krachten die ze genereren, geven samen vorm aan het juridische landschap. Het proefschrift van Kwak is zo een mooie topografische verkenning van het juridische terrein die een aantal grote historische ontwikkelingen op elkaar betrekt en inzichtelijk maakt. Dit alleen al maakt de studie waardevol. Het getuigt van een grote intellectuele ambitie om de rechtstheoretische ontwikkelingen van de laatste eeuwen te verenigen en deze in een overzichtelijke analyse te betrekken op het samengestelde professionele zelfbeeld van juristen. Toch kent de studie ook een aantal problemen.

Ten eerste is niet goed duidelijk waarom de verschillende waardeoriëntaties die Kwak beschrijft elkaar noodzakelijk zouden moeten uitsluiten. Een voorbeeld van een benadering die de verschillende oriëntaties verbindt, kan dit probleem wellicht illustreren. In Kwaks beschrijving van het instrumentalisme neemt het werk van Richard Posner een belangrijke plaats in. Voor Kwak is het rechtseconomische perspectief van Posner en zijn afkeer van juridische dikdoenerij een typisch voorbeeld van instrumentalisme. Posner is echter niet zo eenvoudig in een hokje te plaatsen. Hij kan moeiteloos worden verbonden met elk van de vier waardenoriëntaties. Hij is niet alleen een instrumentalist, maar ook een formalist, een traditionalist en een kritisch theoreticus. Deze oriëntaties worden verenigd in Posners pragmatisme – een filosofisch uitgangspunt dat Kwak moeilijk lijkt te kunnen plaatsen. Kort gezegd, gelooft Posner als pragmatist niet meer in Waarheid met een hoofdletter. Zijn inspiratie vindt hij niet bij negentiende-eeuwse positivisten, maar vooral in het pragmatisme van Oliver Wendell Holmes, die hij beschouwt als een soort Amerikaanse Friedrich Nietzsche. Dat aspect van het denken van Posner heeft veel affiniteit met de kritische oriëntatie, beide omarmen een fundamenteel cognitief relativisme. Omdat er geen waarheid bestaat, is Posners criterium voor de beoordeling van het recht vervolgens niet of iets 'waar' is, maar of iets bijdraagt aan de voorspoed en welvaart van de gemeenschap. Dit alternatieve criterium plaatst hem in de instrumentalistische oriëntatie. Wat volgens hem het meest bijdraagt aan de voorspoed van de gemeenschap is een rechtscultuur waarin de rechtsregels op een strikte, voorspelbare manier worden geïnterpreteerd. Dit maakt hem ook een formalist. Bovendien is hij voorstander van een recht dat dicht bij de bestaande voorkeuren van de burgers blijft. Als de burgers huwelijken van homoseksuele paren bijvoorbeeld niet zien zitten, dan moet het recht dat punt niet forceren. Deze eerbied voor de gegroeide praktijk en de gevestigde orde maakt hem ten slotte een traditionalist.

Het is ontegenzeggelijk waar dat deze verschillende aspecten van Posners denken niet eenvoudig met elkaar samengaan. Zijn synthese vraagt veel

