

De rechtskritische benadering: een herwaardering

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2014). De rechtskritische benadering: een herwaardering. In G. R. Groot, T. Hartlief, L. P. W. V. Vliet, & J. M. Smits (Eds.), *Kritiek op recht. Liber amicorum Gerrit van Maanen* (pp. 401-412). Kluwer. https://www.academia.edu/7421058/De_rechtskritische_benadering_een_herwaardering

Document status and date:

Published: 01/01/2014

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Kritiek op recht

Liber amicorum aangeboden aan Gerrit van Maanen ter
gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de
Universiteit Maastricht

Onder redactie van

René de Groot

Ton Hartlief

Jan Smits

Lars van Vliet

 **Kluwer**
a Wolters Kluwer business

Deventer 2014

De rechtskritische benadering: een herwaardering

JAN SMITS

1. Inleiding

401

Wat is er over van de kritische traditie in het recht? Die vraag lijkt gerechtvaardigd in een aan Gerrit van Maanen gewijde afscheidsbundel. Niet alleen verkondigde de jubilaris zelf in zijn Maastrichtse oratie dat zijn bemoeienis met de rechtskritische benadering – in het bijzonder het redactielidmaatschap van het tijdschrift *Recht en kritiek* – de belangrijkste rol heeft gespeeld in zijn intellectuele ontwikkeling,¹ bovendien wordt de laatste tijd door buitenlandse collega's flink gereflecteerd op wat de kritische analyse van het recht ons heeft gebracht.² Ook in Nederland is de tijd rijp voor een – uiteraard kritische – analyse van de recht en kritiek-beweging en voor het stellen van de vraag of de rechtskritische benadering vandaag de dag nog bestaat, zij het misschien onder een andere noemer. Deze bijdrage biedt daartoe enkele aanzetten, geschreven door iemand die oud genoeg is om nog te hebben kunnen bijdragen aan het in 1997 ter ziele gegane *Recht en kritiek*,³ maar te jong om actief te hebben kunnen zijn in wat, achteraf beschouwd, zonder twijfel het *finest hour* van de

1 G.E. van Maanen, *Publiek domein en het belang van de overheid bij bodemsanering, oratie Maastricht, Deventer 1990*, p. 22.

2 Zie bijv. Christian Joerges, David M. Trubek and Peer Zumbansen, *The Legacy of Critical Legal Thought and Transatlantic Endeavours*, *German Law Journal* 12 (2011), No. 01, p. 1 v., Xavier Dupré de Boulois & Martine Kaluszynski (red.), *Le droit en revolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, Paris 2011 en Markus D. Dubber, *Critical Analysis of Law: Interdisciplinarity, Contextuality, and the Future of Legal Studies*, CAL-'manifesto' 2012, beschikbaar via <<http://individual.utoronto.ca/dubber/CAL.pdf>>

3 J.M. Smits, *De vergissing der XII Tafelen*, *Recht en kritiek* 22 (1996), pp. 395 v. en id., *Privaatrecht en postmodernisme*, *Recht en kritiek* 23 (1997), pp. 155 v.

rechtskritische beweging is geweest: de jaren zeventig van de vorige eeuw.

2. De rechtskritische traditie in Nederland in vergelijkend perspectief

402

Wat is het doel van de rechtswetenschap? De vraag is van alle tijden en hoewel de rechtgeaarde rechtswetenschapper daarop bij voorkeur een eigen antwoord ontwikkelt, is er in elke periode in de geschiedenis ook een heersende opvatting waar de meesten van de aan de universiteit werkzame juristen zich naar richten. Natuurrecht, Legisme, Historische School en *Begriffsjurisprudenz* kennen elk een corresponderende visie op wat de rechtswetenschapper moet doen en moet laten.⁴ Maar waar deze stromingen in sterke mate het aanzien van de rechtswetenschap in de achttiende en negentiende eeuw bepaalden, is het veel lastiger om de twintigste eeuw te karakteriseren in termen van slechts één of enkele dominante scholen. Enerzijds is de studie van het burgerlijk recht, strafrecht en staatsrecht in Nederland tot in de jaren zeventig in sterke mate positiefrechtelijk van aard gebleven – niettegenstaande individuen die afweken.⁵ Daarna diversifieerde de rechtswetenschap, met meer aandacht voor vooral rechtssociologie, rechtseconomie en rechtsvergelijking én voor de rechtskritische benadering. In die ontwikkeling staat Nederland niet alleen: de opkomst van ‘law and...’-bewegingen is universeel, zij het dat het tempo waarin dat gebeurde per land nogal verschilt. Terwijl in Europa die meer metajuridische benaderingen van recht pas zeer recent uit de marge zijn verdwenen en hier en daar zelfs de orthodoxe benadering lijken te zijn geworden (dat geldt vooral voor een meer internationale en empirische benadering van het recht⁶), zijn zij in de VS alweer op hun retour: daar wordt

