

Report on Susanne Gösde's „Justice without law?“

Christoph Menke

translated by Alison Lewis

Die Frage nach „Recht ohne Gesetz?“ ist die Frage nach dem Recht als Verfahren: die Frage danach, wie es zu verstehen ist (und wie es verstanden worden ist), dass das Recht – wie Susanne Gösde im Anschluss an Michael Gagarin und im Blick auf Hesiod schreibt – „eher als ‚Verfahren‘ (‘procedural law‘) und nicht als ‚substantiell‘ (‘substantial law‘) aufgefasst“ wird (166). Dabei meint der Ausdruck „Recht als Verfahren“ offensichtlich nicht bloß im technischen Sinn die gestufte Prozessordnung des modernen Rechts (vgl. 176). Aber „Recht als Verfahren“ meint auch nicht nur, in einem bereits erweiterten Sinn, das Recht *der* Verfahren: also das Recht als Regulierung der Verfahren der Generierung und Anwendung von Recht – die von H.L.A Hart sogenannten *secondary rules*.¹ Der Ausdruck „Recht als Verfahren“ meint also nicht Verfahren als Teil, sondern als das Wesen, die Seinsweise des Rechts. Verfahren *im* Recht gibt es überall, wo es überhaupt Recht gibt: Der Schritt zum Recht besteht eben darin, Regeln zur Generierung und Anwendung von Regeln hervorzu- bringen, also Verfahren. Daher wäre *rein* substantielles Recht gar kein *Recht*. Insofern ist „prozedurales Recht“ ein weißer Schimmel. Aber Recht *als* Prozedur oder *als* Verfahren ist kein Pleonasmus, sondern, wie Susanne Gösde überzeugend klar

The question of „Justice without law?“ is the question of the law as procedure: the question of how we are to understand the fact (and how that fact has been understood in the past) that the law – as Susanne Gösde writes, following Michael Gagarin's thesis and with a glance at Hesiod – is „conceived ... as being a ‘process’ (‘procedural law‘), rather than as ‘substantial’ (‘substantial law‘)“ (166). In this context the expression ‘law as process’ obviously does not mean the staged structure of the procedural organisation of modern law simply in the technical sense (cf. 176). But neither does „law as process“ simply mean (in an already expanded sense) the law *of* procedures: that is, the law as a regulation of the procedures for the generation and application of law – what H.L.A. Hart refers to as *secondary rules*.¹ Thus the expression „law as process“ does not mean procedure as part of the law, but rather as the essence of the law, the very mode of its existence. Procedure *in* the law exists wherever law exists at all: the movement towards law consists precisely in the production of rules for the generation and application of rules, i.e. procedures. *Purely* substantial law would therefore not be *law* at all. To that extent „procedural law“ is a tautology. But law *as* procedure is not a tautology, but – as

1 Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, 2. Auflage (Oxford 1994), 91–99.

1 Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. (Oxford 1994), 91–99.

macht, eine grundlegende Irritation und Herausforderung unseres Verständnisses des Rechts.

Das besagt zugleich, dass der Blick, den Susanne Göttsche anhand einiger paradigmatischer Szenarien der archaischen und klassischen griechischen Literatur auf ein Recht ohne Gesetz wirft, ausdrücklich als ein *Rückblick* verstanden werden muss: ein Rückblick von unserem Verständnis des Rechts aus, und daher ein Blick, der wieder zu unserem Verständnis des Rechts zurückführt. Ich möchte zunächst nachzeichnen, wie Susanne Göttsche in ihren Lektüren diesen Gegensatz zwischen unserem Recht als Gesetz und dem griechischen Recht als Verfahren begrifflich konstruiert. Dabei interessiert mich vor allem die tiefe Ambivalenz, ja der „unhintergehbare Widerspruch“ (182), der nach Susanne Göttsche der Idee des prozeduralen Rechts eingeschrieben ist.