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

kunst- en vliegwerk. Toch laat het voorbeeld van Posner zien dat er allerlei combinaties mogelijk zijn van de verschillende waardeoriëntaties die Kwak vooral als onverenigbaar neerzet. De reden hiervoor is dat we niet zozeer met tegengestelde, maar met ongelijksoortige perspectieven te maken hebben. Zowel de traditionele als de formalistische oriëntatie zijn rechtsinterne benaderingen. Traditionalisten en formalisten spreken de taal van het recht. Ze zijn gericht op de historische continuïteit van het recht of de onderlinge logische en formele samenhang van de individuele rechtsregels en het wijdere systeem. Voor deze doelstelling worden uitsluitend methoden en maatstaven gebruikt die verbonden zijn met de rechtspraktijk. De instrumentalistische en de kritische benadering zijn rechtsexterne perspectieven. Ze interpreteren en beoordelen het recht vanuit een ander discours dan dat van het recht, zoals de economische wetenschap, de literatuurwetenschap, de filosofie, de taalkunde of de sociologie. Daarmee beoordelen ze het recht met maatstaven die niet overeenstemmen met de rechtsinterne waarden van de jurist, externe maatstaven die uiteraard onderling ook weer ongelijksoortig zijn. Deze heterogene perspectieven vallen vaak weer samen met bepaalde politiek-ideologische oriëntaties: rechtseconomen zijn bijvoorbeeld meestal rechts, rechtssociologen zijn meestal links. Deze vereenzelviging van ideologie en perspectief is echter niet noodzakelijk, noch sluiten verschillende perspectieven elkaar noodzakelijk uit. Een onvermoede synthese zoals die van Posner is heel goed mogelijk.

Een tweede vraag is of de gekozen waardeoriëntaties wel aansluiten bij het heersende ethos van de praktijkjurist. Kwak organiseert zijn betoog vooral op basis van een onderscheid tussen verschillende rechtstheoretische benaderingen. Maar spelen deze benaderingen wel een doorslaggevende rol in de rechtspraktijk? Zijn *verstehende* Weberiaanse analyse van een viertal professionele, juridische oriëntaties lijkt vooral te zijn gebaseerd op een aantal academische stromingen, niet op waargenomen professionele houdingen in de juridische praktijk. Men kan er echter niet voetstoots van uitgaan dat deze academische stromingen ook toonaangevend zijn voor die praktijk. Juristen laten zich over het algemeen niet leiden door kritische theorie. Heel andere uitgangspunten zijn leidraad voor hun werk. Noch is aannemelijk dat veel juristen zichzelf zien als instrumentalisten. De kosten-batenanalyse en het sociologische *survey* behoren niet tot de hulpmiddelen waarmee zij doorgaans juridische problemen te lijf gaan.

Dat wil overigens niet zeggen dat de juridische praktijk eenduidiger is dan Kwak hem voorstelt. Integendeel, de 'legal junction' waar Kwak over spreekt, is geen overzichtelijk kruispunt waar vier wegen samenkomen, maar een ware *spaghetti junction* waar een wirwar van waarden en belangen die in het recht samenkomen op elkaar worden betrokken. Het recht komt nu eenmaal in aanraking met tal van normatieve domeinen, of 'spheres of justice'

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

om een term van Michael Walzer te gebruiken. De verschillende rechtsgebieden – het strafrecht, het staats- en bestuursrecht, het privaatrecht, het sociaal recht, en het fiscaal recht – hebben zo hun eigen karakteristieke orientaties, die weer worden overgenomen door de juristen die binnen die terreinen werken. Bovendien vervullen juristen tal van functies in de samenleving die niet allemaal om dezelfde houding vragen. Rechters, openbare aanklagers, advocaten, notarissen, wetgevingsjuristen, bedrijfsjuristen en mediators hebben allemaal een eigen rol te vervullen in de juridische wereld en moeten daarvoor zeer verschillende – soms zelfs tegenstrijdige – waarden in acht nemen die specifiek zijn voor de respectieve functies die ze vervullen. We verwachten van de rechter andere kwaliteiten dan van de advocaat, en van de advocaat weer andere dan van de wetgevingsjurist.
De opgave om een handzaam overzicht te geven van al deze verschillende waardeoriëntaties en de *spaghetti junction* van het recht te ontwarren, was echter een taak geweest voor een ware Hercules. Dat Kwak dit ongrijpbare ideaal niet bereikt heeft, is hem niet kwalijk te nemen. Hoewel zijn proefschrift niet het laatste woord zal zijn over de aard van het juridische beroep, heeft hij toch een moedige poging gedaan om de heersende opvattingen te ontrafelen en inzichtelijker te maken.

Wouter de Been (Tilburg)