
**DE GROENE
AMSTERDAMMER**

woensdag 19 oktober 2016

Het Supreme Court als verkiezingsitem

Machtiger dan de president



Amerika kiest op 8 november niet alleen een president, indirect beïnvloedt de kiezer ook de samenstelling van het Supreme Court. En daarmee de visie op controversiële onderwerpen.

door Frans Verhagen

IN DE FILM THE PELICAN BRIEF, naar de thriller van John Grisham, worden twee rechters van het Supreme Court vermoord. Een slimme studente die het niet vertrouwt, gespeeld door Julia Roberts, wordt bijna opgeblazen. Zelfs Hollywood heeft ontdekt dat rechters van het Amerikaanse Supreme Court grote invloed hebben. Misschien verklaart het Donald Trumps reactie toen in februari Antonin Scalia, de meest conservatieve en meest invloedrijke rechter in het Supreme Court, dood werd gevonden in een luxe resort in Texas.

Scalia, een levensgenieter, had er op kwartels gejaagd en een feestje bijgewoond. Toen hij de volgende ochtend niet opdook, ging iemand kijken in zijn suite, de grootste van het resort, genaamd El Presidente. Scalia lag in pyjama in bed, heel vredig en heel dood. Met zijn 73 jaar was Scalia jonger dan een aantal van zijn collega's. Volgens Trump, in zijn gebruikelijke samenzweringsmodus, leek het erop dat Scalia was vermoord. Was hij na de president niet de machtigste man van Washington? Had hij niet ergens gelezen dat de rechter was gevonden met een kussen op zijn hoofd? Niet dat hij iets wilde suggereren, oreerde Trump, maar was dat niet erg verdacht? *'Something is going on.'*

Trump's reactie was idioot zoals altijd. Maar hij had de klok horen luiden: Antonin Scalia was inderdaad de belangrijkste want de meest invloedrijke conservatief van Amerika, cruciaal geacht in het sturen van het Supreme Court naar zo conservatief mogelijke wateren. Nu zou president Obama de kans krijgen een vervanger te benoemen die deze erfenis kon frustreren. En inderdaad, terwijl progressieven zich moesten inhouden om niet in gejuich uit te barsten, maakten conservatieven geen geheim van hun treurnis. Scalia liet

een enorme leegte achter in de krappe conservatieve meerderheid in het Supreme Court die de Republikeinen wilden uitbouwen om tot in lengte van jaren te domineren.

De reactie van de Republikeinen was voorspelbaar, al was ze constitutioneel dubieus. De senatoren van die partij, wier toestemming noodzakelijk is om Scalia's vervanging goed te keuren, lieten meteen al weten dat ze Obama's voordracht, wie dat ook zou zijn, zouden boycotten. Ze claimden dat presidenten in hun laatste jaar geen rechters mogen benoemen. Ze weigerden daarom Obama's keuze, de gematigde Merrick Garland, zelfs maar te ontvangen, laat staan te stemmen over de voordracht, zoals hun grondwettelijke plicht is. Liever wachtten ze hun kansen af bij de presidentsverkiezingen, in de hoop dat ze in 2017 een verse conservatief zouden kunnen benoemen.

Daarmee werd de bezetting van het Supreme Court wat het behoort te zijn: een van de belangrijkste onderwerpen in deze presidentsverkiezingen. Gegeven de leeftijd van de resterende acht rechters zal de volgende president behalve de opvolger van Scalia waarschijnlijk nog twee of drie nieuwe rechters kunnen voordragen. Conservatieven én progressieven winden zich erover op: de samenstelling van het Hof is een belangrijk onderwerp voor beide omdat het Supreme Court een enorme invloed heeft op de manier waarop Amerika functioneert.

