

Amerikaans realisme

P.B. Cliteur

Cliteur, Paul, "Amerikaans realisme",
in: P.B. Cliteur, B.C. Labuschagne,
C.E. Smith, red., *Rechtsfilosofische stromingen
van de twintigste eeuw*, Gouda Quint, Arnhem
1997, pp. 41-109.

1. INLEIDING

Aan het begin van de twintigste eeuw trad in de Verenigde Staten een aantal schrijvers op de voorgrond, van wie men het werk later is gaan aanduiden als 'Amerikaans realisme'. In deze woordcombinatie roept natuurlijk vooral het woord 'realisme' vragen op. Deze term wordt in de filosofie wel gebruikt ter aanduiding van de doctrine van Plato: niet de concrete dingen in het hier en nu bestaan in de volle zin van het woord, maar alleen de 'ideeën', de algemene modellen van de concrete dingen. De ideeën zijn 'res' (Latijn voor 'dingen'). Vandaar de naam 'realisme' ter aanduiding van de leer van Plato.¹ De filosoof zou zich moeten toelleggen op kennis van deze ideeën.

In de filosofie wordt het woord 'realisme' echter ook wel gebruikt voor een geheel andere theorie. Als 'realisme' wordt ook wel aangeduid de visie op de werkelijkheid die ervan uitgaat dat de materiële dingen een bestaan hebben los van de geest van de mensen die deze dingen waarnemen. Voor een niet filosofisch geschoold lezer zal een dergelijke theorie nauwelijks verrassend zijn, want het beantwoordt volledig aan onze alledaagse ervaring van de werkelijkheid. We gaan er vanuit dat de materiële wereld blijft bestaan ook al zijn er geen mensen die deze wereld waarnemen. In de wijsbegeerte is echter ook wel het standpunt verdedigd dat de materiële dingen geen bestaan hebben los van het menselijk bewustzijn. De Ierse filosoof G. Berkeley (1684-1753) vatte dit gezichtspunt bondig samen met de woorden "To be is to be perceived". Berkeley beriep zich erop dat zijn theorie, hoewel op het eerste gezicht bizar, in feite in overeenstemming is met het nuchtere verstand. Hoe weten we dat planten, bomen en huizen bestaan? Toch alleen maar omdat we op basis van onze waarneming hiervan een beeld kunnen opbouwen? Hoe

1. Een benaming die overigens ter aanduiding van de leer van Plato pas in de middeleeuwen courant was. Men sprak daarvoor (en tegenwoordig) doorgaans van 'idealisme'.

kunnen we dan zo zeker zijn dat de dingen blijven voortbestaan wanneer wij ze niet waarnemen?

Tegenover deze voor velen wat bizarre theorie van Berkeley hebben anderen het 'realistisch' standpunt verdedigd: de visie dat de dingen bestaan onafhankelijk van het menselijk bewustzijn. Zo heeft de Russische revolutionair V.I. Lenin in een uitvoerige analyse van de denkbeelden van Berkeley geprobeerd het realisme te onderbouwen.

Laten we terugkeren tot het thema: het Amerikaans realisme. Heeft het realisme in combinatie met het woord 'Amerikaans' iets van doen met de voornoemde vormen van realisme? Het antwoord ligt voor de hand: 'realisme' in combinatie met het woord 'Amerikaans' heeft weinig gemeen met de wijze waarop het woord van oudsher in de wijsbegeerte wordt gehanteerd. 'Platonisme' wordt zelfs door één van de realisten, Jerome Frank, min of meer als een scheldterm gehanteerd. Zoals we nog zullen zien heeft het realistisch gedachtengoed van met name Berkeley enige overeenkomst met het Amerikaans realisme, maar ook hier geldt toch dat de verschillen overheersen. Het lijkt verantwoord te stellen dat het woord 'realisme' als aanduiding voor een school in de rechtswetenschap nog de meeste overeenkomst vertoont met realisme in de alledaagse zin van het woord. De 'realist' in de alledaagse zin van het woord is niet onder de indruk van hoogdravende theorieën en modellen, maar oriënteert zich op de verschijnselen van de alledaagse praktijk. Eigenlijk stond aan de Amerikaanse realisten iets dergelijks voor ogen ten aanzien van recht en rechtswetenschap. Pound schreef in 1931 dat de rechtsrealisten met realisme bedoelen 'fidelity to nature, accurate recording of things as they are, as contrasted with things as they are imagined to be, or wished to be, or as one feels they ought to be'.² Jerome Frank, de realist die het begrip geijkt heeft, stelt dat realisme betekent het voorstellen van de dingen op een niet-geromanticeerde manier, in tegenstelling tot 'fantasying', 'prettifying' en 'wish-ful thinking'.³ Frank legt overigens in het voorwoord tot de zesde druk van zijn boek *Law and the Modern Mind* uit dat hij het betreurt de term 'realisme' ooit te hebben gebruikt.⁴ Realisme had immers al een specifiek vakfilosofische betekenis en hij had beter kunnen spreken van 'constructief skepticisme' als aanduiding voor de groep van rechtswetenschappers en praktijkjuristen die hij onder de noemer realisten had ondergebracht.

-
2. Pound, Roscoe, 'The Call for a Realist Jurisprudence', in: *Harvard Law Review*, Vol. XLIV (1930-1931), pp. 697-711, p. 697.
 3. Frank, Jerome, 'Are Judges Human?', in: *University of Philadelphia Law Review*, 17 (1931), p. 258.
 4. Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester, Mass. 1970 (1930), p. viii-xxxi.

Volgens Frank is kenmerkend voor de realisten (Frank's voorstel om van 'skeptici' te spreken heeft geen navolging gevonden; ik zal mij dan dan ook houden aan het standaard taalgebruik), een zekere twijfel ten aanzien van de traditionele manieren van kijken naar het recht en een voorliefde voor hervormingen.

Het realisme heeft het Amerikaanse rechtsdenken voor lange tijd sterk beheerst. We kunnen onder de realisten drie generaties onderscheiden; waarvan hier de belangrijkste vertegenwoordigers ten tonele zullen worden gevoerd. De eerste generatie wordt gevormd door O.W. Holmes (1841-1935) en J.C. Gray (1839-1915). Of men deze eerste generatie reeds tot het Amerikaans realisme wil rekenen dan wel tot de voorlopers van het realisme, is tot op zekere hoogte een arbitraire kwestie. Wanneer men van mening is dat de centrale trekken van de latere realistische beweging reeds duidelijk bij Holmes en Gray te vinden zijn, is er iets voor te zeggen hen tot de eerste generatie van realisten te rekenen en niet slechts tot de voorlopers. Van de tweede generatie van realisten zouden vele namen genoemd kunnen worden, maar als de meest bekende vertegenwoordigers worden doorgaans J. Frank (1889-1957) en K. Llewellyn (1893-1962) genoemd. De belangrijkste werken van de tweede generatie realisten zijn *The Bramble Bush*⁵ van Llewellyn en *Law and the Modern Mind* van Frank.⁶ Ik zal voornamelijk ingaan op het werk van Frank. Dat gebeurt niet omdat Llewellyn geen interessante ideeën heeft gepresenteerd, maar omdat Llewellyn vaak een genuanceerde aanpassing van realistische uitgangspunten presenteert.

Verder zou men ook wat uitlopers van het realisme kunnen onderscheiden. Na de tweede generatie is de beweging over haar hoogtepunt heen, maar een uitloper van het realisme kunnen we onderkennen in het werk van de Amerikaanse filosoof Richard Taylor (1919-).⁷ In het werk van Taylor komt het Amerikaans realisme tot voltooiing en tevens tot een eind. Daarbij dient men overigens wel te bedenken dat de 'geest van het realisme' voortleeft. In de Critical Legal Studies vinden we veel aanzetten van het realisme opnieuw

-
5. Llewellyn, K.N., *The Bramble Bush*, On our Law and its Study, Oceana Publications, Inc., New York/London/Rome 1960 (1930).
 6. Twining, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Weidenfeld and Nicolson, London 1973, p. 71. Het boek van Twining is het standaardwerk over Llewellyn. Julius Paul schreef een monografie over het werk van Frank: *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, A Study of Fact-skepticism and the Judicial Process, Martinus Nijhoff, The Hague 1959. Vgl. verder: Duxbury, Neil, 'Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism', in: *Journal of Law and Society*, 18 (1991), pp. 175-205.
 7. Vgl. voor biografische informatie over hem de inleiding van John Donnelly in: Taylor, Richard, *Reflective Wisdom*, Richard Taylor on Issues That Matter, Prometheus Books, Buffalo, New York 1989, pp. 11-17.

terug, zij het in een marxistisch-socialistische context die aan het realisme vreemd is.

2. EEN SCHOOL? EEN BEWEGING? EEN HOUDING?

In de handboeken is een veelvuldig behandeld thema de eenheid van de beweging. Is het wel een beweging? Een ding is zeker: er is geen gemeenschappelijk manifest, geen eenduidig credo en volgens sommigen zelfs geen consensus over een substantieel deel van de uitgangspunten. Hart spreekt van 'the loosely named "Realists" of the 1930's'.⁸ Dit geluid horen we ook van de realisten zelf. Llewellyn sprak van een 'mass of trends in legal work and thinking'. Er zou geen sprake zijn van een 'coherent group'. Volgens Llewellyn zou slechts kenmerkend zijn een afstand nemen van traditionalisme, skepticisme en verder 'nieuwsgierigheid'. Hieruit blijkt dat de bekende vertegenwoordigers van het realisme nogal relativerend spreken over de samenbindende factor in hun werk. Er is geen school van realisten, schrijft Llewellyn.⁹ Hij voegt daar zelfs aan toe dat het ook niet waarschijnlijk is dat er ooit zoiets als een school zal ontstaan. Er is geen officieel geaccepteerd credo dat allen onderschrijven. 'New recruits acquire tools and stimulus, not masters, nor over-mastering ideas'.¹⁰ Wat de realisten aan elkaar bindt is alleen wat zij *ontkennen*. Zij zijn meer een eenheid in hun 'skepticismen' en in hun 'nieuwsgierigheid' dan dat het mogelijk is hun denken inhoudelijk als een eenheid te typeren.

Men kan zich echter afvragen of ze niet wat overdrijven. In zekere zin heeft Llewellyn dat zelf ook wel aanvoeld, want ondanks alle voorzichtigheid heeft hij toch een lijstje van kenmerken van het realisme gepresenteerd. Dat zouden dan echter de kenmerken moeten zijn van een beweging, niet van een school. Die beweging kan men onderscheiden doordat verschillende participanten een gemeenschappelijk vertrekpunt hebben. Hij noemt:

- (1) Het idee dat het recht een dynamisch geheel is en dat het door rechters gemaakt wordt;

8. Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Harvard Law Review*, 71 (1958), p. 593, ook in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 49-87.

9. Llewellyn, Karl N., 'Some Realism about Realism', in: *Harvard Law Review*, 44 (1931), p. 1222, ook in: *Jurisprudence, Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, Chicago & London, pp. 42-77, p. 53. Het artikel was een antwoord op de kritiek van Pound op de realisten in 'The Call for a Realist Jurisprudence', in: *Harvard Law Review*, 44 (1931), p. 697.

10. Llewellyn, 'Some Realism', in: *Jurisprudence*, p. 53.

- (2) Het idee dat het recht een middel is voor een bepaald doel en niet een doel in zichzelf;
- (3) Het idee dat de maatschappij in beweging is en sneller in beweging dan het recht;
- (4) De tijdelijke scheiding van 'is' en 'ought' voor studiedoeleinden;
- (5) Een zeker wantrouwen tegenover de traditionele rechtsregels en rechtsconcepten voorzover deze voorgeven adequaat te beschrijven wat rechters en anderen doen;
- (6) De overtuiging dat men een rechterlijke beslissing niet uit regels kan verklaren;
- (7) Het streven tot het hergroeperen van gevallen en situaties in nauwere categorieën dan in het verleden werden gehanteerd;
- (8) Het idee dat het nodig is om het recht te beoordelen op zijn effecten;
- (9) Het idee dat het nodig is om voortdurend en programmatisch het recht te kritiseren.¹¹

Hoewel de lijst van Llewellyn ongetwijfeld goed de geest van het realisme weergeeft, is zijn opsomming van kenmerken toch niet zonder meer bruikbaar voor de beschrijving van het realisme zoals deze plaatsvindt in dit boek. Llewellyn schreef in 1931, toen het realisme nog niet volledig ontwikkeld was. Essentiële onderdelen van de latere ontwikkeling zijn dus in zijn beschouwing niet meegenomen.

In deze bijdrage over het realisme wordt geprobeerd het aan de hand van een tiental kenmerken te typeren. Daarbij gaat het om kenmerken die men in verschillende combinaties bij verschillende realisten kan aantreffen. Dat betekent dat ik niet, zoals Llewellyn, een gemeenschappelijk vertrekpunt zal zoeken, maar dat ik zal proberen om een aantal karakteristieken te presenteren die we in verschillende combinaties bij individuele denkers die tot de beweging gerekend worden kunnen aantreffen. Het gaat hierbij dus om een 'normaaltypische benadering' van het realisme. Dat wil zeggen dat men niet de pretentie kan hebben dat bij elke realist *alle* hier genoemde kenmerken worden aangetroffen en dat het zelfs zo kan uitpakken dat er *niet één* kenmerk is dat zij allen gemeenschappelijk hebben.

Als men zou vasthouden aan de eis dat er toch één kenmerk zou moeten zijn om de beweging als een geheel te kunnen presenteren, zou dat een heel algemeen kenmerk moeten zijn, bijvoorbeeld dat de realisten 'realistisch' naar het recht willen kijken, dat wil zeggen met een frisse blik en met aandacht voor wat zich werkelijk in de rechtspraktijk afspeelt, dit laatste in tegenstelling

11. Llewellyn, 'Some Realism', in: *Jurisprudence*, p. 57.

tot wat men in de handboeken *voorgeeft* dat zich afspeelt. Ook een zekere preoccupatie met de rechter als actor in het rechtvormingsproces zou men als een heel algemene noemer kunnen opvoeren waar vele realisten zich bij thuis zouden voelen. Een dergelijke benadering geeft ons echter een te beperkt beeld van het realisme. Een betere indruk van de rijkdom van deze stroming krijgen we door het opvoeren van tien kenmerken die in verschillende combinaties bij vertegenwoordigers worden aangetroffen: (i) Men verzet zich tegen de traditie van Langdell; (ii) Men stelt zijn vertrouwen in het opstellen van empirische generalisaties van rechterlijk gedrag; (iii) Men is voornamelijk geconcentreerd op de rechter als competente rechtsvormer; (iv) Realisten zijn regelskeptici; (v) Een deel van de realisten omarmt ook het feitenskepticisme; (vi) Men accentueert de rol van de beslissing van de rechter als bron van recht; (vii) Men onderzoekt langs sociaal-wetenschappelijke weg de determinanten van het rechterlijk oordeel; (viii) Het recht wordt gezien als instrument voor de sturing van de samenleving; (ix) Men bepleit veranderingen in de juridische opleiding; (x) De realisten kritiseerden de rol van belangrijke Amerikaanse instituties, zoals het Hooggerechtshof.

In het hierna volgende overzicht worden deze tien kenmerken succesievelijk besproken. In grote lijnen wordt daarbij het stramien gevolgd dat elk kenmerk in een afzonderlijke paragraaf wordt behandeld. Ik zal echter ook paragrafen wijden aan de afzonderlijke hoofdfiguren van het realisme.

3. HET EERSTE KENMERK VAN REALISME: VERZET TEGEN DE METHODE VAN LANGDELL

Laten we beginnen met waar de realisten *tegen* waren. Llewellyn en vele andere commentatoren hebben vaak benadrukt dat het realisme zich van andere stromingen zou onderscheiden door de afwijzing van een bepaalde traditie en niet zozeer door positieve overeenstemming over bepaalde uitgangspunten. Zouden we dan moeten aanwijzen wát de realisten afwijzen dan is dat de 'geest van Langdell'.

Met name Frank geeft een voor het realisme representatieve kritiek op de opvattingen van de invloedrijke rechtsgeleerde Langdell.¹²

12. Vgl. over Langdell: Glendon, Mary Ann, *A Nation under Lawyers*, How the Crisis in the Legal Profession is transforming American Society, Farrar, Strauss and Giroux, New York 1994, pp. 184-185; Kronman, Anthony T., *The Lost Lawyer*, Failing Ideals of the Legal Profession, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass), London 1993, pp. 170-174.

Christopher Columbus Langdell (1826-1906) studeerde in 1854 af aan Harvard en keerde na enige tijd in de rechtspraktijk terug als hoogleraar en decaan. Hij doceerde dertig jaar aan Harvard en introduceerde de 'case method' voor de bestudering van het recht in zijn *Cases on Contracts* (1871). Langdell had een enorme invloed op de wijze waarop de rechtenopleiding zich ontwikkelde. Hij ontwikkelde de positie van decaan ('dean') tot een ambt waarmee men grote macht kon uitoefenen aan de universiteit en verlengde de opleiding tot jurist tot drie jaar. Hij 'vond de academische jurist uit', heeft men wel eens opgemerkt. Hij stelde jonge mannen als docenten aan zonder ervaring in de rechtspraktijk.¹³

Toen de realisten opkwamen, was de reputatie van Langdell op een hoogtepunt. Zij zouden hem kritiseren. Vooral Jerome Frank heeft Langdell scherp op de korrel genomen. Wat Frank over Langdell schrijft, is overigens een wat tendentieuze weergave van de idealen van Langdell, maar juist daarom is het ook zo typerend voor wat de realisten zelf voorstonden. Het is een verder voortborduren op het door Roscoe Pound geïntroduceerde onderscheid tussen 'law in the books' en 'law in action'. Langdell vertegenwoordigde het 'boeken-recht'.

Langdell zat voortdurend in de bibliotheek, schrijft Frank. Hij diende zelfs enige tijd als een assistent bibliothecaris en van tijd tot tijd kon men hem slapend op een bibliotheektafel aantreffen. Er is een anekdote bekend over Langdell dat hij eens wakker werd en - kennelijk dromend over een voorbije tijd - gezegd zou hebben: 'Oh, als ik toch geleefd had in de tijd van de Plantagenets!'.¹⁴

Het portret dat van Langdell wordt geschilderd lijkt de tegenstelling tussen de praktische, op de ervaring en op het werkelijke leven gerichte benadering van de realisten en de boekenwijsheid van de Langdelliaanse benadering van het recht te moeten illustreren. Toegegeven, Langdell werkte zestien jaar als praktiserend jurist. Maar hij procedeerde zelden, merkt Frank op, daarmee de praktische ervaring van Langdell met het recht weer sterk relativerend. Hij werkte voornamelijk van achter het bureau en hij leed een zeer teruggetrokken leven. Hij had ook heel weinig met het bedrijfsleven te maken (ook een van de dingen die niet als een compliment bedoeld zijn wanneer het wordt opgemerkt door een realist). 'Is it any wonder that such a man had an almost exclusive interest in books? The raw material that he

13. Vgl. Wightman, J.A., 'Christopher Columbus Landell', in: Simpsom, A.W.B., ed., *Biographical Dictionary of the Common Law*, Butterwords, London 1984, p. 302.

14. Frank, Jerome, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1973 (1949), p. 225.

called "law", he devoutly believed, was to be discovered in a library and nowhere else; it consisted, as he himself said, solely of what could be found in print'. Van de relatie van een cliënt tot zijn advocaat, de 'face-to-face'-confrontatie met een jury, de centrale elementen van het rechtsbedrijf - Langdell had er eigenlijk niet veel kaas van gegeten. 'The greater part of the realities of the life of the average lawyer was unreal to him'.

Van zijn beperkingen maakte Langdell zelfs een van de centrale artikelen van zijn juridisch credo. Juristen zouden hun ogen moeten sluiten voor allerlei factoren rondom het recht. De essentie van zijn filosofie van het recht ligt besloten in twee uitgangspunten. Allereerst dat het recht moet worden gezien als een wetenschap. Als tweede dat al het beschikbare materiaal van die wetenschap moet worden gevonden in gedrukte stukken, in boeken. Hij wilde zich nadrukkelijk niet bezighouden met het bestuderen van de harde realiteit van het rechtsleven, het bestuderen van wat er om gaat in de rechtszaal bijvoorbeeld. Hij verklaarde de bibliotheek tot het voornaamste veld van onderzoek voor de jurist. Zoals de chemicus zijn laboratorium heeft, zo heeft de jurist een bibliotheek. Met name Harvard zou zich moeten onderscheiden van andere universiteiten door een strenge oriëntatie op de bibliotheek, op boekenwijsheid. 'Without the library the School would lose its most important characteristics, and indeed its identity', schreef Langdell gedragen. Het waren deze ideeën van een boekengeleerde die ook lange tijd de heersende orthodoxie werden op de Law School van Harvard. 'The neurotic escapist character of Langdell soon stamped itself on the educational programs of our leading law schools', merkt Frank weinig vleidend op.¹⁵ Wat iemand kwalificeert om recht te onderwijzen is niet ervaring op een advocatenkantoor, maar geleerdheid in het recht.

Als dit de overtuigingen waren van een van de meest gerespecteerde hoogleraren aan Harvard dan kan men wel zo ongeveer begrijpen hoe de opleiding eruit zag, aldus Frank. In veel van de law schools werken mensen die nog nooit een cliënt hebben geadviseerd, een contract hebben opgesteld, een getuige hebben geconsulteerd of een zaak hebben behandeld voor een hof. 'The Langdell spirit choked American legal education. It tended to compel even the experienced practitioner, turned teacher, to belittle his experience at the bar'.¹⁶

15. Frank, *Courts on Trial*, p. 227.

16. Frank, *Courts on Trial*, p. 227.

4. HET TWEEDE KENMERK VAN HET REALISME: HET RECHT BESTUDEREN IN DE PRAKTIJK

Langdell ontwikkelde het zogenaamde 'case-systeem'. Dat wil zeggen dat studenten worden verondersteld bepaalde cases te behandelen. Op zichzelf is dat niet iets waar de realisten bezwaren tegen hebben. Casus zijn immers praktijkvoorbeelden en kunnen daarmee rekenen op realistische instemming. De realisten hadden echter wel bezwaren tegen de academische wijze waarop die casus werden behandeld. Zo kritiseert Frank dat slechts een *deel* van die casus daadwerkelijk werd geanalyseerd: het juridische deel, het deel dat aan de hogere rechters ter beoordeling wordt voorgelegd. Daarmee blijven de *feiten* buiten beschouwing en datgene wat de lagere rechters daarover zeggen (de 'trial-courts') blijft dus buiten beeld. Ik zal hierna de kritiek van Frank op dit onderdeel nog verder uitwerken. Hier wordt het alleen maar opgevoerd als kritiek op de wijze waarop Langdell de casus analyseerde.

