

George Pavlakos, Our Knowledge of the Law – Objectivity and Practice in Legal Theory, Oxford: Hart Publishing 2007, 267 p.

Toen ik net aio was, hoorde ik een of andere hoogleraar het volgende zeggen over het werk van een of andere auteur: ‘verdacht abstract’. Hoewel ik nog steeds niet weet wat die hoogleraar daar precies mee bedoelde, krijg ik zo af en toe een boek in handen dat dezelfde gedachte in mij oproept. Zo ook *Our Knowledge of the Law* van George Pavlakos. Een verdacht abstract boek, dat ingaat op de vraag of, en zo ja, hoe het mogelijk is objectieve kennis te hebben over het recht.

De auteur zoekt met die vraag een uitweg in de controverse tussen positivisme en antipositivisme, die volgens hem een onbevredigende verklaring geeft van het fenomeen recht. De meeste varianten van het positivisme steunen uiteindelijk op sociologie. Zo voert Hart het bestaan van een juridische verplichting terug op de procedures en conventies waarmee de gemeenschap bepaalt wat recht is. Men kan dit waarnemen vanuit een meer intern perspectief (wat lijken de leden van de gemeenschap te geloven?) en een meer extern perspectief (welke procedures worden gevolgd?), maar in beide gevallen komt het niet tot een overtuigende beschrijving van de normatieve inhoud van het recht. De positivisten, aldus Pavlakos, geven ons geen grip op hetgeen verplicht.

De antipositivisten komen wat dat betreft nauwelijks een stap verder. Dworkin, bijvoorbeeld, maakt ons gevoelig voor het feit dat juridische interpretatie in de praktijk wordt geleid door morele overwegingen, die ook tot het recht moeten worden gerekend. Deze auteur vestigt aldus de aandacht op de inhoud van het recht, maar het is onduidelijk waar de institutionele moraal precies uit bestaat en vandaan komt. Dworkin stelt dat ze inherent

is aan de bestaande praktijk, dat deze praktijk een *point* heeft waar de interpretatie zich op oriënteert. Pavlakos zegt daarop echter het volgende:

‘What confers its moral quality on an interpretation is a rather obscure matter for Dworkin’s theory. Although this is supposed to be judged against the values that together comprise the point of the practice, Dworkin seems to postulate an extra modicum of moral correctness (...).’ (p. 191)

Het blijft aldus de vraag waar het recht *in concreto* uit bestaat, een vraag die Frederik Schauer tijdens het recente IVR-congres in Krakau toevalligerwijze ook aansneed. ‘What is the legal stuff?’, vroeg deze spreker zich af, de kern van het probleem verwoordend. Wat is het spul waar juristen zich mee bezighouden? Waaruit bestaat de materie op basis waarvan wij kunnen komen tot juridische kennis?

Om die vraag te kunnen beantwoorden, ontvouwt Pavlakos in het eerste deel van zijn boek een algemene theorie van het fundament van kennis. Van groot belang is het volgende uitgangspunt:

‘(...) knowledge presupposes that things be what they are irrespective of what we think of them. This, in turn, assumes that things are the way they are irrespective of our ability to grasp them. To put it differently, knowledge rests on the possibility that there are objective facts (...).’ (p. 15)

Dit uitgangspunt hoeft echter niet te leiden tot een kenleer waarin de wereld van onze gedachten strikt wordt gescheiden van de omgeving (*mind-world dualism*), en waarin kennis alleen mogelijk wordt geacht door middel van weerspiegelingen, *in* de wereld van de gedachten, *van* de omgeving. Volgens Pavlakos houdt deze misvatting een aantal westerse filosofische stromingen in haar greep. Zo gaat het representationalisme ervan uit dat kennis ontstaat door geslaagde representaties van de omgeving. In het verlengde daarvan ligt het aanhangen van de zogenoemde correspondentietheorie van waarheid: uitspraken zijn waar (leiden met andere woorden tot kennis) wanneer zij corresponderen met een gedachtenonafhankelijke werkelijkheid.