Ga maar na, tijdens het presidentschap van Obama moest het Supreme Court twee keer ObamaCare redden. Het Hof besloot ook dat het homohuwelijk legaal is en dat het recht op abortus niet kan worden uitgekleed op staatsniveau. In deze gevallen waren vijf van de negen rechters progressief te noemen, in andere zaken wonnen de conservatieven. Zo ondermijnde het Hof de Voting Rights Act van 1965 die discriminatie bij de stembus verbodt. De rechters, *justices* genoemd, gaven ondernemingen en instellingen met sterke geloofsachtergronden het recht om voorbehoedsmiddelen uit het ziektekostenpakket te halen. Veel belangrijker: in 2010 besliste het Supreme Court in de beruchte Citizens United-zaak dat de vrijheid van meningsuiting ook geldt voor

ondernemingen, wat in de praktijk betekent dat ze onbeperkt geld mogen besteden aan politieke campagnes. Misschien wel de meest omstreden uitspraak van het Hof in het recente verleden was Bush vs. Gore in 2000 toen het Supreme Court de facto de verkiezingen in Florida besliste, ten gunste van Bush.

Uitspraken van het Supreme Court zijn zelden zo concreet als die in 2000, meestal hebben ze door hun precedentwerking verstrekkende betekenis. Neem de abortuswet die de Republikeinen in 2013 in Texas hadden bedacht. Die onderwierp abortusklinieken aan de regels van een groot ziekenhuis, wat de kosten zo hoog maakte dat het aantal klinieken drastisch dreigde te dalen. Het zou abortus voor arme Texanen zonder de middelen om te reizen moeilijk maken. De wet werd afgewezen door de meerderheid van het Hof en daarmee werd voorkomen dat ook andere staten zulke wetten opstelden om het grondwettelijk recht van de vrouw om zelf te beslissen over abortus te ondermijnen.

HET SUPREME COURT speelt zo'n belangrijke rol in het Amerikaanse leven omdat elke wet, op federaal of staatsniveau, en elke uitspraak van een lager hof kan worden getoetst aan de Amerikaanse grondwet. Daardoor is het Hof het laatste redmiddel om rechten te beschermen of te verwerven, of te voorkomen of juist te bewerkstellingen dat bepaald beleid tot stand komt. Dat komt doordat de politiek controversiële onderwerpen, zoals abortus, de doodstraf, het homohuwelijk en in het verleden slavernij en segregatie, graag aan de rechters overlaat. Dit recht van toetsing aan de grondwet, *judicial review* genoemd, kennen veel andere landen niet (in Nederland is het expliciet verboden in de grondwet).

Over de interpretatie van de grondwet, die dateert uit 1787, bestaan grofweg twee opvattingen. De ene is dat de grondwet moet worden bekeken zoals de *founding fathers* hem hadden bedoeld, ze noemen dat *original intent* of *strict constitutionalism*. De andere is dat de grondwet een *living document* is dat moet

worden geïnterpreteerd en geherinterpreteerd in zijn tijd. Conservatieven hangen de eerste visie aan. Ze zeggen dat ze politiek buiten de rechtspraak willen houden.

In twee opzichten is dat onzin. Om te beginnen is de keuze voor de manier waarop je de grondwet interpreteert op zich een politieke keuze. Sterker nog, het recht op toetsing is juist door de rechters ingelezen, in 1803, tot grote ergernis van toenmalig president Thomas Jefferson, een van die founding fathers. Bovendien zijn er uiteraard talloze onderwerpen waarover de founding fathers nooit hadden nagedacht, zoals abortus, of onderwerpen waarover ze nogal onfrisse meningen hadden, zoals slavernij. Op de merites beschouwd lijkt de stellingname dat je een grondwet in zijn tijd moet interpreteren realistischer en praktischer. Sinds de jaren zeventig voeren conservatieven echter actief campagne tegen een Supreme Court dat volgens hen te activistisch is en een rol aanneemt die toebehoort aan de wetgevende macht, het Congres. Maar of ze het leuk vinden of niet, vaak moet het Supreme Court politieke knopen doorhakken, vooral als het Congres daarvoor wegloopt.

Zo werden sinds de negentiende en tot ver in de twintigste eeuw slavernij en segregatie door het Supreme Court gesanctioneerd. Pas in 1954 besloten de rechters dat het systematisch anders behandelen van zwarte Amerikanen in strijd was met de grondwet, althans tot resultaten leidde die het gelijkheidsbeginsel met voeten traden. Politici hadden die conclusie in de jaren vijftig, toen de Democratische Partij nog werd gedomineerd door racistische zuiderlingen, nooit kunnen nemen. Een tijdje werd de doodstraf niet toegestaan, daarna weer wel en daarna weer niet onder bepaalde omstandigheden. Wetten op het niveau van de staten gericht tegen voorbehoedsmiddelen, tegen sodomie, tegen abortus en tegen het homohuwelijk werden door het Supreme Court geaccepteerd totdat ze niet meer geaccepteerd werden. Nog in juli besloot het Hof dat president Obama met een *executive order* om miljoenen illegale Hispanics een pad naar burgerschap te geven zijn grondwettelijke bevoegdheid overschreed.