⁴ *Zie in plaats van velen: Jan Schröder, Recht als Wissenschaft, 2^{de} dr., München 2012.*

⁵ *Ik noem Cornelis van Vollenhoven, Jannes Eggens, Johan Valkhoff en I. Henri Hijmans.*

⁶ *Dat geldt in elk geval voor het Verenigd Koninkrijk en Nederland, waarover Jan Smits, Omstreden rechtswetenschap, Den Haag 2009 en J.B.M. Vranken, Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap, WPNR 6840 (2010), p. 318 v. Zie voor Duitsland*

in 'New Private Law' nu hernieuwd de aandacht gevraagd voor de autonomie van de rechtswetenschap en voor het belang van doctrinair onderzoek.⁷

Wat nu is het doel van de rechtswetenschap in de rechtskritische benadering? Die vraag is nog niet zo eenvoudig te beantwoorden. De precieze invulling van de kritische benadering van het recht verschilt per land en auteur en één universeel referentiepunt in de vorm van een internationaal tijdschrift, jaarlijks congres of algemeen aanvaard credo ontbreekt. De rechtskritische auteurs die actief waren in de jaren zeventig en tachtig konden zijn geïnspireerd door het marxisme, door de *Frankfurter Schule*, door sociale systeemtheorie of postmodernisme, of simpelweg door politiek engagement.⁸ Toch hebben de Amerikaanse beweging van *Critical Legal Studies* en de Europese auteurs die zich verzamelden rondom het Nederlandse *Recht en kritiek* (1975-1997), het Duitse *Kritische Justiz* (opgericht in 1968 en nog altijd bestaand⁹), het Vlaamse *Tegenspraak* (1982-1984), de Engelse *Critical Legal Conference* (gehouden sinds 1984) en de Franse beweging *Critique du Droit*¹⁰ een aantal overeenkomsten. Die overeenkomsten kunnen het beste in het licht worden gesteld door te rade te gaan bij een artikel van Van Maanen waarin hij het

de conflicterende opvattingen van Stefan Grundmann, Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität, Juristenzeitung 68 (2013), p. 693 v. en Christian Wolf, Perspektiven der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung, Zeitschrift für Rechtspolitik 46 (2013), p. 20 v.

7 Zie bijv. de bijdragen aan de speciale aflevering 'The New Private Law', *Harvard LR* 125 (2012), p. 1639 v. en Shai Lavi, *Turning the tables on 'Law and ...': A Jurisprudential Inquiry into Contemporary Legal Theory*, *Cornell LR* 96 (2010-2011), p. 811 v.

8 Zie het uitstekende overzicht van *Critical Legal Studies* op *The Bridge*-website van *Harvard Law School*: <<http://cyber.law.harvard.edu/bridge/index.htm>>.

9 De oude jaargangen zijn beschikbaar via <www.kj.nomos.de/archiv>. Ook *Recht en kritiek* zou op die wijze beschikbaar moeten worden gemaakt voor een breed publiek.

10 Waarvan het begintijdstip lastiger te dateren valt. Zie Martine Kaluszynski, *Le mouvement 'Critique du droit': D'un projet contestataire mobilisateur à un impossible savoir de gouvernement*, in: Xavier Dupré de Boulois & Martine Kaluszynski (red.), *Le droit en revolution(s). La critique du droit des années 1970 à nos jours*, Paris 2011.

