

De Federalist Papers

bakermat van het moderne constitutionalisme

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

DAMON

Inhoudsopgave

Inleiding <i>Andreas Kinning, Paul de Hert en Gerard Versluis</i>	7
'We the people' <i>Jean-Marc Piret</i>	11
De republikeinse staatsvorm <i>Allard Altena</i>	37
Rijk of republiek? <i>Wouter de Been</i>	60
De rechterlijke macht: de 'least dangerous branch'? <i>Matthias Storme</i>	82
De senaat als anker van de staat <i>Emma Cohen de Lara</i>	114
De Federalist Papers en staatsmanschap <i>Patrick Overeem</i>	138
Het Corsicaanse precedent <i>Michel Huysseune</i>	161
Fourth Amendment originalism en de terugkeer naar de grondwettelijke redelijkheid van de Framers <i>Paul de Hert en Katrien Keyaerts</i>	186
De Federalist Papers in de Duitse rechtscultuur <i>Niels Graaf</i>	264
Think for yourselves? <i>Hans-Martien ten Napel</i>	285
Bijbel van het moderne constitutionalisme <i>Andreas Kinning</i>	305
Over de auteurs	326

Inleiding

Paul de Hert, Andreas Kinninging en Gerard Versluis

U hebt een bijzondere bundel in handen. Een bundel van wetenschappelijke beschouwingen over de *Federalist Papers*, het door Hamilton, Madison en Jay in 1787 en 1788 geschreven commentaar op de Constitutie van de Verenigde Staten. Het is, voor zover wij hebben kunnen nagaan, het eerste ooit in het Nederlands taalgebied gepubliceerde boek over de *Federalist Papers*, waarover in Europa en al helemaal in de Lage Landen überhaupt bijzonder weinig is en wordt geschreven, zowel in vakbladen en kranten als elders. De belangstelling voor en de kennis van de *Federalist Papers* zijn minimaal. Dat is, om Joseph Fouché – voor wie eveneens ten onrechte weinig interesse bestaat – aan te halen, ‘pire qu’un crime, c’est une faute’.

De verwaarlozing heeft tenminste drie oorzaken. Ze is in de eerste plaats het gevolg van een meer algemene verwaarlozing van het vakgebied waar de *Federalist Papers* toe behoren, de staatsleer of constitutionele theorie. Voorbeelden van belangrijke recentere overzichtswerken zijn G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, K. Löwenstein, *Political Power and the Governmental Process* en R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*. Dit vakgebied is in de afgelopen decennia in de academie steeds meer tussen wal en schip geraakt. Het is qua aard zowel filosofisch als juridisch; het vormt de brug tussen de politieke filosofie en het staatsrecht. Maar omdat ook in de academie de specialisatie de laatste decennia steeds verder is doorgevoerd en de haast steeds groter is geworden, zijn er steeds minder mensen die één van die genoemde vakgebieden in zijn geheel beheersen, laat staan dat veel academici nog een brug tussen beide zouden kunnen slaan. De staatsleer was natuurlijk altijd al een vak voor weinigen, maar nog nimmer is het voortbestaan ervan zo bedreigd als nu.

Daar komt ten tweede bij dat de meeste academici die zich er nog mee bezighouden, gegijzeld worden door een vals intellectueel vooruitgangdenken, dat veronderstelt dat er voor, zeg, 1990 niets van enige waarde is gezegd en gedacht dat niet op veel betere wijze in boeken en artikelen van na die datum naar voren wordt gebracht. Welke desastreuze consequenties die gedachte heeft voor het niveau van de staatsleer, wordt pijnlijk duidelijk wanneer men bijvoorbeeld het recente *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012) leest, dat breed geldt als ‘state of the art’. Het zegt inderdaad alles over de huidige staat ervan.

