

Mitchel de S. –O. –L'E. Lasser, *Judicial Deliberations, A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press 2004, 382 p.

In november 2004 verscheen bij de Oxford University Press van de hand van Mitchel de S. –O. –L'E. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Het boek dient een tweeledig doel: enerzijds is het een toegepaste vergelijkende studie, maar anderzijds kan het ook gelezen worden als een traktaat in rechtsvergelijkende methodologie.

Wat het laatste aspect, de rechtsvergelijkende methodologie, betreft: Lasser (een Amerikaan met Franse ouders) richt zijn pijlen vooral op wat ik zou willen noemen het institutionele of 'systemische' tekort van de heersende rechtsvergelijkende praktijk. Hij doet dat door middel van een scherpe analyse van de stijl van motiveren en argumenteren van respectievelijk het Franse *Cour de Cassation*, het *US Supreme Court* en het Europese Hof van Justitie. Zijn stelling, de *bottom line*, komt er in wezen op neer dat eenieder die aan rechtsvergelijking doet niet alleen oog moet hebben voor datgene wat zich op het decor van het recht en de rechtscultuur afspeelt, maar tevens moet proberen te begrijpen wat er zich in de coulissen afspeelt. Dit is op zich geen bijzonder inzicht. Maar deze methodologie leidt ten aanzien van het meer specifieke thema van het boek, de motiveringswijze van de drie vermelde gerechtshoven, ten aanzien van bijvoorbeeld het Franse *Cour de Cassation* tot een verrassende conclusie. In weerwil van de heersende en zeer wijd verbreide rechtsvergelijkende leer scoort dat Hof namelijk heel behoorlijk wat betreft legitimiteit. Inderdaad, de motiveringen van het

Fransen hof zijn veelal extreem kort – meestal slechts een enkele alinea – en hebben steeds de vorm van een versluitend syllogisme waarin werkelijk niets merkbaar is van de moeilijke ethische en politieke keuzes die het Hof vaak onvermijdelijk heeft moeten maken. Deze situatie heeft gezaghebbende comparatisten als J.H. Merryman en J. Dawson tot de constatering weten te verleiden dat het met die Fransen wat betreft de transparantie en duidelijkheid, en dus de legitimiteit, nooit iets zal worden. Maar met die conclusie is Lasser het in het geheel niet eens. Want ieder rechtssysteem, ook het Franse, maakt ten aanzien van de motivering van zijn uitspraken gebruik van een officieel en een onofficieel discours. En de verschillen tussen de rechtssystemen zijn naar het oordeel van Lasser gerelateerd aan de wijze waarop men die twee discoursen in een evenwicht weet te brengen. Met dat inzicht als sleutel tot begrip, is het met die Fransen volgens Lasser niet zo slecht gesteld als de vermelde heersende leer ons wil doen geloven. Want achter het officiële discours, dat zonder twijfel formalistisch en legalistisch is, schuilt een heel systeem met bijpassende codes en instituties, waardoor de rechtspraak van de *Cour de Cassation* door ten minste de juridische beroepsgroep wordt begrepen en veelal ook gedragen. In Frankrijk behelst dat systeem: de *conclusions* van de advocaten-generaal; concepten van uitspraken (*rappports*) die weliswaar niet publiek zijn maar desondanks druk worden bediscussieerd door de magistraten; de rechtsgeleerde *doctrine*; voorts een gecentraliseerd systeem van opleiding en selectie van diegenen die betrokken zijn bij het gerechtelijk systeem (zoals magistraten en annotatoren); een jaarlijks gepubliceerd verslag ten behoeve van de minister van Justitie (de *Garde des Sceaux*) waarin uitdrukkelijk wordt aangegeven ten aanzien van welke rechtsvragen het Hof moeilijkheden heeft ondervonden (inclusief pertinente suggesties aan het parlement ter verbetering), enzovoort. Al deze elementen ondersteunen en versterken elkaar. Het gaat dus om een omvattend systeem van *checks and balances*, dat is ingebed in de institutionele en normatieve homogeniteit van het Franse staatsbestel, en waarvan, *dixit* Lasser ten minste, de legitimiteit niet wezenlijk wordt betwist. Achter het Franse decor van juridisch formalisme heerst aldus een grote openheid. Voor het grote publiek verborgen, dat wel, maar desondanks aanvaard en begrepen door de juridische beroepsgroep. Wat in ieder geval blijkt, is dat rechterlijke systemen zeer complexe en gelaagde systemen zijn, en dat een eerlijke analyse die complexe gelaagdheid dient te incorporeren. Het is dan ook niet terecht om over de motiveringswijze van het Franse Hof van Cassatie te zeggen dat *omdat* het cartesiaans motiveert, het *dus* geen legitimiteit kan hebben. Een dergelijke conclusie steunt volgens Lasser te eenzijdig op slechts een deel van de Franse motiveringspraktijk: die van de publieke manifestatie van de arresten van het Hof van Cassatie.