De Langdelliaanse rechtswetenschap bestudeerde alleen een *deel* van het recht. Niet een geval, maar een gedeelte van een geval. De rechtenstudenten zijn bloemkwekers die zich alleen bezighouden met het afsnijden van de bloemen zonder zich te oriënteren op de samenstelling van de grond waarin zij groeien, schrijft Frank. Zij lijken op hondenkwekers die alleen maar speelgoed-honden hebben gezien. Frank vroeg aan zijn studenten wie wel eens een rechtszaal van de binnenkant had en gezien en moest dan constateren dat slechts enkele studenten hun hand opstaken. Waarom bestuderen studenten niet *direct* het materiaal waarmee zij zich later geacht worden bezig te houden? De leidende onderwijsinstellingen voor het recht zijn nog steeds 'library law schools' of 'book-law schools'. Het zijn niet, wat zij zouden moeten zijn: 'lawyer-schools'.¹⁷

Wat kan men eraan doen om dat te veranderen? Frank doet vier voorstellen. Allereerst zou een aanzienlijk deel van de docenten ervaring moeten hebben in de rechtspraktijk. Dat geldt niet voor alle docenten, maar in ieder geval een aantal docenten zouden toch wel doorkneed moeten zijn in de praktijk van het recht.

Overigens meent Frank wel dat in elke school plaats moet zijn voor wat hij noemt de 'book-teacher'. Maar de 'library-law' moet wel ophouden de universiteiten volledig te domineren, zoals het geval is.¹⁸

17. Frank, *Courts on Trial*, p. 230.

18. Frank, *Courts on Trial*, p. 232.

Als tweede zou het case-systeem moeten worden veranderd in die zin dat het de *gehele casus* tot voorwerp van studie zou moeten maken. Daarop zouden ook de studieboeken moeten worden aangepast.

Als derde houdt Frank een pleidooi voor wat wij tegenwoordig 'vaardigheden' noemen. Het gaat erom dat men leert door te *doen*; niet slechts door het lezen en praten over wat men kan doen.

Tenslotte vraagt Frank de aandacht voor wat wij tegenwoordig een interdisciplinaire aanpak van problemen noemen. Ook andere wetenschappen, zoals de geschiedenis, economie, politiek, psychologie en anthropologie zouden door een rechtswetenschapper moeten worden bestudeerd. Daarbij zouden deze wetenschappen niet *gescheiden* van het recht moeten worden bestudeerd, zoals het geval is wanneer slechts voorafgaand aan de juridische opleiding een inleiding wordt gegeven in deze wetenschappen, maar in een geïntegreerd kader.

5. DE FOUNDING FATHER VAN HET REALISME: HOLMES

Geen boekenwijsheid dus, maar de rauwe realiteit van de rechtspraktijk. Weg uit de bibliotheek en naar de rechtszaal. Dat brengt ons vanzelf bij de figuur die in het realistisch gedachtengoed een prominente rol speelt: Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), volgens velen de founding father van het realisme.¹⁹ Holmes was een soort patroonheilige van de realisten. Hij wordt door allen vereerd als ware het een onfeilbare figuur. Hij belichaamt het ideaal van een geleerde met praktijkervaring. Zijn geschriften kenmerken zich door een cynische visie en een grootse stijl van het presenteren van zijn gedachten.

Holmes werd in Boston geboren en studeerde na de Civil War (1861-1864), waaraan hij had deelgenomen, aan de Harvard Law School. Na enige ervaring te hebben opgedaan in de rechtspraktijk doceerde hij van 1870 tot 1883 aan Harvard, de laatste jaren als professor. Het was in deze tijd dat zijn enige boek tot stand kwam: *The Common Law* (1880).²⁰ Hij schreef overigens wel talloze opstellen, boekbesprekingen, hield lezingen en schreef brieven.²¹

19. Vgl. Goedecke, Robert, 'Holmes, Brandeis, and Frankfurter: Differences in Pragmatic Jurisprudence', in: *Ethics*, Vol. LXXIV, January 1964, pp. 83-96; Hol, A.M., 'Oliver Wendell Holmes', in: Cliteur, P.B. & Loth, M.A., red., *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw*, Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 11-45.

20. Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, edited by Mark DeWolfe Howe, Little, Brown and Company, Boston, Toronto 1963 (1881).

21. *Holmes-Laski Letters*, The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935, twee delen, Edited by Mark de Wolfe Howe, Atheneum, New York 1963; *Holmes-Pollock Letters*, The Correspondence of Mr Justice Holmes and Sir Frederick

Veel van deze terloopse geschriften zijn later uitgegeven.²² Vooral de brieven geven blijk van Holmes' immense belezenheid. Hij springt even gemakkelijk van de filosofie van James over op het werk van Dante en vandaar naar de uitspraken van het Supreme Court of een recent werk op het terrein van de rechtsgeleerdheid.

Na 1883 wijdde Holmes zich weer aan de rechtspraktijk. In 1883 werd hij lid van het Massachusetts Bench en in 1899 *Chief Justice of the Supreme Judicial Court of Massachusetts*. In 1902 werd hij door president Theodore Roosevelt benoemd tot lid van het Supreme Court, een positie waarvan hij pas in 1931 terugtrad.

Holmes is een legendarische figuur in de Amerikaanse rechtstraditie. In de bekende *Lochner*-zaak gaf Holmes de aanzetten voor een moderne theorie over federalisme, het ideaal van de rechterlijke zelf-beperking en het idee van een levende constitutie, door Posner getypeerd als 'the idea that the Constitution should be constructed flexibly, liberally, rather than strictly, narrowly'.²³ De beste manier om Holmes' opvattingen over interpretatie te typeren, is echter dat hij van mening was dat de constitutie geen instrument mocht zijn voor de 'dead hand of the past'.²⁴

Holmes was ook een soort van liberaal, al is het moeilijk om te zeggen wát voor een.²⁵ Hij was in ieder geval niet een New Deal-liberaal. Hij was sterk geporteerd van sociale experimenten. Daarbij stelde hij niet als eis dat het altijd het soort experimenten zouden moeten zijn, waaraan hij zijn persoonlijke goedkeuring had gehecht. Hij had ook een wat cynische kant die men wel in verband heeft gebracht met zijn ervaringen in de Civil War.²⁶

Holmes was ook - zoals met vele invloedrijke persoonlijkheden - erg omstreden. Wat nu precies zijn verdienste is geweest voor de Amerikaanse

Pollock, 1874-1932, Edited by Mark DeWolfe Howe, Two Volumes in One Second Edition, Harvard University Press, Cambridge (Mass) 1961.

22. Holmes, Oliver Wendell, *Collected Legal Papers*, Peter Smith, New York 1952 (1920); *The Essential Holmes*, Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr., Edited and with an Introduction by Richard A. Posner, The University of Chicago Press, Chicago and London 1992; *The Holmes Reader*, Selected and Edited by Julius J. Marke, Oceana's Docket Books, Dobbs Ferry, New York 1964.
23. *The Essential Holmes*, p. xii.
24. *The Essential Holmes*, p. xii.
25. Vgl. White, Edward, *The American Judicial Tradition*, Profiles of Leading American Judges, Expanded Edition, Oxford University Press, New York/Oxford 1988, het hoofdstuk 'Holmes, Brandeis, and the Origins of Judicial Liberalism', pp. 150-177.
26. Vgl. Wilson, Edmund, 'Justice Oliver Wendell Holmes', in: *The Portable Edmund Wilson*, Edited, with an Introduction and Notes, by Lewis M. Dabney, Penguin Books, Harmondsworth 1983, pp. 507-555.

rechtswetenschap staat nog steeds ter discussie. Posner schrijft dat de meeste van Holmes' briljant geschreven 'dissenting opinions' hun bekendheid en invloed ontleen aan de retorische vaardigheid van de schrijver en niet aan de logische dwingendheid van de redenering.²⁷ Ik denk dat Posner gelijk heeft. Dat maakt de Amerikaanse rechtspraak ook zoveel interessanter dan de Nederlandse. Ten dele was Holmes een groot rechter juist *omdat* hij een groot schrijver was. In de bloemlezing van Posner komt de ideeënrijkdom van Holmes goed tot uiting. Daaruit blijkt ook dat hij veel meer was dan een schrijver over exclusief juridische onderwerpen. In zijn losse invallen en stukjes, aforismen en essays, komt hij naar voren als een pragmatist, atheïst, liberaal, materialist, aestheet, utilist, militarist, skepticus, bioloog, darwinist, Calvinist, positivist, stoïcijner, behaviorist, existentialist en glorificator van een Nietziaanse 'wil tot macht'-ideologie. 'Whether the elements of his thought coalesce to form a coherent philosophy of life I doubt', schrijft Posner. En wie de bundel gelezen heeft, twijfelt met hem. Voor Posner behoort Holmes tot de 'anti-philosophers'.²⁸ De merkwaardige combinatie van Calvinisme en cynisme kan men wellicht aanduiden als 'Calvinism without God'.²⁹

Een abstract analytische weergave van Holmes' gedachtengang, is eigenlijk niet goed mogelijk. Wie zijn denken wil typeren kan dat nog het best doen door Holmes zelf aan te halen. Laat ik dat ook doen.

6. HOLMES ALS SCHRIJVER VAN AFORISMEN

Veelvuldig komt men bij hem een afkeer van grootse en opgeblazen ideeën tegen. 'My bet is that we have not the kind of cosmic importance that the parsons and philosophers teach. I doubt if a shudder would go through the spheres if the whole ant heap were kerosened', aldus Holmes in een veelvuldig aangehaalde frase.³⁰ Hij voegt daar nog iets aardigs aan toe: 'I think the attitude of being a little god, even if the great one has vanished, is the sin against the Holy Ghost'.³¹

27. *The Essential Holmes*, p. xvii.

28. *The Essential Holmes*, p. xx.

29. Een kwalificatie die Posner ook toepasselijk acht op Victorianen als James Fitzjames Stephen. Vgl. Stephen, James, Fitzjames, *Liberty, Equality, Fraternity*, And Three Brief Essays, with a new Foreword by Richard A. Posner, The University of Chicago Press, Chicago and London 1991.

30. *The Essential Holmes*, p. xxii.

31. *The Essential Holmes*, p. xxvii.

Misschien kan men Holmes nog het beste aanduiden als iemand die voortdurend halve waarheden presenteert die te denken geven. Door de formulering stimuleert hij tot nadenken, maar men stuit toch ook altijd weer snel op het beperkte perspectief van veel van zijn wijsheden.

In zijn oordelen over anderen is hij soms verrassend direct en raak. Over Roscoe Pound (1870-1964), een van de belangrijkste figuren van de 'Sociological Jurisprudence' en ook een bron van inspiratie voor vele realisten, schrijft Holmes dat hij regelmatig Pounds opvattingen deelt, maar dat hij toch ook een ambivalent gevoel koestert. 'I admire and am overwhelmed by his learning, but I rarely find that unexpectedness which as you say is the most attractive thing'. Ook merkt hij op dat je bij Pound regelmatig nieuwe feiten vindt, maar nooit nieuwe theorieën. Wie kennis heeft genomen van de eindeloos lange opstellen van Pound met steeds meer materiaal, meer schrijvers, meer voetnoten kan zich hier wel iets bij voorstellen. Holmes' correspondent Harold Laski had daar ook al eens een aardige opmerking over gemaakt. 'I think he (Pound; PC) believes in the natural right of every German to be quoted', schreef Laski. Ook Felix Frankfurter maakte kritische opmerkingen over Pounds neiging al zijn bevinden met vele citaten te ondersteunen: 'Pound is too damned scholarly for me'. Laski schreef verder dat wanneer Pound in een essay over een rechtswetenschappelijk onderwerp de stelling lanceerde dat de badkamers in de Verenigde Staten een belangrijke ontwikkeling hadden doorgemaakt hij dit zou ondersteunen met verwijzingen naar (a) *Sanitary News* (b) het *Plumbers Journal* (c) een rapport van het ministerie van handel over het vervaardigen van loodloos glas met daarbij gevoegd een noot waarin wordt gesteld dat er nog een Tjechische dissertatie bestaat over de sociologische betekenis van badkamers die de schrijver niet onder ogen heeft gehad.³²

Een beetje gemeen misschien, en het doet niet voldoende recht aan de waarde van Pounds geleerdheid. Maar men kan zich toch ook voorstellen dat de overvloed aan materiaal een ballast vormt voor een onbevangen oordeel. Dat een man als Holmes met zijn verzorgde stijl, maar toch tevens ongeduldige houding als het op theoretiseren aankomt niet veel op kan hebben met de nogal droge schematiek van Hohfeld,³³ ligt ook voor de hand. Over Hohfeld schrijft hij: 'I think all those systematic schematisms rather bores'.

32. Wigdor, David, *Roscoe Pound*, Philosopher of Law, Greenwood Press, Westport, Connecticut/London, England 1974, p. 285.

33. Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918) doceerde recht aan Stanford en Yale. Hij is bekend door zijn *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1919), waarin hij probeerde orde te scheppen duidelijke richtlijnen te ontwikkelen voor het gebruik van de concepten recht en plicht.

Belangrijk is ook (zoals nog uit het verder verloop van dit overzicht zal blijken) de volgende opmerking: 'I even doubt the profit of the terminology of rights (the hypostatis of a prophecy)'.³⁴ Dat laatste is van grote betekenis voor de discussie over de vraag of we fundamentele belangen in de vorm van rechten moeten presenteren, danwel dat we het grootste deel van het recht op grond van een utilistische belangenafweging in de handen van de gewone wetgever moeten laten rusten. De realisten waren utilisten en instrumentaristen, de belangrijke tegenstrevers van een rechtstheorie die het primaat legt bij rechten.

Het is niet gemakkelijk de opvattingen van Holmes onder enkele algemene noemers te brengen, maar wanneer we dat toch zouden proberen, komt daaruit het volgende beeld naar voren. Hij was allereerst een aanhanger van wat men zou kunnen noemen een pragmatisch waarheidsbegrip: 'I (...) define the truth as the system of my intellectual limitations'.³⁵ Ook schrijft hij: 'All I mean by truth is the path I have to travel. Whether that compulsion that draws me to one woman and repels me from another I don't know'.³⁶

Holmes had contacten met filosofen als William James, John Dewey en andere pragmatistisch georiënteerde denkers en dat komt in zijn uitspraken ook duidelijk tot uiting. 'When I say that a thing is true, I mean that I cannot help believing it. I am stating an experience as to which there is no choice. But as there are many things that I cannot help doing that the universe can, I do not venture to assume that my inabilities in the way of thought are inabilities of the universe. I therefore define the truth as the system of my limitations, and leave absolute truth for those who are better equipped. With absolute truth I leave absolute ideals of conduct equally on one side'.³⁷

Hij komt ook regelmatig naar voren als criticus van een te verheven visie op mens en wereld. 'The eternal demand for the superlative degree - the unwillingness to accept less than being in on the ground floor with God - don't impress me much, except as a fact in psychology'.³⁸ 'All isms seem to me silly - but this hyperaethereal respect for human life seems perhaps the silliest of all'.³⁹

Aan zijn vriend Laski geeft hij het advies zich niet met politiek in te laten. Men kan beter het grote boek schrijven, aldus Holmes (wat hij overigens zelf nooit gedaan heeft; maar misschien daarom): 'for the present at least,

34. *The Essential Holmes*, p. 65.

35. *The Essential Holmes*, p. 107.

36. *The Essential Holmes*, p. 112.

37. *The Essential Holmes*, p. 118.

38. *The Essential Holmes*, p. 112.

39. *The Essential Holmes*, p. 113.

you are in the right place now, and that the big book is better both as a contribution to the world and as a form of self-expression'.⁴⁰ Wie de magistrale productie van Laski overziet, weet dat hij zich aan dit advies van Holmes gehouden heeft. Maar dat had hij waarschijnlijk ook zonder het advies van Holmes wel gedaan.

Holmes heeft een soortgelijk nuchtere visie op waarden. 'If, as I think, the values are simply generalizations emotionally expressed, the generalizations are matters for the same science as other observations of fact'.⁴¹

'Our system of morality is a body of imperfect social generalizations expressed in terms of emotion'.⁴²

Zijn relativiserende houding tegenover de (socialistische) idealen van Laski formuleerde hij in 1925 als volgt: 'As you will have expected I don't sympathize very greatly with your dream. You think more nobly of man than I do - and of course, you may be right. But I look at men through Malthus's glasses - as like flies - here swept away by pestilence - there multiplying unduly and paying for it. I think your morals (I am struck by the delicacy of your feeling) are not the last word but only a check for varying intensity upon force, which seems to me likely to remain the ultimate as far as I can look ahead'.⁴³

7. HOLMES ALS GRONDLEGGER VAN DE PREDICTIETHEORIE

Hoe interessant deze opvattingen van Holmes de aforist ook mogen zijn, als grondlegger van het Amerikaans realisme is hij vooral van betekenis door één bepaalde passage. Het is het bekende stukje waarin hij de crimineel ('bad man') introduceert die ons het perspectief voorhoudt waarmee we het recht zouden moeten benaderen. 'Take the fundamental question, What constitutes the law', begint Holmes zijn bekende opstel *The Path of the Law*. 'You will find some text writers telling you that it is (...) a system of reason, that it is a deduction of principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophe-

40. *The Essential Holmes*, p. 115.

41. *The Essential Holmes*, p. 116.

42. *The Essential Holmes*, p. 119.

43. *The Essential Holmes*, p. 140.

cies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law'.⁴⁴

Holmes probeerde ook andere begrippen uit het recht op deze manier te benaderen, zoals het centrale begrip 'rechtsplicht'. Volgens het perspectief van de predictietheorie is een rechtsplicht 'a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by the judgment of the court'.⁴⁵

Op het eerste gezicht ziet deze benadering van het begrip recht er nogal vreemd uit. Denkt men echter verder door dan blijkt daar in ieder geval *iets* voor te zeggen. Stel een klant komt bij zijn advocaat. Wat wil die klant weten? Hij wil weten wat zijn kansen zijn om de zaak te winnen (wanneer het een civiele procedure betreft) of wat zijn kansen zijn op vrijspraak of op ontslag van rechtsvervolging (bij een strafprocedure). Zo kan men zich voorstellen dat de bekende Haagse tandarts die electriciteit had afgetapt zich tot zijn advocaat heeft gewend met de vraag: 'wat is de kans dat de rechter het aftappen als diefstal zal kwalificeren?' En wat zal een voorzichtig advocaat antwoorden? Hij zal zeggen dat dit niet gemakkelijk te voorspellen is. Voor diefstal is op grond van art. 310 Sr vereist dat het gaat om een *goed* dat is *weggenomen*. Maar is electriciteit een goed? En zal de rechter het steken van een pen in een meter aanmerken als wegnemen? Er zijn geen precedents die in de ene of in de andere richting wijzen. De advocaat kan dus niet veel anders doen dan zeggen dat het van de rechter afhangt.

De cliënt van de advocaat zal in eerste instantie met dat antwoord weinig gelukkig zijn: 'er zijn toch wel rechtsregels?' zal hij zijn advocaat tegenwerpen. 'Dat hangt er maar vanaf' antwoordt deze vervolgens, 'want hoe deze eventuele regels zullen worden geïnterpreteerd is zo onzeker dat men misschien evengoed kan zeggen dat er geen regels zijn'. Het enige wat de advocaat kan doen, is het uitspreken van vermoedens over hoe de rechter het geval zal gaan beoordelen: 'the prophecies of what the courts will do'.

De theorie van Holmes heeft - zeker in gevallen als het boven opgevoerde - enige overtuigingskracht - maar er dringen zich toch ook al meteen enkele bedenkingen op. Zo zou men kunnen stellen dat over grote delen van het recht toch niet geprocedeerd wordt en daarmee dus buiten het perspectief van Holmes' rechtsbegrip vallen. Wat te denken van regels die de bevoegdheid regelen van de rechtbank zelf bijvoorbeeld? Verder kan men denken aan vele

44. Holmes, O.W., 'The Path of the Law', in: *Harvard Law Review*, 10 (1897), p. 457. Tevens opgenomen in Posner, o.c., en in de *Collected Legal Papers*.

45. Holmes, *Collected Legal Papers*, p. 169.

regels van administratiefrechtelijke en staatsrechtelijke aard, waarover niet geprocedeerd wordt (iets dat in het bijzonder geldt voor een rechtssysteem dat geen rechterlijk toetsingsrecht kent). Is deze definitie van recht daarom wel gelukkig, kan men vragen? Als een definitie van recht, lijkt de omschrijving van Holmes nogal eenzijdig. Maar sommige schrijvers hebben verdedigd dat Holmes ook nooit een definitie van recht heeft willen geven. Hij zou slechts mensen hebben willen aansporen om te zien hoe het recht praktisch functioneert.⁴⁶

8. HET DERDE KENMERK VAN HET REALISME: DE RECHTER CENTRAAL

Als eerste kenmerk van het realisme hebben we het verzet tegen de traditie van Langdell opgevoerd. Als tweede kenmerk de wens om het recht overeenkomstig Holmes' opmerkingen sociaal-wetenschappelijk te voorspellen. Als derde kenmerk van het realisme wordt wel gewezen op de voorname positie die de rechter in hun beschouwingen inneemt. We vinden die rol van de rechter al sterk aangezet in het bovengenoemde citaat van Holmes: 'the prophecies what the *courts* will do' (cursivering toegevoegd; PC). Het meest indrukwekkend vinden we dit thema echter uitgewerkt bij de tweede founding father van het realisme: John Chipman Gray (1839-1915).

Gray werd in Brighton, Massachusetts geboren en behaalde zijn graad aan Harvard College in 1859 en aan de Harvard Law School in 1861. Het jaar daarop werd hij als advocaat beëdigd. Net als Holmes diende hij tijdens de burgeroorlog. In 1866 werd mede door hem de bekende *American Law Review* opgericht en in 1869 ging hij als Lecturer werken aan de Harvard Law School. In 1875 werd hij daar Story Professor en later Royall Professor (1883-1913). Hij wist een universitaire loopbaan te verenigen met de rechtspraktijk. Zijn *Restraints on Alienation* (1883) en *Rule against Perpetuities* (1886) werden klassieke handboeken. Voornamelijk op het terrein van het onroerend goedrecht bouwde Gray een grote reputatie op. Zijn voornaamste bijdrage aan de rechtsfilosofie vormen de lezingen die werden gepubliceerd onder de titel *The Nature and Sources of the Law* (1909).⁴⁷ Het betreft een serie voordrachten

46. Summers, Robert S., *Het Pragmatisch instrumentalisme*, Een kritische studie van de belangrijkste Amerikaanse rechtsfilosofie, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/Amsterdam z.j. (uit het Duits, 1980), p. 131.

47. Gray, John Chipman, *The Nature and the Sources of the Law*, Second Edition from the Author's Notes, by Roland Gray, LL.B., The MacMillan Company, New York 1948 (1909).

die hij als de Carpentier Lectures had gegeven aan Columbia University in 1908.⁴⁸

De tweede druk van de *Nature and Sources* kon niet meer door Gray zelf worden voltooid. Zijn zoon Roland Gray gaf in 1921 de tweede druk uit, waar Gray wel zelf een grote hoeveelheid materiaal voor had verzameld en aantekeningen voor had achtergelaten. Christie typeert de specifieke betekenis van Gray als volgt: 'His writings exhibit a fascination with the old abstract problems of legal analysis together with a down-to-earth concern with law as it affects the lives of ordinary citizens'.⁴⁹

Gray omschrijft het begrip 'recht' als volgt: 'The Law of the State or of any organized body of men is composed of the rules which the courts, that is, the judicial organs of that body, lay down for the determination of legal rights and duties'.⁵⁰ Hij schrijft verder: 'The Law of a country at any time is made up of the rules that its courts are then applying in the decision of cases'.⁵¹ Volgens Gray moeten we scherp onderscheiden tussen *bronnen van recht* en het *recht zelf*. Wetgeving, precedents en gewoonte zijn slechts bronnen van recht. De regels die de rechter hanteert bij het beslissen van de gevallen die hij krijgt voorgelegd zijn daarentegen het recht zelf. Men kan het ook als volgt stellen: wetgeving is potentieel recht, het wordt actueel recht wanneer het door de rechter wordt vertaald.