HET SUPREME COURT heeft negen leden – dat staat niet in de grondwet maar is vastgelegd in een gewone wet. Een van die negen is de *chief justice* die een coördinerende en sturende rol heeft om het groepsproces in goede banen te leiden. Tijdvakken worden genoemd naar die chief, het huidige Hof is sinds 2005 het Roberts Court, naar John Roberts. Soms is er sprake van een heel actief Hof, zoals het Warren Court, genaamd naar Earl Warren die van 1953 tot 1969 chief justice was en de *civil liberties*, de burgerrechten, flink uitbreidde. Zo stelde het Hof dat het recht op rechtsbijstand voor armen voortvloeide uit de grondwet, dat illegaal verkregen bewijsmateriaal niet kan worden gebruikt en dat iemand die gearresteerd wordt zijn rechten moet horen (zoals we allemaal weten via Amerikaanse televisieseries).

Veel niet omschreven rechten werden onder het recht op privacy gebracht dat als zodanig niet in de grondwet staat en conservatieven de gordijnen in jaagt. Het bekendste voorbeeld van het recht op privacy is de uitspraak in *Roe vs. Wade* uit 1973 die het recht van de vrouw om te beslissen over een abortus eronder liet vallen. Soms is het Hof conservatief, zoals onder William Rehnquist, 1986 tot 2005, toen de justices de nadruk legden op de beperkingen van de federale overheid. Het leidde tot inperkingen van het recht op abortus, minder ruimte voor *affirmative action*, positieve discriminatie op universiteiten en vrij baan voor geld in de politiek.

Hoewel het Supreme Court dus een belangrijke politieke rol speelt, volgt het strikt juridische procedures. Dat legt beperkingen op. Er moet een rechtszaak zijn. Er moeten partijen zijn, er moet iets op het spel staan. Vaak moet een proefproces uitgelokt worden, maar omdat de rechters oordelen over de uitspraak van een lager hof moet die uitspraak dan wel de middelen bieden om er juridisch op in te spelen. Zo ging de eerste zaak over het homohuwelijk over het recht op pensioen van een overlevende partner, niet over het verbod dat verscheidene staten hadden afgekondigd. Pas een tweede uitspraak in 2015 bevestigde dat staten niet een homohuwelijk konden verbieden of traineren.

Uitspraken van het Supreme Court gelden als precedent, ook voor het Hof zelf. Dat wil zeggen dat er belangrijke nieuwe ontwikkelingen moeten zijn om een eerder gedane uitspraak te vernietigen. De justices nemen maar een beperkt aantal zaken op, 150 tot tweehonderd per jaar, als vier van de negen rechters vinden dat er iets over gezegd moet worden. Ze overleggen, houden hoorzittingen, onderhandelen en proberen een besluit te nemen. Ook als de meerderheid iets besluit, kan de minderheid in haar toelichting belangrijke punten maken. Het was een tactiek van Scalia om in uitspraken, ook die hij verloor, stukjes argumentatie te stoppen die hij later, bij een beter passende zaak, weer kon gebruiken.

ALLES IS POLITIEK, vanzelfsprekend ook de benoemingen van rechters. Presidenten weten dat degenen die ze voordragen een benoeming voor het leven hebben en langer invloed uitoefenen dan zijzelf. Ze zoeken dus iemand die ideologisch denkt zoals zijzelf en bij voorkeur niet te oud is. Juridische kennis is uiteraard belangrijk, maar sommige van de beste rechters kwamen uit de politieke hoek. Zo was Earl Warren gouverneur geweest van Californië toen president Eisenhower hem in 1953 benoemde. Gouverneur Mario Cuomo van New York stond in 1993 hoog op Bill Clintons lijstje, net als ex-gouverneur en ex-minister Bruce Babbitt. Sommige rechters bleken als justice heel goede politici, Antonin Scalia voorop.

