
RES PUBLICA EN RECHTSSTAAT: VRIJHEID IN EEN ONVOLMAAKTE SAMENLEVING

Pleidooi voor een functionele (niet te bevlogen)
grondwet voor Vlaanderen

Matthias Storme

Jurist Matthias Storme stelt zich de vraag aan welke voorwaarden een Vlaamse grondwet moet beantwoorden.

Een eerste grote categorie betreft de grondwettelijk gewaarborgde vrijheden, die veelal op historische basis verworven zijn. Zij waarborgen vooral de vrijheid van de burger tegenover een te grote staatsmacht, en in tweede orde bakenen ze ook de onderlinge vrijheid af.

Complementair daaraan dient de grondwet ook garanties te bevatten dat de overheid de wet handhaaft en afdwingt. Er bestaan dus een aantal legitieme aanspraken van de burger tegenover zijn overheid.

Zeer belangrijk acht de auteur vervolgens concrete waarborgen voor de fundamentele vrijheden, zoals bijvoorbeeld de door loting samengestelde jury bij vervolging wegens persdelicten en 'politieke misdrijven', of een andere techniek om te verzekeren dat de samenstelling van een rechtscollege onafhankelijk van een concrete zaak tot stand komt. Dat is in België niet gegarandeerd. Ook elementaire principes zoals de vrijheid van vereniging en het censuurverbod worden in België uitgehouden.

Het is een kerntaak van de grondwetgever om op deze uithollingen te anticiperen.

Verder dient de grondwet ook mechanismen te bevatten die corruptie, machtsmisbruik en zelfbediening door de overheid uitsluiten. Zo komt Matthias Storme tot zijn centrale stelling: een grondwet staat boven tijdelijke belangen van partijen en machthebbers. Zij bevat beproefde waarborgen en dient niet om de ideologische keuzes van het moment in op te nemen om de toekomstige meerderheid daaraan te binden. Al evenmin mag de interpretatie van de grondwet misbruikt worden om traditionele regels uit te schakelen zonder democratische beslissing van de wetgever. De grondwet dient ons juist te beschermen tegen regels die van buitenaf worden opgelegd. In die zin is de secessiegedachte het heropenen van een constitutionele traditie die we doorheen de geschiedenis zijn kwijtgespeeld.

*Wir wollen nicht mehr die alten Sünder sein,
wir wollen würdig sein der Republik!
(uit: Wir wollen alle wieder Kinder sein!)*

DE FUNCTIE VAN EEN GRONDWET

‘C’est à l’expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.’²

¹ Cabaretlied van Friedrich Hollaender uit 1921, na de verschrikkingen van de Eerste Wereldoorlog en de ineenstorting van het Duitse keizerrijk.

² Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux, 1998 (1801).

Met deze waarschuwing van Portalis tegen de neiging van de wetgever om alles te willen regelen in een tekst, vat ik de vermetele taak aan te willen stellen wat er in een Vlaamse grondwet zou moeten staan, zou mogen staan en vooral ook niet zou mogen staan. De taak is vermetel omdat voor een grondwet nog veel meer dan voor andere wetten geldt dat het enkel de historische ervaring is die ons kan leren wat er in een goede grondwet staat en wat er goed zou staan in een grondwet voor Vlaanderen. Ze is het ook omdat, nu eindelijk het tijdstip in zicht komt dat er een Vlaamse staat kan ontstaan en daarmee ook een echte Vlaamse grondwet, slechts weinigen blijken geven van de wijsheid die nodig is om bij te dragen tot zo’n grondwet. Meer bepaald lijken de politici van vandaag het opstellen van een grondwet vooral te zien als een mogelijkheid om die nieuwe staat naar hun hand te zetten en hun eigen ideologische voorkeuren aan de volgende generatie op te leggen. Enige bezinning over de functie van een grondwet is daardoor des te noodzakelijker.

Mijn uitgangspunt daarbij is dat het maar zin heeft om over een grondwet te spreken wanneer men daarmee een (geheel van regels) bedoelt die niet door middel van de normale procedure van wetgeving, kort gezegd met een gewone meerderheid, kunnen worden gewijzigd, maar slechts met een bijzondere procedure. Die bijzondere procedure is te vinden, zo leert ons de rechtsvergelijking, in een of meer van de volgende elementen: een bijzondere meerderheid van het parlement (bijvoorbeeld twee derde of drie vierde) of van een verruimde vergadering van volksvertegenwoordigers (‘Congres’), een volksstemming (referendum), en/of een voorafgaandelijke parlementsverkiezing waarin de hervorming formeel wordt

voorgesteld.³ Een document dat zomaar volgens de gewone wetgevingsprocedure kan worden gewijzigd, ‘grondwet’ noemen is weinig zinvol en meestal zelfs bedrieglijk.

Eenvoudigheidshalve ga ik uit van het meest voorkomende model, namelijk dat van een bijzondere meerderheid in het parlement, al dan niet gepaard aan een meerderheid in een volksstemming. Het constitutionaliseren van een regel, waarde, beginsel of instelling betekent dus het onttrekken daarvan aan het normale spel van de politieke besluitvorming, in een democratie dus aan een wijziging door middel van de meerderheid van de dag.