‘programma van de kritische jurist’ uiteenzet.¹¹ Dat programma is volgens hem ‘ideologie-kritisch, met oog voor de maatschappelijke kontekst van rechtsnormen, mede vanuit een extern perspectief het rechtsbedrijf beschouwend en met een – na zorgvuldige analyse verkregen – oog voor de maatschappelijke effecten van het recht.’ Dit leidt tot een onderzoeksmethode waarin vier, nauw met elkaar verbonden en deels elkaar overlappende, aspecten worden benadrukt.¹²

In de eerste plaats moet juridisch onderzoek ‘ideologie-kritisch’ zijn: niet alleen worden rechtsregels beschreven, maar ook wordt gezocht naar een rechtvaardiging van die regels. Van Maanen zoekt die rechtvaardiging vooral in de geschiedenis, die een maatschappelijke strijd tussen ‘verschillende kapitaalfrakties’ kan blootleggen. Dat was ook de benadering die Van Maanen zelf verdedigde in zijn proefschrift¹³ en die tien jaar eerder op uiterst succesvolle wijze was toegepast door de Amerikaanse rechtshistoricus Morton Horwitz, die aantoonde dat de manier waarop de *common law* in de negentiende eeuw werd ontwikkeld vooral het belang van commerciële partijen diende.¹⁴ Maar uiteraard heeft die rechtvaardiging van de regel (of het gebrek daaraan) niet per se te worden gevonden in de geschiedenis. Het ‘ontmaskeren’ van een schijnbaar objectieve legitimatie van aansprakelijkheid, eigendom, bindende kracht van de overeenkomst en huwelijk kan ook geschieden door de hedendaagse achterliggende politieke conflicten bloot te leggen.¹⁵

11 Gerrit van Maanen, *Hoe burgerlijk is ons burgerlijk recht en zijn beoefenaar?*, in: Roel de Lange et al (red.), *De dubbelzinnigheid van het recht; kritische rechtstheorie en rechtspolitiek in de jaren tachtig, speciale aflevering van Recht en kritiek 10 (1985)*, p. 41 v.

12 Van Maanen, *Hoe burgerlijk is ons burgerlijk recht en zijn beoefenaar?*, o.c., p. 44 v.

13 G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad: aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, diss. Groningen 1986.

14 Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Cambridge Mass. 1977.

15 *Of van rechtseenheid of –diversiteit*: zie Martijn W. Hesselink, *The Politics of European Contract Law: Who has an Interest in What Kind of Contract Law for Europe?*, in: Stefan Grundmann & Jules Stuyck (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague 2002, p. 181 v.

Vervolgens dient de kritische jurist volgens Van Maanen een rechtsregel te begrijpen in de ‘maatschappelijke kontekst.’ Dat betekent voor hem vooral dat een regel moet worden gezien als de uitkomst van politiek-strategische kwesties. Regels over het sta-kingsrecht en de onrechtmatige daad zijn slechts te begrijpen vanuit de maatschappij waarvoor zij zijn ontwikkeld. Dat sluit nauw aan bij wat in de allereerste aflevering van *Recht en kritiek* werd omschreven als de vraag waar het tijdschrift zich mee bezig moest houden, namelijk ‘de vraag naar de maatschappelijke, politieke en ideologische functie van het recht (...) Het recht is niet autonoom en heeft niet een autonome geschiedenis. (...) De veranderingen in het rechtssysteem zijn uitdrukking van de wisselende krachtsverhouding en het voortdurende kompromis tussen tegengestelde maatschappelijke belangen.’¹⁶ Dit is uiteraard ook het credo van de kritische benadering in andere landen, maar het was – behoudens misschien de radicaal linkse inslag, waar-over onder – geen uniek of nieuw geluid. In de rechtssociologie werd (en wordt) recht al lange tijd in context geduid. In de derde plaats neemt de kritische jurist afstand van het zuiver interne perspectief dat centraal staat in de traditionele praktische rechtswetenschap. Het gaat niet enkel om het *binnen het systeem* vinden van de meest aanvaardbare oplossing, maar ook om de bestudering van het gedrag van juristen. De nadruk op de rechtspraak van de Hoge Raad – die zeker in de jaren tachtig groot was – moest plaats maken voor een breder perspectief, waarin ook aandacht bestaat voor lagere rechtspraak en – zo voeg ik daar aan toe – alle bij de vorming van recht betrokken actoren (niet enkel Max Weber’s *Rechtshonoratioren*, maar eerder Sacco’s *legal formants*¹⁷). In het buitenland werd dit aspect veel radicaler ingevuld. Zo rebelleerde in Duitsland een hele generatie studenten tegen door het oorlogsverleden besmette juridische hoogleraren.¹⁸ De Amerikaanse CLS-beweging was ook goed in het toepassen van een

¹⁶ Redaktioneel, *Recht en kritiek* 1 (1975), p. 3 v.

