

Commentaar

Na het referendum: waar gaan wij naartoe?

Thomas Mertens*

In zijn commentaar bij het eerste nummer van 2005 van dit tijdschrift stelde Klaas Rozemond een bijzonder relevante vraag aan de orde: 'Wie zijn wij?'.¹ Hij deed dat naar aanleiding van een in het oog springende reactie van Paul Scheffer op de moord op Van Gogh. Daarin pleitte Scheffer voor een 'nieuw wij'. Rozemond moet – net als ik trouwens – van een dergelijke oproep met een collectivistische strekking niet veel weten, maar vindt hem belangrijk genoeg om te bespreken omdat hij soortgelijke geluiden ook in strafrechtelijk Nederland meent te bespeuren. Hij verzet zich tegen overtrokken reacties. Zijn betoog mondt uit in een pleidooi voor het 'oude wij' van de juristen, waarbinnen met redelijkheid en gematigdheid wordt gereageerd op de uitdagingen die de nieuwe uitingen van terrorisme vormen voor de democratische rechtsstaat.

Men kan moeilijk van een redactionele bijdrage aan een uitstekend, maar relatief klein tijdschrift verwachten dat een dergelijk pleidooi voor een 'oud wij' ook gelijk zou worden nagevolgd. Dat het 'nieuwe wij' zich echter kort daarop zo uitdrukkelijk en zo luidruchtig zou manifesteren, had misschien toch wel niemand verwacht. Ik doel hier natuurlijk op de uitslag van het in ons land gehouden referendum over het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa. Zonder me te kunnen beroepen op uitvoerig empirisch onderzoek – volgens mij is er niet zo veel² – interpreteer ik die uitslag als een bevestiging van dat genoemde 'nieuwe wij'.³ Tot voor kort immers

* Hoogleraar rechtsfilosofie, Radboud Universiteit Nijmegen.

1 K. Rozemond, 'Wie zijn wij', R&R 2005/1, p. 3-7.

2 Ministerie van Buitenlandse Zaken, Kom naar de camping! Tijd voor een reality check, Den Haag 2005, <www.minbuza.nl>; K. Aarts & H. van der Kolk, Nederlanders en Europa: het referendum over de Europese Grondwet, Amsterdam 2005; A. Nijeboer, 'The Dutch Referendum', in: *European Constitutional Law Review*, 1 (2005), 393-405. Volgens Flash Eurobarometer 172 (06/2005) is 32% van de tegenstemmers bezorgd over verlies van (onze) soevereiniteit en over de hoge kosten (voor ons).

3 Ik doe dat samen met bijv. S. Couwenberg die spreekt over een 'defensief nationalistische gezindheid' en 'politieke introversie', NRC Handelsblad 7 juni 2005.

