

# De Federalist Papers

bakermat van het moderne constitutionalisme

*Paul de Hert, Andreas Kinneging en Gerard Versluis (red.)*

De Federalist Papers  
Bakermat van het moderne constitutionalisme  
Paul de Hert, Andreas Kinneging en Gerard Versluis (red.)  
Isbn 978 94 6340 137 1  
NUR 730  
Trefwoord: Filosofie, staatsrecht

Copyright © 2018 de respectievelijke auteurs

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 juncto het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 2060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zicht tot de uitgever te wenden.

Coverontwerp: Löss Ontwerp, Geert Hermkens  
Coverafbeelding: Howard Chandler Christy's *Scene at the Signing of the Constitution of the United States*  
Zetwerk: Studio Iris, Yvonne Versteijnen  
Realisatie: Uitgeverij DAMON

DAMON

## De rechterlijke macht: de 'least dangerous branch'?

*Of: 'subtle corps of sappers and miners constantly working under ground to undermine the foundations of our confederated fabric'?*

Matthias Storme

### Opzet

In deze bijdrage bespreek ik het debat over de inrichting en bevoegdheden van de - meer bepaald federale - rechterlijke macht in de Amerikaanse Grondwet van 1787 (in werking 1789) tussen de zogenaamde Federalists en de zogenaamde Antifederalists. Deze benamingen zijn natuurlijk een uitvinding van de Federalists zelf en doen geen recht aan de tegenpartij, die in zekere zin ook federalist was;<sup>1</sup> een objectievere benaming zou wellicht erin bestaan de *Federalists* nationalisten te noemen en de *Antifederalists* confederalisten.<sup>2</sup>

In een eerste luik bespreek ik de voorstellen en argumenten van de Federalists, zoals we die met name in de *Federalist Papers* vinden.<sup>3</sup> In een tweede luik behandel ik de publicaties van enkele zogenaamde

1 In zijn satirisch pamflet uit 1788, *The Government of Nature delineated*, schreef Aristocrotis (ps. van William Petrikin): 'All who presume to speak or write against this constitution, must be branded as enemies to their country and to the union of the states: to impress this upon the minds of the vulgar, they must be termed antifederalists', 'also by calling the constitution federal, we can apply the odious term antifederalists to our opponents' (in Herbert J. Storing, *The Complete Anti-Federalist*, Chicago, University of Chicago Press 2008 (hierna *CA-F*), I, p.209).

2 Vgl. Joseph Ellis, *The Quartet, Orchestrating the second American revolution 1783-1789*, New York, Penguin Random House 2016, p. 161.

3 Ik gebruik de pocketeditie van Signet Classics, *The Federalist Papers*, New York, Penguin 2013, edited by Clinton Rossiter, with an Introduction and notes by Charles R. Kesler, hierna afgekort *FP* met het nummer van het essay. De citaten uit de Antifederalist papers komen uit de pocketeditie van Signet Classics, *The Anti-Federalist papers and the Constitutional Convention Debates*, edited by Ralph Ketcham, New York, Penguin 2003, hierna afgekort als Ketcham. Beide pockets kocht ik bij mijn bezoek aan Mount Vernon, het landgoed van George Washington, enkele dagen na de verkiezing van Donald Trump.

Antifederalists<sup>4</sup> over dit onderwerp, vooral die van *Centinel* (Samuel Bryan), de *Letters from the Federal Farmer* (wellicht Melancton Smith<sup>5</sup>) en *Brutus* (wellicht Robert Yates), alsook enkele teksten van Thomas Jefferson die daarbij min of meer aanleunen. Zowel bij de ene als bij de andere probeer ik te kijken wat de achterliggende motieven zijn, wat de grondslagen zijn van waaruit ze redeneren en wat de remedies, of omgekeerd de kritieken, zijn ten aanzien van de concrete regels en instellingen in de (ontworpen) Grondwet. Na deze twee luiken volgt een korte vergelijking en tot slot schets ik hoe de positie van de federale rechterlijke macht zich in feite heeft ontwikkeld na de inwerkingtreding van de Grondwet.

### Federalist papers

#### *Mensbeeld en algemene politieke visie*

De krachtlijnen van het denken van de Federalists kwamen reeds uitvoeriger aan bod in de bijdragen van Jean-Marc Piret en Allard Altena. Voor mijn specifieke thema zou ik de algemene politieke visie als volgt willen samenvatten: de Federalists beoogden een politiek systeem van *checks and balances* dat vergeleken met de bestaande toestand hoofdzakelijk bestond uit een inperking van de democratie door:

- enerzijds de macht van de *States* en met name van de volksvertegenwoordiging in die staten te beperken, onder meer door bevoegdheden toe te kennen aan een federale wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht;
- anderzijds ook op nationaal vlak de macht van de volksvertegenwoordiging in te perken en met name het gewicht van de meerderheid van die volksvertegenwoordiging af te zwakken (hiervoor zij ook verwezen naar de bijdrage van Emma Cohen de Lara in deze bundel).

De macht van de volksvertegenwoordiging moet voor de *Federalists* met name worden ingeperkt omdat volgens hen in die volksvertegenwoordiging eenieder enkel stemt volgens zijn eigen belang of dat van zijn fractie. James Madison schrijft met name: 'But it is the reason, alone, of the public, that ought to control and regulate the government. The passions ought to be controlled and

4 Het is natuurlijk niet zo dat alle Antifederalists dezelfde opvattingen hadden, zie uitvoerig over de diversiteit daarvan Saul Cornell, *Other Founders: Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America 1788-1828*, Williamsburg, Omohundro Institute, 1999. Wel is het zo dat in de teksten die betrekking hebben op de rechterlijke macht er een vrij grote eenheid van argumentatie is.

5 Zie over deze identificatie Cornell, *Other Founders*, 88 met verwijzingen.

regulated by the government'.<sup>6</sup> Alexander Hamilton van zijn kant argumenteert dat er remedies nodig zijn tegen de waan van de dag, die opnieuw geassocieerd wordt met de volksvertegenwoordiging.<sup>7</sup>

Het instrument om de passies te controleren en de rede te laten heersen is niet zozeer de democratie, maar veeleer het recht: *the rule of law*. De *rule by law* staat daarbij tegenover *rule by the people*. De hoofdstukken uit de *Federalist Papers* die dit benadrukken en uitwerken, en die met name een sterke en autonome rechterlijke macht verdedigen, werden hoofdzakelijk door Hamilton geschreven – wat in het licht van de latere strijd tussen Hamilton en Madison niet onvermeld mag blijven.

Hamilton verdedigt de concentratie van macht in de handen van een beperkt aantal rechters door te benadrukken dat rechtspreken een zaak is van geleerde deskundigheid en niet van “lokale” kennis. Hamilton schrijft:<sup>8</sup>

‘To avoid an arbitrary discretion in the courts, it is indispensable that they should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them; and it will readily be conceived from the variety of controversies which grow out of the folly and wickedness of mankind, that the records of those precedents must unavoidably swell to a very considerable bulk, and must demand long and laborious study to acquire a competent knowledge of them. Hence it is, that there can be but few men in the society who will have sufficient skill in the laws to qualify them for the stations of judges’.

Kortom, de samenleving moet beheerst worden door de uitkomst van juridisch regelgeleid denken en niet door de uitkomst van politiek debat. Beslissingen moeten genomen worden op basis van regels en precedenten die altijd dezelfde zijn en dat vergt veel studie en veel ervaring. Dit laatste argument herinnert zeer duidelijk aan het argument dat sir Edward Coke in het begin van de zeventiende eeuw uitsprak om de voorrang van de rechterlijke macht op de politieke macht (de koning) te verdedigen.<sup>9</sup>

6 Madison, *FP* 49, p.314, vrij vertaald: ‘Het is de rede en enkel de rede van het publiek die de overheid moet controleren en reguleren. De passies daarentegen moeten door de overheid worden gecontroleerd en gereguleerd’.

7 Zie vooral Hamilton, in *FP* 78.

8 Hamilton, *FP* 78 p.470.

9 Zie de bekende tweespraak tussen de Engelse opperrechter sir Edward Coke en koning James I, waar de koning zegt ‘ja maar ik heb ook verstand, waarom zouden de rechters het laatste woord moeten hebben?’ en Coke antwoordt, kort gezegd: ‘Natuurlijk,

Hamilton verwerpt ook een controle op de rechterlijke macht door de politieke macht, in de volgende bewoordingen:

‘And there is a still greater absurdity in subjecting the decisions of men, selected for their knowledge of the laws, acquired by long and laborious study, to the revision and control of men who, for want of the same advantage, cannot but be deficient in that knowledge’.<sup>10</sup>

Kortom, het zijn de mensen die veel gestudeerd hebben die het laatste woord moeten hebben.

Naast gelijkenissen zijn er echter wel fundamentele verschillen tussen het gebruik van genoemd argument door sir Coke en na hem in de Engelse traditie, waarin ook Edmund Burke stond, en het gebruik ervan door Hamilton. In de tijd van Coke ging het om een strijd van Parlement en rechters samen tegen de koning, dus van een collectieve rede tegen een individuele rede. Kern van de collectieve rede was het behoud en de verdere ontwikkeling van de *immemorial custom* tegen een opkomend vorstelijk absolutisme en centralisme. De wijsheid lag in ‘*custom constantly subjected to the test of experience*’.<sup>11</sup> Bij Hamilton ging het erom de macht van parlementen te kortwieken door een instelling bestaande uit een beperkt aantal rechters. Hun bevoegdheid betrof in hoofdzaak ook geenszins de verdere ontwikkeling van het gewoonterecht, de *common law*, die immers in wezen een bevoegdheid van de deelstaten bleef, maar de interpretatie

Majesteit, heeft God u met veel verstand en veel rede begiftigd, maar het is niet de individuele rede die telt maar *the artificial reason of the law which requires a lot of experience and study*: ‘To which it was answered by me, that true it was, that God had endowed his Majesty with excellent Science and great endowments of nature, but his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England, and causes which concerne the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by naturall reason, but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it’ (*Prohibitions del Roy*, een zaak uit 1607, maar slechts postuum gepubliceerd (1656), opgenomen in *Coke’s Reports, Twelfth Reports* (12 Co.Rep. 65), en geciteerd door John G.A. Pocock, ‘Burke and the Ancient Constitution – a problem in the history of ideas’, in 3. *The Historical Journal* 1960, (125) 132. Voor de volledige tekst, zie bv. [oll.libertyfund.org/pages/1658-coke-prohibitions-del-roy-pamphlet](http://oll.libertyfund.org/pages/1658-coke-prohibitions-del-roy-pamphlet).

