



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk
Geertjes, G.J.A.

Citation

Geertjes, G. J. A. (2021, September 2). *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk*. Meijers-reeks. Uitgeverij Paris bv, Zutphen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3209230>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3209230>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <https://hdl.handle.net/1887/3209230> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Geertjes, G.J.A.

Title: Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk

Issue Date: 2021-09-02

Staatsrecht en conventie in Nederland
en het Verenigd Koninkrijk

Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,
volgens besluit van het college voor promoties
te verdedigen op donderdag 2 september 2021
klokke 16.15 uur

door

Gerrit Jan Albert Geertjes

Promotoren: prof.mr. L.F.M. Verhey
 prof.dr. W.J.M. Voermans

Promotiecommissie: prof.dr. J.Th.J. van den Berg (Universiteit Leiden en
 Universiteit Maastricht)
 prof.mr. G. Boogaard
 prof.mr. H.R.B.M. Kummeling (Universiteit Utrecht)
 prof.mr.drs. M.L.P. Loenen
 prof.mr. R.J.B. Schutgens (Radboud Universiteit
 Nijmegen)

Dit onderzoek was mogelijk dankzij een onderzoekssubsidie van de Kirchner Stichting Ombudsman en Democratie, financiële ondersteuning vanuit het profileringsgebied Political Legitimacy van de Universiteit Leiden en een bijdrage van het Swaantje Mondt Fonds (LUF) voor een onderzoeksverblijf aan de Simon Fraser University in Burnaby (British Columbia, Canada).

Lay-out: AlphaZet prepress, Bodegraven

ISBN 978-94-6251-273-3
NUR 824

© 2021 G.J.A. Geertjes | Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF	XV
AFKORTINGEN	XVII
DEEL I INLEIDING	1
I.1 Ter introductie	3
I.2 Onderzoeksvraag	7
I.3 Methodische verantwoording	11
I.4 Plan van behandeling	14
DEEL II CONCEPTUALISERING: DE CONVENTIE IN DE CONSTITUTIE VAN HET VERENIGD KONINKRIJK	15
II.1 Inleiding	17
II.2 Een 'historische' constitutie: ontwikkelingen en achtergronden	17
II.2.1 Inleiding	17
II.2.2 'Constitutionele' ontwikkelingen tot het begin van de zeventiende eeuw	23
II.2.3 De Glorious Revolution van 1688-1689 als startpunt van een nieuw tijdperk	26
II.2.4 De verdere indamming van de macht van de koning aan het einde van de zeventiende en het begin van de achttiende eeuw	33
II.2.5 De introductie van democratische elementen in de constitutie vanaf de negentiende eeuw	38
II.2.6 De formalisering van de constitutie vanaf het einde van de negentiende eeuw	49
II.2.7 De houdbaarheid van de 'politieke' constitutie in het licht van veranderingen in de nationale rechtsorde na de Tweede Wereldoorlog	60
II.2.8 De gecompliceerde relatie met de Europese Unie en de veranderende binnenlandse constitutionele dynamiek	70
II.2.9 Slot	81

II.3	De werking van een 'politieke' constitutie: een samenspel van recht en conventie	82
II.3.1	Inleiding	82
II.3.2	Achtergrond	83
II.3.2.1	De ontwikkeling van het conventiebeprip	83
II.3.2.2	De inherent normatieve waarde van politieke structuren	86
II.3.3	Begripsvorming	90
II.3.3.1	Basiskenmerken	90
II.3.3.1.1	Het constitutionele karakter	90
II.3.3.1.2	Het informele karakter	91
II.3.3.1.3	Het voorschrijvende karakter	93
II.3.3.1.4	Balans	94
II.3.3.2	Vaststelling van conventies	94
II.3.3.2.1	De 'Jennings-test' als referentiepunt	94
II.3.3.2.2	De overtuiging van gebondenheid en de afkondiging en optekening van conventies	98
II.3.3.2.3	De achterliggende 'reason' als normatieve verklaring voor het bestaan van een conventie	103
II.3.3.2.4	De aanwezigheid van een of meer preceden ten als bewijs voor het bestaan van een conventie	105
II.3.3.2.5	Balans	107
II.3.3.3	De bindende kracht van conventies	108
II.3.3.3.1	Terminologische opmerkingen	108
II.3.3.3.2	Verklaringen voor de binding van conventies	110
II.3.3.3.3	Bijzondere vormen van binding	114
II.3.3.3.4	Balans	119
II.3.3.4	Vormen van verandering	120
II.3.3.4.1	Verandering van inhoud	120
II.3.3.4.2	Conversie in een rechtsregel	126
II.3.3.4.3	Balans	131
II.3.4	Conventies en het recht	131
II.3.4.1	Achtergrond	132
II.3.4.2	Het onderscheid tussen recht en conventie: twee benaderingen	138
II.3.4.2.1	De gangbare benadering: de handhaafbaarheid van de regel voor de rechter vormt de centrale maatstaf voor het onderscheiden van recht en conventie	138

II.3.4.2.2	De benadering van T.R.S. Allan: het onderscheid tussen recht en conventie moet worden verworpen	141
II.3.4.2.3	Balans	146
II.3.4.3	De rechtspraak	147
II.3.4.3.1	<i>Attorney-General v Jonathan Cape Ltd</i>	148
II.3.4.3.2	<i>R (Evans) v Attorney-General</i>	153
II.3.4.3.3	<i>R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union</i>	163
II.3.4.3.4	<i>R (on the application of Miller) v Prime Minister en Cherry and others v Advocate General for Scotland</i>	173
II.3.4.3.5	Balans	185
II.3.5	Slot	186
II.4	Uitleiding	188
DEEL III DE NEDERLANDSE CONSTITUTIE: ONTWIKKELINGEN, BRONNEN EN PERSPECTIEVEN		189
III.1	Inleiding	191
III.2	Historische achtergrond: het staatsrecht in de politiek	192
III.2.1	Inleiding	192
III.2.2	De Grondwet van 1815 als eerste stap op een nieuw 'institutioneel pad'	194
III.2.3	De ommekeer van 1848	196
III.2.4	De uitbouw van het Nederlands rechtsstatelijk denken tot constitutioneel-democratisch denken	200
III.2.5	De aanloop naar de invoering van het algemeen kiesrecht en het stelsel van evenredige vertegenwoordiging	204
III.2.6	De wederzijdse vermenging van staat en maatschappij	207
III.2.7	De ontwikkelingen na de Tweede Wereldoorlog	210
III.2.8	Slot	214
III.3	Het staatsrecht: binding en handhaving van rechtsregels in politieke verhoudingen	215
III.3.1	Inleiding	215
III.3.2	Achtergrond: binnen politieke verhoudingen werkende rechtsregels en de rechter	217
III.3.3	De Grondwet	223
III.3.3.1	Historische ontwikkeling	224
III.3.3.1.1	De Grondwet als 'strijddocument'	225
III.3.3.1.2	De Grondwet als 'rustpunt en symbool'	227

III.3.3.1.3	De Grondwet als verzameling hoofddregels met een grotere mate van flexibiliteit	237
III.3.3.1.4	De Grondwet als 'lex imperfecta'	246
III.3.3.1.5	Balans	249
III.3.3.2	De interpretatie van de Grondwet	251
III.3.3.2.1	Interpretatie versus handhaving van grondwetsbepalingen	252
III.3.3.2.2	De 'geobjectiveerde' bedoeling van de grondwetgever versus de Grondwet als 'aankouwdocument'	257
III.3.3.2.3	De grondwetsbepaling als 'slaperdijk' versus 'wakerdijk'	264
III.3.3.2.4	Balans	270
III.3.4	Ongeschraven staatsrecht	271
III.3.4.1	Historische ontwikkeling	272
III.3.4.1.1	De intrede van buitengrondwettelijke regels in de constitutie	272
III.3.4.1.2	De operationalisering van de doctrine van het gewoonterecht	277
III.3.4.1.3	De ontwikkeling van gewoonterecht naar ongeschreven staatsrecht	279
III.3.4.1.4	Balans	283
III.3.4.2	De 'heersende leer' als basis voor de theorievorming over het ongeschreven staatsrecht	283
III.3.4.2.1	De 'heersende leer' en haar inherente beperkingen	283
III.3.4.2.2	De alternatieve benadering van Van der Hoeven	286
III.3.4.2.3	Balans	288
III.3.4.3	Huidige benaderingen in de literatuur	288
III.3.4.3.1	De terughoudende benadering	289
III.3.4.3.2	De gedifferentieerde benadering	291
III.3.4.3.3	Balans	294
III.3.4.4	Tussenconclusie: de vaststelling van ongeschraven staatsrecht en de spanning tussen feit en norm	295
III.3.5	Slot	296
III.4	De staatsrechtswetenschap: perspectieven op de verhouding tussen recht en politiek	297
III.4.1	Inleiding	297
III.4.2	De staatsrechtswetenschap tot de Tweede Wereldoorlog	298
III.4.3	Bezinning op de plaats van het staatsrecht in de staat naar aanleiding van de dissertatie van Van der Hoeven	302

III.4.3.1	De centrale stelling van Van der Hoeven: de normatieve kracht van de Grondwet is gering	303
III.4.3.2	De kritiek van Duynstee en Logemann: de relativering van de geringe normatieve kracht van de Grondwet	306
III.4.3.3	Reactie van Van der Hoeven: enkele nuanceringen	310
III.4.3.4	De invloed van Van der Hoevens benadering op de staatsrechtswetenschap	311
III.4.4	Huidige perspectieven op object en methode van de staatsrechtswetenschap	313
III.4.4.1	Ter introductie: het verband van staat en staatsrecht	314
III.4.4.2	De traditioneel-rechtspositivistische benadering: recht en politiek zijn in beginsel gescheiden sferen	317
III.4.4.3	De contextuele benadering: een zelfstandige, maar relatieve rol voor het recht ten opzichte van de politiek	322
III.4.4.4	De systeembenadering: het recht als instrument voor maatschappelijke probleemoplossing	324
III.4.4.5	De wijsgerige benaderingen: het recht als verwerkelijking van een normatief ideaal	328
III.4.4.5.1	De benadering van Meuwissen: rechtsbeginselen zijn met het positieve recht gegeven	328
III.4.4.5.2	De benadering van Couwenberg: het staatsrecht als uiting van een legitimeitsidee	330
III.4.4.5.3	Vergelijking	331
III.4.4.6	Balans	332
III.4.5	Slot	333
III.5	De conventie in de staatsrechtswetenschap: een nieuw begrip ter verduidelijking van de verhouding tussen recht en politiek	334
III.5.1	Inleiding	334
III.5.2	De conventie in de staatsrechtelijke literatuur tot de eenentwintigste eeuw	336
III.5.3	Het debat over de conventie in de staatsrechtswetenschap naar aanleiding van de Leidse oratie van Verhey	340
III.5.3.1	De centrale stelling van Verhey: conventies slaan een brug tussen staatsrecht en praktijk zonder zelf deel uit te maken van het recht	340
III.5.3.2	De kritiek	344
III.5.3.2.1	De kritiek van Kummeling: Verhey trekt de conventie te veel in het domein van het recht	344
III.5.3.2.2	De kritiek van Eijsbouts: Verhey isoleert de conventie te veel van het recht	347

III.5.3.2.3	Balans	349
III.5.3.3	Eigen benadering	350
III.5.3.3.1	Het begrip 'binding': algemene versus bijzondere normen	351
III.5.3.3.2	Ongeschreven normen en rechtszekerheid: intra legem versus contra legem	354
III.5.3.3.3	Conventies in het staatsrechtelijke systeem: primaire versus secundaire regels	361
III.5.3.3.4	Samenvatting	365
III.5.4	Nadere afbakening	367
III.5.4.1	Politieke wetmatigheden of 'spelregels' versus constitutionele conventies	367
III.5.4.2	Culturele conventies versus constitutionele conventies	371
III.5.4.3	Balans	374
III.5.5	Slot	375
III.6	Uitleiding	376
DEEL IV STAATSRECHT EN CONVENTIE: NADERE AFBAKENING		377
IV.1	Inleiding	379
IV.2	Regering en Staten-Generaal	381
IV.2.1	Inleiding	381
IV.2.2	Achtergrond	382
IV.2.3	Parlementaire controle op het regeringsbeleid	389
IV.2.3.1	Achtergrond: de politieke ministeriële verantwoordelijkheid als fundament van de parlementaire controle-uitoefening op de overheidsorganisatie	390
IV.2.3.2	De algemene actieve inlichtingenplicht	393
IV.2.3.3	De ministeriële verantwoordelijkheid en politiek- ambtelijke verhoudingen	396
IV.2.3.4	Monisme versus dualisme in de casus-Van der Steur	406
IV.2.3.5	Balans	411
IV.2.4	Het recht van Kamerontbinding en zijn toepassingsbeperkingen	412
IV.2.4.1	Achtergrond	413
IV.2.4.2	Een kabinet dient voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen zijn ontslag aan te bieden	418
IV.2.4.3	Geen regeringswisseling zonder tussentijdse verkiezingen	427

IV.2.4.4	De vertrouwensregel en de casus-Verdonk	436
IV.2.4.5	Balans	444
IV.2.5	De positie van een demissionair kabinet	446
IV.2.6	Het recht van initiatief en de mogelijkheden voor de regering bekrachtiging te weigeren	451
IV.2.7	Slot	456
IV.3	De koning, de ministerraad en de staatssecretarissen	458
IV.3.1	Inleiding	458
IV.3.2	De koning	458
IV.3.2.1	Achtergrond	458
IV.3.2.2	De positie van de koning als samenstellend deel van de regering	460
IV.3.2.3	Het 'geheim van Noordeinde'	464
IV.3.2.4	Balans	466
IV.3.3	De ministerraad	467
IV.3.3.1	Achtergrond: tweërlei ministerraad	468
IV.3.3.2	Het Reglement van orde voor de ministerraad	478
IV.3.3.2.1	Ontwikkeling	478
IV.3.3.2.2	Rechtskarakter	481
IV.3.3.3	De minister-president	484
IV.3.3.4	Balans	489
IV.3.4	De staatssecretaris	490
IV.3.4.1	Achtergrond	490
IV.3.4.2	De benoeming van de staatssecretaris en de vaststelling van zijn takenpakket	492
IV.3.4.3	De positie van de staatssecretaris en de bedoeling van de grondwetgever	499
IV.3.4.4	De benoeming van de staatssecretaris en overige staatsrechtelijke normen	503
IV.3.4.4.1	Als een minister aftreedt, dient de staatssecretaris die onder zijn verantwoordelijkheid valt ook zijn ontslag aan te bieden	503
IV.3.4.4.2	De homogeniteitsregel	504
IV.3.4.5	Balans	506
IV.3.5	Slot	507
IV.4	De Staten-Generaal	508
IV.4.1	Inleiding	508
IV.4.2	Achtergrond: parlementaire cultuur in Nederland	508
IV.4.3	De Reglementen van Orde van beide Kamers	512
IV.4.3.1	Achtergrond	512
IV.4.3.2	De conventie als bevestiging van of aanvulling op een in het RvO opgenomen norm	514
IV.4.3.3	De conventie als een van het RvO afwijkende norm	516

IV.4.4	De ontwikkeling van het inlichtingenrecht van de Staten-Generaal tot een recht van een Kamerminderheid	520
IV.4.5	Slot	529
IV.5	De kabinetsformatie	529
IV.5.1	Inleiding	529
IV.5.2	Achtergrond	530
IV.5.3	De rol van de koning in de kabinetsformatieprocedure tot 2012	534
IV.5.3.1	De periode 1814-1913	534
IV.5.3.2	De periode 1913-2012	536
IV.5.4	De formatieprocedure en het belang van duidelijke procedurele regels	542
IV.5.4.1	Introductie: de formatie van 1977	542
IV.5.4.2	De formatie van 2010: het verloop	544
IV.5.4.3	De formatie van 2010: de beoordeling van het verloop	550
IV.5.4.4	Balans	554
IV.5.5	De Tweede Kamer en de kabinetsformatieprocedure na 2012	554
IV.5.5.1	De ontwikkeling van de toegenomen parlementaire invloed op de formatieprocedure	555
IV.5.5.2	De parlementarisering van de kabinetsformatie	557
IV.5.5.2.1	Niet het Reglement als zodanig, maar de daaruit voortvloeiende conventie bindt de betrokken organen	557
IV.5.5.2.2	De parlementarisering van de kabinetsformatie en de positie van de koning	559
IV.5.5.2.3	De parlementarisering van de kabinetsformatie en de positie van andere bij de formatie betrokkenen	562
IV.5.5.3	Balans	566
IV.5.6	Slot	568
IV.6	Het tweekamerstelsel	569
IV.6.1	Inleiding	569
IV.6.2	Achtergrond	570
IV.6.2.1	Ontwikkelingsgeschiedenis van de Eerste Kamer	570
IV.6.2.2	Het politieke primaat van de Tweede Kamer	575
IV.6.3	Politieke machtsverhoudingen en de Eerste Kamer	580
IV.6.3.1	Achtergrond: het regeerakkoord als 'een belangrijk politiek gegeven'	580
IV.6.3.2	De beoordeling van wetgeving	582
IV.6.3.3	De controle op het regeeringsbeleid	586
IV.6.3.4	Balans	592

IV.6.4	De constitutionele implicaties van de terughoudendheidsnotie voor de positie van de Eerste Kamer	592
IV.6.4.1	De medewetgevende bevoegdheid	593
IV.6.4.2	De vertrouwensregel	596
IV.6.4.3	Balans	601
IV.6.5	Slot	602
IV.7	Uitleiding	603
DEEL V SLOTBESCHOUWING		605
V.1	Inleiding	607
V.2	De relatie tussen staatsrecht en conventie in 'politieke' constituties	611
V.3	'Evenredige' verdeling en wederkerigheid als onvermijdelijke structureringsprincipes in politieke verhoudingen	613
V.4	Machtsverdeling versus staatsrecht	618
V.5	Slot	620
SUMMARY		621
VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR		631
ARTIKELREGISTER		665
JURISPRUDENTIEREGISTER		669
PERSONENREGISTER		671
CURRICULUM VITAE		679

Afkortingen

AA	<i>Ars Aequi</i>
AAC	Administrative Appeals Chamber
AB	<i>AB Rechtspraak Bestuursrecht (Administratiefrechtelijke Beslissingen)</i>
AC	Law Reports: Appeal Cases
Admin	Administrative Division
a.i.	ad interim
All ER	All England Law Reports
amvb	algemene maatregel van bestuur
Ann	Anne
Ar	Aanwijzingen voor de regelgeving
ARP	Anti-Revolutionaire Partij (in 1980 opgegaan in het CDA)
art.	artikel(en)
Awb	Algemene wet bestuursrecht
bijv.	bijvoorbeeld
c.	chapter
CDA	Christen-Democratisch Appèl
CHU	Christelijk-Historische Unie (in 1980 opgegaan in het CDA)
Civ	Civil Division
CJ	Chief Justice
Cm	Command Paper
CMLR	Common Market Law Reports
Co. Rep.	Coke's King's Bench Reports
col(s)	column(s)
Con	Conservative Party
CPN	Communistische Partij van Nederland (in 1990 opgegaan in GL)
c.q.	casu quo
c.s.	cum suis
CSIH	Court of Session Inner House (Schotland)
CU	ChristenUnie
Cw	Comptabiliteitswet
D'66/D66	Democraten 66 (tot 1985 met apostrof geschreven)
d.d.	de dato
diss.	dissertatie
DS'70	Democratisch Socialisten '70 (in 1983 opgeheven)
DUP	Democratic Unionist Party of Northern Ireland
d.w.z.	dat wil zeggen

e.a.	en anderen
ECLI	European Case Law Identifier
EEG	Europese Economische Gemeenschap
e.g.	exempli gratia (bijvoorbeeld)
EGKS	Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
Eliz.	Elizabeth
enz.	enzovoort
EU	Europese Unie
EVRM	Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	England and Wales High Court
FvD	Forum voor Democratie
Geo.	George
GL	GroenLinks
GPV	Gereformeerd Politiek Verbond (in 2001 opgegaan in de CU)
GU	Gemeente Universiteit
<i>Handelingen I</i>	<i>Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal</i>
<i>Handelingen II</i>	<i>Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal</i>
HR	Hoge Raad der Nederlanden
i.e.	id est (dat wil zeggen)
<i>JB</i>	<i>Jurisprudentie Bestuursrecht</i>
jo.	juncto (in samenhang met)
<i>Kamerstukken I</i>	<i>Kamerstukken van de Eerste Kamer der Staten-Generaal</i>
<i>Kamerstukken II</i>	<i>Kamerstukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal</i>
KB	koninklijk besluit/Law Reports, King's Bench Division
KVP	Katholieke Volkspartij (in 1980 opgegaan in het CDA)
Lab	Labour Party
Lib	Liberal Party (in 1988 opgegaan in de Lib Dems)
Lib Dems	Liberal Democrats
LJ	Lord Justice
LPF	Lijst Pim Fortuyn
LSE	London School of Economics and Political Science
m.i.	mijns inziens
m.n.	met name
m.nt.	met noot
MP/MPs	Member/Members of Parliament
MR	Master of the Rolls
NIQB	Northern Ireland High Court, Queen's Bench Division
<i>NJ</i>	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
<i>NJB</i>	<i>Nederlands Juristenblad</i>
NJV	Nederlandse Juristen-Vereeniging
No(s).	nummer(s)
nr.	nummer
NSA	National Security Agency

nt.	voetnoot
o.a.	onder andere(n)
o.i.	onzes inziens
OM	Openbaar Ministerie
OSF	Onafhankelijke Senaatsfractie
p.	pagina
par.	paragraaf
para.	paragraph
pgb	persoonsgebonden budget
PPR	Politieke Partij Radikalen (in 1990 opgegaan in GL)
PSP	Pacifistisch Socialistische Partij (in 1990 opgegaan in GL)
PvdA	Partij van de Arbeid
PvdD	Partij voor de Dieren
PVV	Partij voor de Vrijheid
QB	Law Reports: Queen's Bench Division
QC	Queen's Counsel
R	<i>Regina</i> (aanduiding voor de koningin in rechtszaken in het Verenigd Koninkrijk waarbij de staat betrokken is)
red.	redactie
RKSP	Rooms-Katholieke Staatspartij (in 1945 opgegaan in de KVP)
<i>RMThemis</i>	<i>Rechtsgeleerd Magazijn Themis</i>
r.o.	rechtsoverweging
RvO	Reglement van Orde
RvO I	Reglement van Orde van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
RvO II	Reglement van Orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
RvOMR	Reglement van orde voor de ministerraad
s	section
<i>S&D</i>	<i>Socialisme & Democratie</i>
SCR	Supreme Court Reports (Canada)
SDAP	Sociaal-Democratische Arbeiderspartij (in 1946 opgegaan in de PvdA)
SDB	Sociaal-Democratische Bond (in 1894 opgegaan in de SDAP)
SGP	Staatkundig Gereformeerde Partij
SNP	Scottish National Party
SP	Socialistische Partij
<i>Stb.</i>	<i>Staatsblad</i>
<i>Stcrt.</i>	<i>Staatscourant</i>
TNO	Nederlandse organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek
<i>TvCR</i>	<i>Tijdschrift voor Constitutioneel Recht</i>
<i>TvO</i>	<i>Tijdschrift voor Overheidsadministratie (tot 1975); Tijdschrift voor Openbaar Bestuur (vanaf 1975)</i>

UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
UKHL	United Kingdom House of Lords Appellate Committee
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UKUT	United Kingdom Upper Tribunal
UvA	Universiteit van Amsterdam
v	versus
VDB	Vrijzinnig-Democratische Bond (in 1946 opgegaan in de PvdA)
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
vgl.	men vergelijk
Vict.	Victoria
vol	volume
VU	Vrije Universiteit
VVD	Volkspartij voor Vrijheid en Democratie
W	<i>Weekblad voor het recht</i>
Wet RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
WLR	Weekly Law Reports
Wm	William
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
zgn.	zogenaamde

DEEL I

INLEIDING

I.1	Ter introductie	3
I.2	Onderzoeksvraag	7
I.3	Methodische verantwoording	11
I.4	Plan van behandeling	14

I.1 TER INTRODUCTIE

Staatsrecht is een mooi vak. Er is waarschijnlijk geen ander rechtsgebied waarin fascinerende vragen rond de verhouding tussen recht en politiek zo regelmatig en zo zichtbaar aan de oppervlakte komen. Niet in de laatste plaats geldt dit voor de regels met betrekking tot (de ambten van) regering en parlement; hoewel deze regels beperkingen stellen aan het handelen van deze ambten, kennen zij ook een relatief grote mate van autonomie toe aan het politieke leven. Bijgevolg is het handelen van (de ambten van) regering en parlement niet alleen afhankelijk van het positieve recht, maar ook van historische ontwikkelingen en de bestaande machtsverhoudingen.

Dankzij deze verwevenheid tussen het recht en de politieke werkelijkheid is het op zichzelf denkbaar dat bindende regels in de politieke sfeer tot ontwikkeling kunnen komen die *niet* zijn verankerd in de (Grond)wet. In 1961 merkte A.M. Donner op dat dat een van de weinige zekerheden is met betrekking tot de verhouding tussen staatsrecht en Grondwet. Hij stelde:

‘De stelling, dat het Nederlandse staatsrecht meer omvat dan de inhoud der Grondwetsbepalingen, zou van een promovendus tegenwoordig niet meer worden geaccepteerd – zij is immers algemeen aanvaard en leent zich niet meer voor discussie. Anders staat het met de vraag, wát ons staatsrecht dan wel méér omvat. Daarover lopen de opvattingen ver uiteen.’¹

Zestig jaar later is er op dit punt weinig veranderd. Nog altijd is het algemeen aanvaard dat het staatsrecht en de Grondwet niet geheel synoniem aan elkaar zijn, maar ontbreekt een duidelijke maatstaf waarmee kan worden vastgesteld wat naast de Grondwet dan nog meer behoort tot het staatsrecht.

Maar bij nadere beschouwing is dit zelfs nog maar een deel van het probleem. Hoewel duidelijk is dat de Grondwet deel uitmaakt van het staatsrecht, is niet duidelijk welke normen precies uit die hoogste nationale wettelijke regeling voortvloeien. Illustratief is een Tweede Kamerdebat uit 2016 met toenmalig minister van Veiligheid en Justitie Van der Steur (VVD) over een incident uit de periode waarin Van der Steur nog Tweede Kamerlid was.² De directe aanleiding voor dit debat vormde de verschijning van een rapport waaruit bleek dat Van der Steur in zijn hoedanigheid als Kamerlid in 2014 had opgetreden als ‘souffleur’ van toenmalig minister van Veiligheid en Justitie Opstelten (VVD). Meer precies had hij een achttiental opmerkingen geplaatst bij een conceptbrief van Opstelten aan de Kamer over de

1 Donner 1961, p. 3 = Donner 1986, p. 117.

2 *Handelingen II* 2015/16, nr. 93, item 8, p. 1-58 (8 juni 2016), ook voor het hierna opgenomen citaat (op p. 17-18).

zogeheten ‘Teevendeaal’.³ Deze opmerkingen van de hand van Van der Steur, die deels ook werden verwerkt in de definitieve brief van Opstelten aan de Kamer, hadden duidelijk tot doel om Opstelten te behoeden voor nieuwe Kamervragen over de zoektocht naar het precieze bedrag van de deal.

Tijdens het debat in 2016 werd algemeen erkend, ook door Van der Steur zelf, dat Van der Steur daarmee een grens had overschreden. Tijdens dat debat nam Tweede Kamerlid Recourt, wiens PvdA op dat moment een coalitiegenoot van de VVD was, het echter voor Van der Steur op. Hij stelde dat ‘het dualisme niet zo volledig zuiver [is] dat de coalitie in de Tweede Kamer op geen enkele manier overleg heeft met de regering’. Recourts opmerking geeft uitdrukking aan de complexe verhouding tussen normen en feiten in de politieke praktijk: aan de ene kant lijken regering en coalitiefracties in de Tweede Kamer voldoende afstand tot elkaar te moeten houden onder de noemer van het ‘dualisme’, terwijl zij aan de andere kant regelmatig informele contacten met elkaar onderhouden.

Het is echter niet duidelijk in hoeverre dit ‘dualisme’ daadwerkelijk een uit de Grondwet voortvloeiende norm vormt. Reeds in 1961 betoogde Rijpperda Wierdsma dat ‘dat dualisme, die verhouding van twee zelfstandige machten, Kroon en Staten-Generaal, waarvan men sinds korteren of langeren tijd beweert dat zij in onze Grondwet is neergelegd, daarin niet [is] te vinden’.⁴ Wat hij daarmee precies bedoelt, is niet helemaal duidelijk. Hoewel het dualisme niet als *afzonderlijke* norm in de Grondwet is opgenomen, is daarmee nog niet gezegd dat het geen invloed kan hebben op de uitleg van normen die *wel* evident deel uitmaken van de Grondwet. Bovend’Eert & Kummeling betogen in die lijn bijvoorbeeld dat de notie van het ‘dualisme’ soms wel degelijk bepalend is voor de uitleg van de Grondwet. Deze auteurs onderkennen dat in de politieke praktijk in toenemende mate wordt samengewerkt tussen de regering en de coalitiefracties in de Tweede Kamer, maar zij menen dat deze ontwikkeling ‘vanuit een constitutioneel perspectief bezien (...) niet zonder bedenkingen’ is.⁵ Zij komen tot deze conclusie op basis van het argument dat de grondwetgever op het terrein van de samenstelling, organisatie en werkwijze van de Staten-Generaal de zelfstandigheid van dit orgaan ten opzichte van de regering heeft willen benadrukken. Als die stelling juist is, is echter nog niet duidelijk wat de juridische *betekenis* is van deze lezing van de Grondwet. In hoeverre stuurt het dualisme, zo deze notie überhaupt al deel uitmaakt van het staatsrecht, de wijze van uitoefening van de controlerende bevoegdheden van Kamerleden?

3 De ‘Teevendeaal’ is een schikking die het OM in de jaren 2000-2001 met de drugshandelaar Cees H. sloot en die vanaf 2014 aanleiding vormde voor meerdere debatten tussen de Kamer en de toenmalige ministers van Veiligheid en Justitie Opstelten en Van der Steur. Zie nader par. IV.2.3.4.

4 Rijpperda Wierdsma 1961, p. 8.

5 Bovend’Eert & Kummeling 2017, p. 13, 447 met verwijzing naar *Kamerstukken II 1976/77*, 14223, nr. 3, p. 23.

Vervolgens rijst de vraag of feitelijke gedragingen normatieve betekenis kunnen hebben, als de Grondwet over de toelaatbaarheid van de betreffende gedraging (evident) zwijgt. Illustratief is de kabinetsformatie waarvan het verloop nauwelijks of niet (grond)wettelijk is gereguleerd. In de praktijk wordt bij de formatieprocedure echter wel vastgehouden aan 'tradities, gewoonten en conventies', die Van Baalen & Van Kessel kortweg aanduiden als 'conventies'.⁶ Wat de precieze betekenis is van dit conventiebegrip, is echter niet duidelijk.

Dat bleek bijvoorbeeld tijdens het verloop van de kabinetsformatie van 2010, die uiteindelijk heeft geresulteerd in de vorming van een minderheidskabinet van VVD en CDA met gedoogsteun van de PVV. Aanvankelijk werd de formatieprocedure geleid door informateur Ruud Lubbers die al in een vroeg stadium de mogelijkheden voor de vorming van een minderheidskabinet liet onderzoeken. Hij was zelf niet aanwezig geweest bij de gesprekken die de onderhandelaars van de PVV, CDA en VVD voerden, omdat hij zelf ook van mening was dat een onderzoek naar de vorming van een minderheidskabinet met gedoogsteun van de PVV niet onder zijn informatieopdracht viel. Tijdens het debat in de Tweede Kamer over het eindverslag van Lubbers klonk flinke kritiek op het handelen van de oud-informateur.⁷ Toenmalig D66-fractievoorzitter Pechtold bijvoorbeeld meende dat de onderhandelaars namens VVD, PVV en CDA 'de spelregels gedurende het spel naar hun eigen hand hebben gezet', omdat de informateur niet aanwezig was bij de onderhandelingen tussen deze drie partijen. Hij vroeg zich daarbij af of het voor Lubbers 'met de kennis van nu, niet wijzer [was] geweest om [zijn] opdracht terug te geven in plaats van willens en wetens over de grenzen daarvan heen te gaan?'. Of het begrip 'spelregel' in dit kader moet worden gezien als een 'conventie' in de eerder bedoelde zin valt uit het debat echter niet op te maken.

