

Aldus sprak Salomo

Over de Amerikaanse verkiezingen en constitutionele crisisinterventie Gijs van Oenen

De *New York Times* van 12 november 2000 maakt zorgelijk melding van een 'all-out war of good versus evil, of right versus wrong'. Nu zijn Oost- en West-Duitsland allang weer verenigd; Noord- en Zuid-Korea lijken dit voorbeeld te gaan volgen. Rusland en Amerika zijn al bijna goede maatjes. Waarover zou de krant het dan hebben: Iran misschien, Afghanistan? Is er soms een tweede Waco ontdekt? Nee, het ging over de relatie tussen republikeinen en democraten in het eigen Amerikaanse achterland. Zoals uit dit bericht spreekt, heeft het begrip 'verkiezingsstrijd' in Amerika sinds de verkiezingen van november 2000 een geheel nieuwe inhoud gekregen. Daarvóór ging het over de vaak saaie, soms lachwekkende maar steevast inhoudsloze campagneoptredens voorafgaand aan de verkiezingen. Sindsdien echter belooft het een strijd over de verkiezingen te worden, uitgevochten zowel voor als na de stembusgang, zowel via de media als via de rechter. De feitelijke uitslag van die verkiezingen is daarbij een onbelangrijk gegeven geworden. Of beter gezegd, in het politiek radicaal verdeelde Amerika blijkt het steeds moeilijker zo'n uitslag definitief vast te stellen en dus steeds minder belangrijk zich daarover te bekommeren.

In veel commentaren is terecht verwezen naar Tocquevilles profetie dat uiteindelijk ieder politiek probleem in de Verenigde Staten op het bord van de rechter zal belanden. Wat Tocqueville echter niet voorzag, en misschien ook niet kon voorzien, is dat nu tevens iedere juridische kwestie in de Verenigde Staten wordt gepolitiiseerd. De crisis in dat land bestond (en bestaat) erin dat ieder politiek oordeel juridisch wordt aangevochten, terwijl ieder juridisch oordeel weer als politiek gemotiveerd wordt uitgelegd. Hoewel velen dit proces onderkennen en als destructief veroordelen, is de gangbare opvatting toch dat zo'n crisis uiteindelijk langs constitutionele weg kan worden bezworen. Omdat in de Verenigde Staten constitutionele toetsing door de (federale) rechter aanvaard is, betekent dit in de praktijk interpretatie van de constitutie door hoge rechtscolleges, in het bijzonder het *Supreme Court* in Washington.

In dit stuk wil ik laten zien dat de 'crisisinterventie' zoals gepleegd door zulke hoge rechtscolleges niet werkt, of in ieder geval heel anders werkt dan veelal wordt gedacht. Eerst ga ik in op enkele belangrijke aspecten van de Amerikaanse verkiezingsmalaise. Centraal daarin staat de vermorzeling van het vrije oordeelsvermogen van ambtsdragers, ofwel 'discretie', onder druk van de escalerende dialectiek van po-

litisering en juridisering. Ik bespreek diverse ‘oplossingen’ die daarvoor vanuit (rechts)filosofisch perspectief kunnen worden gesuggereerd en laat de relevantie daarvan zien voor de Amerikaanse verkiezingscrisis.

Van belang is hier niet om vast te stellen welke van deze benaderingen de ‘juiste’, of meest juiste zou zijn. Ze zijn eigenlijk geen van alle juist. Dat komt doordat alle opvattingen over (constitutionele) rechtsinterpretatie een zeker mythisch element bevatten, bijna altijd gecamoufleerd of verdrongen, maar altijd aanwezig. Rechtspraak is in dit opzicht een vorm van noodzakelijk bedrog. Hoe effectief zij is, als vorm van crisisinterventie, hangt vooral af van de mate van vanzelfsprekendheid die het mythische element zich kan verwerven, in de ogen van zowel rechters als publieke opinie. Mijn analyse zal laten zien dat het fameuze Salomonsoordeel daarvan een uitstekend, hoewel noodzakelijk misbegrepen voorbeeld vormt. Maar zelfs een ‘geslaagd’ Salomonsoordeel vormt eerder een opschorting dan een oplossing van een crisis.

Ontelbare stemmen

‘Oyez oyez oyez! God save the United States and this honorable Court!’ Deze kreten, waarmee de hooggerechtshoven van de Verenigde Staten hun sessies openen, fungeerden eind vorig jaar als een soort herkenningstune van de nieuwste soap, *The Florida vote*. De grote televisie-networks zetten de toon, door in de verkiezingsnacht tot tweemaal toe een verkeerde winnaar uit te roepen. Snel daarop volgden het onnavolgbare hertellen van allerlei stemmen, de problemen rondom het ‘vlinderbiljet’ en de controverses rondom zaken als *dimples* en *pregnant chads*. Politici, rechters en media tuimelden over elkaar heen in een nooit eerder vertoond constitutioneel crescendo. Uiteindelijk tekende zich een heuse crisis af, waarin de hoogste politieke en juridische ambtsdragers dagelijks elkaars bloed dronken en de rituele aanroep om ‘de Verenigde Staten en dit nobele gerechtshof te redden’ steeds meer ging klinken als een smeekbede.

Wat speelde zich af, november vorig jaar? Het Amerikaanse volk probeerde een nieuwe president te kiezen. Uit verkiezingsonderzoek weten we dat de republikeinse partij meest blanke mannen trekt uit de (immer omvangrijke) middenklasse, vooral buiten de grote steden. De democraten zijn favoriet bij zowel de hoogst- als de laagstopgeleiden; zij kunnen voorts rekenen op veel stemmen van vrouwen, zwarten, latino’s en joden. Peilingen hadden dit keer al aangetoond dat deze groepen elkaar ongeveer in evenwicht zouden gaan houden. Op de verkiezingsavond zelf bleek dit maar al te waar. Het verschil, berichtten de *networks*, was ‘too close to call’. Uiteindelijk lieten zij toch maar witte rook opstijgen, voor Al Gore. Of nee, toch voor Bush. Of nee, wacht eens ...

In plaats van witte rook, kwamen vervolgens slechts dikke grijze wolken uit de verkiezingsschoorsteen. President Clinton verwoordde de verwarring in zijn land niet ongeestig toen hij zei dat het Amerikaanse volk had gesproken, maar dat niet erg

duidelijk was wat het eigenlijk had gezegd. Machines en mensen in Florida telden, hertelden en herhertelden stemmen. Per uur werden nieuwe cijfers bekendgemaakt, niet door de officiële kiesraad natuurlijk, die had van een rechter een spreekverbod gekregen, maar door het persbureau AP. Duizenden kiezers bleken door een ongelukkig format van het stemformulier letterlijk rechts in plaats van links te hebben gestemd, zij hadden Buchanan geponst in plaats van Gore. Twintigduizend inwoners hadden kennelijk hun fout willen herstellen door nóg een gaatje te prikken in het formulier. Zo'n tienduizend Floridianen ten slotte schenen er helemaal niet in geslaagd te zijn het papier te doorboren.