Een derde oorzaak van de verwaarlozing ten slotte is dat de kennis van en belangstelling voor het Amerikaans staatsrecht in Europa in het algemeen en de Lage Landen in het bijzonder altijd maar mondjesmaat is geweest. Juridische faculteiten zijn uit de aard der zaak sowieso altijd al sterk gericht op het rechtsstelsel van eigen land. En voor zover men de blik richtte en richt op het buitenland, dan was en is dat toch lange tijd eerst en vooral het Europese buitenland. Dat geldt zeker ook voor de meeste beoefenaren van het staatsrecht. Na de Tweede Wereldoorlog, maar vooral sedert de jaren zeventig van de twintigste eeuw is dat wel enigszins veranderd. Maar de belangstelling aan de juridische faculteiten gaat vooral uit naar de jurisprudentie van het federale *Supreme Court*, in het bijzonder de *civil rights* jurisprudentie. Er is veel minder interesse voor het constitutionele bestel als geheel.

Dit alles stemt niet positief. Moderne constituties zijn het resultaat van diepgaand theoretisch en normatief denkwerk. De staatsleer is het vak dat dit denkwerk een levend bezit moet houden. Waar de kennis en het inzicht van de staatsleer verdwijnen, verdwijnt ook het begrip van moderne constituties. Maar wie iets niet begrijpt, kan het uiteindelijk ook niet in stand houden. En als de tekenen ons niet bedriegen, zien we dan ook dat moderne constituties overal in de Westerse wereld slijtageplekken vertonen. Het is dan ook van groot belang dat het vak staatsleer weer een plek krijgt aan de universiteit, aan de juridische dan wel aan de filosofische faculteit, maar liefst aan beide. Waarbij meteen aangetekend moet worden dat daarmee weinig of niets is gewonnen, zolang men blijft steken in de historische bijziendheid die een gevolg is van genoemd vals intellectueel vooruitgangdenken. Het is belachelijk te menen dat alles wat voor 1990 is geschreven niet hoeft te worden bestudeerd. Dat geldt mogelijksterwijs voor de natuurwetenschappen; in alle andere vakgebieden is het een aanfluiting en een bewijs van onvermogen.

Wie zich de staatsleer eigen wil maken dient zich eerst en vooral grondig te verdiepen in het beste wat in de loop van de tijd in dit vakgebied is geschreven: de maatgevende werken. We noemen een aantal van de voornaamste, in chronologische volgorde: Plato, *Wetten*; Aristoteles, *Politica*; Cicero, *Over de Wetten*; Aquino, *Over de Wét*; Hobbes, *Leviathan*; Locke, *Tweede Vertoog over de Staat*; Montesquieu, *Over de Geest van de Wetten*; Constant, *Principes van Politiek*; Tocqueville, *De Democratie in Amerika*.

De *Federalist Papers* hoort ook in dit rijtje thuis. Het neemt daarin zelfs een bijzondere plaats in, omdat het qua vorm een commentaar is op een grondwet: de Constitutie van de Verenigde Staten. Dat maakt het anders dan alle andere genoemde werken, die wat verder afstaan van het concrete juridische, ook al zijn ze zonder uitzondering erop gericht aan dat

concreet-juridische een behoorlijke theoretische en normatieve grondslag te geven. Anderzijds zijn de *Federalist Papers* echter ook weer geen gewoon grondwetscommentaar. Deze laatste beperken zich over het algemeen tot het ‘wat’ van de grondwet uiteen te zetten en bekommeren zich weinig of niet om het ‘waarom’, de reden, het doel van de diverse wetsbepalingen. De *Federalist Papers* daarentegen zijn juist daarop gericht. Ze geven ons het waarom van de grondwet en ze doen dat op bijzonder diepgravende en verhelderende wijze. Dat, in combinatie met het feit dat de grondwet die ze becommentariëren, de Constitutie van de Verenigde Staten, in zekere zin de moeder is van alle moderne constituties én dat de twee belangrijkste auteurs van de *Federalist Papers* ook twee van de voornaamste auteurs van deze constitutie zijn, maakt dit werk tot iets wat van unieke waarde is voor iedereen die geïnteresseerd is in moderne constituties.

