

## Amerika als waterscheiding en voorbeeld

Colette, Maarten

*Published in:*  
Pro Memorie

*Publication date:*  
2018

[Link to publication](#)

### *Citation for published version (APA):*

Colette, M. (2018). Amerika als waterscheiding en voorbeeld: Recensie Paul De Hert, Andreas Kinneging en Gerard Versluis (red.), De Federalist Papers: Bakermat van het moderne constitutionalisme, Budel, Damon, 2018, 327 p. . *Pro Memorie*, XX(1), 148-151.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Amerika als waterscheiding en voorbeeld

Pro Memorie. Bijdragen tot de Rechtsgeschiedenis der Nederlanden XX (2018), afl. 1, pp. 148-51.

Paul De Hert, Andreas Kinning en Gerard Versluis (red.), *De Federalist Papers: Bakermat van het moderne constitutionalisme*, Budel, Damon, 2018, 327 p. ISBN 978-94-6340-137-1 (€ 29,90)

### *Situering*

Deze uitgave is de spruit van een symposium gehouden in de Belgische Senaat op 20 april 2017. Jaarlijks organiseert de Vrije Universiteit Brussel (deDebatten) met de Universiteit Leiden een congres over een denker. De congresbijdragen worden vervolgens gebundeld in een boek, mede ter bevordering van de academische verstandhouding tussen Vlaanderen en Nederland. In dit zesde volume in de reeks van deDebatten staat echter géén politiek filosoof centraal. Na Tocqueville (2011), Rousseau (2013), Benjamin Constant (2014), Montesquieu (2015) en Burke (2016) is het nu de beurt aan de *Federalist Papers*.

De *Federalist Papers* is een commentaar bij de Amerikaanse constitutie van 1787. De thematische aanpak verantwoordt de redactieleden onder de inleiding (blz. 7-10) met de scherpe vaststelling dat de staatsleer of constitutionele theorie anno 2018 in de Nederlanden aan diepe verwaarlozing ten prooi valt. Dit is onterecht, stellen zij. De *Federalist Papers* hoort naar inhoud thuis onder de maatgevende werken. Ja, wordt in zekere zin zelfs boven de grote twee geheven: waar Plato en Hobbes ver van de juridische *praxis* staan, is de *Federalist Papers* een commentaar bij een concrete constitutie. Maar het is ook weer geen ‘gewoon’, prozaïsch commentaar: zulke commentaren beperken zich immers veelal tot het *wat*, terwijl de *Federalist Papers* vooral bekommerd is om het *waarom*. Deze noviteit, in combinatie met het feit dat de Amerikaanse constitutie ‘de moeder van alle constituties is’, maakt het werk van ‘unieke waarde’ voor elkeen die belang stelt in constitutionele theorie en praktijk.

### *Wording van de constitutie*

De eerste drie hoofdstukken steken van wal met een situering van de *Federalist Papers*. Jean-Marc Piret (Vrije Universiteit Brussel), Allard Altena (Universiteit Leiden) en Wouter de Been (Erasmus School of Law) gaan in op de voornaamste krachtlijnen ervan. Hiermee wordt Europa (toen en nu) in een adem een spiegel voorgehouden.

Piret (blz. 11-36) begint met een situering van de euvels waaraan de confederatie (1777-87) ten prooi viel na de onafhankelijkheid van Engeland. De *Articles of Confederation* hadden, zo stelt Piret, ‘meer weg van een verdrag tussen soevereine staten’ dan van een ware constitutie: de confederatie had geen zelfstandige bevoegdheid om belastingen te innen, en wijzigingen aan de verdragstekst moesten door alle staten worden goedgekeurd, wat een *de facto* vetorecht voor elk van hen inhield. Dat klinkt anno 2018 heel Europees. De parallellen tussen Amerika (toen) en Europa (nu) klinken voorts ook door in de machtsstrijd tussen *federalists* en *antifederalists*. Piret schrijft hierover: ‘Een authentieke bekommernis voor lokaal zelfbestuur in combinatie met een felle allergie voor het aristocratische bewind en een wijd verspreid populistisch ressentiment tegenover de meritocratische elite die door talent en welvaart boven het gemene volk uitstak, vormden de belangrijkste drijfveren van het Anti-Federalistische politieke engagement.’ Europa!

