

- ⁹ Zie bijvoorbeeld H.-G. Gadamer (1989), *Truth and Method*, p. 301.
- ¹⁰ Huppés, *Waarneming en theorie*, p. 115.
- ¹¹ *Ibid.*, p. 247.
- ¹² T.S. Kuhn (1996, [1962]), *The Structure of Scientific Revolutions*.
- ¹³ Huppés, *Waarneming en theorie*, p. 120.
- ¹⁴ *Ibid.*, p. 54.
- ¹⁵ *Ibid.*, p. 132.
- ¹⁶ *Ibid.*, pp. 271, 53-55, 85, 107.
- ¹⁷ J.F. Glastra van Loon (1970), "Feiten zijn geen feiten: Een kritiek op de positivistische wetenschapsbeschouwing", p. 93.
- ¹⁸ J.F. Glastra van Loon (1956), *Norm en handeling*, p. 199.
- ¹⁹ D. Davidson (1974), "On the Very Idea of a Conceptual Scheme," p. 6.
- ²⁰ *Ibid.*, p. 20.
- ²¹ *Ibid.*, pp. 11, 20.
- ²² T. Nagel (1986), *The View From Nowhere*.
- ²³ Davidson, "On the Very Idea of a Conceptual Scheme," p. 6.
- ²⁴ *Ibid.*, p. 19; D. Davidson (1967), "Truth and Meaning," pp. 304-323.
- ²⁵ Davidson, "On the Very Idea of a Conceptual Scheme," p. 14.
- ²⁶ Glastra van Loon, *Norm en handeling*, p. 199, geciteerd in Huppés, *Waarneming en theorie*, p. 126.
- ²⁷ Zie bespreking en illustratie daarvan in Huppés, *Waarneming en theorie*, p. 122.
- ²⁸ Davidson, "On the Very Idea of a Conceptual Scheme," p. 14.
- ²⁹ *Ibid.*, pp. 8-9, verwijzend naar P. Strawson (1966), *The Bounds of Sense: An Essay on Immanuel Kant's Critique of Pure Reason*, p. 15.
- ³⁰ Gadamer, *Truth and Method*, p. 448.
- ³¹ Zie Huppés, *Waarneming en theorie*, pp. 129, 245.
- ³² Zie *ibid.*, p. 247.
- ³³ *Ibid.*, p. 205.
- ³⁴ E.A. Huppés-Cluysenaer (2005), "Over het belang van metafysica voor het recht", pp. 65, 71.
- ³⁵ *Ibid.*, p. 61.

Regels als handelingsinstrument: het rechtsbegrip van Dewey en Van Loon

*Sanne Taekema*¹

Inleiding

Een van de thema's in het werk van Liesbeth Huppés is de tegenstelling tussen positivisme en pragmatisme. Deze tegenstelling komt het duidelijkst naar voren in haar bekendste werk, *Wetenschapsleer voor juristen*². Ook in discussies die ik met haar voerde, kwam de interpretatie van pragmatisme en de betekenis ervan voor het recht regelmatig terug – overigens zonder dat wij het eens werden. Onze meningsverschillen betroffen onder andere het sociale karakter van het pragmatisme en het belang van algemene, door de wetgever gestelde normen.³ Liesbeth verweet het pragmatisme dat het te weinig oog heeft voor de zelfstandige normatieve betekenis van het individu, terwijl ik de aandacht voor individuele creativiteit binnen het pragmatisme benadrukte. Liesbeth benadrukte steeds het belang van algemene regels, terwijl ik dat relativeerde. Vanwege deze fundamentele discussies leek het me passend om in deze afscheidsbundel het thema weer op te pakken. De doelstelling van deze bijdrage is om een aantal spanningen in het pragmatistische rechts- en regelbegrip te duiden en een poging te doen die op te lossen.