Wat is nu de zin van zo’n procedé en dus van een grondwet? Het dient er in de eerste plaats toe om ‘fundamentele’ regels of instellingen te vrijwaren, te garanderen op langere termijn, te onttrekken aan de waan van de dag, te beschermen tegen nieuwe meerderheidsopvattingen onder de politici, tegen onbezonnen omgang met belangrijke dingen, tegen tijden van moreel verval.

WAT WEL EN NIET IN EEN GRONDWET THUISHOORT

Vanuit deze functionele visie op een grondwet horen er mijns inziens maar een vrij beperkt aantal zaken in een grondwet thuis, en met name de volgende soorten bepalingen. *More is less*.

a. Fundamentele vrijheden

Dit zijn de vrijheden waarvan de erkenning noodzakelijk

³ In sommige landen wordt zelfs de onwijzigbaarheid tout court van een of meer bepalingen van de grondwet geproclameerd, meestal in de grondwet zelf. Als extra beveiliging zal het artikel dat sommige bepalingen onaantastbaar verklaart, zichzelf ook onaantastbaar verklaren (bv. Art. 79 III van de Duitse grondwet).

is opdat de staat een rechtsstaat zou zijn. Die vrijheid gaat aan de staat vooraf en een staat die deze niet erkent, is geen rechtsstaat. Omgekeerd is het waarborgen van deze vrijheden een deel van de legitimatie van de staat tot overheid. Deze erkenning, naast andere kenmerken, legitimeert het geweldmonopolie van de overheid. Dergelijke vrijheden zijn geen rechten in enge zin, geen aanspraken op de overheid, en nog minder op andere burgers, maar afweer-rechten. Fundamentele vrijheden zijn met name de vrijheid van geweten, meningsuiting, vereniging, vergadering, beweging, godsdienst, onderwijs, arbeid en beroepsuitoefening.

Deze vrijheden zijn nooit geheel onbeperkt, maar bij sommige vrijheden is een beperking eerder verantwoord dan bij anderen. Daarom volstaat het niet dat een grondwet beperkingen in vage termen voorziet. De mogelijke inperkingen moeten nauwkeurig worden aangegeven voor elk van die vrijheden afzonderlijk.⁴ Zo zal de waarborg van het briefgeheim een terechte inperking van de vrijheid van meningsuiting inhouden.

Totaal uit den boze zijn uitzonderingen die deze vrijheden totaal uithollen, zoals met name twee recente ideologische miskleunen. De eerste is de stelling dat die vrijheden niet discriminerend mogen worden aangewend, waarbij onder discriminatie algemeen begrepen wordt een onderscheid dat niet redelijk wordt verantwoord, maar de

⁴ Voor de vrijheid van meningsuiting heb ik deze nader besproken in mijn bijdrage ‘Vrijheid van meningsuiting: de puntjes op de i’ op www.vlaamseconservatieven.blogspot.com, alsook in *Kort Manifest* (nr. 165), 1 oktober 2008 en in *Blauwdruk*, oktober 2008. Daarin leg ik met name uit dat de ‘vrijheid van meningsuiting’ niet het ‘recht op meningsuiting’ inhoudt.

essentie van een vrijheid is juist dat men niet verplicht kan worden een redelijke verantwoording te geven voor de concrete uitoefening van die vrijheid; waar dat wel verplicht is, gaat het niet meer om een vrijheid en wordt de burger gereduceerd tot een radertje in dienst van de overheid. Een tweede voorbeeld is de stelling in art. II-54 van het Europees Handvest van grondrechten dat geen enkele vrijheid mag worden gebruikt met het doel een van de fundamentele rechten en vrijheden in te perken; natuurlijk zal een grondwet bepaalde grenzen kunnen en moeten stellen aan de fundamentele vrijheden, maar de zopas weergegeven clause is manifest fout en met name een totale negatie van de vrijheid van meningsuiting, die vanzelfsprekend ook de vrijheid moet omvatten te pleiten voor een wijziging van de grondwet of de opvattingen over fundamentele rechten. Beide miskleunen zijn evenveel redenen om het Europees Handvest van grondrechten te bestrijden.⁵

Deze vrijheden zelf zijn, zoals de wetten in de ogen van Portalis, niet iets wat een grondwetgever zomaar instelt. Zij zijn evolutionaire verworvenheden, die zich in de loop der geschiedenis verder uitgekristalliseerd hebben doorheen de historische ervaring van – vooral – misbruik van overheidsmacht. Zij zijn veeleer ontfutseld aan de machthebbers dan vrijwillig door hen ingesteld.