Deze thematiek wordt in een tweede hoofdstuk uitgespit door Altena (blz. 37-59). De federalisten zochten heil in doeltreffend bestuur; de antifederalisten verlegden het accent naar democratische participatie. Welke staatsvorm kan recht doen aan beide bekommernissen? De democratie is niet vruchtbaar: de mens is slecht, wordt in de *Federalist Papers* herhaaldelijk gesteld. Van de (klassieke) directe democratie moeten de opstellers van de constitutie daarom niets weten. Vandaar de keuze voor een republiek met volksvertegenwoordigers. Anderzijds moet ook in vertegenwoordigers niet te veel vertrouwen worden gesteld: *checks and balances* blijven dus nodig. Altena wijst erop dat de federalisten zich hiermee afkeren van de klassieke democratie, maar wel brood zien in het (eveneens klassieke) *regimen mixtum*.

Vertegenwoordigende democratie én democratische controle: hiermee kan de rust weerkeren in Amerika 'na een periode van anarchie en democratische bezetenheid'. Welke plaats hebben zij in een federatie? In het derde hoofdstuk (blz. 60-81) elaboreert De Been op 'twee federalistische opties' die men allebei in de *Federalist Papers* zal aantreffen. De eerste optie is die van Alexander Hamilton. Die presenteerde Amerika als een handelsnatie met middeleeuwse kleurtoetsen (*translatio imperii*). De tweede optie is die van James Madison. Het betreft een *extended republic*: de republiek wordt niet door eendracht gedragen, maar door het (impliciete) wegwerken van tegenstellingen. Door de omvang van de republiek te vergroten tot de federatie, ruimen dominante (en laakbare) meerderheden op het niveau van de staten plaats voor 'niet meer dan kleine minderheden' op het niveau van de unie. De *Federalist Papers* zegt klassieke denkbeelden over republicanisme en schaalgrootte vaarwel. Echo's van dit debat over 'rijk' versus 'republiek' werken door tot in onze tijd. De Been: 'De visie van Hamilton van een militair en economisch machtige republiek die zijn eigen lot dicteerde, en de visie van Madison van de VS als bonte Babylonische bazaar waarin strijdige belangen en meningen een gematigd evenwicht bereiken, liggen ten grondslag aan een van de meest succesvolle en machtige federale republieken van de wereld, maar tegelijkertijd ook aan een zekere democratische anomie door de overschrijding van de menselijke maat en de verregaande verwatering van een gedeelde identiteit.' Weerom een waarschuwing aan onze Europese Unie?

#### *Rechters en senatoren, federale paradepaardjes*

In een tweede sectie in dit boek schrijven Matthias Storme (KU Leuven) en Emma Cohen de Lara (Universiteit Amsterdam) over twee federale instituties: de rechter en de Senaat. Stormes hoofdstuk (blz. 82-113) sluit naadloos aan bij de vorige sectie. De *federalists* willen de macht van het parlement kortwieken door juridisch regelgeleid denken. Niet de democratie, maar het recht (de *rule of law*) staat in de *Federalist Papers* centraal. Machtsmisbruik door rechters wordt naar de marge verdrongen. De rechter kan het werk van de wetgever aan de constitutie toetsen; hij wordt zo niet *naast* maar *boven* de andere machten in de staat geheven. De *antifederalists* komen kneuterig uit de verf. De door hen bejeverde *Bill of Rights* (1791) is een pyrrusoverwinning die, aldus Storme, naderhand 'een federalistisch effect heeft gehad en de macht van de democratie het meest heeft uitgehold ten voordele van die van de rechters'. De jury is een zegepraal aan een anders bedroevend klein antifederalistisch palmares. Storme zoomt vooral in op *Federalist Paper* nr. 78 en op Jeffersons correspondentie vanuit Parijs. Jefferson beschrijft hierin hoe een rechtsstaat geleid door aristocraten wel ten kwade moet keren. Zulke telegeleide rechtsstaat is niet transparant.

