

Oliver Wendell Holmes

Away from principles, towards facts*

Antoine Hol**



1 Leven en werk

Ontegenzeggelijk verdient Holmes een plaats in een galerij van grote rechters en wel om tenminste drie redenen. Hij 'zat' op belangrijke zaken, zoals de *Lochner case*,¹ die door het *Supreme Court* van de Verenigde Staten zijn beslist. Hij was een begenadigd stylist die prikkelende, bijna literaire opinies en *dissents* schreef.² Maar misschien nog wel de belangrijkste reden om Holmes 'in ere' te houden, is zijn invloed op de rechtswetenschap. Voor Holmes rechter werd, had hij al een opvallende carrière achter de rug als rechtswetenschapper. Zijn wetenschappelijke inzichten heeft hij in zijn rechterswerk benut, uitgewerkt, maar ook genuanceerd. Deze inzichten blijken in het licht van de huidige Nederlandse discussie over methoden van juridisch onderzoek verrassend actueel te zijn.

Misschien nog wel de belangrijkste reden om Holmes 'in ere' te houden, is zijn invloed op de rechtswetenschap. Voor Holmes rechter werd, had hij al een opvallende carrière achter de rug als rechtswetenschapper

Wie was Holmes? Oliver Wendell Holmes werd in 1841 in Boston geboren. Na te hebben gevochten in de *Civil War* (1861-1864) studeerde hij aan de prestigieuze Harvard Law School. Al snel combineerde hij zijn rechtspraktijk als advocaat met een academische carrière als professor aan dezelfde Law School, waar hij van 1870 tot 1883 doceerde. In deze periode schreef hij *The Common Law* (1880),³ waardoor hij onder juristen

veel aandacht trok. Holmes had een brede belangstelling en verkeerde binnen de kring van kritische denkers van het Amerikaanse pragmatisme, waaronder Charles Sanders Peirce en William James. Heel cynisch spraken men van de *Metaphysical Club*.

Vanaf 1883 maakte Holmes een snelle carrière binnen de rechterlijke macht. In 1883 werd hij lid van de Massachusetts *Bench*. In 1889 werd hij *Chief Justice of the Supreme Judicial Court of Massachusetts* tot hij in 1902 door president Roosevelt werd benoemd tot lid van de *Supreme Court* van de Verenigde Staten. Hij trad terug uit dit college in 1931 en overleed vier jaar later.

Naast *The Common Law*, een sterk historisch werk, is er van de hand van Holmes een groot aantal artikelen, opstellen, tafelredes, boekbesprekingen, brieven, vonnissen en *opinions* verschenen, waarin men tevens zijn rechtsfilosofische en rechtstheoretische ideeën terug kan vinden. Holmes' belangrijkste artikelen zijn 'The Path of the Law'⁴ en 'Science in Law and Law in Science'.⁵

In het navolgende zal ik vooral ingaan op Holmes' rechtstheoretische en rechtsfilosofische ideeën, mede omdat deze tot op de dag van vandaag een belangrijk referentiepunt zijn voor het debat over juridische argumentatie in zowel praktijk als wetenschap. Ik zal daarbij Holmes veelvuldig zelf aan het woord laten, mede omdat veel van zijn uitspraken door hun scherpte en bondigheid onvervangbaar zijn.

2 'Away from principles'

Holmes was een kritisch denker. In zijn werk zet hij zich sterk af tegen het dominante juridische denken van zijn tijd, dat hij samenbrengt onder de noemer van het formalisme. Typerend voor dit formalisme is het uitgangspunt dat elk juridisch probleem kan worden

* Voor dit artikel is geput uit een eerdere bespreking van mijn hand van Holmes' werk in P.B. Cliteur, M.A. Loth (red.), *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 11-44. Geraadpleegde bronnen (voor zover niet verderop aangehaald) o.m.: Morton J. Horowitz, *The Transformation of American Law 1870-1960: crisis of legal orthodoxy*, New York: Oxford University Press 1992; Richard A. Posner (ed.), *The Essential Holmes*, Chicago and London: Chicago University Press 1992; Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press 1997; G. Edward White, *Oliver Wendell Holmes, Jr.*, New York: Oxford University Press 2006. Voor een bespreking van Holmes' plaats binnen de rechtstheorie heb ik veel profijt gehad van H.L. Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes & Utilitarian Jurisprudence*, Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press 1984.

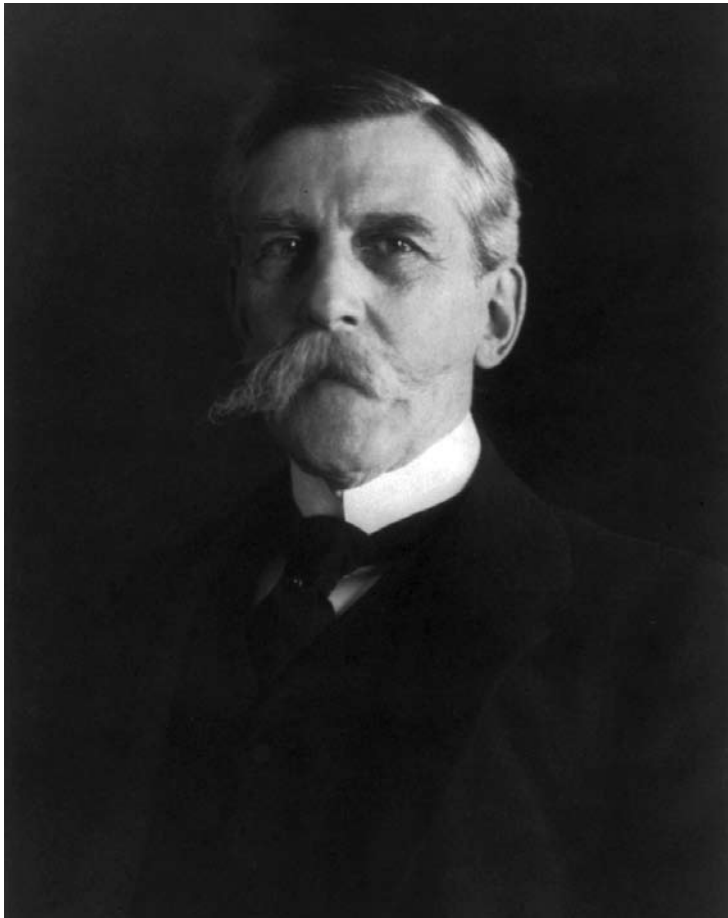
** Prof. mr. Antoine Hol is verbonden aan de Universiteit Utrecht als hoogleraar Encyclopedie van het recht en Rechtsfilosofie.