De eerste drie hoofdstukken van deze bundel schetsen de belangrijkste krachtlijnen van de *Federalist Papers*. Jean-Marc Piret gaat in op de tumultueuze totstandkoming van de Amerikaanse constitutie. Hij laat zien dat in het debat tussen Federalisten en Anti-Federalisten wezenlijk de soevereiniteitsvraag aan de orde was: ligt de soevereiniteit bij de afzonderlijke staten, of bij het Amerikaanse volk als geheel? De problematische verhouding van de *Federalist Papers* tot het beginsel van volksoevereiniteit wordt verder uitgewerkt door Allard Altena. Enerzijds behoren de *Federalist Papers* tot de moderne, democratische wereld; anderzijds getuigen ze van een diepe vrees dat democratie onttaardt in anarchie of meerderheidstirannie. In zijn bijdrage schetst Allard Altena hoe Hamilton, Madison en Jay een uitweg hebben gezocht door een keuze voor een republikeins stelsel van *checks and balances* in plaats van voor democratie zonder meer. De thematiek van deze eerste twee hoofdstukken wordt hernomen door Wouter de Been, die deze plaatst in de tegenstelling tussen ‘rijk’ en ‘republiek’ – een tegenstelling die tot in de populaire cultuur weerklinkt vindt.

Daarop volgen twee bijdragen die specifiek ingaan op twee van de belangrijkste federale instituties, namelijk de rechterlijke macht en de Senaat. Matthias Storme behandelt de rechterlijke macht en laat zien hoe Federalisten en Anti-Federalisten wezenlijk andere opvattingen koesterden over hoe deugdelijke rechtspraak te garanderen. Daarbij rijst de vraag of de geschiedenis de Anti-Federalisten niet deels gelijk heeft gegeven. Emma Cohen de Lara bespreekt nut en noodzaak van een Senaat. Ze illustreert de blijvende relevantie van de *Federalist Papers* door deze te confronteren met de recente hervormingen van de Belgische Senaat.

Patrick Overeem spiegelt de *Federalist Papers* aan het ideaal van staatsmanschap. Hoe verhoudt de constitutionele orde die daarin wordt voorgestaan zich tot de klassieke vereisten van een goed staatsman? En moet

de publicatie van de *Papers* zelf niet ook als een daad van staatsmanschap gezien worden? Staatsmanschap toont zich immers vooral bij de stichting van de staat en in tijden van crisis en gevaar. Michel Huysseune neemt ons dan mee terug naar het revolutionaire Corsica van de 18^e eeuw, waar kort voor de Amerikaanse Onafhankelijkheidsoorlog reeds geëxperimenteerd werd met republikeins zelfbestuur zonder standenonderscheid. De Amerikaanse opstandelingen waren bekend met dit Corsicaanse precedent, zodat het ook voor ons begrip nuttig is kennis te nemen van deze enigszins vergeten episode in de moderne revolutiegeschiedenis.

We zijn dan toegekomen aan een drietal hoofdstukken waarin de navolging en receptie van de *Federalist Papers* aan de orde is. We beginnen met de Verenigde Staten zelf. Paul de Hert en Katrien Keyaerts zetten uiteen hoe de rechtspraak van het *Supreme Court* zich verhoudt tot het beeld van de constitutie dat we vinden in de *Federalist Papers*. Gaat het *Court* nog in het aloude spoor, of baant het nieuwe paden? In het hoofdstuk van Niels Graaf ligt de vraag voor hoe de *Federalist Papers* zijn ontvangen in de Duitse rechtscultuur. Juist in Duitsland, het machtigste land van de Europese Unie, is, meer dan in andere Europese landen, het constitutionele debat gevoerd aan de hand van de *Federalist Papers*. Met Hans-Martien ten Napel keren we terug naar de Verenigde Staten voor een illustratie van het hedendaagse academische debat aldaar over de *Federalist*. Met de verkiezing van president Trump is dat debat opnieuw uiterst actueel.

In het slothoofdstuk herneemt Andreas Kinneking de grote thema's van deze bundel en biedt in vogelvlucht nog eens een overzicht van de *Federalist Papers* als geheel. Dit hoofdstuk zou daarom ook goed als eerste gelezen kunnen worden. Hij toont wat de *Federalist Papers* zijn: de Bijbel van het moderne constitutionalisme.

