

THE LIFE OF THE LAW HAS NOT BEEN LOGIC: IT HAS BEEN EXPERIENCE

Harm Kloosterhuis & Carel Smith

In 1881 publiceerde de Amerikaanse jurist Oliver Wendell Holmes *The Common Law*. Op pagina 5 vinden we een passage die een lange carrière heeft gemaakt in de rechtsfilosofie:

'The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, and even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.'

Dit citaat is een samenvatting van Holmes' beschrijving van de ontwikkeling van de *common law* in de VS, een beschrijving die hij in zijn studie verder uitwerkt. Die beschrijving heeft in de receptie van de spreuk een *normatieve* betekenis gekregen: zo heeft het recht zich ontwikkeld en zo behoort het zich ook te ontwikkelen. 'The life of the law has not been logic: it has been experience' werd in die normatieve betekenis de *battle cry* van het *Legal Realism*. Deze rechtstheoretische stroming bepleitte dat rechterlijke beslissingen vooral moeten worden gerechtvaardigd met pragmatische argumenten: argumenten waarin een beroep wordt gedaan op gevolgen. De spreuk werd door extreme representanten van deze stroming ingezet tegen formalisten, *black letter lawyers*, positivisten, enzovoorts, die zouden menen dat het recht zich 'logisch ontwikkelt' en dat de rechterlijke uitspraak slechts een 'logische deductie is uit rechtsregels'. Op gezag van Holmes bepleitten deze representanten de vrije rechtsvinding (en het rechterlijk activisme), gericht op het realiseren van wenselijke juridische gevolgen.

Maar deze vorm van vrije rechtsvinding heeft Holmes nooit bepleit, zoals mooi wordt uitgelegd door H.L.A. Hart in zijn essay 'American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream'. Volgens Hart is de uitspraak 'The life of the law has not been logic: it has been experience' misschien wel het meest misbruikte citaat van een Amerikaanse jurist. In zijn historische context is de uitspraak volgens Hart weliswaar gericht tegen een te formalistische benadering van het recht, maar de 'anything goes'-benadering van radicale 'regelscepticisten' heeft Holmes nooit omarmd. Holmes verzette zich vooral tegen de gedachte dat het recht een gesloten systeem is en dat het recht 'gevonden' wordt. De ontwikkeling van de *common law* laat zien dat rechters ook aan rechtsvorming doen bij het nemen van beslissingen. Volgens Holmes ontwikkelde het recht zich door de (rechtspolitieke) voorkeuren van rechters in reactie op de ontwikkelingen in de samenleving en de 'felt necessities' van hun tijd.

Maar dit alles betekent volgens Holmes niet dat regels en precedentes helemaal geen rol spelen in de ontwikkeling van het recht en in het rechtvaardigen van rechterlijke beslissingen. Hart laat zien welke keuzeruimte rechters volgens Holmes hebben en hoe die beperkt wordt door wettenrecht en precedentes. In moeilijke gevallen moet de rechter een beslissing nemen die niet eenvoudig volgt uit het bestaande recht. De beslissing moet in die gevallen wel *aansluiten* bij dat recht. Deze positie van Holmes komt duidelijk naar voren in zijn *dissenting opinion* in de zaak *Lochner v. New York* (98 U.S. 45):

'General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise. But I think that the proposition just stated, if it is accepted, will carry us far toward the end. Every opinion tends to become a law.'

Hart concludeert: de theorie van Holmes was 'not a philosophy of full steam ahead and damn the syllogisms'. Juristen van nu zullen de opvattingen van Holmes weinig schokkend vinden. De gedachte dat een beslissing altijd logisch volgt uit het regelsysteem of dat er 'een juist antwoord' zou zijn op een rechtsvraag is nu eenmaal niet erg realistisch. Dat is in de twintigste eeuw door talloze auteurs overtuigend betoogd.