1 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

2 Holmes schreef ook poëzie en had een gerichte literaire belangstelling. Zijn vader, een vermaard dichter, was hierbij zijn eerste leermeester.

3 De verwijzingen zijn naar de uitgave van Mark Dewolfte Howe, Cambridge/Massachusetts, 1967.

4 *Harvard Law Review* 10 (1897), p. 457-478.



opgelost binnen het positiefrechtelijk systeem en zijn dragende beginselen zelf. Het recht wordt beschouwd als een volledig op zichzelf staand en in zichzelf gesloten systeem. Holmes maakt zich van dit formalisme los door het recht niet op te vatten als geheel autonoom systeem, maar als een levende praktijk. Niet het recht zoals we dat in de boeken vinden, maar het recht zoals dat door de juridische professie werd ontwikkeld interesseert hem. 'When we study law we are not studying a mystery but a well known profession.'⁶ Eigenlijk ligt Holmes' standpunt zeer voor de hand. Het is immers in de praktijk dat het recht gestalte krijgt, met soms vergaande consequenties voor burgers, omdat rechterlijke uitspraken ingrijpend kunnen zijn in het gewone leven. Burgers zijn dan ook niet zozeer geïnteresseerd in het recht zoals dat in de boeken is neergelegd. Zij willen graag weten hoe de bekleeders van de verschillende juridische ambten het recht feitelijk, in de werkelijkheid, hanteren. Volgens Holmes is het dan ook van het grootste belang dat practici, maar ook wetenschappers voorspellen wat de uitkomst zal zijn van eventuele juridische conflicten en hoe de rechter uiteindelijk zal beslissen.

Het gaat dus niet om het geven van een beschrijving van het ideale systeem van het recht. Taak van de rechtswetenschap is om te voorspellen hoe het recht in de praktijk zich zal ontwikkelen. Van belang is dat deze voorspellingen steeds verder worden aangescherpt en gepreciseerd. Op die manier bouwt de rechtswetenschap een geheel van inzichten op die, net als in de natuurwetenschappen, de werkelijkheid doorzichtiger maken, dat wil zeggen, beter voorspelbaar.

⁶The object of our study, then, is prediction, prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.⁷

Holmes was een kritisch denker. In zijn werk zet hij zich sterk af tegen het dominante juridische denken van zijn tijd, dat hij samenbrengt onder de noemer van het formalisme

Recht en moraal gescheiden

Deze praktische benadering van het recht heeft gevolgen voor de wijze waarop Holmes kijkt naar de verhouding tussen recht en moraal. Binnen de traditie van het natuurrechtelijk denken wordt al snel een relatie gelegd tussen recht en moraal. Immoreel recht is niet zonder meer recht te noemen. Holmes plaatst bij deze stelling echter duidelijke kanttekeningen. Zonder dat hij ontkent dat er een sterke relatie tussen recht en moraal bestaat, houdt hij beide terreinen bij zijn studie van het recht strikt gescheiden. Net zo min als een cliënt geïnteresseerd is in de wijsgerige opvattingen van zijn advocaat over het recht, is het bij de studie van het recht als professie niet van belang in te gaan op morele kwesties zoals de vraag of bepaalde regels rechtvaardig zijn of niet. Wie het recht vanuit een praktisch gezichtspunt bestudeert is niet in de eerste plaats geïnteresseerd te weten wat eigenlijk zou moeten gebeuren, maar eerder wat zal gebeuren. Sterker nog, hij zal op zoek gaan naar de grenzen van het recht. Wat valt er nog wel onder en wat niet meer? Wat zijn de uiterste consequenties als de regels worden overschreden, welke claims kunnen daarop wel en niet worden gebaseerd? Volgens Holmes ontdekt men deze grenzen het scherpst door het recht te bestuderen door de bril van de slechte mens. Al is iemand nog zo slecht, hij zal bij het nemen van beslissingen de mogelijke juridische consequenties steeds willen

⁵ *Harvard Law Review* 12 (1899), p. 443-463. Een selectie van de belangrijkste geschriften van Holmes vindt men in *The Collected Papers*, New York: Harcourt, Brace and Co 1952, of in J.J. Marke (ed.) *The Holmes Reader*, New York: Oceana Publications 1955.

⁶ 'The Path of the Law', *Harvard Law Review* 10 (1897), p. 457.

⁷ Idem.

in calculeren. Juist door het recht te begrijpen vanuit het gezichtspunt van de ‘slechterik’ krijgt men zicht op de werking ervan. Eigenlijk is dit precies wat de wetgever doet, als hij nagaat of de wet wel ‘waterdicht’ is en of men er niet te gemakkelijk onderuit kan. Men kan ook denken aan de belastingplichtige die steeds op zoek is naar de mazen van de wet.

