



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Informal constitutional change: constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective

Passchier, R.; Passchier R.

Citation

Passchier, R. (2017, November 9). *Informal constitutional change: constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective*. The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/57133>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/57133>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/57133> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Passchier, Reijer

Title: Informal constitutional change : constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective

Date: 2017-11-09

Samenvatting

(Summary in Dutch)

INFORMELE CONSTITUTIONELE VERANDERING

Grondwettelijke veranderingen zonder grondwettelijke herziening in vergelijkend perspectief

INTRODUCTIE

Tegenwoordig heeft bijna elk land ter wereld een grondwet. Een grondwet is een centrale wet waarin belangrijke constitutionele normen, dat wil zeggen normen met betrekking tot het overheidsbestuur zijn opgenomen. Iedere grondwet bevat een speciale herzieningsprocedure. Deze procedures maken het meestal relatief moeilijk om grondwettelijke normen te veranderen, maar niet onmogelijk. Het idee hierachter is dat grondwetten het evenwicht moeten vinden tussen stabiliteit en flexibiliteit. Zij moeten enerzijds constitutionele normen beschermen tegen de waan van de dag. Anderzijds moeten zij het mogelijk maken voor constitutionele actoren om deze normen op ordelijke en legitieme wijze aan te passen aan veranderende eisen en omstandigheden.

Vanwege hun belangrijke functie worden grondwettelijke herzieningsprocedures vaak gezien als een essentieel element van een rechtsstatelijk democratisch systeem. Volgens sommige constitutionalisten is grondwettelijke herziening zelfs de enige wijze waarop een grondwet kan en mag veranderen. Recent vergelijkend onderzoek wijst echter uit dat in veel constitutionele democratieën grondwettelijke herziening niet de enige manier is waarop grondwettelijke normen veranderen, en in sommige gevallen zelfs niet de belangrijkste. Het lijkt erop dat veranderingen in grondwettelijke normen veel vaker dan gedacht geëffectueerd worden door alternatieve, informele processen. Deze processen kunnen zowel van juridische aard zijn, bijvoorbeeld 'gewone' wetgevingsprocedures en rechterlijke procedures, als van niet juridische aard, zoals veranderingen in politieke praktijken.

Als de betekenis van grondwettelijke normen verandert zonder dat de tekst van de grondwet waarin deze normen zijn opgenomen formeel wordt herzien, dan spreekt de rechtsvergelijkende literatuur vaak van 'informele constitutionele verandering'.

Het fenomeen van informele constitutionele verandering roept een aantal belangrijke vragen op die centraal staan in het proefschrift zelf. Hoe moeten

wij verandering van constitutionele normen die plaatsvinden zonder grondwettelijke herziening begrijpen? Hoe kunnen wij zulke veranderingen, bij afwezigheid van sporen in de tekst van de grondwet, identificeren? Wat verklaart waarom in constitutionele democratieën die leven onder een centrale constitutionele tekst – een grondwet – constitutionele veranderingen soms plaatsvinden buiten de eisen van de formele herzieningsregels die deze tekst bevat om? Kunnen informele processen van constitutionele verandering de functies van grondwettelijke herzieningsprocedures vervangen? En zo ja, in hoeverre en onder welke voorwaarden?

EEN HISTORISCH-INSTITUTIONEEL PERSPECTIEF

Veel onderzoekers van constitutionele ontwikkelingen passen een ‘juridisch-positivistisch’ of een ‘common-law’ perspectief toe. Onderzoekers die een juridisch-positivistisch perspectief toepassen kijken bij het in kaart brengen van constitutionele verandering naar gezaghebbende juridische bronnen die de intentie of het ‘plan’ van constitutionele actoren uitdrukken. Onderzoekers die een common-law perspectief gebruiken kijken met name naar de evolutie van daadwerkelijke constitutionele opvattingen en praktijken. Beide perspectieven zijn echter ontoereikend om het fenomeen van informele constitutionele verandering goed te begrijpen. Onderzoeker die het juridisch-positivistische perspectief toepassen geven met hun focus op formele grondwettelijke herzieningen en rechterlijke (her)interpretaties vaak een veel te formele beschrijving van constitutionele ontwikkeling. Zij missen ontwikkelingen die buiten deze bronnen plaatsvinden. Onderzoekers met een common-law benadering richten zich vooral op daadwerkelijke constitutionele opvattingen en praktijken. Zij hebben daardoor, op hun beurt, weer onvoldoende oog voor het potentiële gewicht van grondwettelijke normen.