Een centraal thema in het filosofische pragmatisme van John Dewey is het begrijpen van, en omgaan met, verandering en onzekerheid. Het ontstaan en veranderen van rechtsregels is daarom een goede ingang tot een pragmatisch begrip van recht. Het begrip kan rechtsfilosofisch het beste uitgewerkt worden met behulp van het werk van Jan Glastra van Loon. Om het pragmatistische rechtsbegrip te kunnen plaatsen, is het zinvol om twee visies op het bestaan van rechtsregels als kader te gebruiken: een positivistische en een interactionistische.⁴

De positivistische visie, verbonden met het werk van Kelsen en Hart, hanteert als standaardbeeld van recht wettelijk recht. Rechtsnormen ontstaan of veranderen via procedures die het rechtssysteem, waarvan de normen deel uitmaken, instelt. Een wetgever neemt een nieuwe wet aan volgens de formele wetgevingsprocedure of een rechter formuleert een nieuwe regel bij het beslechten van een geschil. In deze visie is verandering van recht een doelbewuste handeling van een officiële juridische instantie. Voor Hart zijn zulke veranderingsregels onderdeel van de "secondary rules", datgene wat een rechtssysteem van sociale normen onderscheidt.⁵

Hiertegenover staat de interactionistische visie die gewoonterecht als exemplarisch ziet. Rechtsnormen ontstaan geleidelijk, doordat zij voortkomen uit interactieve

praktijken, en zij worden recht doordat mensen van elkaar gaan verwachten dat zij zich aan de normen houden. In deze visie, die te verbinden is met Fuller's idee van "implicit law"²⁶ en Selznick's begrip "incipient law"²⁷, is verandering van recht een graduele ontwikkeling als deel van, en reactie op, sociale praktijken.

Het verschil tussen beide posities wordt het duidelijkst door hun benadering van gewoonterecht. In een positivistisch kader wordt gewoonte alleen recht als het door een officiële regel als recht erkend wordt. Het duidelijkst is dat in art. 3 (oud) Wet Algemene bepalingen: "Gewoonte geeft geen recht, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst". Omdat gewoonterecht geen formele bron als basis heeft, is de geldigheid ervan afhankelijk van juridische erkenning door wetgever of rechter. In een interactionistisch kader, daarentegen, is gewoonte recht als het wordt ondersteund door de wederzijdse verwachtingen van burgers. Er is geen formeel criterium voor de geldigheid van gewoonterecht, maar een criterium gebaseerd op het bestaan van een praktijk. Het verschil is duidelijk te zien in twee argumentaties over gewoonten die in de rechtspraak erkend zijn: de ene argumentatie zegt dat de rechter gewoonte tot geldend recht *maakt* door dit te erkennen en gebruiken; de andere argumentatie geeft aan dat de rechter gewoonte gebruikt als bron, omdat die geldend recht *is* (want gebaseerd op wederzijdse verwachtingen).

Hoewel het pragmatisme meestal met de tweede visie wordt geassocieerd, heeft het ook duidelijke overeenkomsten met de eerste, zeker wat betreft het werk van Dewey over recht.⁸ In *Logical Method and Law* beargumenteert Dewey dat juridische besluitvorming een consequentialistische logica zou moeten volgen.⁹ Hij concentreert zich op rechterlijke oordelen, die het recht moeten aanpassen aan veranderende sociale omstandigheden. Zijn instrumentele visie stelt bewuste, doelgerichte handelingen van officiële instanties voorop, wat past in een positivistisch kader. Er zijn echter in zijn bredere werk vele verbindingen met het interactionistische kader, zoals de nadruk op contextueel redeneren, het belang van recht voor gewoon dagelijks leven, en de continuïteit tussen feit en waarde.¹⁰ Een eerste vraag die ik hier wil behandelen is dan ook: hoe kunnen de twee polen van het pragmatische rechtsbegrip, instrumentaliteit en interactionisme, verenigd worden? Ik kies ervoor om vanuit het interactionisme te beginnen en daarin instrumentele elementen onder te brengen. Deze benadering leidt tot een aantal andere knelpunten in een pragmatische rechtstheorie. Met een praktijkbegrip van recht als basis komt de tweede vraag op wat recht als praktijk onderscheidt van andere sociale praktijken en wat het verschil dan nog is tussen rechtsnormen en sociale normen. Een derde, verwant probleem is dat recht zo zijn kritische normatieve dimensie verliest. Een interactionistische visie op recht is kwetsbaar voor de kritiek dat recht gereduceerd wordt tot wat mensen feitelijk doen. Het is dus nodig om aan te tonen dat een pragmatisch rechtsbegrip wel normatieve zeggingskracht heeft.