‘If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good man, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience.’⁸

Voor de vraag ‘wat is recht?’ hoeft volgens Holmes dus geen beroep op de moraal te worden gedaan. Voor recht is niet primair bepalend of het in overeenstemming is met morele beginselen. Wat is dan wel recht? Voor Holmes is het antwoord simpel: ‘The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious.’⁹

Holmes’ reserve tegenover een studie van het recht vanuit een theorie van de moraal wordt mede ingegeven door zijn scepticisme ten aanzien van de mogelijkheid om objectieve morele maatstaven te vinden

Scepticisme

Holmes’ reserve tegenover een studie van het recht vanuit een theorie van de moraal wordt mede ingegeven door zijn scepticisme ten aanzien van de mogelijkheid om objectieve morele maatstaven te vinden. Naar zijn mening zijn alle morele theorieën geworteld in toevallige menselijke voorkeuren. Zoals de liefde voor de natuur vaak terug gaat op bepaalde indrukken uit de jeugd, zo is ook ons morele oordeel verbonden met bepaalde indrukken uit de opvoeding. Van die indrukken komen we niet meer los en ze zetten de toon voor al onze latere morele opvattingen. Dit impliceert echter, dat onze morele normen niet noodzakelijk uit de rede voortvloeien. Ze zijn in sterke mate verbonden met subjectieve ervaringen en omdat ze zo diep geworteld zijn in onze subjectieve ervaringen, zullen ze ook niet eenvoudig door de rede, dat wil zeggen met rationele argumenten, kunnen worden bijgesteld. Dit betekent dat morele oordelen, hoe sterk er ook in wordt geloofd, uiteindelijk arbitrair zijn.

‘Deep seated preferences can not be argued about – you can not argue a man into liking a glass of beer – and therefore, when the differences are sufficiently far reaching, we try to kill the other man rather than let him have his way. But that is perfectly consistent with admitting that, so far as appears, his grounds are just as good as ours.’¹⁰

Het ontbreken van objectieve morele maatstaven voor een toetsing van het recht betekent echter niet dat Holmes met lege handen staat. Wanneer een oordeel over de morele kwaliteit van maatschappelijke voorkeuren op rationele gronden niet kan worden gegeven, is het wellicht het beste om dan maar aan zoveel mogelijk van deze voorkeuren tegemoet te komen. Aannemende dat deze voorkeuren steeds hun vertaling vinden in de door de politiek gestelde maatschappelijke doeleinden, betekent een en ander dat zoveel mogelijk van deze doeleinden dienen te worden gerealiseerd. En hier ligt volgens Holmes een taak voor het recht. Bij de beoordeling van het recht gaat het niet in de eerste plaats om de vraag of het rechtvaardig is, maar of het erin slaagt de gestelde maatschappelijke doeleinden te bevorderen. Niet rechtvaardigheid levert dus de uiteindelijke toetssteen voor recht, maar doelmatigheid. In die zin is Holmes een pragmatist (niet pragmatisch). ‘Goed’ recht is recht dat werkt, dat wil zeggen, aan zoveel mogelijk wensen, of doeleinden van de samenleving tegemoet komt. Precies hierin ligt de maatstaf voor recht.

‘[A] body of law is more rational and more civilized when every rule that it contains is referred articulately and definitively to an end which it subserves.’¹¹

De opleiding van de jurist

Doelmatigheid als uiteindelijke maatstaf voor de rechtsontwikkeling impliceert het nodige voor de opleiding van juristen en de studie van het recht. Wanneer doeleinden van belang worden voor de vraag hoe het recht zich dient te ontwikkelen, moet men zich daar grondig in verdiepen. Het gaat er daarbij vooral om inzicht te krijgen in hoe men een afweging moet maken tussen de verschillende concurrerende doeleinden. Goed onderwijs, grotere werkgelegenheid, betere gezondheidszorg, schoner milieu, enzovoorts: hoe welvarend een samenleving ook is, nooit zullen al deze doeleinden in volle omvang kunnen worden gerealiseerd, en altijd zal men moeten bepalen waaraan prioriteit te geven.

‘[Lawyers] are called on to consider and weigh the ends of legislation, the means of attaining them, and the cost. [Lawyers] learn that for everything we have to give up something else, and we are taught to set the advantage we gain against the other advantage we lose, and to know what we are doing when we elect.’¹²

8 Idem, p. 459.

9 Idem, p. 461.

10 *Collected Legal Papers*, 1952, p. 225-226.

11 ‘The Path of the Law’, *Harvard Law Review* 10 (1897) p. 469.

12 Idem, p. 474.

Het zal duidelijk zijn dat Holmes hier een belangrijke taak zag weggelegd voor de economie. Om de verschillende doeleinden te kunnen afwegen, zullen ze eerst onder eenzelfde noemer moeten worden gebracht en gekwantificeerd. Wat kost het, wat brengt het op? Holmes is hier echter wel realistisch. In de rechtspraak zal men in veel gevallen de beslissing niet op een simpele rekensom kunnen baseren. Daar zijn de conflicterende belangen van partijen te divers voor. Niettemin is het Holmes' inzet dat men zoekt naar manieren om de afwegingen die men in de praktijk moet maken te rationaliseren, dat wil zeggen narekenbaar, of in ieder geval nauwkeuriger te maken.

'In the law we only occasionally can reach an absolutely final and quantitative determination, because the worth of the competing social ends which respectively solicit a judgment for the plaintiff or the defendant cannot be reduced to number and accurately fixed. The worth, that is, the intensity of the competing desires, varies with the varying ideals of the time, and, if the desires were constant, we would not get beyond a relative decision that one was greater and one was less. But it is the essence of improvement that we should be as accurate as we can'.¹³

Doelmatigheid als maatstaf van recht doortrekt heel het denken van Holmes. Het vormt daar het *Leitmotiv* van. De verschillende onderwerpen die hieronder nog aan de orde komen, kunnen dan ook worden beschouwd als variaties op een thema.

