



## FORUM

### KLASSIEKERS DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT #20: DE GEPOLARISEERDE BENOEMING VAN BRETT KAVANAUGH JONATHAN SOEHARNO - 31.08.2021

Een gebeurtenis die op mij (ik ben gepromoveerd op de integriteit van de rechter) grote indruk heeft gemaakt, is de benoeming van de conservatieve Amerikaanse opperrechter Brett Kavanaugh in 2018. Of liever: de polarisatie tijdens de aanloop daarvan.

Kort samengevat: begin juli 2018 plaatste president Trump de conservatieve Brett Kavanaugh op de shortlist om genomineerd te worden voor de Supreme Court. Daarop nam Christine Blasey Ford, psychologie professor aan Palo Alto University, contact op met de Washington Post en (democraat) Anna Eshoo, een volksvertegenwoordiger: Kavanaugh zou haar tijdens een huisfeest hebben aangerand toen ze beiden nog op de middelbare school zaten (zij was toen 15 en hij 17). Eshoo en Ford stelden eind juli de (democratische) senator Dianne Feinstein op de hoogte. Feinstein was toen lid van de zogenaamde Senate Judiciary Committee (die onder meer is belast met rechterlijke benoemingen). Nadat de media hier lucht van kregen en een geruchtenstroom op gang kwam, maakte Ford haar beschuldiging (en haar identiteit) openbaar. Over wat er daarna gebeurde kan ik kort zijn, want dit is overal op het [internet](#) te vinden. Zowel Ford – die zwaar beveiligd moest worden toen president Trump haar beschuldiging via een Tweet in twijfel trok – als Kavanaugh hebben live [getuigd](#) voor de Senaatscommissie. Zijn nominatie werd uiteindelijk – en zoals verwacht – min of meer langs partijlijnen in de Senaat bevestigd.

Wat ik inhoudelijk van Kavanaugh als rechter vind, laat ik voor deze blog in het midden. Dat geldt ook voor wat ik vind van de geloofwaardigheid van Kavanaugh en Ford, van (de toon van) de verdediging van Kavanaugh en van zijn geschiktheid om rechter in de Supreme Court te worden. Ik wil hier stilstaan bij drie dingen die mij, naar aanleiding van de polarisatie rondom zijn benoeming, zijn bijgebleven.

#### *Ideology scores*

Allereerst de vergaande ideologisering, of politisering, van de rechterlijke macht in de Verenigde Staten, waardoor maatschappelijke polarisatie sterk voelbaar wordt in de rechtspraak.

In de Verenigde Staten worden heuse *ideology scores* bijgehouden van rechters (van leden van de Supreme Court is dit de [Segal-Cover score](#)). Vraag is steeds: als het er bij maatschappelijk controversiële thema's op aankomt, wat zou deze rechter dan doen? Dit werkt weer door in de – eveneens hoog gepolitiseerde – benoemingsprocedure. Zo verweerde Kavanaugh zich door te zeggen: "*this effort has been a calculated and orchestrated political hit.*"

Als Europeaan zou je er bijna buikpijn van krijgen: hoe republikeinen jarenlang een (progressieve) kandidaat van Obama blokkeerden en, toen Trump aantrad, in recordtempo (conservatieve) rechters benoemden. Maar ook hoe de beschuldiging tegen Kavanaugh pas op een laat – zeer beschadigend – moment publiek werd.

Helaas raakt ook de Nederlandse rechtspraak meer gepolitiseerd. In de eerste plaats moedwillig door politici: zo klaagde [Wilders](#) over een politiek proces en karakteriseerde [Thierry Baudet](#) Nederland als dikastocratie. Maar ergens ook door de rechtspraak zelf, voor zover deze ten aanzien van politiek gevoelige onderwerpen, waarover maatschappelijk gezien verdeeldheid bestaat, een actieve(re) opstelling kiest. Zo riep de Raad van State onlangs op tot 'kritische reflectie' op politieke uitspraken door rechters, bijvoorbeeld in zaken rondom [klimaat](#). Hoe het ook zij, Nederland is gelukkig nog geen Verenigde Staten. Maar beide lijnen bewegen sneller of langzamer naar éénzelfde punt: namelijk het punt waar de *ideology score* van de rechter ertoe doet.

#### *#metoo en het recht*

De beschuldiging tegen Kavanaugh viel in de vruchtbare aarde van de #metoo beweging ([Harvey Weinstein](#) domineerde het nieuws het jaar daarvoor). De vraag hoezeer de moed van vrouwen – of van wie dan ook – die seksueel wangedrag aan de orde durven te stellen ook in juridisch opzicht kan worden beloond, vergt nog steeds de nodige [hoofdbreken](#)s.