Evenmin is duidelijk hoe de 'conventie' zich verhoudt tot de categorie regels die bekendstaat als het 'ongeschreven staatsrecht'. Nog tot na de Tweede Wereldoorlog duiden verschillende auteurs de vertrouwensregel, op basis waarvan een minister(sploeg) dient op te stappen indien een Kamermeerderheid daarin het vertrouwen opzegt, aan als een conventie.⁸ Reeds in die periode was al onomstreden dat de vertrouwensregel een bindende regel is. Hoewel er op dat punt niets aan het karakter van de vertrouwensregel is veranderd, wordt hij thans louter nog als een regel van 'ongeschreven staatsrecht' in plaats van als een conventie aangeduid. Voor de aanneming van het ongeschreven staatsrecht gelden echter dermate strenge criteria, dat er buiten de vertrouwensregel niet of nauwelijks prak-

6 Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 9.

7 *Handelingen II* 2009/10, p. 7857-7872 (4 augustus 2010), ook voor de volgende citaten (op p. 7857).

8 In die zin o.a. Veraart 1945, p. 10; Van der Hoeven 1958, p. 109; Scholten 1958, p. 14; Oud 1967, p. 27-29.

tijken bestaan die tot deze categorie regels kunnen worden gerekend.⁹ In wat recentere literatuur krijgt de conventie daarentegen een geheel andere betekenis dan tot vlak na de Tweede Wereldoorlog het geval was. Volgens Kortmann en de bewerkers van zijn handboek is het niet mogelijk conventies als normatief te beschouwen, want, zo betogen zij, '[n]iet-naleving ervan behoeft geen (ernstige) gevolgen te hebben voor de bestendigheid van het staatsbestuur en de coherentie van het rechtsbestel'.¹⁰ Volgens deze benadering zijn conventies niet veel meer dan 'gewone' praktijken, iets heel anders dus dan het (verplichtende) ongeschreven staatsrecht.

Volgens Verhey, die in zijn Leidse rede uit 2014 aandacht vroeg voor de theorievorming over de conventie uit het Verenigd Koninkrijk, verdient echter een andere benadering de voorkeur. Verhey meent dat de conventie in Nederland kan worden beschouwd als 'een belangrijke tussencategorie' die noch geheel gelijkstaat aan het recht, noch geheel hetzelfde is als de politieke praktijk.¹¹ Hoewel het hier volgens hem gaat om bindende regels, acht hij het niet uitgesloten 'dat in bijzondere gevallen van een conventie kan worden afgeweken'. Hij sluit zich zo deels aan bij de benadering van Kortmann c.s. op basis waarvan een conventie niet (volledig) gelijkstaat aan het recht, maar hij distantieert zich daarvan ook enigszins door de conventie als een (deels) bindende regel te beschouwen. Door de conventie een prominenter plaats in de Nederlandse constitutie te geven, komen volgens Verhey 'meer gedragsnormen in het vizier van de staatsrechtbeoefenaar dan nu het geval is' zonder daarbij gebonden te zijn aan de strenge eisen voor de aanneming van het ongeschreven staatsrecht. Volgens Verhey is het bijvoorbeeld mogelijk een conventie aan te nemen op basis waarvan 'de Eerste Kamer terughoudend behoort te zijn in die zin dat hij slechts incidenteel en alleen op zwaarwegende kwaliteitsgronden een wetsvoorstel mag afkeuren'. Een ambt dat van een conventie als deze afwijkt, dient zich, zo betoogt Verhey, publiekelijk te verantwoorden voor deze afwijking.

Deze benadering roept echter ook weer nieuwe vragen op. Niet alleen is onduidelijk hoe het conventiebegriff zich verhoudt tot het ongeschreven staatsrecht, ook de relatie tussen de conventie en grondwetsinterpretatie staat niet vast. Uit artikel 51, eerste lid Grondwet vloeit immers al voort dat het politieke primaat in de relatie tussen de beide Kamers van de Staten-Generaal bij de Tweede Kamer ligt.¹² Ligt het dan niet meer voor de hand dat een dergelijke 'conventie' voortvloeit uit de Grondwet zelf in plaats van uit een afzonderlijke ongeschreven regel? Op die vraag blijft Verhey, die erkent dat zijn benadering 'met veel onzekerheden is omgeven', het antwoord schuldig.

Het is niet mogelijk dat de beide besproken benaderingen van de conventie tegelijkertijd juist zijn. Of het ongeschreven staatsrecht dient in

9 Ik kom daarop terug in de volgende paragraaf.

10 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 133.

11 Verhey 2014, p. 16-18, ook voor de volgende citaten in deze en de volgende alinea.

12 Zie par. IV.6.2.2.

essentie beperkt te blijven tot de vertrouwensregel; in dat geval hebben alle andere praktijken en regels buiten de Grondwet en de vertrouwensregel geen staatsrechtelijke betekenis. Of de werkelijkheid is dermate gecompliceerd dat het niet mogelijk is om gedragingen in de politieke praktijk terug te brengen tot een van beide categorieën regels; in dat geval is het wellicht mogelijk nog een ‘tussencategorie’ in de vorm van ‘conventies’ te onderscheiden, maar dan rijzen weer nieuwe vragen over de afbakening van de conventie ten opzichte van de Grondwet enerzijds en ongeschreven staatsrecht anderzijds. Hoe het ook zij, duidelijk is dat de keuze voor een van beide benaderingen niet los kan worden gezien van vraagstukken omtrent de uitleg van de Grondwet.

In de kern gaan al deze vragen over hoe de precieze *structuur* van het Nederlandse staatsrecht in politieke verhoudingen moet worden begrepen. Deze vragen kunnen worden onderverdeeld in grofweg twee soorten. In de eerste plaats zijn dat de afbakeningsvragen. Wat zijn de grenzen van wat in de Grondwet kan worden gelezen? Hoe verhouden die grenzen zich tot de strenge eisen voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht? En in hoeverre sluiten die grenzen goed op elkaar aan? In de tweede plaats komen meer fundamentele vragen over het wezen van het (staats)recht aan de oppervlakte. Wanneer is precies sprake van een norm? In hoeverre kunnen feitelijke ontwikkelingen het bestaan en de inhoud van de geldende normen beïnvloeden? En in hoeverre is daarbij van belang of de betreffende norm tot het recht wordt gerekend?

I.2 ONDERZOEKSVRAAG

Het Nederlandse staatsrecht dat betrekking heeft op de verhoudingen binnen en tussen regering en parlement in Nederland bestaat uit twee algemeen erkende bronnen: de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht.¹³ Voor een goed begrip van de structuur van het in politieke verhoudingen geldende staatsrecht is dan ook een nadere studie naar deze twee rechtsbronnen vereist. Toch is het niet mogelijk daarmee te volstaan vanwege de inherente beperkingen die aan de bestudering van deze twee bronnen kleven.

Voor het ongeschreven staatsrecht is dat eigenlijk evident. Volgens de in de literatuur vrijwel¹⁴ algemeen aanvaarde ‘heersende leer’ kan het bestaan van een ongeschreven rechtsregel worden aangenomen ingeval sprake is van (i) een of meer precedents (ii) die wijzen op een bij de betrokken orga-

13 Ik baseer mij hier op het overzicht uit Kortmann/Bovend’Eert e.a. 2016, p. 24-30. Kortmann c.s. noemen als rechtsbronnen ook de organieke besluiten, het Statuut en bronnen van internationaal en EU-recht. Deze bronnen kunnen hier onbesproken blijven, omdat deze studie alleen de structuur van het staatsrecht met betrekking tot de verhoudingen binnen en tussen (de organen van) regering en parlement in Nederland als onderwerp heeft.

14 Een van de weinige auteurs die zich niet bij deze ‘heersende leer’ aansluit is Elzinga. Zie Elzinga 2003, p. 5-28. Zijn benadering komt aan de orde in par. III.3.4.2.2.

nen levende overtuiging dat het aan die precedentes ten grondslag liggende gedrag rechtens is voorgeschreven.¹⁵ Volgens Kortmann en de bewerkers van zijn handboek geldt bovendien nog de aanvullende eis dat de aan te nemen ongeschreven norm, wil zij aangemerkt kunnen worden als *rechtsnorm*, bijdraagt aan 'de bestendigheid van het staatsbestuur' of 'de coherentie van het rechtsbestel'.¹⁶ Aan deze aanvullende eis kunnen volgens de genoemde auteurs slechts twee regels voldoen: de vertrouwensregel en de daarmee samenhangende norm op basis waarvan eenzelfde kabinet naar aanleiding van hetzelfde conflict de Tweede Kamer slechts eenmaal mag doen ontbinden.

Volgens Kortmann en de bewerkers van zijn handboek is het niet bezwaarlijk dat slechts twee regels aan deze strenge eisen kunnen voldoen. Sterker nog, zij hebben bewust gekozen voor een 'minimalistische' benadering van het ongeschreven staatsrecht. Zij menen dat het geschreven constitutionele recht dat betrekking heeft op de verhouding tussen regering en parlement 'een open systeem [vormt] in deze zin dat het veel ruimte laat voor veranderingen, voor wisselende beleidskeuzen, voor politieke strategie en tactiek'. Als deze ruimte door nieuwe regels wordt opgevuld, zo betogen deze auteurs, dan geraakt dat open stelsel 'rigide' waardoor het 'snel verouderd', in welk geval het staatsrecht 'kwetsbaar' wordt. Op zichzelf is kwetsbaarheid van het recht nog geen reden om geen ongeschreven regels aan te nemen, zo menen zij. Maar juist voor het staatsrecht, dat 'de grondslagen van een (nationale) rechtsorde' vestigt, zijn volgens hen 'stevigheid en bestendigheid gewenst'. Daarmee is de belangrijkste beperking van de bestudering van het ongeschreven staatsrecht gegeven: alleen als vaststaat dat een praktijk aan zeer strenge eisen voldoet, komt die in het vizier van de (gehele) staatsrechtsbeoefening. Gelet op de formulering van de criteria voor de aanneming van ongeschreven rechtsregels, zal een nieuwe gedragsregelmaat alleen *bij wijze van uitzondering* tot het ongeschreven staatsrecht kunnen behoren.

Aan de bestudering van de Grondwet zijn vergelijkbare beperkingen verbonden. Op zichzelf zou het in dit kader wel mogelijk zijn, zoals Verhey oppert, om de politieke praktijk bij het staatsrecht te betrekken door middel van 'rekkelijke vormen van grondwetsinterpretatie'.¹⁷ Hij voegt daar echter zelf al aan toe dat de mogelijkheden daarvan beperkt zijn gelet op 'de grenzen in wat men in de Grondwet kan lezen'. Illustratief in dat kader is het verloop van de kabinetsformatie, dat niet of nauwelijks (grond)wettelijk is gereguleerd. Maar in andere gevallen blijkt het ook niet duidelijk te zijn waar de grenzen van een aanvaarde lezing van de Grondwet *zelf* precies liggen, zoals de uiteenlopende opvattingen over de betekenis van het begrip 'dualisme'

15 Dölle 1988, p. 43.

16 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 28, ook voor de volgende citaten in deze en de volgende alinea. Vgl. voor een soortgelijke benadering Van der Pot/Donner 1983, p. 162-163. Zie nader par. III.3.4.3.1.

17 Verhey 2014, p. 4, ook voor het volgende citaat.

voor de verhouding tussen regering en parlement illustreren. Voor een goed begrip van de structuur van het staatsrecht is het daarom niet voldoende om alleen een studie te verrichten naar de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht: het ongeschreven staatsrecht *dient* naar zijn aard evident beperkt van karakter te zijn en de Grondwet bevat verschillende lacunes die niet door dit ongeschreven staatsrecht kunnen worden opgevuld.

Een studie naar de structuur van het staatsrecht kan daarom niet op de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht alleen betrekking hebben. In dat kader verdient de invloed van de politieke praktijk op de inhoud van het staatsrecht, ook voor zover die niet wordt genormeerd door een van beide rechtsbronnen, nadere aandacht. Een goed aangrijpingspunt voor dit onderzoek vormt het conventiebegrip, welk begrip volgens Verhey een brug zou kunnen slaan tussen het staatsrecht en de politieke praktijk.

Het voordeel van de bestudering van de conventie, althans volgens Verheys benadering, is dat zij geen deel uitmaakt van het recht, zodat haar bestudering niet noodzaakt tot een bestudering van wat nu precies *recht* is. Wie op zoek gaat naar normen van ongeschreven staatsrecht, voelt zich in de woorden van Van den Berg immers vaak een 'prikkebeen'.¹⁸ Hij is op jacht naar vlinders, maar vindt hoogstens diverse soorten insecten: '[V]eel gewoonten, opvattingen en *claims*, weinig ongeschreven maar niettemin stellig recht.' Als een te bestuderen gedragsregelmaat geen deel hoeft uit te maken van het recht, bestaat er geen noodzaak van tevoren vast te stellen onder welke voorwaarden die regelmaat aan de definitie van het recht beantwoordt. In plaats daarvan is het mogelijk het omgekeerde uitgangspunt te volgen: niet een vooraf vastgesteld rechtsbegrip, maar het handelen van de betrokken organen uit de politieke praktijk *zelf* is dan leidend voor de bestudering van de werking van het staatsrecht in de politieke praktijk.

Op zichzelf rechtvaardigt dat nog niet de keuze om de conventie als onderzoeksobject te nemen in plaats van, meer in het algemeen, de politieke 'praktijk'. Het is echter wel verstandig iets concreter voor ogen te hebben welke aspecten van de politieke praktijk van belang zijn voor een onderzoek naar de structuur van het Nederlandse staatsrecht. In dat kader kan de term 'conventie', waaronder Verhey 'informele regels die het gedrag reguleren van onze instituties' verstaat,¹⁹ een nuttige functie vervullen. Volgens Verhey is sprake van een conventie 'als van een bepaalde actor mag worden verwacht zich op een bepaalde manier te gedragen'. Volgens deze benadering is het niet langer nodig iedere gedraging van (de ambten van) regering en parlement te bestuderen, maar alleen die praktijken die het handelen van ambtsdragers in de politieke arena op een bepaalde manier (ogenschoonlijk) structureren. Op die manier geeft het conventiebegrip een begin van houvast bij het benaderen van de nogal brede, ongespecificeerde, politieke praktijk.

18 Van den Berg 1990a, p. 13, ook voor het volgende citaat.

19 Verhey 2014, p. 7, 17, ook voor het volgende citaat (op p. 11).

Daarbij komt dat de conventie geen onbekend begrip is in de staatsrechtswetenschap. Zij kent een bijna even lange historie in de Nederlandse literatuur als het ongeschreven staatsrecht. Waar Opzoomer in 1883 als eerste de term ‘ongeschreven recht’ gebruikte, daar introduceerde Oppenheim reeds twee jaar later in Nederland het conventiebegrrip zoals dat destijds in het Verenigd Koninkrijk tot ontwikkeling was gekomen.²⁰ Nog tot na de Tweede Wereldoorlog betitelden diverse auteurs de vertrouwensregel als een conventie. Pas enkele decennia later is het gebruikelijker geworden om in dit kader alleen nog van ongeschreven staatsrecht te spreken. Wat daarvan de precieze oorzaak is, is niet duidelijk. Wel staat vast dat voor het conventiebegrrip allengs steeds minder belangstelling bestond; in recente staatsrechtelijke publicaties wordt het begrip hoogstens nog terloops genoemd, zonder nadere uitwerking.²¹ Hoe het ook zij, het begrip heeft al ruim voordat Verhey in 2014 zijn oratie uitsprak, gefigureerd in staatsrechtelijke publicaties. Een analyse van het conventiebegrrip zoals dat door de jaren heen in Nederland is benaderd, kan daarmee ook licht werpen op hoe het denken over de structuur van het Nederlandse staatsrecht zich heeft ontwikkeld.

Al met al is duidelijk dat de precieze structuur van het Nederlandse staatsrecht vragen oproept. Meer precies bestaat onduidelijkheid over de onderlinge samenhang, voor zover die bestaat, tussen de bepalingen uit de Grondwet, het ongeschreven staatsrecht en de politieke praktijk. Bij de bestudering van de mogelijke samenhang tussen deze rechtsbronnen en de praktijk, kan het conventiebegrrip een mogelijke brugfunctie vervullen. Op basis van die constatering is het mogelijk de volgende centrale onderzoeksvraag van deze studie te formuleren:

Wat zijn constitutionele conventies en in hoeverre beïnvloeden zij de structuur van het Nederlandse staatsrecht?

Dit onderzoek gaat daarmee over de structuur van het Nederlandse staatsrecht, voor zover dat betrekking heeft op de verhoudingen binnen en tussen de regering en het parlement. Op twee punten verdient deze keuze nadere toelichting. In de eerste plaats blijft de mogelijke invloed van conventies op het functioneren van de rechtspraak, mede in relatie tot de politieke praktijk, buiten beschouwing.²² Daarvoor is gekozen, omdat de rechtspraak een geheel eigen dynamiek heeft die niet goed te vergelijken is met de primair

20 Opzoomer 1883, p. 53; Oppenheim 1885, p. 23-24. Zie nader par. III.3.4.1.1.

21 De bewerkers van de laatste druk van het handboek van Van der Pot menen bijvoorbeeld dat er ‘normatieve praktijken’ bestaan, waartoe zij onder andere ‘spelregels, conventies en gebruiken’ rekenen. Zie Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 191. Wat een dergelijke normatieve praktijk echter is en of in dat verband verschil bestaat tussen spelregels, conventies en gebruiken, is echter niet duidelijk.

22 Overigens is daarmee niet uitgesloten dat op dit terrein conventies of daarop lijkende regels kunnen worden onderscheiden. Vgl. o.a. Geertjes & Uzman 2018, p. 89-120; Uzman 2020, p. 168-170.

door machtsverhoudingen ingekleurde verhoudingen binnen en tussen regering en parlement. De relaties tussen de nationale overheid en decentrale overheden respectievelijk tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het land Nederland worden, om dezelfde reden, evenmin in dit boek behandeld. In dit boek kan aan de bijzondere dynamiek in deze verhoudingen geen recht worden gedaan. Daarmee blijft dit onderzoek beperkt tot de invloed van conventies op de structuur van het Nederlandse staatsrecht op centraal-nationaal niveau.

Dan behoeft de strekking van de onderzoeksvraag nadere toelichting. De onderzoeksvraag bestaat uit twee delen. Allereerst dient te worden vastgesteld wat de conventie precies is. In dat kader rijzen vragen over het ontstaan en de verandering van conventies. Het is niet direct duidelijk hoe conventies ontstaan, in hoeverre zij bindend zijn, of hun bindende kracht na verloop van tijd kan veranderen en welke factoren aan die (veranderende) binding ten grondslag liggen. Als eenmaal duidelijk is wat een conventie precies is, moet, in de tweede plaats, in kaart worden gebracht hoe de conventie zich verhoudt tot de Nederlandse staatsrechtelijke structuur. Daarbij rijst de vraag op welke wijze de conventie moet worden afgebakend van grondwetsinterpretatie en het ongeschreven staatsrecht enerzijds en de politieke praktijk anderzijds. Hoewel de centrale onderzoeksvraag op zichzelf in deze twee afzonderlijke delen kan worden opgesplitst, liggen zij nadrukkelijk in elkaars verlengde: de conceptualisering van de conventie is afhankelijk van de structuur van het Nederlandse staatsrecht, terwijl de structuur van het Nederlandse staatsrecht andersom wordt beïnvloed door het bestaan van conventies.

I.3 METHODISCHE VERANTWOORDING

De eerste sporen van het conventiebegrip zijn te vinden in de literatuur uit het Verenigd Koninkrijk, waar politieke verhoudingen bij gebrek aan een grondwet nog altijd hoofdzakelijk door de 'conventions of the constitution' worden genormeerd. De Nederlandse theorievorming over de conventie is dan ook in sterke mate geënt op het begrip zoals dat in het Verenigd Koninkrijk tot ontwikkeling is gekomen. In dat kader verdienen met name de beschouwingen over de 'conventions of the constitution' in de dissertaties van Kahn uit 1919²³ en Dölle uit 1988²⁴ vermelding. Het ligt voor de hand dat deze auteurs met hun werk de begripsvorming over de conventie in Nederland hebben beïnvloed.

Toch kan met de bestudering van de beschouwingen uit deze proefschriften niet worden volstaan. Nog los van de ouderdom van beide geschriften, is in geen daarvan een duidelijk, gesystematiseerd antwoord te

23 Kahn 1919, p. 117-130.

24 Dölle 1988, p. 67-85.

vinden op de vraag hoe de conventie zich verhoudt tot het (ongeschreven) staatsrecht. Dit boek bevat daarom de weerslag van een nieuwe studie naar deze ‘conventions of the constitution’. Daarmee vormt externe rechtsvergelijking een van de onderzoeksmethoden van dit boek. Nu is voorzichtigheid met het toepassen van een dergelijke methode geboden. Zo waarschuwt Kummeling:

‘Een deel van de onduidelijkheid rond de betekenis van het begrip conventie wordt mijns inziens veroorzaakt doordat voor de uitleg ervan wordt teruggegrepen op het Britse staatsrecht. Moet men in zijn algemeenheid al beducht zijn voor “constitutional transplants”, dat geldt des te meer als het gaat om constructies uit het Britse staatsrecht, dat immers vanwege het ontbreken van een (integrale) geschreven grondwet een geheel andere structuur en samenstelling heeft en waarin gewoonten en gebruiken als vanzelfsprekend een veel dominantere plaats hebben [dan in het Nederlandse staatsrecht, GJAG].’²⁵

Hoewel rechtsvergelijking inderdaad kan verworpen tot de zoektocht naar een ‘constitutional transplant’ die niet goed bij het eigen rechtstelsel past, kan de bestudering van een ander rechtstelsel – ook dat van het Verenigd Koninkrijk – wel degelijk een goed startpunt zijn voor de beantwoording van een onderzoeksvraag over het Nederlandse staatsrecht. Dat laatste geldt zeker ook voor het thema van dit boek. Immers, in het verleden *hebben* verschillende Nederlandse auteurs in hun beschouwingen over het conventiebegrip zich al laten inspireren door het staatsrecht van het Verenigd Koninkrijk. Een nieuwe, meer systematische studie naar de ontwikkeling van de conventie in het Verenigd Koninkrijk heeft dan ook primair tot doel om een herwaardering van dit begrip voor de Nederlandse context mogelijk te maken. Een dergelijke benadering is overigens niet uniek voor Nederland. In geheel andere rechtstelsels buiten de common-law-traditie, zoals die van Duitsland,²⁶ Frankrijk,²⁷ Italië²⁸ en zelfs de Europese Unie,²⁹ vormen de ‘conventions of the constitution’ eveneens een belangrijke inspiratiebron voor het denken over ongeschreven regels in politieke verhoudingen.

Daar komt nog bij dat de ontwikkeling van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk ook in meer algemene zin een inspiratiebron vormde voor het denken over het Nederlandse staatsrecht. Vooral de ontwikkeling van het monarchale karakter van de constituties van beide landen aan het einde van de negentiende eeuw en het begin van de twintigste eeuw was daaraan debet; kenmerkend voor die ontwikkeling was dat de invloed van de vorst op het politieke bestel in beide landen steeds verder afnam op grond van vaak weliswaar ongeschreven, maar toch als bindend erkende normen. De

25 Kummeling 2016, p. 70 (voetnoten in citaat verwijderd, GJAG).

26 Taylor 2014, p. 303-329.

27 Avril 1997.

28 Cuocolo 2015, p. 265-282.

29 Beukers 2011.

literatuur uit het Verenigd Koninkrijk over de positie van de monarch in de constitutie laat mede daarom nog altijd haar sporen na in het Nederlandse constitutionele denken.³⁰

Maar ook los van de positie van de vorst zijn de constituties van beide landen op bepaalde punten goed met elkaar te vergelijken. Dat geldt in het bijzonder voor de structuur van het staatsrecht in beide landen. Twee elementen kunnen in dit kader worden genoemd. In de eerste plaats betreft het de afwezigheid van een gecodificeerde constitutie in het Verenigd Koninkrijk, die zich enigszins laat vergelijken met de sobere opzet van de Nederlandse Grondwet. In de tweede plaats gaat het om de afwezigheid van constitutionele rechtspraak in de twee landen. Dankzij deze twee kenmerken hebben (de organen van) regering en parlement in Nederland en het Verenigd Koninkrijk de nodige autonomie om, zonder rechterlijke betrokkenheid, zelf het politieke proces vorm te geven. Op die manier ontstaat ruimte voor een geheel eigen wijze van het structureren van politieke verhoudingen waarin de notie van het 'recht' niet altijd een prominente rol hoeft te vervullen. Bovendien hebben de constitutionele ontwikkelingen in beide landen van de afgelopen tweehonderd jaar zich in een relatief grote mate van geleidelijkheid voltrokken; in die periode zijn ingrijpende constitutionele hervormingen steeds een betrekkelijke zeldzaamheid geweest, waardoor de dagelijkse politieke praktijk is ingevuld door relatief weinig vaststaande (rechts-) regels. Juist de door de constituties van deze beide landen gewaarborgde openheid van het politieke leven biedt een goed aanknopingspunt voor een rechtsvergelijking tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk.

Dit alles neemt niet weg dat de methode van externe rechtsvergelijking niet zaligmakend is. Op basis van een analyse van het conventiebegrip in het Verenigd Koninkrijk *alleen* is het nog niet mogelijk de vraag te beantwoorden in hoeverre het conventiebegrip de structuur van het *Nederlandse* staatsrecht beïnvloedt. Een antwoord op die vraag is evenmin te vinden door nog andere landen in de rechtsvergelijking te betrekken; zij blijft daarom beperkt tot een studie naar de begripsvorming van de conventie uit het Verenigd Koninkrijk. Op die manier blijft er voldoende ruimte over voor de bestudering van de structuur van de Nederlandse constitutie.

In de analyse van de structuur van de Nederlandse constitutie bestaat zowel aandacht voor het denken over de Nederlandse constitutie als voor de werking van de Nederlandse constitutie in de praktijk. Deze twee analyses zijn hoofdzakelijk juridisch-dogmatisch van aard. Toch kan met een zuiver juridische analyse niet worden volstaan. Gelet op de openheid van het politieke proces die in de Nederlandse constitutie wordt gewaarborgd, gaat er ook relatief veel aandacht uit naar de feitelijke kanten van dat proces door de jaren heen. Voor een goed begrip van de werking van regels in de politieke praktijk is het ook van belang om te weten hoe die praktijk func-

30 Zie in algemene zin Donner 1948, p. 343-344 = Donner 1986, p. 41-42. Zie nader par. IV.3.2.2.

tioneert; regels staan immers nooit op zichzelf, maar hebben betrekking op een bepaalde feitelijke werkelijkheid. In die werkelijkheid spelen met name historische ontwikkelingen en machtsverhoudingen een belangrijke rol. Daarom zullen ook, waar mogelijk, inzichten van historici en politicologen bij dit onderzoek worden betrokken.

I.4 PLAN VAN BEHANDELING

Afgezien van deze inleiding (*deel I*) en de slotbeschouwing (*deel V*) bestaat dit boek uit drie delen: deel II, deel III en deel IV. *Deel II* bevat een conceptualisering van de conventie in het Verenigd Koninkrijk. Dit deel bestaat uit twee inhoudelijke hoofdstukken: het eerste hoofdstuk bevat een algemene beschrijving van de constitutionele ontwikkelingen in dit land, dat daarmee een basis bevat voor de beschrijving van de meer specifieke kenmerken van het conventiebegrip in het tweede inhoudelijke hoofdstuk. Met behulp van de informatie uit dat deel is het vervolgens mogelijk te analyseren in hoeverre het conventiebegrip een plaats kan krijgen in het denken over de Nederlandse constitutie. Deze analyse is te vinden in *deel III*, dat uit vier inhoudelijke hoofdstukken bestaat: een hoofdstuk over de historische ontwikkeling van het staatsrecht in de politiek, een hoofdstuk met een beschrijving van de ontwikkeling van het denken over de Grondwet respectievelijk het ongeschreven staatsrecht, een hoofdstuk met een analyse van de belangrijkste denkrichtingen in de Nederlandse staatsrechtswetenschap, waarmee een basis wordt gelegd voor het onderwerp van het laatste hoofdstuk van dat deel, de plaatsbepaling van het conventiebegrip in de Nederlandse constitutie. Dan is het mogelijk tot een nadere afbakening tussen staatsrecht en conventie te komen, het onderwerp van *deel IV*, op basis van concrete praktijkvoorbeelden. Deze leerstukken zijn gegroepeerd aan de hand van de normen die gelden binnen drie orgaancomplexen, namelijk de regering en Staten-Generaal tezamen, de executieve respectievelijk de Staten-Generaal ieder afzonderlijk, en twee thema's die deze orgaancomplexen overstijgen, te weten de kabinetsformatie en het tweekamerstelsel.

DEEL II

CONCEPTUALISERING: DE CONVENTIE IN DE CONSTITUTIE VAN HET VERENIGD KONINKRIJK

II.1	Inleiding	17
II.2	Een 'historische' constitutie: ontwikkelingen en achtergronden	17
II.3	De werking van een 'politieke' constitutie: een samenspel van recht en conventie	82
II.4	Uitleiding	188

II.1 INLEIDING

In dit deel van het boek komen de achtergronden aan de orde van het conventiebegrip zoals dat in de literatuur over de constitutie van het Verenigd Koninkrijk vanaf het einde van de negentiende eeuw tot ontwikkeling is gekomen. Hoewel inmiddels ook in de context van constituties van verschillende andere landen conventies worden onderscheiden,¹ is het conventiebegrip onlosmakelijk verbonden met de constitutie van het Verenigd Koninkrijk. Door het ongecodeerde² karakter van de constitutie wijkt het constitutionele denken in dit land nog altijd aanmerkelijk af van dat van veel andere landen in de wereld. Voor een goed begrip van wat conventies eigenlijk zijn en hoe zij werken, is het daarom noodzakelijk deze categorie regels te bestuderen in het licht van die achterliggende context.

Dit deel bestaat, afgezien van deze inleiding en een uitleiding, uit twee inhoudelijke hoofdstukken. Eerst bespreek ik de belangrijkste constitutionele ontwikkelingen en perspectieven in het denken over de constitutie van het Verenigd Koninkrijk, in het bijzonder voor wat betreft de plaats die conventies daarbinnen innemen (hoofdstuk II.2). Tegen deze achtergrond breng ik de werking van conventies aan de hand van een aantal praktijkvoorbeelden in kaart (hoofdstuk II.3). In de uitleiding worden ten slotte de belangrijkste bevindingen uit deze twee inhoudelijke hoofdstukken besproken tegen de achtergrond van de Nederlandse context (hoofdstuk II.4).

II.2 EEN 'HISTORISCHE' CONSTITUTIE: ONTWIKKELINGEN EN ACHTERGRONDEN

II.2.1 Inleiding

De constitutie van het Verenigd Koninkrijk heeft voor veel staatsrechtsbeoefenaren van daarbuiten een welhaast magische uitstraling. Het land groeide in zijn langdurige geschiedenis uit tot een stabiele, democratische rechtsstaat zonder ooit een gecodeerde grondwet te hebben gekend, waardoor zijn constitutie wereldwijd uniek is.³ Illustratief is de stelling van Van Maar-

1 Zie par. I.3.

2 De constitutie van het Verenigd Koninkrijk wordt ook geregeld aangeduid als zijnde *ongeschreven*. Helemaal zuiver is dit niet, omdat grote delen ervan (inmiddels) wel degelijk in geschreven wetten zijn te vinden. Er bestaat echter nog altijd niet één gecompri-meerd document waarin de belangrijkste regels met een constitutioneel karakter zijn te vinden. Vgl. o.a. Wicks 2006, p. 1. Zie nader het slot van par. II.2.6.