Doelmatigheid als maatstaf van recht doortrekt heel het denken van Holmes

Wat rechtens behoort, volgt niet uit het recht zelf, maar wordt ingegeven door wat buiten het recht zelf ligt: de maatschappelijke doeleinden. Als men die doeleinden onder een gemeenschappelijke noemer zou willen brengen zou men aan zoiets als welvaartvermeerdering kunnen denken. Hoe dan ook, het is van belang te beseffen dat voor Holmes de toetssteen voor 'goed' of juist recht niet binnen, maar buiten het recht ligt. In die zin buigt Holmes af van het recht en de daaraan ten grondslag liggende beginselen. In plaats daarvan legt hij de nadruk op het belang van kennis van feiten, van dat wat buiten het recht ligt. Die aandacht voor feiten zien we doorschemeren in de aandacht voor de empirie en empirische wetenschappen als die van de economie en de sociologie. We herkennen die ook in de definitie van recht. Recht is wat rechters in feite als zodanig erkennen.

3 'Towards facts'

De definitie van recht

Hiervoor is het reeds gezegd: bij de vraag naar 'wat recht is' beveelt Holmes aan om daarop te antwoorden vanuit het perspectief van een rechtzoekende. Raadzaam is het om dan na te gaan wat de rechter al dan niet zal beslissen. Als recht wordt geïdentificeerd met rechterlijke uitspraken, dan impliceert dit dat regels die niet door de rechter worden toegepast daartoe niet behoren. Bij zijn omschrijving van het recht stelt Holmes daarmee de effectiviteit en afdwingbaarheid van de regels centraal. Rechtsregels hebben gemeenschappelijk dat ze worden toegepast door de rechter en zo ook kunnen worden afgedwongen. Regels – ook al zijn ze nog zo gebiedend – die niet door de rechter worden toegepast, vormen geen onderdeel van het recht en zijn dan ook geen onderwerp van studie. Anders uitgedrukt: het recht vinden we niet in de boeken, maar in de praktijk. Hiermee is tegelijk bepaald hoe Holmes aankijkt tegen gewoonterecht. Gewoonten worden pas tot recht als de rechter ze als recht erkent (niet 'herkent'). Hiermee snijden we meteen een belangrijke andere kwestie aan. Is het wel zo dat de rechter gegeven recht toepast? Als het de rechter is, die gewoonten omzet in recht, dan past hij niet (gewoonte) recht toe, maar vormt hij het. Hoe zit dat?

Rechtstoepassing en rechtsvorming

In de traditionele opvattingen van de rechterlijke taak beperkt de activiteit van de rechter zich tot het vinden van het vooraf gegeven recht en het toepassen van de gevonden regel op het concrete geval. De rechter wordt hierbij gezien als een soort intermediair tussen de rechtsregels en de concrete gevallen. De rechtsregels bevatten alle ingrediënten om in een concreet geval tot een oplossing te komen. Deze volgt als het ware automatisch uit de regel zelf. De rechter voegt hier eigenlijk niets aan toe. Hij is slechts 'de spreekbuis van de wet'. Holmes biedt een geheel andere kijk op rechtspraak. Volgens hem is de rechter niet iemand die simpel recht toepast. Hij schept eerder recht. De rechter is steeds ook rechtsvormer. Tegenover de deductieve theorie van de rechtspraak, waarbij de oplossing voor een geval rechtstreeks voortvloeit uit de regel, stelde hij daarom een inductieve theorie, waarbij het recht vanuit het geval wordt gevormd.

De deductieve theorie van de rechtspraak is nauw verbonden met de idee van de scheiding der machten. Hierbij wordt de rechter gezien

¹³ Law in Science and Science in Law, *Harvard Law Review* 12 (1899), p. 456.

als een levend orakel dat in overeenstemming met het door de wetgever vastgelegde recht oordeelt. Hij heeft niet de bevoegdheid voorbij te gaan aan de wil van de wetgever. Uiteraard onderkent men in de deductieve benadering dat het recht vaag en onvolledig kan zijn. De interpretatie van het recht is dan ook een van de centrale thema's binnen deze benadering. Maar daarmee zegt men nog niet dat de rechter aan rechtsvorming doet. Integendeel: door op zoek te gaan naar de beginselen die in het bestaande recht liggen opgesloten, vindt men de instrumenten om vaagheden te verhelderen of lacunes in het recht op te vullen.¹⁴ Dit komt erop neer dat men het recht opvat als een compleet, consistent geheel van regels en beginselen waaruit zich alle oplossingen voor praktische problemen laten afleiden. Wanneer hij interpreteert, schept de rechter geen nieuw recht. Het recht was er al, maar het kostte enige moeite het te ontdekken.

Volgens Holmes is de rechter niet iemand die simpel recht toepast. Hij schept eerder recht

Holmes keerde zich tegen de benadering, die zo dominant was in de negentiende-eeuwse rechtsvindingtheorieën. Hij verwierp zowel het idee dat het recht zou kunnen worden afgeleid uit de vooraf gegeven regels, als het idee dat het recht als een logisch samenhangend of consistent geheel kan worden geïnterpreteerd. Aangezien het recht is geworteld in een veranderlijke samenleving, zal het volgens hem steeds nieuwe beginselen in zich opnemen. Consistentie kan derhalve misschien wel worden nagestreefd, deze zal volgens Holmes echter nooit geheel worden gerealiseerd. Steeds zal men met botsende beginselen te maken hebben, waartussen afwegingen moeten worden gemaakt. Dit betekent volgens Holmes dat rechters onvermijdelijk recht moeten scheppen en dat niet kan worden volgehouden dat zij slechts recht toepassen.