Stemmen tellen bleek aldus geen mechanische aangelegenheid, maar een kwestie van interpretatie. Uit allerlei minieme impressies op het papier moet de wil, of misschien moeten we zeggen de wilskracht, van de betrokken kiezer worden afgelezen. Hier blijkt weer de juistheid van Derrida's stelling dat er geen 'buiten de tekst' is. Om stembiljetten juist te kunnen plaatsen moeten ze worden 'gelezen', als heideggeriaanse aren. Honderdduizenden formulieren werden letterlijk tegen het licht gehouden. Was er geprikt, of niet? Met hoeveel overtuiging had de kiezer zijn wil weten door te drukken?

Langzaam maar zeker verdween in Amerika de vaste constitutionele grond onder de voeten en werd duidelijk dat de aanwijzing van de president geen noodzakelijk verband meer zou hebben met 'feiten' die aan de hand van de verkiezingen zouden kunnen worden vastgesteld. Het was nu wel heel duidelijk geworden dat het private, commerciële ondernemingen zijn die in eerste instantie de volkswil articuleren. Nu is deze 'mediamatigheid' op zichzelf niets nieuws, in een land waarin - zoals naar ik meen Jean Baudrillard zei - Disneyland gebouwd is om je de indruk te geven dat de rest van Amerika wél echt is. Onrustbarend was echter, om te beginnen, dat sommige media (zoals de *networks*) er helemaal naast zaten, terwijl andere (zoals sommige opiniebureaus) er juist heel goed in waren geslaagd de werkelijke wil van de kiezer vast te stellen; beter zelfs dan de officiële verkiezingsmachinerie. Sterker nog, die officiële machinerie bleek überhaupt niet meer in staat een uitslag vast te stellen. Met als gevolg dat er geen enkel betrouwbaar verband tussen de 'mediale' en de 'echte' werkelijkheid meer kon worden gelegd. En als dat het geval is, wanneer dus de constitutie die de volkswil aan de dag kan laten treden geheel en al 'radicaal middelmatig' is geworden, zoals Henk Oosterling (2000) zegt, dan heeft het geen zin meer om nog op een normatieve wijze te spreken over democratie, rechtsstaat en constitutie.

Dat contact kon zeker niet worden hersteld door, zoals bij herhaling voorgesteld, één van beide kemphanen, en meestal wees men dan naar Gore, zich 'grootmoedig' te laten terugtrekken. Uit zo'n voorstel blijkt maar weer hoezeer presidentsverkiezingen worden gepercipieerd als louter een krachtmeting tussen kandidaten, een quasi-geregisseerd showgevecht in de *catch-as-catch-can* traditie. Hoe zou een probleem in de vaststelling van de kiezerswil, waar het in Florida om ging, kunnen worden opgelost door een 'geste' van één der kandidaten? Stel ik was een van

de gefopte kiezers in Florida, en ik had net via procedures bij kiesraad en rechter een hertelling of herverkiezing weten af te dwingen. Ik zou razend zijn - en pas echt bedrogen - als mijn kiezerswil op dat moment door een 'grootmoedige' actie van een der kandidaten zou worden geannuleerd. De gekozenen (of net niet gekozenen) zouden dan de wil van de kiezer bepalen; een omgekeerde wereld.

Slechts weinig méér veelbelovend - het moet gezegd - was het idee om stemmen te gaan hertellen. De eerste hertelling was nog tamelijk overzichtelijk, want door de wet vereist (bij een initiële uitslag met minder dan half procent verschil). De latere handmatige hertellingen creëerden echter voornamelijk pandemonium en chaos. Om te beginnen is hertellen alleen wenselijk in situaties waarin aannemelijk kan worden gemaakt dat de oorspronkelijke uitslag de wil van de kiezer niet goed weerspiegelt. Dat was bijvoorbeeld het geval in de kiesdistricten in Florida waar het beruchte 'vlinderbiljet' was gebruikt, waardoor buitensporig veel stemmen ongeldig waren verklaard, respectievelijk (statistisch) bewijsbaar aan de verkeerde kandidaat waren toegevallen (Buchanan in plaats van Gore). Kiesraad of rechter behoren dan, zou ik althans zeggen, in te grijpen. Florida had mijns inziens moeten toegeven dat zij eenvoudig niet in staat was om de wil van haar kiezers vast te stellen, en op die grond moeten afzien van het sturen van kiesmannen (of, wat op hetzelfde neerkomt, aan Gore en Bush ieder de helft van het totale aantal kiesmannen toewijzen).

Nog onoverzichtelijker wordt het wanneer hertelling met de hand gaat plaatsvinden. Dan ontstaan uit de aard der zaak interpretatieproblemen. Deze procedure heeft namelijk alleen zin omdat (en wanneer) mensen in staat zijn een 'kiezerswil' uit het stembiljet af te leiden waar machines dat niet konden. Dit vereist interpretatieve vermogens die naar hun aard moeilijk te 'normaliseren' zijn. Dit bleek ook tijdens de hearing van het Supreme Court op 11 december. Joseph Klock, die optrad namens de wetgevende macht van Florida, verwierp het handmatig hertellen precies omdat dit tot andere resultaten zou leiden dan de machinetellingen. De machine was de norm; mensen mochten niet anders kunnen lezen dan machines. Gore-advocaat David Boise verkondigde het radicaal tegenovergestelde standpunt: standaarden voor wat een stem is, mochten van stemdistrict tot stemdistrict en zelfs van tafel tot tafel verschillen. Dus volgens Klock zal iedere (her)telling steeds dezelfde resultaten moeten geven, volgens Boise iedere hertelling juist steeds verschillende.

Toch onderschreven *high-profile law-professors* als Bruce Ackerman, Ronald Dworkin en Cass Sunstein een verklaring in de *New York Times* van een 'emergency committee of concerned citizens 2000', waarin werd verklaard dat 'there is good reason to believe that Vice President Gore has been elected president by a clear constitutional majority of the popular vote and the electoral college'. Politicoloog Peter Berkowitz zei hierover terecht in *The New Republic* dat die zege misschien wel vermoed kon worden, maar toch allesbehalve 'clear' was (Berkowitz 2000). Ook verklaarde de bezorgde groep dat 'it is essential to remove any hint of inaccuracy in the final result'. Maar ook deze formulering miskent het werkelijke probleem, zoals hierboven al geformuleerd: het 'uiteindelijke resultaat' kon op geen enkele wijze nog 'feitelijk' worden vastgesteld en ieder uiteindelijke resultaat zou een 'hint of inaccuracy' blijven aankleven.

Door de ontstane escalatie werden alle ontwikkelingen alleen nog maar gepercipieerd in termen van het ene kamp tegen het andere, winnaars of verliezers. Ieder kamp vocht politieke winst van de ander onmiddellijk via de rechter aan, en omgekeerd werd iedere juridische of ambtelijke beslissing onmiddellijk gepolitiseerd door op de politieke affiliaties van de betrokken functionarissen te wijzen. Illustratief was de republikeinse aanval op Nikki Clark, een zwarte, vrouwelijke rechter in Seminole County die recent in de clinch had gelegen met republikeinse politici. Zo had de republikeinse gouverneur van de staat haar promotie naar een hoger gerechtshof geweigerd. En laat die gouverneur nu ook nog Jeb heten, de broer van George W.! Zo iemand kon toch niet onpartijdig zijn, meenden de republikeinen in hun (mislukte) verzoek haar te wraken. En zo verging het vele rechters; opeens meenden alle politici dat uit de spreekbuis van de wet alleen nog partijbelangen opklonken. Het Florida Supreme Court was verdacht omdat het uit vrijwel alleen democratische benoemingen bestond; het Supreme Court in Washington telde weer een overmaat aan (conservatieve) republikeinen. Enzovoorts en zo verder.

