

PARLEMENTARIËRS ALS RECHTERS

Jerfi Uzman*

Net zoals rechtspraak soms op politiek terrein komt, vervullen politici weleens semi-rechterlijke functies. Maar de jongste impeachment van Donald Trump roept de vraag op of zij daar nog wel geschikt voor zijn.

BLIJF IN NEDERLAND! GA NIET OP REIS!

Na deze dringende oproep van de rijksoverheid doet het een tikkeltje vreemd aan om deze amuse te openen met toeristische trekpleisters. Maar toch, voor wie nog eens in Washington, D.C. komt: bezoek het Amerikaanse Hooggerechtshof. In de hal van dat gebouw staat een gedenksteen. Gouden letters op wit marmer nemen de bezoeker mee terug naar 1803, toen Chief Justice John Marshall het legendarische arrest *Marbury v. Madison* wees.¹ Ze herinneren de bezoeker eraan dat het de rechterlijke macht is, die recht spreekt: 'it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is'. Over dat zinnetje is veel geschreven, al was het maar omdat de rechter vandaag de dag geregeld in politiek vaarwater komt en dan is de angst voor de *gouvernement des juges*, waarover de Franse jurist Edouard Lambert ooit sprak, nooit ver weg.²

Minder aandacht is er voor het omgekeerde verschijnsel, namelijk dat parlementariërs zich op het werkkterrein van de rechter wagen. Toch gebeurt dat weleens. Het gouden zinnetje op de gedenksteen is dus niet het hele verhaal. Een nogal actueel voorbeeld betreft impeachment: de berechting van ambtsmisdrijven door het Amerikaanse Congres.³ Anders dan in Nederland, kan het Congres de president en zijn ministers niet dwingen om ontslag te nemen. Maar in het geval van ambtsmisdrijven kan het Congres de president en zijn entourage wel afzetten en hun benoembaarheid in de toekomst beperken. Dat is overigens niet een typisch Amerikaans verschijnsel. Impeachment kwam al voor in het veertiende-eeuwse Britse parlement, en hoewel het daar in Westminster in onbruik raakte, werd het in een reeks landen, van Brazilië tot Frankrijk, overgenomen.⁴

In de Verenigde Staten is het verschijnsel van impeachment neergelegd in artikel I van de federale grondwet. Wie de twee recente *impeachment trials* tegen (oud-)president Donald Trump heeft gevolgd, weet dat deze procedure twee delen kent: het initiatief ligt bij het Huis van Afgevaardigden. Dat moet de procedure in gang zetten door de ambtsdrager in staat van beschuldiging te stellen (de eigenlijke impeachment). Dat gaat bij gewone meerderheid. Vervolgens is het aan de Senaat om te berechten. Dat vergt een heuse rechtsgang waarbij het Huis van Afgevaardigden openbaar aanklagers ('House managers') naar de Senaat stuurt, advocaten komen opdraven en getuigen gehoord worden.⁵ Gaat het om de president, dan treedt de Chief Justice bij deze zittingen op als dagvoorzitter. Uiteindelijk is voor een veroordeling door de Senaat een tweederdemeerderheid vereist.

Dat de Senaat tijdens zo'n impeachment-procedure een rechtsprekende functie uitoefent, blijkt al uit het feit dat de senatoren bij aanvang van het proces 'impartial justice according to the Constitution and laws' moeten beloven.⁶ Die indruk wordt bevestigd door het feit dat de Senaat, net als de rechter, een lijdelijke rol heeft: men mag de grondslag van de tenlastelegging – de *articles of impeachment* die door het Huis zijn opgesteld – niet verlaten. Voor iets anders dan waarvan de president beschuldigd wordt, kan hij niet veroordeeld worden. Dit volgt uit strafrechtelijke beginselen die ook op impeachment van toepassing zijn.⁷ En ook de Amerikaanse grondwet zelf lijkt van *quasi*-rechtspraak uit te gaan.⁸ Dat is verklaarbaar. Toen de *Founding Fathers* de federale grondwet in 1787 ontwierpen, was het oorspronkelijk de bedoeling om ambtsdragers door het Hooggerechtshof te laten berechten, en hoewel

* Prof. mr. J. Uzman is hoogleraar Staatsrecht aan de Universiteit Utrecht.