Deze vrijheden zijn rechten tegen de overheid en in be-

⁵ Zie hierover mijn rede ‘De fundamenteelste vrijheid: de vrijheid om te discrimineren’, in *Vivat Academia* (nr. 126), 2005 en in *Teksten, Kommentaren en Studies (TeKoS)* (nr. 118), 2005 (webh01.ua.ac.be/storme/vrijheidsprijs.pdf), evenals mijn rede ‘De Europese waarden: bescherm ze tegen de waarden van de Europese grondwet’, 5 februari 2006 (storme.eu/DeEuropeseWaarden.pdf), ook in *Europa één federaal*, april 2006 en *Bitter Lemon*, februari 2006.

ginsel enkel tegen de overheid (‘rechten’ in de ruime zin en niet in de strikte zin van het woord); zij strekken ertoe grenzen te stellen aan de machtsuitoefening door de overheid als een noodzakelijk correlaat met haar geweldmonopolie (en dus het verbod van gebruik van geweld door burgers). Wil dat zeggen dat er helemaal geen regels nodig zijn om te beletten dat burgers hun macht misbruiken tegenover andere burgers? Zeker niet, maar men moet een onderscheid maken. Aan de ene kant zijn er die gevallen waarin een fundamentele vrijheid ook ten opzichte van medeburgers moet worden gehandhaafd: zij geven nog geen aanspraak op iets van een medeburger, maar vormen enkel een schild van de ene tegenover de andere: *a shield, not a sword*. Een voorbeeld is de waarborg van het briefgeheim en bepaalde andere elementen van privacy, die niet enkel tegen de overheid maar tegen eenieder moet gelden. Het betreft hier een van de relatief zeldzame gevallen waarin een fundamentele vrijheid met een andere vrijheid, die van meningsuiting, botst.⁶ Als het er daarentegen om gaat burgers ook positieve aanspraken ten opzichte van andere burgers te verlenen, dient men gewone wetten te gebruiken; dan is een grondwet meestal ongeschikt. Het gaat immers om vragen waarop het antwoord veel minder eenduidig is, waar de bescherming van de vrijheid van de ene de beperking van de vrijheid van de ander inhoudt, waarbij er geen algemene regel kan gelden, maar veelal slechts bijzondere regels voor bijzondere gevallen, en waar dat evenwicht door het normale spel van de democratie moet

⁶ De meeste gevallen van zogenaamde ‘botsing van grondrechten’ betreffen geen conflict tussen twee fundamentele vrijheden zoals de genoemde, maar tussen een aanspraak die de ene inroept en een vrijheid of een andere aanspraak die de andere inroept.

worden bepaald. Meer nog, als de vos de passie preekt...: als een staat in een grondwet aanspraken van burgers tegen andere burgers opneemt, is het altijd oppassen geblijven, want dergelijke bepalingen stellen geen grenzen aan de macht van de overheid, maar breiden ze integendeel uit.

Wat dan weer wel in een grondwet thuis hoort, zijn bepalingen die ertoe bijdragen dat de fundamentele vrijheden ook gevrijwaard blijven tegen private spelers die apart of in kartel een (quasi)monopoliepositie innemen, waardoor er gewoon geen ruimte meer is voor de vrijheid van meningsuiting, vereniging, onderwijs enzovoort. Zo is het systeem van de 'representatieve' vakbonden zoals het in België bestaat, een aanfluiting van de vrijheid van vereniging. Evenzo moet een monopolie in de pers onmogelijk worden gemaakt, evenzeer als op de arbeidsmarkt of de politieke markt.

b. Aanspraken op de overheid

Naast de vrijheden tegen de staat horen ook een beperkt aantal burgerlijke aanspraken op de staat thuis in de grondwet.

Eigenlijk gaat het hoofdzakelijk om één enkele aanspraak: de aanspraak van de burger om van de overheid te eisen dat die de door de rechtsorde erkende goederen en rechten van de burger ook daadwerkelijk beschermt. Welke rechten de burger precies heeft tegenover andere burgers is in grote mate geen zaak van de grondwet; wel een zaak van de grondwet is dat een burger die meent in zijn rechten geschaad te zijn, toegang heeft tot een onpartijdige rechter die binnen een redelijke termijn uitspraak doet, en dat elke burger die een gunstige rechterlijke uitspraak heeft bekomen, deze uitspraak ook kan afdwingen.

In een geciviliseerd land zal de wetgeving daarbij rechtsgoederen van alle burgers zoals leven, lichamelijke integriteit, eigendom, eer en goede naam niet alleen tegen aantasting door de overheid maar ook tegen aantasting door andere burgers beschermen. Behalve enkele reeds genoemde afweerrechten die jegens eenieder moeten gelden (zoals het genoemde briefgeheim), moet de concrete omvang van die rechten in gewone wetten bepaald worden. Aangezien de overheid evenwel bij wet zou kunnen bepalen dat ze zelf niet de verplichtingen heeft die ze aan burgers jegens elkaar oplegt, kan een daartegen gerichte grondwetsbepaling wel nuttig zijn: een grondwettelijke regel die de overheid verbiedt om zichzelf vrij te stellen van de verplichtingen die ze aan burgers jegens elkaar oplegt.

Naast die aanspraak op rechtsbescherming kunnen er nog een beperkt aantal andere aanspraken op de overheid in de grondwet worden ingeschreven, zoals het recht op informatie, in het bijzonder 'openbaarheid van bestuur'.