De theorieën van de realisten worden in de handboeken ook wel gepresenteerd als een variant op de positivistische leer van Austin en zijn volgelingen. Het realisme ziet namelijk, net als het positivisme, het recht als een expressie van de wil van de staat. Het verschil is alleen dat voor de realisten die expressie zich realiseert via een bepaald middel: het oordeel van de rechter. Voor de realisten geldt: niet de wetgever is soeverein, maar de rechter: 'for the realist the sovereign is the court'.⁵²

48. Deels eerder gepubliceerd. Vgl. Gray, J.C., 'Some Definitions and Questions in Jurisprudence', in: *Harvard Law Review*, Vol. 6, 1892-93, pp. 21-35.

49. Vgl. Christie, George C., *Jurisprudence. Text and Readings on the Philosophy of Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1973, p. 602. Christie geeft overigens ook biografische overzichten van Holmes, Herman Oliphant, Joseph C. Hutchenson, Jr., Frank, Llewellyn en Gray. Interessant is dat hij Gray tot het rechtspositivisme rekent en niet tot het realisme 'in the strictest sense of the term'. Hij geeft echter aan dat de kiemen voor het rechtsrealisme wel bij Gray aanwezig zijn.

50. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, p. 84.

51. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, p. 272.

52. Fitzgerald, P.J., *Salmond on Jurisprudence*, Twelfth Edition, Sweet & Maxwell, London 1966, p. 35. Vgl. ook Friedmann, W., *Legal Theory*, Fifth Edition, Stevens & Sons, London 1967, p. 265 die spreekt van de 'substantial modification of analytical positivism, of which John Chipman Gray in America and John Salmond in England are the principal representatives'. Vgl. tevens het commentaar van Fuller, Lon L., *The*

Gray kritiseert in zijn boek ook nog een drietal concurrerende benaderingen van het recht. Allereerst de bekende bevelstheorie van Austin die het recht ziet als een bevel van de soeverein; de theorie dus waarop het realisme van Gray een modificatie vormt. Als tweede de theorie van Von Savigny, waarin het recht wordt geïdentificeerd met het gemeenschappelijk rechtsbewustzijn van het volk. Als derde de theorie waarin het recht wordt gezien als het geheel van beginselen dat door de rechter wordt ontdekt (J.C. Carter).

De eerste twee theorieën bezorgen Gray de minste hoofdbrekens. Austin heeft het bij het verkeerde eind, want een bevel van de soeverein dat niet wordt toegepast door de rechter is een dode letter en een dode letter noemen we geen recht. De theorie van Von Savigny die het recht terugvoert op het rechtsbewustzijn heeft ook gemakkelijk aan te geven gebreken. Ten aanzien van het grootste deel van wat wij recht noemen is het rechtsbewustzijn van het volk volkomen indifferent. Gray illustreert dat met het voorbeeld van wat men in Nederland zou noemen de ontvangst/verzendingstheorie ten aanzien van de totstandkoming van de privaatrechtelijke overeenkomst. Volgens het recht van Massachusetts gaat men ervan uit dat een schriftelijk aanbod tot het aangaan van een overeenkomst daadwerkelijk een bindend contract is op het moment dat de acceptatie van de andere partij bij de aanbieder is *gearriveerd*. In het Nederlandse recht spreken we van de ontvangsttheorie. In New York gaat men echter uit van de verzendingstheorie. Dat wil zeggen dat de overeenkomst is tot stand gekomen op het moment dat de acceptatie door de accepterende partij *verzonden* is. Nu de vraag: kan men stellen dat het *collectief rechtsbewustzijn* van de bevolking van Massachusetts op dit punt verschilt van dat van de bevolking van New York?

Een bevestigend antwoord op die vraag zou toch wel zeer gekunsteld zijn, merkt Gray op. Immers in werkelijkheid is er misschien één procent van de bevolking van beide staten die op de hoogte is van de betreffende regels.

Gray verwerpt daarom het standpunt van Austin en dat van Von Savigny en beoordeelt een derde theorie. Dat is de theorie van de Amerikaanse jurist James Coolidge Carter.⁵³ Positief in het denken van Carter is dat hij aan de rechterlijke activiteit een belangrijke rol toebedeelt. Carter

Law in Quest of Itself, The Foundation Press, Inc., Chicago 1940 (AMS edition 1978), p. 48.

53. In Europa een onbekend denker. Carter (1827-1905) was voorzitter van de American Bar Association en voorvechter van een aan de Historische School verwante rechtsopvatting. Ook hij vocht, net als de vroege Von Savigny, tegen codificatieplannen in zijn pamflet *The Proposed Codification of Our Common Law* (1883). Posthuum werd van hem gepubliceerd: *Law: Its Origin, Growth and Function*, G.P. Putnam's Sons New York and London, The Knickerbocker Press 1907.

houdt echter vast aan één traditioneel punt dat voor de realisten onverteerbaar is: de stelling dat de rechter het recht *vindt* en niet *maakt*. Daarom wordt ook de theorie van Carter verworpen. Hij onderschat de rechterlijke creativiteit. Allereerst, werpt Gray tegen, moet een rechter vaak beslissingen geven in gevallen waarin geen juridische aanknopingspunten te vinden zijn. Verder wordt het recht ook vaak door de rechter gemodificeerd, ook wanneer wel degelijk bepaalde aanknopingspunten in de wet te vinden zijn. Met instemming citeert Gray, Bishop Hoadly:

whoever hath an *absolute authority* to *interpret* any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them.⁵⁴

9. HET VIERDE KENMERK VAN HET REALISME: REGEL-SKEPTICISME. FRANK EN ANDEREN

Het is een bekend feit dat binnen een bepaalde stroming eerst wordt gekozen voor een bepaald uitgangspunt en dat een tweede generatie van denkers die zich aan dat uitgangspunt commiteren het gedachtengoed radicaliseren. Zo zien we bij een tweede generatie verlichters in zowel het oude Griekenland als ook in het achttiende eeuwse Frankrijk een sterke radicalisering van de oorspronkelijke ideeën naar voren komen. Hetzelfde vinden we bij de realisten. Holmes en Gray zijn gematigde figuren vergeleken bij de rechtswetenschappelijke beeldenstormer Jerome Frank, wiens ideeën overigens door een latere generatie realisten, en zelfs al door zijn tijdgenoten, werden afgezwakt, omdat weinigen zijn conclusies deelden.

Men kan dat mechanisme van een toenemende radicalisering duidelijk aan het werk zien in het zogenaamde 'regel-skepticisme'. 'Regel-skepticisme' zouden we als een vierde element van het realistisch gedachtengoed kunnen opvoeren. Zowel Frank als Llewellyn waren regelskeptici. Ik zal het regel-skepticisme voornamelijk illustreren aan de hand van het werk van Frank, omdat hij het begrip geijkt heeft en daarvan de meest heldere presentatie heeft gegeven.

Jerome Frank werd in de stad New York geboren in 1889 als zoon van een vader die reeds een succesvol jurist was.⁵⁵ Na een verhuizing naar Chica-

54. Benjamin Hoadly, Bishop of Bangor. Sermon preached before the King, 1717, p. 12. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, p. 125.

55. Vgl. voor biografische informatie over Frank: Julius Paul, *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, A Study of Fact-skepticism and the Judicial Process, Martinus Nijhoff, The Hague 1959; Christie, George C., *Jurisprudence. Text and Readings on the Philosophy*

go studeerde hij aan de Universiteit van Chicago, waar hij naast recht ook literatuur en politieke wetenschappen studeerde. In 1912 behaalde hij zijn diploma, waarna hij de rechtspraktijk van Chicago inging. Hij behaalde overigens aan cijfers het hoogste gemiddelde dat ooit aan de Law School was geconstateerd. Zijn belangstelling was vanaf zijn studietijd zeer breed. Hij schreef ook een roman (die nooit gepubliceerd is) en had vele vrienden uit het literaire circuit. Hij onderging een psychoanalyse en verwerkte zijn kennis en belangstelling voor de freudianisme in zijn eerste boek *Law and the Modern Mind* (1930) dat hij in zijn vrije tijd had geschreven. *Law and the Modern Mind* trok grote belangstelling, in academische kring, maar ook daarbuiten. In 1932 werd hij benoemd als Fellow aan Yale Law School en later doceerde hij ook nog aan de New School for Social Research in New York. Op aanbeveling van zijn vriend Felix Frankfurter werd hij benoemd als General Counsel van de Agricultural Adjustment Administration bij het ministerie van Landbouw. Zijn bemoeienissen leidden echter tot een slepend conflict over de bevoegdheden van deze commissie en hij werd uiteindelijk ontslagen. Ook in andere bestuurlijke functies ontmoette hij veel weerstand. In 1941 werd hij benoemd in het United States Court of Appeals for the Second Circuit waar hij tot aan zijn overlijden in 1957 de ervaring in de rechterlijke macht opdeed die hij op zulke geëngageerde wijze zou verwerken in zijn boeken.

Velen beschouwen *Law and the Modern Mind* als zijn meest geslaagde boek en het is zeker het meest bekend. De thematiek van dit boek komt echter zeker zo goed tot uiting in het latere en rijpere *Courts on Trial* (1949). In het latere werk treedt Frank bovendien in debat met andere realisten waardoor het interessanter is dan het vroegere werk.

Op Franks opvattingen over gerechtelijke dwalingen, zoals uiteengezet in *Not Guilty* (1957) zal ik hier niet ingaan. Ik beperk mij tot zijn opvattingen over de juridische opleiding en het regelskepticisme. Vooral op het punt van het regelskepticisme, dat we zowel bij Frank als bij Llewellyn aantreffen, blijkt dat de tweede generatie realisten afstand heeft genomen van het meer gematigde standpunt van Holmes en Gray. We hebben gezien, Gray's visie op het recht heeft revolutionaire kanten, maar hij blijft tevens trouw aan een aantal traditionele opvattingen over het recht. Revolutionair in de doctrine van Gray is dat hij stelt dat rechters de regels toepassen *die zij zelf maken*. Niet de wetgever maakt dus de regels van het recht, maar de rechter. Zijn theorie heeft echter ook een traditionele kant: volgens Gray bestaat het recht

wel uit *regels*.⁵⁶ Gray is hiermee nog volkomen in harmonie met de conventionele visie, zoals onder andere uitgedragen door Blackstone.

William Blackstone (1723-1780) vervult voor de realisten doorgaans eenzelfde functie als Langdell: kop van jut.⁵⁷ Ook Blackstone was, net als Langdell, vertegenwoordiger van een bepaalde juridische orthodoxie. Blackstone geloofde sterk in de betekenis van regels. Bij het recht, zo schrijft Blackstone, moet het altijd gaan om een *regel*. Dat wil zeggen dat een particuliere daad van de wetgever (of de rechter) om de goederen van bijvoorbeeld Titius te confisceren geen regel van recht genoemd kan worden.⁵⁸ Immers 'the operation of this act is spent upon Titius only, and has no relation to the community in general'.⁵⁹

Zoals gezegd, in de verdere ontwikkeling van de realistische doctrine groeit een zeker skepticisme ten aanzien van regels.

Frank stelt dat wanneer regels zouden bestaan, zij in ieder geval een veel kleinere rol spelen in het recht dan men van oudsher geneigd is te veronderstellen. *Eerst* heeft de rechter een vermoeden over het wenselijk resultaat van de rechtszaak en *vervolgens* zoekt hij daarbij de argumenten en regels die de beslissing rechtvaardigen, meent Frank. Er is geen sprake van dat rechters zich laten *leiden* door regels. Het zijn niet de regels van het recht die bepalen welk van de partijen wint, maar een spontane opwelling bij de rechter ten aanzien van de vraag wie hij vindt dat zou *moeten winnen*.

Frank realiseert zich wel dat zijn visie op het recht weerstand oproept, maar die weerstand doet hij af als gemotiveerd door een kinderlijke hang naar zekerheid. Hij baseert zich daarbij op de theorieën van de Franse psycholoog Piaget.

De theorie van Piaget luidt als volgt. Elk kind is zich pijnlijk bewust van zijn onvermogen om de wereld te beheersen. Hij verlangt dan hulp van zijn ouders. En aangezien het kind leert inzien dat zijn ouders wél greep lijken te hebben op de uiterlijke wereld, benaderen zij voor hem de almacht. De moeder gaat hij ervaren als de belichaming van alles wat beschermend en teder

56. Vgl. Benditt, Theodore M., *Law as Rule and Principle*, Problems of Legal Philosophy, The Harvester Press, Sussex 1978, p. 6.

57. Blackstone is overigens ook heel kritisch bejegend door Bentham. Vgl. daarover: Barker, Ernest, 'Blackstone on the British Constitution', in: *Essays on Government*, Clarendon Press, Oxford 1965 (1945), pp. 120-154; Himmelfarb, Gertrude, 'Bentham Versus Blackstone', in: *Marriage and Morals among the Victorians and other Essays*, Vintage Books, New York 1986, pp. 94-111.

58. Blackstone, William, *The Sovereignty of the Law*, Selections from Blackstone's *Commentaries on the Laws of England*, Edited with an Introduction by Gareth Jones, MacMillan, London and Basingstoke 1973, p. 32.

59. Blackstone, *The Sovereignty of Law*, p. 32.

is, terwijl de vader al datgene wat zeker, onfeilbaar en al wat 'law-making, law-pronouncing and law-enforcing' is, personificeert. Elk kind ontwikkelt dan een onweerstaanbaar verlangen naar een alwetende en almachtige vader die als bemiddelaar optreedt tussen hem en de onzekerheden van het leven.

Die rol kan de vader echter niet altijd blijven vervullen en later worden er vader-substituten gevonden in bijvoorbeeld een priester, pastoor en andere leiders. Wanneer ook van hen het feilbare wordt ingezien en de mens volwassen wordt, dan wordt de wens naar vader-substituten geleidelijk onbewuster evenals 'more vague and impersonal'. En zo komen we bij het recht:

The law - a body of rules apparently devised for infallibly determining what is right and what is wrong and for deciding who should be punished for misdeeds - inevitably becomes a partial substitute for the Father-as-Infallible-Judge. That is, the desire persists in grown men to recapture, through a rediscovery of a father, a childish, completely controllable universe, and that desire seeks satisfaction in a partial, unconscious, antropomorphizing of Law, in ascribing to the Law some of the characteristics of the child's Father-Judge.⁶⁰

Het verlangen om zekerheid aan het recht te willen ontleen is dus een 'kinderlijk verlangen'. Het is een substituut voor de zekerheid die we vroeger aan het vaderlijk gezag ontleenden. We zouden dat dan ook achter ons moeten laten. Het recht *kan* nu eenmaal geen zekerheid verschaffen en het zou verstandig zijn dit ook daarvan niet te verwachten.

Tot zover de aard van de realistische doctrine. Maar wat bracht hen ertoe te breken met de traditionele leer dat het bij het recht zou gaan om algemene regels? Wat waren de redenen voor het regel-skepticisme?

10. ZES GRONDEN VOOR REGELSKEPTICISME

Wilfrid Rumble, schrijver van een boek over het Amerikaans realisme, onderscheidt zes factoren die het regel-skepticisme stimuleerden:

(a) de *veelheid van precedenten*.⁶¹ Sommige juristen waren van mening dat precedenten een bepaalde richting uitwijzen. De realisten meenden echter dat er zoveel precedenten waren dat voor elk standpunt wel een lijn van precedenten zou zijn aan te voeren als rechtvaardiging voor de beslissing. Felix Cohen schreef dat 'no judge could possibly hand down a decision in any case

60. Frank, *Law and the modern mind*, p. 19.

61. Rumble, Jr., Wilfrid E., *American Legal Realism, Skepticism, Reform, and the Judicial Process*, Cornell University Press, Ithaca, New York 1968.

for which a commentator could not find a precedent, even if the judge himself failed to find one. To say that a decision is unprecedented is to say either (i) that we do not agree with the use it makes of the precedents, or (ii) that we do not know the precedents that might be cited in its support'.⁶²

(b) Llewellyn wees er verder op dat ook de *technieken om precedenten te interpreteren* zo veelvuldig waren. Over precedenten is al heel wat geschreven, merkt hij op in *Bramble Bush*. Eén van de tekortkomingen van die publicaties is echter dat men niet als uitgangspunt neemt wat rechters feitelijk doen met precedenten, maar wat zij zeggen dat zij doen.⁶³

(c) Verder waren de realisten van mening dat men ook *uit de feitelijke beslissingen van rechters geen regel kan deduceren*. Herman Oliphant presenteert ons in zijn artikel *A Return to Stare Decisis* het volgende voorbeeld. Anja wordt door haar vader ervan overtuigd om niet te trouwen met Berend, hoewel zij dat wel had toegezegd te zullen doen. Berend begint een proces tegen de vader om de schade die hij heeft geleden (hij heeft kosten gemaakt voor het huwelijk; werktijdverkorting aangevraagd; enz.) vergoed te krijgen. De vader van Anja wordt door de rechter echter niet aansprakelijk geacht. Oliphant laat nu zien hoe uit zo'n beslissing een eindeloze hoeveelheid regels kan groeien. Men kan zich de volgende regels voorstellen:

- (1) de regel dat vaders gerechtigd zijn dochters hun beloften te laten breken;
- (2) dat ouders daartoe gerechtigd zijn;
- (3) dat ouders dat kunnen doen ten aanzien van zowel zonen als dochters;
- (4) dat iedereen daartoe gerechtigd is wanneer het om huwelijksbeloften gaat;
- (5) dat ouders hiertoe gerechtigd zijn ten aanzien van alle beloften die hun kinderen maken;
- (6) dat iedereen daartoe gerechtigd is ten aanzien van beloften die elk ander maakt.

Geen van deze regels is het logisch gevolg van de beslissing, aldus Oliphant.⁶⁴

(d) Verder treft men bij de realisten een scherp besef aan van de *ambiguiteit van de rechtstaal*. Zo wijst Frank erop dat Leon Green, Walter Cook, Thurman Arnold en anderen (dit alles onder de inspiratie van O.W. Holmes),

62. Cohen, Felix S., *The Legal Conscience: Selected Papers of Felix S. Cohen*, Yale University Press, New Haven 1960, p. 129.

63. Llewellyn, *Bramble Bush*, p. 64. Vgl. ook Llewellyn, Karl N., *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, Little, Brown and Company, Boston/Toronto 1960, pp. 522-525.

64. Oliphant, H., 'A Return to Stare Decisis', in: *American Bar Association Journal*, 14 (1928), p. 14, ook in: Christie, O.c., p. 668.

de rechtstaal analyseerden. 'We skinned the peel of much legal jargon; many law-words (not all, of course) then proved to be like onions - you peeled and peeled and there was nothing left', schrijft Frank.⁶⁵

(e) Verder was men sterk doordrongen van de *sterke sociale dynamiek* die het onmogelijk zou maken de maatschappelijke werkelijkheid in een geheel van regels te vangen. Ook hier was het weer Frank die het realistisch standpunt op een welsprekende manier verwoordde: 'Even in a relatively static society, men have never been able to construct a comprehensive, eternized set of rules anticipating all possible legal disputes and settling them in advance. Even in such a social order no one can foresee all the future permutations and combinations of events'.⁶⁶ Telkens zullen zich situaties voordoen die niet voorzien waren op het moment dat de regels werden gemaakt. Zelfs in het verleden was het al onmogelijk de complexe sociale werkelijkheid onder het beslag van rigide regels te leggen; in de snel veranderende sociale werkelijkheid van de moderne tijd geldt dat nog sterker.

(f) Verder vinden we bij de realisten een zekere nadruk op het unieke van de feitelijke situaties die zich in elk geding voordoen.

11. HET VOLDRAGEN REGELSKEPTICISME VAN RICHARD TAYLOR

Het regel-skepticisme vormt zo'n belangrijk onderdeel van de realistische erfenis dat het alleszins verantwoord is daar iets langer bij stil te staan. Het probleem is echter dat we noch bij Oliphant, noch bij Frank of Llewellyn erg indrukwekkende argumentaties aantreffen voor het regelskepticisme. De meest interessante beschouwingen over dit onderwerp vinden we bij een relatief onbekende figuur, de filosoof Richard Taylor.

De introductie van Taylor als vertegenwoordiger van het realisme behoeft enige rechtvaardiging. Wat en wie men tot het Amerikaans realisme wil rekenen is een kwestie van keuze. Men kan voor die keuze bepaalde redenen aandragen, maar in beginsel staat niet vast welke ideeën en welke figuren als realistisch zullen worden bestempeld. In de meeste overzichtswerken wordt Jerome Frank tot de realisten gerekend. Maar wie leest hoe kritisch Frank staat tegenover een groot deel van het realistisch gedachtengoed van onder andere Karl Llewellyn zou de suggestie kunnen opperen dat hij

65. Frank, Jerome, 'A Lawyers Looks at Language', in: *Language in Action*, ed., S.I. Hayakawa, Harcourt, Brace, New York 1941, p. 329.

66. Frank, *Law and the Modern Mind*, p. 6.

beter als een van de meest welsprekende critici van het realisme kan worden opgevoerd.

Holmes wordt meestal als een voorloper van de realisten behandeld. Maar wie iets verandert aan de periodisering kan hem ook als een vroege vertegenwoordiger van de stroming typeren. Roscoe Pound wordt meestal niet tot de realisten gerekend, maar tot de 'Sociological Jurisprudence'. Men ziet de sociologische rechtsleer als een gematigd realisme of als een aan het realisme verwante school, maar daarvan toch op een aantal punten verschillend. Wie echter de bordjes een beetje verhangt, zou ook een gematigde variant van het realisme à la Pound en een meer radicale à la Frank kunnen onderscheiden.

Wat voor Pound, Holmes, Frank en anderen geldt, geldt ook voor Gray. Sommigen rekenen Gray tot de analytische rechtsleer, anderen delen hem in bij het rechtspositivisme en weer anderen presenteren zijn werk als een voorloper van het realistisch gedachtengoed. Klassificatie volgt dus regels die kunnen verschillen al naar gelang de indelingen die de schrijvers van de handboeken hanteren.