Geïnspireerd door de *linguistic turn*, verdedigt Pavlakos een alternatieve kenleer. Hij gebruikt daarvoor ruim honderd pagina’s waarop vele concepten en filosofen de revue passeren (Frege en de late Wittgenstein als belangrijkste), maar het komt grofweg neer op het volgende. In plaats van te denken in termen van de geest die op een of andere manier grip moet krijgen op de omgeving, stelt de auteur dat wij bovenal grip moeten krijgen op het

denken zelf. Het denken gaat namelijk vooraf aan, en bemiddelt, elke voortbrenging van kennis. Pavlakos spreekt in dit verband van een 'shift from the philosophy of the mind to the philosophy of content', waarbij de laatste term verwijst naar de inhoud van het denken zoals deze hoofdzakelijk ligt in gebieden van taalachtige structuren (p. 42, 43). Ontologische en epistemologische vraagstukken worden in dit perspectief ondergeschikt aan *intelligibility*: denkbaarheid.

De grap is nu dat ook in deze denkwereld objectieve feiten kunnen worden gevonden. We hebben het dan niet over een objectiviteit in de zin van een bestaan in de omgeving, maar in de zin van noodzakelijk gegeven de structuur van de denkwereld. Wij komen deze objectiviteit op het spoor door te analyseren hoe de inhoud van het denken in de vorm van taal tot uitdrukking kan worden gebracht. Wij moeten volgens Pavlakos op zoek naar *grammar*, een begrip dat hij ontleent aan Wittgensteins *Philosophical Investigations*, en dat hij definieert als 'the conceptual scheme that guarantees the intelligibility of thought' (p. 37). Kortom, in de regels van het taalgebruik ligt hetgeen kenbaar is besloten; objectiviteit is een resultante van onze linguïstische mogelijkheden en beperkingen.

Het moge langzaam duidelijk worden hoe deze redeneertrant verband houdt met het recht. Zoals Pavlakos opmerkt, bestaat er een sterke neiging normatieve verschijnselen (recht, moraal, ethiek) te beschouwen als intellectuele constructies, die moeten worden verwezen naar de wereld van het subjectieve. Objectieve kennis van deze verschijnselen zou niet mogelijk zijn, omdat onze waarneming wordt vertroebeld door interpretaties, omstandigheden en persoonlijke perspectieven. Ten onrechte, aldus de auteur, want:

'(...) *grammar* offers us the possibility to place such facts on the same footing with all other types of fact, for anything that can be inserted within the structure of grammar is as good a fact as anything else. Legal norms, considered as the paradigmatic case of a legal fact, become in such a scheme perfect candidates for knowledge.' (p. 17)

In het tweede en laatste deel van het boek werkt de auteur op basis hiervan toe naar zijn *Practice Theory of Law* (PTL), die ik eerlijk gezegd nogal teleurstellend vond, zeker gezien het filosofisch tromgeroffel waarmee zij hoofdstukken lang wordt aangekondigd. Het betoog laat zich als volgt samenvatten. In navolging van wederom Wittgenstein beschouwt Pavlakos het recht als een taalachtige praktijk (een taalspel) waaraan bepaalde regels ten grondslag liggen. Centraal in deze praktijk staat de activiteit oordeelsvorming (*judging*). Daarmee wordt niet alleen gedoeld op het vellen van juridische oordelen, maar meer in het algemeen op het rechtvaardigen

van juridische kennis. Het taalspel van het recht is met andere woorden een rechtvaardigingspraktijk waarin de spelers zijn gericht op het bepalen van juridische *content*.

Men heeft in dit spel echter geen onbeperkte mogelijkheden. In de praktijk van oordeelsvorming laten de spelers zich leiden door redenen en

This article is copyrighted as indicated in the article. Reuse of distribution in unauthorized form is prohibited. This article is intended solely for the personal use of the individual user and is not to be disseminated broadly.

matief geladen feiten die een drijfveer zijn richting bepaalde gevolgtrekkingen (het zijn dus *guiding reasons* à la Raz). De crux is dat deze redenen volgens Pavlakos objectief kenbaar zijn. Het zijn onomstotelijke elementen die een *constraint-generating* effect hebben op de oordeelsvorming. In onze gevoeligheid voor redenen schuilt ook het feit dat kennis van het recht mogelijk is:

‘Pragmatic rationalism, the new account that has been put forward in the book, argues that nothing can be known unless it can function as a reason or a constraint within such a practice. Unless, for instance, a norm imposing penalties for tax evasion can function as a constraint for a judgement purporting to determine fines within a legal system, that norm cannot be known. As a result, reflexivity, or the ability of agents to think on reasons, becomes a key concept for knowledge.’ (p. 239)

Mijn teleurstelling heeft te maken met het feit dat Pavlakos ons achterlaat met een lege huls. De auteur brengt zijn PTL mooi onder woorden, maar dat kan niet verhullen dat hij uiteindelijk de daad niet bij het woord voegt. In meerdere opzichten. Zo zet hij zich af tegen het positivisme en het anti-positivisme vanwege het feit dat deze stromingen ons geen grip geven op de inhoud van het recht. De PTL moet wat dat betreft vooruitgang bieden, maar het is de vraag of die belofte wordt waargemaakt. Pavlakos identificeert weliswaar overtuigend de elementen die de inhoud van het recht bepalen, namelijk redenen, maar hij maakt niet duidelijk om welke redenen het precies gaat. Hij stelt alleen dat ze er zijn, die redenen, maar dat is wel erg mager. Nu de auteur zo vurig verdedigt dat ze kenbaar zijn als objectieve feiten, en nu het hem zo nadrukkelijk om *content* is te doen, had het voor de hand gelegen te concretiseren welke redenen zich zoal aandienen om de juridische besluitvorming te sturen. Op zijn minst had hij voorbeelden kunnen geven waarin dit *constraint generating*-effect zichtbaar wordt. Een meer fundamenteel discussiepunt betreft de claim dat deze redenen objectieve feiten zijn. Als gezegd betekent dit volgens Pavlakos dat kennis van deze redenen mogelijk is. Meer specifiek brengt het met zich mee dat wij er uitspraken over kunnen doen die een waarheidswaarde hebben. Wanneer ik bijvoorbeeld stel dat het feit dat Nederland een vrij land is, reden is om een identificatieplicht onrechtmatig te achten, dan doe ik een uitspraak

waarvan je volgens Pavlakos kunt zeggen: waar of onwaar. Dit roept meteen de vraag op welke procedure kan worden gevolgd om die waarheidswaarde vast te stellen. Zich afzettend tegen de correspondentietheorie, verdedigt de auteur een semantische conceptie van waarheid, waarin '(...) the combinatorial structure of judgments, as revealed through the inferential patterns

This article is part of the special issue 'The Structure of Legal Reasoning' edited by J. van Oosterhout and J. van Oosterhout. The full text of this article is available at www.ijer.nl.

in which they are embedded, determines their truth-conditions' (p. 75). Ook in dit opzicht moeten wij dus niet op zoek naar een buiten het juridisch discours gelegen toetssteen. Waar- en onwaarheid worden bepaald door het discours zelf, of beter gezegd, door de *grammar* die op een dieper niveau de mogelijkheden en beperkingen van de taal en het denken reguleert.

Ik vind het moeilijk om op basis van een dergelijke redenering te aanvaarden dat juridische kennis objectief kenbaar is. Terugkomend op Pavlakos' verwijt aan Dworkins adres, namelijk dat deze een onzichtbare bron van moraliteit postuleert, zou men wat mij betreft aan Pavlakos kunnen tegenwerpen dat hij een onzichtbare bron van objectiviteit postuleert. Hij vraagt ons te geloven dat het juridisch discours procedures kent op basis waarvan ware uitspraken kunnen worden gedaan over juridische feitelijkheden, maar het wordt niet inzichtelijk hoe dat in zijn werk gaat. Dit betekent niet dat het onzin is, maar ik vraag mij wel af in hoeverre het zinnig is de objectiviteit van juridische feiten, of de mogelijkheid deze objectiviteit in het discours vast te stellen, alleen maar te vooronderstellen als een noodzakelijkheid die voortkomt uit de rede.