(1) Susanne Göttsche beschreibt den Gegensatz zwischen dem Recht als Verfahren und dem Recht als Gesetz durch den zweier Urteilsbegriffe: Das eine Urteilen ist die Anwendung eines Gesetzes und daher das „Ergebnis eines hermeneutischen Aktes“ (164). Das andere, das prozedurale Urteilen dagegen ist „eine Sache der Rhetorik“ (164). Die Hermeneutik ist dabei verstanden als die Kunst der Auslegung oder Anwendung, die Rhetorik als die Kunst des „Erfolg[s] der Rede“ (ebd.). Als auslegendes ist das hermeneutische Urteilen durch den Rückbezug auf ein vorgegebenes Gesetz definiert – während das prozedural-rhetorische Recht ohne Gesetzesbezug operiert, also gesetzloses Recht ist. Die Frage, die Susanne Göttsche vor allem im Blick auf die widerstreitenden Deutungen des Rechts in der *Orestie* diskutiert, ist die, wie ein solches Recht, als Verfahren und daher also ohne Gesetz, überhaupt zu einem Urteil kommen kann, das als gerecht oder auch nur richtig oder angemessen

Susanne Göttsche makes convincingly clear – a fundamental question, a challenge to our understanding of the law.

At the same time, this means that the view taken by Susanne Göttsche on „Justice without laws“ on the basis of a number of paradigmatic scenarios from ancient and classical Greek literature has to be expressly understood as a *retrospective* view: one that looks back from the perspective of our understanding of the law, and which therefore then again leads back to our understanding of the law. I would like first of all to trace the way in which Susanne Göttsche, in her readings, conceptually structures this contrast between our „law as statutory law“ and Greek „law as procedure“. What interests me in particular is the profound ambivalence, indeed the „uncircumventable contradiction“ (182), which according to Susanne Göttsche is inscribed into the idea of procedural law.

(1) Susanne Göttsche describes the contrast between law as procedure and law as statutory law by means of the contrast between two concepts of „judgement“: one kind of judgement is the application of a statutory law and therefore the „result of a hermeneutic act“ (164). The other kind, i.e. procedural judgement, is on the other hand a „matter of rhetoric“ (164). Hermeneutics is understood in this context as the art of interpretation or application; rhetoric is understood as the art of the „success of the ... speaker“ (ibid.). As an interpretative act, hermeneutic judgement is defined by the reference to a pre-defined statute – while procedural-rhetorical law operates without reference to any statute, i.e. it is „statuteless law“. The question that Susanne Göttsche primarily discusses in light of the conflicting interpretations of the law in the *Oresteia* is the question of how such a law – as procedure and therefore without statute – is able to reach any judgement at all that can be designated as just, or

bezeichnet werden kann; inwiefern es mehr als bloß – wie es die Erzählung in der *Orestie* nahelegt – das Ergebnis von „Machtstrategien“ ist (170). Das ist die Frage nach der Normativität des prozeduralen Rechts (oder die Frage nach dem Verhältnis von Normativität und Rhetorik). Diese Frage tritt schärfer hervor, wenn wir das andere Modell des gesetzesförmigen Rechts genauer bestimmen.

Das Recht als Herrschaft des Gesetzes zu verstehen, ist der Grundzug des aufklärerischen oder bürgerlichen Rechtsbegriffs. Das Gesetz ist (so Kelsen) ein „hypothetisches Urteil [...], das die spezifische Verknüpfung eines bedingenden Tatbestandes mit einer bedingten Folge ausdrückt“.² Ein Beispiel dafür lautet so: „Wenn ein Bürger ein Rind, ein Schaf, einen Esel, ein Schwein oder ein Schiff gestohlen hat, [und wenn...] es einem Gotte oder einem Palaste [gehört], so gibt er das Dreißigfache davon; gehört es einem Untergebenen, so ersetzt er das Zehnfache; wenn der Dieb nichts zu geben hat, so wird er getötet.“³ Diese normative Wenn-dann-Verknüpfung des Gesetzes erfüllt ihren Sinn, Verhalten zu regulieren und damit Erwartungssicherheit zu schaffen, indem sie erstens allgemein, zweitens bestimmt (also nicht leer, vage usw., keine Generalklausel) und drittens nicht rückwirkend gültig ist.⁴ Dabei funktionieren Gesetze als Gründe für die Urteile, in denen der Einzelne der Rechtsordnung unterworfen wird. Indem die Form des Gesetzes zugleich die Differenz *und* Einheit von Gesetzgebung *und*