Instrumentaliteit en interactie: recht als praktijk

De basis van een pragmatische rechtstheorie is voor mij de filosofie van Dewey.¹¹ Het

belangrijkste kenmerk van zijn filosofische pragmatisme is dat theorievorming begint vanuit het idee van de menselijke ervaring, meer in het bijzonder de ervaring van het probleemoplossen. Dat betekent dat praktische vragen centraal staan, kwesties die in de filosofie met de praktische rede worden geassocieerd en zich richten op de vraag: wat moeten we doen?¹² Recht is dan een bepaalde vorm van probleemoplossende praktijk, ofwel een van de domeinen van de menselijke ervaring waarin verschillende soorten sociale problemen om een oplossing vragen. Dat klinkt misschien vanzelfsprekend, maar het impliceert wel een specifieke visie op de aard van het recht: recht is een praktische onderneming¹³, waarin een systeem van rechtsnormen een middel is om praktische problemen op te lossen. Een pragmatische theorie is daarom een natuurlijke basis voor een interactionistische rechtstheorie.

Met het idee van probleemoplossend vermogen kan ook een eerste stap gezet worden naar het combineren van instrumentele en interactionistische elementen. Voor Dewey zijn rechtsregels en rechtsbeginselen de instrumenten waarmee we intelligente beslissingen kunnen nemen, met als belangrijkste voorbeeld rechtsvinding door de rechter. De kwaliteit van een rechterlijk oordeel dienen we te beoordelen op basis van de gevolgen die dit heeft, namelijk, als maatstaf voor wat de beste oplossing is in de context van het specifieke geval. Regels en beginselen zijn nuttige hulpmiddelen, maar ze moeten niet te rigide worden gehanteerd. Ook normen zijn een onderdeel van het proces van intelligent onderzoek, waarbij het oplossen van een zaak bestaat uit het heen en weer gaan tussen het interpreteren van feiten en het vinden van toepasselijke regels.¹⁴ Dat kan betekenen dat de regels moeten worden aangepast om de rechterlijke beslissing te kunnen ondersteunen. Mede daarom vindt Dewey wetgeving te inflexibel: "In part legislation endeavors to reshape old rules of law to make them applicable to new conditions. But statutes have never kept up with the variety and subtlety of social change."¹⁵ Natuurlijk is rechtszekerheid een belangrijke juridische waarde, die vereist dat rechterlijke oordelen voorspelbaar zijn en waarvoor we regels en beginselen goed kunnen gebruiken. Het bevorderen van rechtszekerheid is echter niet hetzelfde als het mechanisch toepassen van bestaande regels.

Het instrumentalisme dat uit Dewey's pragmatisme volgt, is een specifieke vorm ervan. Regels zijn hulpmiddelen, of werktuigen, voor praktische beslissingen, maar dat maakt regels niet onbelangrijk of verwaarloosbaar.¹⁶ Een van de meest waardevolle ideeën uit het pragmatische gedachtegoed is de continuïteit tussen *means* en *ends*. Zoals Selznick aantoont, kunnen volgens het pragmatisme zowel doelen als middelen principieel altijd worden herzien. Niet alleen middelen maar ook doelen zijn instrumenteel, terwijl beide ook intrinsiek waardevol zijn. Ook het bepalen van een doel is deels afhankelijk van de waardering van de middelen die nodig zijn om het te bereiken.¹⁷ Het pragmatische instrumentalisme impliceert dus zeker niet dat recht gereduceerd kan worden tot de status van een middel dat slechts dient om voorgegeven niet-juridische doelen te realiseren.