¹⁷ Cf. Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, *American Journal of Comparative Law* 39 (1991), p. 343 v.

¹⁸ Vooral geïnspireerd vanuit Frankfurt door Rudolf Wiethölter, waarover Christian Joerges, *German Perspectives and Fantasies*, *German Law Journal* 12 (2011), p. 10 v.

extern perspectief op het gedrag van alle juristen, inclusief diegenen die het recht doceren.¹⁹

Ten slotte moet oog bestaan voor de maatschappelijke effecten van het recht. Van Maanen verwoordt dit aldus dat ‘kritische juristen zich bij de interpretatie en toepassing van rechtsregels zouden moeten laten leiden door de eventuele gevolgen van een bepaalde interpretatie voor de loonafhankelijke klasse in onze samenleving.’²⁰ Dat kan volgens hem alleen vanuit een maatschappijtheorie zoals het marxisme. Zonder een dergelijke theorie zou de invulling van open normen als billijkheid en rechtvaardigheid veelal ongewild de belangen van de heersende klasse dienen. Dit aspect komt overeen met wat internationaal in de rechtskritische benadering wordt aangeduid als de ‘indeterminacy’-these:²¹ vrijwel altijd heeft de jurist bij de rechtstoepassing de keuze tussen verschillende oplossingen. Bovendien is elke rechtsregel zelf een compromis tussen onderliggende tegenstrijdige belangen. Dat maakt recht en rechtstoepassing inherent politiek, en dus moet steeds opnieuw het vermeend objectieve karakter van het recht in twijfel worden getrokken.²²

Bij de bestudering van dit programma van de ‘kritische jurist’ vallen twee dingen op. Allereerst is Van Maanens visie op wat een kritische jurist moet doen in internationaal opzicht niet erg radicaal. Het gaat hem er vooral om te *begrijpen* hoe het bestaande recht het product is van ideologie en conflict, niet zozeer om dat recht ook te *veranderen*. Praktisch beschouwd beperkt het sleutelen

19 Zie Duncan Kennedy, *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system*, 1983, reprint New York 2004. In *Recht en kritiek werd maar weinig aandacht besteed aan juridisch onderwijs; voor zover dat wel gebeurde, was er vooral kritiek op regeringsplannen tot hervorming van het universitair onderwijs in het algemeen*.

20 Van Maanen, *Hoe burgerlijk is ons burgerlijk recht en zijn beoefenaar?*, o.c., p. 45.

21 Waarover Lawrence B. Solum, *Indeterminacy*, in: Dennis Patterson (ed.), *Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd ed., Cambridge Mass. 2010, p. 479 v.

22 Zie vooral Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, *Harvard Law Review* 89 (1976), p. 1685 v. Overigens is de suggestie niet zo radicaal als zij lijkt: aan de Universiteit Maastricht heeft vele jaren het dogma bestaan dat een goede zg. tutor in het probleemgestuurd onderwijs (PGO) geen ‘inhoudskundige’ behoeft te zijn en is hiermee daadwerkelijk geëxperimenteerd.

aan de rechtsorde zich zijns inziens tot de marge. Hij noemt dat een dubbelzinnige positie: enerzijds bevestigt de kritische jurist het systeem, anderzijds tracht hij datzelfde systeem te bestrijden door haar ideologische en politieke vooronderstellingen bloot te leggen. Een ‘balanceren op de grens van de rechtsorde’ is al wat de jurist kan doen.²³ Dat men daar ook anders over kan denken, bewijzen voorbeelden uit de VS en Duitsland. Voor Kennedy’s voorstel om de portier en de hoogleraar van rol te doen wisselen²⁴ en Duits radicalisme – toegegeven typisch voor de Duitse behoefte om het hoofd te bieden aan de *Vergangenheitsschuld*²⁵ – moet men bij Van Maanen niet zijn.