Het komt echter niet veel voor dat mensen die in de jaren zestig en zeventig schreven nog tot het realisme worden gerekend. Een uitzondering daarop vormt de figuur van Richard Taylor, een Amerikaans filosoof, die door Theodore Benditt wordt opgevoerd als een late vertegenwoordiger (misschien kan men ook zeggen 'afsluiter') van het realisme.⁶⁷

Taylor (geboren in 1919) is primair een algemeen filosoof, maar hij heeft toch zoveel over recht en politiek geschreven dat het verantwoord lijkt hem een plaats te geven in de geschiedenis van de rechtsfilosofie. Zijn rechtsfilosofische opvattingen, zoals deze naar voren komen in *Law and Morality*,⁶⁸ *Freedom, Anarchy, and the Law*,⁶⁹ *Good and Evil*,⁷⁰ *Ethics, Faith, and Reason*,⁷¹ vertonen zoveel overeenkomst met ideeën zoals gepresenteerd door vroegere realisten dat er inderdaad, zoals Benditt doet, iets voor te zeggen valt Taylor bij het realisme in te delen. Die verleiding wordt des te groter wanneer we zien dat Taylor een filosofische onderbouwing weet te geven aan rea-

67. Vgl. ook de aandacht voor Taylor bij: Crozier, J.B., 'Legal Realism and a Science of Law', in: *American Journal of Jurisprudence*, 29 (1984), pp. 151-167, p. 158.

68. Een artikel in *New York University Law Review*, Vol. 43, 1968, pp. 611-650.

69. Met als ondertitel 'An Introduction to Political Philosophy', Prometheus Books, Buffalo, New York 1980 (1973).

70. Met als ondertitel 'A Forceful Attack on the Rationalistic Tradition in Ethics', Prometheus Books, Buffalo, New York 1984.

71. Uitgegeven bij: Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey 1985.

listische overtuigingen die indrukwekkender is dan wat schrijvers als Frank en Llewellyn presenteren.

In zekere zin zet Taylor het regelskepticisme voort en geeft daaraan tevens een geheel nieuwe wending. Hij behandelt het streven om het gedrag van mensen aan morele regels en juridische regels te binden in het kader van een kritiek op wat hij noemt 'casuïstiek'. Dat is een methode die niet alleen in de rechtsvinding wordt gebruikt, maar het gaat hierbij om een manier van denken en werken die we ook aantreffen in de ethiek. In zijn ontzuisterende behandeling van dit streven pakt Taylor dus niet alleen recht en rechtswetenschap aan, maar ook ons alledaagse redeneren over moraal.

De procedure van de casuïstiek, zo schrijft Taylor, is de benadering waar de meeste personen zich op beroepen wanneer zij over moraal denken. Maar wat Taylor probeert aan te tonen is dat die procedure niet werkt en dat mensen in feite op een geheel andere manier moreel oordelen dan geleid door regels. Bij onze morele beoordeling spelen regels helemaal niet de rol die we daaraan geneigd zijn toe te kennen. 'What are appealed to as moral principles are usually rationalizations for courses of action decided on quite independently of any such principle'.⁷²

Taylor probeert dit aan te tonen met een betoog dat zich als volgt laat samenvatten. (i) Allereerst, er bestaat geen algemeen moreel principe dat aangeeft hoe we onder alle omstandigheden moreel juist kunnen handelen. Op zo'n beginsel worden namelijk altijd uitzonderingen toegelaten. (ii) Zo'n uitzondering kan natuurlijk niet op het principe zelf gebaseerd worden en kan alleen worden gemaakt op basis van (a) een nog hoger principe of (b) een andere grond. (iii) Dat het niet op basis van een hoger principe kan worden gemaakt ligt voor de hand, want ook dát principe zou dan weer bepaalde uitzonderingen kennen (zie onder i). (iv) Het moet dus wel worden gemaakt op grond van een andere overweging. Taylor wijst op de betekenis van 'ordinary human feeling'. (v) Tenslotte stelt hij dan dat, omdat het het 'alledaags gevoel' is dat ons leidt bij onze morele beslissingen, die morele principes overbodig zijn. Zij dragen niets bij aan onze uiteindelijke acceptatie of verwerping van een bepaalde zaak of manier van doen.

De pretentie van Taylor's visie op ons moreel oordelen is verstrekkend. Hij wil beweren dat de 'usual, typical, and moral approach to questions of morality is basically wrong'.⁷³ Taylor illustreert zijn these door het opvoeren van enkele voorbeelden. Laat ik eerst een algemeen voorbeeld overnemen en

72. Taylor, Richard, *Good and Evil*, 'A Forceful Attack on the Rationalistic Tradition in Ethics', Prometheus Books, Buffalo, New York 1984, p. 162.

73. Taylor, *Good and Evil*, p. 163.

vervolgens een voorbeeld waaruit blijkt dat Taylor's kritiek ook werkt voor casus op het terrein van het recht.

12. HOE RECHTVAARDIGT MEN DAT MEN GEEN DIENST WIL NEMEN IN HET LEGER?

Stel een dienstplichtige maakt voor zichzelf uit dat hij niet wil dienen in het leger. Daarvoor zou hij de gevangenis in moeten of het land moeten ontvluchten. Maar hij kan ook voor een commissie verschijnen die zijn beweegreden om te weigeren moet beoordelen. Wat kan hij daar aanvoeren? Hij zou kunnen zeggen: 'Doden is verkeerd'. Hij beroept zich dan op een algemene regel, een principe dat voor hem het hoogste is waarop hij zich richt in zijn ethisch handelen. Maar dan zal men hem vragen: *elke* vorm van doden? Is ook het doodslaan van een vlieg verkeerd? Hij zal dan zijn principe bijstellen. Hij zal zeggen: niet *elke* vorm van doden is verkeerd, het gaat om het doden van een menselijk wezen. Het is verkeerd, zo zou hij als resultaat van de onderzaging als vermeend universeel principe kunnen formuleren, om *mensen* te doden.

Maar ook daarmee is de commissie niet tevreden. Zij confronteren hem met het feit dat hij dan ook niet meer in auto's kan rijden, hij zou verder moeten afkeuren dat mensen in vliegtuigen gaan zitten, bruggen bouwen - tenslotte zijn dit allemaal activiteiten waarbij mensen om het leven kunnen komen. Wat zal hij antwoorden? Het antwoord ligt voor de hand. Hij zal zeggen dat het hem gaat om het *bewust* of *opzettelijk* doden van mensen. Hij wil niet meewerken aan het doodschieten van mensen met een geweer, zoals soldaten doen, of een gebouw opblazen waarin mensen zich bevinden. Opnieuw, merkt Taylor op, heeft hij daarmee zijn principe aangepast. Maar stel nu eens dat ook met het aangepaste principe de commissie niet tevreden is. Men zou namelijk aan de dienstplichtige kunnen vragen wat hij zal doen wanneer een psychopaat met een mes op zijn vrouw afstormt, klaar om haar te vermoorden. Stel nu eens dat hij op enige afstand staat met een geweer in de aanslag. Hij kan de psychopaat alleen maar tot stilstand brengen door hem dood te schieten. Wat dan? Hij schiet natuurlijk, maar dat schieten zou toch het bewust doden zijn van een ander? Het zou verwerpelijk zijn op grond van zijn principe. Het vervolg van het verhaal laat zich raden. Opnieuw wordt het beginsel aangepast.

Nu gaat het Taylor erom twee punten duidelijk te maken. Allereerst, telkens wordt een principe dat is geformuleerd aangepast om bepaalde gevallen uit te sluiten. Bij de eerste aanpassing werden dieren van het principe uitgesloten. Bij de tweede aanpassing werd het onbewust, per ongeluk iemand

doden uitgesloten. In de derde aanpassing zou men aanstormende aanvallers van het principe kunnen uitsluiten.

Als tweede is de vraag relevant naar de *reden waarom* die zaken van het bereik van het beginsel worden uitgesloten. Kennelijk niet omdat het beginsel daarop niet van toepassing was; dat was namelijk duidelijk wél het geval. Waar het op uit lijkt te komen is dat het beginsel eigenlijk alleen maar als functie had om uit te sluiten dat men *in het leger* dienst zou moeten nemen. Dat stond kennelijk vast. Los van welk principe ook; het was de bedoeling om aannemelijk te maken dat dienst nemen in het leger verkeerd is.

Tot zover het regelskepticisme. Regels spelen niet de rol die sommigen voorgeven dat zij spelen, want zij worden aangepast telkens wanneer de toepassing van een regel ons niet bevalt. Kennelijk worden voortdurend zaken van het beginsel uitgesloten op basis van een idee van wat ethisch juist en ethisch verwerpelijk is, *los van principes*. 'This is the whole course of discussion', schrijft Taylor. 'Something is just assumed to be wrong and other things not wrong, quite independently of any principles of right and wrong, and then the whole discussion is aimed at finding some principle that will *fit* what is thus already assumed'.⁷⁴ Dat is niet de rechtvaardiging van iets, zegt Taylor. Het is op zijn best een spelletje in definiëren, maar op zijn slechtst is het pure rationalisatie.

De vraag die we ons dan ook moeten stellen is deze. Als iemand van tevoren al weet wat goed is en kwaad, *hoe* weet hij dat dan? Het kan niet anders of men moet aannemen dat dit geschiedt op basis van 'common sense or ordinary human feeling'.⁷⁵ Het betekent dat we altijd *eerst* moeten weten wat we moeten doen en *vervolgens* bezien of het in overeenkomst is met een bepaald principe. Het principe kan ons nooit vertellen wat we moeten doen. Het is omgekeerd. Als we niet al van tevoren zouden weten wat we zouden moeten doen, zouden we niet weten welke principes we moeten omhelzen.

13. DE VISIE VAN TAYLOR TOEGEPAST OP EEN JURIDISCH VOORBEELD

De visie van Taylor op het geringe belang van regels is natuurlijk van eminent belang voor de rechtswetenschap en voor rechtsvinding in het bijzonder. Hij is zich daar zelf ook terdege van bewust en in een vervolg op de hierboven beschreven beschouwingen trekt hij ook zelf de consequenties voor het

74. Taylor, *Good and Evil*, p. 165.

75. Taylor, *Good and Evil*, p. 171.

juridisch redeneren. 'Casuistic reasoning is part of the very essence of juridic thinking', schrijft hij.⁷⁶ Echt goed kan het systeem dus niet werken, vervolgt Taylor, op grond van de redenen die hiervoor zijn genoemd. In de common law traditie heeft men daar echter iets op gevonden door rechters in staat te stellen nieuwe wetten uit te vinden als de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Zou men dat uitsluiten dan zou een rechtssysteem niet mogelijk zijn, meent Taylor, want dan zouden geen uitzonderingen op de regels gemaakt kunnen worden, iets wat voortdurend plaatsvindt in het casuïstisch redeneren. In het systeem zit dus een soort van systematische hypocrisie ingebakken die absoluut noodzakelijk is voor een geordend sociaal leven. Men maakt voortdurend uitzonderingen op regels op basis van overwegingen die rechters ad hoc bedenken.

Als voorbeeld verwijst Taylor naar het bekende geval van Elmer Palmer, zoals te vinden in de uitspraak *Riggs v. Palmer*, waarop hij wat varieert. Er is een regel die aangeeft dat een erflater zijn vermogen aan een erfgenaam kan nalaten. Die regel geeft ook aan onder welke omstandigheden een rechter een testament ongeldig kan achten. Tot die omstandigheden behoort volgens de regel *niet* dat een erfgenaam die de erflater heeft vermoord, onwaardig zou zijn om te erfen. Dan wordt het geval aangebracht waarin dit *wel* is gebeurd. Wat doet de rechter?

Het ligt voor de hand. De rechter kent de erfenis niet toe op de grond dat als de wetgever aan dit geval zou hebben gedacht, hij het zou hebben opgenomen onder de omstandigheden waaronder de erfenis niet kan worden uitgekeerd. En dat leert ons weer iets over rechters en het rechterlijk redeneren. De rechters laten de toepassing van een regel achterwege wanneer zij weten dat toepassing van de regel meer kwaad dan goed zal doen. De meeste rechters hebben, net als gewone mensen, een zeker gevoel voor common sense en zij zijn zelfs bedreven in het toepassen daarvan op allerlei situaties. Rechters hebben ook een soort van gevoel voor de waarden die de meeste mensen hooghouden en wanneer het toepassen van een wet dát gevoel zou schenden dan passen zij die wet niet toe.

Die manier van werken wordt overigens niet alleen toegepast bij het niet toepassen van wetten, maar ook bij het definiëren van de termen die in de wet worden gehanteerd. Termen als 'ondertekenen' (is het contract getekend?), 'geboren zijn in..' (een kind dat wordt geboren in een vliegtuig), 'voertuig' (is een oude pantserwagen die dient als monument een voertuig?) en zo voorts, worden zo gedefinieerd dat men het resultaat bereikt waar alledaagse common sense ons naar toe wil leiden.

76. Taylor, *Good and Evil*, p. 177.

Het uitleg geven aan die termen uit de wet wordt wel aangeduid als 'interpretatie', maar dat is een hoogst misleidende term, stelt Taylor. De term 'interpretatie' suggereert dat er een onderliggende betekenis is die als het ware wacht om ontsloten te worden door de rechterlijke activiteit. Maar in feite is de betekenis niet iets dat men *vindt* maar dat men *toekent* aan een term. En dat toekennen is bepaald geen doelloos proces. 'It is entirely governed by the conclusion, already arrived at, that the new meaning will tend to support'.⁷⁷ De betekenissen van de woorden worden grotendeels uitgevonden om de reeds vaststaande conclusie te kunnen ondersteunen.

14. DE WIJSGERIGE ACHTERGROND VAN HET REGELSKEPTICISME

De aanvulling die Taylor geeft op het realisme van de rechtsgeleerde schrijvers Llewellyn, Frank en anderen is een waardevolle aanvulling, omdat hij in zekere zin de uiterste consequenties trekt van het realistisch standpunt. Het standpunt van Taylor is in feite een extreem voluntarisme en een verwerping van elke mogelijkheid om tot een rationalistische fundering van onze ethische waarden te komen.⁷⁸ Dat Taylor daar inderdaad niet voor terugschrikt blijkt uit vele van zijn publicaties. Het blijkt zelfs al uit de ondertitel van het boek waarin hij de voorbeelden uiteenzet die hier werden opgevoerd. Het gaat Taylor om een 'forceful attack on the rationalistic tradition in ethics'. En krachtig is die aanval zeker. Volgens Taylor kan wat goed en kwaad is nooit worden bewezen of aannemelijk gemaakt met een beroep op redenen en regels. 'No significant idea of ethics was ever *proved* anyway. That has not stopped men from founding nations on such ideas, and fighting wars and revolutions in their name'.⁷⁹ Taylor ziet de geschiedenis van het normatieve denken (waaronder dus zowel ethiek als recht valt) als beheerst door een strijd tussen twee typen van moreel denken. Het ene is het rationalisme (de rede en het vermogen tot regels staat centraal), het andere het voluntaristische (de wil en het vermogen tot gevoel staat centraal). Het zal geen verbazing wekken dat Taylor een felle kritiek presenteert op het denken van Immanuel Kant, zoals bekend de filosoof die het meest ver ging in het vertrouwen om het

77. Taylor, *Good and Evil*, p. 183.

78. Het voluntarisme treft men ook duidelijk aan bij: Radin, Max, *Law as Logic and Experience*, Yale University Press 1940, herdruk Archon Books 1971, p. 7. Vgl. voor zijn realisme verder: Radin, Max, 'Legal Realism', in: *Columbia Law Review*, Vol. 31, 1931, pp. 824-828.

79. Taylor, *Good and Evil*, p. xi.

ethisch handelen van mensen aan regels te onderwerpen, niet alleen aan juridische regels, maar ook aan ethische regels.

De rationalistische traditie is het meest dominant geweest in de geschiedenis van de ethiek. Zó sterk zelfs dat mensen zich vaak nauwelijks de overtuigingskracht van het voluntaristisch denken kunnen voorstellen: 'It hardly occurs to anyone that there might be a kind of moral justification that has nothing whatsoever to do with reason, a kind of justification that rests more upon seeing than thinking, and involves wisdom rather than dialectic'.⁸⁰ Toch is die voluntaristische traditie een manier van denken die het gelijk aan zijn kant heeft, meent Taylor. Volgens de voluntaristen is het alleen maar omdat de mens een wil heeft - dat wil zeggen omdat hij wensen, gevoelens, behoeften en neigingen heeft - dat er een onderscheiding tussen goed en kwaad gemaakt kan worden. De oorspronkelijke goedheid van een bepaald ding bestaat eenvoudigweg daarin dat het door iemand wordt begeerd. Het kwade is dan een stand van zaken die in de weg staat aan een begeerte.

Heeft men dát eenmaal vastgesteld dan wordt de taak van de rede ook een heel andere. De rede kan alleen - binnen zekere grenzen - vaststellen wat het *geval is*, maar nooit wat het geval *moet zijn*. Het is dan ook volkomen absurd om te denken dat de rede de wil kan sturen of beheersen. Het feit dat het hierbij gaat om een oud ideaal maakt het niet meer acceptabel.

De rationalistische lijn werd ontwikkeld door Socrates, Plato en Kant. Daarvan zegt Taylor: 'I believe that it is a profound philosophy, but I also believe that its presuppositions are profoundly and dangerously wrong'.⁸¹ Zolang als mensen blijven geloven - wat Socrates geloofde - dat er een natuurlijk goed en kwaad is, onafhankelijk van menselijke noden en gevoelens, zal de Socratische geest ons blijven misleiden.

Kenmerkend voor de benadering van Socrates is dat het goede kon worden *gekend*, precies zoals we andere zaken in de natuur kunnen kennen. Hij ging er eenvoudigweg vanuit dat iets in zichzelf goed is en dat we dat kunnen zoeken zoals we natuurlijke voorwerpen kunnen zoeken.

Vanuit dat perspectief is ook de overtuiging van Socrates begrijpelijk dat iemand die weet wat goed is ook niet kwaad *kán* handelen. De implicaties van die visie zijn enorm. Kennis van goedheid is een voldoende voorwaarde om een deugdzaam leven te garanderen. Filosofie zou de weg zijn naar die kennis en daarom is filosofie ook de weg naar een deugdzaam leven. Plato lijkt er nooit aan te hebben getwijfeld dat er zoiets is als ware rechtvaardigheid. In de uitwerking die hij aan dat idee geeft wordt het iets dat een scha-

80. Taylor, *Good and Evil*, p. 14.

81. Taylor, *Good and Evil*, p. 47.

duwachtig bestaan leidt in een andere wereld. Het is alleen met de rede toegankelijk.

Kantianen leggen de nadruk op het feit dat wanneer een man probeert om de zieken en stervenden te helpen dit niet zou moeten worden gedaan vanuit een motief van compassie of liefde, want dat soort gevoelens wijzen kantianen af als 'pathologisch'. Zij menen dat moreel handelen moet worden ingegeven door een rationeel respect voor plicht, een respect dat de zedelijk handelende mens met eerbied zou moeten vervullen. Moreel handelen kan - met andere woorden - nooit worden gebaseerd op gevoelens, maar alleen gebaseerd zijn op respect voor de zedewet. 'To be genuinely moral, a man must tear himself away from his inclinations as loving human being, drown the sympathetic promptings of his heart, scorn any fruits of his efforts, think last of all of the feelings, needs, desires, and inclinations either of himself or of his fellows and, perhaps detesting what he has to do, do it anyway - solely from respect for the law'.⁸²

Taylor verwerpt deze preoccupatie met regels en plicht. Hij baseert zich daarbij op een empirisch gegeven dat voor de ethiek van groot belang is. Het is mogelijk dat de mens onbaatzuchtig en uit liefde handelt. Dit *komt voor* in de werkelijkheid. Mensen blijken in staat tot een vorm van wederzijdse hulp die niet alleen verklaard kan worden uit eigenbelang.⁸³ Iedereen zal een jong vogeltje dat uit het nest is gevallen terugbrengen. Vele mensen geven een ruk aan het stuur wanneer een hond of een kat op de weg springt. Voorbeelden als deze zouden we eindeloos kunnen uitbreiden, schrijft Taylor. Zij bestaan en ze zijn nog niet eens zeldzaam ook. Het mag op het eerste gezicht banaal lijken, maar dit soort voorbeelden zijn van groot belang. Zij vormen de basis voor 'claiming that human life has a moral dimension'.⁸⁴ De rationalistische traditie in de ethiek zou moeten worden verworpen en men zou zijn aanknopingspunt moeten zoeken bij het feit dat zulk soort moreel gevoel voorkomt bij mensen.

15. VERSCHILLEN TUSSEN DE REALISTEN

Het denken van Taylor lijkt sterk op dat van Jerome Frank. Beiden zijn regelskepticist, maar in een radicale zin. Zij constateren niet alleen dat regels

82. Taylor, *Good and Evil*, p. 113.

83. Taylor baseert zich voor deze benadering op de ethiek van Schopenhauer. Vgl. Taylor, Richard, 'Schopenhauer', in: D.J. O'Connor, ed., *A Critical History of Western Philosophy*, The Free Press, New York/London 1964, pp. 365-384.

84. Taylor, *Good and Evil*, p. 192.

geen houvast geven, maar proberen daar ook geen oplossingen voor te bedenken. Zij verwerpen het denken in regels, verwerpen de quasi-zekerheid die dat met zich mee zou brengen. Daarmee gaan zij veel verder dan de andere realisten. Voor de andere realisten was het veelal zo dat men constateerde dat rechtsregels geen zekerheid gaven waarbij men vervolgens een pleidooi hield om die rechtsregels te vervangen door regels die men zou kunnen baseren op empirische generalisaties.

Terecht schrijft Frank daarom dat de groep van mensen die als realisten worden aangeduid bepaald niet homogeen is. Haar 'leden' verschillen op allerlei punten sterk van mening. Hun enig gemeenschappelijke idee lijkt te zijn een zeker skepticisme ten aanzien van de traditionele manier van denken over hoe het rechtvindingsproces verloopt. Maar dan kan men onderscheiden tussen de groep die het regel-skepticisme beschouwt als een opstapje om tot andere factoren te komen die het rechterlijk gedrag doorzichtig maakt en de groep die voorgeeft met alle onzekerheid uitstekend te kunnen leven. Het is duidelijk dat Frank en Taylor tot de laatste groep behoren.

Als de meest indrukwekkende vertegenwoordiger van de eerste groep kan men denken aan Karl Llewellyn. Ook Llewellyn is regelskepticist, maar hij wil wel middelen aandragen om de onzekerheid te verminderen. Wat deze gematigde realisten à la Llewellyn voorstaan is dus, net als de traditionele juristen, het verminderen van de rechtsonzekerheid. Zij achten het wenselijk om met een grotere mate van nauwkeurigheid te kunnen voorspellen wat de uitkomst zal zijn van bepaalde juridische procedures. Zij hebben het gevoel dat de gewone man onvoldoende zekerheid aan het recht kan ontleen. De malaise van het recht is volgens de gematigde regelskeptici daarin gelegen dat de formele rechtsregels, de papieren regels, geen houvast geven ten aanzien van het voorspellen van de uitkomst van rechtszaken. Een en ander proberen zij te verhelpen door achter de papieren regels 'echte regels' te onderkennen. De echte regels zouden het feitelijk rechterlijk gedrag moeten blootleggen. En die echte regels zouden een beter voorspellings-instrument zijn dan de papieren regels.