10 Hamilton, *FP* 81, p. 482–483. Het argument wordt op een sarcastische wijze opgenomen in de satire van Aristocrotis, *The Government of Nature delineated*, in *CA-F* p. 204.

11 Zie voor dit alles mijn bijdrage Matthias E. Storme, ‘Edmund Burke en de traditie van de *artificial reason* tegenover *natural reason*’, in Andreas Kinning, Paul De Hert en Maarten Colette (reds.), *Burke*, Brussel, ASP Publishers 2017, pp.43–62.

en afdwinging van de federale wetgeving en op de eerste plaats de nieuwe Grondwet zelf.<sup>12</sup> In die functie konden zij moeilijk de tolken zijn van ‘*the collected reason of ages combining the principles of original justice with the infinite variety of human concerns*’, om de definitie van rechtsgeleerdheid te gebruiken die Burke verwoordde.<sup>13</sup>

### Concrete historische achtergrond

Om de genoemde argumenten voor een sterke en autonome federale rechterlijke macht kracht bij te zetten schetsen de *Federalists* vaak een bijzonder negatief beeld van de politiek en economie onder de bestaande Confederatie, en de vreselijke gevolgen van zowel het gebrek aan federale macht als het overwicht van de volksvertegenwoordiging en dus het tekort aan macht van de rechters, kortom het teveel aan democratie. Zo wordt met name ook verwezen naar de opstanden van vooral de boeren die weigerden schulden te betalen in harde cash. Thomas Jefferson daarentegen relativeerde dat gevaar zeer sterk. Voor Jefferson was het de normale gang van de geschiedenis dat de mensen regelmatig in opstand komen, en is het zelfs gezond dat dat nu en dan eens gebeurt, waarna de plooiën terug glad worden gestreken.<sup>14</sup> Madison daarentegen fulmineerde tegen de diverse wetten die de afzonderlijke staten uitvaardigden om de boeren te hulp te komen, onder meer door hen toe te laten hun schulden en belastingen te betalen in papiergeld, en papiergeld te drukken om de schulden te verlichten door middel van inflatie. De *Federalists* verdedigden in hun grondwet sterk de belangen van de schuldeisers, en met name ook de obligatiehouders.... zoals met name Woody Holton uitvoerig beschrijft in zijn boek *Unruly Americans*

12 Zie Article III Section 2 Van de Grondwet en de verdediging daarvan in FP 78.

13 Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, § 163 in de Harvard classics uitgave, te vinden op [www.bartleby.com/24/3](http://www.bartleby.com/24/3).

14 In 1787 schreef Jefferson over de zgn. Shays Rebellion: ‘*God forbid we should ever be twenty years without such a rebellion... What country before ever existed a century and a half without a rebellion? And what country can preserve its liberties if its rulers are not warned from time to time that this people preserve the spirit of resistance? Let them take arms. The remedy is to set them right as to facts pardon and pacify them... The tree of liberty must be refreshed from time to time with the blood of patriots and tyrants. It is its natural manure. Our convention has been too much impressed by the insurrection of Massachusetts and on the spur of the moment they are setting up a kite to keep the hen yard in order*’. Thomas Jefferson, *Letter to Colonel William Smith*, Paris 13 november 1787, in Adrienne Koch & William Peden, *The life and selected writings of Thomas Jefferson*, New York, Random House 1993, p. 403, en op <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeff64.php>.

and the *Origins of the Constitution*.<sup>15</sup> Vele van de obligaties die gebruikt waren om de oorlog tegen Engeland te financieren, en verspreid waren onder heel het volk (vaak in ruil voor leveringen in natura door de boeren), waren voor een fractie van de waarde opgekocht door speculanten. Om die te kunnen vergoeden diende de overheid allerlei belastingen in te voeren; de volksvertegenwoordigingen in de staten verplichtten de schuldeisers om betaling te aanvaarden in papiergeld dat die staten lieten drukken of organiseerden andere vormen van schuldverlichting. Het is tegen dit “onrecht” dat de *Federalists* een Grondwet opstelden die het de staten verbood nog papiergeld uit te geven of schuldverlichtingen goed te keuren (Article I Section 10 bepaalt dat ‘*No State shall (...) coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts*’). Om dezelfde reden diende het faillissementsrecht te worden onttrokken aan de deelstaten en een federale bevoegdheid te worden onder Article I Section 8. Dat is precies de achtergrond van de beroemde doch zelden begrepen uitdrukking in de eerste zin van de Amerikaanse Grondwet waar als een van de doelstellingen wordt opgesomd: “*To establish justice*”.

### Visie op de rechterlijke macht

Omgekeerd wordt in de *Federalist Papers* het risico op misbruik van de macht door rechters geminimaliseerd. Beroemd is de zin van Hamilton waarin hij de rechterlijke macht ‘*the least dangerous branch*’, de minst gevaarlijke tak van de overheid, noemt:

‘In a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will *always be the least dangerous* to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them’;

‘it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks. It equally proves, that though individual oppression may now and then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter; I mean so long as the judiciary remains truly distinct from both the legislature and the Executive’.<sup>16</sup>

15 Woody Holton, *Unruly Americans and the Origins of the Constitution*, New York, Hill & Wang, 2007.

16 Hamilton, FP 78, p. 464.

En verder:

'It can be of no weight to say that the courts, on the pretense of a repugnancy, may substitute their own pleasure to the constitutional intentions of the legislature. This might as well happen in the case of two contradictory statutes; or it might as well happen in every adjudication upon any single statute. The courts must declare the sense of the law; and if they should be disposed to exercise will instead of judgment, the consequence would equally be the substitution of their pleasure to that of the legislative body. The observation, if it prove any thing, would prove that there ought to be no judges distinct from that body'.<sup>17</sup>

Hamilton concludeert: '*the supposed danger of judiciary encroachments on the legislative authority, which has been upon many occasions reiterated, is in reality a phantom*';<sup>18</sup> het risico dat rechters het gezag van wetgever zouden usurperen, is volgens hem een spookbeeld.

Uit de genoemde argumentatie worden ook een aantal meer specifieke regels en beginselen betreffende de rechterlijke macht afgeleid.

Ten eerste moet de macht van het parlement worden ingeperkt door macht te geven aan twee andere instellingen die niet ondergeschikt worden aan de wetgever: een executieve en een rechterlijke macht.<sup>19</sup> Dit past in de meer algemene visie van Madison dat de macht die uitgaat van het volk zoveel mogelijk moet worden opgesplitst om de rechten van minderheden te beschermen:

'the society itself will be broken into so many parts, interests, and classes of citizens, that the rights of individuals, or of the minority, will be in little danger from interested combinations of the majority'.<sup>20</sup>

De macht van het parlement mag dan ook volgens Madison niét getemperd worden door directe democratie. Hij keert zich tegen de idee van Jefferson om conflicten tussen de machten (en dus grondwettigheidstoetsing) niet door één van hen te laten beslechten (*in casu* de rechterlijke macht), maar

17 Hamilton, *FP* 78, p. 467.

18 Hamilton, *FP* 81, p. 484-484.

19 Madison, *FP* 47 en 48.

20 Madison, *FP* 51, p.321.

door de grondwetgever zelf, dus door een grondwettelijke conventie.<sup>21</sup> Nog minder zouden deze conflicten mogen worden beslecht door een volksraadpleging (referendum). Referenda leiden volgens hem tot nog meer macht voor de volksvertegenwoordiging, omdat die beter geplaatst zijn dan de executieve of rechters om het volk te overtuigen.<sup>22</sup> Madison vreesde dat het parlement het referendum zou gebruiken tegen de andere machten, wellicht in het bijzonder tegen wereldvreemde rechters. Daarbij is het toch merkwaardig dat hier het spookbeeld van een machtig parlement opdoemt, dat als blok teveel macht zou hebben, terwijl elders in de *Federalist papers* steeds werd wordt benadrukt hoe de volksvertegenwoordiging verdeeld is in fracties die hun eigen belang nastreven.

De rechterlijke macht daarentegen wordt niet enkel niet ondergeschikt aan de twee andere machten ('*a judiciary truly distinct from both the legislature and the Executive*'),<sup>23</sup> maar er eigenlijk boven gesteld, met name door te erkennen dat de federale rechterlijke macht bevoegd is om beslissingen van de andere machten, en dus ook van de wetgever, te toetsen aan de Grondwet. De grondwettigheidstoetsing is geen interpretatie achteraf van de grondwet, maar duidelijk beoogd.<sup>24</sup>

Bovendien kiezen de Federalists voor federale rechters die zo ver mogelijk van het volk staan en er zo weinig mogelijk van afhankelijk zijn. Deelstaatrechters waren en zijn vaak verkozen en wel voor een bepaalde termijn. De federale rechters daarentegen mogen volgens de *Federalists* op de eerste plaats niet door het volk worden verkozen. Rechters die verkozen worden, zouden immers tezeer geneigd zijn te beslissen op basis van wat populariteit verschaft: '*too great a disposition to consult popularity, to justify a reliance that nothing would be consulted but the Constitution and the laws*'.<sup>25</sup>

Die federale rechters moeten bovendien voor het leven benoemd worden en niet voor een beperkte termijn. Het is voldoende dat ze afzetbaar zijn wanneer ze een zwaar misdrijf begaan, voor fouten in de uitoefening van hun ambt daarentegen mogen ze niet worden gesanctioneerd. Volgens Hamilton kan immers de '*inflexible and uniform adherence to the rights of the Constitution, and of individuals, which we perceive to be indispensable in the courts of justice, (...) certainly not be expected from judges who hold their offices by a*

21 Madison, *FP* 49, p.320. In zeer beperkte mate werd de idee wel gehanteerd doordat het de Senaat is, toen nog vertegenwoordiger van de deelstaten, die de rechters benoemt en in het uiterste geval ontslaat (*appointing and impeaching authority*). Zie *FP* 65, p.394.