Een tweede aanpassing van het instrumentalisme die we in pragmatische theorie

kunnen vinden betreft de betrokken actoren. Juridisch instrumentalisme wordt meestal geïnterpreteerd als het beschouwen van recht als beleidsinstrument van de overheid.¹⁸ Dit volgt niet noodzakelijk uit het pragmatisme: iedereen die een praktisch probleem moet oplossen waarvoor een juridische oplossing nodig is, kan rechtsnormen als middel gebruiken. Het is een democratische visie, in de zin dat alle deelnemers aan de praktijk van het recht er gebruik van kunnen maken. Als we deze twee aanpassingen doen, staat instrumentalisme niet meer op gespannen voet met een interactionistische praktijkvisie op recht. Integendeel, het voegt iets toe: het geeft aan hoe verandering in het recht op gang kan komen, doordat een deelnemer aan de praktijk die een probleem aanpakt de regels of de gangbare interpretatie ervan betwist.¹⁹

Met het beschouwen van normen als onderdeel van een probleemoplossende praktijk weten we iets meer over het gebruik van regels, maar nog maar weinig van de onderliggende conceptie van regels: ze zijn veranderlijk, niet statisch, maar meer volgt er nog niet uit. Om dit aspect verder uit te werken doe ik een beroep op het werk van Jan Glastra van Loon. Hij beargumenteert dat het normatieve aspect van regels eruit bestaat dat de regel bepalend is voor de legitieme verwachtingen van de normadressanten ten opzichte van elkaar.²⁰ Een regel legt de basis voor het anticiperen op andermans gedrag als beheerst door de regel. Deze kenschets lijkt sterk op Fuller's analyse van recht als "language of interaction" en als "stable set of interactional expectancies".²¹ Zowel Glastra van Loon als Fuller wijzen erop, dat de betekenis van regels als grondslag van legitieme wederzijdse verwachtingen *de relatie tussen de deelnemers aan de praktijken* centraal stelt, tussen degenen van wie het gedrag door de regel wordt beheerst, en niet de relatie tussen de regelgever en de adressant.

De handelingen en interacties die verwachtingen opwekken, zijn daarmee de belangrijkste bron van rechtsnormen. Dat is dan ook de reden waarom recht moet worden beschouwd als een praktijk, die bestaat uit zulke handelingen en interacties. Hoewel normen te onderscheiden zijn van de interacties, komen zij wel uit de interacties voort en zijn zij er (deels²²) van afhankelijk voor hun gelding. Soms is het onderscheid tussen norm en activiteit alleen conceptueel: de norm kan impliciet zijn in handelingspatronen.

Een van de voordelen van een dergelijk praktijkbegrip van recht is dat zulke impliciete normen als recht kunnen worden herkend en erkend. Het belang daarvan wordt duidelijk gemaakt door Fuller. Veel omschrijvingen van recht stellen de sancties centraal die worden opgelegd als regels worden overtreden. Als we echter de taak van het recht zien als het ordenen van sociale relaties, dan is het vreemd om recht te definiëren als de reactie op overtreding van regels. Recht bestaat ook om te voorkomen dat samenwerking ontspoord en dat doel kan heel goed gediend worden door impliciete regels.

Begrenzing van het rechtsbegrip

Recht zien als sociale praktijk betekent dus dat zowel de activiteiten van deelnemers tot het recht behoren als de normen die deze activiteiten mogelijk maken en als kritische standaard voor activiteiten dienen. Voor de hand liggende kritiek op deze visie is dat