‘We the people’

De constitutie van een Amerikaans politiek subject tussen ‘federalisme’ en ‘anti-federalisme’

Jean-Marc Piret

Inleiding: de weg naar onafhankelijkheid

Wat is de aard van het politieke subject dat zichzelf op het Amerikaanse continent in de periode tussen 1776 en 1787 eerst onafhankelijk verklaart van het Engelse moederland en zich daarna een geheel nieuwe constitutie geeft? Om deze vraag te kunnen beantwoorden zal eerst onderzocht worden hoe tijdens het revolutionaire proces van “constitution making” de rechtsbreuk met het vooraf gaande constitutionele regime gerechtvaardigd wordt en welke rol daarbij wordt gespeeld door de claim van de centrale actoren dat zij “het volk zelf” vertegenwoordigen. De tweede, met de eerste nauw samenhangende vraag, gaat over de verschillen van politiek-filosofisch inzicht tussen “Federalisten” en “Anti-Federalisten” betreffende de grondslagen van de Amerikaanse republiek en de verhouding van de staten tot de Unie.

Vanaf 1765 ontstonden er steeds meer wrijvingen tussen het Britse moederland en zijn Amerikaanse koloniën. Met name de politiek van de Engelsen om de koloniën van de nieuwe wereld als fiscaal wingewest uit te melken, werd door de kolonisten als een schending van hun rechten beschouwd, temeer daar zij geen rechtstreekse representatie hadden in het Engelse parlement. Rond 1770 was de slogan “no taxation without representation” dan ook uitgegroeid tot bekende leuze van de Amerikaanse protestbeweging, die er een punt van maakte dat het recht van de kolonisten “as Englishmen” door die behandeling geschonden werd. Een van de culminatiepunten van dit protest was de vernietiging van enkele scheepsladingen thee in Massachusetts, een episode die de annalen is ingegaan als de “Boston tea party”. De Engelsen hadden een monopolie gevestigd op de officiële import van thee naar Amerika door de Engelse Oost-Indische compagnie en lieten dit gepaard gaan met hoge importheffingen. Als reactie op de protestactie lieten de Engelsen de haven van Boston sluiten en ontnamen Massachusetts zijn recht op zelfbestuur. Dat leidde tussen 1775 en 1783 tot een open oorlog tussen Engeland en zijn Amerikaanse koloniën die een leger op de been hadden gebracht onder leiding van generaal George Washington. In 1776 verklaart het tweede Continentale Congres, waarin afgevaardigden van twaalf van de dertien staten vertegenwoordigd

waren en dat fungeerde als *de facto* regering van wat de Verenigde Staten zouden worden, dat het bewind van George III tiranniek was en de “rights as Englishmen” van de kolonisten stelselmatig schond. Het zal aanleiding geven tot de lange lijst van aantijgingen in de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring van 1776. Zoals de Engelsen hun ‘Glorious Revolution’ van 1689 gelegitimeerd hadden op grond van het verwijt dat James II het veronderstelde sociaal contract met zijn onderdanen had geschonden, zo legitimeerden de kolonisten in 1776 ook hun afscheuring van het moederland: door zijn bescherming in te trekken en oorlog tegen de kolonisten te voeren, had Engeland het maatschappelijk verdrag verbroken en waren de Amerikanen tegenover het moederland terug gevallen in de “natuurtoestand” die hen onthief van elke gehoorzaamheidsplicht aan de koning.¹ De verschillende koloniën constitueerden zich tot staten via de instelling van “constitutionele conventies” die werden beschouwd als organen waarin de volkswil zich direct via zijn woordvoerders kon uitspreken.

Ook het instituut van de Constitutionele Conventie was gekopieerd van het Engelse voorbeeld. Hoewel de Engelsen in 1688 de tiran James II verdreven hadden en bijgevolg in een onvolledig parlement (een “conventie”) de voorbereidingen tot het instellen van een nieuw constitutioneel regime hadden getroffen, werd die conventie als de bij uitstek legitieme representant van het volk beschouwd. Dit op grond van de “Whig” theorie dat alle legitieme macht naar het volk terugvloeit wanneer een orgaan aan wie het volk een bepaald gezag had gedelegeerd dit gezag stelselmatig misbruikt en zichzelf zo buiten de legitieme gemeenschap stelt. Het was precies die *Whig* theorie, toegepast op de verhouding van de Amerikanen tot de Engelsen die onder anderen Jefferson in 1776 in herinnering bracht. Ook de Amerikanen zouden zich nu verenigen in grondwetgevende conventies die hun gezag rechtstreeks aan het volk ontleenden dat –teruggeworpen in de “natuurtoestand”– zijn oorspronkelijke en inherente recht terug vond om zichzelf eender welke zelf gekozen regering te geven.² Daar kwam nog bij dat de in Europa in de late zestiende eeuw door Jean