Is er dan geen constitutionele aanspraak op 'gelijke behandeling' door de overheid? Nee. Er is wel een verbod van discriminatie door de overheid. De overheid mag geen beslissingen nemen die een ongerechtvaardigd of disproportioneel onderscheid maken tussen burgers. Dat verbod van discriminatie door de overheid is het noodzakelijke correlaat met de wetgevings- en belastingbevoegdheid van de overheid (er bestaat voor de burger geen recht om 'uit de staat te stappen'). Waar de overheid tussenkomt, mag zij niet discrimineren en dient zij gelijke rechten te waarborgen. Maar de voorstanders van een aanspraak op gelijke behandeling wensen iets heel anders: zij wensen dat als een zwaard te gebruiken voor veel meer, met name om de overheid te verplichten om bepaalde rechten toe te ken-

nen om daarmee gelijkheid te scheppen. Dat is een zaak die evenwel het voorwerp moet zijn van het normale spel van de democratie, en niet daaraan mag worden onttrokken door dat in een grondwet vast te leggen.

c. Concrete waarborgen

Minstens even belangrijk als de grote beginselen zijn de concrete maatregelen die de uitholling van de fundamentele vrijheden moeten belemmeren.

Zo denk ik aan de instelling, in 1831, van de jury voor politieke misdrijven en drukpersmisdrijven. Bij een jury worden de leden immers door het lot aangeduid, zodat de kans op manipulatie uiterst beperkt is. Wat de politieke misdrijven betreft werd die grondwettelijke waarborg van de jury al in de negentiende eeuw vakkundig uitgehold door het hof van cassatie, dat tot vandaag in de boosheid volhardt. Zo oordeelde het hof nog in een arrest van 7 oktober 2008 dat de actie van de dienstweigeraars om de kamerverkiezingen van juni 2007 te boycotten geen politiek misdrijf uitmaakt, aangezien die verkiezingen op een door het grondwettelijk hof ongrondwettig verklaarde wijze werden georganiseerd (door de niet-splitsing van Brussel-Halle-Vilvoorde), terwijl het hier juist om een schoolvoorbeeld van politiek misdrijf gaat. Wat de drukpersmisdrijven betreft, werd deze fundamentele waarborg vooreerst door de rechtspraak uitgehold⁷ en vervolgens nog meer door het parlement – middels de discriminerende afschaffing van de jury voor drukpersmisdrijven ‘die door racisme of xenofobie ingegeven zijn’, een grondwetswijziging die

⁷ Bvb. Cass. 7 december 1971 en Cass. 18 september 1973, waarbij de bescherming van de vrijheid van drukpers beperkt wordt tot publicaties die volgens de rechter een mening zouden inhouden.

manifest door politieke partijen werd doorgevoerd om een politieke tegenstander te treffen.

Nu is het wel zo dat de jury niet de enige techniek is om in gevoelige materies een concrete waarborg te verschaffen. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens stelt meer algemeen dat het om een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie moet gaan die bij wet is ingesteld. In Duitsland wordt die garantie van de ‘*gesetzlicher Richter*’ streng toegepast: daar gelden er regels die maken dat de concrete samenstelling van een rechtscollege op voorhand vastligt, met name vooraleer men weet over welke concrete zaak het gaat, zodat de samenstelling niet kan worden gemanipuleerd in functie van de zaak. Dat is nogal wat anders dan in België, waar men in het hof van beroep te Gent, nadat de zaak naar dat hof was verwezen, rechters is gaan zoeken die bereid waren om de vzw’s van het Vlaams Blok te veroordelen. Het arrest werd geschreven door een rechter die zichzelf daartoe heeft aangeboden en een ander die men daartoe onder druk heeft gezet.⁸

Verder denk ik aan de zogenaamde ‘cascaderegels’ voor de mogelijke aansprakelijkheid wegens publicaties. Die houdt, kort gezegd, in dat voor een onrechtmatige publicatie de auteur, drukker en verspreider niet elk kunnen worden vervolgd, maar de tweede pas als de eerste niet bekend is, en de derde pas als de eerste en tweede niet bekend zijn (nu art. 25 Grondwet). Het is een waarborg die

⁸ Waarbij wel kan worden opgemerkt dat in een andere zaak het hof van cassatie een uitspraak vernietigde wegens schijn van partijdigheid, omdat men speciaal een rechter uit een andere rechtbank was gaan halen om een zaak voor te zitten nadat de rechter die normaal diende te zetelen, te bang was geworden (de zaak-Erdal): Cass. 19 april 2007.

verkracht wordt door de antiracismewet, die het lidmaatschap van een vereniging die discriminerende meningen verspreidt, zelfstandig strafbaar stelt (art. 22 Antiracismewet, zoals vastgesteld door de Wet van 10 mei 2007). Die bepaling is overigens ook een aanfluiting van de vrijheid van vereniging en strijdig met het nog steeds geldende decreet van 16 oktober 1830 dat duidelijk stelt dat *‘la loi ne pourra atteindre que les actes coupables de l’association ou des associés et non le droit d’association lui-même’*. Ook deze grondwetsverkrachting wordt overigens gemotiveerd door verwijzing naar Europese of supranationale verplichtingen.