Grenzen aan de rechterlijke vrijheid

De rechter is dus creatief. Dat wil volgens Holmes echter nog niet zeggen, dat de rechter geheel vrij is in zijn oordeelsvorming. Hij vormt het recht niet *ex nihilo*. In de eerste plaats wordt de rechterlijke vrijheid beperkt doordat hij ook volgens Holmes in zekere zin gebonden is aan de wet. We zien dit weerspiegeld in Holmes' houding als rechter in de *Supreme Court*. In veel gevallen stelde hij

zich daarin terughoudend op, met name in een aantal gevallen waarin het hof sociaal-economische wetgeving toetste. In dat soort kwesties vond Holmes het niet op de weg van de rechter liggen om het beleid van de wetgever te doorkruisen. Of zoals Holmes het in zijn steeds weer prikkelende stijl aangaf, beschouwde hij het als zijn taak 'to help the country go to hell if it wanted to.'¹⁵ De wet beperkt dus wel degelijk de rechter en vraagt om terughoudendheid in geval van rechterlijke toetsing. Deze beperking vloeit echter niet voort uit de wet zelf, maar heeft eerder te maken met een politiek argument. Zoals we al zagen, moet volgens Holmes de rechter de samenleving niet zijn eigen wil opleggen, maar zoveel mogelijk de binnen de samenleving zelf gestelde doelen bevorderen. Er vanuit gaande dat deze doelen hun weerslag vinden in de wet, impliceert dit dat de rechter ze niet zomaar opzij kan zetten. Dat neemt niet weg dat er redenen kunnen zijn om een wet toch ongrondwettelijk te verklaren. Dat is in het geval waarin 'a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law.'¹⁶ Herziening is dus mogelijk wel aan de orde in geval van inbreuk op fundamentele beginselen, waarbij Holmes primair dacht aan die beginselen die hun uitdrukking vinden in de burgerrechten. We zien dus dat Holmes ten aanzien van de rechtscheppende taak of bevoegdheid van de rechter er een genuanceerde opvatting op nahoudt. Zijn houding zou men dan ook in geval van sociaal-economische wetgeving *restraint* en in geval van burgerrechten *active* kunnen noemen.

De rechterlijke vrijheid wordt echter niet slechts door de wet beperkt. Ook precedenten leggen volgens Holmes de oordeelsvorming van de rechter aan banden. Men zou denken dat dit niets bijzonders is, een dergelijke beperking wordt immers ook onderkend in de traditionele rechtsvindingtheorieën. Maar ook hier brengt Holmes weer iets nieuws. Voor een formalist kan de bindende kracht van een precedent niet liggen in het feit dat een eerdere rechter nu eenmaal zo heeft beslist. Dat zou immers betekenen dat hij dan erkent dat de rechter rechtscheppend is. Daarom zoekt de formalist de bindende kracht van een precedent niet in het geval zelf, maar in het beginsel dat daaraan ten grondslag ligt. Het is de bindende kracht van het beginsel, dat maakt dat een navolgende rechter is gebonden aan een beslissing van een eerdere

¹⁴ Een dergelijke benadering werd uitgewerkt door C.C. Langdell, formalist *par excellence*.

¹⁵ *Holmes-Laski Letters I*, p. 249.

¹⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 312, 344 (1921).

rechter. Holmes meent echter dat een verwijzing naar zo'n funderend beginsel te vroeg is. Zoals we weten, draait het bij precedënten om de *ratio decidendi* van beslissingen: de reden achter de beslissing. Deze *ratio decidendi* zou men het beginsel, of de regel, kunnen noemen die in de beslissing van de rechter tot uitdrukking komt. Het bijzondere van dat beginsel is echter, dat de rechter die voor het eerst een bepaald juridische kwestie moet oplossen nog niet eenvoudig op een dergelijk beginsel kan terugvallen. Zo'n beginsel moet immers nog worden ontwikkeld en dat kan pas nadat meerdere beslissingen in vergelijkbare zaken zijn genomen. Dit impliceert echter dat de rechter in veel gevallen beslist zonder dat hij naar een reeds binnen het recht geëxpliciteerd beginsel kan verwijzen. Er is dus niet sprake van een vooraf gegeven regel of beginsel, die de rechter in het concrete geval toepast. Eerder vaart de rechter hier op zijn intuïtie, zijn inschattingsvermogen. Hij ziet in het geval de beslissing, zonder dat hij deze uit een vooraf gegeven beginsel of regel afleidt.¹⁷ In de rechtspraak zoals Holmes die concipieert gaat het dus niet om deductie, maar om inductie.

'It is the merit of the common law that it decides the case first and determines the principles afterwards. Looking at the forms of logic it might be inferred that when you have a minor premise and a conclusion, there must be a major, which you are also prepared then and there to assert. But in fact lawyers, like other men, frequently see well enough how they ought to decide on a given state of facts without being very clear as to the *ratio decidendi*.'¹⁸

Een en ander betekent dat zeker in het geval van het zogenaamde rechtersrecht, het onderscheid tussen interpretatie en rechtsschepping moeilijk overeind kan worden gehouden. De beginselen aan de hand waarvan in concrete gevallen wordt beslist, worden, nadat een aantal beslissingen is genomen, door de rechters zelf bepaald. Hier ligt derhalve de creatieve functie van de rechter.

Vorm en inhoud, logica en doelmatigheid

De beperkingen die hierboven aan de orde kwamen, zijn bij Holmes echter niet strikt. Eigenlijk volgt dit reeds uit de nadruk die Holmes legt op het inductieve karakter van rechterlijke oordeelsvorming. Bij een oppervlakkige analyse van rechtspraak zou men kunnen denken dat het oordeel van de rechter is afgeleid uit eerdere oordelen, en dat rechtspraak louter een zaak is van de logica. Bij nadere beschouwing zal men volgens Holmes echter ontdekken, dat dit niet meer dan schijn is.

'The form of continuity has been kept up by reasoning purporting to reduce every thing to a logical sequence, but that form is nothing but the evening dress which the newcomer puts on to make itself presentable according to conventional requirements.'¹⁹

Naar de vorm lijkt het alsof een rechterlijke beslissing voortvloeit uit eerdere uitspraken, maar naar de inhoud vinden deze hun basis elders. In hun beslissingen gebruiken rechters dezelfde termen als in voorgaande beslissingen. De betekenis, of inhoud van deze termen is echter veelal veranderd. Deze verandering heeft te maken met de aanpassing van de rechterlijke oordelen aan de veranderde maatschappelijke doeleinden.