1 Gordon Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Chapel Hill & Londen, The University of North Carolina Press, 1998, p.270. De retoriek van het verbroken sociaal contract leidde echter ook tot heel wat bijkomende binnenlandse politieke wanorde omdat de besturen van sommige steden er een rechtvaardiging in vonden om zich op hun beurt tegenover de staten waar zij deel van uitmaakten onafhankelijk te verklaren. De beëindiging van het sociaal contract met Engeland had immers volgens sommigen alle bestaande politieke structuren op het Amerikaanse continent evenzeer opgeheven (zie *ibid.* pp.287-290).

2 Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, pp.310-319.

De republikeinse staatsvorm

Allard Altena

Inleiding

Tussen de tijd van de totstandkoming van de *Federalist Papers* en onze eigen tijd zitten de nodige overeenkomsten. De *Federalist Papers* kwamen tot stand ter verdediging van een voorstel voor een nieuw Amerikaans politiek bestel, in de vorm van de nieuwe *United States Constitution*. Deze *Constitution* diende de oude *Articles of Confederation*, waarop een gammele en weinig slagkrachtige confederatie rustte, te gaan vervangen. Vanuit ons contemporaine bewustzijn is het belangrijk om te realiseren dat 'diende' daarbij het sleutelwoord is: de nieuwe *Constitution* werd ter instemming voorgesteld aan de dertien Amerikaanse Staten en van tevoren was er geen enkele garantie dat zij de *Constitution* ook daadwerkelijk zouden willen ratificeren. Sterker nog, de voorgestelde *Constitution* kon naast een groep voorstanders, verenigd onder het predicaat *federalists*, al direct rekenen op forse tegenstand van de zogeheten *anti-federalists*. Hoewel (doorgaans) van mening dat de *Articles of Confederation* inderdaad geen goede grondslag boden voor de jonge republiek, ging voor de *anti-federalists* de nieuwe *Constitution* veel te ver. De *anti-federalists* verenigden zich rond de voor hen belangrijkste pijnpunten in de nieuwe *Constitution*, pijnpunten die ons vandaag de dag bekend in de oren kunnen klinken. Wat namelijk te denken van de roep om meer invloed van het volk op de regering? Of de afkeer van volksvertegenwoordigers? Of van de vraagtekens die gesteld werden bij een systeem gebouwd op machtscheiding en *checks and balances*? De lezer zou bij het horen van deze bezwaren zomaar aan het hier en nu kunnen denken in plaats van aan het 18^{de} eeuwse Amerika.

De periode voorafgaand aan de ratificatie van de *United States Constitution* is weleens omschreven als een 'golden age of literary assassination in American politics'.¹ Weinig valt er tegen het punt van literaire moord in te brengen, nu de hevige polemische strijd tussen de voor- en tegenstanders van de voorgestelde nieuwe Constitutie nogal eens uitmondde in een bloedige penningstrijd waarin karaktermoord centraal stond. Evenzeer is het echter een Gouden Eeuw, ook zonder de literaire karaktermoorden, die veel grote politieke denkers met bijbehorende werken heeft voortgebracht. Niet in het minst natuurlijk het object van onderzoek van dit essay, de *Federalist Papers*. In de *Federalist Papers* bepleiten Alexander Hamilton,