Frank voert twee punten van kritiek aan tegen de regelskeptici. Het eerste bezwaar tegen deze gematigde regelskeptici is dat hij hun *ideaal* niet deelt. Zijn redenen daarvoor heeft hij voornamelijk uiteen gezet in zijn vroege werk *Law and the Modern Mind*. De zoektocht naar zekerheid onmaskert hij als een kinderlijk streven. Zijn argumenten daarvoor zijn al eerder aan de orde geweest en zal ik dus hier verder laten liggen. Het is wellicht van belang nog iets meer te zeggen over het tweede punt waarop Frank de meer gematigde realisten onder vuur neemt. Hij deelt niet alleen hun ideaal niet (meer rechtszekerheid creëren), maar hij geeft ook nog aan dat hun ideaal nooit kan

worden verwerkelijk met de methode die zij voorstaan (regels als empirische generalisaties van rechterlijk gedrag op het spoor komen). De *regels* zijn immers niet de oorzaak van de onzekerheid, het is de *vaststelling van de feiten* die hier verantwoordelijk voor is. Llewellyn en andere realisten gaan naar zijn mening niet ver genoeg. Zij hebben als het ware niet de echte oorzaak van de onzekerheid van het rechterlijk oordeel blootgelegd. Het feit dat regels geen aanknopingspunt bieden voor een goede voorspelling is weliswaar één factor die bijdraagt aan de onzekerheid, het is niet de enige en zeker niet de belangrijkste factor. Zo wijst Frank ook op de onzekerheid van de feiten. Dat brengt ons op het feitenskepticisme als een van de centrale onderdelen van de realistische erfenis. Het feitenskepticisme zouden we het vijfde kenmerk van de realisten kunnen noemen. Daarbij is overigens enige voorzichtigheid op zijn plaats, want het is een kenmerk dat slechts op een deel, misschien zelfs wel een klein deel, van de realisten van toepassing is. Ik voer het echter toch op, omdat ik aan het begin heb duidelijk gemaakt dat de kenmerken die hier worden gepresenteerd in verschillende combinaties over de populatie die we als realisten aanduiden verdeeld zijn. Het is zo'n bekend onderdeel van de realistische erfenis dat men er niet aan voorbij mag gaan.

16. HET VIJFDE KENMERK VAN HET REALISME: FEITENSKEPTICISME

Zoals gezegd, van de regelskeptici onderscheidt Frank de 'fact-skeptics'. Ook die feitenskeptici proberen achter de papieren regels te kijken. De feitenskeptici zijn in die zin ook regelskeptici dat zij menen dat naar andere zaken moet worden gekeken dan de regels van het rechtssysteem. De feitenskeptici gaan echter veel verder in hun onderzoek naar factoren die het rechterlijk gedrag verklaren. Zij nemen afstand van de eenzijdige preoccupatie met hogere rechterlijke instanties en stimuleren het onderzoek naar het gedrag van de 'trial-courts', de lagere rechters die over de feiten oordelen. Tot de feitenskeptici rekent Frank: Leon Green, Max Radin, Thurman Arnold, William O. Douglas en E.M. Morgan.

Tot de regelskeptici behoort naast Llewellyn ook Felix Cohen. Cohen schreef in zijn geruchtmakende artikel 'Transcendental Nonsense and the Functional Approach' dat hoewel er een grote onzekerheid bestaat ten aanzien het recht zoals het in de boeken staat, het mogelijk zou moeten zijn een 'significant body of predictable uniformity in the behavior of the courts'⁸⁵

85. Cohen, Felix, 'Transcendental Nonsense and the Functional Approach', in: *Columbia Law Review*, 35 (1935), pp. 809-849, p. 809.

te onderkennen. Ook Cohen verzet zich tegen de gedachte dat we met alleen logica in staat zouden zijn om te voorspellen hoe het rechterlijk gedrag zich zal voltrekken, maar hij meent dat men met psychologie, economie en politiek een heel eind kan komen. Wanneer men het wetenschappelijk arsenaal maar uitbreidt, is het volgens Cohen mogelijk 'the motivating forces which mold legal decisions' te voorspellen.

Frank verwerpt dat als een illusie. Ook Cohen's betoog gaat mank aan het feit dat hij alleen maar aandacht heeft voor de regels.⁸⁶ Frank brengt het feitenskepticisme tot uitdrukking met de formule: $R \times F = D$. Wanneer men beziet waaruit een rechtsregel eigenlijk bestaat, dan is het niets anders dan een conditionele zin waarin aan bepaalde feiten een juridische consequentie wordt verbonden. De structuur van een rechtsregel is de volgende. Men stelt dat *als* zich bepaalde feiten voordoen een bepaald rechtsgevolg zal intreden. Men kan het als volgt weergeven. Een rechtsregel (R) wordt in verband gebracht met bepaalde feiten (F) en dan volgt daaruit een beslissing van de rechter. $R \times F = D$.

Nu zeggen de traditionele realisten dat door onze beweeglijke samenleving de regels (R's) onstabiel zijn geworden. Zekerheid omtrent het recht is niet meer te krijgen, zo meent men. Men wijst dan doorgaans op de grotere hoeveelheid regels, de conflicten die daartussen bestaan, de flexibiliteit van sommige regels en andere eigenschappen van regels. 'Those thinkers, perceiving the absence of rigidity in some rules, have assumed that the certainty or uncertainty of the D's, in the $R \times F = D$ equation, stems principally from the certainty or uncertainty of the R's'.⁸⁷ Maar dat is een vergissing, meent Frank. 'That assumption leads to a grave miscomprehension of court-house government and to the neglect by most legal scholars of the more difficult part of the court's undertaking'. Hoe zeker en vast de regels ook zijn; de onzekerheid van het resultaat zal blijven. De reden voor de onzekerheid van de beslissing schuilt namelijk niet in de regels, maar in het andere element uit de vergelijking: de feiten.

Wat is namelijk een feit? Men zegt: het is wat gebeurd is tussen partijen. Maar dat is een naïeve veronderstelling, meent Frank. Het gaat er niet om wat er *daadwerkelijk* gebeurd is tussen partijen, maar wat daarover *kan worden vastgesteld*. Een feit is op zijn best wat als feitelijk wordt vastgesteld door een rechter die daartoe de bevoegdheid heeft. En rechters maken allerlei fouten bij het vaststellen van feiten en datzelfde geldt voor juries. Maar dat maakt niet uit, 'legally speaking' tenminste. 'For the court-purposes, what the court

86. Frank, *Courts on Trial*, p. 149.

87. Frank, *Courts on Trial*, p. 15.

thinks about the facts is all that matters'.⁸⁸ Echte feiten, ware feiten, 'they do not walk in court'. De rechter kan over de feiten eigenlijk alleen maar gissen ('facts are guesses'), want hij krijgt ze aangedragen van anderen. 'The *F* is merely a guess about the actual facts'.⁸⁹

Een en ander heeft te maken met de onbetrouwbaarheid van de menselijke geest en de menselijke waarneming als registreerapparaat. Een getuige is geen fotografische plaat of een fonografische schijf. Er wordt geselecteerd en onthouden en vergeten, al naar gelang de ontvankelijkheid voor bepaald materiaal. Zelfs wanneer een getuige volkomen eerlijk en oprecht is, dan nóg is een getuigenis zeer onbetrouwbaar. Onze voorstelling van zaken wordt bepaald door onze vooroordelen en wat we verwachten en hopen te zien. Frank haalt een collega aan die wel eens gezegd had dat 50% van de getuigenissen incorrect zijn. Mensen zijn ook bijna altijd partijdig. Zelfs wanneer zij niets met de zaak te maken hebben, dan zijn zij als getuigen toch nog altijd in die zin onbetrouwbaar, dat zij snel op de hand zijn van degene die hen heeft uitgenodigd om te getuigen. 'Human observation is obviously fallible, subjective'.⁹⁰

Niet alleen de *getuigen* vervormen de feiten, dat doen ook de *rechters* die deze 'feiten' weer van de getuigen krijgen aangedragen. 'The facts as they actually happened are therefore twice refracted - first by the witnesses, and second by those who must "find" the facts'.⁹¹

17. HET ZESDE KENMERKT VAN HET REALISME: DECISIONISME

Tot zover hebben we vijf kenmerken van het realisme geanalyseerd. (i) Men verzet zich tegen de traditie van Langdell. (ii) Men stelt zijn vertrouwen in het opstellen van empirische generalisaties van rechterlijk gedrag. (iii) Men is voornamelijk geconcentreerd op de rechter als competente rechtsvormer. (iv). Realisten zijn regelskeptici. (v) Een deel van de realisten omarmt ook het feitenskepticisme.

Maar wanneer het recht dan niet bestaat uit regels - een van de meest gekoesterde opvattingen uit de rechtstheorie van Blackstone tot Hart - dan dient zich natuurlijk de vraag aan: wat is het recht dan wel? Frank trok uit het regel-skepticisme de conclusie dat het recht zou bestaan uit *beslissingen* in

88. Frank, *Courts on Trial*, p. 15.

89. Frank, *Courts on Trial*, p. 16.

90. Frank, *Courts on Trial*, p. 17.

91. Frank, *Courts on Trial*, p. 22.

plaats van regels. 'Decisionisme' zou men daarom als een zesde kenmerk van het realisme kunnen opvoeren.

Dat is een radicale conclusie die weliswaar logisch voortvloeit uit zijn stellingnames, maar die slechts een deel van de realisten voor zijn rekening kon nemen. We hebben hiervoor al gezien dat Holmes en Gray een dergelijke opvatting niet onderschrijven. Maar de radicale elementen uit de tweede generatie realisten accepteren het als een onvermijdelijk resultaat van hun opvattingen. Frank komt tot dit standpunt wanneer hij zich bezint op de klassieke vraag wat recht is. Hij begint ermee te stellen dat een uitputtende definitie van recht niet gegeven kan worden. Wat wij wel kunnen doen is ons afvragen wat recht betekent voor de doorsnee mens (*average man*), een soort variant van de 'bad man' van Holmes. En, zo schrijft Frank dan, voor een willekeurige leek is het recht niets anders dan een beslissing van de rechter: 'Until a court has passed on those facts no law on that subject is yet in existence'. Vóór de beslissing is het enige recht dat ter beschikking staat, de mening van juristen met betrekking tot het recht en de feiten. En dat is eigenlijk niets meer dan een gissing wat de rechter zal beslissen.

Recht heeft derhalve altijd met rechtspraak te maken en kan zijn:

- (1) werkelijk (*actual*) recht, dat wil zeggen een bepaalde beslissing uit het verleden met betrekking tot die situatie,
- (2) waarschijnlijk recht, dat wil zeggen een gissing met betrekking tot een toekomstige beslissing.

Volgens Frank was deze visie al naar voren gebracht door zijn grote voorloper Oliver Wendell Holmes. Holmes' bekende uitspraak 'The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law', komt volgens Frank in feite neer op de erkenning: 'law is made up not of rules for decision laid down by the courts but of the decisions themselves. All such decisions are law. The fact that courts render these decisions makes them law. There is no mysterious entity apart from these decisions. (...) The "law of a great nation" means the decision of a handful of old gentlemen, and whatever they refuse to decide is not law'. We kunnen dan nog een onderscheid maken tussen 'actueel recht', dat wil zeggen een specifieke beslissing van de rechter in het verleden en 'waarschijnlijk recht', een voorspelling over een toekomstige beslissing van de rechter.

Frank lijft hier de grote voorloper Holmes in als voorvader voor zijn eigen rechtsbegrip, maar zelfs uit de passages die Frank aanhaalt blijkt dat dit een twijfelachtige zaak is. Holmes zegt: recht is wat de rechters doen. Maar hij zou dan nog best kunnen volhouden dat wat rechters doen het presenteren van regels is, waarop zij vervolgens hun beslissingen baseren. Holmes kan, met andere woorden, nog best het gematigde standpunt van Gray hebben gehul-

digd en hij zou misschien afstand hebben genomen van het radicale standpunt van Frank. Holmes is zelf op dit punt - zoals zo vaak - onduidelijk en Frank is dus wat voorbarig in het verzamelen van prestigieuze autoriteiten voor zijn radicalisme.

Decisionisme treffen we ook aan bij Richard Taylor. Taylor combineert het decisionisme dat we bij Frank aantreffen echter met een Austiniaanse nadruk op de afdwingbaarheid als kenmerk van het recht. Volgens Taylor zijn alleen *die* oordelen van de rechter recht die afgedwongen kunnen worden. Een commentator op het standpunt van Taylor spreekt daarom - niet geheel ten onrechte - van een hybride vorm van bevels-realisme, omdat Taylor in feite Austin via de achterdeur weer binnenbrengt die Gray had buitengesloten.⁹²

Volgens Taylor was het grote gebrek van het realisme dat het niet tot zijn 'ultimate conclusion' werd doordacht. Taylor neemt zichzelf voor dat te doen. Hij wil ons een 'thoroughgoing legal realism' presenteren, waarbij hij overigens elementen van zulke verschillende denkers als Fuller en Austin in zijn rechtsbegrip opneemt.⁹³

Taylor onderscheidt verschillende soorten van recht: (i) goddelijk recht, (ii) natuurrecht, (iii) positief recht, (iv) gewoonterecht en (v) als laatste wat hij noemt 'bevelsrecht' (*command law*). Om dit laatste gaat het hem. Hij verstaat eronder:

the particular expressed commands addressed to particular persons by any men having the power to enforce them.⁹⁴

Als voorbeelden voert hij op: de beslissing van een rechter in hoger beroep ten aanzien van de aansprakelijkheid van een burger, de bevelen van een politieambtenaar die kunnen worden afgedwongen, de beslissing van een afdelingshoofd, genomen binnen het kader van zijn bevoegdheden. Hieruit leren we dat Taylor kennelijk Frank en andere realisten volgt die het recht zien als *beslissingen* en niet als regels, maar tevens dat hij een verruiming van het realistisch rechtsbegrip bepleit (dit in navolging van Fuller die door hem ook expliciet wordt genoemd) door tevens allerlei niet rechterlijke organen en zelfs niet-politieke organen rechtsvormende activiteiten toe te schrijven. 'Legal realists defined laws as simply the decisions of the courts', aldus Taylor,

92. Crozier, J.B., 'Legal Realism and a Science of Law', in: *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 29 (1984), pp. 151-167, p. 159.

93. Richard Taylor, 'Law and Morality', in: *New York University Law Review*, Vol. 43, Number 4, October 1968, pp. 611-650, p. 613.

94. Taylor, 'Law and Morality', p. 612.

'but apparently no one has been willing to confront the implications of the obvious fact that others besides judges have it within their power to issue *binding* decisions'.⁹⁵

Zijn rechtsbegrip bestaat derhalve uit drie elementen:

- (1) recht als *beslissing*
- (2) recht als *afdwingbare* beslissing
- (3) recht als *afdwingbare* beslissing van ook *anderen dan rechters*

Recht als concrete beslissing. Volgens Taylor kan men niet anders dan erkennen dat het bij recht vaak gaat om de particuliere bevelen die bepaalde mensen tot andere mensen richten. Zij zijn zelden van een algemene aard en behoeven dat ook niet te zijn om recht genoemd te kunnen worden: 'A law need not be a rule at all'.⁹⁶ Vaak gaat het bij recht om het concrete en particuliere bevel van de ene mens naar de andere. Zo kan men denken aan de rechter die aan een bepaalde partij opdraagt om aan de andere partij schadevergoeding te betalen. Dit bevel van de rechter kan men niet zien als een regel, maar het is zeker wel recht. Door het uitspreken van dat bevel vestigt de rechter een juridische verplichting voor de partij die in het ongelijk wordt gesteld. Door de uitspraak wordt de verplichting gevestigd; voor de uitspraak bestond deze niet.

Onbezielde geschreven woorden, zoals te vinden in wetgeving, binden en dwingen nog niemand. Zij binden ons even weinig als de geschriften van Jehova's getuigen. Alleen *mensen* kunnen andere mensen verplichten. Wetgeving kunnen we dan ook alleen maar recht in een afgeleide zin noemen, namelijk als een indicatie voor wat sommige mensen, vaak rechters, anderen kunnen dwingen om te doen.

Afdwingbaarheid. Recht bestaat volgens Taylor uit bevelen die men feitelijk moet gehoorzamen. Niet in de zin van een normatief moeten, maar feitelijk. In het Engels drukken we het uit met het verschil tussen 'must' en 'ought', in het Duits met 'müssen' en 'sollen'. De edicten van een regering die in ballingschap verkeert hebben geen rechtskracht, noch de beslissingen van de rechters van dat regime, als men zich dat überhaupt kan voorstellen. 'A judicial decision has the force of law simply because it is *enforceable*, that is, because a court has at its disposal the means to compel those named in its decision to act or forbear in accordance with what is commanded'.⁹⁷ Wanneer die macht tot dwang (*coercive power*) ontbreekt, dan heeft het rechterlijk

95. Taylor, 'Law and Morality', p. 613.

96. Taylor, 'Law and Morality', p. 620.

97. Taylor, 'Law and Morality', p. 631.

oordeel *geen* rechtskracht, ook al is aan alle voorwaarden voor de legitimiteit en geldigheid voldaan. De feitelijke macht om anderen te dwingen is niet alleen *noodzakelijk* om van recht te kunnen spreken, maar bovendien *voldoende*. Bisschop Hoadly, die door Gray wordt aangehaald, presenteert ons dus slechts een halve waarheid. Het is niet de macht om wetten te *interpreteren* dat ons het element van de rechtskracht oplevert, maar de macht tot het *afdwingen*.

Stel, een hoogste gerechtshof verklaart een bepaalde wet die schoolkinderen verplicht tot het lezen van de bijbel ongrondwettig. En stel, de schoolleiding vereist toch van de scholieren en het onderwijzend personeel dat men doorgaat met de feitelijke praktijk van het lezen van de bijbel, een manier van optreden waarin het schoolbestuur gesteund wordt door de plaatselijke gemeenschap waarin dit gebruik geldt. Volgens Taylor kunnen we dan niet anders zeggen dan dat de rechterlijke interpretatie geen recht vormt voor die gemeenschap. De mening van de rechter is slechts een opinie.

Men hoeft overigens niet zijn toevlucht te zoeken tot fantasievoorbeelden. Het Supreme Court bepaalde dat Vigil Hawkins, een zwarte, niet de toegang tot een school in Florida kon worden ontzegd (Florida ex rel. Hawkins v. Board of Control, 347 U.S. 971 (1954)). Gedurende negen jaar werd hij echter niet toegelaten door allerlei manoeuvres van het Supreme Court in Florida. 'Which judicial decision had in fact the force of law for the appellant?', vraagt Taylor rhetorisch?

Anderen dan rechters. Het is niet nodig dat we stipuleren dat recht alleen maar uit kan gaan van soevereiniteitsdragende instellingen. 'Laws are enforceable commands, from whatever source they may issue'.⁹⁸ Ook ambtelijke instellingen kunnen beslissingen nemen die bindend zijn voor anderen. Llewellyn had dit al goed gezien, aldus Taylor, toen deze schreef 'more often than not, administrative action is, to the layman affected, the last expression of the law in the case'. Er is dan ook niet zoiets als *de* bron van geldig recht. Er zijn talloze bronnen en de poging om alles terug te voeren op de wetgever is absurd. Wanneer men wil weten of men kippen mag houden in de tuin hoeft men zich niet te gaan verdiepen wat de soeverein of 'Queen in Parliament' daarvan denkt. Men kan beter gaan kijken wat de gemeente ervan vindt of misschien de plaatselijke sheriff.

98. Taylor, 'Law and Morality', p. 613.

18. HET ZEVENDE KENMERK VAN HET REALISME: ONDERZOEK NAAR DE WARE DETERMINANTEN VOOR HET RECHTERLIJK OORDEEL

Een zevende kenmerk van het realisme vloeit logisch uit het voorgaande voort. Wanneer alles zich concentreert op het oordeel van de rechter; wanneer bovendien die rechter niet in zijn beslissingen geleid wordt door regels; wanneer de feiten door die rechter verder gekleurd worden waargenomen. Dan dient zich natuurlijk als vanzelf de noodzaak aan om het rechterlijk gedrag te gaan bestuderen op een andere manier dan de jurist dat van oudsher gewend is te doen. De jurist probeert het rechterlijk gedrag te begrijpen als een vorm van regelgeleid gedrag en wel een gedrag dat kan worden verklaard door te verwijzen naar de *juridische* regels. De realisten menen dat dit onmogelijk is en zij houden een pleidooi voor een andere bestudering van het rechterlijk gedrag. Het zevende kenmerk van het realisme is dat zij op een sociaal-wetenschappelijke manier hebben geprobeerd de determinanten van het rechterlijk gedrag op het spoor te komen.

Een van de belangrijkste motieven voor deze sociaal-wetenschappelijke bestudering van het recht was natuurlijk dat men zekerheid wilde verschaffen door te onderzoeken welke verborgen factoren de rechter beïnvloedden. Frank onderscheidde bewuste van onbewuste vooroordelen als bepalende factoren voor het rechterlijk oordeel. Zo kunnen we bij rechters op raciale, godsdienstige, politieke en sociaal-economische overwegingen gebaseerde vooroordelen vermoeden. Maar men kan ook op zoek gaan naar verborgen en veelal onbewuste vooroordelen bij de rechters, zoals de houding van de rechter tegenover vrouwen, ongehuwde vrouwen, rood-harige vrouwen, brunettes, mannen met een diepe stem of juist niet enz. enz.⁹⁹ Al deze factoren werden door de realisten aan een onderzoek onderworpen. Zelfs de stemming van de rechter vormde voorwerp van speculatie. Zou deze niet beïnvloed kunnen zijn door zijn ontbijt? Vandaar 'breakfast-jurisprudence' als aanduiding voor de theorieën van de realisten door hun critici.

De determinanten van het rechterlijk oordeel vormden natuurlijk een voorwerp waarover men gemakkelijk kan speculeren, maar de realisten deden ook serieus wetenschappelijk onderzoek op dit terrein. Bekend geworden is dat van Fred Rodell. Geheel conform het realistisch uitgangspunt meende ook Rodell dat men zou moeten kijken naar waar een rechter werkelijk voor kiest, los van de redenen die hij aanvoert. Zo bestudeerde hij het beslissingsgedrag van twee vooraanstaande leden van het Supreme Court: Justice Black en Justi-

99. Frank, *Law and the Modern Mind*, p. ix.

ce Frankfurter, twee rechters die sterk verschillende opvattingen hadden ten aanzien van de wijze waarop de rechter te werk zou moeten gaan.¹⁰⁰ Vaak kwamen zij echter tot een gelijkkluidend resultaat en het is dan ook onmogelijk om hun beslissingsgedrag af te leiden uit hun opvattingen over hoe de rechter te werk zou moeten gaan. De ene keer hield Black zich aan de letterlijke bewoordingen van de constitutie, dan weer las hij dingen in de constitutie die men daar alleen met zeer veel goede wil in kan lezen. Kort en goed: de beginselen waarvan rechters zeggen uit te gaan, verdonkeremanen veeleer de werkelijke redenen die rechters hebben dan dat zij die verklaren. Rodell schrijft dat Blacks 'votes on the Court (...) have been and remain predictable with far greater accuracy from his many-faceted evangelical yet practical humanitarianism, than from any complex of abstract jurisprudential principles'.¹⁰¹ Hetzelfde geldt voor Frankfurter.