er geen duidelijke scheidslijn is tussen recht en andere sociale praktijken en daarmee ook niet tussen rechtsnormen en sociale normen. Het rechtsbegrip lijkt oneindig te worden, net zo breed als het sociale. Het afbakenen van het rechtsbegrip door middel van een formeel criterium, zoals het rechtspositivisme doet, is geen werkbare oplossing omdat daarmee het idee dat recht impliciet kan zijn in interacties wordt ondergraven. Niettemin, binnen het kader van een interactionistische theorie is het heel goed mogelijk om een afbakening te maken op basis van specifiek juridische waarden.²³ Om waarden te incorporeren in het rechtsbegrip is het echter nodig om het gebruikte praktijkbegrip verder in te vullen. Praktijken zijn niet alleen sociaal gecoördineerde handelingen, maar zij zijn ook georiënteerd op bepaalde waarden, die voor een belangrijk deel het karakter van die praktijk bepalen. Hoewel een gerichtheid op waarden voor velen een natuurrechtelijke visie suggereert, is het heel goed mogelijk om waardenoriëntatie op een pragmatische manier te interpreteren. Zulke waarden maken deel uit van de praktijk; net als normen, ontstaan waarden uit de handelingen en interacties in de praktijk en zijn vervolgens leidend voor die praktijk. Er is geen startpunt zonder waarde: feit en waarde ontstaan tegelijkertijd vanuit de menselijke ervaring. Dat betekent dat feit en waarde te onderscheiden zijn, maar niet te scheiden. Elke praktijk, of dat nu recht is, familielevens, kunst, of gezondheidszorg, kent relatief stabiele (maar wel principieel veranderlijke) leidende waarden. Voor het recht zijn die leidende waarden al vrij lang de waarden van rechtvaardigheid en legaliteit, die elk geanalyseerd kunnen worden als een complex van constituerende waarden.²⁴ Zoals Radbruch laat zien, staan zulke kernwaarden in een spanningsrelatie tot elkaar: de waarde van rechtvaardigheid vereist rechtszekerheid, maar realisering van rechtszekerheid kan realisering van rechtvaardigheid beperken.²⁵ We kunnen handelingen binnen een praktijk begrijpen als mede gericht op deze "distinctively legal" waarden.²⁶ Naast specifieke waarden wordt recht ook gekarakteriseerd door andere elementen zoals rechtstaal en procedurele instituties. Een pragmatisch begrip van praktijken, zoals het recht, ziet deze dus als waardegeladen, waarbij de waarden vergeleken met andere elementen uit de praktijk stabiel zijn, en als maatstaf fungeren voor het beoordelen van handelingen, maar geen eeuwig leven hebben, omdat zij wel mee kunnen veranderen met die praktijk.

Hoewel de centrale waarden van het recht de praktijk onderscheiden van andere praktijken, die andere centrale waarden kennen, zorgt deze waardegerichtheid niet voor een scherpe scheidslijn tussen recht en andere praktijken. Ik denk dat dit ontbreken onvermijdelijk is. Juridische verplichtingen zijn in veel gevallen, in een contract, door een rechter of arbiter, vrij duidelijk vast te stellen, maar tegelijk zijn er allerlei grijze gebieden waarin een juridische praktijk zich ontwikkelt in een andere sociale context. Dat is duidelijk te zien bij de open normen in het privaatrecht, zoals de maatschappelijke zorgvuldigheid als grondslag voor de onrechtmatige daad. Legitieme verwachtingen over wat zorgvuldig is, worden door sociale en morele normen gevoed, niet door een formele juridische regel. Het is dan ook moeilijk om zorgvuldigheidsnormen te labelen als ofwel juridisch ofwel moreel, ze zijn het beide.

Kritiek op juridisch handelen: waarden en creativiteit

In de bespreking van rechtswaarden als onderscheidend voor de praktijk van het recht liet ik al doorschemeren dat waarden ook een rol vervullen bij het omgaan met het derde probleem: hoe voorkom je dat recht gereduceerd wordt tot het feitelijk handelen van mensen, ofwel hoe behoud je de normatieve dimensie? Daarbij is van belang om twee vormen van normativiteit en beoordeling te onderscheiden: enerzijds heb je normen die fungeren als beoordelingsmaatstaf voor handelingen, en anderzijds zijn er bestaande normen die als zodanig bekritiseerd kunnen worden. Vooral het tweede kan binnen een pragmatische theorie een probleem zijn. Kenmerkend voor het hier geschetste beeld van recht als een waardegeladen praktijk waarvan handelingen en normen deel uitmaken, is dat beoordelingsmaatstaven dus ook intern zijn aan de praktijk. De vraag is dus of, en hoe, interne maatstaven voldoende zijn om kritisch te kunnen reflecteren op de praktijk waar zij bij horen.