Vervolgens acht ik ook de concrete waarborg van het censuurverbod van belang, namelijk de onmogelijkheid om publicatie en verspreiding van geschriften preventief te verbieden. Jammer genoeg heeft dat de rechtspraak er niet van weerhouden om preventieve verboden uit te vaardigen (bijvoorbeeld door middel van stakingsvorderingen), of preventieve maatregelen van overheidsinstellingen te tolereren, waarbij het grondwettelijk hof gelukkig art. 25 van de grondwet wel strikt handhaaft. Wel ben ik van oordeel dat dat zeer zinvolle verbod van preventieve censuur moet worden gecompenseerd met een verregaand ‘recht van antwoord’, dat best eveneens grondwettelijk wordt verankerd, en dat heel specifieke welomschreven uitzonderingen gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld een preventief verbod op schending van het briefgeheim, of een verbod om iets te publiceren wanneer niet *tegelijkertijd* het recht van antwoord wordt gepubliceerd.

Nog een nuttige bepaling van de ontwerpers van de Belgische grondwet van 1831 vinden we in het decreet van 16 oktober 1830 op de vrijheid van meningsuiting, volgens

hetwelk *‘toute institution, toute magistrature créée par le pouvoir, pour soumettre les associations philosophiques ou religieuses, et les cultes, quels qu’ils soient, à l’action ou à l’influence de l’autorité, sont abolies’*. Ook dat beginsel wordt in België natuurlijk miskend nu er een reeks inquisitoriale overheidsinstellingen bestaat waarvan de activiteit, indien al niet de wettelijke taak, er essentieel in bestaat om meningen te bestrijden die zouden aanzetten tot volgens de heersende ideologie niet redelijk verantwoorde vormen van ongelijke behandeling in het maatschappelijke leven.

Zoals reeds blijkt uit de uitholling van die concrete waarborgen voor de fundamentele vrijheden zijn dat soort waarborgen des te nuttiger naarmate ze meer *self-executing* zijn, dat wil zeggen naarmate ze zonder meer kunnen worden toegepast. De machthebbers zullen altijd proberen om die waarborgen uit te hollen, en het komt er dus op aan daarop te anticiperen en dat zoveel mogelijk te verhinderen door eenvoudig in werking te stellen regels.

d. Checks and balances en waarborgen tegen zelfbediening

*Power tends to corrupt and absolute power tends to corrupt absolutely.*⁹ Behalve wat hierboven werd genoemd, moet een grondwet vooral regels bevatten die ervoor zorgen dat de macht voldoende gespreid wordt en dat elke macht gecompenseerd wordt door een controle door een andere instantie. In het verlengde daarvan horen in een grondwet regels thuis die ervoor moeten zorgen dat een macht niet over zichzelf kan beslissen en dat instellingen die het land of het volk vertegenwoordigen of zelfs maar over publieke

⁹ Lord Acton in een brief aan bisschop Mandell Creighton in 1887.

gelden kunnen beschikken, niet aan zelfbediening kunnen doen voor zichzelf of hun opdrachtgevers. Bij die regels horen natuurlijk ook regels tot waarborging van de ‘openbaarheid van bestuur’ (transparantie van het handelen van de overheid).

De belangrijkste regels daarbij zijn diegene die ervoor moeten zorgen dat de democratisch verkozen vertegenwoordigers niet de democratie zelf kunnen afschaffen en al evenmin de regels op grond waarvan zij macht hebben, naar hun hand kunnen zetten om te verhinderen dat anderen volgens diezelfde regels aan de macht komen. Door gaans leidt men uit dat idee af dat de fundamentele regels van het kiesstelsel in de grondwet moeten worden vastgelegd. Evenwel zijn er ook andere technieken die mijns inziens eigenlijk aantrekkelijker zijn, waarbij niet zozeer de te hanteren regels worden vastgelegd (bijvoorbeeld de regels van het kiesstelsel) maar wel een ‘metaregel’, een regel over de wijziging van de regels. Zo bevat art. 54 van de Griekse *Syntagma* (grondwet) de regel dat wijzigingen aan de kieswet niet ingaan bij de eerstvolgende, maar pas bij de daaropvolgende verkiezingen, een zeer nuttige waarborg tegen keshervormingen op maat van de regerende partij. Hetzelfde zou eigenlijk moeten gelden voor regels die de samenstelling van het kiezerskorps wijzigen (in gedachte- nis de boutade van Bertold Brecht ‘*Wäre es da nicht einfacher, die Regierung löste das Volk auf und wählte ein anderes?*’¹⁰) Het staat ons toe de wijziging van regels niet te moeilijk te maken, en aan de andere kant het misbruik van de wijzigingsmogelijkheid in te perken.

¹⁰ *Die Lösung*, gedicht posthuum gepubliceerd in *Die Welt* van 9 december 1959.