22 Madison, *FP* 49.

23 Hamilton, *FP* 78, p.464.

24 Hamilton, *FP* 78, p.465.

25 Hamilton, *FP* 78, p.470.

*temporary commission*<sup>26</sup>: rechters die slechts tijdelijk zijn aangesteld zouden niet goed zijn voor de uniforme bescherming van de subjectieve rechten. Rechters die niet voor het leven zijn benoemd zijn, zijn niet onafhankelijk genoeg, 'too little independent'.<sup>27</sup> Bovendien zijn er maar weinig juristen die de vereiste expertise en integriteit hebben om federaal rechter te zijn, en die krijg je alleen maar als rechter als je ze een levenslange benoeming biedt.

Tenslotte wordt benadrukt dat zaken met aanknopingspunten in verschillende (deel)staten, niet mogen worden overgelaten aan rechtbanken van een van die (deel)staten zelf, maar moeten worden beslecht door rechtbanken zonder lokale binding, 'having no local attachments'.<sup>28</sup> Immers, de 'prevalency of a local spirit (disqualifies) local tribunals'.<sup>29</sup> Lokale rechtbanken zijn voor zulke zaken gediskwalificeerd omdat er teveel een lokale geest zou heersen. Waar de Antifederalists het belang onderstrepen van 'local knowledge', kennis van de plaatselijke omstandigheden waarin de zaak die ze beoordelen zich afspeelt, beargumenteert Hamilton dat rechters de kennis die ze moeten hebben om de lokale overheid (de deelstaat) te beoordelen, even goed vanop afstand kunnen verkrijgen.<sup>30</sup> De federale rechter mag geen nabijheidsrechter zijn noch midden tussen de mensen staan.

### Antifederalist papers

#### *Mensbeeld en grondslagen voor een democratische samenleving*

Een totaal andere politieke visie vinden we zowel bij de Antifederalists als bij de in dit opzicht toch vrij verwante Thomas Jefferson (die tijdens de debatten over de Grondwet ambassadeur was in Frankrijk en dus maar beperkt kon deelnemen). Weliswaar stond Jefferson in de discussie over de Grondwet naar eigen zeggen dichter bij de Federalists dan de Antifederalists,<sup>31</sup> maar na de inwerkingtreding van de Grondwet kwam hij al snel in conflict met de Federalists die volgens hem te ver gingen, met name met Hamilton. Hij kreeg de meer gematigde Madison daarbij aan zijn zijde. Jefferson was in wezen niet tegen de inhoud van de ontwerp-Grondwet en het systeem van scheiding der machten dat erin werd vooropgesteld, en has dus niet

26 Hamilton, *FP* 78, p.469-470.

27 Hamilton, *FP* 81, p.485.

28 Hamilton, *FP* 81, p.477.

29 Hamilton, *FP* 81, p.485.

30 Hamilton, *FP* 84, p.515.

31 Thomas Jefferson, *Letter to Francis Hopkinson*, Paris 13 maart 1789, in Koch & Peden, p.424, en op [www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeff75.php](http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeff75.php).

dezelfde kritiek als de Antifederalists op de inrichting van een federale rechterlijke macht, zoals ontleed in deze bijdrage. Wel vond hij het absoluut wezenlijk dat er ook een *Bill of Rights* in zou worden opgenomen om de macht van de federale instellingen te temperen,<sup>32</sup> met daarin onder meer ook de bescherming van het recht op een jury, een punt dat de *Antifederalist Papers* ook vaak aanvoerden en verder hieronder aan bod komt. De paradox is wel dat op termijn het juist die Amerikaanse *Bill of Rights* is - namelijk de eerste tien *Amendments* bij de Grondwet, uit 1789 en geratificeerd in 1791 - die een federalistisch effect heeft gehad en de macht van de democratie het meest heeft uitgehold ten voordele van die van de rechters.<sup>33</sup>

Keren we echter eerst terug naar het mens- en maatschappijbeeld van de Antifederalists en Jefferson. Daarin worden de deugdzaamheid en het algemeen belang (het *bonum commune*) bevorderd door de kloof tussen de bestuurders en de bestuurden klein te houden en ook de kloof tussen rijk en arm onder controle te houden. De meeste Antifederalists verdedigden niet enkel de landbouw maar ook de handel en industrie, maar bevochten wel oneerlijke concentratie van rijkdom.<sup>34</sup> Zij zagen in de visie van de *Federalists* een terugkeer naar het *ancien régime*. Zo'n regime leidt volgens de *Antifederalists* tot een 'gradual erosion of the self-respect, capacities and virtue of the people', een erosie van de deugden van het volk.<sup>35</sup> De Amerikaanse revolutie was er echter juist gekomen om een einde te maken aan het 'ancien régime' van de macht, met een samenleving van 'wolven en schapen'.

Jefferson beschrijft het als volgt in zijn brief aan kolonel Carrington, waarin hij de eenvoudige anarchistische samenleving van de *Indians* tegenover het ancien régime plaatst, en sociale controle in een horizontale samenleving doeltreffender acht dan de door een leidende klasse georganiseerde rechtsstaat:

'I am convinced that those societies (as the Indians) which live without government enjoy in their general mass an infinitely greater degree of happiness than those who live under the European

32 Zie onder meer de brief van Jefferson aan Madison d.d. 20 december 1787, <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeff66.php>; in Koch & Peden, p. (403) 404).

33 Zie hierover in deze bundel ook de bijdrage van Paul de Hert en Katrien Keyaerts.

34 Cornell, *Other Founders*, p.83.

35 Zie Ketcham, *The Anti-Federalist papers*, 'Introduction', p. xxx; ook als Ralph Ketcham, 'Antifederalist Essays and Speeches 1787-1788', in Stephen L. Schechter (red.), *Roots of the Republic: American Founding Documents Interpreted*, p. (381) 387.

governments. Among the former, public opinion is in the place of law, & restrains morals as powerfully as laws ever did anywhere. Among the latter, under pretence of governing they have divided their nations into two classes, wolves & sheep. (...) Cherish therefore the spirit of our people, and keep alive their attention (...). If once they become inattentive to the public affairs, you & I, & Congress & Assemblies, judges & governors shall all become wolves'.<sup>36</sup>

Jefferson heeft duidelijk meer geloof in de rol van het gezond verstand, goede zeden (*good morals*), goed onderwijs en een actieve publieke opinie, dan in de *rule of law*, zoals ook blijkt uit een brief aan Madison van 20 december 1787:

'After all, it is my principle that the will of the majority should always prevail. If they approve the proposed Convention in all its parts, I shall concur in it cheerfully, in hopes that they will amend it whenever they shall find it work wrong. I think our governments will remain virtuous for many centuries, as long as they are chiefly agricultural; and this will be as long as there shall be vacant lands in any part of America. When they get piled upon one another in large cities, as in Europe, they will become corrupt as in Europe. Above all things I hope the education of the common people will be attended to; convinced that on their good sense we may rely with the most security for the preservation of a due degree of liberty'.<sup>37</sup>

Jefferson plaatst hier dus de volksverheffing door onderwijs tegenover de "long and laborious study" van de elite van juristen. Eenzelfde gedachte vinden we ook in antifederalistische geschriften zoals onder meer de brieven van de *Federal Farmer*: 'the knowledge, generally, necessary for men who make laws, is knowledge of the common concerns, and particular circumstances of the people'.<sup>38</sup>

36 Thomas Jefferson, Letter 16 January 1787 to Colonel Edward Carrington, te vinden op [www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeff52.php](http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeff52.php); gepubliceerd in Koch & Peden, p. 381.

37 <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeff66.php>; een licht andere versie is gepubliceerd in Koch & Peden, p. 407.

38 *Federal Farmer* XVI, op <http://teachingamericanhistory.org/library/document/federal-farmer-xvi/>.

### Gevolgen voor de politieke structuren

Voor de Antifederalists moet het gevaar van misbruik door de meerderheid niet worden opgelost door centralisatie van de macht en een ingewikkeld systeem van *checks and balances*, maar juist door de macht dicht bij het volk te houden en zo transparant mogelijk te laten uitoefenen én de macht te laten rouleren. De macht mag niet verder worden gecentraliseerd dan het niveau waarop er nog voldoende consensus is over de fundamentele rechten en vrijheden. Machtsmisbruik moet worden tegengegaan door de macht van de regeerders te beperken op een niveau waarop dat misbruik snel wordt gezien. Zo staat in de tweede aflevering van de *Federal Farmer* te lezen:

'There are certain unalienable and fundamental rights, which in forming the social compact, ought to be explicitly ascertained and fixed – a free and enlightened people, in forming this compact, will not resign all their rights to those who govern, and they will fix limits to their legislators and rulers, which will soon be plainly seen by those who are governed, as well as by those who govern: and the latter will know they cannot be passed unperceived by the former, and without giving a general alarm –

These rights should be made the basis of every constitution: and if a people be so situated, or have such different opinions that they cannot agree in ascertaining and fixing them, it is a very strong argument against their attempting to form one entire society, to live under one system of laws only'.<sup>39</sup>

Eerder dan complexe evenwichten is er nood aan duidelijke grenzen aan de macht van de instellingen, zoals de *Federal Farmer* schrijft in de zesde brief:

'When they are well fixed between the powers of the rulers and the rights of the people, they become visible boundaries, constantly seen by all, and any transgression of them is immediately discovered: they serve as centinels for the people at all times, and especially in those unavoidable intervals of inattention'.<sup>40</sup>

39 *Federal Farmer* II, op <http://teachingamericanhistory.org/library/document/federal-farmer-ii/>, in Ketcham p. 278.