3 Naast het Verenigd Koninkrijk houden, afhankelijk van de gehanteerde definitie van het begrip 'grondwet', ook Israël, Nieuw-Zeeland en Zweden er mogelijk geen (integrale) gecodeerde grondwet op na. Zie hierover Voermans 2019, p. 375-376. Anders dan het Verenigd Koninkrijk, kennen de drie laatstgenoemde landen wel meerdere wetten waarin de belangrijkste basisregels van de staatsinrichting zijn vastgelegd. Vandaar dat de constitutie van het Verenigd Koninkrijk op dit punt wereldwijd uniek is.

seveen & Van der Tang die luidt dat het 'only in Heaven and England' mogelijk is het zonder een gecodificeerde constitutie te stellen.⁴

De belangrijkste verklaring voor dit unieke karakter van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk, ligt in de relatief grote mate van geleidelijkheid waarin zij tot wasdom is gekomen. In feite zijn alle constitutionele ontwikkelingen sinds de Glorious Revolution van 1688-1689 het resultaat geweest van een organische ontwikkeling. Vanaf dat moment is nooit voldoende politieke urgentie gevoeld om de bestaande structuren in het staatsbestel radicaal te veranderen. Evenmin heeft zich later een concrete gebeurtenis voorgedaan, zoals in vrijwel ieder ander westers land wel ooit in de geschiedenis het geval is geweest, die aanleiding vormde om op een later moment alsnog over te gaan tot de vaststelling van een grondwet waaraan de belangrijkste staatsinstellingen zich dienen te onderwerpen.

Nog altijd is de afwezigheid van een gecodificeerde grondwet zichtbaar in de gangbare benadering van het begrip 'recht', dat in het Verenigd Koninkrijk wordt gedefinieerd als de verzameling regels die voor de rechter wordt gehandhaafd.⁵ Dankzij die definitie is het relatief eenvoudig het 'recht' af te zonderen van de 'politiek'. Zo stelt J.A.G. Griffith dat het recht noch een vervanging is, noch een vervanging kan zijn, van de politiek.⁶ Deze opvatting, die is gestoeld op de gedachte dat politieke organen het laatste woord dienen te hebben over de inhoud van het recht, ligt in feite aan de basis van de gelding van de 'Sovereignty of the Queen-in-Parliament' als kerndoctrine van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk.⁷ In de woorden van A.V. Dicey, die met zijn boek *An Introduction to the Study of the Law of*

4 Van Maarseveen & Van der Tang 1978, p. VII. Aangehaald in Elzinga 2003, p. 12.

5 In het Verenigd Koninkrijk bestaat het recht volgens de traditionele definitie slechts uit die regels die handhaafbaar zijn voor de rechter. Deze definitie wijkt aanmerkelijk af van die van continentaal-Europese landen, waardoor zij mogelijk verwarring kan oproepen. Zie voor de achtergrond van deze definitie van het begrip 'recht' o.a. Lowell 1921, p. 473-475. De betekenis van dit rechtsbegrip voor de constitutie wordt uitgewerkt in par. II.3.4.2.1.

6 Griffith 1979, p. 16: '[L]aw is not and cannot be a substitute for politics. This is a hard truth, perhaps an unpleasant truth. For centuries political philosophers have sought that society in which government is by laws and not by men. It is an unattainable ideal. Written constitutions do not achieve it. Nor do Bills of Rights or any other devices. They merely pass political decisions out of the hands of politicians and into the hands of judges or other persons. To require a supreme court to make certain kinds of political decisions does not make those decisions any less political.' Zie ook Griffith 2001, p. 44.

7 Hier zij opgemerkt dat de namen van ambten, organen en vergelijkbare staatsrechtelijke begrippen zo min mogelijk uit het Engels worden vertaald. Ik duid the Parliament in Westminster ('het parlement'), the Government ('de regering') en the King/Queen (de koning/koningin) echter steeds in het Nederlands aan, omdat deze in de tekst veelvoorkomende begrippen relatief eenvoudig te vertalen zijn. Voor het overige hecht ik eraan woorden niet naar het Nederlands te vertalen vanwege de verwarring die dat kan veroorzaken; het Britse Cabinet is bijvoorbeeld iets heel anders dan het Nederlandse kabinet, ministerposten hebben vaak een behoorlijk eigensoortig karakter die zich moeilijk in een Nederlandse term laten vangen en ook de common law kent niet een adequaat vergelijkbaar Nederlands begrip.

the Constitution (1885) de basis heeft gelegd van het huidige constitutionele denken in het Verenigd Koninkrijk,⁸ houdt deze ‘Sovereignty of Parliament’ in dat

‘Parliament has the right to make or unmake any law whatever, and, further, that no person or body is recognised by the law of England [sic] as having a right to override or set aside the legislation of Parliament’.⁹

Op basis van deze doctrine heeft het parlement de juridische almacht wetgeving met iedere denkbare inhoud vast te stellen, mits het daarbij de procedure voor de vaststelling van Acts of Parliament in acht neemt; een belangrijke consequentie van de gelding van deze doctrine is dat de rechter niet bevoegd is Acts of Parliament onverbindend te verklaren.

Hoewel het er in dit licht op lijkt dat het parlement in een normatief vacuüm opereert, is dat niet het geval. Het handelen van dit orgaan is niet zozeer afhankelijk van rechtsregels, maar vooral van impliciete normen, afspraken en andersoortige regels die vaak ongeschreven zijn gebleven. Zolang de leden van het parlement zich aan deze normen houden, hebben zij alle ruimte om met elkaar van mening te verschillen. In dat licht stelde Arthur Balfour vlak na zijn aantreden als Prime Minister voor de Conservative Party in 1902 dat ‘our whole political organization is arranged in order that we may quarrel’.¹⁰ Dankzij deze ‘ruzieachtige’ cultuur in het parlement zou de regerende partij zich er steeds van bewust zijn dat haar beleidsvoorstellen eenvoudig teruggedraaid kunnen worden als zij na de verkiezingen de meerderheid verliest in het parlement.¹¹ Veel opeenvolgende regeringen zouden daarom terughoudend zijn geweest met het voorstellen van radicale wetgeving.¹² Tegen die achtergrond kan worden begrepen dat de constitutie van het Verenigd Koninkrijk zich in ieder geval tot het begin van de twin-

8 Vgl. Bingham 2002, p. 40: ‘His [= Diceys, GJAG] best known work, the modestly titled *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, proved an instant success on its first appearance in 1885 and dominated discussion of its subject for most of the ensuing century.’

9 Dicey 1959 (1915), p. 39-40. Dicey spreekt in zijn boek stelselmatig over ‘the law of England’, terwijl hij feitelijk doelt op het recht van het Verenigd Koninkrijk. In feite vormt deze passage daarmee een illustratie van de dominantie van het Engelse perspectief in het Verenigd Koninkrijk op constitutionele vraagstukken, die sinds de uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU in 2020 vragen is gaan oproepen. Zie nader par. II.2.8.

10 Low 1904, p. 116. Aangehaald in King 2007, p. 27.

11 In het Verenigd Koninkrijk worden de leden van de House of Commons gekozen op basis van een meerderheidsstelsel met districten. Door de werking van dit stelsel haalt vaak slechts één partij een meerderheid in de Commons, waardoor coalitievorming zelden nodig is. Zie nader par. II.2.5.

12 Qvortrup 2013, p. 57: ‘Through the seemingly inevitable swing of the pendulum of electoral fortunes, this quarrelsome system provided an opportunity for Her Majesty’s Loyal Opposition to reverse the excesses of their opponents when they won power. (...) The knowledge that legislative excesses were likely to be reversed often made governments wary of enacting radical legislation.’

tigste eeuw kon ontwikkelen in een relatief grote mate van geleidelijkheid. Voor een deel hebben deze impliciete normen een plaats gekregen in de constitutie van het Verenigd Koninkrijk. Afgezien van het eventuele constitutionele recht dat voortvloeit uit de door de rechter ontwikkelde common law dan wel uit Acts of Parliament,¹³ gaat het daarbij volgens Dicey om een categorie regels die hij omschreef als

'conventions, understandings, habits or practices which, though they may regulate the conduct of the several members of the sovereign power, of the Ministry, or of other officials, are not in reality laws at all since they are not enforced by the courts. This portion of constitutional law may, for the sake of distinction, be termed the "conventions of the constitution," or constitutional morality'.¹⁴

Volgens Dicey is voor alles het belangrijkste kenmerk van deze informele, veelal ongecodeerde regels dat zij geen rechtskarakter hebben, omdat zij niet handhaafbaar zijn voor de rechter.¹⁵ Hij bracht daarmee slechts tot uitdrukking dat het parlement *zelf* in plaats van de rechter verantwoordelijk is voor de handhaving van deze categorie regels. Hoewel deze definitie wellicht anders suggereert, staat dit kenmerk dus los van de bindendheid van deze categorie regels; dat betekent dat conventies tegelijkertijd het parlement binden en niet gehandhaafd kunnen worden door de rechter. In feite vormt deze definitie slechts het uitvloeiende van de parlementaire soevereiniteit, welke doctrine volgens de diceyaanse benadering impliceert dat het parlement per definitie niet aan hoger recht kan zijn onderworpen. Er geldt slechts één belangrijke uitzondering op dit uitgangspunt: het parlement kan niet tornen aan de parlementaire soevereiniteit zelf. Ironisch genoeg kent de constitutie van het Verenigd Koninkrijk daarom ook een belangrijke taak toe aan de rechter, omdat die in concrete rechtszaken tot taak heeft de geldigheid van Acts of Parliament vast te stellen en op die manier verantwoordelijk is voor de bescherming van de parlementaire soevereiniteit als zodanig.

Hoe eenvoudig deze benadering van de structuur van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk ook moge lijken, in de praktijk roept zij vooral na het einde van de Tweede Wereldoorlog in toenemende mate complexe

13 Dit is de andere, eerste, categorie constitutionele regels die Dicey onderscheidt. Hij omschrijft deze als 'in the strictest sense "laws," since they are rules which (whether written or unwritten, whether enacted by statute or derived from the mass of custom, tradition, or judge-made maxims known as the common law) are enforced by the courts.' Zie Dicey 1959 (1915), p. 23-24. Uiteraard kan het parlement volgens de diceyaanse theorie zijn binding aan deze categorie regels, ongeacht of het gaat om de common law dan wel een Act of Parliament, ongedaan maken door een (nieuwe) Act of Parliament van die strekking aan te nemen.

14 Dicey 1959 (1915), p. 24.

15 Dicey baseerde zich voor die benadering op de relatief enge definitie van het begrip 'recht' die het Verenigd Koninkrijk op dat moment al kende. Alleen de voor de rechter handhaafbare regels hebben volgens die benadering rechtskarakter. Zie voor de achtergrond van deze definitie van het begrip 'recht' o.a. Lowell 1921, p. 473-475.

vragen op. De diceyaanse benadering van de parlementaire soevereiniteit is ontstaan in de negentiende eeuw, toen de staatstaak niet alleen in algemene zin kleiner was maar de natiestaat ook in mindere mate juridisch verweven was met andere staten c.q. samenwerkingsverbanden die de grenzen van de natiestaat overstijgen. Vooral na de Tweede Wereldoorlog hebben zich tegen die achtergrond diverse ontwikkelingen voorgedaan die de vraag hebben doen rijzen of het parlement nog daadwerkelijk soeverein is. In dat kader valt met name te denken aan het lidmaatschap van de EU tussen 1973 en 2020, de incorporatie van het EVRM in de nationale rechtsorde door middel van de Human Rights Act 1998 en de overdracht in 1998 van wetgevende en bestuurlijke bevoegdheden aan nieuw opgerichte decentrale overheidsorganisaties, de zogeheten devolved bodies, in Noord-Ierland, Schotland en Wales.¹⁶ Als gevolg van deze en andere constitutionele ontwikkelingen zijn er steeds meer twijfels gerezen over de houdbaarheid van de doctrine van de parlementaire soevereiniteit.

Niet alleen de zeggenschap van het parlement over het geldende recht in het Verenigd Koninkrijk, ook de mate waarin het nog mogelijk is het eigen interne functioneren primair te laten afhangen van conventies staat ter discussie. De toenemende complexiteit van het staatsbestel heeft er namelijk toe geleid dat de partijpolitieke verhoudingen in de House of Commons lang niet altijd meer beslissend zijn voor het verloop van de politieke strijd. Vooral de nasleep van het referendum over het lidmaatschap van de EU op 23 juni 2016,¹⁷ waarin een meerderheid van de opgekomen kiezers zich uitsprak voor beëindiging van dit lidmaatschap, springt daarbij in het oog. Niet alleen legde dit referendum bloot dat de opvattingen van de meerderheid van de leden van het parlement op zichzelf al niet synchroon hoeven te lopen met de opvattingen van de bevolking, ook betrof dit een kwestie die de twee grote partijen¹⁸ in de House of Commons, namelijk de Conser-

16 Het Verenigd Koninkrijk bestaat uit de deelgebieden Engeland, Schotland, Wales en Noord-Ierland. Engeland, Schotland en Wales kunnen, anders dan Noord-Ierland, als naties of landen worden gezien. Meestal wordt Noord-Ierland in plaats van een land omschreven als een 'province' of 'region', omdat het ontstaan van Noord-Ierland het resultaat is van de uittrekking van de (rest van de latere) Ierse republiek uit het Verenigd Koninkrijk in 1922. Vgl. o.a. Blick 2015, p. 162; Bogdanor 2019, p. 178-179. Volgens de diceyaanse doctrine strekt de parlementaire soevereiniteit zich uit tot al deze gebieden. Zie nader par. II.2.7.

17 Dit was niet het eerste referendum over de voortzetting van het EU-lidmaatschap van het Verenigd Koninkrijk. Al in 1975, toen het Verenigd Koninkrijk nog maar twee jaar deel uitmaakte van de (voorloper van de) EU, vond hierover een referendum plaats. Reeds toen leidde de 'Europese kwestie' al tot diepe verdeeldheid binnen met name de Labour Party. Zie nader par. II.2.8.

18 Het Engels kent niet een afzonderlijk woord voor 'fractie'. In plaats daarvan wordt de term 'party' gebruikt voor de organisatie van Members of Parliament binnen partijverband. In dat licht sluit ik aan, mede om verwarring te voorkomen, bij het Engelse taalgebruik en bezig ik het woord 'fractie' in dit deel niet.

vative Party en de Labour Party, intern diep verdeelde.¹⁹ Dat was zichtbaar in de besluitvorming in het parlement over vrijwel alle beslissingen die met de door het Verenigd Koninkrijk te bewandelen route uit de EU gemoed waren. Volgens Bogdanor maakte het moeizame verloop van de besluitvorming over 'Brexit' een dringende behoefte zichtbaar aan de vaststelling van een gecodificeerde constitutie met het oog op het nemen van complexe politieke beslissingen.²⁰ De constitutie van het Verenigd Koninkrijk dankt haar werking immers voor een belangrijk deel aan de stabiliteit *binnen* de partijen in het parlement, die, zoals Brexit aantoont, niet langer altijd gegarandeerd is. Ongeacht of deze ontwikkelingen nu de noodzaak van de vaststelling van een gecodificeerde constitutie aantonen of niet, het is duidelijk dat de rol van conventies in de constitutie sinds de periode na de Tweede Wereldoorlog aan veranderingen onderhevig is.

Voor een goed begrip van de rol die conventies spelen en hebben gespeeld, is een nadere blik op de historische achtergrond van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk onontbeerlijk. De geschiedenis van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk valt aanvankelijk hoofdzakelijk samen met de historie van de *Engelse* constitutie. De belangrijkste reden daarvoor is dat de constitutie van het Verenigd Koninkrijk tot op zekere hoogte kan worden gezien als een voortzetting van de Engelse constitutie vanaf de vereniging van Engeland (waarvan Wales al in 1536 min of meer deel was gaan uitmaken)²¹ en Schotland in 1707 tot het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië, omdat de instituties van dit nieuwgevormde land de reeds in Westminster gevestigde instituties bleven.²² Ook nadat het grondgebied van het gehele eiland Ierland in 1801 van dit Koninkrijk deel zou gaan uitmaken (dat zich in 1922, afgezien van de zes *counties* die het huidige Noord-Ierland vormen, daarvan ook weer zou losmaken) bleef de Engelse invloed op de constitutie van het Verenigd Koninkrijk dominant.

De rest van dit hoofdstuk bevat de belangrijkste ontwikkelingslijnen uit de geschiedenis van de constitutie van Engeland en het Verenigd Koninkrijk. Vanwege het 'historische' karakter van de constitutie en het informele karakter van de conventie worden ook de belangrijkste regels die van de constitutie deel uitmaken in de loop van dit hoofdstuk kort uiteengezet.

19 Bogdanor 2019, p. 13: '[T]he European issue (...) has revealed a profound cultural divide in British politics which has both polarized the two major political parties and divided them internally.'

20 Bogdanor 2019, p. 270. Zie ook het slot van par. II.2.8.

21 De inlijving van Wales door Engeland werd tot 1993 bezegeld door de Laws in Wales Acts 1535 and 1542 (27 Henry VIII c. 26). Zie o.a. Blick 2015, p. 95.

22 Tombs 2015, p. 330.

II.2.2 'Constitutionele' ontwikkelingen tot het begin van de zeventiende eeuw

Al vanaf de vijfde eeuw waren op het huidige Engelse grondgebied verschillende Germaanse volkeren gevestigd, die tezamen doorgaans worden aangeduid als de Angelsaksen.²³ Reeds in de zevende eeuw werden op het Engelse grondgebied documenten met een constitutioneel karakter uitgevaardigd, ruim voor de vestiging van het Koninkrijk van Engeland als soevereine staat in de tiende eeuw.²⁴ In 1066 nam de geschiedenis van Engeland een grote wending. In dat jaar maakte de hertog van Normandië, Willem de Veroveraar, zich meester van Engeland en werd hij de nieuwe koning van het Engelse Koninkrijk. Niettemin liet de koning veel plaatselijke instellingen ongemoeid, waardoor de plaatselijke adel een belangrijke machtsfactor in het gebied zou blijven.

Vervolgens zou het nog ongeveer honderdvijftig jaar duren voordat het eerste document met een algemeen als 'constitutioneel' erkend karakter ontstond, namelijk de eerste versie van de Magna Carta in 1215. Dit document bevat de concessies die een groep baronnen, ook wel bekend als de 'Northeners', heeft afgedwongen van de toenmalige koning Jan zonder Land.²⁵ Het document beschermde een veelheid aan belangen, waaronder die van de baronnen zelf, de vrijheid van de kerk en sociale en economische rechten van ridders en andere vrije mannen en zelfs, zij het in zeer beperkte mate, rechten van vrouwen.²⁶ De Magna Carta poogde niet zozeer de verhoudingen tussen de koning en zijn onderdanen vast te leggen, zoals eerdere 'constitutionele' documenten deden, maar die ook te veranderen.²⁷

Het document had aanvankelijk echter nauwelijks invloed. Binnen drie maanden na de totstandkoming herriep paus Innocentius III de Magna Carta, omdat het document niet de almacht van de kerk erkende die de paus eerder had uitgeroepen over Europa. Vanaf de dertiende eeuw won het document alsnog aan gezag: verschillende koningen verklaarden zich aan de Magna Carta gebonden en rechters begonnen het document te handhaven.²⁸

23 Tombs 2015, p. 21-22.

24 Dit geldt ook voor talloze koningen op het Engelse grondgebied na hen. Zie met verdere verwijzingen Blick 2015, p. 34-37.

25 In het Verenigd Koninkrijk staat deze koning bekend als John Lackland. De tekst van de Magna Carta kreeg diverse keren een update, voor het laatst in 1225. Zie uitgebreid Blick 2015, p. 43-51 met nadere verwijzingen.

26 Blick 2015, p. 48 met verdere verwijzingen.

27 Blick 2015, p. 45.

28 Blick 2015, p. 53.

Vier delen van de Magna Carta hebben nog altijd kracht van wet in het Verenigd Koninkrijk,²⁹ maar zij zijn juridisch gezien nauwelijks nog van betekenis.³⁰ Toch heeft de Magna Carta zowel binnen als buiten het Verenigd Koninkrijk nog altijd een welhaast symbolische status als een van de eerste ‘constitutionele’ documenten dat grenzen stelde aan de uitoefening van koninklijk gezag.³¹

In zowel de Magna Carta als de in 1258 vastgestelde Provisions of Oxford verklaarden landheren en andere magnaten tezamen ‘the community’ van Engeland te vormen.³² In de loop van de dertiende eeuw werd het gebruikelijk voor deze gemeenschap om vergaderingen te houden, de zogeheten ‘Parliaments’, met het doel de koning van advies te dienen over belangrijke kwesties. Naast deze gemeenschap, die in feite de voorloper vormt van de Lords, zouden in de loop van de veertiende eeuw ook vertegenwoordigers uit de verschillende lokale gemeenschappen van Engeland (counties en towns), de voorlopers van de huidige Commons, betrokken raken bij het wetgevingsproces in het parlement. Al vanaf die tijd is het mogelijk het parlement onder te verdelen in twee huizen: de House of Lords (het Hogerhuis) en de House of Commons (het Lagerhuis). Al in 1376 ontstond binnen de Commons een nieuw orgaan, namelijk de Speaker, dat de vergaderingen binnen dat huis zou gaan voorzitten.³³

De invloed van het parlement op de beslissingen van de koning was aanvankelijk echter nog beperkt; eerst kwamen de vertegenwoordigers van baronnen respectievelijk de lokale gemeenschappen slechts bijeen op bevel van de koning, later werd het in toenemende mate gebruikelijk dat het parlement op vaste momenten bijeenkwam.³⁴ De koning was altijd bevoegd zelfstandig beslissingen te nemen op basis van het zogeheten Royal Prerogative. Al vanaf de vijftiende eeuw vatte echter de gedachte post dat zijn beslissingen aan gezag zouden winnen als hij deze samen met het parlement neemt. Tegen die achtergrond valt te verklaren dat de koning al vanaf de vijftiende eeuw de rechtsgeldigheid van zijn aanspraak op de troon door het parlement liet goedkeuren. Dit zou betekenen dat beslissingen van het parlement al vanaf dat moment niet louter meer samenvielen met die van de koning. Deze praktijk vormde de voorbode van het ontstaan van de parlementaire soevereiniteit.

29 Het gaat om hoofdstuk 1 (over de vrijheid van de kerk), hoofdstuk 9 (over rechten van lokale overheden), hoofdstuk 29 (over de erkenning van het beginsel dat men alleen na een eerlijk proces een straf opgelegd kan krijgen) en hoofdstuk 37 (een bepaling die het belang van de Magna Carta onderstreept). Zie Blick 2015, p. 57. Overigens zou het nog enkele eeuwen duren voordat het parlement het document voor de eerste maal in de vorm van een wet uitvaardigde. Zie Allison 2018a, p. 157 met verdere verwijzingen.

30 Blick 2015, p. 62.

31 Blick 2015, p. 57-62.

32 Goldsworthy 1999, p. 28-29, ook voor de rest van deze alinea.

33 Tombs 2015, p. 118.

34 Goldsworthy 1999, p. 33, ook voor de rest van deze alinea.

In 1534 kwam onder koning Hendrik VIII de Act of Supremacy tot stand, die bepaalt dat niet de paus, maar de koning het hoofd van de (anglicaanse) kerk is.³⁵ Bijgevolg groeide de macht van het parlement, dat vanaf deze periode niet langer de macht van de katholieke kerk hoefde te dulden. Wel bestond er nog lange tijd discussie over de vraag waaraan het parlement zijn macht ontleende. In die tijd werd het belang van betrokkenheid van het parlement bij de totstandkoming van koninklijke besluiten aan de hand van twee soorten theorieën verklaard.³⁶ Volgens beide soorten theorieën kan de koning in de vorm van Acts of Parliament ieder denkbaar besluit nemen, omdat hij de plaatsvervanger van God op aarde is; zij verschillen echter in hun verklaringen voor de herkomst van zijn soevereiniteit. Volgens royalistische theorieën ontleende het parlement zijn almacht louter aan die van de koning; het was soeverein, omdat het parlement het hoogste lichaam vormt waarin de koning beslissingen neemt. Op basis van parlementaire theorieën dankte het parlement daarentegen zijn invloed aan de vertegenwoordigende functie van de koning, de Commons en de Lords tezamen. Alleen als de koning samen met de vertegenwoordigers van de natie beslissingen nam, waren de door de koning opgestelde regels gerechtvaardigd, zo volgde uit deze theorie.

Het ontstaan van de rechtspraak gaat zelfs nog iets verder terug. Al vanaf ongeveer 1160 kwam onder koning Hendrik II de gecentraliseerde rechtspraak tot stand, waarbij lokale edelen rechtspraken uit naam van de koning.³⁷ Daarnaast ontstonden vanaf ongeveer 1170 zogeheten 'Royal Courts' die permanent vanuit Westminster rechterlijke uitspraken deden op basis van door de koning uitgeschreven gestandaardiseerde dagvaardingen, de zogeheten 'writs'.³⁸ In deze praktijk ligt de kiem van de common law, die zijn basis vindt in een mix van Angelsaksische en Normandische gewoonten. Langzaam maar zeker zou de common law gaan gelden voor alle inwoners van het land, waardoor het zou uitgroeien tot het eerste nationale rechtssysteem in Europa.

In de begintijd van dit rechtssysteem kende Engeland nog geen duidelijk onderscheid tussen wetgevende organen die het geldende recht vaststellen en rechterlijke organen die de beslechting van de geschillen op basis van het geldende recht voor hun rekening nemen. Engelse rechters uit die tijd hielden zich niet alleen bezig met de beslechting van geschillen, maar oefenden ook wetgevende en administratieve taken uit.³⁹ Vanaf 1327 begonnen politieke werkzaamheden een steeds groter stempel te drukken op de agenda van parlementariërs. Het parlement groeide vervolgens van de hoogste

35 Goldsworthy 1999, p. 52, ook voor de rest van deze alinea.

36 Goldsworthy 1999, p. 63-75.

37 Blick 2015, p. 41.

38 Tombs 2015, p. 65-66.

39 Goldsworthy 1999, p. 45.

rechter in het Engelse rijk uit tot een politiek lichaam met een vertegenwoordigde functie.⁴⁰ In dezelfde periode werd ook het onderscheid tussen rechtspraak en wetgeving duidelijker, al bleef het parlement zich nog vele eeuwen daarna met rechtspraak bezighouden; de Appellate Committee van de House of Lords zou zelfs nog tot 2009⁴¹ de hoogste rechter in het Verenigd Koninkrijk blijven.

Op den duur zou de common law, waaraan de koning zich aanvankelijk niet gebonden achtte, ook tegen de koning in stelling worden gebracht. In de beroemde *Dr. Bonham's Case* (1610) overwoog de Court of Common Pleas bij monde van Sir Edward Coke (1552-1634) dat de common law grenzen stelt aan de parlementaire soevereiniteit.⁴² Bijgevolg zou de rechter een wet die strijdig is met 'common right and reason' ongeldig kunnen verklaren. Hoewel de wetenschappelijke aandacht voor deze uitspraak nog altijd groot is, is zijn invloed op de constitutie van het Verenigd Koninkrijk relatief gering geweest.⁴³ De *Case of Proclamations* (1611), ook beslecht onder voorzitterschap van Coke, had een grotere invloed op het constitutionele denken in Engeland.⁴⁴ In deze uitspraak besliste de Court of Common Pleas onder meer dat de koning bij het nemen van beslissingen op grond van het Royal Prerogative gebonden is aan het recht, daarmee implicierend dat de rechter bevoegd is zich op basis van de common law uit te spreken over de juridische geldigheid van deze door de koning genomen beslissingen.⁴⁵ Deze bevoegdheid heeft de rechter nog steeds. Impliciet drukte de Court of Common Pleas daarmee uit dat de koning zijn bevoegdheid tot het beslechten van geschillen kwijtraakte ten koste van de rechterlijke macht. In feite vormt deze uitspraak een voorbode van de erkenning van de rechterlijke onafhankelijkheid, die een kleine eeuw later in de wet zou worden verankerd.

II.2.3 De Glorious Revolution van 1688-1689 als startpunt van een nieuw tijdperk

Vanaf het begin van de zeventiende eeuw ontstonden spanningen tussen de koning en het parlement. Bij de maatschappelijke bovenlaag in Engeland bestond er een steeds groter wordende weerstand tegen zowel de heffing van belastingen, die rond die tijd een belangrijke bron van inkomsten vorm-

40 Goldsworthy 1999, p. 39.

41 Zie over de oprichting in dat jaar van de UK Supreme Court die de rechtsprekende taak van de Lords zou overnemen par. II.2.6.

42 *Dr. Bonham's Case* [1610] 8 Co. Rep. 114a.

43 Zie o.a. Goldsworthy 1999, p. 111-115; Allison 2007, p. 128-156.

44 *Case of Proclamations* [1611] 12 Co. Rep. 74. Overigens was deze uitspraak gebaseerd op de historisch onjuiste claim 'that since the Norman Conquest no king (thus even the early Norman kings) had withdrawn cases for his personal determination'. Zie Allison 2018a, p. 153 met verdere verwijzingen.

45 Zie o.a. Bradley, Ewing & Knight 2015, p. 251.

den voor de koning, als de uitbreiding van de macht van de koning in de Engelse counties.⁴⁶ Bovendien waren de grenzen van het Royal Prerogative onduidelijk. Het parlement eiste toen geen inspraak op beslissingen van de koning over onder meer buitenlands beleid en het beheer van het leger. In de loop van de zeventiende eeuw zou dat echter veranderen en begonnen steeds meer leden van het parlement zich tegen de machtsuitoefening door de koning te verzetten. In 1628 kwamen de Commons en koning Karel I in de *Petition of Right* overeen dat de koning niet langer burgers zonder proces of aanklacht gevangen kon houden.

Ondertussen nam de onrust verder toe. Die periode werd gekenmerkt door drie opeenvolgende burgeroorlogen (1642-1651), die uitmondde in de tijdelijke afschaffing van de monarchie. In de periode tegen het einde van de burgeroorlog kende Engeland kortstondig een republikeins bewind (1649-1660) onder leiding van Oliver Cromwell. Tussen 1649 en 1653 had Cromwell een voorstel gedaan voor een soort schikking tussen het opstandige leger en de koning, die volgens sommige auteurs mogelijk had kunnen uitgroeien tot een volwaardige grondwet.⁴⁷ Uiteindelijk kwam van dat voorname niets terecht, omdat de tijd er nog niet rijp voor leek.

Sinds 1660, toen koning Karel II de troon besteeg, is Engeland weer een monarchie.⁴⁸ De nieuwe koning, die met het katholicisme sympatiseerde, streefde de realisering van godsdienstvrijheid na met het oog op de verbetering van de positie van katholieken in zijn land. Ironisch genoeg leidde deze poging tot verzoening juist tot grote spanningen in zijn land; vooral de Tweede Engelse Zeeoorlog (1672-1674) tegen Nederland, waarin Karel met zijn katholieke, Franse ambtgenoot Lodewijk XIV optrok, deed de oude angsten onder de Engelse bevolking voor papisme en absolutisme herleven. Tegen deze achtergrond werd het voor delen van het parlement steeds belangrijker om zeker te stellen dat in de toekomst nooit een katholiek de troon zou kunnen bestijgen; deze angst was begrijpelijk, omdat Karels troonopvolger, Jacobus II, openlijk het rooms-katholieke geloof aanhing. Tegen deze achtergrond ontstonden de twee leidende politieke stromingen die tot het begin van de negentiende eeuw het parlement zouden domineren: zij stonden met een pejoratieve aanduiding respectievelijk bekend als de Whigs (een benaming voor Schotse, presbyteriaanse paardendieven), die tot doel hadden Jacobus van de troon te weren, en de koningsgezinde Tories (een aanduiding voor Ierse, katholieke rovers van vee).

Toen Jacobus na de dood van Karel in 1685 eenmaal de troon besteeg, was al snel duidelijk dat hij een andere stijl van regeren had dan zijn voorganger.⁴⁹ Anders dan Karel, ondernam Jacobus vergaande maatregelen

46 Lyon 2003, p. 199.

47 In die zin o.a. Johnson 1999, p. 136: 'Just for a short time between 1649 and 1653 it looked as if England might receive a constitution that would have had the character of a basic or fundamental law standing above the ordinary laws of the land.'