Gezien het feit dat de realisten belangstelling opvatten voor allerlei niet-juridische factoren die van invloed zijn op de rechterlijke beslissing ligt het voor de hand dat velen de weg van het rechtssociologisch onderzoek insloegen. Daarbij werd gebruik gemaakt van nieuwe onderzoekstechnieken en methoden, waarbij tevens de nieuwe ontwikkelingen in de statistiek en computerkunde werden benut. Er werd ook een nieuwe discipline ontwikkeld, die van de 'jurimetrie'. Jurimetrie stond voor het bestuderen van het rechtsvormingsproces met behulp van statistische methoden. Volgens L. Loevinger zou deze nieuwe wetenschap een stap vooruit betekenen wanneer zij werd toepasbaar gemaakt in de rechtswetenschap.¹⁰² Loevinger roept wat herinneringen op aan die andere militant scientistische stroming, het logisch-positivisme, wanneer hij schrijft dat 'the problems of jurisprudence are basically meaningless, since they can only be debated but never decided nor even investigated; whereas the questions of jurimetrics are meaningful since they are capable of being investigated, and ultimately answered, even though we may not know the answers now'.

Ook hier is het weer O.W. Holmes die reeds zei: 'the man of the future is the man of statistics and the master of economics'.¹⁰³

100. Vgl. voor Black: Black, Hugo LaFayette, *A Constitutional Faith*, Alfred Knopf, New York 1969.

101. Rodell, Fred, 'For Every Justice, Judicial Deference Is a Sometime Thing', in: *Geo.L.J.*, L (1962), p. 700.

102. Loevinger, Lee, 'Jurimetrics - The Next Step Forward', in: 33 Minn LR 455, 1949, ook in: Lord Lloyd of Hampstead, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Fifth edition, Stevens & Sons, London 1985, pp. 783-787.

103. Holmes, *Collected Legal Papers*, p. 210.

19. HET ACHTSTE KENMERK VAN REALISME: INSTRUMENTALISME

Uit het voorgaande blijkt al: recht werd niet gezien als iets dat een doel in zichzelf had, maar als een middel voor een bepaald sociaal doel. Op dit punt konden de realisten aansluiting zoeken bij rechtssociologen, zowel in de Verenigde Staten alsook daarbuiten, die soortgelijke opvattingen huldigden. Van de Amerikanen was Roscoe Pound (1870-1964) een belangrijke invloed op de realisten.

Volgens Pound was het van belang dat men de verschillende soorten publieke beleidsdoelstellingen zou analyseren die de wetgever zou moeten realiseren in het recht. Recht zou dienstbaar moeten zijn aan 'social engineering', aldus Pound. Pound was dus, net als vele realisten, een utilitarist. Zo stelde Pound met tevredenheid vast dat de geschiedenis van het recht getuigenis aflegt van een steeds groeiende erkenning en voldoening van menselijke wensen, aanspraken of verlangens door middel van sociale controle; een steeds omvattender en efficiëntere bescherming van maatschappelijke belangen; een steeds effectievere bestrijding van verspilling en een betere preventie van conflicten op het vlak van het genot van de bestaansgoederen. Het zou, kort en goed, gaan om een 'voortschrijdende perfectionering van de sociale ingenieurskunst'. Llewellyn heeft de visie van vele instrumentalisten eens als volgt getypeerd: 'Zij zien regels, zij zien het recht als middelen tot doelen. Recht is voor hen zonder meer een geheel van middelen, en heeft alleen als zodanig betekenis'.¹⁰⁴

Summers wijst op verschillende problemen die zich voordoen bij zo'n instrumentalistische benadering van het recht. Hij wijst op vier bezwaren die het hart van de realistische onderneming raken. (1) Een rechtsregel dient altijd een doel, volgens de instrumentalisen. Maar, zo stelt Summers, achter de meeste rechtsvormen gaan zeer complexe en vaak wisselende doelstructuren schuil. De naïve instrumentalist geeft zich daarvan geen rekenschap en hij valt gemakkelijk ten prooi aan de 'één-voorschrift-één-doel' dwaling.¹⁰⁵ Deze bestaat daarin dat men in elk voorschrift de belichaming van één ondubbelzinnig herkenbare middel-doelhypothese ziet. Kenmerkend voor vele voorschriften is echter, aldus Summers, dat zij meer dan één enkel doel beogen. (2) Een tweede bezwaar tegen het instrumentalisme van de realisten knoopt aan bij de vaststelling dat we recht niet louter als een instrument tot een doel

104. Llewellyn, 'Some realism', p. 1223.

105. Summers, Robert S., *Het Pragmatisch instrumentalisme*, Een kritische studie van de belangrijkste Amerikaanse rechtsfilosofie, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/Amsterdam z.j. 1980, p. 70.

kunnen zien, maar dat het een intrinsiek doel heeft. Uit de interpretatieleer weten we, aldus Summers, dat het recht niet alleen uit middelen, maar uit middel-doelconstellaties bestaat. In de teleologische interpretatie gaan we ervan uit dat we niet kunnen vaststellen wat een regel is zonder dat we weten waartoe die regel dient. Anders gezegd: doelstellingen maken deel uit van de definitie van de regel zelf. (3) Een derde argument, aldus Summers, neemt als uitgangspunt dat het recht een menselijk artefact is en daarom tot één of ander doel bestemd is. Wanneer nu die vorm zo gebrekkig ontworpen is, dat hij op geen enkele wijze enig doel kan dienen, kunnen we zeggen dat hij niet een rechtsvorm is. (4) Een vierde argument is dat middel en doel in het recht vaak moeilijk te onderscheiden zijn.

Wat hier ook van zij, als achtste kenmerk van het realisme kan men opvoeren dat men een instrumentalistische visie op het recht cultiveerde. Het recht zou bepaalde sociale doeleinden moeten dienen.

Misschien is het instrumentalisme ook een geschikte introductie voor een opmerking over wat de realisten zich voor ogen stelden. Het realisme is vaak gepresenteerd als een kritische stroming, een manier van denken over het recht die vooral kon worden getypeerd met waar het tegen was. In zekere zin is dat ook terecht en bij sommige vertegenwoordigers van het realisme krijgt men ook niet goed zicht op het opbouwende deel van hun theorie. Het opbouwende deel van hun theorie blijkt misschien nog het beste uit hun opvattingen over de hervorming van de rechtenopleiding en hun hervormingsvoorstellen voor het Amerikaanse constitutionele systeem. Ik zal mijn overzicht van het realisme daarom beëindigen met twee kenmerken die betrekking hebben op het doorvoeren van die veranderingen. Allereerst bepleitten de realisten een andere visie op de wetenschap van het recht en op de juridische opleiding. Verder kritiseerden zij ook een aantal belangrijke juridische instellingen, zoals het Supreme Court.

20. HET NEGENDE KENMERK VAN REALISME: DE OPLEIDING TOT JURIST

Het realisme had grote consequenties voor de wijze waarop het curriculum aan de Law Schools werd ingericht. Regelmatig klaagden de realisten over een eenzijdig accent op het leren van de regeltjes en een consistent 'neglect of training for constructive participation and leadership in solving the community's problems'.¹⁰⁶ W.O. Douglas, later rechter in het Supreme Court,

106. Fryer in Fryer, William T., e.a., *Legal Method*, West Publishing Co., St. Paul, Minn.

vriend van Frank en sterk verwant aan de realisten, stelde in een lezing in 1936 dat de rechtenopleiding niet meer in harmonie was met wat men te weten was gekomen over hoe het juridisch bedrijf in elkaar zit.¹⁰⁷ Wij weten nu, aldus Douglas, dat vermoedens ('hunches'),¹⁰⁸ sociale opvattingen en andere moeilijk of helemaal niet te wegen factoren een belangrijke rol spelen bij het totstandkomen van het rechterlijk oordeel. Dan zouden we daar *in de rechtenopleiding* ook rekening mee moeten houden. Hij verwijst naar Frank die had geschreven dat men een rechterlijke beslissing nooit alleen kan begrijpen door te verwijzen naar de wetten en precedentes. 'The lawyer will go wrong who believes that (in advising a client, drafting an instrument, trying a case, or arguing before a court) he can rely on the so-called reasons found in or spelled out of opinions to guide him in guessing what courts will hereafter decide', schreef Frank. Deze passage wordt door Douglas met instemming geciteerd. Wie zich alleen oriënteert op de geschreven bronnen is als een botanist die meent dat hij een plant kan bestuderen door alleen maar te kijken naar wat zich boven de grond bevindt of een anatoom die alleen kijkt naar wat zich aan de buitenkant van het lichaam bevindt. In het recht gaat het om voorspellingen, schrijft Douglas, opnieuw Frank volgend. En hij voegt toe: 'A study of the legal literature exemplified by judicial opinions supplies part, but only part, of the material necessary to make such a prediction'.¹⁰⁹

Hoewel hij kritisch staat tegenover de bestaande rechtenopleiding is Douglas optimistisch over de mogelijkheden verandering te brengen in het curriculum. Er zijn zelfs al allerlei vorderingen geboekt. Er zijn psychologen, economen, politicologen en andere representanten van niet-juridische disciplines bezig met het bestuderen van het recht en deze mensen hebben ook hun plaats gevonden in het curriculum. Het resultaat van dat alles is dat de horizon van het recht aanzienlijk verbreed is en nieuwe wegen werden ingeslagen.

Er wordt wel eens gezegd dat hierdoor harde analyse minder aandacht heeft gekregen. Maar dat wordt door Douglas met klem ontkend. Wat men wél kan zeggen, is dat men analyse van een ander soort feiten pleegt. Het gaat niet meer zozeer om het bestuderen van 'century-old legal precepts' maar om

1948, pp. 2-9, p. 1.

107. Douglas, William O., 'Education for the Law', in: Fryer, William T., e.a., *Legal Method*, West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1948, pp. 2-9.

108. Vgl. Hutcheson, Joseph, 'The Judgment Intuitive', in: Adams, David M., ed., *Philosophical Problems in the Law*, Second Edition, pp. 73-81.

109. Douglas, 'Education for the Law', p. 4.

het bestuderen van de 'cinema of life'.¹¹⁰ De taak van een docent in het recht is voor een belangrijk deel *onderzoek*. En dan niet onderzoek in de zin van het compileren van een corpus juris, maar onderzoek met als doel het op de hoogte blijven van 'the fast-moving stream of human activity'.

Nu moet wel worden gezegd dat we de pleidooien voor een verbreding van de juridische opleiding en verbreding van het blikveld niet alleen aantreffen bij de realisten, maar ook bij schrijvers die aan hen verwant waren, zoals onder anderen Benjamin Cardozo. In zijn lezing *Our Lady the Common Law* (1939), citeert Cardozo de decaan van de rechtenfaculteit van Harvard, Lawrence Lowell, die een pleidooi had gehouden voor een nieuw concept van de juridische opleiding.¹¹¹ Het idee dat tegenwoordig terrein wint, aldus Cardozo, is dat de verschillende disciplines zijn gaan inzien dat men iets van elkaar kan leren. De fysicus ziet in dat hij de chemicus nodig heeft. De zoöloog erkent dat hij kan leren van de botanist. De econoom kan leren van de staatsman. Het idee van de strenge scheiding van de verschillende onderdelen van menselijke kennis wordt over het algemeen verworpen, aldus Cardozo. 'Something of this same concept of the continuity of knowledge is making its way into the law'. Hij verwijst dan naar het feit dat hij als rechter te maken heeft gehad met gevallen waarbij hij iets van wetenschap moest begrijpen, iets van biologie en andere onderdelen van de menselijke kennis.

Een derde auteur die, hoewel strict genomen geen realist, toch aan de realisten verwante ideeën koesterde over de juridische opleiding was de reeds genoemde Roscoe Pound. Ook Pound pleitte in deze periode voor een drastische verandering van de juridische opleiding in de richting van een meer interdisciplinair ingerichte studie.¹¹² Hij sluit aan bij een uitspraak van Holmes dat een jurist het recht moet kennen. Maar dan dient zich wel onmiddellijk de vraag aan: wat verstaan we onder 'het recht'? Daaronder kan men verstaan *de rechtsorde*. Verder kan men eronder verstaan het *geheel van wetten*. Ook kan men onder het recht brengen het *proces volgens welke een rechter tot een oordeel komt*. En tenslotte is het mogelijk *alle vier* genoemde zaken onder 'het recht' te verstaan.

Hoe meent Pound dat we de opmerking van Holmes moeten opvatten? In de laatste zin: een jurist moet niet alleen het geheel van wetten kennen, maar ook kennis hebben van de rechtsorde en van het proces hoe een rechter

110. Douglas, 'Education for the Law', p. 6.

111. Cardozo, Benjamin Nathan, *Selected Writings*, Edited by Margaret E. Hall, Matthew Bender, Broadway, Albany, N.Y. 1980 (1947), pp. 87-99.

112. Pound, Roscoe, 'What constitutes a good Legal Education', in: *Law Quarterly Review*, 47 (1931), ook in: Fryer, O.c., pp. 11-16.

zich een oordeel kan vormen. Men kan ten aanzien van de rechtenopleiding een onderscheid maken tussen het *algemene* deel en de specialistische *vakkennis* dat aan juristen *in spe* zou moeten worden bijgebracht. Over het eerste zegt Pound dat daartoe gerekend zouden moeten worden: een inleiding in de waardentheorie en de doelen van sociale controle; het rechtssysteem als een speciaal onderdeel van die sociale controle; en een inleiding in rechtsvinding. Over de waarde van een algemene inleiding in het recht zegt Pound: 'General training is no less important than immediate professional training'.¹¹³ En verder: 'The things most urged have been general culture; a grasp of the social sciences, especially in recent years a grasp of the economic order; and an understanding of business organization and methods'. Pound benadrukt dat het meer gaat om het aanleren van bepaalde vaardigheden dan het leren van inhoudelijke kennis. Waar het werkelijk om gaat, aldus Pound, is de 'power of reason, power to think consecutively, power to weigh and appraise material, with habits of getting to the bottom of things, or going to sources, and of clear thought and expression'.¹¹⁴

Zoals alle beschouwingen van Pound is ook zijn beschouwing over de doelstellingen van de juridische opleiding weer zó genuanceerd dat niemand daar aanstoot aan zal kunnen nemen. Hij is voor het één, maar wil het ander niet laten. Hoewel nuancering een deugd is, kan het toch met zich meebrengen dat de schrijver in wezen moeilijk te verenigen zaken presenteert die beide verwerkelijk zouden moeten worden. Dat is lastig. Naast het feit dat een algemene opleiding van belang is, is toch ook een hoop specialistische vakkennis van grote betekenis, volgens Pound. Hoe verhouden zich die idealen tot elkaar, kan men vragen? En laten zij zich wel verenigen?

Zoals, naar Kipling, een zeeman zijn knopen moet kennen, of hij nu slaapt of wakker is, zo moet ook een jurist een aantal zaken weten, meent Pound. Hij blijkt dan ook naast een pleidooi voor algemene kennis ook een pleidooi voor specifiek juridische vakkennis te houden. Wat hij voorstaat, is het corrigeren van een eenzijdige nadruk op het één in de ene periode van het denken over de inrichting van het curriculum of een eenzijdige nadruk op het ander in een andere periode. Vroeger was er een tendens om feitenkennis teveel aandacht te geven. Tegenwoordig is er een tendens om te onderschatten dat een jurist ook een aantal feiten moet kennen.

113. Pound, 'What constitutes a good Legal Education?', p. 14.

114. Pound, 'What constitutes a good Legal Education?', p. 16.

21. WAAR DE REALISTEN VERSCHILDEN: FRANK TEGEN HET
PREDICTIVISME; RECHT ALS 'KUNST' EN NIET ALS WETENSCHAP

Tot zover de juridische opleiding. Het ligt voor de hand dat opvattingen over de opleiding nauw samenhangen met de realistische visie op de rechtswetenschap. Zoals reeds in het voorgaande is gebleken kunnen we hier twee visies onderscheiden: een sciëntistische richting die hoge verwachtingen heeft van het ontwikkelen van de rechtswetenschap als een strenge discipline en een meer op de geesteswetenschappen georiënteerde benadering. Het behoeft nauwelijks betoog dat Frank met zijn accentuering van onzekerheid niet veel op kan hebben met ideeën over de rechtswetenschap als een strenge discipline. Hij voelt - met een beroep op Aristoteles - veel meer voor de rechtswetenschap als een kunst ('ars'). Hij keert zich in dat kader ook tegen Lasswell en McDougal die hadden beweerd dat het mogelijk moet zijn om een wetenschappelijke fundering aan de voorspellingen van het rechterlijk gedrag te geven. Volgens Lasswell en McDougal zou het mogelijk zijn in de meeste gevallen te voorspellen hoe de rechter gaat beslissen. Om de uitkomst van een proces te voorspellen zou men inzicht moeten hebben in de persoonlijkheidskenmerken van de rechters, partijen, adviseurs, getuigen en juryleden. Wat al deze actoren doen is immers 'menselijk' in de zin dat het tot op zekere hoogte bepaald wordt door de werking van hun persoonlijkheden op elkaar. In zijn boek *Power and Personality* meende Lasswell dat hij een aantal factoren die het rechterlijk gedrag bepaalden te kunnen blootleggen.¹¹⁵ Maar niemand die dat boek leest, aldus Frank, zal menen dat met wat Lasswell ons aan de hand doet, het mogelijk is te voorspellen hoe een rechter in een concrete zaak zal gaan beslissen. Immers niemand, ook Lasswell niet, kan voorspellen wat aan de dag, voorafgaande aan waarop de rechter moet beslissen, gebeurd is. Een slapeloze nacht, een zware hoofdpijn, een echtelijke ruzie - het zijn allemaal factoren die hem in meerdere of mindere mate zullen beïnvloeden.¹¹⁶ Wanneer Lasswell en McDougal werkelijk 'wetenschappelijk' kunnen voorspellen hoe rechters reageren dan zouden zij ons ook moeten kunnen vertellen *met welke mate van zekerheid* zij hun voorspellingen kunnen doen. Men zou hen eigenlijk op dezelfde manier moeten uitdagen als Frank ten aanzien van Felix Cohen gedaan heeft, namelijk dat zij hun voorspellingen over het rechterlijk oordeel in een aantal gevallen bekend maken *voordat* het oordeel heeft plaatsgevonden. En dan wachten we op de rechtszitting en zien we hoe nauwkeurig die voorspellingen zijn. Als zij voor 80% correct zijn, zegt

115. Lasswell, Harold D., *Power and Personality*, The Viking Press, New York 1948.

116. Frank, *Courts on Trial*, p. 203.

Frank, is hij diep onder de indruk van hun werk, maar hij heeft sterke twijfels of die score gehaald zal worden.

Een zelfde soort kritiek ventileerde Frank ook op de jurimetrie van Loevinger. Of het nu om Lasswell en McDougal, Cohen, Loevinger of anderen gaat, telkens speelt het overmatig optimistisch negentiende eeuws positivistisch ideaal een rol, dat we de sociale wetenschappen op dezelfde manier van een exacte basis en methode kunnen voorzien als het geval is geweest met de natuurwetenschappen: 'to call the making of social guesses a "science" has the disvalue of glossing over inescapable difficulties'.¹¹⁷ Men kan natuurlijk wetenschap op een andere manier definiëren, zodanig dat het toch nog mogelijk is de rechtsgeleerdheid als een wetenschap te klassificeren. Men kan stellen dat wetenschap niets anders is dan 'intelligent observation guided by the best wisdom already in our possession' of 'the method of dealing intelligently with all problems'. Maar dat zijn slechts semantische oplossingen om toch de rechtsgeleerdheid als een rechtswetenschap te verkopen. We lopen hiermee bovendien het gevaar dat we toch nog flirten met het idee dat 'legal engineering' eens een succes kan worden. Elke vorm van 'social engineering' miskent eenvoudig het feit dat we met menselijke wezens te maken hebben en dat mensen iets anders zijn dan machines.¹¹⁸ Laten we die religie van de wetenschap waarvoor William James ons gewaarschuwd heeft toch gewoon terzijde schuiven. Het sciëntisme geeft ons alleen maar valse hoop dat we de rechtswetenschap eens op dezelfde grondslag kunnen organiseren als de natuurwetenschappen, meent Frank.

Betekent dit dat we alle aspiraties voor de rechtsgeleerdheid moeten prijsgeven? Welnee, meent Frank. Er is geen reden om aan de honden te voeren wat niet goed genoeg is voor de goden (Tourtoulon). Wijze medici hebben altijd geweten dat het praktiseren van medische handelingen gebruik maakt van wetenschappelijke bevindingen maar zelf geen wetenschap kan zijn. Het is een kunst. Dat zou men ook voor het recht kunnen zeggen.

In een bepaald opzicht heeft Frank gelijk wanneer hij de optimistische voorstelling van zaken van de realisten kritiseert die menen het rechterlijk gedrag te kunnen voorspellen. Dit is inderdaad niet zo waarschijnlijk. Waarom zou dat lukken? De realisten hebben altijd zo de nadruk gelegd op de verwerping van 'mechanical jurisprudence'. Maar zij plaatsten daar wel een ander soort rekenkundig model voor in de plaats om rechterlijk gedrag te voorspellen dat niet minder optimistisch was.

117. Frank, *Courts on Trial*, p. 216.

118. Frank, *Courts on Trial*, p. 217.

22. HET TIENDE KENMERK VAN REALISME: KRITIEK OP AMERIKAANSE INSTITUTIES

Tenslotte het tiende kenmerk van het realisme: de kritiek op fundamentele Amerikaanse instituties. Zoals voor zoveel dingen geldt, ook een theorie over recht herkent men aan zijn vruchten. Veelvuldig worden in de filosofie en ook in de filosofie van het recht bepaalde beginselverklaringen herhaald. Maar het is ook interessant te zien hoe men met een bepaalde conceptie van het recht omgaat in de praktische toepassing. Met name van een theorie die zich als praktisch presenteert mag men verwachten dat het aan te nemen perspectief verschil maakt in de benadering van een bepaald probleem. Gelukkig hebben de realisten vele boeken geschreven waarbij zij aan de wijze van behandeling van een bepaald onderwerp hebben geïllustreerd hoe een realistische visie op een onderwerp zich onderscheidt van de behandeling van dat onderwerp vanuit een ander perspectief.

Een van de meest interessante toepassingen van het realistisch standpunt is de toepassing daarvan op de Amerikaanse constitutionele geschiedenis, met name op de functie van het Amerikaanse Hooggerechtshof. Het is Fred Rodell geweest die daarover een interessant en voor de realistische stroming representatief boek heeft geschreven.¹¹⁹ Kritiek op het Hooggerechtshof en het functioneren van het Amerikaanse constitutionele systeem zal ik als tiende en laatste kenmerk van het realisme behandelen.

Over zijn eigen geschiedenis van het Supreme Court schrijft Rodell: 'It would not spare personalities, yet it would not be content to give its readers the cheap thrill of vicariously peeping through keyholes at undressed Justices'.¹²⁰ Men kan zich echter afvragen hoe men beter kan worden afgebeeld, ongekleed en door het sleutelgat of in het schrille licht waarin Rodell zijn beschreven figuren plaatst. Hoe dat ook zij, interessant en lezenswaardig is zijn boek in ieder geval wel.¹²¹ Hij verklaart ook dat hij zijn best heeft gedaan om niet het gemakkelijke *jargon* te gebruiken dat juristen doorgaans hanteren en daarin is hij volkomen geslaagd.¹²² Toch is het boek moeilijk te klassificeren. Het is een typisch realistisch boek, maar zonder dat de schrijver zelf de vooronder-

119. Rodell, Fred, *Nine Men*, A Political History of the Supreme Court from 1790 to 1955, Random House, New York 1955.

120. Rodell, *Nine Men*, p. ix.

121. Vgl. over Rodell ook de kritische opmerkingen van: Posner, Richard A., *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass) and London 1995, p. 2.