stond de Nederlandse bevolking over het algemeen positief ten opzichte van het project 'Europa'. Velen beschouwden zich naast Nederlander ook Europeaan en van een 'zero sum game' tussen beide was geen sprake. Dat die 'oude' houding niet meer vanzelfsprekend was, werd al wel duidelijk in de aanloop naar het referendum, maar zelfs zwartkijkers zullen niet hebben verwacht dat het aantal tegenstemmers zo groot zou zijn. Ongetwijfeld waren er onder die tegenstemmers velen die terechte bezwaren hadden tegen de deels ondoorzichtige wijze waarop de Europese 'Grondwet' was vormgegeven. Wat mij betreft wogen (en wegen) de voordelen van de 'Grondwet' veel zwaarder dan deze nadelen. Het ging – voor zover ik het kon overzien – om een aantal relatief eenvoudige zaken. Omdat het recht van de Europese Unie bestond uit een geheel van elkaar opvolgende verdragen (Rome, Maastricht, Amsterdam en Nice), kon bijna niemand daar meer wijs uit. De 'Grondwet' wilde daarin een duidelijke ordening aanbrengen en ik beschouw(de) dat als een belangrijke verbetering. Verder lijkt het inderdaad nodig te komen tot een herziening van de Europese instituties, omdat die ooit waren bedacht voor de Europese Economische Gemeenschap van zes lidstaten en nu niet meer goed kunnen functioneren voor de Europese Unie van 25 lidstaten. De beoogde versterking van de afstemming van het buitenlandse beleid door de Europese lidstaten leek mij een goede zaak, indachtig de crisis veroorzaakt door de oorlog tegen Irak. Voorts zou de 'Grondwet' het aantal gebieden waarop met meerderheden beslist zou kunnen worden duidelijk afbakenen, en beter dan in 'Nice' vastleggen hoe meerderheden moeten worden gewogen. Vanzelfsprekend is het niet eenvoudig om te bepalen hoe in een heterogeen samenstel van landen en (omvang van) bevolkingen meerderheden gewogen moeten worden. Voorts ging het om een versterking van de invloed van het Europees Parlement. In discussies over de 'Grondwet' met tegenstanders wijs ik er altijd op de betekenis van dat parlement sowieso al niet te onderschatten. Het Europees Parlement heeft al het nodige gewicht en doet in bepaalde opzichten zeker onder voor verschillende nationale parlementen (denk aan het Franse of het Italiaanse parlement). In de Nederlandse verhoudingen lijkt me de afwijzing door het parlement van een beoogde minister na afloop van lange, ondoorzichtige regeringsonderhandelingen ondenkbaar. Dat gebeurde wel met de beoogde commissaris Buttiglione. Dat de 'Grondwet' een uitvoerig en moeilijk leesbaar document is, pleit er niet noodzakelijk tegen. Europa begint met deze 'Grondwet' niet 'from scratch'. Soms wordt wel de Amerikaanse Grondwet als een goed tegenvoorbeeld van een korte en transparante tekst gepresenteerd,⁴ maar dan wordt voor het gemak vergeten dat in de discussie over de vraag of die

4 Zo ook: J.H.H. Weiler, *Een Christelijk Europa* (vert. en ingeleid L. Besselink & Th. Mertens), Deventer 2004, 73.

Grondwet geratificeerd moest worden, de tegenstanders ook dat document presenteerden als een duister document dat duidelijk de sporen droeg van een onhelder compromis.⁵ Ten slotte is het in dat kader opmerkelijk dat die Amerikaanse Grondwet destijds (mede) tot stand kwam uit onvrede met 'taxation without representation', terwijl in Europa het omgekeerde zou blijven gelden, 'representation without taxation'. De 'Grondwet' verbiedt immers rechtstreekse belastingen.

In de Nederlandse discussie ging het echter niet alleen en niet hoofdzakelijk om deze 'technische' zaken. De tegenstanders deden het voorkomen alsof onze identiteit ('wie zijn wij?') en de toekomst, ja zelfs het behoud van Nederland op het spel zou staan: 'Nederland moest blijven!' Zo hoorde ik regelmatig zeggen dat 'wij' onze zaken eerst maar eens zelf op orde moesten brengen alvorens ons 'over te leveren' aan 'Europa'. Niet 'wij, Europeanen',⁶ maar 'wij, Nederlanders'. Het instemmen met een verdere verdieping en intensivering van Europa was en is zeker geen vanzelfsprekendheid, alle rationele voordelen van het verdrag ten spijt.