even correct or appropriate; to what extent it is more than merely – as the plot of the *Orestia* would certainly suggest – the result of „power strategies“ (170). It is the question of the normativity of procedural law (or the question of the relationship between normativity and rhetoric). This question is outlined more sharply if we define the other model (of statute-based law) more precisely.

An understanding of the law as being dominated by statutes is the essential feature of the “Enlightenment” or „bourgeois” concept of the law. The statutory law (according to Kelsen) is a „hypothetical judgement [...] which expresses the specific link between a causing act and a caused consequence“.² An example is provided as follows: „If a citizen has stolen a cow, a sheep, an ass, a pig or a ship, [and if ...] it [belongs] to a god or a palace, he will give thirty times the value; if it belongs to a subordinate, he will reimburse ten times the value; if the thief has nothing to give, he will be killed.“³ This normative „if ... then“ link which is provided by the statute fulfils its purpose of regulating behaviour and thereby creating security of expectation, since it applies first of all in a general way, secondly in a defined way (i.e. it is not empty, vague etc., there is no general clause) and thirdly in a non retroactive way.⁴ Statutes function as the basis for the judgements, in which the individual is subject to the legal system. The form of the statute, by simultaneously establishing the difference *and* connection between of legislation *and* its appli-

2 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.) (Tübingen 2008), 34.

3 Codex Hammurabi – Die Gesetzesstele Hammurabis, in: Wilhelm Eilers (Hrsg.) (Wiesbaden 2009, überarbeitet nach der fünften Auflage 1932), 33.

4 Franz Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in: Herbert Marcuse (Hrsg.), *Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie* (Frankfurt am Main 1967), 37.

2 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, in: Matthias Jestaedt (ed.) (Tübingen 2008), 34.

3 Codex Hammurabi – Die Gesetzesstele Hammurabis, in: Wilhelm Eilers (ed.) (Wiesbaden 2009, revised according to fifth edition 1932), 33.

4 Franz Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in: Herbert Marcuse (Hrsg.), *Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie* (Frankfurt am Main 1967), 37.

Gesetzanwendung etabliert, bricht sie ebenso die Willkür des Gesetzgebers (denn sie „garantiert dem [gesetzanwendenden] Richter ein Minimum an Unabhängigkeit“⁵) wie auch die Willkür des Richters, dessen Urteilen sie die Gesetzgebung vorschaltet. Aber damit schafft die Form des Gesetzes zugleich die Verdoppelung der Gewalt, in setzende und erhaltende, die nach Walter Benjamin das Schicksal des Rechts definiert: Die Gesetzgebung ist die Gewalt der Einsetzung, die sich das, wogegen sie sich setzt, als formlos und rechtsfrei, als bloßes Leben oder Natur äußerlich voraussetzt. Die Gesetzanwendung ist die Gewalt der Erhaltung, die sich gegen das dem Recht äußerlich entgegengesetzte bloße Leben ebenso äußerlich, also verletzend durchsetzt. Die Form des Gesetzes produziert zugleich die Gewaltenteilung, die die Willkür von Herrscher und Richter bricht, *und* die Verdoppelung, ja Verunendlichung der Gewalt im mythischen „Umlauf“⁶ von Einsetzung und Durchsetzung des Rechts.