40 *Federal Farmer* VI, op <http://teachingamericanhistory.org/library/document/federal-farmer-vi/>.

De Antifederalists verwerpen het ingewikkelde staatsmodel van de Federalists waarin er wel een duidelijke scheiding is van de instellingen, maar niet van de functies, en kiezen voor een systeem van duidelijk gescheiden verantwoordelijkheden gekoppeld aan een sterkere democratische controle. Vandaag spreken we modieus over *accountability*, maar men kan dat ook als een sleutelbegrip zien in de antifederalistische stroming. Dit wordt bijvoorbeeld uitgewerkt in het pamflet *Centinel* nr. 1:

‘Therefore, as different orders in government will not produce the good of the whole, we must recur to other principles. I believe it will be found that the form of government, which holds those entrusted with power, in the greatest responsibility to their constituents, the best calculated for freemen. A republican, or free government, can only exist where the body of the people are virtuous, and where property is pretty equally divided; in such a government the people are the sovereign and their sense or opinion is the criterion of every public measure; for when this ceases to be the case, the nature of the government is changed, and an aristocracy, monarchy or despotism will rise on its ruin. The highest responsibility is to be attained, in a simple structure of government, for the great body of the people never steadily attend to the operations of government, and for want of due information are liable to be imposed on – If you complicate the plan by various orders, the people will be perplexed and divided in their sentiments about the source of abuses or misconduct, some will impute it to the senate, others to the house of representatives, and so on, that the interposition of the people may be rendered imperfect or perhaps wholly abortive. But if, imitating the constitution of Pennsylvania, you vest all the legislative power in one body of men (separating the executive and judicial) elected for a short period, and necessarily excluded by rotation from permanency, and guarded from precipitancy and surprise by delays imposed on its proceedings, you will create the most perfect responsibility for them, whenever the people feel a grievance they cannot mistake the authors, and will apply the remedy with certainty and effect, discarding them at the next election. This tie of responsibility will obviate all the dangers apprehended from a single legislature, and will the best secure the rights of the people’.

Dit is dus een pleidooi voor:

- exclusieve verantwoordelijkheden in plaats van ‘vervlechting’, dus een echte scheiding der drie machten, waarbij de wetgevende macht uit één enkele kamer bestaat;<sup>41</sup>
- gekoppeld aan een rotatieprincipe dat de duur van alle mandaten in de tijd beperkt<sup>42</sup>;
- en een wetgevingsprocedure die door minimumtermijnen verhindert te snelle wetwijzigingen door te voeren en het mogelijk maakt in tussentijd de publieke opinie of het volk te raadplegen.

Vanuit de nadruk op corrigeerbaarheid door transparantie volgt voor deze auteurs dat de rechterlijke macht geenszins de *least dangerous branch* is, precies omdat machtsmisbruik door rechters voor het volk veel moeilijker (her)kenbaar is dan misbruik door de wetgevende of uitvoerende macht. Dit argument wordt uitgewerkt door de *Federal Farmer* in Essay nr. XV. Rechters beslissen immers individuele gevallen die op het eerste gezicht andere burgers niet aangaan, zodat die ook niet merken dat de rechters hun macht van geval tot geval aan het uitbreiden zijn, terwijl men dat bij beslissingen van de wetgever veel sneller merkt.

### Visie op de rechterlijke macht

De concrete visie op de rechterlijke macht wordt in de *Antifederalist Papers* vooral uitgewerkt door Brutus. Ook hierin gaat het om verantwoordelijkheid in plaats van autonomie, nabijheid in plaats van afstandelijkheid. Zoals Brutus schrijft in Essay nr. 1:

‘The confidence which the people have in their rulers, in a free republic, arises from their knowing them, from their being responsible to them for their conduct, and from the power they have of displacing them when they misbehave’.

Vertrouwen in de instellingen vereist dat de gezagsdragers bekend en nabij zijn, verantwoordelijk voor hun gedragingen en afzetbaar bij slecht gedrag.

41. Over de vraag of de wetgevende macht uit één of twee kamers moest bestaan, verschilden de Antifederalists onderling van mening. Zie hierover onder meer Cornell, *Other Founders*, p.83.

42. Dat vinden we ook in andere Antifederalistische geschriften, zie bv. *Federal Farmer* XVI, op <http://teachingamericanhistory.org/library/document/federal-farmer-xvi/>.



Bij het rechtspreken moet daarom volgens de *Antifederalists* een belangrijke rol toekomen aan de volksjury, en wel een jury die lokaal wordt samengesteld. Zo gebruikt de *Federal farmer* in pamflet nr. II de uitdrukking 'jury trial of the vicinage'<sup>43</sup>: 'The essential parts of a free and good government are a full and equal representation of the people in the legislature, and the jury trial of the vicinage in the administration of justice'. En *An Old Whig* verdedigde de jury als volgt:

'These things which merely tend to oppress the people, without conducing at all to the strength of the state, are the last which aristocratic rulers would consent to restore to the people; because they encrease the personal power and importance of the rulers. Judges, unincumbered by juries, have been ever found much better friends to government than to the people. Such judges will always be more desirable than juries to a self-created senate, upon the same principle that a large standing army, and the entire command of the militia and of the purse, is ever desirable to those who wish to enslave the people, and upon the same principle that a bill of rights is their aversion'.<sup>44</sup>

Op dit punt haalden de *Antifederalists* hun buit deels binnen door de *Bill of Rights*, waarin dit recht op een jury in belangrijke mate werd verankerd (namelijk in het 5th Amendment).

Brutus verwijt aan de Federalists verder dat teveel rechtspraak in handen wordt gegeven van federale rechters die totaal onafhankelijk zijn van de deelstaten en hij voorspelt dat zij steeds meer de macht naar zich toe zullen trekken ten koste van de deelstatelijke rechters:

'These courts will be, in themselves, totally independent of the states, deriving their authority from the United States, and receiving from them fixed salaries; and in the course of human events it is to be expected, that they will swallow up all the powers of the courts in the respective states'.<sup>45</sup>

43 <http://teachingamericanhistory.org/library/document/federal-farmer-ii/>, in Ketcham p. 276. Zie ook Federal Farmer, Letter XVI, <http://teachingamericanhistory.org/library/document/federal-farmer-xvi/>.

44 An Old Whig, 'Letter VIII', *Philadelphia Independent Gazetteer* 6 februari 1788, <http://teachingamericanhistory.org/library/document/old-whig-viii/>.

45 Brutus, Essay I, in Ketcham p. 286.

Alle zaken dienen volgens hem dan ook in eerste aanleg door *state courts* te worden behandeld, en de federale rechterlijke macht zou hooguit een beroepsinstantie mogen zijn voor beslissingen van die *state courts* - een beginsel dat overigens in omzeggens alle federale landen geldt buiten de Verenigde Staten van Amerika.<sup>46</sup>

Kortom, de Antifederalists verwijten aan de ontwerp-Grondwet dat de federale rechters ontsnappen aan controle door het volk: 'above the control of the people',<sup>47</sup> en dat behalve waar de volksjury bevoegd is, het laatste woord dus ligt bij onafzetbare en onverantwoordelijk rechters. Deze combinatie maakt de rechterlijke macht dus juist wél gevaarlijk, en moet worden vermeden door ofwel de rechters wel verantwoordelijk te stellen ofwel hen niet het laatste woord te geven.

Wat het eerste alternatief betreft, stelt Brutus in Pamflet XVI dat alle rechters verkiesbaar wellicht geen goede oplossing is, ook omwille van de vereiste expertise. Tenminste de leden van het hoogste gerecht moeten echter wel *accountable* zijn, in beginsel op dezelfde wijze als de leden van de uitvoerende macht:

'This supreme controlling power should be in the choice of the people, or else you establish an authority independent, and not amenable at all, which is repugnant to the principles of a free government. Agreeable to these principles I suppose the supreme judicial ought to be liable to be called to account, for any misconduct, by some body of men, who depend upon the people for their places; and so also should all other great officers in the State, who are not made amenable to some superior officers. This policy seems in some measure to have been in view of the framers of the new system, and to have given rise to the institution of a court of impeachments - How far this Court will be properly qualified to execute the trust which will be reposed in them, will be the business of a future paper to investigate'.

46 Zie voor een analyse mijn Matthias E. Storme, "Een Vlaamse justitie? De defederalisering van het gerecht in België. Openingsrede op de openingszitting van de balie te Mechelen op 7 oktober 2000", *Rechtskundig Weekblad* 2000-2001, p. 1113-1120, ook op <http://www.storme.be/vlaamsejustitie.pdf>; zie ook Karel Rimanque, 'De organisatie van de rechtsbedeling in federale staten: een bevoegdheid voor de deelstaten?', in Jean Laenens e.a., *Defederalisering van justitie? Staatsrechtconferentie 2002*, Gent, Larcier 2003, p. 1 v.

47 Brutus, Essay I, in Ketcham p. 292, ook op <http://teachingamericanhistory.org/library/document/brutus-i/>.

Zij moeten met andere woorden gecontroleerd worden door een orgaan dat uitgaat van het volk (en niet enkel door andere rechters).

Brutus schrijft dat nooit eerder een gerechtshof een dergelijke macht heeft gehad als diegene die aan het nieuwe federale *Supreme Court* wordt verleend: *'I question whether the world ever saw, in any period of it, a court of justice invested with such immense powers, and yet placed in a situation so little responsible'*.<sup>48</sup> Hij illustreert dit door een vergelijking met Engeland. Weliswaar waren ook de Engelse rechters onafzetbaar,<sup>49</sup> maar hun macht is uiteindelijk ondergeschikt aan het Parlement. In de VS zijn de federale rechters niet minder onafzetbaar dan in Engeland, maar hebben ze veel meer macht. In Engeland was de onafzetbaarheid en vastheid van wedde van de rechters nodig om ze onafhankelijk te maken van de koning. Dat wordt in evenwicht gehouden doordat het Parlement het laatste woord heeft. Weliswaar kan ook het Engelse Parlement een vonnis als dusdanig niet ongedaan maken, maar het kan de oplossing wel voor de toekomst verhinderen door een nieuwe of een interpretatieve wet, zonder dat deze aan een grondwet kan worden getoetst zoals in de VS. In de VS leidt de combinatie van onafzetbaarheid van rechters en voorrang van het *Supreme Court* op het parlement door middel van grondwettigheidstoetsing tot een disproportionele macht.