Een tweede constatering is dat Van Maanens rechtskritisch programma geheel in politiek-neutrale termen is geformuleerd. Nergens vindt men enige verwijzing naar gedachtengoed aan de linkerzijde van het politieke spectrum.²⁶ Recht kritisch begrijpen vanuit onderliggende conflicten, met oog voor maatschappelijke effecten en context en mede vanuit een extern perspectief kan immers plaatsvinden vanuit verschillende politieke ideologieën – tenzij men de term ‘kritisch’ zelf als exclusief links beschouwt.²⁷ Deze laatste constatering roept een belangrijke vraag op. Indien de kritische benadering van recht à la Van Maanen op neutrale wijze wordt geformuleerd, is er dan heden ten dage nog iets over? De redactie van het tijdschrift *Recht en kritiek* besloot in 1997 om zichzelf te ontbinden omdat het geloof in de maakbaarheid van de samenleving had plaatsgemaakt voor nieuwe zakelijkheid.

23 Van Maanen, *Hoe burgerlijk is ons burgerlijk recht en zijn beoefenaar?*, o.c., p. 46.

24 Zie Duncan Kennedy, *Legal education and the reproduction of hierarchy*, o.c.

25 Zie Joerges, *German Law Journal* 12 (2011), o.c., p. 26, met verdere verwijzingen.

26 Het redactioneel bij de eerste aflevering van *Recht en kritiek* is op eenzelfde wijze politiek neutraal: zie *Recht en kritiek* 1 (1975), p. 3 v. Dat gold niet voor de typisch linkse thema’s die in de eerste jaargangen aan de orde kwamen en die, naast veel aandacht voor marxistische rechtstheorie, onder meer handelden over huisvestingsbeleid, de Molukse staat, grondpolitiek, rechtshulp, de WUB, de rechtsstaat, de RAF, kraken, de gekozen burgemeester, de abortusstrijd, huurbescherming, Menten, de onderdrukking van de vrouw, Buikhuisen, Vietnam, Chili, Zuid-Afrika, Zuid-Rhodesië en Cuba. Pas in de allerlaatste aflevering van *Recht en kritiek* werd namens de redactie gesteld dat het tijdschrift oorspronkelijk een ‘marxistische grondstelling’ had. Zie Vooraf, *Recht en kritiek* 23 (1997), p. 289.

27 Zie ook hieronder. De inleiding tot de eerste aflevering van *Kritische Justiz*, de oudere Duitse broer van *Recht en kritiek*, was veel politieker van aard. Zie Werner Hofmann, *Die Krise des Staates und das Recht*, *Kritische Justiz* 1 (1968), p. 1 v.

Kritische analyse en reflectie waren niet meer bon ton.²⁸ En – zo voeg ik daar aan toe – misschien speelde ook een rol dat aan het einde van de jaren negentig in Nederland het idee bestond dat veel was bereikt. Het was de tijd van de paarse kabinetten (1994-2002) en minister-president Wim Kok sprak de woorden: ‘Nederland is af.’ Maatschappelijke onvrede over de effecten van doorgeslagen neoliberalisme of juist van multiculturalisme was nog niet doorgedrongen tot de opiniemakers.²⁹ Maar verliest de rechtskritische benadering haar bestaansrecht indien zij niet meer exclusief op linkse wijze kan worden ingevuld? Dat zou een wel erg beperkte lezing zijn van deze belangrijke stroming. Is er een alternatief?

3. Nieuwe wegen

In het voorafgaande bleek dat de kern van de rechtskritische benadering er in bestaat om recht te begrijpen vanuit onderliggende conflicten, met oog voor maatschappelijke effecten en context en mede vanuit een extern perspectief. Wat is tegenwoordig de beste manier om dit te realiseren? Die vraag valt op twee manieren te beantwoorden.

In de eerste plaats kan men er op wijzen dat de rechtskritische benadering zoals die in de jaren zeventig werd toegepast nog altijd sterke papieren heeft. Misschien zijn die papieren nog wel veel sterker dan ze veertig jaar geleden waren, zij het dat de kritiek op de macht tegenwoordig op zijn minst mede van rechts komt. De historicus Henri Beunders formuleert dat zo: ‘Net als in de periode rond 1900 zien we in de afgelopen decennia hetzelfde patroon van razendsnelle neoliberale moderniseringsprocessen en internationalisering, en als tegenmaatregel – om al die vrije consumerende mensen in die vrije markt toch nog in het gareel te houden – een toenemende disciplinerende van het gedrag in de publieke ruimte, zowel van de kant van de overheid als van de gezeten burgerij die nu de klasse der hoger opgeleiden heet. De 30 procent hoger

²⁸ Vooraf, *Recht en kritiek* 23 (1997), p. 289.