Door een ‘historisch-institutioneel’ perspectief te gebruiken kan men beter begrijpen hoe constitutionele ontwikkelingen plaatsvinden dan door het gebruik van een juridisch-positivistisch of common-law perspectief. De historisch-institutionele benadering neemt als uitgangspunt dat, in het generen van betekenis, een grondwettelijke bepaling en de institutionele context waarin deze bepaling werkzaam is uiteindelijk onderling verbonden zijn. Onderzoekers die voor deze benadering kiezen gaan er van uit dat een grondwet van een land en de structurele praktijken en opvattingen van de constitutionele actoren die in dat land leven één systeem vormen dat is samengesteld uit een dynamische interactie tussen het ‘zou moeten’ van normatieve voorschriften van formele grondwettelijke regels en het ‘zijn’ van feitelijke institutionele opvattingen en praktijken. Wij kunnen dit systeem een ‘constitutionele orde’ noemen.

Het historisch-institutionele perspectief stelt ons enerzijds in staat om te erkennen dat grondwettelijke bepalingen best eens een zekere mate van autonoom gezag kunnen hebben en van betekenis kunnen zijn voor sociologische,

politieke en juridische ontwikkelingen. Anderzijds stelt dit perspectief ons in staat om te waarderen dat verandering van institutionele opvattingen en praktijken implicaties kan hebben voor de manier waarop grondwettelijke bepalingen moeten worden beschreven en uitgelegd, ongeacht de vorm waarin zulke veranderingen plaatsvinden.

De keuze voor de historisch-institutionele benaderingswijze van constitutionele veranderingen roept de (methodologische) vraag op: hoe kunnen wij zulke veranderingen herkennen en onderscheiden van niet-constitutionele ontwikkelingen? Dit proefschrift stelt voor om dit te doen door te kijken naar:

- 1 de historische ontwikkeling van constitutionele interpretaties van leidende constitutionele actoren en
- 2 het ontstaan van constitutionele conventies in relatie tot de oorspronkelijke betekenis van grondwettelijke bepalingen. Informele constitutionele verandering doet zich vervolgens voor als institutionele opvattingen en praktijken
 - a. grondwettelijke onderwerpen betreffen,
 - b. van oorspronkelijke grondwettelijke normen afwijken,
 - c. deze afwijking een blijvend, structureel karakter heeft en
 - d. de geldigheid van deze afwijking impliciet of expliciet wordt geaccepteerd door leidende constitutionele actoren.

CASE STUDIES

Interessante en vergelijkbare informele constitutionele ontwikkelingen doen zich voor in Japan, de Verenigde Staten en Duitsland.¹

In Japan hebben beleidsontwikkelingen op defensiegebied de betekenis van het pacifisme beginsel van de Japanse grondwet significant veranderd zonder dat de grondwet formeel werd herzien.² Artikel 9 van de Japanse grondwet verbiedt het Japan om een gewapende lucht-, land- of zeemacht te onderhouden. Vandaag de dag staat deze bepaling Japan echter niet in de weg om de vijfde krijgsmacht ter wereld aan te houden en deze in te zetten voor internationale militaire operaties. De case studie wijst uit dat de benodigde constitutionele veranderingen om de ontwikkeling van dit defensiebeleid

1 Om redenen van vergelijkbaarheid bevat dit proefschrift geen Nederlandse case studie. Wie toch meer wilt weten over constitutionele ontwikkeling in Nederland kan dit artikel raadplegen: Reijer Passchier, 'Formal and Informal Constitutional Change in the Netherlands', in: Ferrari, Passchier and Voermans (eds.), *The Dutch Constitution beyond 200: tradition and innovation in a Multilevel Legal Order* (The Hague: Eleven International Publishers, 2018 Forthcoming) beschikbaar op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2975751>.