48 Tombs 2015, p. 249-256, ook voor de rest van deze alinea.

49 Lyon 2003, p. 247-248.

waarmee hij het katholieke geloof in oude luister wilde herstellen. Deze gebeurtenissen vormden uiteindelijk de aanleiding voor de zogeheten Glorious Revolution die zijn aftreden inluidde; Jacobus' plaats werd ingenomen door zijn protestantse dochter Maria II en haar echtgenoot Willem III van Oranje. De term 'Revolution' is daarbij overigens in zekere zin misleidend, omdat de gebeurtenissen van 1688-1689 naar de oorspronkelijke betekenis van het woord een terugwenteling vormden naar de oorspronkelijk bestaande constitutionele verhoudingen in plaats van een ingrijpende wijziging van het staatsbestel.⁵⁰ Bovendien is deze revolutie, anders dan de term wellicht suggereert, geweldloos verlopen. Hoewel dit op zichzelf al bijzonder is, verwijst de term 'Glorious' vooral naar de basis die deze terugwenteling heeft gelegd voor het ontstaan van de huidige Engelse constitutie.⁵¹

Vervolgens kwam de Bill of Rights⁵² tot stand, waarin een aantal grenzen aan de uitoefening van het Royal Prerogative is geformuleerd, zoals de regel dat de koning in vredetijd alleen een leger kan aanhouden met toestemming van het parlement.⁵³ Veel auteurs nemen aan dat het Royal Prerogative sinds die tijd ondergeschikt is aan Acts of Parliament.⁵⁴ De Bill of Rights kan bovendien worden gezien als een bevestiging van het karakter van de parlementaire soevereiniteit als de basisdoctrine van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk.⁵⁵ Tevens is de immuniteit van het parlement (ook wel bekend als het 'parliamentary privilege'), die nog altijd zijn stempel drukt op de constitutie, in het negende artikel van de Bill of Rights opgenomen.⁵⁶ Anders dan de naam suggereert, bevat de Bill of Rights niet een opsomming van mensenrechten, waardoor dit document niet goed te vergelijken is met een grondwet.

Afgezien van de inhoudelijke bepalingen van de Bill of Rights die een min of meer constitutioneel karakter hadden, legde dit document vast dat de protestantse prinses Anne van Denemarken, de dochter van Jacobus II, Maria en Willem zou opvolgen; op die manier bleef het protestantse karak-

50 Wicks 2006, p. 15-16.

51 Wicks 2006, p. 16 met verwijzing naar Trevelyan 1938, p. 11: 'The fundamentals have remained to bear the weight of the vast democratic superstructure which the nineteenth and twentieth century have raised upon its sure foundations. Here, seen at long range, is "glory" burning steadily for 250 years.'

52 *An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Setting the Succession of the Crown* (1 William & Mary Session 2 c. 2).

53 Bill of Rights 1689, Article 6: 'By raising and keeping a Standing Army within this Kingdom in time of Peace without Consent of Parlyament and Quartering Soldiers contrary to Law.'

54 Zie nader Blick 2015, p. 86 met nadere verwijzingen.

55 Goldsworthy 1999, p. 159-160. Overigens deelt niet iedereen die opvatting. Zie o.a. Wicks 2006, p. 19-20.

56 Bill of Rights 1689, Article 9: 'That the Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parlyament.'

ter van de troon verzekerd. In 1700 stierf Annes enige nog levende kind op elfjarige leeftijd. Daarmee bleven echter alleen de katholieke kinderen uit het tweede huwelijk van Jacobus II als mogelijke troonopvolgers over, als Anne zelf eenmaal zou zijn overleden.⁵⁷ Deze tragische gebeurtenis, gecombineerd met de politieke wil te voorkomen dat na de dood van Anne een katholieke vorst de troon van Engeland zou bestijgen, vormde daarom de aanleiding voor een nieuwe constitutionele gebeurtenis van belang, de totstandkoming van de Act of Settlement 1700,⁵⁸ die tot doel had de mogelijkheid van troonopvolging door katholieken uit te sluiten. Na de dood van Anne zou de troon op basis van deze wet voorbestemd blijven voor een protestant, namelijk 'the most Excellent Princess Sophia Electress and Dutchess Dowager of Hannover', een kleindochter van Jacobus I. Zij en haar nakomelingen konden aanspraak maken op de Engelse troon, mits zij zowel protestants zouden blijven als met een protestant zouden trouwen (section I).⁵⁹ Deze bepaling vestigde aldus een sterke verbinding tussen het huis van Hannover en Engeland, die resulteerde in een toenemende betrokkenheid van Engeland bij conflicten op het Europese vasteland.⁶⁰

De Act of Settlement bevatte, gelet op deze nieuwe banden tussen Engeland en het Europese vasteland, ook een aantal bepalingen die zouden moeten waarborgen dat het parlement, los van de wil van de koning, over bepaalde aspecten van het koningschap zeggenschap hield. Zo volgde daaruit dat bij het toevallen van het koningschap aan een niet-Engelse koning er nooit een verplichting voor de Engelse natie zou kunnen ontstaan om zich te mengen in een oorlog ter verdediging van niet-Engels territorium, tenzij het parlement daarvoor toestemming verleent (section III, clause 3).⁶¹ Bovendien had deze wet tot doel onwenselijke beïnvloeding van de vorst te voorkomen. Daartoe sloot zij uit dat buitenlanders lid konden worden van de

57 Tombs 2015, p. 309.

58 *An Act for the further Limitation of the Crown and better securing the Rights and Liberties of the Subject* (12 & 13 Wm 3 c. 2).

59 Tot 2013 zou deze eis volledig van kracht blijven. In dat jaar trad de Succession to the Crown Act 2013 in werking, waarvan section 2(2) bepaalt: 'A person is not disqualified from succeeding to the Crown or from possessing it as a result of marrying a person of the Roman Catholic faith.' Tot op de dag van vandaag blijft het voor de vorst *zelf* echter verboden een ander geloof dan het protestantse aan te hangen.

60 Blick 2015, p. 88.

61 De clause luidt: 'That in case the crown and imperial dignity of this realm shall hereafter come to any person, not being a native of this kingdom of England, this nation be not obliged to engage in any war for the defence of any dominions or territories which do not belong to the crown of England, without the consent of parliament.'

'Privy Council', een adviesorgaan van de koning, en het parlement.⁶² Bovendien maakte de Act of Settlement het onmogelijk voor buitenlanders om een publiek ambt te bekleden dan wel land of publieke bezittingen te vergaren (section III, clause 6).⁶³ De vanuit constitutioneel oogpunt misschien wel belangrijkste bepaling van de Act of Settlement, ten slotte, had betrekking op de positie van een andere staatsmacht: de rechter. Hierover legde de Act vast dat ontslag van rechters alleen mogelijk is 'upon the Address of both Houses of Parliament' (section III, clause 7),⁶⁴ waardoor de rechterlijke macht immuun bleef voor inmenging van de vorst. Deze eis kan daarom worden gezien als de eerste wettelijke voorziening die de rechterlijke onafhankelijkheid waarborgt.

Aldus beschermde deze wet de monarchie niet alleen tegen ongewenste katholieke invloeden, maar waarborgde zij ook dat het landsbestuur in zijn algemeenheid werd gevrijwaard van een ongebreidelde bevoegdheidsuitoefening door de koning.⁶⁵ Haar vaststelling markeert dat ook de koning zich dient te voegen naar de grenzen die het recht stelt aan de bevoegdheidsuitoefening op basis van het Royal Prerogative. De totstandkoming van de Act of Settlement kan daarom worden gezien als een belangrijk moment in de

-
- 62 De Act of Settlement bepaalde: 'That from and after the time that the further limitation by this act shall take effect, all matters and things relating to the well governing of this kingdom, which are properly cognizable in the Privy Council by the laws and customs of this realm, shall be transacted there, and all resolutions taken thereupon shall be signed by such of the Privy Counsel [sic] as shall advise and consent to the same' (section III, clause 5). Door vast te leggen dat de Privy Council de beslissingen over de belangrijkste aangelegenheden van het Koninkrijk neemt, was het ook niet mogelijk voor de monarch een ander orgaan in het leven te roepen, dat de beslissingen van de Privy Council zou kunnen negeren, waarin wel buitenlanders zitting zouden kunnen nemen. Zie Blick 2015, p. 88-89. Overigens zouden, zoals verderop nog zal blijken, de belangrijkste beslissingen in de loop van de achttiende eeuw niet langer worden genomen in de Privy Council, maar in een kleinere, geheime subgroep van dat orgaan dat bekend kwam te staan als het 'Cabinet'.
- 63 De clause luidt: 'That after the said limitation shall take effect as aforesaid, no person born out of the Kingdoms of England, Scotland, or Ireland, or the dominions thereunto belonging (although he be naturalized or made a denizen, except such as are born of English parents) shall be capable to be of the Privy Council, or a member of either House of Parliament, or to enjoy any office or place of trust, either civil or military, or to have any grant of lands, tenements or hereditaments from the Crown, to himself or to any other or others in trust for him.' Zie voor de uitleg van deze tekst Blick 2015, p. 88.
- 64 De clause luidt: 'That after the said limitation shall take effect as aforesaid, judges commissions be made quamdiu se bene gesserint, and their salaries ascertained and established; but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them.' In het Nederlands betekent 'quamdiu se bene gesserint' zoiets als 'zolang hij zich goed gedraagt'.
- 65 Zie over de verdere implicaties van de Act of Settlement voor de verdere ontwikkeling van de constitutie Blick 2015, p. 90-91.

ontwikkeling van de heerschappij van het recht, beter bekend als ‘the Rule of Law’.⁶⁶

Na de dood van Willem in 1702 besteeg Anne de troon.⁶⁷ Het begin van haar periode als vorst werd getekend door een moeizame relatie tussen Engeland en Schotland, van welke beide landen zij de koningin was.⁶⁸ Engeland en Schotland maakten al deel uit van een personele unie vanaf 1603 toen de koning van Schotland, Jacobus VI, als Jacobus II ook de troon van Engeland besteeg.⁶⁹ Verschillende externe dreigingen uit het Europese vasteland gaven ondanks de slechte verhoudingen tussen beide landen aanleiding tot een nog verdere integratie van beide landen: deze vereniging van Engeland met Schotland in 1707 markeerde het ontstaan van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië.⁷⁰

Engeland en Schotland hadden ieder hun eigen beweegredenen om met deze vereniging in te stemmen. Engeland was vooral bevreesd voor Frankrijk, welk laatste land voor de Engelsen een serieuze bedreiging vormde; nadat deze twee landen met elkaar in conflict waren geraakt in de Spaanse successieoorlog (1701-1714), hield Engeland serieus rekening met een invasie van Frankrijk vanaf de noordelijke grens met Schotland.⁷¹ Daar kwam nog bij dat de aanneming van de Engelse Act of Settlement voor het Schotse parlement, de zogeheten ‘Estates’, aanleiding vormde om een tweetal wetten aan te nemen met vergaande consequenties voor Engeland.⁷² De eerste wet was de zogeheten Act anent Peace and War 1703 waarin de Estates vastlegden dat beslissingen omtrent het verklaren van oorlog dan wel het onderhandelen over vrede met andere staten alleen mogelijk is na goedkeuring van het Schotse parlement. De aanleiding voor de vaststelling van deze wet betrof de angst van de Schotten betrokken te raken bij oorlogen waarin Engeland reeds was verwickeld; deze angst was aangewakkerd door de betrokkenheid van Engeland bij de Spaanse successieoorlog. De tweede door de Estates vastgestelde wet, de Act of Security and Succession 1704,

66 Vgl. Wicks 2006, p. 25 met verwijzing naar Trevelyan 1938, p. 168: ‘It is difficult to exaggerate the importance of this [bedoeld is de vaststelling van de Act of Settlement in 1700, GJAG] as a step towards real justice and civilization.’ Tot het einde van de negentiende eeuw was het in dit kader overigens gebruikelijker te spreken van ‘the rule of the law’. Dicey was de eerste auteur die in zijn beroemde boek *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* uit 1885 het tweede woord ‘the’ in die beschrijving weglief. Zie Dicey 1959 (1915), p. 183-205. Achteraf bezien gaf hij daarmee in de woorden van Allison ‘the nominal contribution of what thus became, in English, the principle’s standard name – “the rule of law”’. Zie Allison 2018b, p. 175.

67 Tombs 2015, p. 310-311.

68 Overigens bezette zij ook de troon van het Koninkrijk Ierland, dat tussen 1542 en 1800, toen het land (tot 1922) onderdeel zou gaan uitmaken van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Ierland, door Engelse koningen werd geregeerd. Zie o.a. Lyon 2003, p. 161.

69 Tombs 2015, p. 204-205.

70 Wicks 2006, p. 37-38.

71 Blick 2015, p. 92-93.

72 Wicks 2006, p. 32-33, ook voor de rest van deze alinea.

had zo mogelijk nog grotere consequenties voor Engeland, omdat het Schotse parlement zich in deze wet het recht voorbehield zelf te bepalen wie na de dood van Anne de nieuwe Schotse koning zou worden. De aanneming van deze wet had als resultaat dat het niet langer vaststond dat de tronen van Engeland en Schotland voorbestemd waren voor dezelfde vorst, waardoor voor Schotland de weg openlag de traditionele banden met Frankrijk, de aartsvijand van Engeland, weer te verstevigen.

Het Engelse Parlement liet zich echter niet onbetuigd na de aanneming van de twee Schotse wetten, zoals blijkt uit de aanneming in 1705 van de Engelse Alien Act. Deze wet bepaalde zowel dat Schotse burgers voortaan als vreemdelingen zouden worden beschouwd als dat de import van Schotse goederen niet zou worden toegestaan indien de Schotten niet binnen negen maanden na de vaststelling van de wet gevolmachtigden zouden aanwijzen voor de onderhandelingen over de vereniging van Engeland en Schotland. Voor Schotland, dat in economisch opzicht sterk afhankelijk was van Engeland, bleef er daardoor geen andere keus over dan te onderhandelen over de vereniging met Engeland onder Engelse voorwaarden.

Deze vereniging werd in 1707 bezegeld in de zogeheten Acts of Union.⁷³ In de kern hebben deze Acts geleid tot de vestiging van een nieuwe staat, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië, met een nieuwe vlag (Article I) en een nieuw wetgevend orgaan dat net als zijn Engelse voorganger 'Parliament' zou heten en in Westminster gevestigd zou zijn (Article II). Hoewel het naar huidige maatstaven niet geheel duidelijk is wat de (internationaalrechtelijke) status is van de documenten die aan deze vereniging ten grondslag liggen,⁷⁴ ligt het voor de hand dat Engeland en Schotland in 1707, die toen ophielden te bestaan als onafhankelijke staten, hun soevereiniteit hebben overgedragen aan het nieuwe Koninkrijk. Niettemin bleven de reeds geldende wetten uit beide landen van kracht, behalve voor zover zij, zoals de Schotse Act anent Peace and War, de Schotse Act of Security and Succession en de Engelse Aliens Act, in strijd waren met de Acts of Union (Article XXV).⁷⁵

Dat betekent dat het door deze vereniging geconstitueerde parlement een nieuw orgaan was dat zowel het Engelse Parlement als de Schotse Estates verving, hoewel het in het licht van zijn locatie, naam en de daar geldende regels en procedures nauwelijks was te onderscheiden van het Engelse

73 Deze Engelse wet luidt voluit *An Act for a Union of the Two Kingdoms of England and Scotland* (Regnal 6 Ann c. 11). Daarnaast kan nog, afgezien van het onderhandelingsakkoord tussen Engeland en Schotland, de door de Schotse Estates aangenomen Act of Union with England 1707 worden onderscheiden. Zie over de verhouding tussen deze drie documenten Wicks 2006, p. 37.

74 Zie o.a. Blick 2015, p. 95.

75 Het volledige artikel luidt: 'That all Laws and Statutes in either Kingdom, to far as they are contrary to, or inconsistent with the Terms of these Articles, or any of them, shall, from and after the Union cease and become void and shall be so declared to be, by the respective Parliaments of the said Kingdoms.'

Parliament.⁷⁶ Hoewel het nieuwgevormde Britse 'Parliament' in belangrijke mate Engels van karakter was, kon het zijn wetgevende bevoegdheden op grond van de Acts of Union alleen uitoefenen voor zover het de bestaande Schotse rechtsmachtverdeling (Article XIX) respecteerde,⁷⁷ de bestaande Schotse 'Offices' en 'Jurisdictions' intact hield (Article XX) en de 'Rights and Privileges of the Royal Burghs in Scotland as they now are' ongemoeid liet (Article XXI). Heden ten dage is deze vaststelling nog altijd van belang in het licht van de nog uitgebreider te bespreken status van de parlementaire soevereiniteit; met name vanuit Schots perspectief is de in de negentiende eeuw ontstane diceyaanse benadering van deze doctrine, op basis waarvan de wetgevende bevoegdheid van het parlement niet door de rechter kan worden beperkt, gezien de Acts of Union moeilijk te verdedigen.⁷⁸

II.2.4 De verdere indamming van de macht van de koning aan het einde van de zeventiende en het begin van de achttiende eeuw

Sinds de Glorious Revolution van 1688-1689 brengt het recht de parameters aan waarbinnen parlement en regering hun bevoegdheden dienen uit te oefenen. Dat betekent dat de vorst niet langer zijn gezag ontleent aan een aan zijn afkomst ontleend recht op erfopvolging alleen, maar ook aan de goedkeuring van het (Engelse) parlement waaraan hij op grond van de tijdens de kroning afgelegde eed dient te gehoorzamen.⁷⁹ Op dat moment was het echter nog niet zo dat de koning bij voorbaat al van het gezag van het parlement was overtuigd. De werkelijke oorzaak van de afhankelijkheid van de koning van het parlement was een stuk prozaïscher: op basis van de Bill of Rights was het slechts mogelijk belasting te heffen na goedkeuring van het parlement.⁸⁰ Bijgevolg kon geen enkele koning na Jacobus II het zich nog financieel permitteren het recht opzij te zetten of het parlement anderszins

76 Wicks 2006, p. 37-39.

77 Volgens Article XIX was wijziging van de Schotse rechtsmachtverdeling slechts mogelijk 'for the better Administration of Justice'.

78 Zie o.a. Wicks 2006, p. 48; Blick 2015, p. 99; Bogdanor 2019, p. 175. Zelfs Goldsworthy, die bekendstaat als een fervent verdediger van een invulling van de parlementaire soevereiniteit die op geen enkele wijze door de rechter kan worden begrensd, geeft toe dat zijn benadering niet volledig aansluit op de opzet van de Acts of Union. Vgl. Goldsworthy 1999, p. 12, 169-173. Zie ook par. II.2.8.

79 Bogdanor 1995, p. 8: '[The] process of constitutional evolution from Magna Carta to the Bill of Rights and the Act of Settlement established the principle that in Britain the sovereign owed his or her position not only to hereditary right, but also to the consent of parliament, and that it could be taken away if he or she misgoverned. The implication of the 1689 settlement, enshrined in the coronation oath in which the sovereign promised to govern according to "the statutes in parliament agreed upon, and the laws and customs of the same", is that the sovereign rules through the consent of parliament.'

80 Bill of Rights 1689, clause 4: 'By levying money for and to the use of the Crown, by pre- tence of prerogative, for other time, and in other manner than the same was granted by Parliament.'

te passeren.⁸¹ Het was echter niet zo dat de koning zich al aan het einde van de zeventiende eeuw stevast neerlegde bij de opvattingen van (de meerderheid van) het parlement. Integendeel: zeker aan het begin van de achttiende eeuw vormde de koning nog een invloedsfactor van betekenis binnen het parlement.

Toch begonnen de eerste sporen van de erosie van de feitelijke invloed van de koning op het landsbestuur toen al zichtbaar te worden. Al in 1708, toen koningin Anne haar veto uitsprak over de Scottish Militia Bill die het oogmerk had het Schotse leger te bewapenen,⁸² kwam het voor het laatst voor dat de koning openlijk weigerde het zogeheten Royal Assent te verlenen aan een reeds door beide huizen van het parlement goedgekeurd wetsvoorstel. Na die tijd zette de koning weliswaar nog een enkele maal andere middelen in om de bekrachtiging van een wetsvoorstel tegen te houden,⁸³ maar dat illustreerde juist dat de vorst steeds minder ruimte had om de verlening van Royal Assent aan een wetsvoorstel te weigeren. Vanaf de achttiende eeuw maakte langzamerhand de gedachte school dat de vorst alleen in uitzonderlijke omstandigheden tot de weigering van de bekrachtiging van een wetsvoorstel kan overgaan. Achteraf gezien vormt dit een van de eerste, informele, binnen de sfeer van het parlement geldende, regels die vanaf het einde van de negentiende eeuw bekend zouden komen te staan als constitutionele conventies.

Op zichzelf zegt dit echter nog weinig over de feitelijke invloed van de koning binnen het parlement, omdat wetgeving pas in de loop van de negentiende eeuw echt een factor van betekenis in het landsbestuur zou worden,⁸⁴ de koning kon het parlement tot het einde van de achttiende eeuw nog in zekere mate onder controle houden door een aanzienlijk aantal leden, de zogeheten 'King's Friends', aan zich te binden in ruil voor financiële steun.⁸⁵

81 Wicks 2006, p. 17 met verwijzing naar Trevelyan 1938, p. 180: 'No King after James II has ever been in a financial position even to attempt to break the law or to quarrel seriously with the House of Commons.' Zoals verderop in deze paragraaf nog aan de orde komt, prevaleerde het oordeel van de Commons al boven dat van de Lords bij financiële kwesties; vandaar dat in het citaat verwezen wordt naar de House of Commons in plaats van naar het parlement als geheel.

82 Zij gebruikte voor haar veto de Franse uitdrukking 'La Reine s'avisera'. Zie 18 House of Lords Journal 506 (1708).

83 Zoals verderop in de tekst van deze paragraaf nog aan de orde komt, verhinderde koning George III nog dat de India Bill kracht van wet zou krijgen door de Lords onder druk te zetten.

84 Illustratief is de uitspraak uit de jaren 1830 van de toenmalige Home Secretary (vergelijkbaar met de minister van Binnenlandse Zaken in Nederland) en latere Prime Minister Lord Melbourne dat de vervaardiging van wetgeving 'only a subsidiary and incidental duty of Parliament' was. Aangehaald in Bogdanor 1995, p. 10.

85 Bogdanor 1995, p. 9-10: 'In the eighteenth century, they [bedoeld zijn "sovereigns", GJAG] sought to manage parliament and elections through royal patronage, and parliamentary placemen, the "King's Friends". Until 1784, indeed, there were generally around 200 such "King's Friends" in the House of Commons who could be relied upon to support whichever ministers the king appointed.'

Aanvankelijk, in ieder geval totdat George I in 1714 de troon besteeg, had de koning bovendien nog vrij spel in de keuze van zijn ministers.⁸⁶ Na die tijd kwam ook daar echter langzamerhand verandering in. Vanaf 1717 kwam het al steeds vaker voor dat de koning afwezig was bij de besprekingen van zijn belangrijkste adviseurs, of ministers, in het zogeheten 'Cabinet',⁸⁷ een aanvankelijk geheime subcommissie van de Privy Council.⁸⁸ De plaats van de koning werd daarbij ingenomen door een minister die later bekend zou komen te staan als de Prime Minister. Nadat het niet langer vanzelfsprekend was dat de koning bij de besprekingen van het Cabinet aanwezig was, kon dit orgaan uitgroeien tot de spil van de regering, waardoor de invloed van dit orgaan die van de Privy Council uiteindelijk ruimschoots zou gaan overstijgen.⁸⁹

Een van de eerste Prime Ministers (althans, van het ambt dat later onder die naam bekend zou gaan staan) was Robert Walpole, die in ieder geval op twee manieren een nieuwe invulling aan dit ambt gaf.⁹⁰ In de eerste plaats combineerde hij dit ambt met de positie van First Lord of the Treasury, een ministerspost op het terrein van de financiën. In die positie kon Walpole controle uitoefenen op de belastingheffing, waarmee hij indirect betrokken was bij vrijwel alle onderdelen van het regeringsbeleid. Nog altijd zorgt deze combinatie van functies ervoor dat de Prime Minister betrokken is bij een breed scala aan beleidskwesties.⁹¹ Minstens zo belangrijk is de tweede verandering van de positie van de Prime Minister die Walpole voorzichtig in gang heeft gezet. Anders dan zijn voorgangers, die een zetel hadden in de House of Lords, maakte Walpole deel uit van de House of Commons. Hoewel verschillende van de ambtsopvolgers van Walpole nog lid waren van de

86 Bogdanor 1995, p. 9.

87 Na 1837 zou hij zelfs in het geheel niet meer aanwezig zijn bij de vergadering van het Cabinet. Zie Bogdanor 1995, p. 14: 'From 1717 George I began to absent himself from cabinet meetings, his place being taken by the senior minister, who eventually came to be known as the prime minister. Since the time of George I, the sovereign has attended cabinet meetings only on a very small number of formal occasions, or to consider pardons, and since 1837 the sovereign has not attended cabinet at all.' Anders dan de terminologie wellicht suggereert, laat het 'Cabinet' zich het beste vergelijken met de minister-raad in Nederland. Van het Nederlandse begrip 'kabinet' vormt verwarrend genoeg juist de Engelstalige term 'government' het equivalent. Er zijn namelijk ministers die geen deel uitmaken van het Cabinet, maar wel van wat in het Engels 'Government' heet; deze ministers staan ook wel bekend als 'junior ministers'. Vgl. Brazier 1998, p. 132-138.

88 Blick 2015, p. 89. Formeel vormt het Cabinet nog altijd een subcommissie van de Privy Council. Zie Blick 2016a, p. 18, 133.

89 Overigens blijven Cabinet Ministers op grond van de Promissory Oaths Act 1868 tot op de dag van vandaag ook lid van de Privy Council. Leden van de Privy Council kunnen kennisnemen van vertrouwelijke overheidsinformatie, die wordt verstrekt 'on Privy Counsellor Terms'. Vgl. Brazier 1998, p. 71-72; Blick 2016a, p. 19.

90 Wicks 2006, p. 57-58.

91 Overigens is het niet juist de Prime Minister gelijk te stellen met de minister van Financiën. De verantwoordelijkheid voor de dagelijkse gang van zaken op dat ministerie ligt in handen van de op één na hoogste post op het ministerie, namelijk die van de Chancellor of the Exchequer. Zie Wicks 2006, p. 55.

House of Lords, kon de House of Commons mede dankzij de invloed van Walpole uitgroeien tot het dominante huis van het parlement; aan het einde van de achttiende eeuw was de opvatting van de Commons al doorslaggevend op financieel gebied en niet veel later zouden zij ook op andere terreinen het politieke primaat verkrijgen. In dat licht kon ook na 1902 langzamerhand de conventie ontstaan op basis waarvan de Prime Minister verplicht is zitting te hebben in dit huis.⁹²

Hoewel de koning in de gehele achttiende eeuw nog een machtsfactor van belang was, nam zijn invloed op het regeringsbeleid al snel na het aftreden van Walpole in 1742 verder af. Zo beklaagde koning George II zich er in 1744 al over dat '[m]inisters are the kings in this country'.⁹³ Tot het einde van de achttiende eeuw was het echter nog vrij gebruikelijk dat ministers zich voegden naar het advies van de vorst, ook als zij een andersluidend advies aan de koning hadden gegeven. Pas in 1782, toen George III zijn grootvader George II al had opgevolgd, kwam het voor het eerst voor dat een minister in een conflict met de koning aan het langste eind trok. In dat jaar had Lord Rockingham als Prime Minister Lord North opgevolgd; voordat Rockingham zijn nieuwe ambt aanvaardde, had hij de koning in duidelijke woorden te kennen gegeven dat hij niet bereid was te verhinderen dat de Verenigde Staten zich onafhankelijk zouden verklaren.⁹⁴ Hoewel de koning daarop dreigde te abdiceren, koos hij uiteindelijk eieren voor zijn geld toen hij besloot de opvatting van Rockingham te respecteren.

Hoewel de koning ook na die tijd nog een machtsfactor van belang bleef, raakte zijn invloed op het landsbestuur in toenemende mate aan erosie onderhevig. Nadat hij in 1783 nog verhinderde dat de India Bill kracht van wet zou krijgen door de leden van de House of Lords onder druk te zetten, ontsloeg hij de ministers uit de toenmalige regering, de zogeheten Fox-North coalition, en benoemde hij William Pitt the younger als nieuwe Prime Minister.⁹⁵ George slaagde er met behulp van zijn 'powers of patronage' in om het grootste deel van de meerderheid in het parlement tegen Pitt, die afkomstig was uit de koningsgezinde Tory Party, te neutraliseren. Nadat

92 Zie nader par. II.3.3.4.1.

93 Aangehaald in Bogdanor 1995, p. 11.

94 Bogdanor 1995, p. 11: '[T]he king was compelled to accept the resignation of Lord North, and the appointment of the Marquess of Rockingham as his successor. Before accepting office, Rockingham in effect dictated terms to the king by insisting that he would no longer veto American independence. The king, who keenly felt "the indignity offered to His Person", threatened abdication, but in the end gave way.'

95 Voorafgaand aan de tweede lezing in de House of Lords van dit wetsvoorstel (een korte uitleg van de betekenis van deze lezingen in de wetgevingsprocedure is te vinden in par. II.2.5), dat tot doel had de Oostindische Compagnie te hervormen, liet hij de Lords kenbaar maken 'that whoever voted for the India Bill was not only not his friend, but would be considered by him as an enemy'. Voor de Lords vormde dit dreigement voldoende aanleiding het wetsvoorstel te verwerpen. Aangehaald in Bogdanor 1995, p. 12.

hij het aantal leden dat tegen Pitt was tot het kleinst mogelijke aantal had gereduceerd, besloot hij het parlement te ontbinden. Bij de verkiezingen die daarop plaatsvonden, kwam Pitt als winnaar uit de bus. Interessant aan Pitt was dat hij een sterkere positie had dan eerdere Prime Ministers; een eventueel ontslag van Pitt betekende dat George zijn toevlucht zou moeten nemen tot een Prime Minister van de Whigs, hetgeen de koning koste wat het kost wilde voorkomen.⁹⁶ In dat licht van de versterkte positie die Pitt tegenover de koning had, beschouwen verschillende auteurs Pitt ook wel als de eerste 'moderne' Prime Minister.⁹⁷ Dankzij deze versterkte positie kon langzamerhand de gedachte postvatten, ook bij de koning, dat de Prime Minister ook zeggenschap had over de andere ministers.⁹⁸

Toch betekende dat niet dat Pitt geen rekening meer hoefde te houden met de opvattingen van de koning; het kwam toen nog geregeld voor dat de koning de Prime Minister terugfloot, zoals hij bijvoorbeeld deed toen Pitt in 1785 voorstelde het kiesrecht te hervormen en in 1801 de rechten van katholieken wilde uitbreiden.⁹⁹ In dat licht had de moderne conceptie van 'Cabinet Government' dan ook nog niet definitief wortel geschoten. Op dat moment was vooral sprake van een soort partnerschap tussen de koning en de door hem aangewezen Prime Minister; weliswaar was de Prime Minister ook verantwoording schuldig aan het parlement en zelfs indirect ook al een beetje jegens het electoraat, maar desondanks kon de koning nog veel invloed op de Prime Minister uitoefenen.¹⁰⁰ Het zou nog duren tot het begin van de negentiende eeuw tot de invloed van de vorst zich ging beperken tot de grotendeels symbolische rol die hij nu nog altijd vervult.

96 Bogdanor 1995, p. 12: 'Pitt was now to find himself in a stronger position *vis-à-vis* the king than previous prime ministers. George III could not dismiss him as he had dismissed his predecessors, for fear that he would have once more to seek a Whig prime minister and find himself compelled to return to his *bête noire*, Charles James Fox.'

97 In die zin Bogdanor 1995, p. 12: 'The degree of independence which Pitt enjoyed has caused one authority [bedoeld is de historicus Conor Cruise O'Brien die een standaardwerk schreef (*The Great Melody*) over de constitutionele crisis van 1782, GJAG] to regard him as the first modern prime minister, since he was the first effective head of an administration who was not under the control of the sovereign.'

98 Wicks 2006, p. 61: 'By 1782-83, it was recognized by the monarch that all members of the inner Cabinet would fall with the Prime Minister.'

99 Bogdanor 1995, p. 12-13: 'Nevertheless, when, in 1785, Pitt sought parliamentary reform, it was the king who in effect stopped it (...). In 1801 George III declared that anyone who voted for Catholic Emancipation, a measure which the king believed would violate his coronation oath to maintain the Protestant religion, was his enemy. In consequence, Pitt insisted on resigning, although the king tried to dissuade him.'

100 Bogdanor 1995, p. 12-13: 'Government during this period [bedoeld is de periode waarin Pitt Prime Minister was, GJAG] can best be understood, then, not by analogy with modern conceptions of cabinet government, but as a partnership between the king and a prime minister chosen by him, yet broadly accountable to parliament and to the electorate, both of which were nevertheless open to "influence" by the king.'