²⁹ Het befaamde artikel van Paul Scheffer dateert uit 2000: Paul Scheffer, *Het multiculturele drama*, NRC 29 januari 2000.

opgeleiden bezitten de staat, de overige 70 procent bezitten de straat.³⁰ De bordjes zijn verhangen: waar kritiek op de democratie vroeger van links kwam, komt die nu van rechts. Er is dan ook nog steeds een bloeiende tak in de rechtswetenschap die kritisch is, niet alleen over de heersende machtspolitieke verhoudingen, maar ook over de nadelige effecten van neoliberalisme, Europeanisering, globalisering en multiculturalisme. Dat die kritiek thans veel pluriformer is dan dertig jaar geleden omdat zij zowel van links³¹ als van rechts³² komt lijkt mij een verrijking van het debat.

Veel belangrijker nog dan deze politiek getinte invulling van de rechtskritische benadering is echter een andere. Opvallend aan de rechtskritische benadering zoals die werd beoefend in de jaren zeventig is dat deze in sterke mate uitgaat van statelijk recht: recht is wat door de staat als zodanig wordt afgekondigd. Dan resteert weinig anders dan de ideologie achter het nationale, geldende, recht te bekritisieren. Maar recht is niet overal identiek. Mijns inziens is een andersoortige rechtskritische methode er een die de mogelijke oplossingen van een probleem met elkaar vergelijkt. Het gelijktijdig bestuderen van alternatieve wijzen van recht doen kan immers op spectaculaire wijze bijdragen aan begrip van, en kritiek op, het eigen recht. Vergelijking leidt tot *vervreemding*, of zoals Lavi dat onlangs formuleerde: 'Estrangement (or defamiliarization) is (...) a helpful method for identifying alternative answers to the question of what law is.'³³ Vooral vergelijking met radicaal andere rechtsstelsels, zoals niet-Westers recht of recht zoals dat in het verleden bestond, of met oplossingen die vanuit de rechtseconomie, rechtspsychologie of empirische vakken worden aangedragen, is daartoe nuttig.

30 Henri Beunders, *De terugkeer van de klassenstrijd, in: Waar visie ontbreekt, komt het volk om (Jaarboek Parlementaire Geschiedenis 2011)*, Nijmegen 2011, p. 26.

31 Een goed voorbeeld is Ugo Mattei & Laura Nader, *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*, Malden Mass. 2008. Ook het in 1990 opgerichte Engelse tijdschrift *Law and Critique* en de website <www.criticallegalthinking.com> zijn exponenten van deze benadering.

32 Voorbeelden zijn Thierry Baudet, *De aanval op de Natiestaat*, Amsterdam 2012 en Paul Cliteur, *Moderne Papoea's*, Amsterdam 2003.

33 Lavi, *Cornell LR 96 (2010-2011)*, p. 817.

Het grote voordeel van deze benadering ten opzichte van politiek geïnspireerde rechtskritiek is niet alleen dat zij geen politieke stellingname vereist, maar vooral dat de kritische benadering tot de kern van de rechtswetenschap wordt gemaakt. De juridische methode bestaat er dan in om na te gaan welke mogelijke antwoorden op een probleem kunnen bestaan en om die antwoorden met elkaar te vergelijken.³⁴ De vraag wat in rechte behoort wordt niet langer beantwoord in een puur nationale exercitie, maar vereist een breed opgezet onderzoek naar alternatieve oplossingen, geïnspireerd door recht van elders of vroeger, of door 'law and...'-benaderingen. Achteraf beschouwd is het op zijn minst opmerkelijk dat de onbepaaldheid van het recht (de eerder genoemde 'indeterminacy'-these) door de rechtscritici in het verleden vooral werd toegelicht aan de hand van politieke conflicten, hoewel die bij uitstek uitnodigt tot een interdisciplinaire en vergelijkende benadering. Pas recent wordt dat onomwonden erkend. Zo omschrijft de Canadese auteur Markus Dubber de rechtskritische benadering als volgt: 'Critical analysis of law is a contextual model of legal studies for an era that embraces interdisciplinarity, while at the same time reconceiving and contextualizing it. Critical analysis of law insists on, and recovers, the autonomy of law as a discipline, while at the same time, regarding law as one discipline among others, and the interdisciplinarity of legal studies not as *sui generis*, but instead as a reflection of interdisciplinarity in all modes of scholarship and teaching.'³⁵ In dit alternatief perspectief kan aan alle de voorwaarden voor de rechtskritische benadering worden voldaan. Het belangrijkste is dat recht wordt begrepen vanuit onderliggende conflicten en dat geschiedt mijns inziens op de beste wijze wanneer tevens voorbeelden beschikbaar zijn van hoe die conflicten *in rechte* kunnen worden beslist. Rechtsvergelijking biedt daartoe een schat aan informatie. Dat is precies wat Lord Steyn bedoelde toen hij in de beroemde zaak *McFarlane v. Tayside Health Board*³⁶ stelde dat