Europa loert voortdurend om de hoek. Dat de Engelsen niets moeten weten van *judicial review* heeft volgens Storme een aandeel gehad in de Brexit. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (Luxemburg) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Straatsburg) zijn

verantwoordelijk voor een ‘sluipende integratie buiten de democratie om’. Met rechter Scalia (*‘the only good constitution is a dead constitution’*) hekelt Storme het *living constitutionalism*.

In het hoofdstuk over de Senaat als ‘anker van de staat’ (blz. 114-137) toont Cohen de Lara overredend aan dat België ‘ontankerd’ is. De Belgische Senaat lijkt niet langer te kunnen ontsnappen aan ‘een zweem van overbodigheid’. België is *de facto* monocameraal. De opstellers van de Amerikaanse constitutie zouden dit hebben betreurd. Cohen de Lara beschrijft allereerst hoe het bicameralisme van Senaat en Huis van afgevaardigden het heeft gehaald op het eenkamerstelsel. Dat was geen evidente beleids optie: met het ‘wegvallen’ van de relevantie van sociale klassen in postkoloniaal Amerika was een tweekamerstelsel toch niet langer nodig? Daarenboven zou vertegenwoordiging van de deelstaten in het hogerhuis teveel blijven gelijken op de confederatie, en zou de soevereiniteit van de individuele staten *de facto* worden gecontinueerd. Toch kwam een *Great Compromise* uit de bus. De kneusjes worden vergeleken bij de grote staten proportioneel beter bedeed, door de gelijke afvaardiging in de Senaat. Dit moest door de auteurs van de *Federalist Papers* verdonkeremaand worden. Zij leidden de aandacht daarom af naar de *check* die de Senaat op het Huis van Afgevaardigden (en op de uitvoerende en rechterlijke macht) vormt, en op de onderscheiden kwalificaties waarover Senatoren moesten beschikken (met name *‘stability of character’*). Dit maakt hen nuttig en anders. Deze elementen ziet Cohen de Lara wegsmelten onder de Belgische constitutie. Zij stelt een herbezinning op de zin en onzin van de Belgische Senaat onder de huidige omstandigheden voor.

#### *Antieken en moderneren, deugd en ondeugd*

Met Patrick Overeem (Vrije Universiteit Amsterdam) en Michel Huysseune (Vrije Universiteit Brussel) zijn we aangeland bij de opmerkelijkste sectie in deze uitgave. In een van de fraaiere hoofdstukken in deze bundel behandelt Overeem (blz. 138-160) de politiek als ambacht. Hij gaat na wat er over staatsmanschap te rapen valt in de *Federalist Papers*. Staatsmanschap (*politikos*) is een door en door antiek begrip. Het kroonjuweel ervan is de deugd: politieke leiders moeten niet zonder meer excelleren, maar *moreel* excelleren. Dat verandert in de moderne tijd: de heerser moet vooral effectief zijn en daarom hooguit deugzaam *lijken*.

De *Federalist Papers* is een ‘ongekende prestatie’ en ‘de indrukwekkendste daad van staatsmanschap uit de menselijke geschiedenis’. Men hoogachtte het staatsmanschap. Maar dat staatsmanschap *wenselijk* is, betekent niet dat het in de moderne tijd ook *mogelijk* is. Integendeel, zo blijkt. Gegeven de menselijke natuur, die de beste zaken altijd ten kwade keert, zoekt de *Federalist Papers* heil in structurele, institutionele arrangementen voor morele problemen. Een kwalijk gevolg hiervan is dat het staatsmanschap geheel naar de achtergrond wordt verdrongen onder impuls van de constitutionalisering (de *rule of law* in plaats van *rule of men*), democratisering (het niet langer erkennen van verschillen tussen burgers) en bureaucratisering (de deugd die het veld ruimt voor bestuurlijke professionaliteit) van het recht. Mag het gegeven die premissen een verrassing heten dat een ondernemer het tot president van Amerika schopt? Overeem concludeert dat staatsmanschap zich slecht verstaat met statelijkheid. Zozeer zelfs, dat Amerika inmiddels ‘ten prooi is gevallen aan een ernstige vorm van demagogie’.

