This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Jeffrey Rosen, The Supreme Court. The Personalities and Rivalries That Defined America, Times Books, New York: Henry Holt and Company 2007, 274 p.

Een kenmerk van het Amerikaanse rechtsstelsel is dat rechtsvragen na verloop van tijd politieke vragen worden, en omgekeerd, aldus De Tocqueville. Inderdaad zijn belangrijke sociale en politieke vragen door de Amerikaanse rechter beantwoord. De belangstelling voor de personen die een dergelijke belangrijke maatschappelijke functie vervullen, is het onderwerp van verscheidene studies geweest. (Zie bijvoorbeeld G. Edward White, *The American Judicial Tradition, Profiles of Leading American Judges*, Oxford etc. 1978.) Een ander voorbeeld is de journalistieke beschrijving van Bob Woodward en Scott Armstrong (*The Brethren. Inside the Supreme Court,* New York, 1979).
Ook de Nederlandse rechter krijgt deels politieke of morele vragen te beantwoorden: de grote leugen in het na-oorlogse echtscheidingsrecht, stakingsrecht, abortus, euthanasie, wachtlijsten in de gezondheidszorg enzovoort. De mogelijkheid van toetsing aan het EVRM biedt de rechter de gelegenheid wetgeving te beoordelen. Onderzoek naar de invloed van de persoonlijkheid van Nederlandse rechters op de uitkomst van collegiale beslissingen wordt belemmerd door het geheim van de raadkamer.
Met des te meer belangstelling begon ik te lezen in Rosens *The Supreme Court*. Dit boek behandelt de rol van wat hij in navolging van de huidige opperrechter John Roberts *judicial temperament* noemt (p. 4): een bereidheid af te stappen van de eigen opvattingen over wat de 'correct jurisprudential approach' (p. 7) is en die te vervangen door de opvattingen die passen bij de rol als rechter. Een pagina verder ligt Rosen zijn definitie toe:

> 'Judicial temperament, in other words, encompasses a range of qualities: personality, character, upbringing and education, formative career experiences, work habits, and behavior when interacting with others.' (p. 8)

De schrijver betoogt dat de invloedrijkste rechters in het *U.S. Supreme Cour*t niet de grootste intellectuelen zijn, of degenen die de beste juridische analyses presenteren, maar zij die hun persoonlijke opvattingen aanpasbaar kunnen weten te maken aan 'the interest of achieving consensus and stability'. (p. 7). De *invloedrijkste* rechters zijn, kortom, de sociaal intelligente rechters die het belang van het instituut 'hoogste rechter' vooropstellen:

This article from Nederlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom Juridisch and is available for personal use only. Geen commerciële bezoeker

> 'A pragmatic disposition, a degree of humility and common sense, and the ability to interact well in groups – these have proved over time to be more important qualities than academic brilliance or rigid philosophical consistency in determining a justice's long-term influence.' (p. 8)

Vervolgens stelt Rosen over de *chief justices* van het Supreme Court dat de succesvollen onder hen een bepaalde stijl van *judicial temperament* hebben. Ze zijn bescheiden, worden als prettig ervaren, zijn efficiënt en handig in het zoeken naar het gemeenschappelijke in uiteenlopende standpunten, en zijn minstens zo slim als hun collega's, zonder dit al te openlijk te laten blijken en zonder academisch te zijn. (p. 13)
Die stellingen adstrueert de auteur met een bespreking van vier keer twee persoonlijkheden wier aanvaringen de koers van het *Supreme Court* in belangrijke mate zouden hebben bepaald. Hij kiest:

- uit het begin van de negentiende eeuw *Chief Justice* John Marshall en President Thomas Jefferson met hun conflicten over de rechten van staten tegenover die van de federatie;
- na de Amerikaanse burgeroorlog de rechters John Marshall Harlan en Oliver Wendell Holmes over bescherming van Afro-Amerikanen en de zwakken in de samenleving;
- vanaf de Depressie tot aan de oorlog in Vietnam de rechters Hugo Black en William D. Douglas over het vraagstuk van *judicial restraint* vs. *judicial activism* in het richting geven aan de samenleving;
- uit het laatste deel van de vorige eeuw de conservatieve rechters William H. Rehnquist en degene die het nieuwe faculteitsgebouw van de Leidse Universiteit opende, Antonin Scalia. Deze rechters botsten over de rechten van misdadigers, van vrouwen ten aanzien van abortus, van homoseksuelen en wederom de rechten van staten tegenover de federale overheid.