Discretie

De rechtstheoretische implicaties van dit mechanisme van voortdurende verdenking kwamen duidelijk tot uitdrukking in de controverses rondom de ‘discretie’ van ambtsdragers en rechters. Hoewel ambtsdragers zich in hun beslissingen gebonden weten aan allerlei politieke en juridische normen, komt aan hen toch noodzakelijk ook altijd een zekere vrije, niet door zulke normen bezette ruimte toe. Deze onomschreven ruimte noemen we discretie. Een escalatieproces zoals zich dat in de Verenigde Staten voordeed, vertoont een nagenoeg onafwendbare neiging deze discretionaire ruimte te vernietigen.

De eerste situatie waar het probleem van de vernietiging van discretie duidelijk naar voren kwam was de confrontatie tussen lokale rechter Terry Lewis en *secretary of state* (hoogste ambtenaar van de staat) Katherine Harris. Harris, een trots en fervent republikeinse, kondigde aan niet van zins te zijn verkiezingsresultaten te accepteren die ten gevolge van (tijdverslindende) handmatige hertelling verlaat zouden binnenkomen. Zij stelde dat de wet haar daartoe discretie verleende. Dat haar hier enige discretie toekomt, is op zichzelf niet vreemd. Iemand moet uiteindelijk beslissen wat te doen met uitslagen die formeel te laat binnenkomen. Verwarrend was echter de onsystematische manier waarop de wet de termen *may* en *shall* gebruikte in de omschrijving van die discretie.

Verwarrend, maar niet geheel onbegrijpelijk. Discretie heeft immers aspecten van beide. Het vraagt om het uitoefenen van oordeelsvermogen waarin overwegingen als individuele en maatschappelijke belangen, maatschappelijke en politieke doelen, en maatstaven met betrekking tot moraal en rechtvaardigheid een rol spelen. Enerzijds komt de betrokken functionaris, zoals Katherine Harris, ruimte toe om een eigen (en dus aanvechtbaar) oordeel te vormen; anderzijds is er geen duidelijke

lijk criterium voor afbakening van deze ruimte, en kunnen rechters dus tot verschillende (en dus ook weer aanvechtbare) oordelen komen over misbruik van discretie.

Rechter Lewis bevestigde dat de wet aan Harris discretie verleende. Zij moest die echter uitoefenen met ‘due consideration of all relevant facts and circumstances consistent with the sound exercise of discretion’. De wet, zo lichtte hij toe, streeft immers altijd naar een evenwicht tussen accuratesse en finaliteit. Onverkort vasthouden aan de deadline, zei Lewis letterlijk, zou geen invulling van discretie zijn, maar een ongedaan maken (*abdication*) daarvan.

Deze uitspraak was zorgvuldig en (mijns inziens) correct. De rechter interveenieert zo min mogelijk in het politieke proces; beslissingen worden zo veel mogelijk overgelaten aan de geëigende lokale democratische instanties. Benadrukt wordt dat die wel in redelijkheid moeten handelen, dat wil zeggen met inachtneming van de balans die de wet zoekt. Een aantal van de bepalingen die in dat kader aandacht verdienen, wordt expliciet genoemd, maar niet expliciet als richtlijn geformuleerd.

Op grond van snel uitgevaardigde richtlijnen verwierp Harris vervolgens alle verlate verkiezingsuitslagen. Rechter Lewis meende dat zij zijn richtlijnen voldoende in acht had genomen. Het Florida Supreme Court oordeelde daarover echter op 21 november anders. Tussen twee wettelijke bepalingen die met elkaar strijden - de ene verplicht (onder omstandigheden) tot handmatige hertelling van stemmen, de andere maakt dit feitelijk onmogelijk - moest volgens het hof een compromis worden gevonden, in plaats van een radicale keuze te maken voor de een of de ander, zoals Harris had gedaan. Daarom verplichtte het hof de *secretary* de hertellingen alsnog te accepteren, althans zolang deze binnen een redelijke termijn konden worden voltooid. Het hof bepaalde die termijn op 26 november.

Zoals te verwachten, kwamen vanuit de Bush-gelederen bittere verwijten dat het hof zijn boekje te buiten ging en ‘de wet herschreef’. Het U.S. Supreme Court, het allerhoogste gerechtshof van het land, boog zich vervolgens (op 1 december) over deze kwestie. Had het hof te Florida zich (‘passief’) beperkt tot het ontwarren van tegenstrijdigheden in het bestaande recht, of had het (‘actief’) het recht naar eigen inzicht veranderd? Met andere woorden, had men politiek bedreven in plaats van recht gesproken?

Begin selen

De belangrijkste overweging in het arrest van het hof te Florida, lijkt mij, is het beroep op ‘the will of the people’. ‘The fundamental purpose of election law’, schreef het hof, ‘is to facilitate and safeguard the right of each voter to express his or her will in the context of our representative democracy’. Het negeren van de *late returns* was geen gepaste uitoefening van discretie, omdat het in feite de kiezers hun kiesrecht ontnemt. Het hof stelt hier dus democratische betekenis van de wil van de Floridase kiezers (van de president) boven die van hun (lokale) volksvertegenwoordiging; hiervoor beriep het zich op eigen jurisprudentie en op de grondwet van de staat Florida.

Tijdens de mondelinge behandeling van de zaak voor het U.S. Supreme Court suggereerde rechter Antonin Scalia, een door Reagan benoemde intelligente ultraconservatief, een radicaal tegenovergestelde visie. Hij wees erop dat volgens artikel 2, section 1 van de U.S. Constitution alle macht over aanwijzing van de kiesmannen toevalt aan de volksvertegenwoordiging in de staten. Daar staat namelijk dat ‘each state shall appoint, in such manner as the legislature thereof may direct, a number of electors (...)’. Een beroep op de rechter zou niet mogelijk zijn. Sterker nog, ook al zou Gore alsnog tot winnaar van de verkiezingen worden uitgeroepen, dan kon de Floridase wetgever dit resultaat straffeloos terzijde stellen en naar eigen goeddunken kiesmannen aanwijzen. De ultieme consequentie van Scalia’s suggestie is dat presidentsverkiezingen niet eens nodig zijn; en als ze toch worden gehouden, kan de wetgevende macht in de staten ze compleet negeren. Overigens werd de constitutionele bepaling die de wetgevers in de staten op dit gebied suprematie verleent destijds door de zuidelijke (slavenhoudende) staten afgedwongen onder dreiging dat zij anders de constitutie niet zouden ondertekenen.