Dat fenomeen zien we in Europa natuurlijk ook met het Hof van Justitie van de EU en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (zie verder), dat evenzeer ingaat tegen een diepgewortelde Engelse traditie. Het is dan ook niet toevallig dat de rechtspraak van deze Gerechtshoven een duidelijke rol heeft gespeeld in de campagne voor de Brexit.

Voor de Antifederalists lag het grootste gevaar dan ook niet daarin, dat de rechters niet onafhankelijk genoeg zouden zijn van de executieve of de wetgever, maar wel dat ze juist te onafhankelijk zouden zijn en te weinig verantwoordelijk. Dit leidt tot een concentratie van macht bij personen wiens vergissingen niet meer door anderen kunnen worden gecorrigeerd:

'No errors they may commit can be corrected by any power above them, if any such power there be, nor can they be removed from office for making ever so many erroneous adjudications. The only

48 Brutus, Essay XV, in Ketcham p. 322, ook op <http://teachingamericanhistory.org/library/document/brutus-xv/>.

49 Dit sinds de 'good-behavior-clause' in de Engelse Act of Settlement van 1701, die bepaalde dat 'Judges Commissions be made *Quam diu se bene Gesserint* and their Salaries ascertained and established but upon the Address of both Houses of Parliament it may be lawfull to remove them'. Deze regel gold wel niet voor de rechters in kolonies, wat precies een van de grieven was in de Amerikaanse *Declaration of independence*.

causes for which they can be displaced, is, conviction of treason, bribery, and high crimes and misdemeanors.

This part of the plan is so modelled, as to authorise the courts, not only to carry into execution the powers expressly given, but where these are wanting or ambiguously expressed, to supply what is wanting by their own decisions'.

Dat rechters enkel in geval van zware misdaden kunnen worden afgezet en overigens niet kunnen worden gecorrigeerd, leidt dan ook tot een 'gouvernement des juges'.

#### *Technische aspecten van de machtsconcentratie bij de federale rechterlijke macht*

De Antifederalists onderbouwden hun kritiek op de inrichting van de federale rechterlijke macht ook met verschillende argumenten inzake de meer technische aspecten van die rechterlijke macht.

Op de eerste plaats wordt bekritiseerd dat het *Supreme Court* een volledige rechtsmacht verkrijgt en geen beperkte zoals dat bij vele andere hoogste rechtscolleges het geval is. Zo kunnen het Belgische en Franse Hof van cassatie 'niet in de beoordeling van de zaken zelf treden' (art. 147 II Belgische Grondwet van 1994<sup>50</sup>). De Nederlandse Hoge Raad is in beginsel enkel belast met 'de cassatie van rechterlijke uitspraken wegens schending van het recht' (art. 118 Nederlandse Grondwet). Zo schrijft de *Federal Farmer* in *Letter III*:

'In the judicial department, powers ever kept distinct in well balanced governments, are no less improperly blended in the hands of the same men – in the judges of the supreme court is lodged, the law, the equity and the fact'.

In *Letter XV* wordt verduidelijkt waarom ook de vermelding van een bevoegdheid in *equity* hier,<sup>51</sup> anders dan in Engeland, problematisch is<sup>52</sup>: in het Engelse recht hield *equity* oorspronkelijk een bevoegdheid in van

50 In Frankrijk art. L.411-2 van de Code de l'organisation judiciaire: 'La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire'.

51 In Art. 3 S. 2: 'The judicial power shall extend to all cases in law and equity, arising under this constitution, the laws of the United States'.

52 *Federal Farmer*, *Letter XV*, <http://teachingamericanhistory.org/library/document/federal-farmer-xv/>: 'At first view, by thus joining the word equity with the word law, if we mean any thing, we seem to mean to give the judge a discretionary power. The word

de koning om van het *common law* af te wijken, bevoegdheid die werd gedelegeerd aan de kanselier als het 'geweten van de koning'. De rechtbank van de kanselier, namelijk de *chancery court*, ontwikkelde op die basis, van precedent, tot precedent, een stel corrigerende regels. Daardoor hield *equity* in het Engelse recht in de achttiende eeuw al lang niet meer in dat de rechter in elk concreet geval discretionair naar billijkheid kon oordelen, maar enkel nog de toepassing van die regels, als een corpus van specifieke remedies (zoals bijvoorbeeld een bevel tot nakoming van een overeenkomst in natura, of de bescherming van een *trust*).<sup>53</sup> De gevallen waarin die remedies spelen zijn echter geen 'cases arising under the Constitution', zodat Federal Farmer vreest dat hiermee aan de federale rechter een discretionaire bevoegdheid wordt gegeven.

Vervolgens hadden de Antifederalists ook reeds veel aandacht voor de interpretatiebevoegdheid die aan de federale rechterlijke macht toekwam en het mogelijk misbruik daarvan. Zij voorzagen dat, doordat er geen grenzen werden bepaald aan de interpretatiemethoden die de rechters konden gebruiken, er een *unbegrenzte Auslegung*<sup>54</sup> mogelijk zou zijn.<sup>55</sup> De man die dit het best begreep en beschreef was natuurlijk *Brutus*, voornamelijk in zijn Essay XI:<sup>56</sup>

'They are empowered, to explain the constitution according to the reasoning spirit of it, without being confined to the words or letter'.

'They will give the sense of every article of the constitution, that may from time to time come before them. And in their decisions they will not confine themselves to any fixed or established rules, but will determine, according to what appears to them, the reason and spirit of the constitution. The opinions of the supreme court, whatever they may be, will have the force of law; because there is no power provided in the constitution, that can correct their errors, or

equity, in Great Britain, has in time acquired a precise meaning – chancery proceedings there are now reduced to system – but this is not the case in the United States'.

53 Voor een uitstekende synthese, zie Sarah Worthington, *Equity*, Oxford University Press 2003, tweede uitgave 2006.

54 Met een knipoog naar het beruchte boek van Bernd Ruthers, *Die Unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel Der Privatrechtsordnung Im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr Siebeck 1973.

55 Voor een nadere bespreking van de interpretatieproblematiek zij verwezen naar het hoofdstuk van Paul de Hert en Katrien Keyaerts in deze bundel.

56 In Ketcham, p. 311.

control their adjudications. From this court there is no appeal. And I conceive the legislature themselves, cannot set aside a judgment of this court, because they are authorised by the constitution to decide in the last resort'.

In hetzelfde essay voorspelt Brutus een machtsgreep van de rechters, die er ook gekomen is, zij het wel pas veel later (en pas echt mogelijk werd door het XIVth Amendment uit 1868). Brutus legt daarbij de nadruk op enerzijds een interpretatie van de Grondwet die de federale macht zal uitbreiden ten koste van de staten (op grond van de vage bevoegdheden voor de Unie):<sup>57</sup>

'The judicial power will operate to effect, in the most certain, but yet silent and imperceptible manner, what is evidently the tendency of the constitution: – I mean, an entire subversion of the legislative, executive and judicial powers of the individual states. Every adjudication of the supreme court, on any question that may arise upon the nature and extent of the general government, will affect the limits of the state jurisdiction. In proportion as the former enlarge the exercise of their powers, will that of the latter be restricted.

That the judicial power of the United States, will lean strongly in favour of the general government, and will give such an explanation to the constitution, as will favour an extension of its jurisdiction, is very evident from a variety of considerations.

This constitution gives sufficient colour for adopting an equitable construction, if we consider the great end and design it professedly has in view – these appear from its preamble to be, "to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and posterity'.

en anderzijds op een interpretatie die de macht van de rechters zelf zou uitbreiden:

'Not only will the constitution justify the courts in inclining to this mode of explaining it, but they will be interested in using this

57 Vgl. hierover ook An Old Whig, 'Letter II', *Philadelphia Independent Gazetteer* 17 oktober 1787, <http://teachingamericanhistory.org/library/document/an-old-whig-ii/>.

latitude of interpretation. Every body of men invested with office are tenacious of power; they feel interested, and hence it has become a kind of maxim, to hand down their offices, with all its rights and privileges, unimpaired to their successors; the same principle will influence them to extend their power, and increase their rights; this of itself will operate strongly upon the courts to give such a meaning to the constitution in all cases where it can possibly be done, as will enlarge the sphere of their own authority. Every extension of the power of the general legislature, as well as of the judicial powers, will increase the powers of the courts; and the dignity and importance of the judges, will be in proportion to the extent and magnitude of the powers they exercise’.

Kortom,

‘the judicial power would be authorised to explain the constitution, not only according to its letter, but according to its spirit and intention; and having this power, they would strongly incline to give it such a construction as to extend the powers of the general government, as much as possible, to the diminution, and finally to the destruction, of that of the respective states’.<sup>58</sup>

Brutus hekelt dus reeds in 1788 de teleologische interpretatiemethode, die erin bestaat om de bepalingen van de wet – *in casu* de grondwet – uit te leggen op grond van de geest en de doelstellingen van die wet, en aldus de normale betekenis van de bewoordingen terzijde te schuiven.