In hoofdstuk 7 (blz. 161-185) komt Huysseune te spreken over Corsica. De *Federalist Papers* is een doorslag van ‘een elitaire visie op politiek die tegelijk echter verplicht is het volk als bron van elke legitimiteit te aanvaarden’. Iets soortgelijk was er aan de hand in Corsica, dat op de belangstelling van Rousseau (!) kon rekenen. Corsica was in de achttiende eeuw het enige precedent van een staatsvorm met republikeinse instellingen en een wetgever zonder onderscheid

van stand. Anders dan de andere Europese naties, die allen tenderden naar handel, was Corsica – zoals Amerika – vooral georiënteerd op agrarische nijverheid. Toch zijn er ook vele verschillen. De Corsicanen zijn nooit aanbeland op een punt waarop de politieke idealen institutioneel verankerd werden; ze bleven hangen in het staatsmanschap, reden waarom het Corsicaanse voorbeeld in onze tijd onbekend is. De focus van de Amerikanen is institutioneel.

#### *Receptiegeschiedenis van de Federalist Papers*

In de volgende drie hoofdstukken staat de interpretatie van de Amerikaanse constitutie en van de *Federalist Papers* centraal. De indrukwekkende bijdrage (blz. 186-263) door Paul De Hert en Katrien Keyaerts (beiden Vrije Universiteit Brussel) gaat over het vierde amendement bij de constitutie. Dit amendement betreft de zoeking. Het Amerikaanse hooggerechtshof geeft aan die bepaling nu eens een ‘originalistische’ draai (rechters handelen naar de letterlijke betekenis van de constitutie), dan weer een ‘nonoriginalistische’ uitleg (de betekenis van de constitutie moet door rechters in het licht van hedendaagse casuïstiek gelezen en beslecht worden). De *living constitution*-doctrine, die ook het Europese mensenrechtenhof voorstaat, wordt door het hooggerechtshof onder die laatste benadering gebracht. De Hert en Keyaerts baseren zich op een indrukwekkend aantal rechterlijke uitspraken. Zij stellen vast dat ‘een conservatieve, tekstgetrouwe lezing van de Grondwet en van de *Bill of Rights* niet onvermijdelijk leidt tot conservatieve uitkomsten’. Wel integendeel. Het is de conservatieve, originalistische rechter Scalia die de individuele rechtsbescherming in het kader van de zoeking en eenentwintigste-eeuwse pendanten ervan (moderne surveillancetechnieken zoals het plaatsen van af luisterapparatuur, gebruikmaking van drones, enzovoort) van een gewisse dood redt. Het loslaten van de tekst zorgt er namelijk voor dat ook de rechtsbescherming van het individu losgelaten wordt. Het valt te bezien hoe het Hof op de aanstelling van rechter Gorsuch gaat reageren, maar alles wijst erop dat hij Scalia’s lijn gaat doortrekken.

Niels Graaf (Universiteit Utrecht) licht de receptie van de *Federalist Papers* in Duitsland tijdens de voorbije twee eeuwen toe (blz. 264-284). Hij stelt vast dat de *Federalist Papers* ‘een kleine rol’ speelt in het revolutiejaar 1848. Dat was niet anders in 1920 (Weimarrepubliek) en na *Stunde Null* (de Bondsrepubliek). Actuele beleving (de *Federalist Papers* leent zich voor concreet gebruik) ruimt gaandeweg het veld voor historische beleving (de *Federalist Papers* is een interessante voetnoot in de geschiedenis). Na de eenwording kon het federalisme de Duitsers niet langer bekoren. Toch houden zij vast aan één enkele noviteit: de rechterlijke taakopvatting. Op dit front is de *Federalist Papers* in Duitsland wel succesvol, vooral onder impuls van Hans Kelsen. Ook deze invloed is intussen verwelkt, nu zowel nationale als supranationale rechters in staat bleken om een constitutionele orde omver te werpen, wat zich slecht verstaat met het Duitse rechtspositivisme.