Verder kunnen de basisregels uit het privaatrecht inzake vertegenwoordiging ook nuttig zijn om belangenconflicten in hoofde van de vertegenwoordigers van de natie te regelen. Zo’n eerste privaatrechtelijke regel is dat een mandataris die de bevoegdheid heeft gekregen een contract te sluiten, dat nooit met zichzelf mag sluiten zonder dat zijn opdrachtgever daarmee heeft ingestemd. Vertaald in publiekrechtelijke termen: volksvertegenwoordigers zouden nooit over hun eigen belangen mogen beslissen zonder de instemming in concreto van hun kiezers, bij volksraadpleging te verkrijgen. Zo zouden ze hun eigen wedde niet mogen bepalen. Een tweede regel is dat een mandataris bij een handeling geen twee heren mag dienen, dus geen bevoegdheid heeft om belangen te behartigen die strijdig zijn met die van zijn opdrachtgever zonder het akkoord van beide partijen met tegenstrijdig belang. Ook dat kan in publiekrechtelijke termen worden omgezet: lasthebbers moeten in het privaatrecht overigens niet alleen verkozen worden door hun opdrachtgevers, maar ook achteraf rekenschap en verantwoording afleggen. In het publiekrecht is die verplichting vandaag omzeggens geheel afwezig.

Wat de vertegenwoordigingsgedachte betreft lijdt onze democratie aan een fundamentele dubbelzinnigheid: vertegenwoordigen politici enkel hun eigen kiezers, dan wel het geheel van de kiezers van hun kieskring, dan wel het geheel van de kiezers van alle kieskringen? In theorie is dat het laatste, maar het discours van de politici getuigt bijna uitsluitend van het eerste. Beide opvattingen zijn verdedigbaar, maar telkens mits men er de geëigende consequenties aan verbindt. En ook dat is een taak voor de Vlaamse grondwet. Nu hebben we politici die enkel hun eigen kiezers vertegenwoordigen, maar door de fictie dat zij

de gehele natie vertegenwoordigen, nemen zij beslissingen die niet alleen hun kiezers geld kosten, maar ook alle andere burgers. Als politici partijdig mogen zijn, zou dat eigenlijk moeten gebeuren op kosten van hun partij en niet van allen. Nu wordt die partijdigheid grondwettelijk bijna alleen door het discriminatieverbod ('Alle Belgen zijn gelijk voor de wet', art. 10 Grondwet) binnen de perken gehouden: zoals hoger reeds besproken mag de overheid, en dus ook de meerderheid binnen die overheidsorganen, niet discrimineren. Maar nog los van het feit dat dat de fundamentele vraag doet rijzen wie de naleving daarvan controleert en daarbij het laatste woord heeft, is dat ook niet voldoende als waarborg. Minstens moet dat verbod gepaard gaan met een doorgedreven toepassing van het subsidiariteitsbeginsel, zowel wat betreft de verhouding tussen hogere en lagere overheid als wat betreft die tussen overheid tout court en de burgers.

e. Geen ideologische fixaties

Een grondwet mag vooral niet dienen als een instrument van de meerderheid van de dag om de eigen ideologische en politieke keuzes op te leggen aan de toekomstige meerderheid. Een grondwet kan weliswaar ideologisch niet neutraal zijn, maar moet ideologisch 'dun' zijn in plaats van 'dik',¹¹ en zich daarbij vooral beperken tot die waarden die doorheen de eeuwen beproefd zijn en daardoor

¹¹ Zie voor de betekenis van deze woorden onder meer M. Walzer, *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*, Chicago, 1994. Dat wil niet zeggen dat een grondwet even 'dun' moet zijn als internationale verdragen inzake mensenrechten, en nog veel minder dat de Staat in alles wat ze doet, 'dun' moet zijn en elke particuliere traditie van waarden en gebruiken zou moeten weren, integendeel.

reeds bewezen hebben de waan van de dag te overstijgen. De meerderheid van vandaag heeft immers geen enkele legitimiteit om de meerderheid in de toekomstige generaties te binden aan de eigen keuzes wanneer die niet reeds ook de keuzes zijn van een reeks voorgaande generaties.¹² Is dat niet het geval, dan is de legitimiteit van de meerderheid in de volgende generatie om een nieuwe keuze te maken immers precies even groot als die van de meerderheid in de huidige generatie. In die zin moet een grondwet volgens mij ook transgenerationeel zijn.

Jammer genoeg moeten we vaststellen dat vooral in de recente geschiedenis de 'progressieve' politici het niet kunnen laten om hun ideologische trofeeën te verabsoluteren en te verschansen in een grondwet, zoals ook 'progressieve' rechters ze verschansen in hun evolutieve interpretatie van de grondwet of mensenrechtenverdragen. Een voorbeeld is de reeds vermelde stelling die in het discriminatieverbod door de overheid een positieve verplichting voor de overheid leest om 'gelijke rechten' in te voeren (en niet alleen een verbod om te discrimineren wanneer er rechten worden toegekend). Een ander concreet voorbeeld is het bekende arrest 'Roe vs. Wade' in de Verenigde Staten,¹³ waarmee, uit een zeer vage bepaling in de grondwet waaruit men al eerder met veel fantasie een recht op privacy had afgeleid, een grondwettelijk recht op abortus werd

¹² Dat principe geldt minder of niet voor meer technische bepalingen die de werking van de instellingen bepalen, maar in zeer sterke mate voor ethisch en ideologisch geladen onderwerpen. Vgl. hierbij reeds art. 28 van de Franse Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen bij de republikeinse Grondwet van 1793: '*Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.*'

¹³ 1973, 401 U.S. 113 = laws.findlaw.com/us/410/113.