Er zijn ongetwijfeld positieve dingen te melden over de gang van zaken. Het oude gevoel van instemming met Europa door wat ik maar het 'oude wij' noem, was niet erg beredeneerd of expliciet. Naar aanleiding van het referendum is er voor het eerst binnen Nederland op grote schaal over Europa gediscussieerd. Door dat publieke debat is – in ieder geval op dat moment en ten aanzien van het project 'Europa' – de kloof tussen de gewone burgers en de politiek verkleind. Natuurlijk dient zich ook een groot aantal vragen aan. Was deze zaak wel een referendum waardig, gezien de complexiteit van de materie en gezien de kritische houding die in het verleden in Nederland bestond en waarschijnlijk nog steeds bestaat ten aanzien van vormen van directe democratie?⁷ Hoe kan de kloof worden verklaard tussen de overgrote meerderheid van regering en parlement die zeker voor de aanvaarding van het verdrag zou hebben gestemd (en die als onze afgevaardigden een dergelijke instemming beslist niet zagen als middel tot het afschaffen van Nederland), en een bijna even grote meerderheid van de deelnemers aan het referendum? Was de reactie van dat politieke establishment op de afwijzing wel adequaat? Maar vooral ook: wat is er hier eigenlijk gebeurd? Hoe gaan 'wij' van hieruit verder (de ijlings aangekondigde Brede Maatschappelijke Discussie werd weer snel afgekondigd; wat dat betreft doet 'Europa' het beter met zijn plan-D)? Het is immers een illusie te menen dat de 'Grondwet'

5 De *Federalist Papers* waren (en zijn nog) zo belangrijk omdat daarin die 'Grondwet' als een coherent geheel werd voorgesteld.

6 Zie: G. Berns, *Wij, Europeanen. Ethiek, politiek en globalisering*, Budel 2005.

7 Denk aan 'de nacht van Wiegel' waarin de gekozen burgemeester sneuvelde. Zie het fraaie artikel van H. Lindahl & B. van Roermund, *Wiegel huldigt een vals principe*, NRC Handelsblad 22 mei 1999.

dood zou zijn. Sommige landen hebben dat ratificatieproces weliswaar stilgelegd, maar andere niet. En de institutionele problemen waarvoor de 'Grondwet' een oplossing wilde bieden, zijn niet verdwenen. En de geluiden om de 'Grondwet' terug op de Europese agenda te zetten (al dan niet in afgeslankte vorm) worden steeds luider.

Zoals gezegd is de vraag waar die afwijzing vandaan komt, niet gemakkelijk te beantwoorden. Maar deze afwijzing is evenmin uit de (Nederlandse) lucht komen vallen. Dat blijkt niet alleen uit het veranderde maatschappelijke klimaat in Nederland na de politieke moorden op Fortuyn en Van Gogh. Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit een korte terugblik op het ratificatieproces ten aanzien van het Verdrag van Maastricht dat niet bepaald soepel verliep. Aangezien toentertijd in Nederland de vraag over ratificatie niet per referendum aan de bevolking werd voorgelegd, was er hier niets aan de hand. Maar dat was niet zo in de ons omringende landen. Zo werden in Frankrijk en Denemarken referenda gehouden en die verliepen niet soepel. In Frankrijk werd 'Maastricht' slechts op grond van een kleine meerderheid aanvaard en Denemarken stemde pas in tweede instantie in. Over de koele ontvangst van Maastricht door de Europese bevolking schreef Weiler indertijd het fraaie artikel 'Fin-de-siècle Europe: do the new clothes have an emperor?'.⁸ Dat artikel heeft zijn actualiteit niet verloren, want men kan mijns inziens de stemming van het postreferendumtijdperk goed vergelijken met die van het post-Maastrichttijdperk en beide stemmingen beschouwen als het gevolg van de teloorgang van de constituerende idealen van de Europese integratie. Volgens deze lezing hebben de idealen van vrede en welvaart hun wervende kracht en hun ethische appèl verloren aangezien in Europa 'vrede' vanzelfsprekend is geworden en 'welvaart' niet alleen tot consumentisme heeft geleid, maar ook tot een defensieve, protectionistische houding. Ook het derde ideaal, dat van het 'supranationale', zou bedreigd zijn. Dat ideaal was er namelijk op gericht een politieke 'gemeenschap' van Europese volkeren tot stand te brengen met elkaar overlappende, maar ook met elkaar uitsluitende soevereiniteiten. Binnen een dergelijke constitutioneel-tolerante, multidimensionale en postsoevereine orde zou de sterke nadruk op de 'statelijke' aspecten van nationaliteit en identiteit kunnen verdwijnen. Daarmee zou een antwoord gegeven worden op de 'bittere ervaringen' van de Europese geschiedenis. Met het Verdrag van Maastricht, zo stelde Weiler indertijd, dreigt dat ideaal van het supranationale, van een 'gemeenschap' van verschillende volkeren verloren te gaan ten gunste van een Europese 'Unie' die steeds meer gaat lijken op een gewone staat.