**Politieke gevolgen: sluipende integratie buiten de democratie om**

Brutus beschrijft tenslotte ook reeds het proces van sluipende besluitvorming door rechters in fundamentele aangelegenheden en hoe dat leidt tot een centralisatie van de macht:

‘Perhaps nothing could have been better conceived to facilitate the abolition of the state governments than the constitution of the judicial. They will be able to extend the limits of the general government gradually, and by insensible degrees, and to accomodate themselves to the temper of the people. Their decisions on the meaning of the constitution will commonly take place in cases which arise between individuals, with which the public will not be generally acquainted;

58 Brutus, Essay XII, in Ketcham, p. 315.

one adjudication will form a precedent to the next, and this to a following one. These cases will immediately affect individuals only; so that a series of determinations will probably take place before even the people will be informed of them’.<sup>59</sup>

Het is hetzelfde proces dat in de Europese Unie geleid heeft tot een grote mate van ‘integration by stealth’, sluipende integratie door de rechtspraak, zoals de Duitse hoogleraar en oud-Verfassungsrichter Dieter Grimm in 2016 schreef.<sup>60</sup> Hij pleit daarin voor een ‘repolitisering’ van een groot deel van de normen die grondwettelijke rang hebben gekregen. Ook dat vinden we reeds bij Brutus in *Essay XV*:

‘Had the construction of the constitution been left with the legislature, they would have explained it at their peril; if they exceed their powers, or sought to find, in the spirit of the constitution, more than was expressed in the letter, the people from whom they derived their power could remove them, and do themselves right; and indeed I can see no other remedy that the people can have against their rulers for encroachments of this nature. A constitution is a compact of a people with their rulers; if the rulers break the compact, the people have a right and ought to remove them and do themselves justice; but in order to enable them to do this with the greater facility, those whom the people choose at stated periods, should have the power in the last resort to determine the sense of the compact; if they determine contrary to the understanding of the people, an appeal will lie to the people at the period when the rulers are to be elected, and they will have it in their power to remedy the evil; but when this power is lodged in the hands of men independent of the people, and of their representatives, and who are not, constitutionally, accountable for their opinions, no way is left to controul them but *with a high hand and an outstretched arm*’.<sup>61</sup>

Met andere woorden, de interpretatie van de Grondwet moet worden overgelaten aan verkozen organen, zodat deze interpretatie ook democratisch corrigeerbaar is. In een democratie is het immers het volk dat het laatste

59 Brutus, Essay XV, in Ketcham, pp.326-327.

60 Dieter Grimm, ‘Europe’s legitimacy problem and the courts’, in Damian Chalmers e.a. (reds.), *The End of the Eurocrat’s Dream: Adjusting to European Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press 2016, pp.241-265.

61 Brutus, Essay XV, in Ketcham, p. 327.

woord moet hebben bij de interpretatie van de constitutie, zij het indirect door middel van verkiezingen.

### Korte vergelijking

Beide kampen hebben veel oog voor de risico's van macht en misbruik van macht en voor de risico's van menselijke 'passies', maar ze verschillen fundamenteel in 1) hun inschatting waar de grotere gevaren zitten en 2) hun inschatting hoe het risico te beperken.

Ze verschillen evident ook in hun politiek ideaal. De Federalists beklemtonen de noodzaak van een afstandelijk centraal bestuur door een hoogopgeleide elite. De Antifederalists geloofden in relatief kleine republieken met zelfbestuur door deugdzame en zelfstandige burgers.<sup>62</sup> In zijn eerste Essay verwijst Brutus hiervoor naar Montesquieu<sup>63</sup>:

'Eigen aan een republiek is dat het grondgebied klein is, want anders kan een republiek moeilijk blijven bestaan. In een grote republiek zijn grote rijkdommen, en daarom is men er weinig geneigd tot matigheid; er moet teveel waardevoels in handen van de afzonderlijke burger worden gelegd; de belangen krijgen een individueler karakter; eerst merkt iemand dat hij los van zijn land, gelukkig, groot en roemrijk kan zijn; en weldra, dat hij slechts groot kan zijn op de ruïnes van zijn land.

In een grote republiek wordt het algemeen belang opgeofferd aan tal van bijzondere overwegingen; het wordt ondergeschikt gemaakt aan uitzonderingen; het is afhankelijk van bijkomstigheden. In een kleine

62 Ketcham, 'The Anti-Federalist papers, Introduction', p. xxvii; ook als Ketcham, 'Antifederalist Essays and Speeches 1787-1788', p. (381) 384

63 Brutus, Essay I, <http://teachingamericanhistory.org/library/document/brutus-i/>, in Ketcham, p. 288-289, hier in de vertaling uit het Franse origineel door Jeanne Holierhook, *Montesquieu, Over de geest van de wetten*, Amsterdam, Boom 2006, p. 179-180. Bij Brutus luidt het in het Engels:

'The one is the baron de Montesquieu, spirit of laws, chap. xvi. vol. I [book VIII]. "It is natural to a republic to have only a small territory, otherwise it cannot long subsist. In a large republic there are men of large fortunes, and consequently of less moderation; there are trusts too great to be placed in any single subject; he has interest of his own; he soon begins to think that he may be happy, great and glorious, by oppressing his fellow citizens; and that he may raise himself to grandeur on the ruins of his country.

In a large republic, the public good is sacrificed to a thousand views; it is subordinate to exceptions, and depends on accidents. In a small one, the interest of the public is easier perceived, better understood, and more within the reach of every citizen; abuses are of less extent, and of course are less protected'.

republiek wordt het algemeen belang beter beseft, beter gekend, staat het dichterbij iedere burger; misbruiken zijn er minder wijd verbreid en worden daarom ook minder getolereerd'.

Een te grote politieke gemeenschap daarentegen vervalt in een oligarchie in plaats van een democratie:

"the number chosen, must be such, as to possess, be disposed, and consequently qualified to declare the sentiments of the people; for if they do not know, or are not disposed to speak the sentiments of the people, the people do not govern, but the sovereignty is in a few".<sup>64</sup>

In antwoord op de stelling van de Federalists dat volksvertegenwoordigers niet te vertrouwen zijn, omdat ze hun eigen belangen (of althans die van de groep waartoe ze behoren) voorrang geven, vragen de Antifederalists hoe rechters dan wel te vertrouwen zouden zijn en niet ook de belangen van de groep waartoe zich rekenen voorrang zouden geven? Bovendien gaan in een volksvertegenwoordiging die fracties met elkaar in discussie. Op het laatste punt zou men wel kunnen antwoorden dat in de Amerikaanse federale rechtscolleges de rechters ook met elkaar in debat gaan en hun afzonderlijke opinies ook worden gepubliceerd (als *separate opinions*).

Vereenvoudigd samengevat geloofden de Federalists dat de vrijheid van allen wordt beschermd door deugden van een elite die het recht laten heersen, en de Antifederalists dat de vrijheid wordt beschermd door een regime van zelfbestuur dat de deugden bij het volk zelf bevordert en daartoe de kloof tussen de bestuurders en de bestuurden klein moet houden.<sup>65</sup> Centinel stelde het zo:

'A republican, or free government, can only exist where the body of the people are virtuous, and where property is pretty equally divided'.<sup>66</sup>

Een beetje sloganesk zou men kunnen spreken van een tegenstelling tussen een aristocratisch of toch oligarchisch elitair liberalisme tegenover een romantisch democratisch conservatisme.

64 Brutus, Essay I, in Ketcham, p. 290.

65 Vgl. ook de kenmerking door Gary L. McDowell, 'Were the Anti-Federalists right? Judicial Activism and the Problem of Consolidated Government', *Publius* 1982, 99-108, p. 100.

66 Centinel No. I, in Ketcham p. 236.

### Wirkungsgeschichte

De radicale Federalists hebben geprobeerd reeds vanaf het begin van de nieuwe Unie hun radicale agenda uit te voeren en een machtige centrale staat uit te bouwen die meer elitair dan democratisch was. Op korte termijn is dit grotendeels mislukt. De *Bill of Rights* is er grotendeels tegen hun zin gekomen om de macht van de federale politieke instellingen in te perken. En Madison ging samen met Jefferson al spoedig in de oppositie, waarna zij de verkiezingen tegen de Federalist Party wonnen en Jefferson president werd. Evenwel hebben de Federalists wel sluipend hun macht uitgebouwd in het bijzonder door de benoeming van rechters – wat aanleiding heeft gegeven tot de beroemde zaak *Marbury v. Madison* (toen Madison en Jefferson weigerden rechtersbenoemingen te voltrekken die de vorige president John Adams nog na zijn verkiezingsnederlaag had verricht).

William Nelson heeft goed beschreven hoe de Federalists hun macht hebben uitgebouwd via het recht en tegen de politieke democratie in (als ‘antidemocratic reactionaries’):

- door de rechters te organiseren in rechtscolleges die een precedentenrecht konden ontwikkelen;
- door de bevoegdheid van de volksjury te beperken tot louter feitelijke vragen;
- door de opvatting te ontwikkelen dat het recht een wetenschap is die enkel kan worden begrepen door wie daartoe professioneel is opgeleid;
- door een zo ruim mogelijke draagwijdte te geven aan de *judicial review*, dus aan de voorrang van de rechters op politieke instellingen.<sup>67</sup>

Reeds in 1819 schreef Jefferson over de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht:

‘The constitution, on this hypothesis, is a mere thing of wax in the hands of the judiciary, which they may twist, and shape into any form they please. It should be remembered, as an axiom of eternal truth in politics, that whatever power in any government is independent, is absolute also; in theory only, at first, while the spirit of the people is up, but in practice, as fast as that relaxes. Independence can be trusted

67 Deze vier luiken worden uitgewerkt in William E. Nelson, ‘The Historical Foundations of the American Judiciary’, in Kermit L. Hall & Kevin T. McGuire (reds.), *The judicial branch*, New York, Oxford University Press 2005, p. (3) 10 v.

nowhere but with the people in mass. They are inherently independent of all but moral law’.<sup>68</sup>

Nochtans was de rechterlijke macht in het begin nog relatief terughoudend, en probeerde ze zo weinig mogelijk politieke vragen te beslechten. Ook in *Marbury v. Madison* gebruikte het Supreme Court de *judicial review* in feite om geen effectieve politieke interventie te doen.<sup>69</sup> Het is pas vanaf de late 19e eeuw dat het Hof zijn macht echt ging gebruiken tegen politieke beslissingen in, en met name om ideologische keuzes aan het hele land op te leggen. Dat kon pas door een ruime interpretatie van het XIVth Amendment, dat inhoudelijke beperkingen aanbracht aan de bevoegdheid van de deelstaten.