II.2.5 De introductie van democratische elementen in de constitutie vanaf de negentiende eeuw

Vanaf het einde van de achttiende eeuw begon een nieuwe ontwikkeling die tot een verdere inperking van de invloed van de koning zou leiden, namelijk de toenemende samenwerking tussen politici die zich met elkaar verbonden voelden op basis van hun gedachtegoed.¹⁰¹ Hoewel de politieke groeperingen uit die tijd, de Tories en de Whigs, veel losser georganiseerd waren dan de politieke partijen die in de loop van de negentiende eeuw opkwamen, vormde hun organisatie al de basis voor het ontstaan van de later gangbare mechanismen voor het afdwingen van partijdiscipline in het parlement.¹⁰² Met deze verandering zou de autonomie van het parlement steeds verder toenemen.

Illustratief voor die verandering was de optekening van de voor de parlementaire praktijk relevante precedents vanaf het einde van de achttiende eeuw.¹⁰³ Iets later, in 1834, verscheen de eerste druk van *A Treatise Upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* van Sir Thomas Erskine May, welk werk later naar zijn auteur kortweg *Erskine May* zou gaan heten; in de vijftiendste druk in 2019 geldt dit werk inmiddels als ‘the bible of parliamentary procedure’.¹⁰⁴ Het toezicht op de naleving van de daarin opgenomen regels zou voor beide huizen in handen zijn van een voorzitter, die (inmiddels) in beide huizen bekendstaat als de Speaker.¹⁰⁵ In beide huizen stelt de Speaker zich zo neutraal mogelijk op; in de House of Commons heeft hij wel, als zich de uitzonderlijke omstandigheid voordoet dat de stemmen staken, op grond van de ‘Speaker Denison’s Rule’ de bevoegdheid de beslissende stem uit te brengen.¹⁰⁶

101 Bogdanor 1995, p. 13: ‘Once, however, it had become accepted that the prime minister owed his or her position, not only to royal favour but also to parliamentary approval, the sovereign’s role came to be severely limited. The growth of “connection” in the late eighteenth century – a “connection” being a group of politicians acting together because animated by a similar set of ideas – circumscribed that influence even more severely.’

102 Bogdanor 1995, p. 13: ‘The one factor needed to transform the monarchy into a constitutional monarchy of the modern type was the development of a disciplined party system. In the eighteenth century the ties of “connection” were far looser than those animating political parties today.’

103 In 1785 verscheen de eerste druk van een dergelijk werk onder de titel *Precedents of Proceedings in the House of Commons; Under Separate Titles. With Observations* van de hand van J. Hatsell bij uitgeverij H. Hughes in Londen (de vierde en laatste, herziene druk dateert van 1818).

104 Deze laatste druk is integraal te raadplegen onder erskinemay.parliament.co.uk, waaraan ook de hier vermelde informatie over de geschiedenis van dit werk is ontleend.

105 In de House of Commons heet dit ambt al sinds jaar en dag ‘Speaker’. In de House of Lords werd deze rol tot 2005 vervuld door de Lord Chancellor, wiens taak na 2005 werd overgenomen door de Lord Speaker.

106 Deze regel kwam tot ontwikkeling vanaf 1867. In dat jaar diende John Evelyn Denison, toen Speaker van de House of Commons, voor het eerst te beslissen wat er dient te gebeuren als de stemmen staken. Zie *Erskine May* 2019, para. 20.92. De Lord Speaker heeft deze bevoegdheid overigens niet. Vgl. *Erskine May* 2019, para. 4.49, te raadplegen via erskinemay.parliament.co.uk.

Ondanks deze toename van de autonomie van het parlement slaagde de koning er in de eerste helft van de negentiende eeuw nog wel tot op zekere hoogte in om binnen de bestaande politieke machtsverhoudingen een eigen stempel op het regeringsbeleid te drukken. De koning had deze invloed vooral te danken aan de toen nog relatief beperkte omvang van het electoraat. Hoewel de leden van de House of Commons al sinds de veertiende eeuw een vertegenwoordigende functie vervullen,¹⁰⁷ was in die tijd van volwaardige, democratische verkiezingen nog geen sprake. Rond 1831 vond toekenning van het stemrecht nog plaats aan de hand van landbezit op basis van een complex systeem; kenmerkend voor de werking van dit systeem in de praktijk was niet alleen een hoge mate van corruptie, maar ook was sprake van een groot gebrek aan uniformiteit waardoor het per district sterk verschilde wie voor het verkrijgen van het kiesrecht in aanmerking kwam.¹⁰⁸

In 1832 kwam aan die situatie een einde toen na veel politiek getouwtrek¹⁰⁹ de 'Great' Reform Act werd aangenomen,¹¹⁰ die zowel tot doel had de grootte van het electoraat, dat voor die tijd in Engeland en Wales uit ongeveer dertien procent van de mannelijke bevolking bestond,¹¹¹ te verdubbelen als de criteria voor de toekenning van het kiesrecht te uniformeren. In 1867 en 1885 traden nieuwe Reform Acts¹¹² met verdere uitbreidingen van het kiesrecht in werking; dankzij deze wetten zou het electoraat verder in omvang groeien tot ongeveer 36 respectievelijk 66 procent van de mannelijke bevolking.¹¹³ Het zou vervolgens nog tot 1918 duren voordat vrouwen dankzij de inwerkingtreding van de Representation of the People Act voor het eerst kiesrecht kregen.¹¹⁴ Hoewel het denken over democratie vanaf 1832 dus nog een flinke ontwikkeling zou doormaken, maakte de vaststelling van de

107 Zie par. II.2.2.

108 Zie voor een uitleg van dit systeem Wicks 2006, p. 66.

109 Zie Wicks 2006, p. 70-75.

110 *An Act to amend the representation of the people in England and Wales* (2 & 3 Wm 4 c. 45). Opmerking verdient dat er in feite in 1832 drie Reform Acts (en ook in 1867 en 1885) tot stand kwamen, namelijk een voor Engeland en Wales, een voor Schotland en een voor Ierland. Zie Wicks 2006, p. 65, nt. 1. Op deze plaats beperk ik mij tot een bespreking van de in Engeland en Wales geldende wetten.

111 Wicks 2006, p. 66.

112 *An Act Further to Amend the Representation of the People in England and Wales* (30 & 31 Vict. c. 102) respectievelijk *An Act for the Redistribution of Seats at Parliamentary Elections, and for Other Purposes* (48 & 49 Vict. c. 23). De Reform Act 1885 staat ook wel bekend als de *Redistribution of Seats Act 1885*.

113 Wicks 2006, p. 76-77, ook voor de rest van deze alinea.

114 *An Act to Amend the Law with respect to Parliamentary and Local Government Franchises, and the Registration of Parliamentary and Local Government Electors, and the conduct of elections, and to provide for the Redistribution of Seats at Parliamentary Elections, and for other purposes connected therewith* (8 Geo. 5 c. 64). In dat jaar werd het algemeen kiesrecht toegekend aan alle mannen van boven de 21 jaar en aan vrouwen van boven de 30 jaar. Pas in 1928 werd in een nieuwe Representation of the People Act de kiesgerechtigde leeftijd voor vrouwen teruggebracht naar dezelfde leeftijdsgrens als die voor mannen. Voluit heet deze wet: *An Act to Assimilate the Franchise for Men and Women in Respect of Parliamentary and Local Government Elections; and for purposes consequential thereon* (18 & 19 Geo. 5 c. 12).

'Great' Reform Act in dat jaar al wel voorzichtig verdere uitbreidingen van het kiesrecht bespreekbaar.¹¹⁵

Overigens was de hervorming van het kiesrecht van 1832 ook van groot belang, omdat zij een impuls gaf aan het ontstaan van georganiseerde politieke partijen. Dankzij de opkomst van deze partijen zou de besluitvorming in het parlement aanzienlijk van karakter gaan veranderen. Zolang een meerderheid van het aantal leden in de Commons het ministerscollectief bleef steunen, had de koning nauwelijks de ruimte om zelf een stempel op het regeringsbeleid te drukken. Op die manier was het 'Cabinet' langzamerhand van karakter veranderd: niet langer vormde het louter een groep adviseurs van de koning, maar was het een orgaan geworden met een eigen positie *tegenover* de vorst dat zijn legitimatie dankt aan de steun van het parlement. Nadat het in 1807 voor de laatste keer was voorgekomen dat de koning met succes zijn ministers dwong beleid te voeren dat de betreffende ministers zelf niet ondersteunden,¹¹⁶ kon in de loop van de negentiende eeuw de gedachte postvatten dat de *ministers* in plaats van de koning het laatste woord over het te voeren regeringsbeleid dienen te hebben.

Hoeveel invloed deze gedachte reeds in de tweede helft van de negentiende eeuw had gekregen, illustreert het beroemde boek *The English Constitution* (1867) van de journalist Walter Bagehot. Volgens Bagehot was aan de vorst in relatie tot zijn ministers slechts nog het recht voorbehouden om geraadpleegd te worden, aan te moedigen en te waarschuwen.¹¹⁷ Hoewel de bron van de wetgevende en bestuurlijke macht formeel bij de vorst bleef berusten, was zijn feitelijke invloed in het Cabinet beperkt. In het licht van deze discrepantie was het volgens Bagehot verhelderend twee verschillende delen van de constitutie van elkaar te onderscheiden:

[F]irst, those which excite and preserve the reverence of the population – the dignified parts, if I may so call them; and next, the efficient parts – those by which it, in fact, works and rules. (...) The dignified parts of government are those which bring it force which attract its motive power. The efficient parts only

115 Wicks 2006, p. 79: 'The 1832 Act unlocked the door to democratic representation by attempting a fairer solution to the problem of who was entitled to be represented in Parliament, by extending the interests represented beyond land to new commercial interests, and by recognising that the middle class (if not yet the working class) were entitled to have a say in the governing of their country.'

116 Toen de koning in dat jaar van de aantredende Whig-ministers de gelofte afdwong dat zij zich niet zouden bezighouden met 'de katholieke kwestie', namen de ministers het standpunt in dat zij daaraan in het licht van 'the principle of ministerial responsibility' niet konden voldoen. Hoewel de koning hierop toch doorzette waarna de ministers bakzeil haalden, zou dit de laatste keer zijn waarbij de koning met succes een dergelijke gelofte van zijn ministers kon afdwingen. Zie Bogdanor 1995, p. 14-15.

117 Bagehot 2001 (1867), p. 64: '[T]he sovereign has, under a constitutional monarchy such as ours, three rights – the right to be consulted, the right to encourage, the right to warn.' Deze drieslag wordt nog veelvuldig in de literatuur aangehaald om de rechten van de koning mee aan te duiden. Dat is overigens niet alleen het geval in het Verenigd Koninkrijk, maar bijvoorbeeld ook in Nederland. Zie par. IV.3.2.2.

employ that power. The comely parts of a government have need, for they are those upon which its vital strength depends. They may not do anything definite that a simpler polity would not do better; but they are the preliminaries, the needful prerequisites of all work. They raise the army, though they do not win the battle.¹¹⁸

Bagehot stelt dat de vorst aan het hoofd van 'the dignified parts' staat, terwijl de Prime Minister als voorzitter van het Cabinet het hoofd van 'the efficient parts' is. De ministers uit dat Cabinet¹¹⁹ dankten hun invloed aan de steun van de (overige) leden van het parlement; dankzij een sinds 1832 ontstane conventie zouden de leden van het Cabinet verplicht deel gaan uitmaken van het parlement.¹²⁰ Voor de verwevenheid tussen het Cabinet en het parlement gebruikte Bagehot de uitdrukking 'fusion of powers', waarmee hij tot uitdrukking bracht dat het eerstgenoemde orgaan ondanks zijn centrale positie in de constitutie geen wettelijke bevoegdheden uitoefent. In dat licht beschreef Bagehot het Cabinet als 'a combining committee – a *hyphen* which joins, a *buckle* which fastens, the legislative part of the State to be the executive part of the State'.

Op deze manier was het mogelijk in toenemende mate democratische elementen in de constitutie te introduceren zonder daarbij aan de bevoegdheden van de koning te tornen. Misschien wel als geen andere ontwikkeling is zij illustratief voor het karakter van constitutionele veranderingen in het Verenigd Koninkrijk: wat op papier slechts een cosmetische verandering *leek*, verhulde dat hier in feite sprake *was* van een geheel nieuwe manier van constitutioneel denken. Hoewel het parlement soeverein bleef, zou dit orgaan die soevereiniteit voortaan in toenemende mate danken aan zijn samenstelling op basis van democratisch gelegitimeerde verkiezingen¹²¹ in plaats van (vooral) op de wil van de koning. Op basis van die gedachte kon

118 Bagehot 2001 (1867), p. 7, ook voor het volgende citaat (op p. 13, met cursivering in origineel, GJAG).

119 Overigens geldt deze conventie voor *alle* ministers, dus ook voor zover zij geen deel uitmaken van het Cabinet. Zie Wicks 2006, p. 61: 'Within a few years of the 1832 Act [bedoeld is de 'Great' Reform Act uit dat jaar, GJAG], a constitutional convention had been established that ministers would be drawn from Parliament.'

120 Overigens is het in het algemeen voor niet-leden van het parlement wel mogelijk een ministerspost te aanvaarden, mits zij binnen redelijke tijd alsnog een zetel bemachtigen; als de betreffende minister daarin niet slaagt, dient hij zijn ontslag aan te bieden. Sindsdien is op dit uitgangspunt één uitzondering gemaakt: tussen juni 1917 en januari 1919 was General Jan Smuts Minister without Portfolio zonder een zetel in het parlement te bezetten. De rechtvaardiging voor het maken van deze uitzondering zou destijds in de oorlogsomstandigheden hebben gelegen. Zie Brazier 1998, p. 57-58 (nt. 29 voor het precedent).

121 Althans, de House of Commons, omdat alleen de samenstelling van dit huis afhankelijk is van verkiezingen. De House of Lords bestond op dat moment nog grotendeels uit leden van adel. Zie over de ontwikkeling van de verhouding tussen de beide huizen van het parlement par. II.2.6.

de conventie als nieuwe categorie regels definitief een plaats verwerven in het constitutionele denken.

Aanvankelijk dienden conventies primair één doel: het beheersbaar houden van de invloed van de koning op zowel het regeringsbeleid als op de totstandkoming van wetgeving.¹²² Al aan het begin van de achttiende eeuw was de conventie tot ontwikkeling gekomen op basis waarvan de koning geen gebruik mocht maken van zijn formele bevoegdheden om de verlening van Royal Assent bij een door de beide huizen van het parlement aangenomen wetsvoorstel te weigeren. Vanaf de negentiende eeuw begon verder de conventie vaste vormen aan te nemen op basis waarvan de vorst slechts gebruik mag maken van zijn bevoegdheden uit hoofde van het Royal Prerogative, bijvoorbeeld ten aanzien van de ontbinding ('dissolution') of de verdaging ('prorogation') van het parlement,¹²³ voor zover die in overeenstemming zijn met de inzichten van het 'Cabinet', welk orgaan bij ontstentenis van wettelijke bevoegdheden zelf nog altijd slechts bij de gratie van conventie bestaat.¹²⁴ Dit Cabinet werd voorgezeten door de Prime Minister, eveneens een ambt dat zijn bestaansrecht vrijwel geheel aan conventies dankt,¹²⁵ die al vanaf het einde van de achttiende eeuw een versterkte positie binnen zijn Cabinet had.

Deze beide organen waren gebonden aan de conventies rond het zogeheten 'principle of ministerial responsibility', dat de toenmalige Prime Minister Lord Palmerston in 1859 als volgt omschreef:

'The maxim of the British Constitution is that the Sovereign can do no wrong, but that does not mean that no wrong can be done by Royal authority; it means that if wrong be done, the public servant who advised the act, and not the Sovereign, must be held answerable for the wrongdoing.'

Volgens deze nog altijd accurate omschrijving is de koninklijke onschendbaarheid onlosmakelijk verbonden met de verantwoordelijkheid van de ministers ten overstaan van het parlement. Naast de conventie op basis waarvan ministers voor hun eigen handelen verantwoording dienen af te

122 Wicks 2006, p. 63: '[C]onventions (...) share a (...) defining characteristic: they limit the powers of the monarch.'

123 De bevoegdheid tot ontbinding van het parlement valt sinds de inwerkingtreding van de Fixed-term Parliaments Act 2011 echter niet langer onder het Royal Prerogative. Zie par. II.2.6. De bevoegdheid tot verdaging blijft echter onder het Royal Prerogative vallen (en in ieder geval daarvoor blijft de hier bedoelde conventie relevant). De betekenis van het begrip 'verdaging' komt aan de orde in par. II.3.4.3.4.

124 Zie o.a. Elliott & Thomas 2017, p. 126.

125 Net als voor het Cabinet geldt voor de Prime Minister dat hij geen wettelijke bevoegdheden heeft. Er zijn inmiddels echter wel wetten van kracht waarin zijdelings melding wordt gemaakt van het bestaan van dit ambt, zoals de Ministers of the Crown Act 1937, Parliamentary and Other Pensions Act 1972, House of Commons Disqualification Act 1975 en de Ministerial and Other Pensions and Salaries Act 1991. Zie Wicks 2006, p. 62, nt. 43.

leggen aan het parlement, dienen zij dat ook te doen voor dat van hun collega-ministers. Dezelfde Lord Palmerston verwoordde dit als volgt:

‘A Member of the Government when he takes office necessarily divests himself of that perfect Freedom of individual action which belongs to a private and independent Member of Parliament, and the Reason is this, that what a Member of the Government does or says upon public Matters must to a certain degree commit his colleagues, and the Body to which they belong if they by their silence appear to acquiesce; and if any of them follow his Example and express as public, opposite opinions, which in particular cases they might feel obliged to do, differences of opinion between Members of State Government are unnecessarily brought out into Prominence and the Strength of the Government is thereby impaired.’¹²⁶

Aan het begin van de negentiende eeuw had deze conventie vooral tot doel de invloed van de koning op het regeringsbeleid te beperken; alleen als het Cabinet een front vormde tegenover de vorst, was het mogelijk te voorkomen dat de vorst de leden van het Cabinet tegen elkaar zou uitspelen. Vanaf 1868 was de zelfstandige invloed van de koning op het landsbestuur al dusdanig geslonken¹²⁷ dat er nauwelijks nog een noodzaak voor het Cabinet bestond een politieke strijd met de koning te voeren. In dat jaar was het voor het eerst voorgekomen dat de zittende Prime Minister, Benjamin Disraeli (Con), die bij de verkiezingen voor de House of Commons in dat jaar was verslagen door zijn tegenstrever William Ewart Gladstone (Lib), direct zijn ontslag aanbood zonder de confrontatie met het parlement aan te gaan.¹²⁸ Vanaf dat moment was het ongeveer honderd jaar durende conflict tussen de monarch en het parlement ten einde gekomen, dankzij de opkomst van een nieuwe factor in het politieke krachten spel, het electoraat, dat niet langer vatbaar was voor beïnvloeding door de vorst.¹²⁹ In de periode na 1868¹³⁰ zou

126 Aangehaald in Bogdanor 2019, p. 114-115.

127 Tijdens de periode tussen 1846 en 1868 was sprake van een grote mate van verdeeldheid tussen de verschillende partijen in het parlement, waardoor koningin Victoria toen meer ruimte kreeg invloed uit te oefenen op het regeringsbeleid. De grotere invloed die zij gedurende die periode had, dankte zij niet zozeer aan veranderde opvattingen over de rol van de vorst binnen de regering maar veeleer aan het gebrek aan eenheid binnen het parlement. Zie Bogdanor 1995, p. 26-27.

128 Bogdanor 1995, p. 27: ‘[I]n 1868 (...) Disraeli, having been defeated by Gladstone, resigned without bothering to meet parliament, thus acknowledging that it was public opinion and not the House of Commons which made and unmade governments.’

129 Bogdanor 1995, p. 27: ‘Thus the century-long conflict between the sovereign and parliament was finally resolved, not through the victory of either side to the conflict, but by the triumph of a new force, the force of public opinion making itself felt through party, a force which lay beyond the power of the sovereign to influence.’

130 In de periode tussen 1846 en 1868 kon koningin Victoria nog relatief vergaande invloed uitoefenen op het regeringsbeleid door de relatief onstabiele partijverhoudingen in het parlement gedurende die periode; zij kreeg daarmee relatief veel invloed op de keuze van de nieuwe Prime Minister, omdat de uitslag van de verkiezingen in die periode niet een duidelijke winnende partij aanwees. Zie Bogdanor 1995, p. 26-27.

er hoogstens nog achter de schermen ruimte zijn voor koninklijke bemoeienis met het regeringsbeleid.¹³¹

Vanaf dat moment hadden conventies niet langer alleen tot doel de macht van de koning tot een aanvaardbaar minimum te beperken, maar zouden zij ook tot doel hebben om het democratische karakter van de constitutie te versterken. Een duidelijke exponent van deze opvatting was Dicey, die vanaf het einde van de negentiende eeuw met zijn benadering van respectievelijk de parlementaire soevereiniteit en het conventiebeprijp een blijvende invloed op het denken over de constitutie zou gaan uitoefenen. Hij betoogde:

‘They [bedoeld zijn de ‘conventions of the constitution’, GJAG] have all one ultimate subject. Their end is to secure that Parliament, or the Cabinet which is indirectly appointed by Parliament, shall in the long run give effect to the will of that power which in modern England [sic] is the true political sovereign of the State – the majority of the electors or (to use popular though not quite accurate language) the nation.’¹³²

In deze passage ligt de gedachte besloten dat de parlementaire soevereiniteit niet een doel op zichzelf vormt, maar een functie vervult die daarachter ligt: het verwezenlijken van ‘the will of the nation’. Volgens Dicey dankt het parlement zijn soevereiniteit dus primair aan zijn rol als spreekbuis van de meerderheid van het electoraat; bij ontstentenis van een ander mechanisme waarin de bevolking haar stem kan laten horen, dient die in het parlement te klinken. Volgens deze passage hebben conventies tot doel ervoor te zorgen dat de parlementaire soevereiniteit daadwerkelijk functioneert in overeenstemming met dit door Dicey gepropageerde ideaal.

Weliswaar was het parlement formeel soeverein, de facto lag de soevereiniteit volgens Dicey bij het volk. Volgens deze benadering vormden verkiezingen ‘an almost direct appeal to the people on the question whether a particular Bill shall pass into law’, waardoor zij het karakter kregen van ‘a sort of informal referendum’ over een dergelijk wetsvoorstel.¹³³ Volgens Dicey gold dit primair voor wetsvoorstellen waarvan de aanneming zou leiden tot ‘constitutional change’. Het zou volgens deze opvatting alleen mogelijk moeten zijn constitutionele veranderingen door te voeren als het electoraat daarvoor in twee opeenvolgende verkiezingen daarvoor zijn steun had uitgesproken.

Na 1895 veranderde Dicey van mening over de mate waarin het parlement erin slaagde om op deze manier in overeenstemming met ‘the will of the nation’ te handelen; reeds toen vond hij de kracht van de bestaande mechanismen van partij-

131 Bogdanor 1995, p. 27: ‘The means by which the sovereign could exert influence came to change. It was not so much that the influence of the monarchy declined, but rather that it had to be exercised in a different manner, a manner that was both impartial and also private.’

132 Dicey 1959 (1915), p. 429.

133 Aangehaald in Weill 2003, p. 478, ook voor het volgende citaat (op p. 476).

discipline te sterk. De directe aanleiding voor deze verandering van mening vormde de aanneming door de House of Commons van de Second Home Rule Bill in 1893 die een autonomere rol aan Ierland binnen het Verenigd Koninkrijk toekende,¹³⁴ welk wetsvoorstel door de House of Lords in hetzelfde jaar werd verworpen. Dicey, die fel tegen de aanneming van dit wetsvoorstel was, meende dat het verlies van de Liberal Party van de toen zittende Prime Minister Gladstone bij de verkiezingen van de House of Commons in 1895 erop wees dat het electoraat ook tegen dit wetsvoorstel was. De verwerping van Home Rule door de House of Lords, welk orgaan daarmee volgens Dicey conform 'the will of the nation' stemde (en volgens Dicey ook in zijn algemeenheid een soort check op de Commons vormt), duidde daar volgens hem ook op.

Vanaf dat moment zou Dicey een pleitbezorger worden van de formeel-juridische erkenning van de soevereiniteit van het volk, waarmee hij ironisch genoeg een tegenstander zou worden van de eerder door hem verdedigde (nog altijd zeer invloedrijke) benadering van de parlementaire soevereiniteit, die lange tijd een obstakel voor het laten plaatsvinden van referenda vormde.¹³⁵ Overigens zou het (niet-bindende) referendum na 1975 alsnog gangbaar worden.¹³⁶

Bij deze kanalisering van de stem van het volk in het parlement vervulden de georganiseerde politieke partijen, die aan het einde van de negentiende eeuw tot bloei kwamen, in de praktijk een essentiële rol. Van deze partijen waren de Conservative Party (1834, primair voortgekomen uit de Tories en informeel ook nog als zodanig bekend),¹³⁷ de Liberal Party (1859, deels een voortzetting van de Whigs)¹³⁸ en de Labour Party (1906, voortgekomen uit de vakbonds beweging)¹³⁹ de belangrijkste.¹⁴⁰ Anders dan in andere Europese landen, hield het Verenigd Koninkrijk ook na de invoering van het algemeen kiesrecht in 1918, min of meer bij toeval, voor de parlementsver-

134 Zie nader over Home Rule par. II.2.6.

135 Weill 2003, p. 474-493.

136 Zie nader par. II.2.8.

137 Tombs 2015, p. 444.

138 Tombs 2015, p. 496-498. In 1988 fuseerde de Liberal Party met de in 1981 ontstane Social Democratic Party tot de Liberal Democrats. Zie Tombs 2015, p. 817.

139 De Labour Party was reeds opgericht in 1900, maar zou pas MPs in de House of Commons afvaardigen vanaf 1906. Zie Bogdanor 1995, p. 90; Tombs 2015, p. 525-526.

140 Opmerkelijk vanuit continentaal-Europees perspectief is overigens dat het Verenigd Koninkrijk geen confessionele partij van betekenis heeft gekend. De oorzaak daarvan is dat in het Verenigd Koninkrijk een revolutie is uitgebleven die de band tussen kerk en staat heeft doorbroken, waardoor dit land formeel nog altijd niet een seculiere staat is. In dat licht vormde de staat geen grote bedreiging voor confessionele belangen, waardoor de behoefte aan een aparte confessionele partij altijd beperkt is gebleven. Zie Van der Horst 2004, p. 270-271.

kiezingen een kiesstelsel met relatieve meerderheden.¹⁴¹ In dit kiesstelsel vinden verkiezingen plaats per kiesdistrict op basis van het zogeheten ‘first-past-the-post’-systeem,¹⁴² waarbij de winnaar in ieder district een zetel in de House of Commons krijgt toebedeeld. Dankzij dit systeem is het eerder regel dan uitzondering dat één partij bij de verkiezingen voor de House of Commons de absolute meerderheid van het aantal zetels in dat huis verkrijgt.¹⁴³ Als gevolg daarvan komt het slechts zelden voor dat voor het samenstellen van een regering nog afzonderlijk de vorming van een coalitie nodig is. Sinds de Tweede Wereldoorlog heeft het Verenigd Koninkrijk slechts eenmaal een regering gekend die uit bewindspersonen van meerdere partijen bestond, namelijk de Cameron-Clegg coalition die regeerde van 2010 tot en met 2015.¹⁴⁴ In de praktijk valt het regeringsbeleid dan ook in belangrijke mate samen met de wensen van de Conservative Party of de Labour Party.

Dankzij deze vormgeving van het kiesstelsel ontstond er in de praktijk een rechtstreeks verband tussen de interne regels van politieke partijen enerzijds en het functioneren van het Cabinet anderzijds.¹⁴⁵ Naarmate de invloed van het electoraat op de samenstelling van het parlement steeds verder toenam ten koste van de koning, veranderde in de praktijk ook de wijze waarop het Cabinet werd samengesteld. Niet langer was het de koning die

141 Tijdens de debatten over de invoering van de Representation of the People Act 1918 werd vanuit de House of Lords het voorstel gedaan een kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in te voeren. Vanwege een gebrek aan consensus daarover werd het reeds bestaande kiesstelsel gehandhaafd. In 2011 stemde een meerderheid van de kiezers in een nationaal referendum tegen hervorming van het kiesstelsel, waardoor het first-past-the-post-systeem voorlopig blijft bestaan. Zie Tombs 2015, p. 628 respectievelijk p. 862.

142 Sinds 2019 bestaat het Verenigd Koninkrijk uit 650 kiesdistricten. Zie parliament.uk/business/commons.

143 Zie over de wijze van samenstelling van de House of Lords par. II.2.6.

144 Tombs 2015, p. 862. Het is sinds de Tweede Wereldoorlog wel geregeld voorgekomen dat na de verkiezingen voor de House of Commons geen partij een absolute meerderheid van zetels in de House of Commons behaalde (in dat geval is sprake van een zogeheten ‘hung Parliament’). Zie voor een overzicht, inclusief een bespreking van de positie van een ‘caretaker government’ (een regering die in afwachting is van het aantreden van een nieuwe Prime Minister), Brazier 1998, p. 33-51. In al die gevallen, behalve in 2010, kwam er een minderheidsregering aan het bewind die met het oog op de verzekering van de steun van een meerderheid van de leden van de House of Commons een overeenkomst sloot met een andere partij zonder dat die andere partij ministers leverde aan het Cabinet. Laatstelijk sloot Theresa May (Con) als Prime Minister (2017-2019) een dergelijke overeenkomst met vertegenwoordigers van de Noord-Ierse DUP. Zie ‘The Conservative/DUP Deal: What It Says and What It Means’, *The Guardian* 26 juni 2017.

145 Eerder heb ik meegeschreven aan een artikel waarin dit reeds aan de orde kwam. Zie Geertjes & Verhey 2015, p. 271-292.

grotendeels zelf bepaalde wie Prime Minister¹⁴⁶ zou worden en wie de andere ministersposten zouden bezetten. In plaats daarvan zou de benoeming van de nieuwe Prime Minister vanaf het einde van de negentiende eeuw in de praktijk afhankelijk worden van de interne regels van de partij die over een meerderheid van het aantal zetels in de House of Commons beschikt,¹⁴⁷ waardoor de partijleider van de winnende partij bij de verkiezingen voor de House of Commons automatisch de Prime Minister wordt.¹⁴⁸

Tegen die achtergrond is te verklaren waarom de Prime Minister wettelijk gezien niet over eigen bevoegdheden beschikt, terwijl hij in de praktijk zowel kan beschikken over het lot van zijn ministers als een bindend advies aan de vorst over de uitoefening van het Royal Prerogative kan uitbrengen. Hij dankt deze sterke rol immers primair aan zijn positie als leider van de partij in de House of Commons waaraan hij weer de steun van zijn partijgenoten ontleent, niet aan een andere, als zodanig in de constitutie vastgelegde, taak. Volgens sommigen, zoals Lord Hailsham, vervult de Prime Minister in feite een 'elective dictatorship'.¹⁴⁹ Deze gedachte is echter ook

146 Formeel houdt de vorst uiteraard de bevoegdheid op grond van het Royal Prerogative de Prime Minister aan te wijzen. Vgl. Brazier 1998, p. 12: 'Today, it might be said, the party election machinery would make the choice [bedoeld is de keuze voor de leider van de grootste partij in de House of Commons, GJAG], in consequence of which the Queen would probably be insulated from the contenders and from having to prefer (or seem to prefer) one man or woman rather than any other. This restrictive view of the prerogative is generally correct, but the royal prerogative of choice, as distinct from that of appointment, of a new Prime Minister is not dead, but dormant. There could still be far from fanciful instances in which the Queen would have to act without the protection of any prior party election of a Leader.'

147 Nadat William Ewart Gladstone, de leider van de Liberal Party, in 1880 de verkiezingen van de House of Commons had gewonnen, heeft koningin Victoria hem tegen haar wil in benoemd tot Prime Minister. Victoria deed dit, nadat haar duidelijk was geworden dat de Liberals niet bereid waren een andere partijleider dan Gladstone aan te wijzen. Vanaf dat moment stond volgens Bogdanor vast dat de interne mores binnen de grootste partij van de Commons beslissend waren voor de keuze van de zittende Prime Minister. Zie Bogdanor 1995, p. 33-34: 'So, from having a fairly wide choice, the power of the sovereign in appointing a prime minister was coming to be severely restricted since the queen was restricted to choose the person who was most acceptable to the cabinet and whom the governing party also would accept. It was perhaps only a logical consequence that, rather than relying upon the sovereign to judge, perhaps inaccurately, the state of opinion, the parties would themselves elect their leader, so almost totally depriving the sovereign of the prerogative of choosing the prime minister.'