2 Zie voor een verkorte versie van deze case studie in het Nederlands: Reijer Passchier, 'De ontwikkeling van het Japanse pacifisme en defensiebeleid als informele constitutionele verandering', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2017(3) beschikbaar op SSRN <https://ssrn.com/abstract=2998587>.

mogelijk te maken met name werden doorgevoerd door middel van ‘gewone’ wetten en regeringsbesluiten. Ook speelden veranderende praktijken en verdragsrecht een rol.

Wij kunnen op ten minste zes factoren wijzen die verklaren waarom Japan, ondanks significante constitutionele ontwikkelingen, Artikel 9 nooit formeel heeft herzien: (1) de moeilijkheid van grondwettelijke herziening; (2) de mate van polarisatie in het pacifisme- en defensiedebat; (3) het uitblijven van rechterlijke uitspraken die de constitutionele wetgever dwingen om zich uit te spreken; (4) de rol van het Japanse *Cabinet Legislation Bureau*, een gezaghebbende constitutionele interpretator die defensiehervormingen faciliteert; (5) de verwerping van ‘Amerikaans’ constitutionalisme, d.w.z. constitutionalisme dat de geschreven grondwet centraal stelt; en (6) de verwerping, althans door sommigen, van de Japanse grondwet die als door de naoorlogse bezettingsmacht ‘opgelegd’ ervaren wordt.

In het geval van de Japanse pacifisme en defensiecasus hebben alternatieve processen van constitutionele verandering, zoals gewone wetten en veranderende praktijken, de herzieningsprocedure van de Japanse Grondwet slechts deels kunnen vervangen. Deze processen hebben niet de hoeveelheid steun voor constitutionele verandering gegenereerd die doorgaans geassocieerd wordt met formele grondwettelijke herzieningen. Bovendien lijken alternatieve processen niet zo effectief te zijn geweest als formele grondwettelijke herzieningen naar verwachting geweest zouden zijn in het doorvoeren van constitutionele hervormingen. De spanning die bestaat tussen de tekst van de grondwet en de institutionele praktijk zorgt er bovendien voor dat de effectiviteit van het Japanse defensiebeleid onder druk staat: constitutioneel pacifisme en defensieambities zijn in de praktijk niet altijd eenvoudig te combineren.

In de VS hebben ontwikkelingen die zich voordeden buiten de formele herzieningsprocedure van de Amerikaanse grondwet ervoor gezorgd dat de President, als Commander in Chief, tijdens de Koude Oorlog en de Oorlog tegen Terreur brede unilaterale en exclusieve bevoegdheden verkreeg om de Amerikaanse krijgsmacht in te zetten.³ Deze verandering deed zich voor deels ten koste van de bevoegdheden die de Amerikaanse grondwet tot aan de Tweede Wereldoorlog aan het Congres toebedeelde. Oorspronkelijk reguleerde het Congres het gebruik van de bevoegdheden die de President als Commander in Chief heeft. Daarnaast kon de President, als gevolg van de oorlogsverklaringsclausule van de Amerikaanse grondwet, geen oorlog beginnen zonder expliciete toestemming van het Congres. Vandaag de dag echter is de President *de facto* nog nauwelijks gebonden aan deze *checks and balances*. Anno 2017 kan de President, als Commander in Chief, feitelijk zelfstandig beslissen over de inzet van conventionele wapens, nucleaire wapens en inlichtingendiensten.

3 Zie voor een verkorte, Nederlandstalige versie van deze case studie: Reijer Passchier, ‘Als Commander in Chief kan President Trump straks bijna alles’, *NJB* 2017(1) beschikbaar op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2973763>.

Deze case studie wijst uit dat de processen die de ontwikkeling naar een machtiger presidentschap op het gebied van constitutionele *war powers* hebben geëffectueerd vooral de vorm aannamen van claims op deze bevoegdheden van presidenten zelf, de vorming van precedentes en, met name na 11 September, ook van gewone wetgeving.

Op zijn minst vier factoren verklaren waarom veranderingen in de verdeling van constitutionele oorlogsbevoegdheden nooit de vorm kregen van formele grondwettelijke amendementen: (1) de zeer zware amendementprocedure van de Amerikaanse grondwet en de culturele weerstand die in de Amerikaanse politiek en samenleving bestaat tegen amenderen van de grondwet in het algemeen; (2) de politieke en maatschappelijke controverse rondom de *war powers* kwestie; (3) het feit dat amenderen van de oorlogsclausules van de Amerikaanse grondwet door velen als onnodig wordt ervaren omdat zij niet erkennen dat er veranderingen hebben plaatsgevonden; en (4) de terughoudendheid die de Amerikaanse rechterlijke macht in acht neemt bij het oordelen over het gebruik van de *war powers* door de Amerikaanse President.