- 1 U.S. Supreme Court 24 februari 1803, 5 U.S. (1 Cranch) 137.
- 2 E. Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Parijs: Giard 1921.
- 3 Daarover nog onlangs: E. Janse de Jonge, *Macht en tegenmacht in Amerika. De stand van de rechtsstaat en de democratie in de VS*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 152-162.
- 4 Vgl. art. 68 van de Franse grondwet; M. de Cazals, 'La Ve République face à l'instauration d'une destitution politique inédite du Président de la République', *Revue française de droit constitutionnel* 2007, afl. 3, p. 451-470.
- 5 Ch. Black & Ph. Bobbitt, *Impeachment – A Handbook*, New Haven: Yale University Press 2018, p. 10-11.
- 6 Procedure and Guidelines for Impeachment Trials, Senate Doc. No. 93-33, 99th Cong., 2d Sess. (1986), p. 61.
- 7 Black & Bobbitt 2018, p. 14.
- 8 Vgl. art. II en III, waarin van een 'trial' wordt gesproken.



dat later de Senaat werd, veranderde de aard van de procedure niet.⁹ De bedoeling is nog altijd dat die zo eerlijk en onpartijdig mogelijk is.

En daar zit hem de crux. Want de praktijk, zeker in het Amerika van vandaag, laat een ander beeld zien. Neem de laatste impeachment van oud-president Trump. Die ging niet over een staatsrechtelijke kleinigheid, maar over een president die na de verkiezingen van 3 november 2020, ondanks overweldigend bewijs van het tegendeel, stug bleef volhouden dat hij gewonnen had. Die van fraude bleef spreken, ook nadat zijn campagne alle 63 rechtszaken die waren aangespannen had verloren, die de voor de verkiezingsuitslag in Georgia verantwoordelijke minister onder druk zette om de uitslag in zijn voordeel aan te passen, en die de Senaat openlijk opriep om de uitslag terzijde te leggen. En die, toen dat allemaal niet lukte, als kers op de taart op die fatale 6 januari 2021, een podium beklom om een woedende menigte aanhangers voor te houden: 'If you don't fight like hell, you're not going to have a country anymore'.¹⁰ Wat er vervolgens gebeurde zagen we: de menigte drong het Congres binnen en zorgde voor pijnlijke televisiebeelden van vluchtende volksvertegenwoordigers, beveiligers met getrokken pistolen, politiemensen die ervan langs kregen. En vijf dodelijke slachtoffers.¹¹

Een *open and shut case* dus, die afzettingprocedure? Niet helemaal. Om te beginnen deden zich constitutionele complicaties voor. Een eerste complicatie betrof de vraag of de Senaat president Trump nog kon veroordelen, nu die voor het proces in de Senaat was afgelost door zijn opvolger Biden. Hij kón niet meer worden afgezet. Een tweede complicatie betrof de vraag of al die ontkenningen van de democratische realiteit niet vielen onder de uitingsvrijheid, die in de VS verder gaat dan in Europa.¹² Niet dat de meeste juristen erg onder de indruk waren.¹³ In een brief, ondertekend door 144 staatsrechtgeleerden, werd er op gewezen dat impeachment niet enkel om afzetting draait, maar ook om het beperken van de toekomstige benoembaarheid voor federale functies, en dat een president die 'straf' gemakkelijk kan ontlopen door kort voor een dreigende veroordeling door de Senaat af te treden.¹⁴ En wat betreft de uitingsvrijheid, wezen dezelfde constitutionalisten er (later) op dat de uitingsvrijheid geen betrekking heeft op impeachment, en dat die uitingsvrijheid bovendien niet zo ver gaat dat men oproer kan prediken.¹⁵ De Senaat werd dus tot grondwetsinterpretatie geroepen. Maar wie een rechterlijke weging van staatsrechtelijke argumenten verwachtte, kwam bedrogen uit. De senatoren stemden grotendeels langs partijlijnen. Dat was genoeg om het proces grondwettig te achten, maar niet voor een veroordeling. Gek is die partijpolitiek natuurlijk niet. Vooral als men bedenkt dat Republikeinse senatoren die voor veroordeling stemden op nare partijmaatregelen konden rekenen.¹⁶ Dat ligt voor rechters (gelukkig) anders.

Als het jongste impeachment-proces iets laat zien, dan is het wel dat impeachment in de praktijk toch meer om politiek dan om recht draait. De vraag is of dat erg is. De keuze om de berechting van ambtsdelicten bij een parlement en niet bij een rechter te leggen, hinkt op twee gedachten. Enerzijds het democratische principe dat inhoudt dat we via

onze volksvertegenwoordigers zelf bepalen wie onze regeerders zijn. En anderzijds dat impeachment in hoge mate een politieke inschatting vergt. Niet voor niets beschouwt het Supreme Court het als een politieke kwestie, waar de rechter van weg moet blijven.¹⁷ Maar tegelijkertijd is de ambitie duidelijk ook dat functionarissen een eerlijk proces krijgen bij een orgaan dat geacht wordt zich onafhankelijk en onpartijdig op te stellen.