148 Meestal is de Prime Minister de leider van de partij die als lijsttrekker bij de verkiezingen de meeste zetels in de House of Commons behaalt. Het is echter ook mogelijk dat een Prime Minister aantreedt zonder dat daaraan verkiezingen vooraf zijn gegaan, zoals gebeurde na het vertrek van Theresa May in juli 2019. De opvolger van May was Boris Johnson, die als Leader of the Conservative Party werd verkozen door de meerderheid van de partijleden volgens een door de interne partijregels voorgeschreven ledenraadpleging. Na Johnsons uitverkiezing tot partijleider werd hij automatisch ook Prime Minister. Zie o.a. 'Boris Johnson Elected New Tory Leader', *The Guardian* 23 juli 2019.

149 Hailsham 1978, p. 125-132. In die lijn stelde ook oud-minister Richard Crossman (Lab) dat 'a Prime Minister can liquidate the political career of his rivals as effectively as any Soviet leader'. Aangehaald in Brazier 1998, p. 82.

weersproken. Voormalig Prime Minister Harold Wilson (Lab; 1964-1970 en 1974-1976) was bijvoorbeeld van mening dat de Prime Minister door zijn relatief sterke positie binnen zijn Cabinet weliswaar soms vergaande invloed kan uitoefenen, maar daarbij wel degelijk aan grenzen is gebonden. In die lijn merkte hij in 1976 op:

'My own conclusion is that the predominantly academic verdict of overriding prime ministerial power is wrong. It ignores the system of democratic checks and balances, in Parliament, in the Cabinet, and not least in the party machine and the party in the country.'¹⁵⁰

Als een Prime Minister de steun van de meerderheid van zijn partijgenoten in het parlement verliest, bijvoorbeeld omdat hij zich impopulair heeft gemaakt binnen zijn eigen Cabinet of het parlement als geheel, dan zal hij inderdaad vroeg of laat dienen af te treden. Illustratief is het vertrek van respectievelijk Margaret Thatcher die in 1990 aftrad nadat zij zich binnen haar partij en het Cabinet steeds impopulairder had gemaakt en mede daardoor in dat jaar de leiderschapsverkiezingen van haar partij had verloren¹⁵¹ en Theresa May die in 2019 haar functie als Prime Minister neerlegde nadat de House of Commons voor de derde maal het door haar uitonderhandelde voorstel voor een 'Brexit-deal' in de House of Commons had verworpen.¹⁵² Daarbij is van belang dat binnen de gelederen van de regeringspartij ook weer eigen besluitvormingsregels gelden die op de positie van de Prime Minister van invloed zijn.

Los daarvan is de regeringspartij vertegenwoordigd in het Cabinet onder voorzitterschap van de Prime Minister en in de House of Commons onder voorzitterschap van de Leader of the House of Commons (d.w.z. de voorzitter van het geheel aan MPs van de (grootste) regeringspartij).¹⁵³ De voorzitter van de grootste oppositiepartij in de Commons, die bij conventie over een beperkt aantal privileges beschikt en in dat licht ook wel wordt aangeduid als 'the Opposition',¹⁵⁴ staat bekend als de Leader of the Oppo-

150 Aangehaald in Brazier 1998, p. 73.

151 Brazier 1998, p. 23-24.

152 'Theresa May announces she will resign on 7 June', *The Guardian* 24 mei 2019.

153 In de praktijk valt de positie van de Leader of the House of Commons meestal samen met die van de Lord President of the Council (een Cabinet Minister). Zie Brazier 1998, p. 141.

154 Het ontstaan van 'Her Majesty's Opposition' gaat terug tot 1826, toen John Hobhouse voor het eerst deze uitdrukking in de House of Commons gebruikte. Zie Bogdanor 1995, p. 13. De Leader of the Opposition wordt automatisch lid van de Privy Council, waardoor hij op basis van de binnen dat orgaan geldende voorwaarden ('on Privy Counsellor terms') op uitnodiging van de regering toegang tot vertrouwelijke regeringsstukken kan krijgen. Zie Brazier 1998, p. 163. Daarnaast heeft 'the Opposition' invloed op de agenda van de House of Commons gedurende een vastgesteld aantal dagen per zittingsperiode. Zie Jaconelli 2005, p. 171-172: '[T]he Opposition is also allocated a number of days in the parliamentary session when it may choose the business to be debated in the House of Commons.'

sition, die aan het hoofd staat van het zogeheten 'Shadow Cabinet'.¹⁵⁵ Verder krijgen de verschillende partijen in de praktijk assistentie van zogeheten 'Whips' die erop toezien dat voldoende leden van hun partij, ook voor zover zij niet een ministerspost bekleden (de 'backbenchers'), zich conformeren aan de lijn van hun partij.¹⁵⁶

Hieruit blijkt dat politieke partijen vanaf het einde van de negentiende eeuw, mede dankzij de afwezigheid van een grondwet, in sterke mate een stempel op de ontwikkeling van de constitutie kunnen drukken. In de praktijk gaat die invloed zelfs zover dat die Lord Radcliffe in 1952 deed verzoeken dat 'the executive and the lawmaking power are to all intents and purposes the same, those of the ruling political party'.¹⁵⁷ De democratisering van het Verenigd Koninkrijk verliep dan ook in belangrijke mate parallel met de ontwikkeling van de partijendemocratie.

II.2.6 De formalisering van de constitutie vanaf het einde van de negentiende eeuw

Vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw was het systeem van Cabinet Government al min of meer een feit. Vanaf die periode begon het Verenigd Koninkrijk daarmee al voorzichtig de trekken te krijgen van een parlementaire democratie. Opmerkelijk aan de vormgeving van dit systeem was dat daaraan nauwelijks wetgeving te pas was gekomen. De belangrijkste regels die aan de basis hebben gelegen van de democratisering van het parlement waren conventies: informele regels die niet of nauwelijks waren vastgelegd. Deels is dat te verklaren aan de hand van de onderrepresentatie van bepaalde bevolkingsgroepen in het parlement; mannen met lage inkomens en vrouwen hadden bijvoorbeeld nog geen stemrecht. De volksvertegenwoordigers van de twee belangrijkste partijen in het parlement, de Conservative Party en de Liberal Party, hadden er weinig bezwaar tegen om vast te houden aan de status quo die voortvloeide uit deze organisch gegroeide conventies. Over de inrichting van het staatsbestel waren deze volksvertegenwoordigers het namelijk, anders dan de nog niet in het parlement vertegenwoordigde groepen uit de samenleving, in grote lijnen met elkaar eens.

Rond het einde van de negentiende, en vooral vanaf het begin van de twintigste, eeuw begon die situatie langzamerhand te veranderen. Afgezien

155 In het 'Shadow Cabinet' bespreken MPs uit the Opposition de politieke tactieken voor het voeren van oppositie tegen de regering. Hun organisatie verschilt sterk per partij; een Shadow Cabinet van de Conservative Party is normaliter losjes georganiseerd, terwijl een Shadow Cabinet van de Labour Party juist meestal aan een strakke organisatie en strenge interne partijregels is onderworpen. Zie Brazier 1998, p. 171-176.

156 Brazier 1998, p. 211: 'All parties in the House organise themselves for maximum efficiency. The Whips are of vital importance, especially to the government and the Opposition. They convey back-bench opinion to the leadership; and vice versa; (...) and they help to maintain party discipline.'

157 Radcliffe 1952, p. 102.

van de uitbreidingen van het kiesrecht in 1885, 1918 en 1928 die tot de representatie van nieuwe groepen kiezers in het parlement leidden, was daarbij ook de emancipatie van de inwoners op het Ierse eiland, dat vanaf 1800 deel was gaan uitmaken van het Verenigd Koninkrijk,¹⁵⁸ van invloed. Bijgevolg zou de behoefte in het parlement aan het doorbreken van de status quo groeien, waardoor conventies in toenemende mate ondanks hun nog altijd grote belang voor de constitutie plaats zouden maken voor geformaliseerde (grotendeels wettelijke) regels.

De eerste kiem van deze verandering ligt mogelijk op het Ierse eiland, waar de roep om zelfbestuur ('Home Rule') vanaf 1885 steeds luider was gaan klinken.¹⁵⁹ In het parlement bestond daartegen echter ook felle tegenstand onder de leden van zowel de Conservative Party als, in mindere mate, de Liberal Party. Voor een deel kwam deze tegenstand voort uit de vrees dat Iers zelfbestuur het uiteenvallen van het British Empire, bestaande uit onder andere India en koloniën met eigen volksvertegenwoordigingen en regeringen zoals Australië, Canada, Nieuw-Zeeland en Zuid-Afrika (de zogeheten 'Dominions'), zou inluiden. Het einde van het British Empire, zo vreesden zij, zou zowel de internationale dominantie van het Verenigd Koninkrijk op het wereldtoneel als de binnenlandse vrede en veiligheid in gevaar brengen.¹⁶⁰

De leider van de Liberal Party, Gladstone, was echter bereid Home Rule te realiseren. Hij wist de MPs van de Irish Nationalist Party in de House of Commons achter zich te krijgen, waardoor hij in januari 1886 opnieuw als Prime Minister de regering kon gaan leiden. Het lukte hem echter niet zijn Liberal Party in het geheel achter zijn voorstel voor Home Rule, dat in juni 1886 werd verworpen, te krijgen. Gladstone adviseerde koningin Victoria vervolgens het parlement te ontbinden en nieuwe verkiezingen voor de House of Commons uit te schrijven. Deze verkiezingen pakten echter desastreus uit voor Gladstone, die plaats moest maken voor een Cabinet van de Conservative Party met steun van de Liberal Unionists (MPs die zich hadden afgesplitst van de Liberal Party) onder leiding van Lord Salisbury;¹⁶¹ dit Cabinet was fel tegen Home Rule. Bij de verkiezingen van 1892 zou Gladstone echter alsnog een meerderheid in de House of Commons krijgen, waarna hij, weer als Prime Minister, er alsnog in slaagde de steun van een (krappe) meerderheid van de leden in dat huis te verkrijgen voor Home

158 Tombs 2015, p. 393.

159 Van der Horst 2004, p. 258-262.

160 Tombs 2015, p. 507-508: 'The opponents of Home Rule, the most determined of whom were the Presbyterians of Ulster, feared that it would begin the unravelling of Britain and its empire, threatening its international position, its global prosperity, and its domestic peace and security – fears in which ancient anti-Catholic and anti-Irish prejudices played a part.'

161 Lord Salisbury zou de laatste Prime Minister zijn die tegelijkertijd lid was van de House of Lords. In de loop van de twintigste eeuw zou langzaam maar zeker komen vast te staan dat de Prime Minister een zetel dient te hebben in de House of Commons. Zie par. II.3.3.4.2.

Rule. Opnieuw lukte het hem echter niet het zelfbestuur voor Ierland definitief tot stand te brengen, ditmaal omdat de House of Lords met een grote meerderheid tegen het daartoe strekkende wetsvoorstel stemde. Vervolgens zou de Conservative Party in de periode van 1895 tot 1906 weer de meerderheid hebben in de House of Commons, waardoor de kwestie van Home Rule voorlopig weer naar de achtergrond verdween.

In 1906 won de Liberal Party weer de verkiezingen van de House of Commons, waarbij als Prime Minister voor die partij Henry Campbell-Bannerman aantrad die in 1908 werd opgevolgd door Herbert Henry Asquith.¹⁶² De liberalen dankten hun verkiezingsoverwinning aan de tijdens de campagne gedane belofte ingrijpende sociale hervormingen door te voeren. De uitvoering van dit voornemen lag in handen van Lloyd George, de toenmalige Chancellor of the Exchequer (een soort minister van Financiën). Zijn in 1909 gepresenteerde People's Budget waarvoor grote steun bestond onder aanhangers van de Liberal Party, bevatte omstreden voorstellen, zoals de heffing van zeven belastingen inclusief een 'super-tax' voor de allerrijksten.

De overwegend uit leden van de Conservative Party bestaande House of Lords verwierp dit voorstel echter.¹⁶³ Bijgevolg ontstond, net als eerder ten aanzien van Home Rule was gebeurd, een patstelling tussen de beide huizen, waarvoor niet direct een oplossing voorhanden was. Door de samenstelling van de House of Lords, die op dat moment voor het grootste deel bestond uit edellieden (de zogeheten 'peers') die hun zetel te danken hadden aan vererving,¹⁶⁴ behoort ontbinding van dit huis niet tot de mogelijkheden. Voor de regering van Asquith was het echter ook geen optie om zich neer te leggen bij de verwerping van haar begrotingsvoorstel door de House of Lords, omdat een verlies van zijn Liberal Party bij de eerstvolgende verkiezingen voor de Commons dan vrijwel onontkoombaar zou zijn. Op 2 december 1909 diende Asquith naar aanleiding van de verwerping van de begroting door de Lords de volgende motie in de House of Commons in:

'That the action of the House of Lords in refusing to pass into law the financial provision made by this House for the Service of the year is a breach of the Constitution and a usurpation of the rights of the Commons.'¹⁶⁵

162 Wicks 2006, p. 84-85.

163 Wicks 2006, p. 86-87.

164 Op dat moment bestond de House of Lords uit de Prince of Wales, leden van adel (de hereditary peers), de Lords Spiritual en de Lords of Appeal in Ordinary. Zowel de Lords Spiritual (de 26 bishops van de Church of England) als de Lords of Appeal in Ordinary (de senior judges in het huis die een rechtsprekende functie vervulden) zijn niet van adel. De vorst beschikte over de mogelijkheid bij Letters Patent under the Great Seal nieuwe peerages in het leven te roepen, waardoor de benoeming van nieuwe Lords in feite een koninklijke aangelegenheid was (in de loop van de twintigste eeuw alleen nog uit te oefenen in overeenstemming met een daartoe strekkend advies van de Prime Minister). Zie over de samenstelling van de House of Lords tot de hervorming van 1999 Brazier 1998, p. 235-244.

165 House of Commons Debates, vol 13, col 546 (2 december 1909).

Asquith kwam tot de conclusie dat sprake was van de schending van de toen geldende constitutionele conventie op basis waarvan de House of Commons het primaat had boven de House of Lords:

'We live in this country, and we have lived for centuries past, under an unwritten Constitution, although some signs in the sky would seem to portend that that happy state of things is not likely long to last. It is, of course, true that we have upon the Statute book great instruments like Magna Charta itself, the Petition of Rights [sic] and the Bill of Rights, which define and secure many of our rights and privileges; but the great bulk of our constitutional liberties—and, I would add, of our constitutional practices – do not derive their validity and sanction from any Bill which has received the formal assent of King, Lords and Commons. They rest upon usage, upon custom, upon convention – often of slow growth, in their early stages, not always uniform, but which in the course of time have received universal observance and respect (...).

As the result of our constitutional usage the House of Lords was in a position of admitted, if you like, inferiority, or, if you like, limitation or incapacity, with regard to certain matters of which finance is one, which made it impossible to come into serious collision with the House of Commons. In other words, in regard to such matters as that, the will of the House of Commons must, according to constitutional practice, be supreme. I do not want any higher testimony than that.¹⁶⁶

Het resultaat van de schending van deze conventie was dat in de praktijk een onwerkbare situatie zou ontstaan. Asquith merkte naar aanleiding daarvan op:

'The real question which emerges from the political struggles in this country for the last 30 years is not whether you will have a single or a double chamber system of government, but whether when the Tory Party is in power the House of Commons shall be omnipotent, and whether when the Liberal Party is in power the House of Lords shall be omnipotent.'

Ondanks het bestaan van deze conventie¹⁶⁷ slaagde Asquith er niet in de patstelling tussen beide huizen te doorbreken, waarna hij besloot koning Edward VII te adviseren tot de ontbinding van de House of Commons over te gaan en nieuwe verkiezingen uit te schrijven.¹⁶⁸ Bij deze verkiezingen, die in januari 1910 werden gehouden, verloor de Liberal Party haar absolute meerderheid in de House of Commons; deze partij slaagde er echter wel in opnieuw regeringsmacht te verkrijgen met steun van de Irish Nationalist Party en de Labour Party.¹⁶⁹ De nieuw aangetreden regering, opnieuw met

166 House of Commons Debates, vol 13, cols 551, 554-555 (2 december 1909), ook voor het volgende citaat (col 558).

167 Zie par. II.2.4.

168 Wicks 2006, p. 88-89.

169 Bogdanor 1995, p. 113-114.

Asquith als Prime Minister, slaagde er ditmaal wel in de House of Lords te laten instemmen met het People's Budget. De reden daarvoor was dat de Liberal Party nu in de ogen van de Conservative Party wel over een mandaat van het electoraat beschikte om de vergaande hervormingen uit deze begroting te realiseren.

De politieke strubbelingen rond de aanneming van de begroting vormden voor de regering echter wel aanleiding voor bezinning op de vraag hoe zij de Lords onder controle kon houden.¹⁷⁰ Vooral de Irish Nationalist Party had een groot belang bij de inperking van de bevoegdheden van de House of Lords. Deze partij had de vurige wens een voorstel voor Home Rule, waarvan de meerderheid van de House of Lords een fel tegenstander was, gerealiseerd te zien; zolang de Lords een vetorecht behielden, behoorde zelfbestuur voor het Ierse eiland niet tot de reële mogelijkheden. Asquith was bereid de Ierse nationalisten bij te staan in hun strijd voor Home Rule in ruil voor hun steun voor het People's Budget.

De regering besloot een paar maanden na haar aantreden een door de voormalige Prime Minister Campbell-Bannerman in 1907 uitgewerkt, maar niet volledig doorgezet, plan voor hervorming van de House of Lords in de vorm van een wetsvoorstel te herintroduceren in de beide huizen van het parlement. Net als het oude voorstel had dit nieuwe plan tot doel het absolute vetorecht van de Lords over wetgeving te vervangen door een opschorrend vetorecht. Op één belangrijk punt bevatte het voorstel uit 1910 echter een wijziging ten opzichte van het oude: het voorstel zou het vetorecht van de Lords over wetten betreffende de heffing van belastingen (Money Bills) in zijn geheel afschaffen, waardoor de Lords alleen nog de totstandkoming van andere wetsvoorstellen (Non-Money Bills), en dan ook nog maar voor een periode van slechts twee jaar, konden tegenhouden. In 1907 leek het nog vanzelfsprekend dat de House of Lords zich zou conformeren aan de conventie op grond waarvan zij niet een veto over een Money Bill mag uitspreken. Na de verwerping van het People's Budget door de House of Lords in 1909 leek het volgens de regering niet langer afdoende dit louter van een conventie afhankelijk te laten zijn; zij meende dat alleen een wettelijke regeling de House of Lords definitief in het gareel kon krijgen.

Het was voor de regering duidelijk dat zij niet eenvoudig voldoende steun van een meerderheid van het parlement voor deze maatregel kon verkrijgen.¹⁷¹ Nadat Asquith zijn plannen voor hervorming van de House of Lords in de zogeheten Parliament Bill in april 1910 in de House of Commons presenteerde, verklaarde hij dat in geval van verwerping van dit voorstel door de Lords de vorst zou adviseren opnieuw tot ontbinding van de Commons over te gaan. Drie weken later stierf vrij plotseling koning Edward VII, die werd opgevolgd door zijn zoon George V. Vanwege deze onverwachte

170 Wicks 2006, p. 90-91.

171 Bogdanor 1995, p. 115-117; Wicks 2006, p. 92-94.

gebeurtenis besloot Asquith, mede in het licht van de politieke onervarenheid van de nieuwe vorst, met zijn belangrijkste politieke tegenstanders te praten over een mogelijke oplossing in een 'constitutional conference'. Zes maanden later had de bijeenroeping van de 'conference' echter nog niet tot een begin van een oplossing geleid, waarna Asquith besloot de koning te adviseren tot ontbinding van de House of Commons over te gaan zodat nieuwe verkiezingen konden plaatsvinden. De Prime Minister bedong voorafgaand aan de verkiezingen in het geheim dat koning George nieuwe peers in de House of Lords zou benoemen ingeval dit huis zich tegen de Parliament Bill bleef verzetten. Met behulp van de steun van de nieuw benoemde peers zou de Parliament Bill dan alsnog aangenomen kunnen worden.

Na de verkiezingen, die in december 1910 plaatsvonden, verschilde de zetelverdeling van de House of Commons nauwelijks van die van de verkiezingen daarvoor.¹⁷² De House of Commons kwam in nieuwe samenstelling bijeen in februari 1911, waar de regering de Parliament Bill opnieuw in stemming bracht. Nadat in de House of Lords vergaande amendementen waren aangenomen die de inhoud van het wetsvoorstel vrijwel onherkenbaar hadden veranderd, besloot het Cabinet zijn toevlucht tot de koning te zoeken. In een nota van 14 juli 1911 legde het Cabinet aan de koning uit dat de Commons de door de Lords aangebrachte amendementen uit de Parliament Bill zouden verwijderen, waardoor er naar alle waarschijnlijkheid een patstelling tussen de beide huizen zou ontstaan.

In beide huizen van het parlement vindt de procedure voor de aanneming van Acts of Parliament plaats in drie lezingen ('readings'): de eerste lezing betreft de introductie van het wetsvoorstel zonder debat, de tweede lezing vormt een debat over de algemene beleidsimplicaties van het wetsvoorstel en na een uitvoerige behandeling van het voorstel in de zogeheten *committee stage* en de *report stage* waarin een aanvullende mogelijkheid bestaat voor de indiening van amendementen, vormt de derde lezing nog een laatste mogelijkheid voor een debat over het wetsvoorstel. De indiening van een wetsvoorstel kan zowel aanvangen in de House of Lords als in de House of Commons. Als de behandeling in het ene huis is afgerond, dan begint de behandeling in het andere huis. Het wetsvoorstel is volgens de reguliere wetgevingsprocedure aangenomen als beide huizen het eens zijn over de definitieve tekst ervan. Als de beide huizen dus voortdurend amendementen blijven aanbrengen in een wetsvoorstel, dan kunnen beide huizen voortdurend het voorstel aan elkaar blijven terugsturen ('pingpongen').¹⁷³ Volgens het hier besproken opschortende vetorecht zouden de Lords de totstandkoming van Non-Money Bills slechts nog twee jaar kunnen tegenhouden.

In dat licht adviseerde het Cabinet de koning gebruik te maken van zijn bevoegdheid op grond van het Royal Prerogative nieuwe peers in de House of Lords te benoemen, waardoor de Parliament Bill kracht van wet zou krij-

172 Wicks 2006, p. 95-98.

173 Zie voor een overzicht Elliott & Thomas 2017, p. 221.

gen. De koning besloot dit advies van het Cabinet te volgen, maar stelde daarbij wel als laatste voorwaarde dat de Lords nog een kans moesten krijgen om in de huidige samenstelling over de Parliament Bill te stemmen. Daarop kozen de Lords eieren voor hun geld door de Parliament Bill op 10 augustus 1911 alsnog zelf aan te nemen, waarna de benoeming van nieuwe peers door de koning niet meer nodig was. Vanaf dat moment was de Parliament Act 1911 een feit.¹⁷⁴ Op grond van deze wet had de House of Lords, conform het voorstel dat Asquith al in 1910 aan de House of Commons presenteerde, niet langer¹⁷⁵ de beschikking over het vetorecht ten aanzien van Money Bills en kon het de totstandkoming van Non-Money Bills ten hoogste met twee jaar vertragen.¹⁷⁶ De wet kent aan de Speaker in de House of Commons de bevoegdheid toe om te beoordelen of, indien het parlement besluit de procedure van de Parliament Act 1911 te volgen, de daarbij behorende regels zijn nageleefd.¹⁷⁷

Na de inwerkingtreding van deze wet ging de House of Commons over tot behandeling van de Third Home Rule Bill vanaf 1912. Uiteindelijk werd dit wetsvoorstel in 1914 op basis van de procedure van de nieuwe Parliament Act aangenomen. Ruim na het einde van de Eerste Wereldoorlog zou dit voorstel de opmaat vormen van de vorming van de Irish Free State (met

174 *An Act to make provision with respect to the powers of the House of Lords in relation to those of the House of Commons, and to limit the duration of Parliament* (1 & 2 Geo. 5 c. 13). Afgezien van de wijziging van de relatie tussen beide huizen van het parlement, hield deze wet ook een verkorting van de maximale zittingstermijn van 7 jaar tot 5 jaar in (section 7). Dat aspect blijft hier verder buiten beschouwing, mede omdat de zittingstermijn van het parlement inmiddels wordt geregeld door de, in par. II.2.6 te bespreken, Fixed-term Parliaments Act 2011.

175 Er geldt hierop echter nog altijd één uitzondering: als de House of Commons een wet wil aannemen op basis waarvan de zittingstermijn van het parlement wordt vastgesteld op een periode van langer dan vijf jaar, dan *moeten* de Lords met het betreffende voorstel instemmen. Zie Parliament Acts 1911 and 1949, section 2(1).

176 Parliament Act 1911, section 2(1) (oud): 'If any Public Bill (other than a Money Bill or a Bill containing any provision to extend the maximum duration of Parliament beyond five years) is passed by the House of Commons in three successive sessions (whether of the same Parliament or not), and, having been sent up to the House of Lords at least one month before the end of the session, is rejected by the House of Lords in each of those sessions, that Bill shall, on its rejection for the third time by the House of Lords, unless the House of Commons direct to the contrary, be presented to His Majesty and become an Act of Parliament on the Royal Assent being signified thereto, notwithstanding that the House of Lords have not consented to the Bill: Provided that this provision shall not take effect unless two years have elapsed between the date of the second reading in the first of those sessions of the Bill in the House of Commons and the date on which it passes the House of Commons in the third of those sessions.' Zoals hierna nog ter sprake komt, zal de Parliament Act 1949 de termijn waarmee de Lords de totstandkoming van een wet kunnen vertragen terugbrengen van twee tot een jaar. Zie Parliament Acts 1911 and 1949, section 2(1).

177 Parliament Act 1911, section 2(2): 'When a Bill is presented to His Majesty for assent in pursuance of the provisions of this section, there shall be endorsed on the Bill the certificate of the Speaker of the House of Commons signed by him that the provisions of this section have been duly complied with.' Deze bepaling geldt nog altijd en is thans te vinden in de Parliament Acts 1911 and 1949, section 2(2).

uitzondering van de zes counties die tezamen het huidige Noord-Ierland vormen) als land met zelfbestuur (een zogeheten Dominion) in 1922.¹⁷⁸ Negen jaar later zou met de inwerkingtreding van de Statute of Westminster Act 1931, een wet die aan de bestaande Dominions, inclusief de Irish Free State, formeel een onafhankelijke status toekende binnen het nieuwe Commonwealth of Nations, de ontmanteling van het British Empire beginnen. De totstandkoming van deze wet was eveneens de formalisering van een verzameling conventies op basis waarvan het Verenigd Koninkrijk geen inbreuk mag maken op de feitelijk reeds bestaande autonomie van de Dominions.¹⁷⁹ Pas na de inwerkingtreding van de Statute of Westminster Act 1931 zou de grote mate van autonomie van deze Dominions in relatie tot het Verenigd Koninkrijk ook wettelijke erkenning krijgen.

Na die periode zouden er meer wetten tot stand komen die de formele bevoegdheidsverdeling binnen en tussen het parlement en de regering vastleggen. De eerste van die wetten had opnieuw betrekking op de relatie tussen de House of Commons en de House of Lords. De behoefte aan een nieuwe herijking van de verhouding tussen beide huizen kwam voort uit de overtuigende verkiezingsoverwinning van de Labour Party onder leiding van Clement Attlee in 1945, die hij te danken had aan zijn plannen voor ingrijpende sociale hervormingen en de nationalisatie van gas-, water- en elektriciteitsbedrijven.¹⁸⁰ Op dat moment was het voor het eerst sinds 1911 voorgekomen dat een partij aan de linkerzijde van het politieke spectrum een meerderheid in de Commons behaalde.¹⁸¹ Voor de doorvoering van deze plannen vormde de House of Lords, waarin de Labour Party sterk ondervertegenwoordigd was,¹⁸² opnieuw een obstakel. Anders dan in 1909 besloten de Lords ditmaal niet de confrontatie met de regering aan te gaan. Lord Cranborne (een kleinzoon van de vroegere Prime Minister Lord Salisbury, die na de dood van zijn vader in 1947 ook door het leven zou gaan onder de naam van zijn grootvader) verklaarde tijdens een debat in de House of Lords naar aanleiding van de verkiezing van Attlee:

178 De Third Home Rule Bill had weliswaar Royal Assent gekregen, maar zou nooit in werking treden; pogingen de wet te implementeren in 1916 en 1917 faalden en vervolgens zou het uitbreken van de Ierse onafhankelijkheidsoorlog (1919-1922) definitief aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel in de weg staan. Pas in 1922 zou de Fourth Home Rule Bill wel leiden tot Ierse onafhankelijkheid. Zie Tombs 2015, p. 653-654.

179 Jennings 1959a, p. 92: 'Until 1931 the older countries of the Commonwealth – Canada, Australia, South Africa and New Zealand – were legally “colonies.” They were called “Dominions” because they were self-governing colonies, enjoying a peculiar relationship with the United Kingdom and with each other. In fact, they became self-governing through the establishment of conventions.'

180 Lyon 2003, p. 390-391; Van der Horst 2004, p. 326.

181 Bogdanor 2009, p. 16: 'In 1945, the overwhelming Conservative majority in the Lords had to decide upon its response to the first majority government of the Left since passage of the Parliament Act 1911 (...).'

182 In 1955, tien jaar na de verkiezingsoverwinning van Attlee, bestonden de Lords nog slechts uit 55 Labour peers tegenover 507 Conservatives, 238 Independents en 42 Liberals. Zie Bogdanor 2009, p. 155.

‘Whatever our personal views, we should frankly recognise that these proposals [d.w.z. de voorstellen van de regering, GJAG] were put before the country at the recent General Election [bedoeld zijn de verkiezingen voor de House of Commons in 1945, GJAG] and the people of this country, with full knowledge of these proposals, returned the Labour Party to power. The Government may, therefore, I think, fairly claim that they have a mandate to introduce these proposals. I believe it would be constitutionally wrong, when the country has so recently expressed its view, for this House to oppose proposals which have been definitely put before the electorate.’¹⁸³

Deze verklaring van de (latere) Lord Salisbury vormt de basis voor de nog altijd bestaande Salisbury Convention die de House of Lords verplicht niet tegen een wetsvoorstel te stemmen dat voortvloeit uit het verkiezingsprogramma van de regerende partij.¹⁸⁴ De gedachte achter deze conventie is dat de House of Lords, anders dan de House of Commons, niet democratisch is verkozen en daarom niet zomaar de politieke wensen van de meerderheid van het electoraat mag doorkruisen.¹⁸⁵

De vorming van de Salisbury Convention was niet de enige constitutionele vernieuwing met betrekking tot de relatie tussen de beide huizen van het parlement. Nadat de regering de doorvoering van een aantal van haar nationalisatieplannen had uitgesteld, kon zij deze slechts nog realiseren door de termijn van het opschortend veto van de Lords terug te brengen van twee tot één jaar. Zij realiseerde dit door in 1949 op basis van de procedure van de Parliament Act 1911 een nieuwe Parliament Act vast te stellen,¹⁸⁶ die nog altijd in dezelfde vorm kracht van wet heeft. Vanaf dat moment was de politieke urgentie voor de introductie van de samenstelling van de Lords op basis van verkiezingen, die voorafgaand aan de totstandkoming van de Parliament Act 1911 nog werd gevoeld, verdwenen.¹⁸⁷ In plaats daarvan bleef het bij hervormingen van de samenstelling van dit huis in 1958, toen het lidmaatschap van de House of Lords ook werd open-

183 House of Lords Debates, vol 137, col 47 (16 augustus 1945).

184 In 2006 heeft de Joint Committee on Conventions van de House of Lords en de House of Commons de Salisbury Convention als volgt omschreven: ‘In the House of Lords: a manifesto Bill is accorded a Second Reading; a manifesto Bill is not subject to “wrecking amendments” which change the Government’s manifesto intention as proposed in the Bill; and a manifesto Bill is passed and sent (or returned) to the House of Commons, so that they have the opportunity, in reasonable time, to consider the Bill or any amendments the Lords may wish to propose.’ Zie House of Lords & House of Commons Joint Committee on Conventions, *Conventions of the UK Parliament. Report of Session 2005-06*, para. 99.