afgeleid, inclusief zeer precieze regels over de desbetreffende termijnen en nadere voorwaarden.¹⁴ Ten onrechte zou men aan de kritiek hierop verwijten dat zij enkel maar haar eigen tegenovergestelde ‘conservatieve’ mening wil opleggen, en dat progressieven dus evenzeer dat recht hebben: zonder dat *ex nihilo* gecreëerde grondwettelijke recht is abortus in de Verenigde Staten immers een bevoegdheid van de deelstaten en kan de ideologische meerderheid dus van deelstaat tot deelstaat verschillen. Nog een ander voorbeeld betreft rechters die in het grondwettelijke discriminatieverbod een ‘recht’ om te huwen met iemand van hetzelfde geslacht lezen; daarmee zeg ik niet dat het een goede zaak is dat de onmogelijkheid van het homohuwelijk in de grondwet wordt ingeschreven, zoals op 4 november 2008 in Californië is gebeurd (California Proposition 8). Maar het is in ieder geval niet de bevoegdheid van vier rechters om de uitslag van een eerdere volkstemming daarover (California Proposition 22 in 2000) met een beroep op dat gelijkheidsbeginsel terzijde te schuiven, en wanneer die dat toch doen, is het perfect begrijpelijk dat de bevolking de tegenovergestelde regel in de grondwet doet inschrijven.

Aan dezelfde ziekte lijden ook Europese ‘progressieve’ rechters die allerlei traditioneel gangbare onderscheidingen als strijdig met grondwetten of mensenrechten verbieden, op grond van een erg creatieve interpretatie van bepalingen die daarover helemaal niets zeggen (dus ook niet het tegendeel) en die vragen dus aan de wetgevers van

¹⁴ Waarmee ik niet wil zeggen dat het noodzakelijk onaanvaardbaar zou zijn om in een grondwet een (beperkt) recht op abortus te verzekeren, maar enkel dat het in beginsel niet aan enkele rechters toekomt om een dergelijke fundamentele keuze te beslechten.

de verschillende staten overlaten.¹⁵ Denken we ook aan het door de regering-Verhofstadt op 8 juli 2005 goedgekeurde zogenaamd ‘Handvest voor het Staatsburgerschap’,¹⁶ dat de waarden wilde opsommen die nieuwkomers moeten aanvaarden om zich als burger te integreren in onze samenleving, en inhoudelijk nauwelijks verder kwam dan het opleggen van een akte van geloof in absolute gelijkheid van man en vrouw, en in het recht op abortus, euthanasie en homohuwelijk, alsof een negatieve houding ten opzichte van deze verworvenheden in België onwettig zou zijn.

Dat betekent niet dat ‘nieuwe’ grondrechten nooit in grondwetten mogen worden opgenomen, maar enkel dat dat pas mag gebeuren 1) nadat ze reeds een voldoende lange tijd in gewone wetten hun waarde hebben bewezen – dus niet om democratisch gelegitimeerde traditionele regels af te schaffen – en 2) voor zover het subsidiariteitsbeginsel zich daar niet tegen verzet.

Met die nieuwe grondrechten moet men nog des te voorzichtiger zijn, omdat zij, in tegenstelling tot hoger genoemde klassieke fundamentele vrijheden, er niet toe die-

¹⁵ Een voorbeeld van een arrest waarin het hof van justitie van de Europese Gemeenschappen duidelijk een brug te ver is gegaan, is het arrest Mangold over leeftijdsdiscriminatie van 22 november 2005 nr. C-144/04, waarover de Duitse voormalige voorzitter van het grondwettelijk hof en latere bondspresident Werner Herzog stelde: ‘*the ECJ deliberately and systematically ignores fundamental principles of the Western interpretation of law, that its decisions are based on sloppy argumentation, that it ignores the will of the legislator, or even turns it into its opposite, and invents legal principles serving as grounds for later judgements. They show that the ECJ undermines the competences of the member states even in the core fields of national powers*’ (‘Stop the European Court of Justice’, in: *EU observer*, 10 september 2008 (euobserver.com/9/26714)).

¹⁶ ‘Burger zijn in België’, www.diversiteit.be/diversiteit/files/File//centrum/2005/Eindverslag%20Commissie%20voor%20interculturele%20dialoog.pdf, p. 95, in het bijzonder punt 4.

nen om het pluralisme mogelijk te maken, maar veeleer om het te smoren in de *pensée unique*. Natuurlijk moet onze staat niet enkel een democratische rechtsstaat zijn, maar ook een sociale rechtsstaat, en is het wenselijk om dat als een ‘*Staatszielbestimmung*’ in de grondwet te vermelden. Maar dat is iets heel anders dan de creatie van sociale ‘grondrechten’ van de ene burger op de andere zoals een ‘recht op gelijke behandeling’ door eenieder. Dat hangt samen met de perverse verwarring van recht en moraal, die ik elders al heb beschreven.¹⁷ De fundamentele vrijheden strekken er precies toe om deze twee niet te laten samenfallen, zodat niet alles wat onethisch is, verboden wordt. Maar als keerzijde daarvan heeft men ook nog de vrijheid om datgene wat wettelijk toegelaten is, nog altijd als immoreel te bestrijden (geweldloos welteverstaan). De fundamentele vrijheden maken ethisch gedrag eerst mogelijk, de nieuwe rechten willen fatsoenlijk geacht gedrag opleggen en ontnemen het daardoor elk ethisch gehalte. De gezegde goede bedoelingen om niet langer de oude zondars te zijn maken ons nog niet tot kinderen van de *res publica*, en riskeren ons eerder te degraderen tot onderdanen van een seculiere theocratie.¹⁸