122. Rodell, *Nine Men*, p. x.

stellingen van zijn methode en benadering expliciteert. Het realisme druipt echter van elke pagina af.

Nine Men is een geschiedenis van het Supreme Court waarin twee zaken centraal staan. Als eerste: de tegenstelling tussen de twee grote rechters uit de Amerikaanse geschiedenis: John Marshall en Oliver Wendell Holmes. De laatste is, zoals men kan verwachten, de held van het boek. Marshall wordt getekend als een in zekere zin bewonderenswaardige figuur, maar wel voor kwade zaken.

Het tweede element van het boek is thematisch. Het is een met veel flamboyantie geschreven kritiek op het Amerikaanse constitutionele systeem: een kritiek op het rechterlijk toetsingsrecht, het ondemocratisch karakter van het Amerikaanse systeem en de vermenging van recht en politiek; dat laatste niet als iets wat men zoveel mogelijk zou moeten buitensluiten, maar als een - kennelijk - onvermijdelijk element van het systeem. Vooral de positie van het Supreme Court wordt daarbij op de korrel genomen. Op het topniveau van de burgerlijke regering van de Verenigde Staten bevindt zich (i) het Congress, (ii) de president en zijn kabinet en (iii) het Supreme Court. Van deze drie draagt er alleen één een uniform. Eén opereert volkomen in het geheim en één instituut is niet democratisch gecontroleerd. Dat is het Supreme Court.

Toetsingsrecht. Rodell begint met een aanval op het toetsingsrecht. Reeds Jefferson had grote bezwaren gemaakt tegen een te machtig hof. Nadat hij de werkwijze en bevoegdheden van het Hof had geschetst merkte hij op: 'The Constitution on this hypothesis, is a mere thing of wax in the hands of the judiciary which they may twist and shape into any form they please'.¹²³ Rodell is het met deze kritiek van Jefferson eens. Hij haalt Justice Stone aan die wel eens heeft opgemerkt: 'The only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint'.¹²⁴ Rodell verbindt daaraan een verstrekkende consequentie. Het betekent, meent Rodell, dat het oude gezegde dat de regering van de VS een regering is van wetten en niet van mensen, een belediging is, een 'undemocratic canard'. Rodell motiveert dat als volgt:

Laws do not write or enforce or interpret themselves. Even constitutions are no more than words except as men give them flesh and muscle and meaning in action; then the flesh and muscle are molded and the meaning in action is directed by men.¹²⁵

123. Rodell, *Nine Men*, p. 5.

124. Rodell, *Nine Men*, p. 5.

125. Rodell, *Nine Men*, p. 6.

Het idee dat de woorden van de wet in een bepaalde richting wijzen is wel erg naïef. Immers hoe zou men dan kunnen verklaren dat beslissingen van het Supreme Court worden genomen met *stemverhoudingen* (5-4, 6-3, 7-2, 8-1)? Hoe valt het te verklaren dat dissenting opinions van soms één persoon verstandiger lijken dan het oordeel van de meerderheid? Hoe valt het te verklaren dat één en dezelfde zaak op een manier beoordeeld kan worden, geheel verschillend van hoe die zaak enkele jaren eerder werd beoordeeld?

Hoe juist lijkt het commentaar van Charles Evans Hughes voordat hij Chief Justice werd in het Supreme Court: 'We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is'.¹²⁶

Soms lijkt Rodell toch nog enkele eminente rechters en politici tegen te komen van integriteit en met visie. Maar, zo voegt hij daar onmiddellijk aan toe, dat zijn de uitzonderingen. Voor elke Marshall, voor elke Holmes is er een gigantische hoeveelheid middelmatige figuren te vinden (net als tegenover elke Lincoln en elke Jefferson een heel leger incompetente staatslieden staat).¹²⁷

Een van de meest problematische kanten aan het Supreme Court is wel de levenslange benoeming. Aangezien het de president is die de leden van het Supreme Court naar voren schuift, kan een land door een slecht benoemingsbeleid van een president voor lange tijd worden opgezaaid met middelmatige rechters. 'It has been said that the good a President does is often interred with his bones but his choice of Supreme Court Justices lives after him'.¹²⁸ Men merkt ook wel op dat het Supreme Court de verkiezingen volgt, maar dan wel de verkiezingen van tien jaar geleden.¹²⁹

Het Amerikaanse systeem is niet democratisch. Een tweede punt dat in de kritiek van Rodell op het Hof regelmatig naar voren komt is het ondemocratisch karakter van het systeem, zoals dat onder andere tot uiting komt in het toetsingsrecht, maar ook in andere onderdelen van het systeem. Er is geen

126. Hughes' uitspraak is een typisch realistische uitspraak, al vind men dit perspectief ook bij juristen die met het realisme niet veel van doen hebben. In het Supreme Court onder Rehnquist hebben zulke uiteenlopende figuren als de Chief Justice Rehnquist en de de laatste 'leftist' William Brennan een soortgelijk onthuisende kijk op het recht. Zij zagen het Hof niet als een orgaan waarin werkelijk diepgaande discussies werden gevoerd. Elk jaar vroeg Brennan aan zijn law-clerks wat zij dachten dat de meest belangrijke regel van het Hof zou zijn. Wanneer zij het antwoord schuldig bleven of aarzelden hield Brennan zijn vuist op en opende zijn hand, de vijf vingers wijd uitgespreid: 'It takes five votes to do anything in the Supreme Court'. Vgl. Savage, David, *Turning Right, The Making of the Rehnquist Supreme Court*, John Wiley & Sons, Inc., New York etc. 1992 en Rodell, O.c., p. 8.

127. Rodell, *Nine Men*, p. 8.

128. Rodell, *Nine Men*, p. 9.

129. Rodell, *Nine Men*, p. 9.

sprake van dat het Amerikaanse systeem een ware democratie is, zegt Rodell. Daarvoor draagt hij verschillende redenen aan. Allereerst heeft dat de maken met de vertegenwoordigende democratie. Verder laakt Rodell het idee van verschanste wetgeving. In een ware democratie zouden het volk of de vertegenwoordigers van het volk *alle* wetten gemakkelijk moeten kunnen wijzigen, óók de constitutie. Tenslotte is er het probleem van de rechterlijke toetsing. Een van de oudste problemen voor alle politieke denkers die uitgaan van een constitutie maar die ook democratie omarmen is de vraag *wie* beslist of een daad tegen de constitutie ingaat. 'Whatever men are entrusted with that ultimate decision, especially if they are not elected to that position of trust, their power cannot but be an autocratic power - for it lets them reverse the choice of a contemporary majority and so defeat the democratic will'.¹³⁰

Het Amerikaanse systeem is dus geen ware democratie omdat het mogelijk is de wil van een meerderheid tegen te houden door de wil van een minderheid.

Recht is politiek. Verder vinden we bij Rodell herhaaldelijk beargumenteed dat recht in feite politiek is. Zijn geschiedenis van het Hof is een geschiedenis waaruit blijkt dat de rechters uit het Hof heel wat meer voor ogen hadden dan de constitutie. Zij wierpen zich maar al te vaak op als verdedigers van het grootkapitaal of een andere belangengroep. Bezielt men integraal de geschiedenis van het Supreme Court dan blijkt dat het meer in de bres is gesprongen voor de bescherming van de belangen van een financiële elite dan voor de veel bezongen bescherming van onze burgerlijke vrijheden. 'Indeed, the only minority in whose behalf the Justices have regularly and effectively used their power, to block the majority will as expressed in federal laws, is the minority of the well-to-do'.¹³¹

De meeste burgers van de Verenigde Staten beschouwen het Supreme Court met dezelfde eerbied als de Britten naar hun koningshuis kijken, schrijft Rodell. Daarbij zijn er nog andere overeenkomsten te signaleren. Maar net als met het koningshuis gaat het hier om een mythe.

De *eerste mythe* is dat het Hof een soort van coherente eenduidige macht is, een collectieve geest die opereert als een eenheid binnen het regeringsgebouw. Deze mythe wordt levend gehouden door een andere, men kan zeggen, ondersteunende vooronderstelling, namelijk dat de rechters in het Hof geen recht *maken* maar dat zij alleen *vaststellen* wat het recht is. Deze mythen worden zorgvuldig in stand gehouden. Neem alleen de keuze van de bewoordingen. Men spreekt van de 'opinie van het Hof'.

130. Rodell, *Nine Men*, p. 21.

131. Rodell, *Nine Men*, p. 26.

Een *tweede mythe* is dat diegenen die worden benoemd tot rechter ineens politiek neutraal zouden worden. De veronderstelling is kennelijk dat op het moment dat men een toga aandoet er een knopje zou omgaan in de geest die een complete verandering van attitude teweeg brengt.

De macht die door het Hof wordt uitgeoefend, is naar het oordeel van Rodell in drieërlei zin een onverantwoordelijke macht. In de eerste plaats, omdat de leden van het Hof aan niemand anders verantwoording verschuldigd zijn dan aan henzelf. Als tweede omdat zij nooit verantwoording kunnen nemen voor een postieve sturing; zij hebben slechts de mogelijkheid om een bepaalde vorm van beleid af te keuren. Als derde omdat zij van hun macht gebruik kunnen maken zonder dat zij behoeven te vertellen waarom.¹³² 'In no other nation on earth does a group of judges hold the sweeping political power - the privilege in practice, not just in theory, of saying the last governmental word - that is held by the nine U.S. Supreme Court Justices'.¹³³

Hoe kreeg de macht van het Hof zijn beslag? Het werd eerst in summiere vorm besproken bij het opstellen van de constitutie. Vervolgens werd deze verder gepropageerd door de Federalisten in de eerste jaren van het bestaan van de republiek. Daarna werd het door de federalist Marshall op behendige wijze tot rechterlijke politiek geproclameerd. Uiteindelijk is het door verschillende incidenten in de Amerikaanse constitutionele geschiedenis in kracht gegroeid en heeft het een steeds vastere statuur gekregen.¹³⁴

We moeten echter niet de fout maken te denken dat de macht van het Hof alleen wordt uitgeoefend op het moment dat de rechters een wet buiten toepassing laten. Die macht komt ook tot uitdrukking wanneer zij de wetten, zoals aangenomen door het Congres, alleen maar 'interpreteren'.

Rodell brengt het toetsingsrecht verschillende keren in verband met de belangen van conservatieve Amerikanen. Diegenen die ervoor waren, waren 'property-minded' conservatieve leden van de conventie als Alexander Hamilton, James Wilson, Oliver Elsworth en anderen. Zij vreesden dat een onbelemmerde macht van het Congress zou betekenen dat allerlei wetgeving zou worden aangenomen die voor hun belangen schadelijk zou zijn.

132. Rodell, *Nine Men*, p. 32.

133. Rodell, *Nine Men*, p. 33.

134. Rodell, *Nine Men*, p. 34.

23. EEN WAARDERING VAN DE REALISTEN

Tot zover hebben we exposé en kritiek enigszins door elkaar laten lopen. Om de gang van het betoog echter niet te veel te verstoren heb ik punten niet uitgewerkt die een langere bespreking vergden. Daarmee zal ik nu besluiten. Ik zal proberen het werk van de realisten kritisch te bespreken aan de hand van zes punten van kritiek die daarop worden uitgeoefend.

(a) *Waren de realisten precies genoeg?*

Het lezen van de realisten is een waar genoegen.¹³⁵ Zij vallen op door hun prikkelende stellingnames, maar ook door de heldere en levendige stijl. Holmes heeft de rechtswetenschap verrijkt met talloze adagia die in de handboeken nog keer op keer geciteerd worden en zelfs diegenen die niet tot in alle consequenties mee kunnen gaan met het realistisch standpunt hebben bewondering voor Holmes' stijl. Hart gaf eens het puntig commentaar dat 'while Holmes was sometimes clearly wrong, he was always wrong clearly'.¹³⁶

Toch vinden we bij Holmes niet een echt uitgewerkte theorie over het recht. Hij was vaak snel tevreden met sweeping statements, goed klinkende frasen en hij nam niet de moeite een werkelijk uitgewerkte visie op het recht te presenteren.

Holmes' stijl is vaak geroemd, maar minder heeft men gesignaleerd dat zijn talloze pittige formuleringen wijsheden bevatten die men zelden zomaar kan toepassen. Er is allereerst het probleem van de vaagheid. Het is aardig geformuleerd: 'I do not think that the United States would come to an end'. Maar welke opvatting wilde Holmes hiermee nu eigenlijk bestrijden? Wie beweert dat de Verenigde Staten tot een eind zouden komen zonder het toetsingsrecht? Wie zou een dergelijke pathetische claim voor zijn rekening durven nemen? Sommigen schrijvers zijn vóór het toetsingsrecht, anderen zijn ertegen. Maar geen mens zal toch beweren dat een land ten gronde gaat op het moment dat er een verandering zou plaatshebben op dit terrein? Het kan dus haast niet anders of Holmes bedoelt iets anders dan wat hij letterlijk zegt. Hij bedoelt waarschijnlijk dat sommigen *zulke* enthousiaste verdedigers zijn

135. Vgl. hierover ook het enthousiasmerende opstel van Wacks, Raymond, 'Legal Realism', in: Wacks, Raymond, *Jurisprudence*, Second Edition, Blackstone Press Limited, London 1990 (1987), pp. 109-130.

136. Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: Harvard Law Review, 71 (1958), hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 49-87, p. 49.

van het toetsingsrecht dat men de indruk zou krijgen dat zij zich geen ander systeem kunnen voorstellen dan het vigerende.

Een probleem met de aforismen van Holmes is verder wat het probleem is met alle aforismen, ook die van de bekende aforist Pascal: draait men ze om dan klinkt het vaak even fraai. Pascal zei: het hart heeft zijn redenen die de rede niet kent. Heel mooi. Maar draai het eens om: de rede heeft zijn hartstochten waarvan het hart geen weet heeft. Dat is toch even mooi? Zo is dat ook met Holmes. Het geeft te denken wanneer hij schrijft dat het constitutionele systeem van de VS niet ineen zou storten wanneer er geen toetsingsrecht bestond. Denkt men echter iets langer na dan realiseert men zich dat men ook kan verdedigen dat de gedachte van gecodificeerd hoger recht dat normerend werkt voor lagere wetgeving, zowel die van de federatie, alsook die van de deelstaten, noodzakelijkerwijs een rechterlijke instantie vooronderstelt die bij strijdigheid een bindende beslissing kan nemen. Dat was het standpunt van Marshall. Daar kan men bezwaren tegen koesteren, maar die bezwaren laten zich niet in de hoek zetten met een goed gestileerde kwinkslag, een bon mot of een geestige typering. Daarvoor zal men argumenten moeten aandragen, maar daar neemt Holmes zelden de tijd voor.

Vaak heeft men ook de indruk dat Holmes geen recht doet aan de standpunten die hij op vlotte manier in de hoek zet. Het is inderdaad 'revolt-ing to have no better reason for a rule than that it was laid down in the time of Henry IV'.¹³⁷ Maar als het standpunt dat hij hier op de korrel neemt het traditionalisme van de common law-traditie is, dan is daarvoor meer te zeggen dat een regel nu eenmaal in de tijd van Henry IV tot stand is gekomen. Waarop de common law-traditie en het daaraan inherente conservatisme de nadruk legt, is dat wat een respectabele leeftijd heeft, wat een *traditie* is geworden, heeft overleefd in een sociaal-historische overlevingsstrijd.¹³⁸ Burke bracht het tot uitdrukking met de bekende woorden: 'the individual is foolish the species is wise', waaraan hij toevoegde: 'when time is given to it'. Daarmee wordt bedoeld dat we het historisch ontwikkelingsproces kunnen zien als een proces van zuivering, van perfectionering. Iets wat lang bestaat, heeft het ook al lang uitgehouden en zal daarmee een beter richtsnoer vormen dan het telkens opnieuw bedachte met alle kinderziekten en onvolkomenheden van dien. Het is dus inderdaad onverantwoord om te zeggen dat een regel uit de tijd van Henry IV om alleen de reden van de ouderdom ons

137. *Collected Legal Papers*, p. 187.

138. Vgl. hierover: Postema, Gerald J., *Bentham and the common law tradition*, Clarendon Press, Oxford 1989 (1986); Kronman, Anthony T., 'Precedent and Tradition', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 99 (1990), pp. 1029-1068; Krygier, Martin, 'Law as tradition', in: *Law and philosophy*, Nr. 5, 1986, pp. 237-262.

respect waard is. Maar dat is ook niet waarom het in de common law-traditie gaat.

Zou Holmes dit soort dingen nu echt allemaal niet weten of houdt hij zich als een effectief debater van de domme? Waarschijnlijk het laatste. Niet geheel onterecht is het kritisch commentaar op de aforismen en uitspraken van Holmes van een van de leiders van het skandinavisch realisme, A.V. Lundstedt. Over de *The Common Law* en Holmes' *Collected Legal Papers* schrijft hij: 'here one finds a great many statements, properly speaking intimations rather than reasonings, indicating that the author wishes to free himself from legal ideology'.¹³⁹

Een zekere mate van imprecisie is overigens niet alleen kenmerkend voor het werk van Holmes, maar ook voor dat van de andere realisten. Lees hoe Llewellyn zijn bekende essay *Some Realism about Realism* (1931) opent: 'Ferment is abroad in the law. The sphere of interest widens; men become interested again in the life that swirls around things legal. Before rules, were facts; in the beginning was not a Word, but a Doing. Behind decisions stand judges; judges are men; as men they have human backgrounds. Beyond rules, again, lie effects; beyond decisions stand people whom rules and decisions directly or indirectly touch'.¹⁴⁰

Is dit niet een ronkende mengelmoe van gemeenplaatsen en vaagheden waar men toch in een wetenschappelijk opstel nauwelijks mee uit te voeten kan? Men hoopt eigenlijk voortdurend op meer en duidelijker informatie. Was men voorheen niet geïnteresseerd in 'the life that swirls around things legal?'. Maar wie dan precies niet en waarom niet? Ook valt op dat Llewellyn zich verlustigt in mooi klinkende frasen, waarbij hij niet zelden meer geïnteresseerd lijkt in de presentatie dan in het precies uitdrukken wat hij bedoelt. *Some Realism* werd geschreven als reactie op het artikel van Roscoe Pound, *Call for a Realist Jurisprudence*. Llewellyn geeft dan Pound op een aantal punten gelijk, maar hij maakt ook de opmerking dat Pound 'departed in this paper from a practice he has often followed, of indicating, in each instance when he presented a view, precisely whose view it was, and precisely where that person has set it forth'.¹⁴¹ Maar wat hier aan Pound wordt verweten kan men ook bij de realisten als punt van kritiek opvoeren.

139. Lundstedt, A. Vilhelm, *Legal Thinking Revisited*, My Views on Law, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1956, p. 389.

140. Llewellyn, *Jurisprudence*, p. 42.

141. Llewellyn, 'Some Realism', in: *Jurisprudence*, p. 45.

(b) Hoe origineel waren de realisten?

Een tweede punt dat men in de literatuur regelmatig besproken vindt is de vraag naar de originaliteit van de realisten. Men kan natuurlijk altijd voorlopers onderkennen. Rumble noemt Holmes, James en Dewey.¹⁴² Ook Pound zou men kunnen noemen die in 1910 schreef: 'Let us look the facts of human conduct in the face. Let us look to economics and sociology and philosophy, and cease to assume that jurisprudence is self-sufficient. (...) Let us not become legal monks'.¹⁴³ In *The Need of a Sociological Jurisprudence* formuleert hij het als volgt:

the modern teacher of law should be a student of sociology, economics, and politics as well. He should know not only what the courts decide and the principles by which they decide but quite as much the circumstances and conditions, social and economic, to which these principles are to be applied (...) Legal monks who pass their lives in an atmosphere of pure law, from which every worldly and human element is excluded, cannot shape practical principles to be applied to a restless world of flesh and blood.¹⁴⁴

Ook in andere opzichten kan Pound gelden als een voorloper van de realisten, zoals blijkt uit zijn opvattingen over rechtsvinding. Waar het Pound om ging was 'equitable application of law' en hij onderscheidde dit nadrukkelijk van de mechanische deductie van standpunten uit bepaalde premissen. De aanhangers van de moderne rechtsleer, aldus Pound, zien een rechtsregel als een richtsnoer dat naar het juiste resultaat voert, maar zij stipuleren tevens dat de rechter een zekere vrijheid moet hebben om recht te doen aan het individuele geval.¹⁴⁵

Llewellyn heeft de schatplichtigheid van de realisten aan Pound overigens ook niet ontkend. In 1960 schreef hij over het pionierswerk van Pound dat het de basis is 'of our forward-looking thought of the 20's and 30's and has provided half of the commonplace equipment on and with which our work since has builded'.¹⁴⁶

De realisten wilden slagen waar Pound naar hun smaak had gefaald. In welke opzichten kwamen zij verder dan Pound? Rumble ziet het als volgt:

142. Rumble, *American Legal Realism*, p. 4.

143. Pound, Roscoe, 'Law in Books and Law in Action', in: *American Law Review*, XLIV (1910), p. 35, aangehaald bij: Rumble, *American Legal Realism*, p. 10.

144. Pound, 'The Need of a Sociological Jurisprudence', p. 611, aangehaald bij: Rumble, *American Legal Realism*, p. 13.

145. Pound, Roscoe, 'The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence', I, in: *Harvard Law Review*, Vol. XXIV, No. 8, June 1911, pp. 591-619, p. 515.

146. Llewellyn, *Jurisprudence*, p. 496.

(1) Allereerst moet dan worden gewezen op het empirisch werk dat zij hebben gedaan. (2) Verder stimuleerden de realisten tot verder onderzoek.¹⁴⁷

(c) *Waren de realisten consistent?*

Het werk van met name Frank lijkt ook enigszins onevenwichtig omdat hij in zijn kritiek op het rechtsbedrijf zulke radicale standpunten inneemt dat hij als eigen gedwongen is in zijn opbouwende passages afstand te nemen van wat hij in zijn kritische passages heeft geschreven.

Zo benadrukt hij in zijn kritiek op de mythe van de rechtszekerheid en het onpersoonlijk optreden van rechters zó sterk de persoonlijke inbreng van de rechter dat hij in zijn opbouwende passages over wat rechters zouden moeten doen zijn eigen pessimisme ten aanzien van wat mogelijk is voor de voeten geworpen krijgt.