Von diesem Gegenbegriff des Rechts als Herrschaft des Gesetzes her lässt sich begreifen, weshalb (und in welchem Sinn) das prozedurale Recht uns wesentlich zweideutig, ja widersprüchlich erscheinen muss. Weil das prozedurale Recht die Form des Gesetzes umgeht, gelingt es ihm, die Verunendlichung der Gewalt, die diese Form hervorbringt, zu vermeiden. Aber dafür zahlt das prozedurale Recht den Preis, die Gewalt der Willkür nicht brechen zu können. Das prozedurale Recht kennt nicht die abstrakte, gewaltsame Äußerlichkeit des Gesetzes gegenüber dem bloßen Leben, aber

breaks both with the arbitrariness of the legislator (because it „guarantees the [statute-applying] judge a minimum of independence“⁵) and the arbitrariness of the judge, since the form of the statute makes his judgements predicated upon legislation. But at the same time the form of the statute thereby creates a duplication of the violence into law-making and law-preserving violence, which according to Walter Benjamin defines the fate of the law: legislation is the violence of establishment, which outwardly presupposes that what it sets itself against is formless and law-free, mere life or nature. The application of the law is the violence of preservation, which enforces itself against that „mere life“ which is opposed to the law in a similarly outward way, i.e. with injuring effect. The form of the statute simultaneously produces the division of powers that breaks the arbitrariness of rulers and judges *and* the duplication (indeed the „infiniteisation“) of violence in the mythic „cycle“⁶ of establishment and enforcement of the law.

From this antithesis of the law as the dominance of the statute, we can understand why (and in what sense) procedural law must appear to us to be essentially ambiguous, indeed contradictory. Because procedural law circumvents the form of the statute, it succeeds in avoiding the infiniteisation of the violence that produces this form. But the price that has to be paid by procedural law for this is that it cannot break the violence of arbitrariness. Procedural law is not marked by the abstract, powerful outwardness of the statute vis-à-vis mere life, but therefore also law is not marked by the divi-

5 Ebd., 38.

6 Walter Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, in: Rolf Tiedemann/Hermann Schweppenhäuser (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. II (Frankfurt am Main 1977), 202.

5 Ibid., 38.

6 Walter Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, in: Rolf Tiedemann/Hermann Schweppenhäuser (eds.), Gesammelte Schriften, Vol. II (Frankfurt am Main 1977), 202.

es kennt deshalb auch nicht die Teilung der Gewalt, die die Form des Gesetzes zugleich hervorbringt. – Das zeigt sich deutlich an zwei Aspekten des Rechts als Verfahren:

Es zeigt sich zunächst an der Situativität seines Urteilens: Weil dem prozeduralen Urteilen kein Gesetz vorhergeht, das es anwendet, ist es „ad hoc und situativ“ (159). Hier gilt daher: „Recht und Urteil sind, der Terminologie [und der Sache] nach, identisch“ (161). So bedeutet Athenes Einsetzung des Gerichts nicht, „dass etwa auch ein neues Gesetz erlassen würde, das als konkrete Grundlage für den Freispruch eines Muttermörders gelten würde“. (174) Der Freispruch hat keinen Grund in einem allgemein geltenden Gesetz, der die Entscheidung des Gerichts binden würde. Das Urteil wird aus dem besonderen Fall gewonnen, aber damit geht einher, dass man nicht weiß, wie und warum: aus welchem Grund so geurteilt wurde, ja, ob es einen (mehr oder weniger guten) Grund für es gibt. Wie alles am prozeduralen Recht ist die Situativität des Urteilens ununterscheidbar zweiseitig: singular und arbiträr zugleich.

Das zeigt sich noch deutlicher (und mit viel weitergehenden Folgen) am Verhandlungscharakter des prozeduralen Rechts: Seine Verhandlung ist ein Ver- oder Aushandeln. Damit steht es im Gegensatz zu der Gleichbehandlung, die die Allgemeinheit des Gesetzes ermöglicht. Das ist nicht nur die Gleichbehandlung der verschiedenen Fälle, sondern aller Adressaten: „das Gesetz [berücksichtigt] die Untertanen als Gesamtheit und ihre Handlungen als abstrakte, niemals eine Einzelperson und eine Einzelhandlung“. ⁷ Das hermeneutische, gesetzesanwendende Urteilen behandelt jeden als einen von allen und darin zwar nicht gleich, aber als Gleichen. Dabei sind

sion of the violence that at the same time produces the form of the statute. – This is clearly shown by two aspects of the law as procedure:

Firstly, it is shown by the situativity of its judgements: because procedural judging is not based upon any statute which it applies, it is „on an ad hoc basis depending on the situation“ (159). We can therefore say here: „as far as terminology [and the case] is concerned, law and judgement are identical“ (161). Thus Athena's institution of the court does not mean „that (for example) any new law has been decreed that could be regarded as a firm basis for the acquittal of a matricide“. (174) The acquittal does not have any basis in any generally applicable statute that would be binding on the court's decision. The judgement is derived from the particular case, but a consequence of this is that we do not know how or why: what the reason behind the judgement was, or even whether there was any (more or less good) reason for it. Like every other aspect of procedural law, the situativity of the act of judgement is indistinguishably ambiguous: it is singular and arbitrary at the same time.

This ambiguity becomes even more clear (and with many more far-reaching consequences) by the „negotiation“ character of procedural law: proceedings consist of argument or negotiation. This puts it in opposition to the equality of treatment, which is made possible by the general nature of the statute. Equality of treatment applies not only to the various cases, but also to all persons addressed: „the statute [regards] the subjects as an entirety and their actions as abstract, never an individual person or an individual act.“ ⁷ The hermeneutic, statute-applying act of judgement treats each as one among all, and as equals (although they may not be given the same treatment). In this con-

7 Rousseau, *Contrat social*, II.6, zit. *Neumann*, *Der Funktionswandel des Gesetzes*, 37 (Fn. 4).

7 Rousseau, *Contrat social*, II.6, as cited in *Neumann*, *Der Funktionswandel des Gesetzes*, 37 (Fn. 4).

„die Untertanen als Gesamtheit“ (*les sujets en corps* [Rousseau]) die Adressaten und ineins der normative Gehalt des Gesetzes: Gesetzliches Urteilen geschieht im Namen des politischen Körpers, der politischen Einheit, den oder die die Subjekte bilden. Es geht daher im rechtlichen Urteilen nicht um ihre Interessen, Wünsche, Präferenzen oder ähnliches, sondern um ihren normativen Status als Teile eines Ganzen (als Elemente *eines* Körpers und darin gleiche). Dagegen werden im prozeduralen Recht die „Rechtsfragen häufig in einem dynamischen und informellen Prozess einer rhetorischen Streitschlichtung ausgetragen“ (159). Es ist „ein Recht der Schlichtung“ (181). Dadurch vermag das prozedurale Recht, im Gegensatz zum hermeneutischen Urteilen der Gesetzesanwendung, eine „Aussöhnung der Parteien jenseits des Urteilspruchs“ zu erreichen und die unterlegene Partei „in die Polis zu integrieren“ (181). Aber so wie ihm die Abstraktheit und Distanz des Gesetzes gegenüber den Einzelnen abgeht, verfügt das prozedurale Recht auch nicht über die Kraft, „jeden einzelnen [*individu*] in einen Teil [*partie*] eines größeren Ganzen“ (Rousseau) zu verwandeln. Jeder bleibt hier, was er ist. Das ist die grundlegende Zweideutigkeit des prozeduralen Rechts: Als ein „nicht-autoritäres Recht“ (182) ist es auch ein unkritisches Recht; ein Recht, dem mit der Gesetzesform der Normativität auch die Kraft zum Einspruch gegen das Bestehende fehlt.

In ihrem Gegensatz sind das Recht als Gesetzesherrschaft und das Recht als Verfahren genaue Spiegelungen; die Leistung des einen ist das Unvermögen des anderen – und umgekehrt. Das Recht als Gesetzesherrschaft und das Recht als Verfahren bilden eine Aporie.