185 Bogdanor 2009, p. 17: ‘The Salisbury Convention is based upon the (...) doctrine of the mandate according to which voters are deemed to have endorsed all of the various items in the governing party’s manifesto.’

186 *An Act to Amend the Parliament Act 1911* (12, 13 & 14 Geo. 6 c. 103). Sindsdien worden beide wetten verkort doorgaans aangehaald als de Parliament Acts 1911 and 1949.

187 In de considerans van de Parliament Act 1911 wordt opgemerkt dat ‘it is intended to substitute for the House of Lords as it at present exists, a Second Chamber constituted on a popular instead of a hereditary basis’. Na ruim honderd jaar is van de realisering van deze wens nog niets terechtgekomen. Zie Wicks 2006, p. 91.

gesteld voor vrouwen,¹⁸⁸ en 1999, toen het systeem van vererving van de zetels in dit huis grotendeels plaatsmaakte voor het huidige systeem waarbij politieke partijen kandidaten voor benoeming voordragen.¹⁸⁹

Later zouden er ook nog andere wetten tot stand komen die betrekking hebben op de verhoudingen binnen en tussen regering en parlement. In dat kader valt bijvoorbeeld te denken aan de regeling omtrent de ontbinding van het parlement.¹⁹⁰ Aanvankelijk kon het parlement worden ontbonden op basis van het Royal Prerogative, dat de vorst vanaf het einde van de negentiende eeuw slechts kan uitoefenen in overeenstemming met een daartoe strekkend advies van de Prime Minister.¹⁹¹ Sinds 2011 is daarin verandering gekomen door de inwerkingtreding van de Fixed-term Parliaments Act,¹⁹² die het moment vaststelt waarop het parlement wordt ontbonden en de nieuwe verkiezingen voor de Commons plaatsvinden.¹⁹³

188 Tot 1958 konden alleen mannen (barons; meestal gewoonweg aangeduid als Lords) deel uitmaken van de House of Lords, omdat volgens de voor die tijd geldende regelgeving de vererving van een zetel in dat huis alleen langs de mannelijke lijn verliep. Na de inwerkingtreding van de Life Peerages Act 1958 (6 & 7 Eliz. 2 c. 21) kwam daarin verandering. Deze wetwijziging maakte het mogelijk de vorst zogeheten life peers te laten benoemen, opnieuw bij Letters Patent under the Great Seal (uitgeoeft op advies van de Prime Minister bij conventie). Vanaf dat moment bestond (en bestaat) ook een mogelijkheid voor vrouwen lid te worden van de House of Lords. Anders dan bij de hereditary peers konden (en kunnen) de kinderen van deze life peers de zetel in de House of Lords niet van hun vader of moeder erven. Zie Bogdanor 2009, p. 155.

189 De House of Lords Act 1999 (c. 34) schafte alle hereditary peers op 92 na af; de 92 overgebleven peers kunnen aanblijven op interimbasis. De plaats van de afgeschafte zetels die voorheen op basis van vererving waren toegekend zouden voortaan toekomen aan leden die voor benoeming door de diverse politieke partijen werden voorgedragen. Zie Bogdanor 2009, p. 157.

190 Effectief gezien gaat het hier om de ontbinding van de House of Commons, omdat de House of Lords niet democratisch wordt gekozen.

191 Zie par. II.2.5.

192 *An Act to make provision about the dissolution of Parliament and the determination of polling days for parliamentary general elections; and for connected purposes* (2011 c. 4).

193 Deze wet legt voortaan vast op welke datum verkiezingen moeten plaatsvinden, namelijk op de eerste dinsdag in mei van het vijfde kalenderjaar na het jaar waarin de laatste verkiezingen hebben plaatsgevonden (section 1). De House of Commons kan deze datum vervroegen door ofwel met een tweederdemeerderheid een motie aan te nemen met als dictum 'That there shall be an early parliamentary general election' (sections 2(1) en (2)) ofwel door met een gewone meerderheid een motie aan te nemen met het dictum 'That this House has no confidence in Her Majesty's Government', waarna het huis binnen veertien dagen *niet* een motie aanneemt met het dictum 'That this House has confidence in Her Majesty's Government' (sections 2(3), 2(4) en 2(5)). De wet sluit ook de mogelijkheid van ontbinding op grond van het Royal Prerogative uit (section 3(2)). Op 2 mei 2017 namen de Commons met een tweederdemeerderheid een motie in de zin van sections 2(1) en 2(2) aan, waarna vervroegde verkiezingen plaatsvonden. Op 31 oktober 2019 kreeg vervolgens de Early Parliamentary General Election Act 2019 (c. 29) kracht van wet die het in afwijking van de Fixed-term Parliaments Act 2011, sections 2(1) en 2(2) mogelijk maakte eenmalig verkiezingen uit te schrijven op basis van een motie die de Commons met een gewone meerderheid hebben aangenomen. Die verkiezingen hebben plaatsgevonden op 12 december 2019. Op basis van de Fixed-term Parliaments Act 2011, section 1 staan de aankomende verkiezingen voor de Commons daarom vooralsnog gepland op 7 mei 2024.

Bijgevolg heeft de Prime Minister op dit punt aanzienlijk aan invloed verloren.¹⁹⁴

De aanleiding voor de omzetting van deze conventie in een wettelijke regel was het aantreden van de nog altijd enige formele coalitieregering sinds de Tweede Wereldoorlog,¹⁹⁵ die werd gevormd door de Conservative Party onder leiding van David Cameron en de Liberal Democrats onder leiding van Nick Clegg (2010-2015). Volgens de betrokken partijen kon het bestaan van een dergelijke coalitieregering alleen succes hebben als er een stevige basis van vertrouwen aan hun samenwerking ten grondslag zou liggen.¹⁹⁶ Tegen die achtergrond werd het wenselijk geacht dat de Prime Minister niet zomaar aan de koning zou kunnen verzoeken tot de ontbinding van het parlement over te gaan.

Daarnaast kwamen nog andere wetten op (deels) politiek terrein tot stand. Voorbeelden van deze nieuwe wettelijke regelingen zijn de vervanging van de Appellate Committee van de House of Lords door de nieuwe UK Supreme Court als gevolg waarvan rechtspraak niet langer tot de taken van dit huis behoort¹⁹⁷ en de wettelijke verankering van de voormalige conventie op basis waarvan de regering de door haar gesloten verdragen ten minste 21 dagen voorafgaand aan hun ratificatie ter consultatie voorlegt aan het parlement (Ponsonby Rule).¹⁹⁸

194 Het is echter goed mogelijk dat aan deze situatie op termijn ook weer een einde komt. Op 1 december 2020 heeft de regering van Prime Minister Boris Johnson (Con) namelijk een conceptwetsvoorstel ingediend dat strekt tot de intrekking van de Fixed-term Parliaments Act 2011, aangevuld met een aantal 'dissolution principles' die zouden moeten worden gevolgd zodra het ontbindingsrecht – zoals de regering met dit conceptwetsvoorstel beoogt – weer onder het Royal Prerogative valt. Zie *Draft Fixed-term Parliaments Act (Repeal) Bill 2011*, CP 322 (december 2020). Net als de genoemde 'principles' kan dit conceptwetsvoorstel worden geraadpleegd via assets.publishing.service.gov.uk.

195 Zie par. II.2.5.

196 Blick stelde dat de wet 'arose from a specific political circumstance: the need to cement the Conservative–Liberal Democrat coalition formed after the May 2010 General Election'. Zie Blick 2016b, p. 19.

197 De Constitutional Reform Act 2005 (c. 4), section 23(1) bepaalde dat er een UK Supreme Court zou worden opgericht; sinds 1 oktober 2009 is dit de hoogste rechter van het Verenigd Koninkrijk. Deze wet maakte ook een einde aan de mogelijkheid voor de Lord Chancellor om drie verschillende soorten functies uit te oefenen, namelijk een parlementaire (voorzitter van de House of Lords), een bestuurlijke (lid van het Cabinet als een soort minister van Justitie) en een rechterlijke (onder andere als lid van het hoogste rechterlijke college en lid van de Chancery Division van de High Court of Justice). Op grond van de genoemde wet wordt de genoemde parlementaire functie nu uitgeoefend door de Lord Speaker (Constitutional Reform Act, section 3) en de (hier genoemde) rechterlijke functie door de Lord Chief Justice (Constitutional Reform Act, section 7(1)).

198 De Ponsonby Rule was vernoemd naar Arthur Ponsonby, Under-Secretary of State for Constitutional Affairs onder Prime Minister Ramsey MacDonald (Lab). In 2010 werd deze conventie geconverteerd naar een rechtsregel toen zij een plaats kreeg in de Constitutional Reform and Governance Act 2010 (c. 25), sections 20-25.

Hoewel de constitutie van het Verenigd Koninkrijk nog altijd voor een belangrijk deel uit conventies bestaat, is een groot deel daarvan niet langer ongeschreven van karakter; de belangrijkste conventies rond het functioneren van besluitvorming in het Cabinet zijn vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw in toenemende mate opgetekend in documenten zonder juridische status, zoals de *Ministerial Code* en de *Cabinet Manual*.¹⁹⁹ Hoewel deze optekening in ieder geval formeel gezien geen verandering aan het (informele) karakter van de daarin beschreven conventies aanbrengt, geeft de optekening van deze categorie regels wel blijk van een behoefte bij de betrokken politieke organen aan duidelijkheid over de geldende constitutionele regels. Dankzij die ontwikkeling zou het Verenigd Koninkrijk een constitutie gaan kennen die weliswaar in toenemende mate geschreven is doch ongecodificeerd blijft.

II.2.7 De houdbaarheid van de ‘politieke’ constitutie in het licht van veranderingen in de nationale rechtsorde na de Tweede Wereldoorlog

Hoewel het Verenigd Koninkrijk nooit een grondwet heeft gekend, was ook in dat land langzamerhand een constitutie ontstaan die het handelen van overheidsorganen aan grenzen bindt.

De kern van deze constitutie bestaat uit de zogeheten parlementaire soevereiniteit op basis waarvan, althans volgens de orthodoxe benadering van Dicey, de wetgevende bevoegdheid van het parlement aan geen enkele grens is gebonden. Op het eerste gezicht lijkt deze parlementaire soevereiniteit juist het tegendeel van een constitutie te vormen, omdat die het wetgevend optreden van het parlement juist uitdrukkelijk *niet* aan banden legt. Toch is het tegendeel waar. De essentie van de parlementaire soevereiniteit is vooral dat er geen rechter of daarmee vergelijkbaar orgaan bevoegd is de beslissingen van het parlement opzij te zetten. Het parlement kan echter niet louter naar bevind van zaken handelen, al was het maar omdat het belangrijkste huis daarvan indirect, via verkiezingen, periodiek verantwoording aflegt aan het *electoraat*.

In dat licht is het gangbaar de constitutie van het Verenigd Koninkrijk aan te duiden als bij uitstek *politiek* van aard, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat het laatste woord over de inhoud van de constitutie uiteindelijk ligt bij het hoogste politieke orgaan van het land: het parlement. Gezien de afwezigheid van een grondwet wordt voor de aanduiding van de grenzen van de uitoefening van overheidsmacht ook wel de term ‘politiek constituti-

199 Zie nader par. II.3.3.2.2.

onalisme' gebruikt.²⁰⁰ Voorstanders van een dergelijke benadering beschouwen het 'politieke' karakter van de constitutie als een waarborg, omdat de verantwoordelijke politici bij het nemen van hun beslissingen voortdurend afhankelijk zijn van de steun van het electoraat in de vorm van een stem bij verkiezingen; als een kiezer ontevreden is met een door een bepaalde politicus genomen besluit, dan kan hij bij de volgende verkiezingen op een andere politicus stemmen.²⁰¹

Tegenover het politiek constitutionalisme staat het juridisch constitutionisme dat is gebaseerd op de gedachte dat het handelen van politieke organen is onderworpen aan het recht en, meer in het bijzonder, aan het toezicht van de rechter. De voorstanders van deze benadering betogen dat politieke organen zich niet zouden moeten kunnen onttrekken aan de gelding van 'hogere' fundamentele rechtsbeginselen, die in het licht van hun grote belang dan ook handhaafbaar moeten zijn door een onafhankelijk orgaan zoals een rechter.²⁰² Bovendien menen zij dat in het politieke proces de aandacht vooral uitgaat naar de belangen van de meerderheid in plaats van de minderheid. In dat licht bestaat er bij uitstek behoefte, zo is de gedachte, aan

200 Elliott & Thomas 2017, p. 38: 'Advocates of *political constitutionalism* put their faith in the political process. Simply put, political constitutionalists hold [that] the constitution is a product of a set of political relationships between the different institutions of the state – Parliament, government and the courts. As such political relationships develop and change, so too do constitutional rules and practices. The basis point is that the practices governing the exercise and distribution of government power are determined not by *legal rules*, but by a set of *political understandings* [cursivering in origineel, GJAG].'

201 Elliott & Thomas 2017, p. 38: '[P]olitical constitutionalists argue that, in a democracy, the political process is the most legitimate means of guarding against unconstitutional behaviour by those in authority. The role of the courts in scrutinizing government ought to be fairly limited because judges lack any democratic legitimacy. For political constitutionalists, then, it is the political process that deters politicians from doing unconstitutional things (because Parliament or the people might think badly of this and might therefore refuse to support the government in a vote in the Commons or at a general election) and provides a corrective if such things are done (because the people can vote for a different party, which might govern in a more constitutionally accepted manner).'

202 Elliott & Thomas 2017, p. 38-39: '[T]he emphasis of those who advocate *legal constitutionalism* is rather different. They prefer to put their faith in the judicial, not the political, system. (...) In philosophical terms, it is said that there are certain moral principles – principles of "natural law" or "higher law" – that are so fundamental as to be immutable. A "law" that contradicts such principles cannot be a genuine law at all and should not be enforced by courts – a view that means that, in practice, courts have the task of ensuring that politicians do not overstep their mark [cursivering in origineel, GJAG].'

een rechter die politieke organen tot de orde kan roepen, juist omdat hij zich *niet* tegenover het electoraat hoeft te verantwoorden.²⁰³

Hoewel het Verenigd Koninkrijk een politieke constitutie kent, is daarmee niet gezegd dat de verantwoordelijke politici in dat land geheel naar bevind van zaken kunnen handelen totdat zij zich in het kader van verkiezingen weer tegenover het electoraat dienen te verantwoorden. In de tussentijd is het parlement gebonden aan informele regels die in de politieke arena *zelf* tot ontwikkeling zijn gekomen in plaats van aan gecodificeerde, door de rechter te handhaven (rechts)regels. Opnieuw was het Dicey die aan het einde van de negentiende eeuw de eerst genoemde categorie regels onder de aandacht bracht onder de naam constitutionele conventies.²⁰⁴ Volgens de door Dicey geïntroduceerde, nog altijd gangbare, terminologie behoren deze regels niet tot het domein van het recht, maar tot dat van de politiek. Deze definitie moet echter uitdrukkelijk worden begrepen tegen de achtergrond van het nog altijd in het Verenigd Koninkrijk vigerende rechtsbegrip: een rechtsregel is een synoniem van een door de *rechter* te handhaven regel. De definitie van de conventie als een niet-juridische regel brengt dan ook slechts tot uitdrukking dat zij louter in het politieke bedrijf geldt. Dicey bracht daarmee tot uitdrukking dat een eventueel geschil over de gelding van een conventie niet openstaat voor handhaving door de rechter, maar in plaats daarvan door de betrokken politieke organen zelf dient te worden beslecht.

In dat licht valt ook te verklaren waarom het handelen in strijd met een conventie tegelijkertijd 'lawful' (in de zin van: niet vatbaar voor een onrechtmatigverklaring door de rechter) en 'unconstitutional' (in de zin van: een schending van een bindende regel die deel uitmaakt van de constitutie) kan zijn. Het belang van de conventie voor de constitutie moest volgens Jennings, wiens werk een grote invloed heeft gehad op het denken over conventies, ondanks haar niet-juridische karakter echter niet worden onderschat. Met zijn karakterisering van de conventie als 'the flesh which clothes the dry bones of law' bracht hij tot uitdrukking dat de constitutie zonder de bestudering van conventies niet goed kon worden begrepen.²⁰⁵

203 Elliott & Thomas 2017, p. 39: '[W]hile reliance on the political process is likely to result in the interests of the majority being adequately looked after, the same might not be true of minorities of various sorts. The majority, acting through political institutions such as Parliament, might be inclined to do things – such as locking up suspected foreign terrorists without charge or trial – that serve their own interests at the expense of the unpopular, marginalised groups. In order to prevent this from happening, it is necessary to empower judges – whose independence allows them to be uninfluenced by public opinion – to protect the constitutional rights of *everyone*, even if that means curbing the self-serving instincts of the majority [cursivering in origineel, GJAG].'

204 Zie over de ontwikkeling van het conventiebegrrip tot de verschijning van het werk van Dicey par. II.3.2.1.

205 Jennings 1959a, p. 81.

Hoewel de constitutie van het Verenigd Koninkrijk nog altijd politiek van karakter is, rijst sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog echter wel in toenemende mate de vraag of zij niet langzamerhand aan het veranderen is in een juridische constitutie. Vooral de totstandkoming van de Human Rights Act 1998 die de mensenrechten uit het EVRM incorporeert en de overdracht van wetgevende en bestuurlijke bevoegdheden aan nieuwe decentrale overheidsorganisaties (devolution) zijn ontwikkelingen die in die richting wijzen.²⁰⁶

Voorafgaand aan de bespreking van deze ontwikkelingen, verdient eerst de inhoud van de doctrine van de parlementaire soevereiniteit nadere aandacht. Volgens de orthodoxe, door Dicey geïntroduceerde, benadering van deze doctrine is er, bij afwezigheid van een gecodificeerde grondwet, geen hogere rechtsbron dan een 'gewone' Act of Parliament.²⁰⁷ Als het parlement volgens de voorgeschreven wetgevingsprocedure een Act of Parliament heeft vastgesteld, dan is de betreffende Act onaantastbaar voor andere organen. In die constatering ligt al een belangrijke beperking op de parlementaire soevereiniteit besloten: deze doctrine geldt alleen ten aanzien van Acts of Parliament die het parlement in overeenstemming met een voorgeschreven wetgevingsprocedure heeft vastgesteld, niet als bijvoorbeeld de House of Commons een motie (resolution) aanneemt; in dat laatste geval is immers 'slechts' sprake van de vaststelling van een 'action of Parliament'.²⁰⁸ In dat licht is de parlementaire soevereiniteit niet alleen een doctrine die het parlement het laatste woord toekent over het geldende recht, maar ook een doctrine die het parlement zelf bindt, in de zin dat zijn beslissingen alleen rechtskracht hebben voor zover die conform de geldende (in de wet vastgelegde) procedures zijn genomen; een dergelijke procedure bestaat bijvoorbeeld ten aanzien van de aanneming van Acts of Parliament.²⁰⁹

206 De gecompliceerde verhouding tussen het Verenigd Koninkrijk en de EU blijft in deze paragraaf buiten beschouwing. Zie daarover par. II.2.8.

207 Dicey 1959 (1915), p. 88: 'There is no law which Parliament cannot change, or (to put the same thing somewhat differently), fundamental or so-called constitutional laws are under our constitution changed by the same body and in the same manner as other laws, namely by Parliament acting in its ordinary legislative character.'

208 Vgl. Eleftheriadis 2009, p. 275: 'Parliament as an institution has a standing duty as against the courts not to act outside the terms of the Parliament Acts, the Representation of the People Acts and the other rules affecting its own composition and procedures whenever it seeks to act as a legislative body. Whenever it acts against this duty, Parliament is faced with a disability, in that its actions are ineffective. A resolution, for example, cannot amend an Act of Parliament. This is the essence of the distinction we normally draw between actions of [P]arliament and Acts of Parliament.'

209 Eleftheriadis 2009, p. 275: '[P]arliament is not only the beneficiary of legal powers but operates under layers of legal duties, disabilities and liabilities as well: (...) the disabilities in creating Acts outside the established procedures (...).' Hij onderscheidt daarnaast ook 'the duties to respect the standing rules' en 'the liabilities in having the court ascertain in what is an Act of Parliament'.

Toch is daarmee de kous nog niet af. Deze constatering geeft aanleiding tot het stellen van de vervolgvraag of het parlement is gebonden aan de Acts die het zelf heeft vastgesteld. Volgens de diceyaanse benadering luidt het antwoord op die vraag ontkenkend; als het parlement gebonden zou zijn aan een eerder vastgestelde Act, dan betekent dat dat sommige Acts of Parliament 'hoger' zijn dan andere Acts of Parliament en dus ook dat de parlementaire soevereiniteit niet langer bestaat. Wil de parlementaire soevereiniteit dus blijven bestaan, dan behoudt het parlement de bevoegdheid om Acts vast te stellen die in strijd zijn met eerdere Acts. In dat licht geldt volgens de diceyaanse benadering de doctrine van 'implied repeal' die inhoudt dat een later vastgestelde Act of Parliament prevaleert boven een eerder vastgestelde Act of Parliament.²¹⁰

In het licht van deze twee constatering kent Wade een belangrijke rol toe aan de rechtspraak bij de handhaving van de parlementaire soevereiniteit. Hij omschrijft deze doctrine als

'unique in being unchangeable by Parliament – it is changed by revolution, not by legislation; it lies in the keeping of the courts and no Act of Parliament can take it from them. This is only another way of saying that it is always for the courts, in the last resort, to say what is a valid Act of Parliament; and that the decision of this question is not determined by any rule of law which can be laid down or altered by any authority outside the courts. It is simply a political fact'.²¹¹

Hoewel op Wades kwalificatie van de parlementaire soevereiniteit als 'political fact' kritiek mogelijk is,²¹² staat het buiten kijf dat het voortbestaan van de parlementaire soevereiniteit deels afhankelijk is van de rechtspraak. Illustratief is de zaak *Jackson*, waarin de Appellate Committee van de House of Lords²¹³ zich diende uit te spreken over de vraag of een Act of Parliament die in overeenstemming met de procedures van de Parliament Acts 1911 and

210 De doctrine van 'implied repeal' is erkend in *Ellen Street Estates Ltd v Minister of Health* [1934] 1 KB 590. De verdedigers van de zogenaamde 'manner and form theory' of 'new view' waren, in afwijking van deze uitspraak, van mening dat het parlement als bezitter van juridische soevereiniteit de bevoegdheid bezit opvolgende parlementen procedureel te binden. Zie o.a. Jennings 1959a, p. 151-156; Heuston 1964, p. 1-31.

211 Wade 1955, p. 189.

212 Goldsworthy noemt deze kwalificatie van Wade bijvoorbeeld 'debatable'. Hij stelt: 'There are important differences between abrupt changes to fundamental legal rules, imposed on many senior officials through their coercion or removal from office, and gradual changes resulting from a voluntary change of mind on their part in response to broader social developments. In the latter case, it may be appropriate to say that the rules [zoals die met betrekking tot de parlementaire soevereiniteit, GJAG] have evolved legally.' Zie Goldsworthy 1999, p. 245.

213 Op dat moment was de Appellate Committee van de House of Lords de hoogste rechter van het Verenigd Koninkrijk, niet te verwarren met de 'politieke' tak van dat orgaan. Inmiddels heeft de UK Supreme Court deze taak van deze Committee overgenomen. Zie par. II.2.6.

1949 (dus zonder betrokkenheid van de House of Lords)²¹⁴ is vastgesteld wel geldt als volwaardige Act of Parliament, welke vraag bevestigend werd beantwoord.²¹⁵ Het is dus uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of het parlement, als het zijn eigen wetgevende bevoegdheden aanpast of aanvult (zoals door, in het geval van *Jackson*, een aanvullende procedure voor de vaststelling van nieuwe Acts of Parliament in het leven te roepen zonder betrokkenheid van de House of Lords) niet neerkomt op de (onmogelijk geachte) afschaffing of inperking van de parlementaire soevereiniteit; als het parlement zijn soevereiniteit immers eenmaal uit handen heeft gegeven, dan kan het die niet meer herkrijgen, zo is dan de redenering.²¹⁶

De taak van de rechter over te gaan tot de handhaving van de parlementaire soevereiniteit houdt ook in dat hij geldende Acts of Parliament zoveel mogelijk zal moeten interpreteren in het licht van de bedoeling van de wetgever. Het was daarbij altijd al gebruikelijk dat de rechter de door hem toe te passen Acts of Parliament zoveel mogelijk uitlegde in lijn met de common law zoals die in eerdere rechtspraak tot ontwikkeling was gekomen. Soms gingen rechters daarbij zover dat zij lijnrecht tegen de letterlijke tekst van de betreffende Act of Parliament ingingen.²¹⁷ Na de Tweede Wereldoorlog zou de rechterlijke invloed op de inhoud van geldende Acts of Parliament verder

214 Zie over deze beide Acts of Parliament par. II.2.6.

215 Meer precies diende de Appellate Committee van de House of Lords zich uit te spreken over de vraag of de Parliament Act 1949 wel volgens een geldige wetgevingsprocedure tot stand was gekomen, aangezien voor haar totstandkoming gebruik was gemaakt van de Parliament Act 1911. De Lords beschouwen de Parliament Act 1949 als 'primary legislation, albeit enacted in a way that is different'. Zie *Jackson and Others v Attorney General* [2005] UKHL 56 [2006] 1 AC 262, para. 111 *per* Lord Hope of Craighead. De consequentie van deze benadering is dat wetten die tot stand komen op basis van de door de Parliament Acts 1911 and 1949 voorgeschreven procedures inderdaad volwaardige Acts of Parliament zijn. De enige grenzen die de House of Commons in acht moet nemen bij het gebruik van die procedure volgen uit de Parliament Acts zelf, zo oordeelt de House of Lords.

216 Vgl. o.a. Bogdanor 2019, p. xi: 'Sovereignty is an absolute concept. Like virginity, once it is lost, it cannot be regained.'

217 Een beroemd voorbeeld van een dergelijke uitspraak is *Anisminic* uit 1969, waarin de Appellate Committee van de House of Lords zich boog over een bepaling in de Foreign Compensation Act 1950. In deze Act, section 4(4) was een zogeheten *ouster clause* opgenomen op basis waarvan beslissingen van de Foreign Compensation Commission 'shall not be called in question in any court of law'. De House of Lords oordeelde echter dat het parlement, ondanks de heldere bewoordingen waarin de bepaling uit de Act was opgesteld, niet de bedoeling kon hebben gehad om de rechter de bevoegdheid te ontnemen om te toetsen of de Foreign Compensation Commission binnen de eigen bevoegdheid is gebleven: 'If the draftsman or Parliament had intended to introduce a new kind of ouster clause so as to prevent any inquiry even as to whether the document relied on was a forgery, I would have expected to find something much more specific than the bald statement that a determination shall not be called in question in any court of law.' Zie *Anisminic Ltd v FCC and Another Respondents* [1969] 2 AC 147 *per* Lord Reid. De invloed van de common law als zodanig op de houdbaarheid van de parlementaire soevereiniteit blijft op deze plaats verder buiten beschouwing. Zie daarover (in het Nederlands) Uzman 2013, p. 472-477, met verdere verwijzingen.

toenemen na de oprichting van de Raad van Europa in 1949, mede door het Verenigd Koninkrijk zelf.²¹⁸ Aanvankelijk committeerde dit land zich nog niet aan het systeem van mensenrechtenbescherming op basis van het uit de Raad van Europa voortkomende EVRM. Pas vanaf 1966, toen het Verenigd Koninkrijk de jurisdictie van het EHRM accepteerde zodat individuele burgers bij dit rechterlijke orgaan klachten kunnen indienen, kwam daar langzamerhand verandering in.²¹⁹

Sinds de inwerkingtreding van de Human Rights Act 1998, die het EVRM incorporeerde in de nationale rechtsorde,²²⁰ kent het Verenigd Koninkrijk ook een nationaalrechtelijk systeem van mensenrechtenbescherming waarin een belangrijke taak is weggelegd voor de nationale rechter.²²¹ Op basis van de Human Rights Act 1998 dient de nationale rechter het geldende nationale recht zoveel mogelijk te interpreteren en toe te passen in overeenstemming met de geldende rechten uit het EVRM.²²² Als een bepaling uit een Act of Parliament zich echter niet leent voor een dergelijke interpretatie vanwege openlijke strijd met een EVRM-recht, dan kan hij dat in een zogeheten ‘declaration of incompatibility’ uitspreken.²²³ Een dergelijke ‘declaration’ van de rechter doet echter geen afbreuk aan de gelding van de betreffende Act;²²⁴ het is dan aan het parlement om te beoordelen of het in het licht van een dergelijke rechterlijke verklaring aanleiding ziet de inbreuk van de litigieuze bepaling op het EVRM te herstellen. Hoewel het laatste woord over de geldende Acts of Parliament daarmee formeel bij het parle-

218 Zie over de betrokkenheid van het Verenigd Koninkrijk bij de totstandkoming van het EVRM Wicks 2006, p. 116-123.

219 Wicks 2006, p. 129-131.

220 *An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purposes* (1998 c. 42).

221 Human Rights Act 1998, section 2(1)(a): ‘A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any – judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights (...)’

222 Human Rights Act 1998, section 3(1): ‘So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.’ Op deze plaats van belang is nog Human Rights Act 1998, section 3(2)(b), waaruit volgt dat de toepassing van deze bepaling niets verandert aan ‘the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation’. De belangrijkste vorm van primary legislation is de Act of Parliament; de andere vormen van primary legislation kunnen hier verder buiten beschouwing blijven.

223 Human Rights Act 1998, section 4(2): ‘If the court is satisfied that the provision [bedoeld zijn de door de rechter te toetsen bepalingen uit primary legislation waarvan de Act of Parliament de belangrijkste vorm is, GJAG] is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.’ Ik laat de mogelijkheden ten aanzien van het uitspreken van een declaration of incompatibility voor secondary legislation buiten beschouwing.

224 Human Rights Act 1998, section 4(6)(a): ‘A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”)— does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given.’

ment zelf blijft berusten, zijn de feitelijke mogelijkheden voor het parlement om Acts of Parliament vast te stellen die evident in strijd zijn met het EVRM beperkter geworden.²²⁵

In vergelijkbare zin vormt de oprichting van nieuwe decentrale overheidsorganisaties met hun eigen bestuurlijke en wetgevende taken in respectievelijk Schotland, Wales en Noord-Ierland (de zogeheten devolved bodies) een door het parlement zelfgekozen beperking van zijn soevereiniteit. Hoewel de oprichting van deze devolved bodies formeel gezien de parlementaire soevereiniteit ongemoeid laat,²²⁶ zou zij gepaard gaan met een constitutionele conventie die het parlement in Westminster verplicht zich terughoudend op te stellen als het Acts of Parliament wil vaststellen die betrekking hebben op zuiver Schotse, dan wel Welshe of Noord-Ierse aangelegenheden (de zogeheten devolved matters). De oorsprong van deze conventie ligt in de volgende verklaring van Lord Sewel (Lab), Minister of State in the Scotland Office (1997-1999), tijdens de behandeling van de Scotland Bill in de House of Lords:

'[T]here could be instances where it would be more convenient for legislation on devolved matters to be passed by the UK Parliament. However, (...) we would expect a convention to be established that Westminster would not normally legislate with regard to devolved matters in Scotland without the consent of the Scottish parliament.'²²⁷

Inderdaad zou het Westminster parlement zich na de oprichting van de devolved bodies committeren aan het door Lord Sewel geformuleerde uitgangspunt, waardoor de naar deze Lord vernoemde Sewel Convention ontstond; inmiddels heeft deze conventie voor Schotland, net als een vergelijkbare conventie die betrekking heeft op de positie van Wales, wettelijke verankering gekregen, overigens zonder haar status als conventie te verlie-

225 Vgl. Elliott 2002, p. 359-360: 'The very classification of rights in such terms [zoals omschreven in de Human Rights Act 1998, GJAG] indicates their inherent worth and fundamental status: this, in turn, furnishes a strong normative reason for legislative adherence to such values, and also identifies the source of considerable pressure in favour of such practice.' Verderop in het artikel (op p. 361) suggereert hij dat daarbij mogelijk ook conventies kunnen ontstaan: '[A]lthough we must clearly be careful before asserting that conventions have already emerged in this area, it is submitted (...) that conventions are very likely to emerge in this area, so as to reflect the importance of respect for human rights (...)'. Deze stelling is echter voor wat betreft de gelding van de Human Rights Act dermate omstreden, dat zij hier verder buiten beschouwing kan blijven.