Dat laat zich illustreren aan wat Frank over rechterlijke interpretatie schrijft. Wanneer een rechter probeert vast te stellen wat het doel van de wetgever is geweest om iets tot stand te brengen dan moet de rechter proberen om zoveel mogelijk afstand te nemen van zijn eigen ideeën over beleid. Frank geeft daar ook een goede reden voor aan. Het doel van de wetgever is namelijk de resultante van een veelheid aan conflicterende belangen te verwoorden. Toen Frank zelf bij een zaak betrokken was, werd hij ertoe uitgenodigd om de taal van de wetgever te laten voor wat het is en het doel van de wetgever voor niet relevant voor de huidige stand van zaken te zien; dat alles 'to achieve what we might regard as a more just result'. Hij antwoordde als volgt:

Such a remaking of the legislation, would require consideration of questions of legislative policy bearing on fiscal and economic matters and on administrative convenience; to discharge that task efficiently we would be obliged to hold a sort of Congressional Committee hearing, at which all interested persons would be heard, so as to be sure that our amendments would not entail unforeseen and undesirable results. We have no power to embark on such an enterprise.¹⁴⁸

In feite verwoordt Frank hiermee een traditionele opvatting over rechtsvinding die afstand neemt van teveel rechterlijke inbreng. Blackstone en andere vertegenwoordigers van het traditionele model van rechtsvinding zouden het met een dergelijke passage volkomen eens zijn. Maar men wrijft zich wel tegelijk de ogen uit dat het juist *Frank* is die dit soort idealen verwoordt,

147. Rumble, *American Legal Realism*, p. 21.

148. Frank, *Courts on Trial*, p. 302.

terwijl men net hoofdstukken lang heeft gelezen over de onmogelijkheid voor de rechter om zich te distantiëren van beleidsoverwegingen en objectieve rechtspraak te betrachten.

Deze vreemde paradox komt men regelmatig tegen in het werk van Frank. Ook de volgende uitspraak waarmee Frank zijn ideeën over rechterlijke interpretatie samenvat zou men niet verwachten in het licht van zijn kritische passages: 'Awareness and public acknowledgement by judges of their legislative power may well induce restraint in exercising it'.¹⁴⁹ Ook het volgende wijst op een zeer genuanceerde visie op het rechtvindingsproces: 'A judge who publicly admits that at times he cannot help legislating, is likely to be far more restrained when doing so'.

Dat alles wijst op een zekere nadruk op rechterlijke zelfbeperking, een overtuiging die men ook bij Holmes aantreft. Maar hoe verhoudt zich een dergelijke passage tot andere uitingen van Frank waarin hij lijkt af te willen rekenen met alle zekerheid, voorspelbaarheid, tradities en conventies?

Een welwillend interpreet van Frank zal waarschijnlijk opmerken dat hij eerst overmatig rozige opvattingen over rechterlijke onpartijdigheid aan de kaak moest stellen, alvorens daarvoor een soort gelouterd pleidooi voor rechterlijke bescheidenheid in de plaats te kunnen stellen. Maar de cynicus of 'realist' zou kunnen opmerken dat de meeste van de ideeën van Llewellyn te vaag zijn om tegenstrijdigheid aan het licht te brengen en die van Frank te duidelijk om de tegenstrijdigheden aan het oog te onttrekken.

Wellicht is een en ander ook te verklaren uit de persoonlijke ontwikkeling van de schrijver die begonnen is met een zeer radicaal standpunt, zoals uiteen gezet in *Law and the Modern Mind*, maar dat in zijn latere ontwikkeling wat heeft genuanceerd in onder andere *Courts on Trial*.

In dat latere boek treffen we ook een betrekkelijk genuanceerde en welwillende bespreking van het natuurrecht aan; een welwillendheid die men niet zou verwachten op grond van eerder werk van Frank. Hij presenteerde in het latere werk een voldragen visie op het natuurrecht, waarbij hij stelt dat het natuurrecht voor talloze zaken kon worden ingeroepen. Toen Hendrik VIII van zijn vrouw wilde scheiden beriep hij zich op het natuurrecht, maar de paus die weigerde medewerking te verlenen eveneens. Het natuurrecht is vaak ingeroepen om slavernij te rechtvaardigen, maar ook om het onrechtvaardige daarvan aan te tonen. Men heeft het natuurrecht gebruikt om polygamie mee te rechtvaardigen, maar ook om de veelwijverij af te wijzen. Bodin leidde uit het natuurrecht de legitimatie voor absolute monarchie af, maar latere schrijvers riepen het natuurrecht te hulp om elke claim van absolutisme

149. Frank, *Courts on Trial*, p. 306.

te kunnen afwijzen. Vandaar dat men wel gezegd heeft: 'Natural Law is simply that law of which the person using the phrase approves'.¹⁵⁰ Het is daarom ook niet juist om te stellen dat wanneer we het natuurrecht verlaten we een vorm van cynisme zouden prediken. Het is veel eerlijker om openlijk te zeggen welke waarden je hooghoudt en deze kritiseerbaar te maken voor anderen dan deze een schijn van legitimiteit te verlenen door ze als 'natuurrechtelijk' voor te stellen. Stellen dat iets is strijd is met het natuurrecht maakt onze afkeuring niet duidelijker, maar verduistert veeleer de redenen die je kunt hebben om bepaalde waarden hoog te houden.

Tot zover is dat nogal kritisch over de natuurrechtsleer. Maar Frank wil de natuurrechtstraditie toch ook weer niet geheel in diskrediet brengen. Hij schrijft:

At its best, Natural Law has symbolized the unquenchable, human desire for norms or standards of justice by which to evaluate existing, legal rules, contrasting the 'is' with the 'ought to be'. We need a symbol for the demand that statutes should be repealed, and judge-made rules abandoned or modified, when they obstruct valued moral aims, for the demand that human institutions be altered when they work injustice.¹⁵¹

En inderdaad, daar kan niemand bezwaar tegen hebben. Frank stelt overigens nog wel: 'I suggest Justice as a better symbol than Natural Law'.

(d) Waren de realistische ideeën over de rechtenopleiding wel 'realistisch'?

Op het eerste gezicht is op de ideeën van Frank over de rechtenopleiding weinig aan te merken. Hij houdt een pleidooi voor de introductie van de sociale wetenschappen binnen het juridisch curriculum, meer oog voor de praktijk van het recht, hij bepleit een sterkere aandacht voor de feiten als onderdeel van het rechtvindingsproces en daarmee ook als relevant object van studie van de rechtsgeleerde. Wie zou daar tegen zijn? Zijn opvattingen over de rechtenopleiding lijken enigszins op die van Pound, maar dat zet ons dan tevens op het spoor van een bedenking die men kan hebben tegen zowel het werk van Frank als ook dat van Pound over de rechtenopleiding. Men kan zich afvragen of hun ambities niet wat te hoog gegrepen zijn, ja of hun verwachtingen van wat mogelijk is wel 'realistisch' zijn. Zij willen als *docenten* op de rechtenopleiding mensen die de grondbeginselen van alle sociale wetenschappen in de vingers hebben én een grote praktijkervaring hebben opgedaan

150. Frank, *Courts on Trial*, p. 349.

151. Frank, *Courts on Trial*, p. 365.

én wetenschappelijk talent om die verschillende gebieden van wetenschap en ervaring te integreren én bovendien daarover op een inspirerende wijze onderwijs kunnen geven. Dat is prachtig natuurlijk, maar is het realistisch? Wie verenigt al deze kwaliteiten in zich?

Soortgelijke bezwaren kan men aanvoeren tegen wat zij van de *studenten* verwachten. Het is natuurlijk heel mooi wanneer een student het recht leert en tevens al die sociale wetenschappen en bovendien nog een ijverig bezoeker is van rechtszaken om het recht in actie te zien. Maar waar moet men de tijd vandaan halen om dat allemaal mogelijk te maken? Veel van wat Frank schrijft klinkt heel mooi, maar is het 'realistisch'?

De indruk dat hij *te veel* vraagt wordt alleen maar versterkt wanneer we bij hem lezen dat naast de reeds genoemde zaken een rechtenstudent ook nog eens diepgaand geverseerd zou dienen te raken in 'the need for embodying democratic ideals and values in the legal rules'.¹⁵² De ideale rechtenstudent is een geleerd technicus, een interdisciplinaire probleem-oplosser en bovendien iemand die het recht verder ontwikkelt in het licht van de idealen van een constitutionele democratie.

(e) *Waren de realisten 'fair' in hun kritiek?*

Wie parafraseert wat Rodell in zijn boek *Nine men* vertelt, heeft de neiging hem voortdurend te citeren - zo mooi zijn de typeringen, zo goed gekozen zijn de bewoordingen. Het is, ondanks alle kritiek die men op zijn commentaren kan hebben, één van de meest interessante geschiedenissen van het Supreme Court.

Dat sluit echter niet uit dat het grootste deel van zijn generalisaties ook zeer aanvechtbaar zijn en iets waarvoor hij nauwelijks een rechtvaardiging aandraagt. Is het juist dat degene die *interpreteert* ook altijd *decreteert*? Is het juist dat de woorden van de constitutie geen enkele beperking vormen voor de discretionaire bevoegdheid van de rechters? Is het juist dat het toetsingsrecht noodzakelijk een ondemocratische factor is in het Amerikaanse constitutionele bestel of zijn toetsing en democratie toch op de een of andere manier te verzoenen?¹⁵³ Is het juist dat Marshall altijd voor het grootkapitaal opkwam? Is het juist dat men moet stellen dat het idee van de regering van wetten en niet van mensen valt wanneer aan de rechters een toetsingsrecht toekomt? Deze zaken worden allemaal weliswaar met grote stelligheid be-

152. Frank, *Courts on Trial*, p. 239.

153. Dat werd geprobeerd door: Rostow, Eugene V., 'The democratic character of judicial review', 66 (1952), *Harvard Law Review*, pp. 193-224.

weerd, maar daarover zijn toch allerlei andere opvattingen en theorieën bekend waaraan Rodell geen enkele aandacht geeft. Discussie met anderen is trouwens überhaupt een punt dat Rodell vermijdt in zijn boek. Hij grossiert op virtuoze wijze in *strong opinions* maar treedt nergens in debat met concrete, met naam en toenaam genoemde denkers die de standpunten willen verdedigen waartegen hij ten strijde trekt.

Een tweede punt van kritiek dat men op Rodell zou kunnen presenteren is dat zijn boek de geschiedenis van het Supreme Court louter vanuit een negatieve of kritische invalshoek benadert. Rodell heeft alleen maar aandacht voor de feilen van het systeem, maar nergens wordt ook maar een poging ondernomen de legitimatie van het systeem te bespreken. Wat dat betreft is zijn boek een aardige tegenhanger van Lord Bryce's *The American Commonwealth* waarin op welsprekende toon - net als bij Rodell, zij het veel rustiger - wordt aangegeven wat de legitimatie is van het Amerikaanse systeem.¹⁵⁴ Voorzichtig en zorgvuldig beargumenteert Bryce hoe toetsing een noodzakelijk pendant is van de gedachte van het hogere recht, hoe het recht tot interpretatie gepaard dient te gaan met een pleidooi voor rechterlijke zelfbeperking, hoe democratie en toetsing verzoend kunnen worden.

Men zou Bryce eigenlijk kunnen lezen als een reconstructie van het Amerikaanse systeem volgens de ideeën van Marshall, terwijl Rodell een reconstructie geeft volgens de ideeën van Holmes. Rodell vooronderstelt eigenlijk veeleer de onjuistheid van het Marshalliaans perspectief dan dat hij dat aantoot.

Een derde punt van kritiek betreft het feit dat vaak niet duidelijk is vanuit welk perspectief Rodell iets als een negatief punt waardeert. Eigenlijk is hij *nooit* tevreden te stellen zo lijkt het. Neem zijn visie op de voortvarendheid of terughoudendheid waarmee het Supreme Court soms bepaalde zaken aanpakt. Als het Hof *iets* is, zegt Rodell, dan is het een *rem*. Het kan nooit een 'affirmative force' zijn; het is altijd een negatieve kracht. 'It cannot create, it cannot initiate, it cannot put into action any government policy of any kind'.¹⁵⁵ Het enige wat de rechters kunnen doen is 'ja' of 'nee' zeggen tegen een bepaalde wet of een vorm van beleid. En dan voegt hij toe: 'Failure to use the power to govern is one way of governing'.¹⁵⁶

154. Bryce, James, *The American Commonwealth*, twee delen, The Macmillan Company 1926 (1893). Voor wie naar een moderne parallel zou zoeken kan denken aan: Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960).

155. Rodell, *Nine Men*, p. 11.

156. Rodell, *Nine Men*, p. 19.

Daarin heeft Rodell gelijk. Maar waarom is dat zo bezwaarlijk? Vanuit zijn eigen ideeën over het ondemocratisch karakter van het toetsingsrecht zou het toch eerder als een pluspunt dan als een nadeel kunnen gelden dat het Supreme Court slechts als rem werkt en niet als een instituut dat eigen regelgeving kan introduceren. De 'rem-functie' is juist waartoe het Hof zich moet beperken. Het is de wetgever die opnieuw alternatieven moet aandragen wanneer de rechter unconstitutionaliteit in het bestaande systeem heeft geconstateerd.

Als vierde kan worden opgemerkt dat het boek van Rodell weliswaar nog steeds interessante lectuur vormt, maar dat zijn opmerkingen in die zin achterhaald zijn dat de unieke positie van het Amerikaanse systeem al lang niet meer uniek is. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat zijn kritiek op het Amerikaanse systeem niet zou deugen, maar wel dat hij het Amerikaanse systeem niet kan kritiseren *omdat het zo uitzonderlijk is*, zoals regelmatig aan de orde komt. Nergens heeft de rechter zulke vergaande bevoegdheden als in de Verenigde Staten, meent Rodell. En inderdaad, dat was ten tijde van het schrijven van zijn boek het geval. Maar sindsdien is het Amerikaanse systeem van een constitutie met hoger recht en een daaraan gerelateerd toetsingsrecht in vele andere landen overgenomen. Onder andere in Duitsland, maar ook binnen Europa. Zelfs in Engeland wankelt de doctrine van de 'sovereignty of parliament' en wordt een pleidooi gehouden voor een 'Bill of Rights for Britain'.¹⁵⁷ Het constitutionele model dat tegenwoordig dominant is, zó dominant dat men - met een parafrase op Fukuyama zou kunnen spreken van het einde van de constitutionele geschiedenis - is het model waarin:

- een onderscheid wordt gemaakt tussen gewoon recht van alledag en hoger recht neergelegd in een constitutie;
- waarbij het hogere recht wordt bewaakt door de rechter.

Zó dominant is dit model geworden na de Tweede Wereldoorlog dat men wellicht kan spreken van het Algemeen Constitutioneel Patroon van de Moderne Tijd (ACP).¹⁵⁸

157. Vgl. Scarman, Leslie, *English Law - The New Dimension*, Stevens & Sons, London 1974; Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London 1990. Vgl. over deze pogingen ook: Zoethout, C.M., *Constitutionalisme*, Een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheidsmacht door het recht, Gouda Quint, Arnhem 1995, pp. 152-169.

158. Vgl. hierover: Cliteur, P.B., 'De democratische rechtsstaat aan het einde van de geschiedenis', in: *Cultuurfilosofie vanuit levensbeschouwelijke perspectieven*, E. Brugmans, red., Open Universiteit 1994, pp. 9-41.

(f) *Kan men het recht bestuderen als een feitelijk gedragspatroon?*

Tenslotte een overweging over de feitelijke benadering van de realisten. Volgens sommigen is dit zelfs de doodssteek voor het gehele realistisch project. Hart, Kelsen en anderen die het recht zien als een normatief gegeven zijn deze mening toegedaan. Het normatieve karakter van het recht, het recht als een systeem van normatieve regels of beginselen, blijft bij hen overwegend buiten het gezichtsveld. De realist heeft een 'addiction to brute fact' heeft men wel eens gezegd.¹⁵⁹

De scherpste criticus van het realisme was Hermann Kantorowicz, zelf een prominent vertegenwoordiger van de *Freie Rechtslehre* die verwant is aan de realistische benadering van het recht. Kantorowicz publiceerde in 1934 een kritiek op het realistisch gedachtegoed die de trend zou zetten voor veel latere kritiek.¹⁶⁰ De meest ernstige tekortkoming van het predictivisme, aldus Kantorowicz, schuilt daarin dat men het concept met één van zijn elementen verwart. Stel we geven Holmes en zijn volgelingen gelijk, aldus Kantorowicz, dan is het recht wat de rechtbanken doen. Maar komt dat niet neer op hetzelfde als: 'religie' betekent wat in de kerken gepredikt wordt, 'wetenschap' is wat aan de universiteiten wordt onderwezen, 'geneeskunde' is wat de dokter voorschrijft, een 'schoen' is wat de schoenmaker maakt. Men spant op die manier eenvoudigweg het paard achter de wagen. Immers 'kerk' kan men niet definiëren zonder 'religie', 'universiteit' niet zonder 'wetenschap', 'geneesheer' niet zonder 'geneeskunde', 'schoenmaker' niet zonder 'schoen'. Recht is dan ook niet wat rechtbanken uitvoeren, maar rechtbanken zijn instituties die het recht uitvoeren.¹⁶¹

Deze gedachte is in de kritiek op het realisme talloze keren geherformuleerd. Telkens komt die kritiek hierop neer dat het regelperspectief eenvoudigweg niet gemist kan worden. De realisten wilden het recht bestuderen als gedragspatronen van de rechters. Maar, zo heeft men verschillende keren aan de realisten voorgeworpen, het rechterlijk gedrag als een puur objectief gegeven bestaat eenvoudigweg niet zonder elke verwijzing naar het recht in de boeken. Zonder verwijzing naar een wettelijk regelstelsel kan men het

159. *Lloyd's Introduction*, p. 694. Vgl. tevens: Schlegel, John Henry, 'American Legal Realism and Empirical Social Science: The Singular Case of Underhill Moore', in: *Buffalo Law Review*, Vol. 29, 1980, pp. 195-323.

160. Kantorowicz, H., 'Some Rationalism about Realism', in: *Yale Law Journal*, 43 (1934), pp. 1240-1253, tevens opgenomen in: Kantorowicz, Hermann, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1962, pp. 101-117.

161. Kantorowicz, 'Some Rationalism', p. 1250.

gedrag van rechters niet eens identificeren als zijnde het gedrag van een rechter die handelt in zijn officiële hoedanigheid. Ook Kelsen heeft dat onder de aandacht gebracht. Recht zou geen 'recht' zijn wanneer het enkel zou bestaan uit beschrijvende generalisaties van gedragspatronen.¹⁶²

In zekere zin is die kritiek terecht. Het is echter de vraag in welke mate het realisme door deze kritiek getroffen wordt. De realist kan antwoorden dat hij het normatieve karakter van de regels niet ontkent, maar dat hij aandacht vraagt voor het feit dat dit ons niet of slechts zeer ten dele in staat stelt om rechterlijke beslissingen te verklaren. Kritici zullen dan riposteren dat dit betekent dat de realist een niet rechtswetenschappelijke manier van het benaderen van het recht praktiseert. Rechtswetenschap lost in feite op in empirische rechtssociologie, maar, opnieuw, het is de vraag in hoeverre de realist zich door deze opmerking geraakt moet voelen. Hij zou kunnen verdedigen dat de empirische rechtssociologie ons interessantere dingen kan vertellen over het recht dan waartoe de traditionele rechtswetenschap in staat is. Wellicht was dat gedurende een bepaalde fase van de ontwikkeling van het denken over recht ook wel het geval. Tegenwoordig zijn veel van de inzichten waarop realisten de nadruk legden min of meer gemeengoed geworden, maar zij moesten wel eens onder de aandacht worden gebracht om dat te worden. In die zin is ook het realisme een stroming die aan het eigen succes ten onder is gegaan, of, als men het wat minder dramatisch wil formuleren, het was een revolutionaire stroming die haar programma voor een groot deel verwerkelijkt heeft gezien en waarvoor de bestaansnoodzaak is verdwenen.

Op grond van de bovengenoemde overwegingen kunnen we het realisme waarderen als representatief voor een benadering van het recht waaraan behoefte bestond gedurende een bepaalde periode als correctie op te idealistische en te naïeve gedachten over het recht. Maar daartoe blijft de betekenis van het realisme dan ook beperkt. Het is geen integrale visie op het recht en het rechtsbedrijf. Als totaalvisie faalt het realisme. Dat is overigens niet een inzicht waartoe we terugkijkend moeten concluderen; kritiek op het realisme is een begeleidend verschijnsel van de geschiedenis ervan. Met name Lon Fuller¹⁶³ heeft zich van meet af aan gemanifesteerd als een van de meest felle

162. Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Vertaling Wedberg, Cambridge 1945, p. 162 e.v.

163. Fuller, Lon L., *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, Inc., Chicago 1940 (AMS edition 1978); Fuller, L.L., 'American Legal Realism', in: *University of Pennsylvania Law Review*, 82 (1934), pp. 429-462; Fuller, Lon L., 'American Legal Philosophy at Mid-century', in: *Journal of Legal Education*, Volume 6, nr. 4, 1954, pp. 457-485. Een verdediging van de realisten vindt men bij: McDougal, M., 'Fuller v. the

kritici van het realistisch gedachtengoed, maar hij stond daarin zeker niet alleen. Lord Lloyd of Hampstead formuleert een gemeenschappelijke kritiek¹⁶⁴ op het realistisch gedachtengoed als volgt: 'in law, as in other intellectual spheres, there are signs of a reaction, connected with the feeling that empiricism and positivism are not enough, and that some new *mystique* must be found to underpin the *ethos* of man and human society'.¹⁶⁵

Het woord *mystique* is in al zijn vaagheid misschien niet het meest voor de hand liggend concept om een zekere onvrede met de realistische benadering te verwoorden. Het zou in ieder geval moeten worden verduidelijkt. Wellicht is de volgende precisering aanvaardbaar. Het realisme wil empirisch, zakelijk, cynisch soms, het recht bestuderen als 'behaviour patterns' van degenen die bij het rechtsbedrijf betrokken zijn. Maar gaat deze benadering niet mank aan een vergelijkbaar feilen als de bestudering van het recht door de 'black letter man'?¹⁶⁶ Volgens Holmes maakt de 'black letter man' de fout dat hij het recht bestudeert als zijnde niet meer dan de zwarte letters op het papier van de wet, het testament, de overeenkomst of welk ander document men maar wil noemen waarin het recht zich manifesteert. Een dergelijke benadering van het recht is eenzijdig, te beperkt, het mist de context waarbinnen de drukinkt perspectief en betekenis krijgt, aldus de realist.

Maar zou niet de realist zich in zekere zin bezondigen aan een vergelijkbare eenzijdigheid? Voor hem is het recht niets meer dan de empirische patronen van betrokkenen bij het rechtsbedrijf. Maar hebben die empirische patronen wel enige betekenis los van de regels, beginselen en idealen waarmee zij toch op de een of andere manier een relatie onderhouden?¹⁶⁷

American Realists: An Intervention', in: *Yale Law Journal*, 50 (1941), pp. 827-840.

164. Hij schrijft deze toe aan onder andere: Fuller, Hall, Northrop en Goodhart. Vgl. *Lloyd's Introduction*, p. 695.

165. *Introduction*, p. 695.

166. Dit wordt mooi uitgewerkt door: Simmonds, N.E., *The Decline of Juridical Reason, Doctrine and Theory in the Legal Order*, Manchester University Press, Manchester 1984; Simmonds, N.E., 'Law as a Rational Science', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 66 (1980), pp. 535-556.

167. Vgl. voor accentuering van de noodzaak van een morele benadering van rechterlijke interpretatie: Dworkin, Ronald, 'The Moral Reading of the Constitution', in: *The New York Review of Books*, 21 maart 1996, pp. 46-51.