Een aardig voorbeeld om aan te geven hoe binnen een praktijkbegrip van recht normen als beoordelingsmaatstaf fungeren is het Catoochi-arrest.²⁷ Het arrest speelt op Aruba, waar Catoochi een veel gespeelde loterijvorm is. Mevrouw Gomez kocht lotnummers bij Ruiz en op een van deze loten viel een prijs. Toen zij de prijs wilde innen, weigerde Ruiz uitbetaling met een beroep op nietigheid van de loterij-overeenkomst, omdat loterijen zonder vergunning volgens Arubaans recht verboden waren. De Hoge Raad ging niet mee in deze redenering, maar volgt het oordeel van het Hof: “dat in het licht van de door het hof geconstateerde maatschappelijke ontwikkelingen op Aruba die ertoe hebben geleid dat het (bedrijfsmatig) aanleggen van een loterij als de onderhavige in brede lagen van de Arubaanse samenleving niet meer als maatschappelijk onwenselijk, illegaal of strafwaardig wordt ervaren en dan ook door de overheid wordt gedoogd niet kan worden gezegd dat het enkele feit dat deze loterij en het verkopen van nummers daarin bij de wet is verboden, ook thans leidt tot nietigheid van de overeenkomst tot verkoop van nummers in zulk een loterij.” De veranderde maatschappelijke normen over loterijen en de opstelling van zowel burgers op Aruba als de Arubaanse overheid leidden ertoe dat Gomez mocht verwachten dat Ruiz zou uitbetalen en deze ongeschreven norm als juridische standaard voor het handelen van Ruiz kon gelden.

In plaats van handelingen die beoordeeld worden, kunnen ook de normen van de praktijk of de interpretatie die daaraan wordt gegeven bekritiseerd worden. Om kritiek op normen te geven zijn interne juridische waarden of beginselen een maatstaf voor kritiek. Dit is een bekende strategie bij kritiek op wetsvoorstellen, waar vaak rechtsstatelijke argumenten of rechtvaardigheidsoverwegingen worden gebruikt. De meest gehoorde kritiek op de langstudeerboete betrof een beroep op rechtszekerheid: studenten wisten niet van de boete op het moment dat zij begonnen met studeren en hebben dus soms begrijpelijkerwijs een andere planning gemaakt. Dit argument kwam terug in de procedure die studentenorganisaties tegen de Staat begonnen, maar dit was grotendeels niet succesvol. Alleen het beroep op gelijkheid werd in de rechtszaal

gehonoreerd: deeltijdstudenten zijn volgens de rechter ten onrechte gelijkgeschakeld met voltijdstudenten.²⁸ Dat de meeste argumenten van de studenten bij de rechter geen stand hielden is ook vanuit een praktijkbegrip van recht niet vreemd: een wet is ook een bron van legitieme verwachtingen van burgers ten aanzien van elkaar en de overheid. Waar ik wel op wil wijzen is dat er vele internjuridische waarden waren die in deze zaak als grondslag voor kritiek dienden: rechtszekerheid, gelijkheid en proportionaliteit, verschillende grondrechten. Zulke rechtswaarden bieden voldoende aanknopingspunten om kritisch te zijn op specifieke normen van de juridische praktijk.

Vanuit een pragmatisch perspectief is het van belang op te merken dat zulke waarden natuurlijk niet vanzelf leiden tot verandering. De waarden bevatten de bouwstenen voor een kritische benadering van de praktijk omdat waarden slechts deels gerealiseerd zijn: het aspiratieve aspect van waarden zorgt ervoor dat steeds naar een meer complete vervulling van zo een waarde gestreefd kan worden.²⁹ Voor een begin van werkelijke verandering is het nodig dat mensen de waarde ook invoeren. Individuele creativiteit, zoals het beroep op waarden in de kritiek op een wettelijke regeling, zoals de langstudeerboete, is noodzakelijk om te zorgen voor dynamiek. Gebruik door een individu, een groep of een beweging maakt het juridische ideaal ook tot een middel en daarmee illustreert dit nogmaals het punt dat ik eerder maakte over de continuïteit tussen doel en middel. Dat idealen bruikbaar zijn, maakt ze niet minder waardevol – integendeel.