Even verrassend concludeert Lasser dat het Amerikaanse *US Supreme Court*, een Hof dat zich ‘bezondigt’ aan paginalange motiveringen, vaak individueel ondertekend, niet noodzakelijk beter scoort wat betreft legitimiteit. Het officiële en onofficiële discours vloeien daar weliswaar samen in een en dezelfde rechterlijke opinie, maar het is niet zeker dat dit per definitie tot een betere situatie leidt.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

‘(...) American judicial argumentation must constantly negotiate (i.e., accommodate and control) its more formalist and more policy-oriented tendencies. This negotiated accommodation mutes or tames the two discourses in important respects. (...) [E]ach of the two discourses is relentlessly driven towards a more centrist or compromise version of itself’ (p. 339).

Om redenen van democratie zijn ook de Amerikanen geen liefhebbers van een al te openlijk activistische en beleidsgerichte rechter. Maar omdat die rechter zelf tegelijkertijd transparant en direct wil motiveren, leidt dit tot een spagaat:

‘Given that “formalism” is openly condemned, the formalism of American judicial discourse tends to be more hinted at (...) than openly exhorted. Given that the overt judicial consideration of “policy” is similarly denounced, policy debate emerges in the more restrained form of the judicial consideration of purposes and effects.’ (p. 339)

De Amerikanen hebben geen decor op het toneel van de rechterlijke motiveringspraktijk staan, en de toeschouwer kijkt recht in de coulissen. Desondanks moet niet alles wat zich daar afspeelt publiek zijn. En dus wordt uiteindelijk ook in de Amerikaanse coulissen toneelgespeeld. De paradoxale conclusie luidt dan ook dat, waarschijnlijk juist omwille van de officiële geslotenheid van het Franse ‘magistrale’ debat, het officieuze Franse debat meer open is dan het Amerikaanse.

Het Europese Hof van Justitie bevindt zich volgens Lasser in een middenpositie. Het Hof zelf, gemodelleerd naar het Franse Hof van Cassatie, hanteert de typisch deductieve magistrale toon van dat Franse Hof, waarin de conclusie als bijna noodzakelijk voortvloeit uit de premissen. Maar in tegenstelling tot wat in Frankrijk plaatsgrijpt worden gelijktijdig ook steeds de ‘Amerikaans’ aandoende conclusies van de advocaat-generaal gepubliceerd, en die zijn vol twijfel en teleologische argumentaties. Daardoor manifesteert uiteindelijk de argumentatieve praktijk van het Europese Hof zich toch wat minder typisch Frans dan die van het Hof van Cassatie zelf. Want de toonzetting mag dan typisch Frans zijn, de publieke aanwezigheid van de

advocaat-generaal dwingt het Europese Hof uiteindelijk toch om ook in de arresten zelf meer inhoudelijk te werken, zij het dan in een Franse stijl, dat wil zeggen een stijl die dwingend naar één bepaalde conclusie leidt. De publieke manifestatie van de conclusies van de advocaat-generaal, maakt dat het Europese Hof zich volgens Lasser dus wat dubbelzinnig gedraagt.

Ik vind dit boek van Lasser baanbrekend, en bij wijlen zelfs fascinerend. Zijn methode zet een heel aantal vooronderstellingen die reeds lang door velen werden gehanteerd, ook door mij overigens, op hun kop. Daarbij zijn wat mij betreft vooral de contrasten tussen de Franse en Amerikaanse rechterlijke motiveringspraktijk van belang. Men hoeft de concrete opvattingen van Lasser over de rechterlijke motiveringspraktijk niet te delen om na lezing van zijn boek te beseffen dat de gangbare manier van analyseren van die praktijk, die zich meestal uitsluitend richt op de retorische manifestatie van de concrete motivering, eigenlijk te kort door de bocht is. Voor een deugdelijke analyse van de legitimiteit van die praktijk is veel meer nodig.

Minpuntjes zijn er ook: Lasser valt nogal eens in herhaling (het boek had gemakkelijk honderd pagina's korter gekund), en soms is hij wat al te optimistisch in zijn aannames. Zo worden de conclusies ten aanzien van de legitimiteit van bijvoorbeeld de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie niet door iedereen in de Franse professie gedeeld, en rept hij met geen woord over de publieke (dat wil zeggen: niet-professionele) functie die de rechtspraak ideaal gezien ook zou kunnen hebben. Bovendien problematiseert Lasser het begrip legitimiteit niet, hoewel dat zo'n centrale rol speelt in zijn betoog. Op wat voor legitimiteit doelt hij uiteindelijk? Sociologische legitimiteit, juridische legitimiteit, morele legitimiteit? Het lijkt erop dat hij vooral doelt op een mix van al deze concepten van legitimiteit (die ieder voor zich weer problematisch zijn), in de zin dat Lasser het belangrijk acht dat rechterlijke uitspraken uiteindelijk worden gedragen door (ten minste delen van) de juridische beroepsgroep zelf. Helemaal duidelijk is hij hierover echter niet. Maar dit alles doet niet af aan de methodologische inzichten die dit boek desondanks te bieden heeft. Lezen dus.