De echte machtsgreep is er wellicht pas gekomen in 1954 met het arrest *Brown v. Board of Education-I*, inzake desegregatie van scholen,<sup>70</sup> beslecht met argumenten gegrond op psychologische en sociologische theorieën veeleer dan door rechtsregels<sup>71</sup> – en een duidelijke breuk met de tot dan geldende rechtspraak van het Hof.<sup>72</sup> In het vervolgarrest *Brown v. Board of Education-II*<sup>73</sup> werd een overgangperiode voor desegregatie toegestaan

68 Letter to judge Roane, 6 september 1819, <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeff257.php>. Zie ook andere brieven van Jefferson, geciteerd in een brief aan de New York Times 23 juni 1861, <https://www.nytimes.com/1861/06/23/archives/jefferson-on-the-supreme-court.html>, waaronder zijn brief aan Thomas Ritchie van 25 december 1820: ‘The Judiciary of the United States is the subtle corps of sappers and miners constantly working under ground to undermine the foundations of our confederated fabric. They are construing our Constitution from a coordination of a general and special Government to a general and supreme one alone’ (ook op <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeff263.php>).

69 Het Hof besliste dat de federale rechterlijke macht weliswaar de regering kon verplichten de benoemingen uit te voeren, maar dat de eis niet in eerste aanleg bij het Supreme Court zelf kon worden aangebracht, omdat de wet die dergelijke vorderingen rechtstreeks aan het Supreme Court toevertrouwde (‘original jurisdiction in de zin van bevoegdheid in eerste aanleg te oordelen’) ongrondwettig was, zodat het Supreme Court zichzelf onbevoegd verklaarde.

70 17 mei 1954, 347 U.S. 483 = <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>.

71 McDowell, ‘Were the Anti-Federalists right?’, p. 106–107.

72 Met name het arrest *Plessy v. Ferguson* uit 1896, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>, dat raciale segregatie toestond voor zover de diensten gelijkwaardig zijn, de ‘separate, but equal doctrine’.

73 31 mei 1955, 349 U.S. 294, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294>.

en een enorme expansie gegeven aan het gebruik van *equitable remedies*: het Hof bepaalde welke stappen alle schoolbesturen moesten zetten. Waar *equitable remedies* traditioneel enkel aan de specifieke procespartijen konden worden opgelegd, geschiedde dat in deze zaak bij wijze van algemeen geldende maatregel, dus als een wet in materiële zin.<sup>74</sup> Vervolgens werd in *Cooper v. Aaron* (1958)<sup>75</sup> de *judicial supremacy* gedictieerd, in die zin dat de precedenten van het *Supreme Court* niet enkel bindend zijn voor de andere rechtscolleges (zoals in de Engelse doctrine of *stare decisis*), maar ook voor alle andere machten en instellingen.<sup>76</sup> In *Griffin v. Prince Edward Country School Board* werd een wet van Virginia ongrondwettig verklaard die publieke scholen gewoon afschafte en subsidies gaf voor private scholen, omdat het *in casu* een maatregel was om segregatie te bestendigen.<sup>77</sup>

Inhoudelijk ging de machtsgreep verder met *Roe v. Wade* (1973) waarmee liberalisering van abortus werd opgelegd aan alle staten en recent *Obergefell* waarin *same sex marriage* aan alle staten werd opgelegd. In *Roe v. Wade* (1973)<sup>78</sup> werd dat “recht op abortus” afgeleid uit de zin van de grondwet die stelt dat ‘*the enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage other rights retained by the people*’, alsof het recht op abortus er een was dat in 1789 bestond en ondanks het niet vermeld zijn ervan in de *Bill of rights* bewaard zou zijn gebleven... In *Obergefell* werd met een beroep op *equal dignity* in de Grondwet een regel gelezen die manifest strijdig is met de *immemorial custom*, wat volgens de dissenting opinion van de in 2016 overleden *Supreme Court* rechter Antonin

74 Zie de bespreking door McDowell, ‘Were the Anti-Federalists right?’, p. 105. Alexis de Toqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1837, geciteerd uit de uitgave Parijs, Gallimard, 1951, p. 100 en 103, merkte daarentegen nog op dat de *judicial review* in Amerika werd aanvaard precies omdat de rechters enkel een beslissing konden nemen voor een concreet geschil en niet konden ‘attaquer les lois d’une façon théorique et générale’.

75 12 september 1958, 358 U.S. 1 = <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/case.html>. Het Hof stelde dat het precedent beslist in *Brown v. Board of Education* op zichzelf eveneens gold als ‘the supreme law of the land’, en daarom bindend is voor alle staten, ongeacht enige statelijke wet die daartegen in gaat. Voor kritiek, zie o.a. Edwin Meese, ‘The Law of the Constitution’, 61 *Tulane Law review* 1986-87, p. 979.

76 Voor een analyse van de betekenis en geschiedenis van *judicial supremacy*, zie Earl A. Pollock, ‘Who has the last word? Three theories of judicial review’, <https://ssrn.com/abstract=2257509>.

77 377 US 218 (1964) = <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/218/>.

78 401 U.S. 113 (1973) = <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>. Jane Roe was een ‘juridisch pseudoniem’, de echte naam van de vrouw was Norma McCorvey. Later werd zij katholiek en een felle tegenstandster van abortus.

Scalia neerkwam op het vervangen van ‘disciplined legal reasoning’ door ‘the mystical aphorisms of the fortune cookie’.<sup>79</sup>

Een van de vele paradoxen is dat een Hof dat is geschapen om politieke minderheden te beschermen tegen een *majoritarian democracy* – zoals hierboven uiteengezet volgens de Antifederalists en ook Jefferson een fundamenteel foute oplossing –, *in the long run* door het opleggen van dezelfde politieke keuzes aan alle deelstaten precies politieke minderheden die op deelstatelijk vlak een meerderheid vinden in grote mate rechten ontnemt.

Vandaag is dus duidelijk dat de voorspellingen van Brutus zijn uitgekomen, dat door middel van verregaande interpretaties van de Grondwet de hoogste rechtscolleges, zoals het Amerikaanse *Supreme Court*, het Europees Hof voor de Rechten van de mens, Het Hof van Justitie van de Europese Unie, en sommige andere grondwettelijke Hoven, een enorme macht hebben uitgebouwd en de democratie in belangrijke mate buitenspel hebben gezet.

De slogan die zij daarbij vaak gebruiken is dat de Grondwet, of een andere grondtekst waarop zij hun bevoegdheid steunen, zoals de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens, een “levend instrument” zou zijn, a *living instrument*. De uitdrukking werd in Amerika voor het eerst gebruikt door de latere president Woodrow Wilson. Het Mensenrechtenhof in Straatsburg gebruikt die uitdrukking sedert 1978 om aan de lidstaten verplichtingen op te leggen die zij duidelijk niet beoogden aan te gaan. Een manifest voorbeeld van dergelijke machtsuitbreiding is het arrest *Marckx t. België* van 13 juni 1979, waar uit de bescherming van het privéleven verregaande verplichtingen inzake afstammingsrecht werden afgeleid.

Het is tegen deze verregaande interpretaties dat in de jongste decennia een andere juridische stroming opnieuw is gaan benadrukken dat in een democratie het niet aan de rechter toekomt om aan de Grondwet nieuwe betekenissen te geven die de macht van de wetgever inperken<sup>80</sup>. De rechter moet zich in dat opzicht houden aan de oorspronkelijke betekenis van de

79 US Supreme Court 26 juni 2015, *Obergefell / Hodges*, [www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf), p. 8 voetnoot 22.

80 Zie over deze vragen mijn bijdrage Matthias E. Storme, ‘Res publica en rechtsstaat: vrijheid in een onvolmaakte samenleving. Pleidooi voor een functionele (niet te bevlogen) grondwet voor Vlaanderen’, in *CDPK (Chroniques de droit public - publiekrechtelijke kronieken)* 2009 nr. 2, p. 382-389; eerder in Johan Sanctorum e.a., *De Vlaamse Republiek: van utopie tot project*, Leuven, Van Halewyck 2009, p. 165-187; licht verkort in *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2009, 50-59 = [www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2009/1/RenR\\_1875-2306\\_2009\\_038\\_001\\_007.pdf](http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2009/1/RenR_1875-2306_2009_038_001_007.pdf).

grondwet, zoals die door de grondwetgever is uitgevaardigd. De beroemdste 'textualist' zoals hij zich noemde, is Scalia, die het zo stelde:

'The only good Constitution is a dead Constitution. The problem with a living Constitution in a word is that somebody has to decide how it grows and when it is that new rights are – you know – come forth. And that's an enormous responsibility in a democracy to place upon nine lawyers, or even 30 lawyers'.<sup>81</sup>

Als men de Antifederalist papers evenwel leest, ziet men dat zelfs de interpretatie van de Grondwet door Scalia problematisch is. De textualists (die de normale betekenis van de tekst bij haar uitvaardiging als maatstaf nemen) en de originalists (die de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever als maatstaf nemen) gaan er immers van uit dat een generatie door iets in een Grondwet te schrijven de volgende generaties kan binden. Jefferson verwierp die idee. Voor hem kon een opvatting slechts bindend blijven zolang geen nieuwe meerderheid ze verwerpt (brief aan Cartwright 5 juni 1824<sup>82</sup>). In september 1789 had Jefferson overigens in een brief aan Madison vanuit Parijs (waar hij toen ambassadeur was) nog radicalere ideeën verdedigd, namelijk dat elke wet en grondwet een vervaltermijn zou hebben van één generatie.<sup>83</sup> Dat idee leefde toen reeds in Frankrijk, en was opgenomen in

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.'

