

Richard A. Posner

How judges think

Cambridge Massachusetts: Harvard University Press 2008, 400p.

ISBN 978-0674028203

P.P.T. BOVEND'EERT¹

Richard Posner (1939), raadsheer bij een federaal appelhof (United States Court of Appeals for the Seventh Circuit) en docent aan de University of Chicago Law School, geldt als een gerenommeerd auteur op het terrein van rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak. In 2008 verscheen van hem een nieuwe monografie over rechterlijke oordeelsvorming, met de intrigerende titel 'How judges think'. Het boek biedt de lezer geen verslag van een empirisch onderzoek naar feitelijke beïnvloedingsfactoren bij rechters in hun oordeelsvorming. Judge Posner geeft als 'insider' een persoonlijke analyse op basis van zijn inzicht in en ervaringen met federale rechtspraak in de VS. In een commentaar is in dit verband niet ten onrechte opgemerkt dat het boek eigenlijk handelt over "... how Judge Posner thinks judges should think". Het boek is geschreven vanuit een pragmatische kijk op rechtspraak door een ervaren rechter, die kritisch oordeelt over min of meer abstracte rechtspraaktheorieën of concepten. Posner spaart gevestigde instituten, zoals de Supreme Court of het Congres als wetgever niet in zijn kritische analyse. En hij gaat in op allerlei organisatorische, rechtspositionele en functionele aspecten van de federale rechtspraak in de VS. In die zin is het perspectief van Posner in zijn boek 'How judges think' veel breder dan de vraag hoe rechters tot hun oordeel komen. Hij bewandelt vele zijpaden. Zo sluit het boek af met een hoofdstuk over 'Judicial Cosmopolitanism' waarin hij de vraag bespreekt in hoeverre de Supreme Court zich in zijn uitspraken mag beroepen op uitspraken van internationale of buitenlandse gerechtshoven, en wel in de context van '...searching for a global consensus of constitutional law'. Judge Posner moet er niets van weten. Hoewel deze en andere op zichzelf staande beschouwingen eigenlijk buiten het bestek van het boek vallen, geven zij nog meer kleur aan deze fraaie monografie over Amerikaanse federale rechtspraak.

¹ Prof. mr. P.P.T. Bovend'Eert is hoogleraar staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Voor wat betreft het hoofdthema van het boek gaat Posner uit van de

stelling dat in rechterlijke oordeelsvorming een uitgesproken politiek en persoonlijk element besloten ligt. 'Judging is political and personal'. Met 'politek element' heeft Posner niet het oog op partijpolitieke (republikeinse of democratische) standpunten, maar op 'persoonlijk politieke' opvattingen van rechters. Zijn analyse heeft betrekking op de vraag welke 'persoonlijk politieke' afwegingen een rechter maakt bij de beslissing van rechtsvragen. De feitenrechtspraak in eerste aanleg blijft daarbij buiten beschouwing. Het gaat Posner om de federale rechtspraak in appel en in hoogste instantie door de Supreme Court. In het eerste deel van zijn monografie bespreekt Posner negen benaderingswijzen om deze beïnvloeding van de rechter in zijn oordeelsvorming te verklaren. Deze 'nine theories of judicial behaviour' (attitudinal, strategic, sociological, psychological, economic, organizational, pragmatic, phenomenological, legalist) worden door Posner, zij het niet erg grondig, nader toegelicht. Zij zijn volgens Posner weliswaar elk op zich 'overstated or incomplete', maar zij kunnen wel als een basismodel dienen. Vervolgens werkt Posner dit model verder uit door een groot aantal concrete beïnvloedingsfactoren (internal/external constraints) te bespreken. Uitgebreid komt de rechtspositie van de rechter aan de orde (salaris, mogelijkheden tot promotie, benoeming voor het leven, zelfstandige positie binnen het gerecht). Deze rechtspositie zorgt ervoor dat de rechter door zijn onafhankelijke positie in het algemeen vanuit het perspectief van werkomstandigheden weinig ontvankelijk is voor beïnvloeding. Daarnaast stelt Posner andere aspecten van mogelijke beïnvloeding ter discussie, zoals het streven naar of behoud van respect en gezag, het belang van juridische vakdeskundigheid, maar ook persoonlijke factoren, zoals afkomst, ideologische opvattingen, intuïtie en emotie. Al met al presenteert Posner hier een hutsput van beïnvloedingsfactoren. Min of meer uit het ongerijmde (maar overigens niet onaannemelijk) komt hij dan tot de 'geruststellende' conclusie dat voor de meeste (federale) rechters dergelijke persoonlijke factoren in hun oordeelsvorming niet van betekenis zijn. Posner spitst zijn analyse van rechterlijke oordeelsvorming vervolgens toe op de centrale vraag of de rechter een pragmatische benadering dan wel een legalistische benadering bij zijn oordeelsvorming behoort te volgen. Hij betoogt met kracht van argumenten dat een sterk legalistische benadering, waarin de rechter zich strikt houdt aan de (grond)wetteksten, hun oorspronkelijke bedoeling, alsmede de daarop gebaseerde precedenten, onwerkbaar en onbereikbaar is. Het Amerikaanse rechtssysteem is te complex, onduidelijk en onzeker voor legalistische oordeelsvorming. Terecht merkt Posner op dat de tekst van de constitutie uit 1787 hopeloos verouderd is. De wetgeving van het Congres vertoont dikwijls serieuze gebreken. Zij is vaak de weerslag van scherpe partijtegenstellingen en vertoont veel overlap met deelstaat-



boeken

wetgeving. Een simpele toepassing van de regel op feiten is dikwijls niet mogelijk. De rechter, zo betoogt Posner, zal moeten verfijnen en verduidelijken. In het verlengde hiervan pleit Posner voor een benadering, waarin de rechter een pragmatische oplossing vindt ('fair and reasonable') door zijn beslissing vooral te baseren op een beoordeling van de consequenties ervan. Het draait aldus volgens Posner om de rechterlijke afweging van mogelijke gevolgen van een beslissing. De rechter moet in staat zijn om met zijn intuïtie, gezond verstand en politiek inzicht een oplossing te vinden, zulks mede op basis van juridische maatstaven die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld. Het is duidelijk dat Posner met deze pragmatische benadering van 'redelijkheid en billijkheid' veel vertrouwen heeft in de rechter, al strekt dat vertrouwen zich bepaald niet uit tot het sterk gepolitiiseerde Supreme Court. Op de gedachtegang van Posner kan het nodige worden afgedongen. Zijn verwerping van de legalistische benadering bijvoorbeeld is bepaald ongenueanceerd. Zijn uiteenzettingen over de door hem bepleite pragmatische benadering roepen veel vragen op. Maar dat is, denk ik, nu juist de kracht van dit boek. Het dilemma van de 'politieke' beslissingsvrijheid van de rechter bij de interpretatie van open en vage normen wordt niet opgelost, maar het boek biedt de lezer wel veel interessante perspectieven op dit (eeuwige?) dilemma.