Tot slot

In deze beknopte bijdrage heb ik een poging gedaan om een aantal kritiekpunten op een pragmatisch begrip van recht te pareren en daarmee tegelijkertijd te verhelderen wat volgens mij de essentie van zo een pragmatische visie is. Ik heb de interactionistische visie op regels van Glastra van Loon gecombineerd met Deweys instrumentele visie, waardoor regels in een praktijk zowel het instrument van handelende individuen zijn als ook de basis voor legitieme wederzijdse verwachtingen. Door handelingen te verbinden met zowel normen als waarden binnen een praktijkbegrip is het mogelijk om recht als specifieke praktijk te duiden en om het bestaande recht te kritiseren. Deweys pragmatische nadruk op de continuïteit tussen doel en middel en tussen feit en waarde geeft daarvoor een filosofische grondslag.

Een bijzondere kwaliteit van Liesbeth is haar bereidheid om belangeloos te discussiëren over de centrale vragen van de rechtsfilosofie. Voor Liesbeth is open discussie met gelijkwaardige ruimte voor elk standpunt, ongeacht de status van wie het verdedigt, de kern van academisch werk. Gedurende de jaren dat wij samen in de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht actief waren, hebben we zulke discussies geregeld kunnen voeren, vooral door Liesbeths initiatieven daartoe, zoals de werkgroep Recht en ethiek. Hoewel zij in de inhoud van onze discussie steeds kritisch was over de pragmatische rechtsfilosofie, was haar houding heel Deweyaans. Zoals Dewey zegt in *Democracy and Education*: “An undesirable society, [...], is one which internally

and externally sets up barriers to free intercourse and communication of experience.”³⁰ Vrije discussie en open communicatie is afhankelijk van individuen die zich daarvoor inzetten, zowel door kritisch te zijn op structuren die dit belemmeren als ook door zelf zo te communiceren. Liesbeth is zo een individu.

Noten

- ¹ Sanne Taekema is hoogleraar Inleiding tot de rechtswetenschap en rechtstheorie, Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Tussen 2003 en 2008 waren Liesbeth en Sanne lid van het bestuur van de Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht, respectievelijk als penningmeester en secretaris, later voorzitter.
- ² E.A. Huppel-Cluysenaer (1994), *Wetenschapsleer voor juristen*.
- ³ In de werkgroep Recht en Ethiek van de VWR heb ik commentaar geleverd op Liesbeths artikel “Vijf stellingen over het pragmatisme” (1997). Met dank aan Gerard Drosterij die mijn aantekeningen nog in zijn archief had. De discussie spitste zich toe op stellingen 4 en 5 uit Liesbeths artikel.
- ⁴ Een vergelijkbaar contrast maakt Jan Glastra van Loon in zijn “Rules and Commands”, pp. 514-521. Hij bekritiseert Austin om ongeveer dezelfde redenen als Hart dat doet, maar hij verbindt daaraan een radicaal alternatief, in de vorm van een interactionistisch regelbegrip: “What [rules] do, is to inform the addressees about what are their legitimate expectations concerning the behaviour of other addressees (and *vice versa*) under the conditions specified in the rules” (p. 518).
- ⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edition, p. 94.
- ⁶ Lon L. Fuller (1981), “Human Interaction and the Law”, pp. 211-246.
- ⁷ Philip Selznick (1968), “The Sociology of Law”, pp. 50-59.
- ⁸ Mijn interpretatie van Dewey is vooral gebaseerd op een lezing van een aantal van zijn algemene filosofische teksten, met name: *Reconstruction in Philosophy* (1920); *The Quest for Certainty* (1929); *Experience and Nature* (1929).
- ⁹ John Dewey (1924), “Logical Method and Law”, pp. 355-362.
- ¹⁰ Vergelijk Sanne Taekema (2006), “Beyond Common Sense: Philosophical Pragmatism’s Relevance to Law”, pp. 22-36.
- ¹¹ Zie ook Sanne Taekema (2010), Het probleem van pragmatisme: Een vertrekpunt voor rechtstheorie en rechtsmethodologie.
- ¹² Overigens is voor Dewey het onderscheid tussen praktische en theoretische probleemoplossing niet scherp, omdat veel wetenschap ook gaat om het bedenken wat je moet doen, maar dan als experiment. Dat betekent mijns inziens niet dat we wetenschap in algemene zin als praktisch moeten beschouwen, maar dat zij in relatie tot sommige doeleinden als sociale praktijk beschouwd kan worden.
- ¹³ Vergelijk Lon L. Fuller’s definitie van recht als “the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules” (*The Morality of Law* (1969)).
- ¹⁴ Dewey, “Logical Method and Law”, p. 359.
- ¹⁵ Id.