De voorstanders van een *living constitution* wijzen op een reëel probleem: wanneer een grondwet via politieke weg zeer moeilijk wijzigbaar is, zoals de Amerikaanse,<sup>84</sup> leidt een interpretatie volgens de oorspronkelijke tekst of bedoeling ertoe dat de generatie van de *Framers* talloze generaties na hen blijft binden. Alleen, die kritiek geldt maar ten volle indien men (te) veel in die grondwet gaat lezen. De oplossing van de *living constitutionalists* onder de rechters is evenwel nog stukken problematischer: door heel veel in de grondwet te lezen dat er niet in staat noch bedoeld was, pogen zij eveneens talloze generaties na hen te binden hoewel ze zichzelf niet eens gebonden achten aan de vorige, en dus ook geen enkele legitimiteit hebben om de volgende te binden.<sup>85</sup> Een evolutieve interpretatie van gewone wetten is vanuit democratisch oogpunt weinig problematisch, omdat ze daags nadien door het parlement zonodig kan worden gecorrigeerd, en is vaak zelfs nuttig om een zinvolle dialoog tussen parlement en rechters te voeren. Een evolutieve interpretatie van de grondwet daarentegen is vanuit democratisch oogpunt slechts dan niet illegitiem wanneer ze de grondwet juist sloop (door hindernissen voor de wetgevende macht te beperken), waardoor precies de echte functie van een grondwet zou verloren

then in their natural course with those who gave them being. This could preserve that being till it ceased to be itself, and no longer. Every constitution then, and every law, naturally expires at the end of 19 years'.

84 Ook hiervoor was gewaarschuwd door de Antifederalists, zie bv. An Old Whig, 'Letter I', *Philadelphia Independent Gazetteer* 12 oktober 1787, <http://teachingamericanhistory.org/library/document/an-old-whig-i>. Voor De Toqueville, *De la démocratie en Amérique*, 101, kon de grondwettigheidstoetsing juist omdat de Amerikaanse grondwet wel wijzigbaar was – wat in die tijd praktisch ook nog het geval was. Zoniet immers, 'Si (...) les tribunaux pouvaient désobéir aux lois, sur le fondement qu'ils les trouvent inconstitutionnelles, le pouvoir constituant serait réellement dans leurs mains, puisque seuls ils auraient le droit d'interpréter une constitution dont nul ne pourrait changer les termes. Ils se mettraient donc à la place de la nation et domineraient la société, autant du moins que la faiblesse inhérent au pouvoir judiciaire leur permettrait de le faire'.

85 Dit vraagstuk kwam aan bod in het arrest van het Supreme Court uit 1992 in *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 = <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>, waarin de meerderheid oordeelde dat het precedent *Roe v. Wade* op enkele nuances na bindend was, en argumenteerde waarom dit nu wel zo was, terwijl men in *Brown v. Board of Education* oudere precedenten (zoals *Plessy v. Ferguson*) wel had terzijde gesteld.

81 Geciteerd door Bruce A. Murphy, 'Justice Antonin Scalia and the "dead" Constitution', *NY Times* 14 februari 2016, [www.nytimes.com/2016/02/15/opinion/justice-antonin-scalia-and-the-dead-constitution.html](http://www.nytimes.com/2016/02/15/opinion/justice-antonin-scalia-and-the-dead-constitution.html). Net als Hamilton (hoger geciteerd uit *FP* nr. 78) beschouwde ook Scalia de grondwet als een bescherming tegen de waan van de dag, maar anders dan de *FP* situeert hij het gevaar daarvan niet enkel bij de volksvertegenwoordiging maar ook bij de rechterlijke macht. Zie bv. zijn dissenting opinion in *Maryland v. Craig*, 27 juni 1990, 497 U.S. 836, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/836/>, waarin hij op het argument van aanpassing aan hedendaagse opvattingen antwoordde: 'the Constitution is meant to protect against, rather than conform to, current "wide-spread belief".'

82 Uittreksels in Koch & Peden, p. 651, volledig in T.J. Randolph (red.) *Memoirs, correspondence and private papers of Thomas Jefferson*, Deel III, 1829, p. 406.

83 Brief van 6 september 1789 aan Madison, in Koch & Peden p. 449, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>, waarin hij voorstelde de duur van een generatie op 19 jaar te bepalen: 'On similar ground it may be proved that no society can make a perpetual constitution, or even a perpetual law. The earth belongs always to the living generation. They may manage it then, and what proceeds from it, as they please, during their usufruct. They are masters too of their own persons, and consequently may govern them as they please. But persons and property make the sum of the objects of government. The constitution and the laws of their predecessors extinguished



gaan. Een grondwet strekt ertoe om de wijziging van bestaande rechten te bemoeilijken, en de macht van het parlement te beperken, door daarvoor een bijzondere procedure en/of bijzondere meerderheid op te leggen, en niet om nieuwe ideeën te laten opleggen door verlichte geesten waarvoor er geen democratische meerderheid is.<sup>86</sup> In welke mate het eerste – dat zeker beoogd werd door de *Framers* van de grondwet van 1797 – in een democratie noodzakelijk is, blijft voer voor discussie, maar het tweede – dat de *Framers* zeker niet beoogden – is alvast een heel stuk problematischer.<sup>87</sup>

### Bibliografie

- The Federalist Papers*, edited by Clinton Rossiter, with an Introduction and notes by Charles R. Kesler, Signet Classics, New York, Penguin 2013 (afgekort *FP*)
- The Anti-Federalist papers and the Constitutional Convention Debates*, edited by Ralph Ketcham, Signet Classics, New York, Penguin 2003
- Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, Harvard classics uitgave, www.bartleby.com/24/3.
- Saul Cornell, *Other Founders: Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America 1788-1828*, Williamsburg, Omohundro Institute, 1999
- Joseph Ellis, *The Quartet, Orchestrating the second American revolution 1783-1789*, New York, Penguin Random House 2016
- Dieter Grimm, 'Europe's legitimacy problem and the courts', in Damian Chalmers e.a. (reds.), *The End of the Eurocrat's Dream: Adjusting to European Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press 2016, 241-265.
- Woody Holton, *Unruly Americans and the Origins of the Constitution*, New York, Hill & Wang, 2007.
- Ralph Ketcham, 'Antifederalist Essays and Speeches 1787-1788', in Stephen L. Schechter (red.), *Roots of the Republic: American Founding Documents Interpreted*, p. (381) 387
- Adrienne Koch & William Peden, *The life and selected writings of Thomas Jefferson*, New York, Random House 1993
- Koen Lemmens, 'Antigone(s) in Straatsburg: mensenrechten tussen recht en gerechtigheid' oratie Leuven 2012, in *Rechtskundig Weekblad* 2012-2013, pp. 762-771
- Gary L. McDowell, 'Were the Anti-Federalists right? Judicial Activism and the Problem of Consolidated Government', in *Publius* 1982, pp.99-108
- Edwin Meese, 'The Law of the Constitution', 61 *Tulane Law review* 1986-87, p. 979

- Bruce A. Murphy, 'Justice Antonin Scalia and the "dead" Constitution', in *New York Times* 14 februari 2016, www.nytimes.com/2016/02/15/opinion/justice-antonin-scalia-and-the-dead-constitution.html
- William E. Nelson, 'The Historical Foundations of the American Judiciary', in Kermit L. Hall & Kevin T. McGuire (reds.), *The judicial branch*, New York, Oxford University Press 2005
- John G.A. Pocock, 'Burke and the Ancient Constitution – a problem in the history of ideas', in 3. *The Historical Journal* 1960, 125
- Earl A. Pollock, 'Who has the last word? Three theories of judicial review', <https://ssrn.com/abstract=2257509>
- T.J. Randolph (red.), *Memoirs, correspondence and private papers of Thomas Jefferson*, Deel III, 1829
- Karel Rimanque, 'De organisatie van de rechtsbedeling in federale staten: een bevoegdheid voor de deelstaten?', in Jean Laenens e.a., *Defederalisering van justitie? Staatsrechtconferentie 2002*, Gent, Larcier 2003, p. 1 v.
- Bernd Ruthers, *Die Unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel Der Privatrechtsordnung Im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr Siebeck 1973
- Herbert J. Storing, *The Complete Anti-Federalist*, Chicago, University of Chicago Press 2008 (afgekort *CA-F*)
- Matthias E. Storme, "Een Vlaamse justitie? De defederalisering van het gerecht in België. Openingsrede op de openingszitting van de balie te Mechelen op 7 oktober 2000", *Rechtskundig Weekblad* 2000-2001, p. 1113-1120, ook op <http://www.storme.be/vlaamsejustitie.pdf>;
- Matthias E. Storme, 'Res publica en rechtsstaat: vrijheid in een onvolmaakte samenleving. Pleidooi voor een functionele (niet te bevlogen) grondwet voor Vlaanderen', in *CDPK (Chroniques de droit public - publiekrechtelijke kronieken)* 2009 nr. 2, p. 382-389; eerder in Johan Sanctorum e.a., *De Vlaamse Republiek: van utopie tot project*, Leuven, Van Halewyck 2009, pp. 165-187; licht verkort in *Rechtsfilosofie & Rechtsstheorie* 2009, 50-59 = [www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2009/1/RenR\\_1875-2306\\_2009\\_038\\_001\\_007.pdf](http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2009/1/RenR_1875-2306_2009_038_001_007.pdf)
- Matthias E. Storme, 'Edmund Burke en de traditie van de *artificial reason* tegenover *natural reason*', in Andreas Kinneging, Paul De Hert en Maarten Colette (reds.), *Burke*, Brussel, ASP Publishers 2017, pp.43-62
- Alexis de Toqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1837, Parijs, Gallimard, 1951
- Sarah Worthington, *Equity*, Oxford University Press 2003, tweede uitgave 2006

<sup>86</sup> Zie mijn hogergenoemde bijdrage.

<sup>87</sup> Voor een boeiende analyse van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vanuit dit onderscheid, zie Koen Lemmens, 'Antigone(s) in Straatsburg: mensenrechten tussen recht en gerechtigheid' oratie Leuven 2012, *Rechtskundig Weekblad* 2012-2013, p. 762.