In het licht van deze ontwikkelingen is het niet verwonderlijk dat nu, maar ook al toen, de vraag gesteld wordt naar de legitimatie van een dergelijke

8 Te vinden in: J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, p. 238-263.

Europese staat in wording. En dat moet dan volgens velen de vraag zijn naar het Europese volk waarvan die staat zou moeten uitgaan. Het zogenoemde vraagstuk van het democratische tekort wijst dan ook niet zozeer op de 'gewone' kloof tussen de (nationale) burgers en hun politici, maar vooral op het mogelijk ontbreken van een Europees volk. Ook al beschikt 'Europa' over prachtige constitutionele kleren, in de vorm van de verdragen, van het institutionele raamwerk, en van de doctrine van de 'directe werking' of van de 'voorrang',⁹ dáármee is nog niet gezegd dat onder die kleren ook een keizer te vinden is.¹⁰ In Duitsland is naar aanleiding van 'Maastricht' over de aard van Europa uitvoerig gesproken, niet zozeer in het kader van een referendum, want dat vond er niet plaats, of in het kader van het parlementaire debat, maar in het kader van een rechtszaak die door Brunner en anderen voor het Bundesverfassungsgericht was aangespannen.¹¹ Zij meenden door het in werking treden van dat verdrag in hun democratische rechten geschonden te worden, omdat op grond van dat verdrag op Europees niveau bevoegdheden zouden worden uitgeoefend die zich zouden onttrekken aan controle door de (Duitse) democratische wetgever. De uitslag van die rechtszaak is genoegzaam bekend en besproken. Het Bundesverfassungsgericht oordeelde dat het verdrag niet in strijd was met de Duitse Grondwet, maar plaatste wel serieuze kanttekeningen bij Europa, zodat 'Brunner' tot op zekere hoogte gelijk kreeg. De hoogste Duitse rechters maakten in dat arrest duidelijk hoe de Europese Unie moest worden begrepen, namelijk als een gewoon volkenrechtelijk geheel – en dus niet als een 'sui generis', laat staan als een staat¹² – dat niet over meer bevoegdheden zou beschikken dan aan dat geheel overgedragen door de eraan participerende lidstaten. De legitimiteit van 'Europa' zou enkel afkomstig kunnen zijn van de instemming van

- 9 Over de vraag of die 'voorrang' deel uitmaakt van de constitutionele kleren, ging de ruzie tussen de referendumcommissie en staatssecretaris Nicolai naar aanleiding van de (conform haar opdracht) 'objectieve' samenvatting van de commissie van april 2005, waarin gesteld werd dat met dit verdrag het recht van de EU boven dat van de lidstaten gaat. Nicolai betwistte dat, omdat het hier zijns inziens niet om een juridisch novum ging. In haar eindverslag geeft de commissie de volgende uitleg voor haar stelling. Zij acht die voorrangsbepaling in het Verdrag een 'wijziging van betekenis', ondanks het feit – zoals de Commissie zelf schrijft – dat het hier zowel volgens de bij het verdrag opgenomen verklaring als volgens de Intergouvernementele Conferentie zelf enkel gaat om een codificatie, resp. een afspiegeling van het bestaande recht, te weten de rechtsspraak van het Hof van Justitie. Zie *Verslag van de werkzaamheden van de referendum-commissie*, september 2005, 27. Nicolai hangt met andere woorden een meer 'originalistische' lectuur aan dan de commissie.
- 10 Een variant op dit thema vindt men bij J.A. Hoekstra, De 'Grondwet' voorbij, in: *NJB* 39 (2005), 2037, volgens dewelke de keizer door dit verdrag nieuwe kleren krijgt terwijl men het doet voorkomen alsof het om oude kleren gaat.
- 11 Een soortgelijke rechtszaak vond in Denemarken plaats met een soortgelijke uitkomst, zie: C.A.J.M. Kortmann, Denemarken in de Europese Unie, *AA* 48 (1999), p. 121-125.
- 12 'BVerfGE 89, 155: 'Der Vertrag begründet einen europäischen Staatenverbund, (...), nicht eine Zugehörigkeit zu einem europäischen Staat.'