Maar net als alle andere politieke en juridische actoren kon ook het hoogste gerechtshof van het land inmiddels nauwelijks nog gezag doen gelden. Enerzijds zou het hof, met zijn meerderheid aan door republikeinse presidenten benoemde rechters (waarvan twee zelfs door vader Bush benoemd), waarschijnlijk het liefst George W. Bush in het zadel helpen. Anderzijds zou het hof zich het liefst aan de politieke intriges onttrekken, mede vanuit het beginsel van machtenscheiding. Vandaar de lamme uitspraak die een dag later kwam: niemand werd in het gelijk gesteld, maar het Florida Supreme Court moest nog maar eens uitleggen aan welke bron het zijn gezag in deze zaak precies ontleende. Hoe laf de uitspraak ook was, de juridische dreiging was duidelijk: mocht het hof van Florida zich in zijn herformulering op enig constitutioneel beginsel beroepen, dan kon het landelijk hooggerechtshof daar Scalia’s theorie tegenover plaatsen.

In een dramatische beslissing met vier stemmen tegen drie besloot het Florida Supreme Court op vrijdag 8 december dat de *undervotes* (niet machinaal telbare stemmen) opnieuw moesten worden geteld. In héél Florida zelfs, en liefst binnen twee dagen. In haar motivering had het hof inderdaad alle mogelijk moeite gedaan om haar standpunt niet te beargumenteren in termen van constitutionele beginselen (wat constitutionele toetsing impliceert), maar in termen van constructie van wettenrecht (waarbij geen constitutionele toetsing nodig is). De verdeeldheid van het hof van Florida was overigens niet primair inhoudelijk. Alleen de voorzitter uitte sterke inhoudelijke bedenkingen. De twee andere *dissenters* hadden vooral praktische bezwaren; zij meenden dat een hertellingsprocedure eenvoudig niet op tijd afgerond zou kunnen worden.

Wél volledig politiek verdeeld was het bevel van het U.S. Supreme Court, nog geen dag later, om het tellen te staken. Zelfs deze voorlopige order bevatte al (hoogst ongebruikelijk) een *concurring* en een *dissenting opinion*, waarin rechters Scalia en Stevens met elkaar op de vuist gingen over de vraag met welk gezag het Supreme Court zich ei-

genlijk met deze zaak bemoeide. De finale uitspraak van het *Supreme Court*, drie dagen later, was al helemaal een klassiek *testimonium paupertatis*, het ultieme resultaat van een politiek-constitutioneel systeem in crisis. De uitspraak had letterlijk kop noch staart; lezers moesten de hele tekst van zeventig pagina's doorworstelen om uit te vinden wat er nu eigenlijk was beslist en door wie. Zelfs het feit dat het hof opnieuw met vijf tegen vier verdeeld was (de vijf wederom allen door Reagan of Bush benoemde rechters), kon slechts met moeite uit de tekst worden opgemaakt. Uiteindelijk bleek de meerderheid tot twee conclusies te zijn gekomen. De eerste, praktische conclusie hield in dat voor verder hertellen nu geen tijd meer was, een probleem dat de rechters natuurlijk in de eerste plaats zelf hadden gecreëerd, of in ieder geval op de spits gedreven. Qua principiële argumentatie wist men niets beters te bedenken dan dat het gebrek aan uniforme normen bij handmatige telling een inbreuk vormde op de 'gelijke bescherming der wetten'. Naar algemene overtuiging is dit wel de minst overtuigende van alle mogelijk relevante constitutionele bepalingen. Want als er iets duidelijk was gemaakt in alle commotie rondom Florida, dan was het wel dat ook de 'reguliere' verkiezingsprocedure daar op alle mogelijke manieren een schending vormde van dit gelijkheidsprincipe. Hetzelfde zou ook gezegd kunnen worden van het systeem van kiesmannen, en van het districtenstelsel. Nog daargelaten dat aanzienlijke delen van de bevolking sowieso op twijfelachtige gronden van het kiesrecht zijn uitgesloten, zoals (in veertien staten, waaronder Florida) iedereen die ooit strafrechtelijk veroordeeld is geweest.

Oorsprong

Terug naar de inzet van de strijd. Het conflict tussen het Florida *Supreme Court* en het federale hof in Washington spitste zich uiteindelijk toe op de kwestie van beginselen. In het bijzonder stond het beginsel van volkssoevereiniteit van het Floridase hof tegenover Scalia's beginsel van soevereiniteit van de wetgever in de staten. Indien succesvol, kan de verwijzing naar zo'n beginsel de politiek-juridische escalatie doen stoppen. Maar beginselen zijn natuurlijk zelf weer omstreden. Wie kan of mag ze vaststellen? Behoren ze eigenlijk wel tot het recht? Kan een constitutie daarover iets bepalen?

Een beter begrip van de machtsstrijd tussen de rechters vereist dus een beter begrip van de rol van beginselen in de juridisch-constitutionele orde. Beginselen zijn eigenlijk, zoals hun naam al aangeeft (vergelijk ook het Engelse *principles*), representanten van een begin of oorsprong. Het zijn 'indicaties' van een oorsprong, die zelf noodzakelijk onbepaald en onbepaalbaar is. Maar onze oordelen vooronderstellen wel altijd een 'uiteindelijke' bepaling van die oorsprong. Dat geldt op allerlei gebieden: de oorsprong van het heelal, het leven, de mens, de subjectiviteit ... wat niet. Wat kan of moet er gezegd worden over de oorsprong van de rechtsorde, of breder gezegd de politiek-constitutionele orde?

Ik wil hier vier mogelijke standpunten over deze kwestie bespreken. Daarbij ga

ik in eerste instantie te rade bij de controversiële rechtstheoreticus Carl Schmitt, wiens werk de laatste jaren weer sterker in de belangstelling is geraakt (vergelijk De Wit 1992, Mouffe 1993). Maar ik zal ook laten zien dat de vier standpunten die achtereenvolgens in Schmitts werk zijn te onderscheiden, tevens ijkpunten vormen in de hedendaagse rechtsfilosofische discussie.

Schmitts tijdgenoot Walter Benjamin stelde in zijn essay *Zur Kritik der Gewalt*, uit 1921, ook al aan de orde dat de vraag naar de ‘oorsprong’ van een politiek-constitutionele orde ook en vooral een vraag is naar de beheersing van het ‘geweld’ dat in die oorsprong verborgen ligt (Benjamin 1965, 41; vergelijk Hanssen 2000, hoofdstuk 1). Schmitt brengt dit thema tot uitdrukking in de notie van de ‘uitzonderingstoestand’ (Norris 2000, 18-20; Agamben 1995, hoofdstuk 1). Dit is precies het soort situatie die zich in postverkiezings-Amerika voordeed: een situatie waarin een altijd potentieel in de politiek-constitutionele orde aanwezige spanningsverhouding wordt geactualiseerd, die vervolgens in een onbeheersbaar proces van destabilisatie die orde van binnenuit splijt en uiteindelijk zelfs te gronde richt. Die spanningsverhouding is uiteindelijk onbeheersbaar, omdat zij aanwezig is zowel in de ‘oorsprong’ van de constitutionele orde zelf (die immers een ‘sprong’ impliceert) als in ieder ‘oordeel’ dat het destabilisatieproces zou kunnen bezweren (omdat het oordeel, of nog duidelijker in het Duits *Ur-teil* zelf een onherleidbaar splitsingsproces is). Meer in het algemeen noemen we zo’n destabilisatieproces dat niet zijn eigen opheffing kan genereren, een crisis.