Rosen heeft een vlotte pen en schrijft op overredende wijze naar zijn conclusies toe. Ik aarzel hem overtuigend te noemen. Deze aarzeling wordt mede ingegeven door de krachtige aanval op twee Amerikaanse rechters voor wie ik respect heb: Holmes wegens zijn opvattingen over de vrijheid van meningsuiting en Douglas wegens zijn *opinions* over de bescherming van

de persoonlijke levenssfeer. Rosen heeft het over 'Douglas' shoddy legal reasoning' (p. 130). Over Holmes is hij ook kritisch. Weliswaar erkent hij dat 'Holmes's dissenting opinions became the law of the land' (p. 123), maar daartegenover stelt hij:

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom Juridisch and made available to anonymous bezoeker

> 'The truth is, Holmes believed little in the supremacy of the Constitution and had sneered throughout his life at the idea of natural rights.' (p. 125)

Rosen geeft aan dat Holmes aan zelfverheerlijking heeft gedaan:

> 'It is impossible not to admire the cultivated panache and disciplined force with which Holmes created his own legend and imposed it on posterity.' (p. 124)

De bespreking van de vier tweetallen is ingebed in een inleidend en een afsluitend gedeelte waarin onder meer de (door middel van een interview met Rosen) opgetekende opvattingen van de huidige opperrechter John Roberts worden uitgemeten. Roberts wordt geportretteerd als de geestelijk erfgenaam van de legendarische *Chief Justice* Harlan. Volgens Rosen is Roberts de personificatie van *judicial temperament*. Gelet op de verscheidene 5-4-uitkomsten onder Roberts' leiderschap in plaats van de door hem beoogde unanimiteit, is het de vraag of de andere rechters in de *Supreme Court* ook zo'n hoge dunk van Roberts hebben.
Het interessante van het boek is dat het onderwerp niet zozeer lijkt te zijn op welke wijze het beste recht wordt gemaakt, maar hoe het *Supreme Court* het eigen gezag vergroot. De met vloeiende pen beschreven controverses tussen de genoemde tegenpolen overtuigen mij niet dat de winnaars van de controversen beschikken over het gewenste *judicial temperament*, zoals Rosen betoogt. Mij lijken de factoren, die de koers van het Hof bepalen, genuanceerder te zijn. Ik licht mijn aarzeling toe met een voorbeeld. Als iemand vraagt waarom het water kookt, kunnen verschillende antwoorden adequaat zijn, afhankelijk van de context: 'omdat ik thee wilde zetten', of 'omdat mijn vrouw de ketel op het gas zette', of 'omdat door verhitting de beweging van watermoleculen toeneemt waardoor de aggregaatstoestand van vloeibaar naar gasvorm wordt bereikt'. Er zullen nog meer en andersoortige studies moeten volgen voordat wij een volledig beeld zullen krijgen welke factoren de besluitvorming binnen hoge rechterlijke colleges bepalen. Welke invloed hebben bijvoorbeeld de tijdgeest of de politieke en sociaal-economische verhoudingen op rechterlijke beslissingen? Ook de algemene leer in de rechtsgeleerde literatuur zal vermoedelijk enige invloed op de rechtspraak kunnen hebben, maar welke? Intussen biedt Rosens relaas een stukje van die puzzel.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Een laatste opmerking maak ik over de door vele *liberals* gevreesde ruk naar rechts van het *Supreme Court*. In het verleden zijn vele wijzigingen van het recht, die directe invloed hadden op de burger, doorgedrukt via de rechtspraak door progressieve actievoerders in de Amerikaanse samenleving die de steun van de rechterlijke geestverwanten hadden. Zij maakten zich niet altijd druk over het beïnvloeden van de publieke opinie. De conservatieve omslag bij het *Supreme Court* dwingt de progressieven ertoe hun pijlen te richten op de wetgever en daarmee op de kiezer. Zo worden juridische vragen weer politieke vragen.

Henk-Jan Boukema (Aerdenhout)