Interessant in dit opzicht is dat de huidige vicepresident van de Verenigde Staten – Kamala Harris – zich destijds als (democratische) senator over de zaak heeft uitgelaten. Zij was daarvoor immers advocaat-generaal van Californië, iemand dus die het strafrecht van binnen en van buiten kent. [Harris](#) gaf aan dat ze veel zaken gezien had "*where there was enough evidence to believe something happened but not necessarily prove it beyond a reasonable doubt in a courtroom, but it doesn't mean it didn't happen.*" In haar conclusie – "*I believe her*" – lijken we echter eerder de senator te horen dan de advocaat-generaal.

'[Do you believe him or her?](#)' is daarmee een legitieme vraag, maar *rechtsstatelijk* bezien niet doorslaggevend. Een rechtstatelijke blik vergt immers inachtneming van algemene rechtsbeginselen zoals de onschuldpresumptie, hoor en wederhoor, legaliteit, gelijkheid, redelijke motivering en rechtszekerheid. Beginselen die door schade en schande en over lange tijd zijn ontwikkeld. Deze mogen niet voor een

politieke voorkeur, hoe juist of onjuist ook, overboord worden gegooid. Voor of tegen het *recht* is een andere vraag als voor of tegen *Kavanaugh*. Hoezeer die vragen ook lijken samen te vallen in de persoon van een rechter van de Supreme Court.

### *Identiteitspolitiek aan de academie*

Tot slot werkt deze polariserende ideologisering ook door op de universiteiten.

In 2018 doceerde Kavanaugh al bijna tien jaar aan de Universiteit van Harvard. Tot de controverse rondom zijn benoeming. Harvard alumni schreven een [brief](#) aan de decaan om Kavanaugh te ontslaan en ook [studenten](#) vroegen om zijn hoofd op een zilveren schaal (kennelijk werd er door studenten [gejuicht](#) toen hij zich tijdens de hoorzitting afvroeg welke repercussies dit voor zijn positie aan Harvard zou kunnen hebben). In oktober 2018 maakte Harvard [bekend](#) dat Kavanaugh niet zou terugkeren.

Vraag is natuurlijk wat er gebeurd zou zijn als Kavanaugh geen conservatieve, maar progressieve rechter was geweest.

Tijdens en na de rel over de benoeming van Kavanaugh, sprak ik met collega's van Amerikaanse prachuniversiteiten. Ik was benieuwd naar hun visie over het te hanteren normenkader bij een benoeming van een opperrechter, de vergevingsgrens van jeugdige misstanden (in Nederland is die afhankelijk van het verwijtbaar handelen) en de procedures binnen de rechterlijke macht over de omgang met dergelijke beschuldigingen (stel nu dat het allemaal waar is, zou dit aan benoeming in de weg staan en waarom?). Te vaak kreeg ik echter – ontvullend – toegefluisd: het gaat er éérst om of je voor of tegen de benoeming van een *conservatieve rechter* als Kavanaugh bent. Daarna komt de rest.

Ik schrok hiervan, want wat zegt dit over universiteiten? Juristen zijn academici. Dat is omdat de rechtsstatelijke rol van juristen vergt dat zij niet alleen met een juridische, maar ook met een academische blik naar de werkelijkheid kunnen kijken. Kritisch, onafhankelijk en autonoom: ook ten aanzien van de eigen ideologische voorkeuren. Immers, aan de universiteit zou falsificatie belangrijker moeten zijn dan verificatie, feit boven mening, twijfel boven overtuiging, niet-weten boven menen-te-weten. En voor juristen: rechtsstaat boven ideologie.

De huidige – identiteitspolitieke – tegenwerping is gemakkelijk: een academicus kan gender, afkomst, huidskleur, sociaaleconomische positie, leeftijd en wat niet meer nu eenmaal niet wegdenken. Deze creëren bewuste en onbewuste vooroordelen (*biases*) – zelfs in de idee van de rechtsstaat zelf. En dus verdienen zaken soms simpelweg te worden 'gecanceled' of 'called out' – en is dan zelfs een [gesprek](#) een brug te ver. Maar deze 'biases' dienen niet het eindpunt, maar het beginpunt van de wetenschappelijke zoektocht te vormen. Deze *ontslaan* de

academicus niet van de plicht tot kritisch en onafhankelijk denken, maar *nopen* juist daartoe.

En *nopen* de *jurist* om niet te eindigen bij ideologie, maar daarbij te beginnen. En vervolgens toe te werken naar een idee van rechtsstaat die ook ruimte laat voor *andere* ideologieën – precies waarvoor de idee van de rechtsstaat ooit is ontwikkeld. Juist die academische jurist, die zich van deze kwetsbaarheid bewust is en nooit ophoudt kritisch naar waarheid te streven en ruimte te laten voor andersdenkenden, die zou rechter moeten worden.