Bij rechterlijke oordeelsvorming draait het dus niet om logica (alleen). De kern van rechterlijke oordeelsvorming steekt in de afweging van maatschappelijke doeleinden, of zo men wil, van belangen. Het zou volgens Holmes goed zijn, als juristen zich hier meer van bewust zouden worden.

'I think that the judges themselves have failed adequately to recognize their duty of weighing considerations of social advantage.'²⁰

Opnieuw zien we hier waarom Holmes hecht aan de studie van de economie. Deze studie zorgt er immers voor dat 'we are called on to consider and weigh the ends of legislation, the means of attaining them, and the cost'.²¹

De kern van rechterlijke oordeelsvorming steekt in de afweging van maatschappelijke doeleinden, of zo men wil, van belangen. Het zou volgens Holmes goed zijn, als juristen zich hier meer van bewust zouden worden

Verleden en toekomst

Deze benadering van rechtspraak impliceert een omkering van de blik op het recht in de tijd. Binnen een formalistische benadering leidt men oplossingen af uit een vooraf gegeven rechtssysteem. Dat impliceert dat men daarin veel gewicht toekent aan de traditie. De benadering die Holmes voorstaat is daarentegen toekomstgericht. Als het er in de rechtspraak om gaat om bepaalde maatschappelijke doeleinden te bevorderen, is niet van belang wat tot stand is gekomen, maar wat

17 Interessant is het om hier een vergelijking te maken met wat Aristoteles zegt over praktische wijsheid (*phronesis*). Zie Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, boek VI.

18 'Codes, and the Arrangement of the law', *Harvard Law Review* 44 (1931) p. 721.

19 Bespreking van C. C. Langdell, 'A Selection of Cases on the Law of Contracts', in: *American Law Review* 14 (1880) p. 234.

20 'The Path of the Law', *Harvard Law Review* 10 (1897) p. 467.

21 'The Path of the Law', *Harvard Law Review* 10 (1897) p. 474.

men nog tot stand wil brengen. Niet de vraag wat het recht is of was is beslissend, maar hoe het eruit moet gaan zien. Traditie heeft voor Holmes dan ook geen betekenis op zichzelf. Als de rechter zijn oordeel baseert op eerdere uitspraken of vooraf gegeven regels, is dat niet uit ontzag voor het verleden, maar simpel en alleen omdat de gezichtspunten die hij daarin aantreft ook binnen de huidige samenleving de weg kunnen wijzen. Het verleden biedt alleen maar de 'klederdracht' maar het gaat uiteindelijk om de inhoud. Een rechter kan dus niet volstaan met een verwijzing naar traditie alleen. Voor de legitimatie van zijn oordeel zal hij vooral moeten wijzen op de effecten ervan in de toekomst.

Dit wil echter niet zeggen dat voor de ontwikkeling van het recht een studie van de geschiedenis zinloos is. Integendeel. Holmes zelf heeft zich intensief in de geschiedenis van de common law verdiept. Voor hem bood deze studie de mogelijkheid inzicht te krijgen in hoeverre het verleden nog over het heden regeert en welke elementen inmiddels hun betekenis hebben verloren. Bovendien kan traditie bij de rechtsvorming van betekenis zijn waar zij weerbarstig staat tegenover veranderingen. Gehechtheid aan traditie kan een van die praktische maatschappelijke beperkingen vormen waarmee men bij de ontwikkeling van het recht rekening moet houden. Holmes voegt er echter wel aan toe, dat het heden het recht heeft om over zichzelf te regeren:

'and it ought always to be remembered that historic continuity with the past is not a duty, it is only a necessity'²²

Rechterlijke feilbaarheid

De rechter is niet onfeilbaar. Volgens Holmes maakt hij onvermijdelijk fouten. Dat is niet omdat hij onvoldoende 'rechtskennis' heeft, maar heeft alles te maken met de complexiteit van het afwegingsproces ten aanzien van concurrerende maatschappelijke doeleinden. Holmes schrijft de rechter voor dat hij in zijn oordeelsvorming aansluiting moet zoeken bij wat de maatschappij zelf wil. Maar is het wel zo eenvoudig om vast te stellen wat die maatschappij wil? De samenleving bestaat uit diverse groepen, die een verschillende visie hebben op welke maatschappelijke doeleinden prioriteit hebben en hoe deze te realiseren. Hoe dan in geval van strijdige belangen te kiezen? Een simpele kosten- en batenanalyse zal hier niet snel soelaas bieden. Afhankelijk van welke partij men kiest kan deze steeds verschillend uitvallen. En ook al zou het mogelijk zijn in dergelijke situaties een

onbevooroordeelde en objectieve, wetenschappelijke berekening te maken, dan is het onwaarschijnlijk dat de rechter daartoe in staat is. Een en ander gaat de rechter als menselijk wezen te boven. Het enige dat rechters kunnen doen is onpartijdigheid nastreven en naar beste geweten en weten oordelen op basis van de bekende feiten. Daarbij zullen ze moeten onderkennen dat hun inzicht onvermijdelijk beperkt is. Uiteindelijk berust het rechterlijk oordeel dan ook op praktische ervaring en subtiele intuïtie.²³ De rechter kan niet meer dan een 'educated guess' doen. Een vergissing is daarbij niet uitgesloten.