de deelstaten, omdat enkel daar door middel van de nationale parlementen (en eventueel door referenda) democratische legitimatie wordt gegeneerd. Daarom is de mogelijkheid om de opgaven en taken van 'Europa' uit te breiden zonder de uitdrukkelijke instemming van die volkeren, uiterst beperkt. Ieder van die staatsvolkeren is uitgangspunt van een staatsmacht die op zichzelf betrokken is en de uitdrukking vormt van wat een volk in relatieve homogeniteit geestelijk, sociaal en politiek verbindt.

Over het oordeel van het Bundesverfassungsgericht dat de Europese constitutionele kleren geen keizer hebben en dus misschien ook wel niet constitutioneel mogen heten, is verschillend geoordeeld¹³ en die beoordelingen laten zich relatief gemakkelijk vertalen in de huidige terminologie van de 'Grondwet'. Sommigen wijzen dan net als het Bundesverfassungsgericht op het noodzakelijk problematische karakter van een eventuele Europese 'Grondwet', omdat aan een geschreven of ongeschreven grondwet als juridisch 'document' de eenheid van een volk noodzakelijk voorafgaat. Zolang er geen Europees 'wij' bestaat, is noch grondwet noch democratie mogelijk en een 'Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa' zou dus conceptueel hybride zijn. Er zijn maar twee mogelijkheden, te weten een federale staat van Europa waarin er geen nationale staten meer zijn, of een confederatie waarbinnen de nationale lidstaten de meesters van Europa zijn en blijven. En iets soortgelijks gaat ook op voor burgers: wij zijn ofwel Nederlander ofwel Europeaan, maar niet beide, en 'tertium non datur'.

Anderen kijken kritisch naar de opvatting die uit dat arrest zou spreken, en betreuren de trend die door het Bundesverfassungsgericht is gezet en waarbinnen alleen maar wordt teruggekeken naar de natiestaat als de natuurlijke 'habitat' van de democratie. Waarom zou op grond van het historische feit dat de democratie zich binnen de omgeving van de natiestaat heeft ontwikkeld, besloten moeten worden tot een begrippelijke noodzakelijkheid?¹⁴ Waarom zou de democratie niet mogelijk zijn in een postnationale constellatie, juist nu de idee van een nationale zelfbeschikking ('wij moeten eerst zelf maar de eigen zaken op orde brengen') door de krachten van economische globalisering tot een illusie geworden is?¹⁵ Die vraag is des te meer urgent aangezien 'Europa' van oudsher een beroep deed op een gemeenschappelijke traditie die de nationale staten transcendeert. Dat was al zo bij het Verdrag van Rome, maar dat is nog uitdrukkelijker het geval bij het con-

13 Ik ben natuurlijk beïnvloed door: J.H.H. Weiler, 'Demos, Telos, Ethos and the Maastricht Decision', in: P. Gowan & P. Anderson (eds.), *The Question of Europe*, Londen/New York 1997, p. 265-294.

14 Zo: J. Habermas, 'Staatsbürgerschaft und nationale Identität', in: J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992, p. 632-660. J. Habermas, 'Braucht Europa eine Verfassung?', in: J. Habermas, *Zeit der Übergänge*, Frankfurt 2001, p. 104-129.