De meest voor de hand liggende kandidaten zijn rechters in de landelijke (federale) gerechtshoven. Ook deze rechters zijn politieke benoemingen en ze zijn dus al eens door een vergelijkbaar selectieproces gegaan. Bovendien hebben ze in hun uitspraken en vaak ook publicaties laten zien wat voor soort rechters ze zijn. Dit laatste kan kandidaten ook buitenspel zetten, zeker in de gepolariseerde sfeer zoals die geldt sinds de jaren zestig. Robert Bork, een uiterst conservatieve rechter die zich in 1963 zelfs had uitgesproken tegen burgerrechten voor zwarten, werd vanwege zijn opinies in 1987 door de Democraten afgewezen, waarmee ze overigens het proces politiseerden op een manier die niet meer is verdwenen.

Tegenwoordig is het proces van voordracht en benoeming altijd politiek geladen, iets wat de Republikeinen dit jaar nog maar eens bewezen. Dit leidt ertoe dat de uitspraken van rechters tot op de komma worden geanalyseerd voordat ze worden voorgedragen, waarbij beide partijen bijvoorbeeld een lakmoestest hanteren over abortus: zal een nieuwkomer dat recht van de vrouw handhaven of juist beperken? Steeds vaker houden voorgedragen kandidaten zich op de vlakte en geven ze nietszeggende antwoorden bij hoorzittingen. Een aantal uitgesproken kandidaten komt helemaal niet in aanmerking.

Abortus is zo'n *hot button*-onderwerp onder meer omdat het arrest waarbij dat recht werd vastgelegd werd geschreven door Harry Blackmun, een rechter die was benoemd door president Nixon. Conservatieve zeloten zagen Blackmuns standpunt als verraad, maar het onderstreept dat justices eenmaal benoemd lang niet altijd doen wat hun achterban zou willen. Eisenhower was niet blij met Earl Warren en diens progressieve Supreme Court.

Anders dan politici kun je de justices niet wegstemmen en ze zijn ook niet erg kien op een rustig pensioen. Ze wachten vaak tot er een president zit die hun richting gunstig gezind is. Officieel onthouden ze zich van politiek. Toen Ruth Bader Ginsburg in juni zei dat Trump een bedrieger was en ze zich niet kon voorstellen wat voor land Amerika zou zijn met een president Trump leverde dat dan ook stevige kritiek op. Ze verontschuldigde zich later.

Rechters kunnen in de loop van de jaren van mening veranderen of, zoals vaak gebeurt, een bemiddelende rol gaan spelen die hen creatief maakt. De eerste vrouwelijke rechter, Sandra Day O'Connor, benoemd in 1981 door Ronald Reagan en in 2005 met pensioen gegaan, vervulde zo'n onvoorspelbare rol. De laatste jaren is het Anthony Kennedy, in 1987 benoemd door Reagan, die vaak bepaalt welke kant een beslissing op valt. Dat wil zeggen, als er niet unaniem beslist wordt, zoals in 65 procent van de zaken. In slechts twintig procent van de zaken in het zittingsjaar 2015 maakte één stem het verschil. Van chief justice Roberts wordt gezegd dat hij een voorkeur heeft voor zaken met beperkte

impact en een grote meerderheid. Toen Roberts, benoemd door kleine Bush, in 2012 de beslissende stem gaf om ObamaCare te redden, ontploften de Republikeinen van woede. Ze beschuldigden hem van hoogverraad.

Vaak moet het Supreme Court politieke knopen doorhakken, vooral als het Congres daarvoor wegloopt

SINDS EEN AANTAL JAREN bestaat het Supreme Court uit vier progressieven en vier conservatieven, plus zo'n rechter die nu eens met de ene dan weer met de andere vleugel meestemt. Met de dood van Scalia is de conservatieve ideoloog uit het plaatje verdwenen en zijn er nog maar drie conservatieven over: Thomas, Alito en Roberts (*zie kader*). President Obama heeft twee relatief jonge vrouwen benoemd, Sonia Sotomayor in 2009 en Elena Kagan in 2010. De andere twee progressieve rechters, Ruth Bader Ginsburg en Stephen Breyer, zijn respectievelijk 83 en 78 jaar oud. De huidige *swing justice*, Anthony Kennedy, is tachtig.