Mag je dat eigenlijk wel van een parlement verwachten? Ja en nee. Een parlement herbergt eigenlijk drie rollen onder één dak: (i) het is een marktplaats waar ideeën, oplossingen en belangen over tafel gaan, (ii) een politieke arena waarin partijpolitieke tegenstellingen worden uitgevochten, en (iii) een instituut dat reageert op het werk van andere instituties (zoals de regering).¹⁸ Elk van die rollen vergt een andere mindset. Fungeert men als rechter, dan opereert de Senaat als instituut. Daarbij past de bereidheid om zich te laten overtuigen. Het probleem is echter dat met name de politieke arena de beide andere parlementaire rollen is gaan overheersen. Dat geldt misschien nog wel het meest voor de Verenigde Staten, waar de polarisatie tussen Republikeinen en Democraten de afgelopen decennia telkens nieuwe hoogten bereikte. Het helpt ook niet dat parlementen in toenemende mate gedomineerd worden door populistische politici. Tussen populisme en polarisatie bestaat een stevige band.¹⁹

Net zoals we ons bij rechters die op politiek terrein opereren terecht de vraag stellen of zij daar (altijd) voor geschikt zijn, moeten we ons ook afvragen of sommige zaken niet beter bij de rechter kunnen worden ondergebracht. Of dat we moeten accepteren dat sommige kwesties gewoon geen recht, maar machtspolitiek zijn

Al met al rijst de vraag of de keuze van de Amerikaanse grondwetgever om de Senaat met rechtsprekende functies te belasten, nog van deze tijd is. Net zoals we ons bij rechters die op politiek terrein opereren terecht de vraag stellen of zij daar (altijd) voor geschikt zijn, moeten we ons ook afvragen of sommige zaken niet beter bij de rechter kunnen worden ondergebracht. Of dat we moeten accepteren dat sommige kwesties gewoon geen recht, maar machtspolitiek zijn. Dat geldt voor impeachment, maar het geldt ook voor andere terreinen waarop parlementen rechterlijke functies vervullen. De toetsing van wetgeving aan hoger recht bijvoorbeeld, die in veel landen bij constitutionele rechters is ondergebracht. En zo brengt ons een verhaal dat begon in Washington D.C., toch weer thuis. Want impeachment kennen we dan niet in Nederland; constitutionele toetsing belegt onze Grondwet wél bij politici. Hoog tijd voor een constitutioneel hof, zeg ik. *But that's another story...*

9 Black & Bobbitt 2018, p. 11.

10 A. Blake, 'What Trump said before his supporters stormed the Capitol, annotated', *The Washington Post* 14 januari 2021.

11 Vgl. D. Barry, M. McIntire & M. Rosenberg, 'Our President Wants Us Here: The Mob That Stormed The Capitol', *The New York Times* 13 februari 2021.

12 Vgl. A.J. Nieuwenhuis, 'Freedom of Speech: USA vs Germany and Europe', *Netherlands Quarterly of Human Rights* (18) 2000, afl. 2, p. 195-214.

13 Zie M. Dorf, 'Trump's Impeachment Defense and the Problem of "Insider Political Violence"', *Weblog Dorf on Law* (www.dorfonlaw.org) 8 februari 2021 (met verdere verwijzingen).

14 Brief van 21 januari 2021, o.a. te vinden via www.politico.com/news/2021/01/21/legal-scholars-federalist-society-trump-convict-461089.

15 Onder verwijzing naar U.S. Supreme Court 8 juni 1969, 395 U.S. 444 (*Brandenburg v. Ohio*). Brief van 5 februari 2021, o.a. te vinden via www.nytimes.com/2021/02/05/us/politics/trump-impeachment-defense.html.

16 'Party leaders rip Republicans who voted to convict Trump', *Politico* 13 februari 2021.

17 U.S. Supreme Court 13 januari 1993, 506 U.S. 224 (*Walter Nixon v. United States*).

18 Vgl. (o.a.) J.Th.J. van den Berg, *De Eerste Kamer, of de zin van rivaliteit* (afscheidsrede UL), Leiden 2006, p. 7.

19 C. Mudde & R. Kaltwasser, 'Studying Populism in Comparative Perspective: Reflections on the Contemporary and Future Research Agenda', *Comparative Political Studies* (51) 2018, afl. 13, p. 1667-1693, op p. 1681.