*

text „the subjects as a body“ (*les sujets en corps* [Rousseau]) are the addressees and as an entity are the normative content of the statute: judgement on the basis of statutes is undertaken in the name of the political body, the political unit which is made up of the subjects. Consequently, lawful judgement is not concerned with their interests, wishes, preferences or similar, but with their normative status as parts of a whole (as elements of *one* body and equal in that body). In procedural law, on the other hand, the „legal questions are frequently decided in a dynamic and informal process of rhetoric-based dispute settlement“ (159). This is „a law of arbitration“ (181). By this means procedural law, in contrast with the hermeneutic judgement by application of statutes, is able to achieve a „reconciliation of the parties above and beyond the actual verdict“ and to „integrate“ the unsuccessful party „into the polis“ (181). But just as the abstractness and distance of the statute declines for procedural law vis-à-vis the individuals, neither does procedural law have the strength to transform „each individual [*individu*] into a part [*partie*] of a greater whole“ (Rousseau). Everyone remains what he is. That is the fundamental ambiguity of procedural law: as „law which is non-authoritarian“ it is also an uncritical law; a law which, with the statute-form of normativity, also lacks the strength to formulate any objection to the status quo.

In their opposition, the law as the dominance of the statute and the law as process are precise reflections of each other; the achievement of the one is the inability of the other, and vice versa. The law as the dominance of the statute and the law as process form an aporia.

*

An einer (wichtigen und nachdrücklichen) Stelle ihrer *Orestie*-Deutung weist Susanne Göttsche auf eine *Alternative* zu der Aporie zwischen dem Recht als der Herrschaft des Gesetzes und Recht als dem Verfahren situativer Schlichtung hin. An dieser Stelle beschreibt sie das „wirklich Aufregende an der Lösung, die Aischylos in den *Eumeniden* zur Diskussion stellt“, in der folgenden Weise: „Er sieht die Möglichkeit einer Durchbrechung der *lex talionis* weder in einer ethisch-moralischen Umwertung des Muttermordes noch – so scheint es zumindest zunächst – in dem Urteil einer einzigen und damit autoritären Entscheidungsinstanz, sondern in der Verteilung der Entscheidung auf eine Jury von gewählten Volksvertretern, die, so wird hier impliziert, durch Abstimmung zu einem möglicherweise gerechteren Urteil führe. Dieser Schritt, den Aischylos Athena hier vornehmen läßt, ist ganz sicher als ein Reflex der neuen demokratischen Institutionen zu werten, die seit der Mitte des 5. Jhdts. die Entscheidungsbefugnis in politischen und juristischen Streitfällen zunehmend dem Volk und seinen durch Los bestimmten Vertretern übertragen.“ (175 f.) Die Alternative zu der Alternative von Verfahren oder Gesetz ist also – die Demokratie. Genauer: Die Alternative besteht darin, das rechtliche Verfahren als demokratisches Verfahren zu verstehen und das demokratische Verfahren nicht als eine bloße Mehrheitsentscheidung, sondern als das Medium der Politisierung. Was dabei unter Politisierung zu verstehen ist, macht das Gerichtsverfahren in den *Eumeniden* klar.⁸ Die Politisierung in diesem Verfahren besteht darin, sich als eine von zwei Parteien zu verstehen, die darin gleich sind, daß sie Teile (und Teilnehmer) eines politischen Körpers sind, und die deshalb