Laat ik er een alternatief tegenoverstellen. Ook in mijn optiek kan het recht worden begrepen als een rechtvaardigingspraktijk waarin actoren zijn gericht op het voortbrengen van juridische kennis. Zij doen dat door allerhande redenen aan te dragen die een drijfveer vormen voor een conclusie of handeling. Wat daarbij opvalt, is dat bepaalde typen redenen regelmatig worden gebruikt (het feit dat een regel geldt, het feit dat een beginsel van toepassing is, het feit dat de omstandigheden van het geval nopen tot het maken van een uitzondering, het feit dat de samenleving een zekere identiteit heeft, het feit dat de redelijkheid en billijkheid dingen voorschrijven, enzovoort), terwijl andere redenen geen toegang vinden tot het juridische taalspel. Wat bovendien opvalt, is dat sommige redenen op een gegeven moment worden omarmd, waar dat voorheen niet het geval was, en omgekeerd.

Wat mij betreft is het weinig bevredigend deze dynamiek te verklaren met, of te reduceren tot, het feit dat juridische redenen kenbaar zijn als objectieve feiten. Het is met name lastig te bevatten dat deze objectiviteit dus kennelijk van het ene moment op het andere het geval kan zijn en teloor kan gaan. Pavlakos merkt in dit verband op dat objectiviteit van juridische kennis niet moet worden begrepen als een stabiele status, maar we krijgen

niet te horen hoe en waar deze begint en eindigt, afgezien van de stelling dat de *grammar* van het juridische taalspel ervoor zorg draagt.

Om een lang verhaal kort te maken: mijns inziens wordt deze benadering meer vruchtbaar wanneer gebruik wordt gemaakt van de sociologische inzichten waar Pavlakos niet juist tegeninzet. Dit open ik bijvoorbeeld

This article is published in *Rechtspraak*, a journal of the Dutch Association of Legal Researchers

ruimte voor de theorie dat redenen een juridische status kunnen krijgen dankzij een communicatief proces waarin participanten overeenkomen, of ten minste accepteren, dat die reden relevant is voor de rechtvaardigingspraktijk. In dit perspectief wordt de oorsprong van juridische kennis niet gezocht in de vermeende objectiviteit van bepaalde redenen, maar in de intersubjectieve overeenstemming over het feit dat bepaalde redenen op een zeker moment moeten worden toegelaten tot het discours, om dan hun *constraint-generating* effect te sorteren op de kennisvorming.

Dit betekent overigens niet dat er in dit perspectief geen plaats is voor het begrip objectiviteit. Een aardige duiding heb ik gevonden bij Potter (*Representing Reality, Discourse, Rhetoric and Social Construction*), die stelt dat elk discours procedures kent om *out-there-ness* te construeren. De participanten gebruiken daarvoor zogenoemde *externalizing devices*, waarmee fenomenen worden beschreven als pre-ëxistent. Wanneer men stelt dat het feit dat Nederland een vrij land is, reden is om een identificatieplicht onrechtmatig te achten, dan construeert men bijvoorbeeld de *out-there-ness* van Nederland, als ook die van de genoemde reden. Volgens Potter valt hier niets objectiefs te bespeuren. Het instrument taal wordt ingezet om bepaalde fenomenen *voor te stellen* als objecten, maar daarmee staat allerminst vast dat die objecten ook objectief bestaan.

De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat het Pavlakos simpelweg niet om sociologische of discoursanalytische theorievorming is te doen. De auteur lijkt met dit bewerkte proefschrift boven alles te willen bewijzen zijn mannetje te staan in de analytische filosofie, en daar is op zichzelf niets mis mee. Het is zelfs indrukwekkend te noemen dat hij het 267 pagina's volhoudt de wereld *a priori* te ontlede. Welke leeservaring levert het op? Dat is wellicht nog het meest intrigerend. Pavlakos' monotone stijl kan gemakkelijk de vraag oproepen of het niet wat smeuijger kan. Die stijl wordt echter zo genadeloos volgehouden, dat men zich eraan onderwerpt en raakt gegrepen door de vraag of het de schrijver lukt om al die abstracties samenhangend te ontvouwen. En passant kan men daarbij zijn of haar kennis van een aantal grote filosofen oprispen.

Olaf Tans (Amsterdam)