1 R. Chernow, *Alexander Hamilton*, New York: Penguin Books 2004, hoofdst. 13, p. 244.

James Madison en John Jay met kracht waarom de Amerikaanse Constitutie geratificeerd moet worden. De nieuwe Constitutie is allereerst een krachtig alternatief voor de *Articles of Confederation*, welk laatste constitutioneel bestel Amerika alleen maar zwak en verdeeld heeft gehouden en zo tot een internationaal lachertje heeft gemaakt.² Het gouden karakter van de *Federalist Papers* vinden we echter niet in de puntige deconstructie van de *Articles*, maar juist in de verdediging van het voorgestelde nieuwe staatsbestel van de *Constitution*. Centraal in dat pleidooi voor de *Constitution* staan argumenten die gaan over de aard van de democratie. Tijdloze argumenten die, hoewel ze dienden als antwoord op het pleidooi van de *anti-federalists* uit de 18^{de} eeuw, vandaag de dag onverkort van toepassing zijn wanneer we ze gebruiken in het publiek debat over de staat van onze democratische rechtsstaat. Argumenten die de tand des tijds hebben doorstaan en blijven doorklinken in het politiek discours.

In dit essay staat een onderzoek centraal naar de argumenten die in de *Federalist Papers* worden gebruikt ter verdediging van het nieuwe staatsbestel van de *United States Constitution*. Deze argumenten concentreren zich rond het in de *Federalist Papers* gepropageerde staatsbestel van de ‘republiek’. Onderzocht zal worden wat er verstaan dient te worden onder dit begrip. Naast dit constitutionele onderzoek zal aan het einde van dit essay een verband worden gelegd met het heden, waarbij betoogd zal worden dat de lessen die we kunnen trekken uit de *Federalist Papers* van grote waarde zijn in ons huidige debat over de inrichting van onze democratieën.

Democratie?

Amerika is zo u wil democratisch geboren.³ Al voorafgaand aan de Amerikaanse revolutie (1775 - 1783) hadden de dertien koloniën een sterk recht op zelfbeschikking geclaimd, waaraan ze een (gematigd) democratisch bestel hadden gekoppeld.⁴ Geaccepteerd uitgangspunt binnen de koloniale gemeenschappen was dat ‘the greatest and most important right of a British subject is that he shall be governed by no laws but those to which he, either

2 A. Hamilton, J. Madison & J. Jay, *The Federalist Papers*, Oxford: Oxford University Press 2008, nrs. 1 - 9. Verdere verwijzingen naar de *Federalist Papers* zullen worden aangeduid als ‘FP’, gevolgd door het nummer van de betreffende *paper*.

3 Vgl. A.A.M. Kinneging, ‘Nabeschuwing’, in: A.C.H.C de Toqueville, *Over de democratie in Amerika*, Rotterdam: Lemniscaat 2012, p. 1070.

4 Zie E.J. Ferguson, *The American Revolution, A General History, 1763-1790*, Illinois: The Dorsey Press 1979, hfdst. 1 voor een nadere beschrijving van de prerevolutionaire staatsinrichtingen van de koloniën.

Bijbel van het moderne constitutionalisme

Andreas Kinninging

Inleiding

In 1788 verschenen, onder het pseudoniem Publius, de *Federalist Papers*, voornamelijk geschreven door James Madison en Alexander Hamilton. Slechts veertig jaar na Montesquieu's *Esprit des Lois*. Beide werken zijn constitutionalistisch van aard.¹ Toch is het verschil immens.

Montesquieu staat nog met twee benen in het traditionele constitutionalisme. Er bestaat in zijn ogen een oude constitutie (*ancienne constitution*), die in het geval van Frankrijk teruggaat tot de vierde en vijfde eeuw na Christus en in zekere zin nog veel verder, tot de staatsinrichting die gold bij de Franken in de Germaanse wouden voor onze jaartelling. Op grond van die constitutie is de staatsrechtelijke hoofdrol weggelegd voor koning, adel (zwaard- en ambtsadel) en clerus. Tolerantie van dissenters is wenselijk, aldus Montesquieu, maar er dient één officieel geloof, één staatskerk te zijn, in casu het Rooms-Katholicisme. Deugd, eer en plicht, hiërarchie en gemeenschap zijn de centrale categorieën van het morele denken, die ook het politieke bestel bij elkaar houden.²

Veertig jaar later, in de *Federalist Papers*, is dat alles, deze hele manier van denken, die duizend jaar en in sommige opzichten langer maatgevend is geweest, van de aardbodem verdwenen. Wat er voor het aangezicht van de lezer oprijst is volstrekt modern. Het had gisteren geschreven kunnen zijn.