De informele processen van constitutionele verandering die zich hebben voorgedaan in de sfeer van de Amerikaanse nationale veiligheid zijn enerzijds effectief geweest als het gaat om het effectueren van blijvende constitutionele veranderingen. Anderzijds hebben deze processen nooit de hoeveelheid steun voor verandering weten te genereren die het succesvol doorlopen van de formele amendement procedure van de Amerikaanse grondwet vermoedelijk wel zou hebben opgeleverd.

In Duitsland heeft de evolutie van de Europese integratie belangrijke informele constitutionele verandering geëffectueerd. Voorbeelden hiervan zijn veranderingen op het gebied van de relatie tussen nationaal en Europees recht, de bevoegdheden van individuele publieke organen, het beginsel van federalisme en de inhoud van mensenrechtenbepalingen. In al deze gebieden hebben zich belangrijke veranderingen voorgedaan, zonder dat voorafgaand aan deze veranderingen de tekst van de Duitse grondwet is aangepast via de formele herzieningsprocedure die deze grondwet bevat.

Het feit dat de Europeanisering van de Duitse grondwet zich voor een groot deel in informele vorm heeft voorgedaan kan worden verklaard door te wijzen op het bestaan van een doctrine in het Duitse staatsrecht die voorschrijft dat de Duitse grondwet 'doorgebroken' mag worden door de ontwikkeling van de Europese Unie. Normaal gesproken hecht het Duitse constitutionalisme aan het volgen van de formele herzieningsprocedure van Artikel 79(1) van de Duitse grondwet voor constitutionele veranderingen. Maar de doctrine van 'Europavriendelijkheid' of 'internationale openheid' bepaalt dat, onder voorwaarden, uitzonderingen bestaan voor veranderingen die plaatsvinden als gevolg van de voortschrijdende Europese integratie. In het licht van deze doctrine zijn formele grondwettelijke herzieningen op het gebied van Europeanisering juridisch gezien onnodig. En als gevolg daarvan is het vaak overbodig geacht om de tekst van de Duitse grondwet (volledig) aan te passen

aan de nieuwe, geëuropeïseerde institutionele realiteit. Dat veel constitutionele veranderingen die zijn geëffectueerd door ontwikkelingen in het recht van de Europese Unie geen onderwerp zijn geweest van formele grondwettelijke herziening kan verder verklaard worden door erop te wijzen dat een deel van deze veranderingen onderwerpen betreft die vallen onder het bereik van de eeuwigheidsclausules die deze grondwet bevat. Deze clausules (Artikelen 1, 20 en 79(3) van de Duitse Grondwet) maken bepaalde tekstuele constitutionele verandering op het gebied van bijvoorbeeld mensenrechten en federalisme formeel onmogelijk.

Voor zover informele constitutionele veranderingen als gevolg van Europese integratie zijn gedekt door ratificatiewetten, hebben zij een hoeveelheid steun voor Europeïsering gegenereerd die het equivalent lijkt te zijn van de hoeveelheid steun die formele grondwettelijke herzieningen hadden kunnen opleveren. Voor zover informele constitutionele veranderingen buiten de reikwijdte van ratificatiewetten vallen – en dus eigenlijk zijn geëffectueerd door informele constitutionele veranderingen in het Europees constitutioneel recht – zijn deze controversieel en hebben informele mechanismen de formele herzieningsprocedure van de Duitse grondwet niet geheel functioneel gesubstitueerd.

VERGELIJKENDE OBSERVATIES

Op basis van de hierboven besproken case studies kunnen enkele vergelijkende waarnemingen worden gedaan. Het doel hiervan is om een aantal opvallende overeenkomsten en verschillen tussen de studies aan te wijzen, en vervolgens om ideeën aan te dragen die deze overeenkomsten en verschillen zouden kunnen verklaren. Op basis van deze ideeën kunnen wij dan weer enkele meer algemene, concluderende hypothesen over informele constitutionele ontwikkeling in constitutionele democratieën formuleren.