In hoofdstuk 10 (blz. 285-304) brengt Hans-Martien ten Napel (Universiteit Leiden) de actualiteit in verband met het boek *An Argument Open to All* (2015) van de Amerikaanse constitutionalist Sanford Levinson. De centrale stelling van dit boek is dat het de Amerikaanse bevolking ten principale vrij staat om te reflecteren op de constitutie, net zoals de *Founding Fathers* dat in hun tijd deden. Levinson is een *popular constitutionalist*, te onderscheiden van *populist constitutionalist*. De meest recente presidentsverkiezingen zaaien evenwel twijfel over de houdbaarheid van die ideologie.

Het laatste hoofdstuk (blz. 305-325) kan zeer wel ook als het allereerste gelezen worden. Andreas Kinneging (Universiteit Leiden) noemt de *Federalist Papers* ‘de bijbel van het moderne constitutionalisme’. De grondslag van het staatsbestel is de volkswil. Omdat de mens echter ‘geen

engel is', moeten de machten elkaar controleren. Het rechterlijke toetsingsrecht is, na een periode van stagnatie, intussen in nagenoeg alle Europese landen een vanzelfsprekendheid. Anders is het gesteld met de verhouding van de wetgevende tot de uitvoerende macht. Waar de eerste zich betrekkelijk onafhankelijk tot de laatste verhoudt onder presidentiële stelsels, zijn de parlementen in Europa 'allang verworven tot een willoos aanhangsel van de regering'. Het machtsevenwicht tussen de twee is, aldus Kinneging, 'volledig zoek, met alle gevaren van dien'.

#### *Conclusie en relevantie voor de Nederlanden*

Deze uitgave is een onontbeerlijk pareltje voor academici en politici, voor theorie en praktijk. In een eerste fase wordt de wording van de Amerikaanse constitutie verklaard. Vervolgens worden enkele federale instituties besproken. Daarna wordt via een binding aan antieke arrangementen nagegaan hoe modern de opstellers van de Amerikaanse constitutie werkelijk zijn en in hoeverre, gezien de menselijke natuur, belang moet worden gesteld in institutionele uitkomsten. Tot slot wordt de receptie van Amerikaanse denkebeelden uiteengezet.

We zien met name drie redenen waarom Nederlanders en Belgen, en Europeanen in het algemeen, deze uitgave zouden moeten lezen. Er zijn drie werven: op het vlak van de staatsstructuur, de constitutionele toetsing en de regeringsvorm.

*Primo*, de Amerikaanse eenwording en de redenen die de auteurs van de *Federalist Papers* daarvoor opgeven, kunnen zeer wel beschouwd worden als een blauwdruk voor Europese eenwording. Er is echter ook aandacht voor de keerzijde, zodat de uitgave ook eurosceptische geleerden zal bekoren. *Secundo*, de verhouding van de wetgever tot de rechter. De taakomschrijving van de rechter staat ook in onze contreien en onze tijd onder discussie. Terwijl de *Federalist Papers* op dit vlak geen coherente uitkomsten biedt, zijn er toch wijze lessen te trekken uit de vervolgeschiedenis, zodat wij, Europeanen, dezelfde stomiteiten niet hoeven blijven herhalen. *Tertio*, de macht die de wetgever ten overstaan van de regering in de schaal legt. Het is reeds aangehaald: het parlement is een dood broertje van de executieve, zowel op EU-vlak als op het niveau van de lidstaten.

Dat alles stemt de lezer niet welgemutst, maar wellicht is de publicatie van deze fraaie bundel opstellen een hoopvol teken.

Maarten Colette, Brussel