Schmitt kwam - heel in het kort samengevat - successievelijk tot de volgende vier antwoorden op de crisisproblematiek (vgl. Thornhill 2000, 64-72). Ten eerste: dictatuur. In zijn vroege werk *Die Diktatur* (1922) had Schmitt hier in het bijzonder het oog op de Romeinse institutie van dictatuur, waarbij het gaat om de oplossing van een specifieke, dringende kwestie: ‘iemand moet de knoop doorhakken’ (McCormick 1997, 123). Overigens is het heel goed denkbaar dat deze dictatoriale geste plaatsvindt in de geest van het positieve recht, dat wil zeggen, aansluitend bij ‘de morele wereldvisie van het volk’. Ten tweede: politieke theologie. De ultieme beslissing is politiek in die zin dat ‘soverein is, wie over de uitzonderingstoestand beslist’, de beroemdste zin uit *Politische Theologie* (1924). Maar zo’n beslissing moet ook zijn verbonden aan ‘sprituele ideeën en gezagsystemen die zulke ideeën bevestigen en representeren’, een theologische of morele eis. Identificatie van een (rechts)beginsel is dan dus een kwestie van politieke moraal.

Schmitts derde antwoord was puur politiek. In *Der Begriff des Politischen* draait de politiek-constitutionele orde om het onderscheid tussen vriend en vijand. Dit onderscheid kenmerkt volgens Schmitt nu ‘de ontologische facticiteit en de autonomie van het politieke’; de beslissing wie vriend is en wie vijand, is louter politiek. Of nog iets radicaler gezegd, het identificeren van een vijand produceert eenheid en homogeniteit van een gemeenschap. Dit zouden we een volledig politieke (posttheologische) vorm van ‘verlossing’ kunnen noemen. Schmitts vierde en laatste antwoord behelst, opvallend genoeg, een constitutionele vorm van decisionisme. In zijn *Verfas-*

sungslehre van 1928 stelt hij dat de constitutie een collectieve, 'ontologische' beslissing representeert omtrent vorm en ordening van een nationaal politiek systeem; een beslissing dus die nooit expliciet 'genomen' wordt, maar zich 'toont' of realiseert in de constitutionele praktijk.

Schmitts eerste antwoord, 'de knoop moet doorgehakt', komt overeen met de opvatting van rechterlijke discretie zoals we die vinden bij het rechtspositivisme. Herbert Hart bijvoorbeeld is van mening dat beginselen in het recht worden 'geïmporteerd', waartoe aan de rechter noodzakelijk 'discretie' toekomt (vergelijk Van Oenen 1994, 29-32). Daaruit volgt logisch, of dogmatisch, dat dit alleen in zeldzame, uitzonderlijke situaties plaatsvindt, anders zou recht immers zijn eigen aard, en daarmee zijn gelding, verliezen. Dat is dan ook precies de conclusie die radicale critici, zoals die van de *Critical Legal Studies*-beweging, trekken (vergelijk Altman 1989). Als een oordeel maar grondig genoeg wordt aangevochten, menen de kritische juristen, komt er altijd een moment waarop alleen een politiek oordeel nog de doorslag kan geven. Politiek betekent dan: niet (meer) beslisbaar door verwijzing naar enig ander of hoger gezag. Politieke conflicten zijn met andere woorden existentiële conflicten, maar dan op collectief in plaats van individueel niveau. CLS-theoretici sluiten zo aan bij Schmitts derde opvatting over de oplossing van 'crises'.

Tussen deze twee 'extreme' standpunten vinden we de twee andere, meer 'ambigue' opvattingen. Ten eerste de opvatting dat controversiële rechtsoordelen moeten berusten op beginselen van politieke moraal, een standpunt dat we ook bij Ronald Dworkin vinden (zie Van Oenen 1994). Dworkin meent dat bepaalde beginselen van politieke moraal de rechter (of een andere ambtsdrager belast met uitlegging en toepassing van de wet, zoals *secretary Harris* in Florida) in zijn of haar discretie beperken, omdat ze tot het geldend recht (lees: de constitutie) moeten worden gerekend. Beginselen spelen zo een heel dubbelzinnige rol in de vraag naar gelding van recht. Aan de ene kant ontlenen ze hun bindende kracht louter aan hun 'tot het recht behoren', en daarmee aan de gelding van recht. Maar aan de andere kant is voor een coherente of begrijpelijke interpretatie van datzelfde recht een standpunt over de inhoud van deze beginselen nodig. Wat geldend recht is, hangt dus zelf weer af van interpretatie van beginselen, en die interpretatie is noodzakelijk controversieel. Samengevat: om recht te vinden is een opvatting van politieke moraal nodig (een 'beginsel'), maar dat beginsel moet zelf al tot het recht behoren.

De laatste oplossing houdt in dat de remedie voor een crisis van de constitutie de constitutionele praktijk zelf is, een opvatting die aan het werk van Stanley Fish doet denken. Fish meent, met Dworkin en de CLS, dat de (interpretatieve) rechtspraktijk ons tot voortdurende onzekerheid over de gronden van het recht leidt. Hoewel beginselen tot het recht kunnen behoren, bestaat er geen ultieme 'grond' om dat te bepalen (contra Dworkin), noch enige wijze om de 'importbevoegdheid' of discretie van de rechter in deze te bepalen of beperken (contra Hart). Fish concludeert hieruit dat theorieën over die bepaling of beperking noodzakelijk louter retorisch zijn (vergelijk Fish 1989, 91e.v., 368e.v., 383e.v.). Dit is echter niet erg, want met een wittgen-

steiniaanse beweging stelt Fish dat praktijken zichzelf reguleren; zij bevatten de ('vanzelfsprekende') aanwijzingen voor hun eigen voortzetting. De situatie is kortom 'hopeloos, maar niet zorgwekkend'.

Crisisinterventie

Het belangrijkste kenmerk van een crisissituatie is dat de vraag naar beginselen van de politiek-constitutionele orde acuut wordt, zij escaleert en wordt tot een halszaak. Beginselen kunnen we in dit kader het best begrijpen als het soort vage normativiteiten die we produceren in de onvermijdelijke maar uiteindelijk vruchteloze poging om de 'oorsprong' (respectievelijk 'bron', 'fundering') van de politiek-constitutionele orde te expliciteren. Verwijzing naar beginselen is aldus een 'wijze van denken en leven' met 'restdecisionisme' en juridische onbepaaldheid, zoals Hent de Vries (2000, 49) het uitdrukt. Beginselen zijn dus een product van oorsprongsexploratie, niet in de zin natuurlijk dat ze letterlijk of werkelijk bij de oorsprong te vinden zouden zijn, maar eerder een soort gissingen of conjecturen die ons idee van wat de oorsprong is metonymisch representeren. De constitutionele crisis draait dan ook onvermijdelijk om de vraag naar aard en herkomst van die beginselen; een vraag die hoge rechtscolleges moeten oplossen, wil hun 'crisisinterventie' succesvol zijn.