In alle drie de cases studies, herinterpreteren verschillende constitutionele actoren grondwettelijke normen. Dat wil niet zeggen dat alle interpretaties even belangrijk en gewichtig zijn, maar wel dat interpretaties van buiten de rechterlijke macht significante constitutionele consequenties kunnen hebben. In alle drie de landen speelt het ontstaan van constitutionele conventies een belangrijke rol bij constitutionele ontwikkeling. In de Japanse en Amerikaanse case studies zijn de praktijken die aan deze conventies ten grondslag liggen geleidelijk geaccepteerd. In de Duitse case studie zijn deze direct geaccepteerd als uitvloeisel van de doctrine van Europavriendelijkheid. Voorts wordt opgemerkt dat informele constitutionele veranderingen zich zowel 'stil' voordoen, met name in Amerika, als 'expliciet'. 'Stil' betekent hier dat constitutionele actoren – bewust of anderszins – niet expliciet erkennen, of zelfs ontkennen, dat hun acties consequenties hebben gehad voor de betekenis van constitutionele bepalingen. Bij 'expliciete' informele constitutionele verandering geven

actoren wél toe dat hun opvattingen of praktijken afwijken van hun eerdere gedachten en gedrag.

Wat bepaalt of veranderingen zich stil of expliciet voordoen? Dat heeft onder andere te maken met de hoeveelheid controle die actoren hebben over de verandering en met de duidelijkheid van de grondwettelijke tekst en de oorspronkelijke betekenis daarvan.

Verder vindt informele constitutionele verandering soms plaats op 'momenten' en soms laat zulke verandering een meer gradueel verloop laat zien. De tijdspanne waarop informele constitutionele verandering plaatsvindt varieert enorm tussen de cases van deze studie.

Tot slot merkt het proefschrift op dat institutionele veranderingen weliswaar de betekenis van de tekst van een grondwet ingrijpend kunnen veranderen, maar dat dit in geen van de cases betekent dat de betreffende tekst irrelevant is geworden. Alle drie de cases bevestigen de hypothese dat het opschrijven van constitutionele normen in een grondwet de robuustheid en duurzaamheid van hun gezag versterkt.

Wat zijn verklaringen voor de afwezigheid van 'tekstuele responsiviteit', dat wil zeggen, de afwezigheid van formele grondwettelijke herzieningen in de aanwezigheid van significante veranderingen in de betekenis van grondwettelijke normen? Eén verklaring hiervoor is de moeilijkheid van formele grondwettelijke herziening in de onderzochte landen, maar deze verklaring moet wel genuanceerd worden. Grote delen van de Duitse grondwet kunnen namelijk relatief eenvoudig worden aangepast, maar zelfs met betrekking tot deze delen vindt Europeanisering hoofdzakelijk plaats langs informele wegen. Verder laten twee van de drie cases in dit proefschrift zien dat zelfs in de aanwezigheid van significante veranderingen, grondwettelijke herziening niet altijd nodig wordt geacht. In de Amerikaanse case studie wordt grondwettelijk herziening overbodig geacht omdat niet altijd wordt erkent dat er überhaupt verandering heeft plaatsgevonden; en in de Duitse case wordt grondwettelijke herziening niet noodzakelijk gevonden omdat de doctrine van 'Europavriendelijkheid' formele grondwettelijke herziening ter facilitering van de Europeanisering van de Duitse grondwet juridisch overbodig maakt.

In de cases van deze studie lijken vijf factoren te bepalen of actoren formele herziening noodzakelijk achten: (1) de duidelijkheid van de grondwettelijke tekst en zijn oorspronkelijke bedoeling; (2) de gevoelde urgentie van verandering; (3) de mate waarin een realistische mogelijkheid beschikbaar is om de grondwet formeel te herzien, d.w.z. een niet al te moeilijke procedure; (4) de mate waarin effectieve en geaccepteerde alternatieve methoden van constitutionele verandering beschikbaar zijn; en (5) de aanwezigheid van een toegeliefde doctrine over informele constitutionele verandering.