15 Zo bijv.: J. Habermas, 'Europa ist uns über die Köpfe hinweggerollt', in: *Süddeutsche Zeitung* 6 juni 2005.

stitutionele verdrag dat zich – in de preambule – expliciet beroept op een ‘ouder wij’ dat geïnspireerd door de culturele, religieuze en humanistische traditie van Europa de universele waarden van de rechten van de mens en van vrijheid, democratie, gelijkheid en rechtsstaat heeft voortgebracht. Waarom zou dat ‘oudere wij’ waarbinnen voor iedereen – volgens diezelfde preambule – ruimte is om trots te zijn op zijn nationale identiteit, verdrongen moeten worden door een ‘nieuw wij’ waarin die trots uitmondt in sceptis bij de gemeenschappelijke Europese lotsbestemming? Waarom zouden we noodzakelijk in een excluderende logica moeten denken en niet in een ‘logica van inkluderende opposities’, waarin nationaaljuridische en politieke culturen blijven bestaan en zich tegelijk vermengen in een gemeenschappelijke Europese juridische cultuur?¹⁶

In het licht van deze terugblik is de uitslag van het Nederlandse referendum een uiting van de desillusie die velen ervaren bij het proces van de Europese eenwording als een proces van economische, culturele en constitutionele tolerantie. De vrede die door Europa gebracht is, is inderdaad zo vanzelfsprekend geworden dat elke verwijzing naar het vraagstuk van de oorlog als een reden om met de ‘Grondwet’ in te stemmen als een lachertje werd ervaren, en niet als een herinnering aan de meest extreme vorm van intolerantie die zo kenmerkend is voor de ‘donkere nalatenschap van Europa’. Voorts hadden velen de indruk dat de welvaart het best beschermd kan worden door economisch eigenbelang en dus door tegen het Verdrag te stemmen zonder zich te realiseren dat ‘Europa’ zonder een ‘Grondwet’ in essentie niets meer zal zijn dan een opgetuigde douane-unie die geregeerd zal worden door de wetten van de markt. En wat het ideaal van het supranationale betreft? Dat werd en wordt door velen nauwelijks meer als een ideaal ervaren, omdat het slechts op het Europese, supranationale niveau articuleert hetgeen al op nationaal niveau een desillusie blijkt te zijn. De idee van een tolerante, multiculturele samenleving is, naar de opvatting van de genoemde Scheffer, uitgelopen op een ‘multicultureel drama’. Zo blijken, en dat is geen geruststellende gedachte, de constituerende beginselen van de Europese eenwording van vrede, welvaart en het supranationale, niet alleen nauw met elkaar samen te hangen, maar ook inderdaad hun appellerende karakter verloren te hebben. Op het moment dat de gedachte postvat dat vrede vanzelfsprekend is en welvaart alleen bewaard kan blijven door zich naar binnen te keren, ontbreekt ook elke motivatie om het supranationale of het multiculturele als een ideaal van een fatsoenlijke samenleving te beschouwen. Dan vormt ‘de angst voor een verre vreemde buitenwereld’¹⁷, of die zich nu manifesteert door middel van de dreigingen van internationaal terrorisme of

16 U. Beck, *The Cosmopolitan Vision*, Cambridge 2006, p. 172.

17 Staatssecretaris Nicolai in een interview met Trouw 29 december 2005.

door middel van een Europese anonieme bureaucratie, eerder een reden om zich terug te trekken in een 'nieuw – excluderend, homogeen – wij' dan zich in te zetten voor de idealen van een 'oud – inkluderend, heterogeen – wij'. Het is dan niet verwonderlijk dat Rozemonds pleidooi voor een redelijke en gematigde reactie op moderne uitdagingen niet veel weerklink heeft gevonden. Op de dag na het referendum vatte een Italiaanse krant de redenen van het Nederlandse 'neen' als volgt samen: 'egoismo e paura'. Het zal heel wat moed en inbeeldingsvermogen vergen om die krachten te overwinnen ten gunste van een hernieuwd Europees constitutioneel patriotisme.