De oorsprong kan echter zoals gezegd niet werkelijk geëxploreerd worden, en de vraag dus niet rechtstreeks beantwoord. Rechters moeten daarom, of zij zich dit realiseren of niet, hun toevlucht nemen tot een truc of kunstgreep, een wending die niet binnen het kader van het (constitutionele) recht zelf kan worden gerechtvaardigd. De vier hierboven onderscheiden posities representeren vier manieren om zo'n kunstgreep toe te passen. Ik wil dat in de rest van dit artikel verder illustreren, mede aan de hand van een alombekend model van rechtspraak: het Salomonsoordeel. Omdat de essentie van dit oordeel mijns inziens gewoonlijk wordt misbegrepen, zal ik hieronder eerst uiteenzetten wat de eigenlijke crux ervan is, en vervolgens hoe de vier genoemde posities omtrent discretionair oordelen en (dus) 'oorsprongsexploratie' hieraan uitdrukking geven.

In het fameuze Salomonsoordeel (1 Koningen 3) claimen twee vrouwen de ware, dat wil zeggen natuurlijke moeder van een baby te zijn en vragen koning Salomo om een oordeel. Gewoonlijk wordt zijn oordeel uitgelegd als een geraffineerde truc om de ware moeder vast te stellen: de ware moeder toont zich in de bereidheid het belang van het kind boven het eigenbelang te stellen. Ik wil echter een alternatieve beschrijving van zowel de casus als de oplossing voorstellen. De casus representeert mijns inziens het oorsprongsdilemma pur sang. De onherleidbare ambiguïteit echte/onechte moeder is de vorm van ieder oorsprongsdilemma. Echte en onechte moeder kunnen worden onderscheiden, maar niet worden gescheiden.

Een crisissituatie is echter precies de situatie waarin zich, naar aanleiding van een praktisch dilemma, een onweersaanbare drang vormt om de essentiële ambiguïteit van een oorsprong te ontkennen en deze oorsprong eenduidig 'vast te stellen'. Een

controverse over moederschap of presidentschap creëert bij uitstek zo'n drang (in het geval van het Salomonsoordeel overigens nog eens symbolisch versterkt door het gegeven dat beide vrouwen prostituees zijn, zodat niet alleen het moederschap maar ook het vaderschap radicaal onzeker is). In beide gevallen lijkt de enige 'billijke' oplossing letterlijk een scheiding te forceren. De enige manier om de radicale ambiguïteit van de oorsprong op te heffen en haar 'vast te stellen' berust in een scheiden of klieven ervan.

Nu zijn kiesmannen misschien nog deelbaar (hoewel, vijftwintig?), maar het presidentschap zelf natuurlijk niet. Dit is symbolisch weergegeven in het Salomonsoordeel: de beslissing om de omstreden baby letterlijk te halveren, laat zien dat deze 'oplossing' de betwiste zaak het leven niet redt, maar juist ontnemt. Overigens, een levende baby als object dramatiseert natuurlijk de kwestie, maar is niet wezenlijk nodig om het probleem te stellen. Het klieven van de oorsprong doodt altijd de geest van de zaak. Zoals men in het recht zegt: de zaak wordt tot een dode letter.

Maar waarom kunnen we het oordeel van Salomo niet louter als een truc beschouwen om de ware moeder te identificeren? Daarvoor zie ik twee redenen. Om te beginnen lijdt Salomo's procedure aan hetzelfde probleem als de verkiezingstvist in Amerika: de partij die het meest om de zaak geeft, komt onder ondraaglijke druk te staan deze op te geven. Dit is een onwenselijke vorm van morele chantage. Ten tweede - en belangrijker - wordt in deze lezing de structuur van Salomo's uiteindelijke oordeel, zijn beslissing om de uitslag alsnog om te draaien, misbegrepen; het oordeel wordt in de verkeerde richting gelezen. Salomo's test 'identificeert' niet de echte moeder. Hij impliceert het (rechts)oordeel dat de genadige vrouw de echte moeder is; niet het (morele) oordeel dat de echte moeder genadig is. Deze 'wisseltruc' vormt de crux van het Salomonsoordeel. Louter wanneer men het rechtsoordeel misbegrijpt als een moreel oordeel, wordt het breed geaccepteerd. Werkt deze wisseltruc niet, dan leidt het oordeel louter tot verbittering en verdeeldheid. Zie de republikeinen in Amerika, die onder aanvoering van partij-ideoloog Marvin Olasky het *post facto* omkeren van de uitslag verbeten betitelden als 'stealing the election' (Lau 2000, 49-50).

Het Salomonsoordeel is dus niet wat het lijkt. Door een rechtsoordeel te laten doorgaan voor een feitelijk oordeel, een oordeel *de jure* voor een oordeel *de facto*, zet het eigenlijk slechts weer de zoveelste stap in het voortdurende pingpongspel tussen deze twee posities, dat inherent is aan de toestand van crisis. Maar de ware kracht van het oordeel schuilt in zijn vermogen de perceptie ervan als louter weer een volgende stap in het spel te verhinderen. Dit is de eigenlijke 'crisisinterventie'. Deze behelst niet het 'opheffen' van ambiguïteit in de zin van 'doen verdwijnen', maar in de zin een 'bezwering' ervan. Daarvoor is een 'wisseltruc' nodig. Dat wil zeggen, crisisinterventies bevatten of impliceren noodzakelijkerwijs een verhaal dat in staat is 'de ban te breken'. De crisis wordt bezworen door de radicaliserende ambiguïteit in een andere context te stellen en daardoor zijn escalerende werking te doorbreken. Dit geschiedt - en kan alleen geschieden - door een radicaal en plots proces van vergeten, of verdringen, van de context waarin de zetten tot dan toe waren gepercipieerd. Het spel wordt gestaakt (of misschien derridiaans beter gezegd, 'opgeschort', en daarmee ook weer opnieuw gestart).

In de ban van het recht

De eerder besproken vier posities met betrekking tot discretie en beginselen weer- spiegelen de verschillende aspecten van de crisislogica en de wijze waarop de ‘ban’ daarvan kan worden gebroken. De eerste positie (Hart, Schmitt I) stelt terecht dat het wezenlijk een import-exportprobleem betreft: een externe bron krijgt opeens interne status en kracht. Het is noodzakelijk om beginselen van elders naar binnen het recht te importeren, hoewel daarvoor geen vaste criteria (kunnen) bestaan. De rechter heeft ‘discretie’. Het is natuurlijk wel opvallend dat juist in de meest cruciale kwesties de oplossing moet komen van extrajuridische normen waarover verder geen verantwoording kan worden afgelegd. Zeker wanneer de rechter niet kan aansluiten bij ‘onder de bevolking breed gedeelde overtuigingen’, het criterium dat bij Hart nog het meeste houvast biedt (maar ook dan nog geformuleerd moet worden in termen van ‘rechterlijke deugden’, niet van verplichtingen of normen). Zoals het geval was bij de Amerikaanse verkiezingen, waar behalve politieke en juridische instanties ook de bevolking zelf volstrekt in twee kampen verdeeld was (hoewel overigens meer sociaal dan politiek, wellicht een crisisdempende factor).