Verdere vergelijkende observaties met betrekking tot verklaringen voor de afwezigheid van tekstuele responsiviteit die op basis van de Japanse, Amerikaanse en Duitse case studies kunnen worden gedaan betreffen: (1) de rol die de rechter speelt in de betreffende zaak (actief of juist passief), (2) de

vraag of het debat betreffende de verandering in kwestie is gepolariseerd en (3) de vraag wat voor opvattingen er zijn over de grondwet in het algemeen in de betreffende jurisdictie, de zogenaamde 'constitutionele herzieningscultuur'. In Duitsland bijvoorbeeld, lijkt men het in het algemeen belangrijker te vinden dat constitutionele ontwikkelingen worden weerspiegeld door de tekst van de grondwet dan in de VS of Japan.

Tot slot kijkt deze studie naar overeenkomsten en verschillen met betrekking tot de vraag in hoeverre, in de cases van deze studie, alternatieve mechanismen van constitutionele verandering formele herzieningsprocedures functioneel hebben gesubstitueerd. Een eerste observatie is dat de mate waarin informele constitutionele veranderingen in deze studie als legitiem worden gezien enorm verschilt van case tot case. Over de legitimiteit van veranderingen in de Japanse en Amerikaanse case wordt heftig gedebatteerd. Veranderingen in de Duitse grondwet die zich voordoen als gevolg van ontwikkelingen in het recht van de Europese Unie worden gezien als legitiem zolang deze gedekt worden door een ratificatie wet (en dus gelegitimeerd worden door de doctrine van Europavriendelijkheid). Een verklaring voor deze verschillen is dat in Duitsland de grondwetgever vanaf het begin ruimte heeft gelaten voor informele constitutionele veranderingen door Europeanisering terwijl in Japan en de VS de grondwetgever en de hoogste rechter tot nu toe hebben gezwegen over de geldigheid van de veranderingen die zich hebben voorgedaan. In deze laatste twee landen is er dus veel ruimte voor commentatoren om hun eigen visie te onderbouwen en te laten bepalen door meer ideologische voorkeuren. Verder kunnen wij constateren dat in alle drie de cases informele mechanismen van constitutionele verandering effectief zijn geweest als het gaat om het bewerkstelligen van veranderingen. Echter, dat betekent niet dat deze veranderingen net zo robuust zijn als deze vermoedelijk zouden zijn geweest ware zij vastgelegd in formele grondwettelijke herzieningen. In alle drie de cases zorgt de spanning tussen de grondwettelijke tekst en de institutionele realiteit die de informele verandering kenmerkt voor ingewikkelde discussies over de betekenis van grondwettelijke normen. En, op zijn beurt, kan onduidelijkheid over de inhoud van grondwettelijke normen weer leiden tot problemen in regeerbaarheid. Bijvoorbeeld de effectiviteit van het Japanse buitenlandbeleid staat onder druk doordat niet helemaal duidelijk is in hoeverre Artikel 9 van de Japanse Grondwet het gebruik van de krijgsmacht aan banden legt.

Wat bepaalt nu uiteindelijk wanneer alternatieve mechanismen van constitutionele verandering effectief zijn en wanneer niet? De belangrijkste factor lijkt de 'normatieve kracht' van feiten te zijn; dat wil zeggen, de vraag of een bepaalde institutionele situatie feitelijk omkeerbaar is of niet. Daarbij kan worden aangetekend dat veranderingen die in vorm niet grondwettelijk zijn weliswaar ingrijpende gevolgen voor de normatieve betekenis van een grondwettelijke tekst kunnen hebben, maar dat zij de grondwettelijke tekst niet zomaar irrelevant maken. Zelfs in de Japanse zaak in dit proefschrift, waarin

de institutionele realiteit een koers van 180 graden vaart ten opzichte van de oorspronkelijke betekenis van Artikel 9 van de Japanse grondwet, is de tekst van deze bepaling nog een belangrijke factor van betekenis. Overigens hebben in geen van de cases van deze studie mechanismen van informele constitutionele verandering kunnen voorkomen dat de grondwettelijke tekst en het geldende constitutionele recht elkaar minder weerspiegelen dan in de oorspronkelijke situatie het geval was.

CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN

De beschrijving en vergelijking van Japanse, Amerikaanse en Duitse case studies levert ten minste zeven waardevolle inzichten op. (1) Het toepassen van een historisch-institutioneel perspectief, door een juridisch-positivistisch en common-law perspectief te verbinden, levert een accuraat begrip op van hoe de normatieve betekenis van grondwettelijke normen kan veranderen zonder formele grondwettelijke herziening. (2) De concepten 'interpretatie' en 'constitutionele conventie' zijn onmisbare tools bij het identificeren van informele constitutionele veranderingen. (3) Zonder formele grondwettelijke herziening kunnen veranderingen in institutionele opvattingen en praktijken inderdaad ingrijpende en blijvende gevolgen hebben voor de normatieve betekenis van grondwettelijke normen. (4) De belangrijkste reden waarom constitutionele actoren de grondwettelijke herzieningsprocedure niet altijd gebruiken om constitutionele veranderingen te bewerkstelligen, of de tekst aan zich voorgedane veranderingen aan te passen, is de moeilijkheid van formele grondwettelijke herziening. (5) Tegelijkertijd is, in tegenstelling tot wat sommige auteurs denken, de moeilijkheid van formele herziening niet altijd de enige, en soms niet eens de belangrijkste oorzaak van het uitblijven van formele grondwettelijke herziening in de aanwezigheid van significante constitutionele ontwikkelingen. Voorts kan op basis van de hierboven besproken case studies en vergelijking worden geconcludeerd dat (6) alternatieve mechanismen inderdaad tot op zeker hoogte belangrijke functies die worden toegedicht aan formele grondwettelijke herzieningsprocedure kunnen substitueren. Echter, zij kunnen dit in principe niet geheel en al perfect. Sommige veranderingen kunnen alleen op legitieme en effectieve wijze worden bewerkstelligd door de tekst van de betreffende grondwet te veranderen. En tot slot (7) wijst deze studie uit dat een juridische doctrine die specificeert wanneer grondwettelijke bepalingen kunnen veranderen zonder formele grondwettelijke herziening een krachtig mitigerend effect kan hebben op debatten over de legitimiteit en legaliteit van zulke veranderingen. In de landen die zijn geselecteerd voor deze studie heeft alleen Duitsland een dergelijke doctrine. Constitutionele democratieën waarin problemen spelen die in dit proefschrift aan de orde zijn gekomen zouden kunnen overwegen om een eigen doctrine over informele constitutionele verandering te ontwikkelen.

Deze studie beperkt zich tot 3 case studies; de conclusies kunnen daarom slechts voorlopig zijn. Desalniettemin kunnen de bevindingen van deze studie dienen als een waardevol startpunt voor verder, uitgebreider onderzoek naar informele constitutionele verandering. Daarbij laat deze studie belangrijke vragen over informele constitutionele verandering onbeantwoord. Toekomstig onderzoek zou in meer detail de dynamiek tussen grondwetten en hun institutionele context kunnen onderzoeken. Een belangrijke vraag is bijvoorbeeld: welke constitutionele actoren moeten precies van de grondwet afwijkende institutionele opvattingen en praktijken overnemen en accepteren voordat deze afwijkingen informele constitutionele verandering bewerkstelligen? Een toekomstige studie zou ook in meer detail de drijvende krachten achter informele constitutionele verandering kunnen onderzoeken. Ook zou het relevant zijn om te bekijken of informele constitutionele verandering kan worden tegengaan door het ontwerp van grondwetten aan te passen. Een toekomstige studie zou voorts kunnen onderzoeken hoe een juridische doctrine over informele constitutionele verandering eruit zou moeten zien buiten de Duitse context. Een gerelateerde vraag is: wie zou zo'n doctrine kunnen en moeten invoeren? Tot slot zou een toekomstig onderzoek naar informele constitutionele verandering de meer normatieve vragen die dit fenomeen oproept kunnen adresseren. Hoe zouden wij significante constitutionele ontwikkelingen die buiten formele herzieningsprocedures van grondwetten om plaatsvinden moeten waarderen in het licht van democratische en rechtsstatelijke beginselen? Hoe zouden we de legitimiteit van informele constitutionele veranderingen moeten evalueren? En hoe kunnen we voorkomen dat we het analytische raamwerk dat we gebruiken om deze normatieve vragen te beantwoorden laten beïnvloeden door onze persoonlijk politieke en ideologische voorkeuren?