- ¹⁶ Ook voor Fuller was dit een belangrijk thema, zie bijvoorbeeld *Morality of Law*, p. 197 en vergelijk Pauline Westerman, “Means and Ends”, pp. 145-168.
- ¹⁷ Philip Selznick (1992), *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*.
- ¹⁸ Vergelijk bijvoorbeeld de omschrijving van juridische instrumentalisme in C.J.M. Schuyt (1991), *Op zoek naar het hart van de verzorgingsstaat*, pp. 192-193, waarin als eerste drie kenmerken worden genoemd: neutraliteit ten opzichte van het doel, ondergeschiktheid aan politieke waarden en sturing door centraal gezag. Schuyt erkent wel de kritiek van Fuller op het instrumentalisme, maar schaar Dewey volledig onder de instrumentalisten, anders dan Selznick.
- ¹⁹ Vergelijk Jeremy Webber (2006), “Legal Pluralism and Human Agency”, pp. 167-198.
- ²⁰ Van Loon, “Rules and commands”, p. 518. De verbinding tussen het pragmatisme (met name dat van Peirce) en het werk van Van Loon wordt ook besproken door F.J.C. Van Ree (1998), *Over het vrije verkeer tussen individu, maatschappij en staat: Een analyse van de functionele rechtsopvattingen van J.F. Glastra van Loon en J. Ter Heide*, pp. 59-60.
- ²¹ Fuller, “Human interaction and the law”, respectievelijk pp. 213 en 218.
- ²² De andere aspecten van de gelding van rechtsnormen zijn verbonden met het specifiek juridische karakter ervan, dat ik in de volgende paragraaf bespreek.
- ²³ Dit idee, dat ik eerder heb uitgewerkt in *The Concept of Ideals in Legal Theory* (2003) op het werk van Selznick en Radbruch.
- ²⁴ Zo zijn de acht criteria van Fuller een uitwerking van ‘legaliteit’ (in de Engelse betekenis van ‘legality’) die elk ook weer aspiratief zijn (*Morality of Law*, pp. 41-42). Zie verder Taekema, *Concept of Ideals in Legal Theory*, p. 181-188.
- ²⁵ Gustav Radbruch (1993, [1932]), “Rechtsphilosophie”, p. 304.
- ²⁶ De term komt van Selznick (“The Sociology of Law”, p. 51), die het ideaal van ‘legality’ als het centrale ideaal van het recht beschouwt. Anders dan Selznick zie ik zowel ‘rechtvaardigheid’ als ‘legaliteit’ als leidende waarden of idealen van het recht.
- ²⁷ HR, 7 september 1990, NJ 1991, 266. Zie hierover ook M.A. Loth en A.M.P. Gaakeer (2005), *Meesterlijk recht*, p. 56.
- ²⁸ Rechtbank Den Haag 11 juli 2012, *LJN BX0977*.
- ²⁹ Wibren van der Burg en Sanne Taekema (2004), “The Importance of Ideals: Debating their Relevance in Law, Morality and Politics”, pp. 11-38.
- ³⁰ John Dewey (2004, [1915]), *Democracy and Education: An Introduction to the Philosophy of Education*, p. 95.