De kracht van het idee van discretie is daarom eigenlijk juist het inzicht dat de oplossing alleen maar van buiten kan komen: een externe, in wezen mysterieuze kracht. In de beperkte zin waarin Carl Schmitt het bedoelde is de term ‘dictatuur’ daarvoor nog niet zo slecht. Relevant is hier ook het inzicht dat de grondlegger, bijvoorbeeld in de theorie van het sociaal contract, niet toevallig bij voorkeur een vreemdeling is (vergelijk Strong 1994, 160 e.v.; Weber 1992, 248). In haar analyse van funderingsmythen bij Freud en Rousseau schrijft Bonnie Honig (2000):

‘Freud meende (in Mozes en het monotheïsme) dat de Israëlieten de wet als vreemdend en van buitenaf opgelegd beschouwden omdat de tafelen aan de Israëlieten werden overhandigd door de Egyptenaar Mozes. Maar het is juist vanwege het “vreemde” en opgelegde karakter van de wet dat het verhaal over de oorsprong ervan er een moet zijn waarin het een Egyptenaar is -een vreemdeling- grondlegger - die de tafelen aan de Israëlieten overhandigt.’

Met andere woorden, het gehoorzamen aan de eigen ‘collectieve wil’ is eigenlijk iets vreemds en vervreemdends, en daarom wordt het wetgevend gezag ervaren als weliswaar sympathiek maar noodzakelijk ‘extern’, ‘van buiten’. Een vergelijkbare gedachtegang vinden we bij Giorgio Agamben, die grondslag en oorsprong van de wet perfect gerepresenteerd ziet in Kafka’s beroemde parabel *Voor de wet*. De wet geldt zolang (en omdat) de ‘soeverein’, de ‘gever’ van de wet, vreemdeling blijft, dus zelf geen toegang heeft tot de wet (Agamben 1998, 70).

Natuurlijk zijn er vervolgens verhalen die het aan de vreemdeling toegekende gezag rationaliseren: de ‘funderingsmythen’ waarnaar Honig verwijst, waarvan het moeilijk te zeggen is of ze ‘aansluiten’ bij breed gedeelde overtuigingen of dat ze

zulke overtuigingen juist zelf creëren. Een typisch voorbeeld van zo'n mythe is de bovenmenselijke wijsheid en goedheid die men in de Verenigde Staten toeschrijft aan de eigen constitutionele grondleggers, de *Founding Fathers*. Dworkins theorie nu zoomt in op dit aspect van rationalisatie. Verhalen over (rechts)beginselen ontleen volgens hem hun overtuigingskracht aan de wijze waarop ze de pointe van de politiek-constitutionele orde weten te articuleren. Dworkin heeft denk ik gelijk dat dit in de aard ligt van waardevolle 'funderingsmythen', ofwel constructies van rechtsbeginselen, ofwel invullingen van discretie. Denk aan de kritiek van het Florida Supreme Court op de invulling die Katherine Harris gaf aan haar discretie. Die invulling vond het hof te weinig geïoriënteerd op strekking en 'geest' van de wet, zoals het beginsel van volkssoevereiniteit en dat van 'alle stemmen tellen'. Maar ook de kritiek die het U.S. Supreme Court vervolgens richtte aan het Floridase hof vraagt naar een nadere specificatie van het gezag waarop dat hof zich in zijn oordeel baseerde. Daarmee was wel een *catch-22* opgesteld, omdat het hof in feite werd bevolen de beginselen van de eigen rechtsopvatting te formuleren zonder daaraan constitutionele consequenties te verbinden.

Dworkins benadering is dus waardevol in zoverre zij erop wijst dat oorsprongsverhalen, of funderingsmythen, noodzakelijk trachten een rationele pointe te construeren voor de ultiem externe of 'vreemde' aard van constitutioneel gezag. Wanneer zulke verhalen echter omstreden raken - dat wil zeggen wanneer ze er werkelijk toe gaan doen - zoals in een crisis, blijkt dat geen enkele pointe voldoende overtuigingskracht heeft om de ontstane verdeeldheid op te heffen. Het zwaartepunt in de 'constructies van politieke moraal' verschuift dan onvermijdelijk van moraal naar politiek. Of, zoals Schmitt (III) het uitdrukte, de perceptie geschiedt steeds nadrukkelijker in termen van 'vriend' of 'vijand'. We kunnen dit zelfs begrijpen als een radicalisering van de dialectiek van vreemdheid en eigenheid die bij de eerste positie ter sprake kwam. Het 'vreemde' of 'oneigenlijke' (beter is het Engelse *alien*) karakter van de constitutionele oorsprong wordt dan als verwijt gericht op of geprojecteerd in de tegenpartij. De ultieme consequentie hiervan is een burgeroorlog. In minder ultieme omstandigheden is de consequentie de realisatie dat het winnen van een constitutioneel pleit geen kwestie meer is van wel of niet gelijk hebben, van een betere of slechtere moraal, maar eenvoudig iets arbitrairs, een kwestie van macht. Bijvoorbeeld, in de Amerikaanse verhoudingen, hoeveel rechters van de eigen politieke 'kleur' er in het Supreme Court zijn benoemd.

Volgens de vierde positie ten slotte behelst het idee van een 'constitutie' precies de institutionele vormgeving, en daarmee in zekere mate 'beheersing', van de radicale en onophefbare onzekerheid van de oorsprong van de politiek-juridische orde. De constitutie kan politieke conflicten niet voorkomen of wegnemen, maar wel een (procedurele) orde beschrijven die daarop een dempende werking heeft. De constitutie zouden we vanuit dit perspectief een bezweringsformule kunnen noemen.

De bezwering in Amerika was in zoverre succesvol dat de 'aanvaarding' van de laatste uitspraak van het Supreme Court de acute crisissituatie deed verdwijnen. Die

crisis is echter maar heel gedeeltelijk bezworen. In al zijn gebrekkigheid, verdeeldheid en partijdigheid kan de uitspraak van het Supreme Court nauwelijks nog de illusie hooghouden dat de crisisbezwering werkelijk van constitutionele aard was. En in zoverre dat nog lukte, kwam dat waarschijnlijk juist doordat vrijwel niemand nog moed of zin had het arrest werkelijk te lezen. De ontstane rust weerspiegelt dan ook niet zozeer een hervonden consensus of politieke grootmoedigheid, als wel de stilte voor een nieuwe storm. In de toekomst zal er maar weinig nodig zijn om de nu latente crisis weer actueel te maken. Nóg gretiger dan voorheen zullen partijen naar juridische middelen grijpen om hun politieke conflicten uit te vechten, en nóg sneller zullen zij bereid zijn om juridische oordelen politiek verdacht te maken.

Deze implicaties moeten we nadrukkelijk in gedachten houden bij de appreciatie van de opvatting van Fish (maar ook van Hart) dat een ultieme rechtsnorm eenvoudig bestaat uit een beschrijving van het gedrag van ambtsdragers. Deze opvatting is weliswaar verhelderend, maar toch een net iets te pragmatistische reductie van het probleem van het rechtsoordeel. Door enig (gezaghebbend) oordeel wordt weliswaar de essentiële ambiguïteit van de crisissituatie ‘opgeheven’, maar de ‘externaliteit’ ofwel onherleidbaarheid van het oordeel produceert onmiddellijk een nieuwe destabilisatie (vergelijk Spivak 1999, 323). De ambiguïteit wordt daarmee in een dialectische zin ‘opgeheven’, dat wil zeggen, via verzoening op een ander niveau gereproduceerd. Stanley Fish had dit principe al uiteengezet in zijn boek uit 1967 over Milton, waarin hij laat zien hoe *Paradise lost* een soort verstoppertje speelt met de lezer om zo de onvindbaarheid van God onder de aandacht te brengen: ‘Milton verontrust de lezer met opzet, om hem te dwingen de juistheid van zijn antwoorden te betwijfelen en hem tot het inzicht te brengen dat zijn onvermogen om het gedicht te lezen met enig vertrouwen in zijn eigen perceptie de focus ervan is’ (Fish 1967, 4).