Holmes schrijft de rechter voor dat hij in zijn oordeelsvorming aansluiting moet zoeken bij wat de maatschappij zelf wil

Het arbitraire karakter van het rechterlijk oordeel

De feilbaarheid van het rechterlijk oordeel onderstreept Holmes nog eens door dit arbitrair te noemen. Hiermee bedoelt hij niet te zeggen dat de rechter, zoals in het verhaal van Rabelais, oordeelt met de dobbelsteen.²⁴ De rechter heeft in moeilijke gevallen houvast aan voorgaande beslissingen. Zoals we zagen zijn precedents weliswaar niet direct toepasbaar op een nieuw geval, maar ze bieden wel enig houvast en helpen de rechter op weg. Eerdere rechterlijke uitspraken bieden namelijk een handig referentiepunt waardoor de rechter zich kan oriënteren. Hij kan namelijk nagaan waarin het onderhavige geval verschilt dan wel overeenkomt met voorgaande gevallen. Precedents bieden dus een belangrijk vergelijkingspunt²⁵ met behulp waarvan de rechter zijn oordeel kan afstemmen. Om goed te kunnen vergelijken, moet men volgens Holmes eerst zoeken naar twee uitersten. De kunst is het vervolgens om te bepalen op welk punt het onderhavige geval ligt op de lijn tussen deze twee uitersten. Met nieuwe gevallen kan de rechter vervolgens steeds meer verfijningen aanbrengen. Echter, waar men de uiteindelijke grens trekt tussen de twee groepen gevallen is arbitrair, een kwestie van 'gevoel' in plaats van ratio. Voor het onderscheid tussen de verschillende groepen gevallen kunnen redenen worden gegeven, voor de uiteindelijke grens is dat minder goed mogelijk. Deze kan net zo goed een beetje worden verschoven.²⁶ Opnieuw zien we hoe zoiets als intuïtie een rol speelt in de oordeelsvorming van de rechter.

22 'Learning and Science', in J.J. Marke (ed.), *The Holmes Reader*, New York: Oceana Publications 1955.

23 Lochner v. New York.

24 Het is rechter Bridoye, die na lange en gewichtige sessies, de zaak met het dobbelspel – de *alea judiciorum* – beslist. 'Want het lot is uitnemend goed, nuttig en eerlijk, en voor de beslechting van processen onontbeerlijk.' François Rabelais, *Pantagruel*, Amsterdam 1997, Derde Boek, hfdst. 39-42.

25 We herkennen hier Wiarda's vergelijkende methode. Zie G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvindings*, Deventer: Tjeenk Willink, 1999, hfdst. 12.

26 "Two widely different cases suggest a general distinction, which is a clear one when stated broadly. But as new cases cluster around the opposite poles, and begin to approach each other, the distinction becomes more difficult to trace, the determinations are made one way or the other on a very slight preponderance of feeling, rather than articulate reason; and at last a mathematical line is arrived at by the contact of contrary decisions, which is so far arbitrary that it might equally well have been drawn a little further to the one side or to the other. The distinction between the groups, however, is philosophical, and it is better to have a line drawn somewhere in the penumbra between darkness and light, than to remain in uncertainty," O.W. Holmes, 'The Theory of Torts', *Harvard Law Review* 44 (1931), p. 775.

4 Holmes' invloed

Holmes' geschriften zijn ongetwijfeld van grote invloed geweest op het juridisch denken in de *common law*-landen gedurende de afgelopen eeuw en blijven dat tot op de dag van vandaag. Men mag dit afleiden uit de talrijke verwijzingen naar zijn werk, die men nog steeds in juridische literatuur aantreft. Zijn invloed op het Nederlandse rechtsdenken is meer indirect. De thema's die hij aansnijdt en zijn perspectieven zijn echter wel terug te vinden in de Nederlandse rechtsdogmatiek, rechtstheorie en rechtsvindingleer. Dat wil niet zeggen dat er een directe relatie is met het denken van Holmes. Soms zitten de ideeën 'in de lucht'. Het kan ook zijn dat in Nederland geheel zelfstandige ideeën tot ontwikkeling zijn gekomen. Nog steeds is het Algemeen deel van Paul Scholten de moeite van het bestuderen waard. Lees ter vergelijking met Holmes bijvoorbeeld eens wat hij over rechtstoepassing en rechtschepping zegt en wat hij te melden heeft over de rol van intuïtie bij het rechterlijk oordeel.²⁷ Maar ook meer recente literatuur is de moeite van het vergelijken waard. Lees wat Wiarda te melden heeft over de vergelijkende methode.²⁸ Denk aan de teleologische interpretatiemethode, waarin doelmatigheid een plaats krijgt in de rechtsvorming door de rechter. Sla ook Vrankens Algemeen Deel *** er eens op na over de mogelijke rol van andere wetenschappen bij de rechtsvorming, waaronder de economie.²⁹ De moderne benadering van de rechtseconomie, die ook in Nederland vaste grond onder de voeten heeft gekregen, staat in de traditie van het denken van Holmes. In het licht van de huidige discussies over aard en functie van de rechtswetenschap verdient zijn werk dan ook zonder meer aandacht.

Holmes' geschriften zijn ongetwijfeld van grote invloed geweest op het juridisch denken in de *common law*-landen gedurende de afgelopen eeuw en blijven dat tot op de dag van vandaag

Holmes' denken ligt aan de basis van verschillende stromingen binnen de rechtswetenschap, zoals die van de sociologische rechtswetenschap (Rosco Pound) en het rechtsrealisme (Karl N. Llewellyn). Samen met het filosofisch

pragmatisme,³⁰ worden deze stromingen aangeduid met de term pragmatistisch instrumentalisme.³¹ De term duidt op de nadruk die bij de studie van het recht wordt gelegd op de werking ervan, waarbij het als instrumentarium wordt beschouwd om vooropgestelde maatschappelijke doelen te realiseren.