³⁴ Zie ook Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, o.c.

³⁵ Dubber, *Critical Analysis of Law*, o.c.

³⁶ 2000 SC 2 (HL), par. 15.

‘the discipline of comparative law does not aim at a poll of solutions adopted in different countries. It has the different and inestimable value of sharpening our focus on the weight of competing considerations.’ Dat betekent overigens niet dat de doctrinaire (‘dogmatische’) benadering van het recht geheel in de ban moet worden gedaan. Integendeel: doctrine is een bron van informatie over hoe conflicten kunnen worden beslist. Dat is ook precies wat de al genoemde ‘New Private Law’ beoogt: het benadrukken van de normatieve dimensie van private interacties door recht niet primair te beschouwen als door de overheid gegeven bevelen, maar vooral als normen voor gedrag.³⁷ Daarbij kan uiteraard niet alleen worden geleerd van juridische bronnen, maar ook van andersoortige *narratives* over hoe met conflicten om te gaan, zoals die onder meer naar voren komen in de *Recht en literatuur*-beweging. Andere ‘law and...’-benaderingen, en in het bijzonder empirische rechtswetenschap, zullen uiteraard ook in sterke mate bijdragen aan kennis van de maatschappelijke effecten van recht.³⁸

411

4. Ten slotte

Het voorafgaande laat zien dat er nog steeds – en misschien wel meer dan ooit – ruimte is voor een rechtskritische benadering. Die kan zowel zijn gebaseerd op een politiek-ideologische visie zoals in de jaren zeventig gebruikelijk was (waarbij heden ten dage de ideologie zowel kan zijn gebaseerd op ‘links’ als op ‘rechts’), als een meer juridische methode hanteren, die er dan uit bestaat om de eigen oplossing te vergelijken met alternatieven. Paradoxaal genoeg is de redactie van *Recht en kritiek* hiermee ten prooi gevallen aan een te beperkte, want te weinig kritische,

³⁷ Zie John C.P. Goldberg, *Introduction: Pragmatism and Private Law*, *Harvard Law Review* 125 (2011/12), p. 1661. Zie ook Eike Götz Hosemann, ‘The New Private Law’: *Die Neue amerikanische Privatrechtswissenschaft in historischer und vergleichender Perspektive*, *Max Planck Private Law Research Paper No. 13/29* (2013).

³⁸ Door al deze benaderingen te plaatsen in de sleutel van (alternatieve visies op) wat in rechte behoort, kan ook de eenheid van de rechtswetenschap worden hersteld. Zie daarover Jan Smits, *Law and Interdisciplinarity: on the Inevitable Normativity of Legal Studies*, *Critical Analysis of Law* 1 (2014), issue 1.

opvatting van de kritische benadering. Waar de heersende ideologie linkser en linkser werd, had de kritische traditie rechtser moeten worden of methodologisch nieuwe wegen moeten bewandelen. In de woorden van het laatste redactioneel van *Recht en kritiek*: 'Nog altijd staat voor ons vast dat een kritische rechtswetenschap zich vooral onderscheidt door het voortdurend vraagtekens plaatsen bij wat vanzelfsprekend is (...).'³⁹ Zo beschouwd heeft de rechtskritische benadering een gouden toekomst.

³⁹ Vooraf, *Recht en kritiek* 23 (1997), p. 289.