De *Federalist Papers* vormen naar hun inhoud het eerste moderne constitutionalistische traktaat. De grondslag van het staatsbestel is de volkswil. Het volk is soeverein, de constitutie de expressie van die wil. Er bestaat gelijkheid voor de wet. Er zijn geen standen; adel en koningschap zijn verboden. Van God en de clerus wordt met geen woord gerept. De kerk

- 1 Voor alle duidelijkheid: constitutionalisme is wat de Duitsers *Staatslehre* noemen, men zou kunnen zeggen de filosofie van het staatsrecht. Het vak zit als het ware tussen de filosofie en het recht in. Dat is ook de reden dat het in deze tijd van specialisatie tussen wal en schip invalt en nog maar weinigen er echt iets van weten. Aan rechtenfaculteiten noch aan filosofische faculteiten is er een leerstoel constitutionalisme/staatsleer.
- 2 Andreas Kinninging, 'Montesquieu en de Verlichting: van tweeën één', in: Andreas Kinninging, Paul de Hert en Maarten Colette (red.), *Montesquieu, enigmatisch observateur*, Antwerpen: Vrijdag 2016, pp.13-39

staat los van de staat, heeft er niets mee te maken. Deugd, eer en plicht zijn, op enkele rudimentaire uitspraken na, verdwenen. De rechten van het individu hebben het overgenomen, alsmede de individuele vrijheid en de gelijkheid van allen. Of preciezer: de rechten van vrije en gelijke individuen. Zij vormen nu de kern van het morele denken. Tussen Montesquieu en de Federalist Papers ligt dus een waterscheiding. Die waterscheiding staat bekend onder de naam Verlichting, de anti-traditionele ideologie van de moderniteit.³

De Federalist Papers zijn naar hun vorm een commentaar in 85 hoofdstukken op de Constitutie van de Verenigde Staten, die in de zomer van 1787 in Philadelphia is opgesteld, op 21 juni van het erop volgende jaar in werking trad en nog altijd de Constitutie van het genoemde land is. Deze is in zekere zin de moeder van alle moderne constituties. Zij was de eerste, afgezien van de State Constitutions die na de onafhankelijkheid van Amerika in 1776 door de nieuwbakken staten waren ingevoerd. En haar beginselen – volkssoevereiniteit, gelijkheid voor de wet, scheiding van kerk en staat, machtenscheiding plus checks en balances en fundamentele rechten van het individu – zijn richtinggevend geworden voor de gehele latere constitutionele ontwikkeling, eerst in Europa en Zuid-Amerika en later ook in de rest van de wereld, tot op de dag van vandaag. Om te beginnen voor de Franse Constitutie van 1791. Met de Federalist Papers hebben we dus een commentaar in handen op de moeder van alle moderne constituties. Een commentaar bovendien, dat grotendeels is geschreven door twee van de meest vooraanstaande en begaafde deelnemers aan de Conventie in Philadelphia, die de Constitutie heeft opgesteld, Hamilton en Madison. Beter gekwalificeerde commentatoren op een grondwet zijn er nadien nimmer geweest.

De Federalist Papers vormen dus een commentaar op de Constitutie. Een grondwetscommentaar, zoals we die ook kennen uit de diverse Europese landen. Maar ze zijn geen gewoon grondwetscommentaar. Want waar men in het doorsnee commentaar vrijwel uitsluitend antwoord krijgt op de vraag *wat* grondwetsartikelen geacht worden te betekenen, gaan de Federalist Papers daarnaast ook uitgebreid in op de reden, op het *waarom* van die artikelen, terwijl de overige commentaren aan het waarom van de artikelen stilzwijgend voorbijgaan of het zeer oppervlakkig en zonder veel begrip behandelen.⁴

3 Montesquieu wordt vaak bestempeld als een Verlichtingsdenker. Dat is alleen mogelijk als men het belangrijkste weglaat. Zie noot 2.

4 Enkele voorbeelden. Nederland: P. Bovend'Eert e.a., *Grondwet, tekst en Commentaar*, Wolters Kluwer, 4e druk 2015; P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek, *De Grondwet*;