‘De Republiek waardig’ zullen de Vlamingen eerst zijn wanneer zij beseffen ‘*dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht, und dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl*

¹⁷ In mijn bijdrage ‘Tolerantie’ in: *Vlaamse Beweging. Nog een opdracht? Welke toekomst?*, Leuven 2002 (ook licht geactualiseerd op www.storme.eu/tolerantie.pdf) en in mijn in voetnoot 5 genoemde rede ‘De fundamenteelste vrijheid: de vrijheid om te discrimineren’.

¹⁸ Zie mijn interview ‘Vrijheid en/of gelijkheid’ in: *Dwars* (nr. 39), april 2007 (www.dwars.ua.ac.be/spip.php?article416) en mijn reeds in voetnoot 5 aangehaalde rede ‘De fundamenteelste vrijheid: de vrijheid om te discrimineren’.

der Schwachen’, zoals de prachtige preambule van de Zwitserse grondwet het stelt. ‘De Republiek waardig’ zullen we ook slechts zijn wanneer we bereid zijn dat net zoals de Zwitsersers te verklaren ‘*Im Namen Gottes des Allmächtigen!*’, want enkel daar waar er geen andere macht boven het volk staat, is een volk vrij.

Dat hangt samen met nog een dubbele fundamentele vraag, die binnen dit korte bestek evenwel niet meer kan worden uitgewerkt, maar slechts vermeld.

WIE KAN DE GRONDWET UITLEGGEN EN WIE ZE WIJZIGEN?

Die dubbele vraag luidt enerzijds: aan wie komt het toe de grondwet te interpreteren en toe te passen? En anderzijds: wie mag de grondwet vastleggen en wijzigen? Beide vragen zijn nauw verbonden. Mijn antwoord hierop is dat de interpretatie en toepassing van de grondwet aan het parlement én aan de hoogste rechters toekomt, en de grondwet de regels moet bepalen om het evenwicht daartussen te vinden. Het laatste woord kan in een democratie echter enkel aan het volk toekomen, door de uitoefening van het recht om de grondwet te wijzigen. Het valt te verkiezen dat een grondwet maar met mondjesmaat wordt gewijzigd, maar het is juist wanneer de gevestigde machten, politiek of magistratuur, het volk niet de kans geven om deze bevoegdheid uit te oefenen, dat na verloop van tijd een breuk onvermijdelijk wordt. En die tijd is in België nu wel gekomen.

BESLUIT

Een goede constitutie wordt, zoals gezegd, niet uitgevonden, maar is een continue opdracht, die wel op historische

momenten het best vorm kan krijgen in een coherente tekst. De auteurs van zo'n grondwet dienen zich minder te laten leiden door de individuele 'natuurlijke rede' dan wel door de *artificial reason* die doorheen de eeuwen collectief werd ontwikkeld.¹⁹ *'The life of the law has not been logic: it has been experience. [...] The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.'*²⁰

Een grondwet is niet de juiste plaats om een blauwdruk voor een ideale samenleving te geven, waarmee wij als kinderen van nul zouden kunnen beginnen. En de ware republiek heeft zeer weinig te maken met het verwerpen van de erfopvolging als een mogelijke grond voor bepaalde rechten en nog minder met het afbreken van aloude vrijheden. De ware republiek begint met het herstel van de oude vrijheden, zoals die zich doorheen de geschiedenis van een concrete gemeenschap hebben ontwikkeld en niet door de natuurlijke rede alleen kunnen worden begrepen. De ware republiek begint ook met het verwerpen van vreemde heersers en het afwijzen van de onderschikking aan vreemde rechters.²¹ Zij kan dus enkel beginnen met een secessie, maar getekend als wij zijn door onze ge-

¹⁹ Zie over deze opvatting van de *artificial reason* onder meer J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge, 1987, p. 35 en 173, en C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, New York, 1968, i.h.b. p. 106.

²⁰ Eerste zinnen van Oliver W. Holmes, *The Common Law*, Boston, 1881.

²¹ Zie verder mijn rede 'Om niet te delen in haar zonden (Op. 18,4). Beschouwingen over de rechtvaardiging van secessie bij aantasting van de 'vrijheit hunder constitutien' in: *Vivat Academia* (nr. 137), 2007, p. 139 e.v. en op www.storme.eu/omniettedeleninhaarzonden.html.

schiedenis, en gegeven onze positie in de wereld, zal ze enkel kunnen slagen indien we na een nieuw Plakkaat van Verlatinghe zo snel mogelijk ook de Verenigde Provinciën (der Nederlanden) weer herstellen 'tot statig als een eik voor U ons volk herbloeit'.