En er is die open zetel van Scalia, waarvoor president Obama Merrick Garland heeft voorgedragen. Praktisch gezien betekent dit dat de volgende president waarschijnlijk twee, misschien zelfs meer rechters kan benoemen. De conservatieven die hoopten dat ze Ginsburg en Breyer konden vervangen om een stabiele conservatieve meerderheid te bewerkstelligen, moeten nu door de dood van Scalia en het fenomeen Trump vrezen dat zij voorlopig geen kans op benoemingen zullen krijgen.

Op de agenda staat de komende jaren het herzien van de regels voor het financieren van politieke campagnes, een van de punten waarop Bernie Sanders dit jaar hamerde. Waarschijnlijk niet door Citizens United te verwerpen, maar door de werking ervan te beperken. De regels voor eenzame opsluiting, een schandelijk aspect van een schandelijk gevangenisstelsel dat tachtigduizend mensen jarenlang afzondert, kunnen worden aangepast. Zelfs kan de

overcrowding in het gevangenisstelsel worden aangepakt. In Californië heeft het staats-Supreme Court daartoe al opdracht gegeven; dat zou het federale Hof kunnen overnemen.

Het recht op de keus voor een abortus zal worden versterkt. Misschien komt het Supreme Court toe aan de manier waarop kiesdistricten zijn ingedeeld, *gerrymandering*, vaak met de bedoeling om groepen kiezers buitenspel te zetten. De doodstraf kan weer ter discussie komen. Misschien kan zelfs de manier waarop de overheid haar burgers in de gaten houdt aan de orde komen – een onderwerp dat onder presidenten Bush en Obama een heel nieuwe kant heeft gekregen.

Trump heeft het Supreme Court daarom al aangevoerd als reden voor tegenstribbelende Republikeinen om toch op hem te stemmen. De Republikeinen zullen het Supreme Court aanvoeren in hun strijd om de meerderheid in de Senaat te behouden waar ze, denken ze, Clintons benoemingen kunnen tegenhouden. Ze lopen het risico vrouwelijke kiezers nog een extra reden te geven om op Hillary Clinton te stemmen.

Er zijn heel wat redenen voor Amerikanen om op 8 november hun kiesrecht te gebruiken om hun land en de wereld te behoeden voor Donald Trump. Het argument dat je zo de samenstelling van het Supreme Court kunt beïnvloeden, is veel klassieker. Stemmen voor de Democraten betekent dat de houdgreep die de conservatieve ideologen hadden op het hoogste gerechtshof gebroken kan worden. Als onderwerp heeft het niet de media-aandacht die immigratie, belastingen of racisme hebben, maar in belangrijkheid moet het Supreme Court bij de kiezers een topprioriteit hebben.

Het huidige Supreme Court

Door Democratische presidenten benoemd:

Ruth Bader Ginsburg, 83 jaar (benoemd in 1993 door Bill Clinton)

Stephen Breyer, 78 (1994 door Bill Clinton)

Sonia Sotomayor, 62 (2009 door Barack Obama)

Elena Kagan, 56 (2010 door Barack Obama)

Door Republikeinse presidenten benoemd:

Anthony Kennedy, 80 (1988 door Ronald Reagan)

Clarence Thomas, 68 (1991 door George H.W. Bush)

John Roberts, 61 (2005 door George W. Bush)

Samuel Alito, 66 (2006 door George W. Bush)

Vacature

Voorgedragen **Merrick Garland**, 61

Beeld: (1): De leden van het Amerikaanse Supreme Court in Washington op 8 oktober 2010. Van links naar rechts: Clarence Thomas, Sonia Sotomayor, Antonin Scalia, Stephen Breyer, John Roberts, Samuel Alito, Anthony Kennedy,

Elena Kagan en Ruth Bader Ginsburg (Doug Mils / The New York Times Syndication / Hollandse Hoogte); (2) Antonin Scalia (Hulton Archive / Getty)



Uit De Groene Amsterdammer van 19 oktober 2016