At one (important and impressive) point in her interpretation of the *Oresteia*, Susanne Göttsche points to an *alternative* to the aporia between the law as the dominance of the statute and the law as the process of situation-based arbitration. At this point, she describes the „truly exciting aspect of the solution that Aeschylus puts forward for discussion in the *Eumenides*: he sees the possibility of breaking the *lex talionis* chain not in any ethical-moralistic re-evaluation of matricide, or (as it at least initially appears) in the judgement of a single and therefore authoritarian decision-making instance, but in the distribution of the decision-making among a jury of elected representatives of the people, which (as is here implied) through discussion and voting will lead to a possibly more just judgement. This step, which according to Aeschylus is here performed by Athena, is certainly to be seen as a reflection of the new democratic institutions which from the middle of the 5th century onwards increasingly transferred decision-making authority in political and legal disputes to the people and to the people's representatives, who were determined by lot.“ (175 f.) The alternative to the alternative of process or statute is therefore: democracy. To put it more precisely: the alternative consists in understanding legal process as a democratic process, and the democratic process not as a mere majority decision, but as the medium of politicisation. What we are to understand by „politicisation“ is made clear by the court process in the *Eumenides*.⁸ The politicisation in these proceedings consists in seeing oneself as one of two parties who are equal in that they are parts (and participants) of one political body, and who therefore hand over the judgement concerning the dispute with the other party to a third

8 Siehe dazu *Christoph Menke*, *Recht und Gewalt* (Berlin 2012), 20 ff., und die Debatte mit *Andreas Fischer-Lescano*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 61 (2013), 179–196 sowie 62 (2014), 136–143.

8 Cf. *Christoph Menke*, *Recht und Gewalt* (Berlin 2012), 20 ff., as well as the discussion with *Andreas Fischer-Lescano*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 61 (2013), 179–196 and 62 (2014), 136–143.

das Urteil über den Streit mit der anderen Partei an einen Dritten, den Richter, abgibt, der im Namen des Gemeinwesens spricht. Das ist der politische Akt, der Akt des Politischen, der (Selbst-)Politisierung, der in den *Eumeniden* das neue Recht hervorbringt. Delegation ist, wie Susanne Götter hervorhebt (177), der konstitutive Zug des Rechts als Verfahren. Delegation und Repräsentation: Das Verfahren macht den Einzelnen zu einem Anderen. Im Recht als Verfahren der Demokratie oder als Verfahren der Politisierung wird die Differenz des Allgemeinen gegenüber dem Besonderen hervorgebracht. Sie wird also nicht, wie in der Gesetzesherrschaft des Rechts, als gegeben vorausgesetzt, sondern sie wird im Verfahren *gemacht*; die Demokratie als *poetry of justice*, wie Gagarin über Hesiod sagt (165), als die Kunst, die Gerechtigkeit zu machen (nur anders als bei Hesiod, ohne dabei das eigene Machen im religiösen Rückbezug auf ein göttliches Machen der gerechten Ordnung wieder zu verstellen). In dem politischen Verfahren des demokratischen Rechts gewinnt daher auch die Rhetorik einen anderen Sinn: Sie ist hier nicht die Kunst der Verhandlung zwischen widerstreitenden Interessen und Meinungen, sondern die Kunst der Verfertigung – der Verfertigung des Gedankens, der über die Meinungen und Interessen hinausgeht, ohne in die Form eines Gesetzes (oder in die Form eines Begriffs) gefasst werden zu können. Die Rhetorik ist im Rechtsverfahren der Politisierung nicht die Kunst des Erfolgs, sondern die Poesie der Gerechtigkeit.

person, the judge, who speaks on behalf of the community. This is the political act, the act of the political person, the act of (self-) politicisation which gives rise to the new law in the *Eumenides*. Delegation, as Susanne Götter emphasises (177), is the constitutive feature of the law as procedure. Delegation and representation: the process makes the “individual” into “another”. In law as a process of democracy or as a process of politicisation, the difference between the “general” and the “particular” is emphasised. This difference is therefore not (as in the “statute-dominance” of the law) assumed as a given, but is *made* in the proceedings; democracy as *poetry of justice*, as Gagarin says in reference to Hesiod (165), as the art of making justice (although not as described in Hesiod, without disguising our own justice-making in the religious reference to a divine creation of the just order). In the political process of democratic law, therefore, rhetoric too acquires another meaning: here it is not the art of negotiation between conflicting interests and opinions, but the art of formation – the formation of the thought that extends beyond opinions and interests, without being capable of being contained in the form of a statute (or in the form of a concept). In the legal process of politicisation, rhetoric is not the art of success, but the poetry of justice.