Voortbouwend op Schmitt stelt Giorgio Agamben deze ambiguïteit centraal in het denken over soevereiniteit en constitutionaliteit. De norm wordt geconstitueerd door wat zij uitsluit; anders gezegd, de norm bestaat doordat zij het uitgesloten niet ‘opheft’, maar ‘opschort’ of ‘oplost’ in de zin van ‘suspensie’, een gedachte die ook uitdrukking vindt in Jacques Derrida’s notie van *différance*. Deze suspense-manoeuvre is het ‘voedsel’ van het recht, zonder welk het een ‘dode letter’ zou zijn (Agamben 1998, 42). Agambens eigen favoriete term in dit verband is niet opheffen of uitstellen maar ‘verbannen’: het recht bestaat door het uitbannen van zijn oorsprong en/of uitzondering, en is daarmee ‘in haar ban’ (vergelijk in het Engels: *aban-doned*) (1998, 44).

Het bestaan van een ‘normale’ toestand betekent dat de politiek-constitutionele orde erin slaagt datgene wat in haar ban zit te negeren of te verdringen. Een crisis kan echter ontstaan wanneer zulke mechanismen gaan disfunctioneren en de ‘ban’ in omgekeerde richting gaat werken. Denk aan de eenvoudige opdracht: in de komende minuut mag je overal aan denken, behalve aan een roze olifant. Als dat lukt, is de roze olifant in jouw ban (maar bestaat zij eigenlijk niet, omdat/zolang je er niet

aan denkt). Als het niet lukt (en dat is heel waarschijnlijk), ben je in de ban van de roze olifant. De beslissing in de 'uitzonderingstoestand', of de 'crisis', impliceert dus 'het breken van de ban' — dat wil zeggen, de ban is daarmee niet verdwenen, maar 'omgekeerd'. Het breken van de ban doet ons de roze olifant vergeten ... in ieder geval voor even.

Ojee

Niemand bij zinnen kan bewust de roze olifant vergeten, eraan denken niet aan zijn oorsprong te denken. Misschien was dit dan toch het inzicht van Salomo, en de werkelijke reden waarom zijn wijsheid in de Bijbel onmenselijk, dat wil zeggen 'de wijsheid van God' wordt genoemd (1 Koningen 3: 28). Salomo begreep dat het eigenlijke oorsprongsprobleem niet kan worden opgelost, en dat het streven daartoe onweerstaanbaar maar 'ijdel' is, noodzakelijk maar tot mislukken gedoemd. Het naar Salomo genoemde lied in de *Dreigroschenoper* (ook al zo'n jaren twintig product) vertolkt het zo: 'Dem Mann war alles sonnenklar, er verfluchte die Stunde seiner Geburt, und sah das alles eitel war.' Dat wil zeggen, zijn wijsheid zet Salomo ertoe aan zijn eigen oorsprong in de ban te doen.

Toegegeven, Brecht verweeft hier het verhaal van Salomo uit het boek *Koningen* stiekem met Predikers ijdelheidsinzicht en Jobs zelfvervloeking. Maar juist in zijn verdichting illustreert Brechts versie heel goed de onhoudbaarheid van de figuur van Salomo en de uiteindelijke onmogelijkheid van een gegronde, dat wil zeggen constitutionele crisisinterventie. Zulke interventies moeten we eerder zien als een bindende vorm van zelfbedrog, die noodzakelijk is voor het overleven van een gemeenschap. Instandhouden van de constitutionele orde vereist dat we deze vorm van zelfbedrog accepteren en accommoderen. Funderingsmythen zijn doorzichtig, maar ze willen ontmaskeren zou de ontluistering van de rechtsstaat betekenen. We hebben retorische middelen nodig om ons de grondeloosheid van de crisisinterventie, zoals die wordt gepleegd door een hooggerechtshof, te doen vergeten. De uitspraken van zulke instanties lijken daarom nog het meest op sprookjes van Moeder de Gans, voorgelezen aan de natie. Zo worden de Verenigde Staten en dit nobele hof gered ... ojee ojee ojee.

Literatuur

- Agamben, G. (1998 (1995)) *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, Pre-textos.
 Altman, A. (1989) *Critical legal studies*. Princeton, Princeton University Press.
 Benjamin, W. (1965(1999)) *Zur Kritik der Gewalt*. Frankfurt, Suhrkamp.
 Berkowitz, P. Nutty professors. *New Republic* 27 november 2000 (online-versie).

- Fish, S. (1967) *Surprised by sin. The reader in Paradise lost*. Londen, MacMillan.
- Fish, S. (1989) *Doing what comes naturally*. Oxford, Oxford University Press.
- Hanssen, B. (2000) *Critique of violence. Between poststructuralism and critical theory*. Londen, Routledge.
- Honig, B. Foundational myths in Rousseau and Freud. Paper voor APSA, Atlanta 1999 en CSPT 2000, Quebec. Te verschijnen als hoofdstuk 2 van: B. Honig *No place like home. Democracy and foreignness*. Princeton, Princeton University Press.
- Lau, J. (2000) Im Land der gerechten Sünder. *Die Zeit* 20 december, pp. 49-50.
- McCormick, J. (1997) *Carl Schmitt's critique of liberalism*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Mouffe, C. (1993) *The return of the political*. Londen, Verso.
- Norris, A. (2000) Carl Schmitt's political metaphysics. On the secularization of 'the outermost sphere'. *Theory & Event* 4, 1.
- Oenen, G. van (1994) *Conventie en rechtsintrige*. Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink.
- Oosterling, H. (2000) *Radicale middelmatigheid*. Amsterdam, Boom.
- Schmitt, C. (1963) *Der Begriff des Politischen*. Berlin, Duncker und Humblot.
- Spivak, G. (1999) *A critique of postcolonial reason*. Cambridge, Harvard University Press.
- Strong, T. (1994) *Jean-Jacques Rousseau. The politics of the ordinary*. Londen, Sage.
- Thornhill, C. (2000) *Political theory in modern Germany*. Oxford, Polity.
- Vries, H. de (2000) Horror religiosus. *Krisis. Tijdschrift voor empirische filosofie* 1, 4, pp. 41-53.
- Weber, S. (1992) In the name of the law. In: D. Cornell (e.a.) (red.) *Deconstruction and the possibility of justice*. Londen, Routledge, pp. 232-257.
- Wit, T. de (1992) *De onontkooikbaarheid van de politiek. De soevereine vijand in de politieke theorie van Carl Schmitt*. Ubbergen, Pompers (diss.).

Nb. De geciteerde Amerikaanse rechtspraak is te vinden op internet, bijvoorbeeld via www.find-law.com, of via jurist.law.pitt.edu.