Ondanks de vele onderlinge verschillen die in het werk van de pragmatistisch instrumentalist kunnen worden aangegeven, kan men daarin ook een aantal gemeenschappelijke trekken onderscheiden. Het merendeel van de kenmerken treffen we ook aan in de geschriften van Holmes.³²

- 1 *Gelding van het recht*: De gelding van het recht wordt bepaald door een buitenjuridisch feit. Wat geldend recht is kan worden bepaald door na te gaan wat de soevereine wil, of wat de rechters feitelijk beslissen. In dat geval valt geldend recht samen met het gedrag of handelen van de rechters.
- 2 *Recht in actie tegenover recht in de boeken*: De identificatie van recht met het gedrag van rechters en andere ambtsdragers is bepalend voor de juridische methode. In plaats van een studie van het 'recht in de boeken' verschoof men de aandacht naar het 'recht in actie'.³³
- 3 *Sanctie*: Het beroep op dwang en geweld behoort tot de essentiële kenmerken van het recht. Wanneer het recht niet door middel van overheidsingrijpen effectief kan worden gemaakt, werkt het niet en heeft het derhalve geen praktische betekenis.
- 4 *Scheiding van recht en moraal*: Recht en moraal worden strikt gescheiden. Wanneer dit niet gebeurt, ontstaat verwarring over wat het recht inhoudt.
- 5 *Voorspellingen*: Het belang van voorspellingen voor de praktijkjurist staat centraal in de bestudering van het recht. Voorop staat de voorspelling van de reactie van de overheid (via de rechter) op bepaalde gedragingen.
- 6 *Wetenschap*: Nadruk wordt gelegd op de inzet van empirisch-wetenschappelijke disciplines, zoals de sociologie en de economie. Met behulp van deze disciplines is het mogelijk de feitelijke wensen en belangen en hun onderlinge verhouding te bepalen.
- 7 *Waarden*: De instrumentalistische waarden theorie gaat ervan uit dat de heersende wensen en belangen de basis vormen voor de doelstellingen van het recht. Het recht staat in dienst van de bevordering van het maatschappelijk nut. Vrijheid en gelijkheid hebben slechts een afgeleide waarde, namelijk voor zover ze aan dit ene doel bijdragen.

27 Paul Scholten, *Algemeen deel*, Asser-serie, Zwolle: Tjeenk Willink, 1974, p. 7 e.v.; p. 129 e.v.

28 Wiarda, *a.w.* hfdst. 12.

29 Jan Vrankens, *Algemeen deel ****, Asser-serie, Deventer: Kluwer 2005, hfdst. IV, VII, IX.

30 Hieronder valt het werk van de filosofen John Dewey, William James en Charles Sanders Peirce.

31 De term is afkomstig van Robert S. Summers, *Het pragmatistisch instrumentalisme: een kritische studie van de belangrijkste Amerikaanse rechtsfilosofie*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1980. Als Europese exponenten van deze gedachtestroming kunnen onder andere worden beschouwd: Eugen Ehrlich (Oostenrijk), Rudolf von Jhering (Duitsland), Francois Gény (Frankrijk).

32 Vergelijk R.S. Summers, *a.w.*, p. 32-34: 'Pragmatic Instrumentalism and American Legal Theory, A Summary Statement', in *Rechtstheorie*, 13 (1982), p. 257 e.v.

33 Vergelijk R. Pound, *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review*, 44 (1910).

8 *Effectiviteit*: De idealen van het formalisme, zoals consistentie van juridische beslissingen met het bestaande systeem, zijn relatief onbelangrijk. De toetssteen voor de ontwikkeling van nieuw recht ligt in de mate waarin het aan bestaande behoeften en belangen tegemoet komt.

9 *Recht als instrument*: Recht wordt begrepen als een instrumentarium om vooraf gegeven buitenjuridische doelstellingen te realiseren.

5 Kritiek op Holmes

Heeft Holmes gelijk? Het denken is nooit af en met Holmes is dus beslist niet het laatste woord gesproken over recht en rechtspraak. Twee punten verdienen hier aandacht (er is meer kritiek mogelijk). Een eerste punt van kritiek betreft Holmes' stelling dat recht gelijkgesteld wordt met de voorspelling wat rechters zullen beslissen. Dit is een prikkelende stelling, die moet helpen onze blik te richten op hoe het recht in de praktijk gestalte krijgt: *law in action* in plaats van *law in the books*. De vraag is echter wat de rechter met deze wijsheid opschiet. Als hij op zoek is naar een antwoord op de vraag 'wat recht is', wat heeft hij dan aan de aanbeveling te voorspellen wat hij zal gaan beslissen? Het is alsof hij zich dan, net als de Baron van Münchhausen, aan zijn eigen haren (of pruik) omhoog moet trekken.

Recht lijkt bij Holmes te worden gereduceerd tot een instrument om maatschappelijke doeleinden te realiseren. Maar heeft recht niet een betekenis, waarde op zichzelf, los van zijn instrumentalistische betekenis om economische en andere doelen te dienen?

Een tweede punt van kritiek heeft te maken met Holmes' nadruk op feiten. Recht lijkt bij Holmes te worden gereduceerd tot een instrument om maatschappelijke doeleinden te realiseren. Maar heeft recht niet een betekenis, waarde op zichzelf, los van zijn instrumentalistische betekenis om economische en andere doelen te dienen? Die autonome betekenis komt onder meer tot uitdrukking in de belangrijke beginselen en waarden die het recht mede gestalte geven, als die van vrijheid, gelijkheid, eerlijk proces en andere. Het recht heeft een waarde op zichzelf, omdat daarbinnen deze waarden en beginselen pas echt vorm en inhoud krijgen. Als dat zo is, moet de rechter bij de uitleg van het recht zich niet net zo goed door deze beginselen en waarden laten leiden?³⁴ Misschien is rechtspreken dan toch een kwestie van: *away from principles, towards facts, and... back again towards principles?*

³⁴ Ronald Dworkin is een belangrijke exponent van een dergelijke benadering. Zie o.a. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge/Massachusetts/London: Fontana Press 1986.