226 De Scotland Act 1998 (c. 46), section 28(7) bepaalt bijvoorbeeld dat de wetgevende bevoegdheid van het Scottish Parliament 'does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland'. De Northern Ireland Act 1998 (c. 47), section 5(6) vormt een vergelijkbare bepaling ten aanzien van de verhouding tussen het UK Parliament en de Northern Ireland Assembly. In vergelijkbare zin bepaalt (thans) de Government of Wales Act 2006 (c. 32), section 107(5) hetzelfde ten aanzien van de verhouding tussen het UK Parliament en de Welsh Assembly.

227 House of Lords Debates, vol 592, col 791 (21 juli 1998).

zen.²²⁸ Het Westminster parlement en de onderhandelaars van de respectieve devolved bodies kwamen in 1999 in een zogeheten Memorandum of Understanding overeen dat naast de Sewel Convention vergelijkbare verplichtingen zouden gaan gelden voor de relatie tussen het Westminster parlement en de devolved bodies in Noord-Ierland en Wales:

'The United Kingdom Parliament retains authority to legislate on any issue, whether devolved or not. It is ultimately for Parliament to decide what use to make of that power. However, the UK Government will proceed in accordance with the convention that the UK Parliament would not normally legislate with regard to devolved matters except with the agreement of the devolved legislature. The devolved administrations will be responsible for seeking such agreement as may be required for this purpose on an approach from the UK Government.'²²⁹

Hoewel de parlementaire soevereiniteit formeel gezien intact blijft, zijn de praktische mogelijkheden voor het parlement om tegen de wil van de devolved bodies nieuwe Acts vast te stellen over zogeheten devolved matters aanzienlijk beperkter geworden.

In de praktijk heeft het parlement zich daarmee gecommitteerd aan de idealen van mensenrechtenbescherming en de bescherming van de autonomie van de devolved bodies zonder formeel afstand te doen van zijn soevereiniteit. In dat licht oordeelt Elliott dat er een kloof is ontstaan tussen de juridisch onbeperkte wetgevende vrijheid van het parlement enerzijds en de feitelijke realiteit waarin die vrijheid bestaat anderzijds. Volgens hem zijn deze maatregelen op zichzelf

'consistent with the principle of parliamentary sovereignty. Ultimately, however, it [bedoeld zijn beide maatregelen, GJAG] may serve to expose and exaggerate the unrealism of that theory by widening the gap between constitutional theory, which ascribes unlimited power to Parliament and political reality. (...) [T]here is no reason why these limitations may not ultimately be translated into legal restraints on legislative intervention'.²³⁰

Elliott suggereert in dit fragment dat het goed voorstelbaar is dat deze *politieke* beperkingen op de parlementaire soevereiniteit (d.w.z. de beperkingen die het parlement zichzelf oplegt) uiteindelijk ook een *juridisch* karakter (d.w.z. als zodanig handhaafbaar voor de rechter worden) kunnen krijgen.

228 De Sewel Convention kreeg in 2016 een plaats in de Scotland Act 1998, section 28(8). Een vergelijkbare verplichting ten aanzien van de relatie tussen het UK Parlement en de devolved bodies in Wales is sinds 2011 verankerd in de Government of Wales Act 2006, section 107(6). Zie over de betekenis van de wettelijke verankering van deze conventies par. II.3.3.4.2.

229 *Devolution. Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements*, para. 14 (nieuwe versie: Cm 5240, 2013; eerste versie: Cm 4444, 1999).

230 Elliott 2002, p. 375-376.

Elliott impliceert daarmee dat de parlementaire soevereiniteit als doctrine overeen dient te stemmen met de politieke werkelijkheid. Op die gedachte heeft Goldsworthy, een fervent verdediger van de stelling dat de parlementaire soevereiniteit nog altijd de basis vormt van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk, de volgende kritiek geuit:

[I]t is far from clear that any such gap [bedoeld is de 'gap' uit het citaat van Elliott, GJAG] exists. It has always been part of the justification of sovereign power, whether monarchical or parliamentary, that the repository of the power is subject to powerful extra-legal constraints, both "internal" (moral) and "external" (political), which make many theoretically possible abuses of the power virtually impossible in reality. There have always been many logically possible laws that, for moral and political reasons, Parliament would never enact (...). Yet it has seldom been thought to follow that Parliament lacked legal authority to enact such laws.²³¹

In dit citaat ligt de kern van de manier van denken van voorstanders van het politiek constitutionalisme besloten: het parlement is bij uitstek, als geen ander orgaan, in staat *zelf* te bepalen welke grenzen het in acht neemt, waardoor er ook geen noodzaak bestaat zijn handelen en de daarbinnen te onderscheiden organen te onderwerpen aan het toezicht van een rechter of een daarmee vergelijkbare onafhankelijke arbiter.²³² Volgens deze benadering heeft noch de totstandkoming van de Human Rights Act 1998, noch de oprichting van de devolved bodies daadwerkelijk het karakter van de parlementaire soevereiniteit veranderd: het parlement heeft zich immers altijd zelf gebonden geacht aan beperkingen op zijn soevereiniteit, zij het dat die beperkingen niet handhaafbaar zijn voor de rechter.

Toch is er bij nadere beschouwing meer aan de hand, want in ieder geval op één punt heeft de parlementaire soevereiniteit een belangrijke wijziging ondergaan. In de *Thoburn*-zaak uit 2003 overweegt de England and Wales High Court bij monde van Lord Justice Laws:

'In the present state of its maturity the common law has come to recognise that there exist rights which should properly be classified as constitutional or fundamental (...). And from this a further insight follows. We should recognise a hierarchy of Acts of Parliament: as it were "ordinary" statutes and "constitutional" statutes. The two categories must be distinguished on a principled basis. In my opinion a constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship

231 Goldsworthy 2010, p. 302.

232 Van een volledige tweedeling is overigens geen sprake. Er bestaat namelijk een zekere overlap tussen het politieke (niet door de rechter te handhaven) deel en het juridische (wel door de rechter te handhaven) deel van de constitutie: beide geven in sommige gevallen uitdrukking aan beginselen die als onderdeel van de common law *wel* handhaafbaar voor de rechter zijn, ook voor zover de gelding van die beginselen tot uiting komt in het politieke domein. Zie par. II.3.4.

between citizen and State in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights.²³³

Door het ontstaan van dit onderscheid tussen ‘constitutionele’ en ‘gewone’ Acts of Parliament kan de doctrine van ‘implied repeal’ niet langer vanzelfsprekend voor *iedere* Act of Parliament gelden, want, zo stelt Laws:

‘Ordinary statutes may be impliedly repealed. Constitutional statutes may not. For the repeal of a constitutional Act or the abrogation of a fundamental right to be effected by statute, the court would apply this test: is it shown that the legislature’s *actual* – not imputed, constructive or presumed – intention was to effect the repeal or abrogation? I think the test could only be met by express words in the later statute, or by words so specific that the inference of an actual determination to effect the result contended for was irresistible. The ordinary rule of implied repeal does not satisfy this test. Accordingly, it has no application to constitutional statutes. (...) A constitutional statute can only be repealed, or amended in a way which significantly affects its provisions touching fundamental rights or otherwise the relation between citizen and State, by unambiguous words on the face of the later statute.’

Hoewel deze uitspraak volgens voorstanders van het politiek constitutiona-
lisme verenigbaar is met de parlementaire soevereiniteit,²³⁴ is het parlement
inmiddels wel in toenemende mate aan beperkingen onderworpen bij de vast-
stelling van Acts of Parliament. Bijgevolg is de parlementaire soevereiniteit in
de huidige vorm niet goed meer te vergelijken met de wijze waarop Dicey
deze doctrine aan het einde van de negentiende eeuw heeft geformuleerd.

II.2.8 De gecompliceerde relatie met de Europese Unie en de veranderende binnenlandse constitutionele dynamiek

In het Verenigd Koninkrijk hebben de constitutionele ontwikkelingen sinds 1688 zich in een relatief grote mate van geleidelijkheid voltrokken. In zijn werk karakteriseerde Dicey de constitutie van het Verenigd Koninkrijk

233 *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin) *per* Laws LJ, para. 62, ook voor het volgende citaat (para. 63; cursivering in origineel, GJAG). Als voorbeelden van dergelijke Acts of Parliament noemt Laws (in para. 62) de Magna Carta, de Bill of Rights 1689, de Acts of Union 1707, de Reform Acts van 1832 en 1867, de Human Rights Act 1998, de Scotland Act 1998 en de Government of Wales Act 1998.

234 Sterker nog, volgens Goldsworthy is het voortbestaan van de parlementaire soevereiniteit überhaupt niet afhankelijk van de doctrine van ‘implied repeal’ (dus ook niet voor ‘ordinary statutes’). Zie Goldsworthy 2010, p. 182: ‘It is essential to Parliament’s sovereignty that it is able to amend or repeal its own earlier statutes however and whenever it chooses. But why must it be able to do so by implication, as opposed to being required in some cases to do so by using express words? A Parliament that is able to impose such a requirement on itself is empowered to protect itself from its own inadvertence.’

daarom als ‘historic’.²³⁵ Hij bracht daarmee tot uitdrukking dat de regels die daarvan deel uitmaken spontaan tot stand zijn gekomen als gevolg van een historische ontwikkeling en dus niet de weerslag vormen van bewuste keuzes van een grondwetgever. Er had simpelweg nooit een revolutie of een daarmee vergelijkbare ontwikkeling plaatsgevonden die noodzaakte tot de vaststelling van een grondwet, zoals een oorlog; afgezien van de Ierse kwestie heeft het Verenigd Koninkrijk, ook zonder een dergelijke regeling van ‘hoger’ recht, geen oorlogen gekend.²³⁶ Daardoor bleef het politiek constitutionalisme, met als kerndoctrine de parlementaire soevereiniteit, altijd de vaste waarde in het denken over de constitutie in dit land.

Deze ontwikkeling van ruim drie eeuwen in het Verenigd Koninkrijk staat in contrast met de ontwikkeling van de constituties van de zes landen die tezamen in 1957 de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (hierna: EGKS) in het leven hebben geroepen, namelijk België, Frankrijk, Nederland, Italië, Luxemburg en West-Duitsland. Al deze zes landen hadden in ieder geval met elkaar gemeen dat zij wel een grondwet kennen waaraan ook de politieke organen zijn gebonden. Voor deze zes landen was de stap om over te gaan tot de overdracht van een deel van de soevereiniteit van hun nationale wetgevende organen aan de EGKS minder groot dan die voor een land als het Verenigd Koninkrijk zou zijn. In 1973, toen het Verenigd Koninkrijk toetrad tot de Europese Economische Gemeenschap (hierna: EEG), werd dat ook duidelijk: er bestond een duidelijke wanverhouding tussen de Europees-continentale constitutionele traditie waarin de latere EU was ingebed enerzijds en de politieke en constitutionele cultuur van het Verenigd Koninkrijk anderzijds. Bogdanor merkt daarover op:

‘The democracies of the Continent developed quite different political systems and constitutions from our own, because their basic assumptions and preconceptions were so very different. By the time Britain joined that Community in 1973, European institutions were firmly established and it was not easy for politicians raised in the very different political culture which prevailed on this side of the Channel to understand them.’²³⁷

Volgens Bogdanor was de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EEG daarom achteraf bezien

‘not an evolutionary adaptability, but a quantum leap. It was incompatible with the idea of an “historical constitution”’.

235 Dicey 2013 [1900], p. 172.

236 Bogdanor 2019, p. 32: ‘It is easy to understand how Dicey and his successors saw the supremacy [in dit verband een synoniem van ‘sovereignty’, GJAG] of Parliament as lying at the heart of the British constitution. British constitutional history, with the striking and significant exception of the Irish Question, has overall been peaceful and evolutionary. That explains why the theory of parliamentary sovereignty has been so long-lasting and why it has been so widely accepted.’

237 Bogdanor 2019, p. 8, ook voor de volgende twee citaten (op p. 32 respectievelijk p. 8).

Met de kennis van nu is volgens Bogdanor dan ook goed te begrijpen dat het Verenigd Koninkrijk zou uittreden ('Brexit') uit de (latere) EU per 31 januari 2020 op basis van de daartoe strekkende uitslag van het referendum van 23 juni 2016.²³⁸

'Brexit (...) was not a chance development. It was the culmination of a long-term trend of disenchantment in Britain towards the European Union, a long-term trend towards Euroscepticism. There were, admittedly, periods between 1973 and 2019 [het jaar waarin Bogdanors boek verscheen, GJAG] when it appeared that such scepticism had been quelled and that public opinion was becoming more favourably disposed towards Europe. But these periods were relatively short and Europhilia never struck deep roots amongst the British public. More frequently, Britains' relationship with the Continent seemed fraught with difficulty.'

Inderdaad paste het supranationale karakter van het EU-recht niet goed bij de toenmalige benadering van de parlementaire soevereiniteit, die destijds nog gebaseerd was op de gedachte dat het parlement opvolgende parlementen niet kan binden bij afwezigheid van een hogere rechtsbron dan een 'gewone' Act of Parliament.²³⁹ Toen het Verenigd Koninkrijk eenmaal lid van de (huidige) EU was, was dat uitgangspunt niet langer volledig houdbaar. Vanwege de grote hoeveelheid regelgeving die afkomstig was uit (wat nu heet) de EU, zou het ondoenlijk zijn voor het parlement om, zoals bij 'gewone' internationale verdragen gebruikelijk is, regels van EU-niveau steeds in een afzonderlijke Act of Parliament om te zetten in een reguliere wet. Op basis van de European Communities Act 1972²⁴⁰ zouden daarom kort gezegd alle (indirect) uit de EU-verdragen voortvloeiende verplichtingen deel gaan uitmaken van de nationale rechtsorde en ook als zodanig toegepast moeten worden (section 2(1)), ook voor toekomstig EU-recht (section 2(4)), mede in

238 In het referendum diende de kiesgerechtigde bevolking van het Verenigd Koninkrijk zich op grond van de European Union Referendum Act 2015, section 1(4) uit te spreken over de volgende vraag: 'Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?' Een meerderheid van 51,9 procent van de kiezers sprak zich in het referendum uit voor uittreding uit de EU.

239 Dit is de doctrine van 'implied repeal'. Zie par. II.2.7.

240 *An Act to make provision in connection with the enlargement of the European Communities to include the United Kingdom, together with (for certain purposes) the Channel Islands, the Isle of Man and Gibraltar* (1972 c. 68). Bij de European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 (c. 1) is deze wet ingetrokken, die van kracht bleef tot het einde van de 'Brexit implementation period' op 31 december 2020.

overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU.²⁴¹ Toen de Court of Appeal of England and Wales in een zaak van 17 april 1980 een nationaalrechtelijke bepaling voorgelegd kreeg die in strijd was met het EU-recht, oordeelde de Court bij monde van Lord Denning:

‘That priority [aan de betreffende regel van EU-recht, GJAG] is given by our own law. It is given by the European Communities Act 1972 itself. Community law is now part of our law: and, whenever there is any inconsistency, Community law has priority. It is not supplanting English law. It is part of our law which overrides any other part which is inconsistent with it.’²⁴²

Op dat moment was het echter nog niet noodzakelijk voor de rechter om de litigieuze nationaalrechtelijke bepaling buiten toepassing te verklaren, omdat zij eerder was vastgesteld dan de European Communities Act 1972. Pas op 26 juli 1990, toen de Appellate Committee van de House of Lords in de *Factortame (no. 2)*-zaak een later vastgestelde nationale wet dan de European Communities Act 1972 buiten toepassing verklaarde wegens (overduidelijke) strijd met EU-recht, kwam het voor het eerst zover.²⁴³ Hoewel sommige auteurs ook na de *Factortame (no. 2)*-uitspraak onverkort vasthou-

241 Tussen 1 december 2009 en 31 december 2020 luiden de drie bepalingen als volgt. In de eerste plaats bepaalde section 2(1): ‘All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression “enforceable EU right” and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies.’ In de tweede plaats schreef section 2(4), voor zover relevant, voor dat ‘except as may be provided by any Act passed after this Act’ deze verplichting ook geldt ‘in connection with the powers conferred by this and the following sections of this Act to make Orders in Council or orders, rules, regulations or schemes’. Ten slotte luidde section 3(1): ‘For the purposes of all legal proceedings any question as to the meaning or effect of any of the Treaties, or as to the validity, meaning or effect of any EU instrument, shall be treated as a question of law (and, if not referred to the European Court, be for determination as such in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court).’

242 *Macarthy v Smith* [1980] EWCA Civ 7 per Lord Denning MR. Inmiddels is de doctrine van ‘implied repeal’ ook voor andere Acts of Parliament met een ‘constitutionele’ status ingeperkt in *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin). Zie par. II.2.7.

243 *R v Secretary of State for Transport, ex p. Factortame (no. 2)* [1990] UKHL 7 per Lord Bridge: ‘If the supremacy within the European Community of Community law over the national law of member states was not always inherent in the [EEG-verdrag] (...), it was certainly well established in the jurisprudence of the European Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. Thus, whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. Under the terms of the Act of 1972 it has always been clear that it was the duty of a United Kingdom court, when delivering final judgment, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law’.

den aan de onaantastbaarheid van de parlementaire soevereiniteit,²⁴⁴ is het sindsdien wel heel moeilijk geworden om vol te houden dat de juridische doctrine van de parlementaire soevereiniteit nog altijd strookt met de feitelijke realiteit. Wade, die eerder opmerkte dat alleen een revolutie tot de wijziging van de parlementaire soevereiniteit zou kunnen leiden,²⁴⁵ was zelfs van mening dat de *Factortame (no. 2)*-uitspraak in feite een dergelijke revolutie vormde, meer bepaald een door rechters ontketende revolutie; het was, zo redeneerde hij, niet langer aan het parlement, maar aan de in deze zaak verantwoordelijke rechters om het geldende recht vast te stellen.²⁴⁶ Vanaf dat moment was definitief duidelijk dat de parlementaire soevereiniteit in de oude vorm, inclusief de doctrine van ‘implied repeal’, niet houdbaar is in het licht van de verplichtingen die het Verenigd Koninkrijk was aangegaan in het kader van het EU-lidmaatschap.

Tegen de achtergrond van deze ingrijpende, min of meer stilzwijgend²⁴⁷ doorgevoerde constitutionele verandering was de verdeeldheid binnen het parlement over de wenselijkheid van het lidmaatschap van de EU groot. Bijzonder aan deze kwestie was echter dat zij niet zozeer bepalend was voor een strijd tussen de twee grote politieke partijen, de Conservative Party en Labour Party, maar vooral ook die beide partijen *intern* verdeelde. Waar de beslissing tot het houden van een referendum over het lidmaatschap van de EU in 2016 voortvloeide uit een poging van toenmalig Prime Minister David Cameron om een scheuring in zijn Conservative Party te voorkomen, was de beslissing van Camerons voorganger Harold Wilson in 1975 over dezelfde kwestie een referendum uit te schrijven voortgekomen uit de wens een breuk in zijn Labour Party af te wenden.²⁴⁸

244 Vgl. o.a. Goldworthy 2010, p. 298: ‘Parliament in the EC Act in effect subjected itself to a mild requirement as to the form of future legislation, requiring that express words be used to override applicable EC laws. This requirement does not prevent Parliament from exercising at any time its substantive power to override EC laws, but does entail that Parliament must use express words to do so, or else provisions inconsistent with those laws will be inoperative.’

245 Zie par. II.2.7.

246 Wade 1996, p. 573: ‘It is a statement [bedoeld is de overweging van Lord Bridge in de *Factortame (no. 2)*-uitspraak waarin de laatstgenoemde oordeelt dat de European Communities Act 1972 dwingt tot het buiten toepassing laten van later vastgestelde wetgeving die in strijd is met EU-recht, GJAG] which could hardly be clearer: Parliament can bind its successors. If that is not revolutionary, constitutional lawyers are Dutchmen.’

247 Hoewel al vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU viel op te maken dat het supranationale karakter van het EU-recht grote implicaties heeft voor daarmee strijdig nationaal recht van de EU-lidstaten, werd dat in het Verenigd Koninkrijk nauwelijks opgemerkt ten tijde van de onderhandelingen (tussen 1967 en 1971) over toetreding tot de EU. Zie Bogdanor 2019, p. 51-65.

248 Bogdanor 2019, p. 91: ‘The referendum [bedoeld is het referendum van 1975 over het lidmaatschap van de EU, GJAG] was held primarily for tactical reasons, to prevent a split in the Labour Party – just as the 2016 referendum was to be held primarily for tactical reasons, to prevent a split in the Conservative Party.’

De uitschrijving van het eerste referendum over het lidmaatschap van de EU in 1975 was op zichzelf al bijzonder, omdat voor die tijd de gedachte leidend was dat de soevereiniteit van het parlement überhaupt in de weg stond aan het uitschrijven van een (niet-bindend) referendum.²⁴⁹ Al vrij snel na die tijd zouden ook over andere kwesties die tot grote verdeeldheid in de nationale politiek leidden, zoals de interne bevoegdheidsverdeling tussen het Verenigd Koninkrijk enerzijds en Schotland en Wales anderzijds (1979) en de wijziging van het kiesstelsel (2011), referenda worden uitgeschreven.²⁵⁰ Hoewel daarbij het uitgangspunt bleef dat nationale referenda in beginsel adviserend van karakter waren (en dus formeel gezien vrijelijk genegeerd konden worden door het parlement), werd voorafgaand aan het referendum van 2011 bij Act of Parliament bepaald dat de regering in overeenstemming met de uitslag van dat referendum automatisch een voorstel zou doen tot wijziging van het kiesstelsel als een meerderheid van de kiezers daarvoor opteerde.²⁵¹ Vanaf dat moment bestond er volgens Bogdanor een nieuwe (feitelijke) beperking op de parlementaire soevereiniteit, namelijk de 'soevereiniteit' van het volk voor zover die tot uitdrukking komt in de uitslag van een referendum.²⁵² Al eerder was bij Act of Parliament bepaald dat een verdere overdracht van bevoegdheden aan de EU alleen kan plaatsvinden ingeval de bevolking zich daarvoor in meerderheid bij referendum zou uitspreken.²⁵³ In het referendum van 23 juni 2016, waarin het electoraat zich uitsprak tegen de voortzetting van het lidmaatschap van de EU, zou het voor het eerst voorkomen dat de bevolking het oordeel van het parlement²⁵⁴ op dit punt daadwerkelijk overtroefde.

249 Bogdanor 2019, p. 88: 'Until the 1970s, the referendum was thought to be unconstitutional precisely because Parliament was sovereign. The British constitution, it has often been said, knows nothing of the people.'

250 Bogdanor 2019, p. 105-107.

251 De Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011 (c. 1), section 8(1) luidde, voor zover relevant, als volgt: 'The Minister must make an order bringing into force (...) "the alternative vote provisions" (...) if—(a) more votes are cast in the referendum in favour of the answer "Yes" than in favour of the answer "No" (...).' Overigens zou ruim twee derde van de kiezers in het referendum zich uitspreken tegen de wijziging van het kiesstelsel, waardoor deze bepaling nooit toegepast hoefde te worden. Zie Bogdanor 2019, p. 107.

252 Bogdanor 2019, p. 110: 'Europe (...) has been responsible for the introduction of a new principle into the British constitution – the principle of the sovereignty of the people. The referendum had become, on the European issue, in effect, a third chamber of Parliament, issuing legislative instructions to the other two. The sovereignty of Parliament was now to be constrained, not by Brussels but by the people.'

253 European Union Act 2011 (c. 12), section 6. Inmiddels is deze bepaling ingetrokken door middel van de European Union (Withdrawal) Act 2018 (c. 16).

254 De meerderheid van de MPs was voor voortzetting van het lidmaatschap van de EU. Zie Bogdanor 2019, p. 110: 'The majority of the Cabinet which legislated for Brexit were Remainers; so were the majority in the Commons and even the majority of Conservative MPs; while the majority in the Lords for Remain was, almost certainly, even larger than the majority in the Commons.'

De uitschrijving van het eerste referendum stelde ook de verhoudingen tussen de ‘government ministers’ op de proef. Nadat de aankondiging van het eerste referendum over het lidmaatschap van de EU in 1975 had plaatsgevonden, sprak toenmalig Prime Minister Harold Wilson de volgende verklaring uit:

‘The circumstances of this referendum are unique, and the issue to be decided is one on which strong views have long been held which cross party lines. The Cabinet has, therefore, decided that, if when the time comes there are members of the Government, including members of the Cabinet, who do not feel able to accept and support the Government’s recommendation, whatever it may be, they will, once the recommendation has been announced, be free to support and speak in favour of a different conclusion in the referendum campaign.’²⁵⁵

Hoewel Wilson de gang van zaken betitelde als ‘a very special situation which I do not think anybody will take as a precedent’,²⁵⁶ bleek ongeveer vijfendertig jaar later, in 2010, dat dit voorval wel degelijk precedentwerking had. Meer concreet werd dat duidelijk ten tijde van het aantreden van de eerste coalitieregering in bijna zeventig jaar met Prime Minister David Cameron (Con) en Vice Prime Minister Nick Clegg (Lib Dems). De partijen van deze beide bewindspersonen kwamen naar aanleiding van de vorming van de coalitieregering overeen dat ministers in hun regering vanaf dat moment een ruimere mogelijkheid tot afwijking van de homogeniteitsregel (die in het Engels wordt aangeduid als de *collective ministerial responsibility*) zouden krijgen. In tegenstelling tot eerdere vorige ‘agreements to differ’ was de mogelijkheid voor ministers om openlijk een van het regeringsbeleid afwijkend standpunt in te nemen expliciet opgenomen in het *Coalition Agreement for Stability and Reform* waarin stond:

‘The principle of collective responsibility, *save where it is explicitly set aside*, continues to apply to all government ministers’.²⁵⁷

255 House of Commons Debates, vol 884, col 1746 (23 januari 1975), ook voor het volgende citaat (col 1748).

256 Overigens was er op dat moment al sprake van een precedent: in 1932 sprak de National Government uit die tijd een vergelijkbare verklaring uit over de heffing van in- en uitvoerrechten van tien procent over verschillende goederen, hetgeen toentertijd een onderwerp was van een felle politieke discussie. De drie ministers van de Liberal Party uit die regering spraken zich uit tegen deze plannen zonder over te gaan tot het aanbieden van hun ontslag. Volgens Bogdanor bestaat er een belangrijk verschil tussen deze situatie en die van 1975; in 1932 was de National Government juist gevormd op basis van de gedachte dat er behoefte was aan een brede coalitie waaraan ministers met verschillende standpunten zouden deelnemen. De mogelijkheid een ‘agreement to differ’ uit te spreken zou daarom alleen kunnen bestaan in het geval er een dergelijke coalitieregering aan het bewind is. Zie Bogdanor 2019, p. 116-120.

257 *Coalition Agreement for Stability and Reform*, mei 2010, para. 2.1 (cursivering toegevoegd, GJAG). Zie nader over de implicaties van een dergelijk ‘agreement to differ’ par. II.3.3.3.3.

Beide partijen bereikten tijdens de onderhandelingen over het regeerakkoord overeenstemming over vijf thema's, uiteenlopend van de afschaffing van collegegelden van universiteiten tot het gebruik van kernenergie, waarover de ministers van beide partijen openlijk van mening zouden mogen verschillen zonder hun ontslag te hoeven aanbieden.²⁵⁸ Toch kwam het in de regeringsperiode van deze coalitie voor dat ministers van beide partijen openlijk afstand namen van het regeringsstandpunt over een ander onderwerp dan de vijf genoemde thema's; in die gevallen gaf Cameron meestal achteraf goedkeuring aan de afwijking van de conventie van homogeniteit.²⁵⁹ Volgens Bogdanor veranderde zo het centrale uitgangspunt van de conventie van collectieve verantwoordelijkheid (voor het gevoerde beleid) in collectieve unanimiteit (over het standpunt van de regering, behalve als de Prime Minister daarvan ontheffing heeft verleend).²⁶⁰

Die stelling moet wel worden genuanceerd in die zin dat de mogelijkheid tot het opzijzetten van de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid niet langer voorkomt in de *Ministerial Code*.²⁶¹ De mogelijke verklaring daarvoor is dat er in het Verenigd Koninkrijk niet langer een coalitieregering maar een éénpartijregering aan het bewind is. Als een regering met ministers van één partij aan het bewind is, ligt het minder voor de hand dat ministers openlijk een ander standpunt uitdragen dan dat van hun regering, behalve als de interne verdeeldheid binnen de regeringspartij aanleiding vormt voor het organiseren van een referendum. In 2016, toen het tweede referendum

258 De vijf thema's betroffen hervorming van het kiesstelsel, het Trident-atoomprogramma, de wenselijkheid van afschaffing van collegegelden van universiteiten, kernenergie en belastingvoordelen voor echtparen. Zie *The Coalition. Our Programme for Government*, mei 2010.

259 Overigens kwam het ook voor dat ministers van de Liberal Democrats openlijk afstand namen van het regeringsbeleid zonder dat Cameron daarover achteraf zijn goedkeuring uitsprak. Het betrof de weigering van de ministers van de Liberal Democrats in januari 2013 om te stemmen voor een wijziging van de grenzen van kiesdistricten in overeenstemming met de aanbevelingen van de 'boundary commission' (een commissie die voorstellen doet voor wijziging van de grenzen van de kiesdistricten voor de verkiezingen van de House of Commons), terwijl deze partij daarmee ten tijde van de coalitieonderhandelingen wel had ingestemd. De aanleiding daarvoor vormde de weigering van een groot aantal MPs van de Conservative Party om een voorstel voor hervorming van de House of Lords (welk voorstel een wens van de Lib Dems was) te steunen. Zie nader Bogdanor 2019, p. 129-131.

260 Bogdanor 2019, p. 133: '[T]he convention was collective unanimity, not collective responsibility. During the coalition government, it seemed to have become acceptable (...) for a party unilaterally to proclaim an agreement to differ as long as that agreement to differ was given ex post facto support by the Prime Minister.'

261 Deze mogelijkheid komt in de letterlijke formulering van het citaat van hierboven nog wel voor in de *Cabinet Manual* (eerste versie, oktober 2011), para. 4.2. Daarbij past wel de kanttekening dat deze *Manual* sinds mei 2011 niet meer is geüpdatet. In de *Manual*, para. 4.4 wordt ook verwezen naar de toen laatste versie van de *Ministerial Code*, waarin hetzelfde voorbehoud ook was opgenomen. In de laatste versie van de *Ministerial Code* (augustus 2019) komt dit voorbehoud in de passage over de 'collective responsibility' (para. 2.3-2.4) niet meer voor.

over uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU plaatsvond, bleek dit laatste eens te meer. In dat jaar sprak Prime Minister David Cameron in de aanloop naar de campagne voor het referendum, net als zijn voorganger Harold Wilson in 1975, een ‘agreement to differ’ uit, zodat alle ministers uit zijn regering een eigen standpunt over de kwestie konden innemen in de aanloop naar het referendum.

Toch blijkt de conventie van de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid ook buiten deze twee situaties, namelijk die waarin ofwel een coalitieregering aan het bewind is dan wel als een kwestie aan de orde is die het onderwerp vormt van een aanstaand referendum, niet altijd optimaal te werken. Opnieuw is de relatie tussen het Verenigd Koninkrijk en de EU illustratief, zoals blijkt uit de moeite die het May kostte om steun te vergaren van een meerderheid van de MPs, inclusief haar eigen ministers, voor de door haar uitonderhandelde Brexit-deal. Hoewel sommige auteurs menen dat de verdeeldheid over (de beëindiging van) de relatie met de EU heeft geleid tot een ernstige verzwakking van deze conventie, is het nog wat te vroeg om die conclusie nu al te trekken.²⁶²

De interne politieke verdeeldheid over Brexit was soms zelfs zo hevig dat rechterlijke inmenging noodzakelijk was om de plooiën in de besluitvorming hierover weer enigszins glad te strijken. In de *Miller- of Miller (no. 1)*-zaak oordeelde de UK Supreme Court dat de regering niet eenzijdig bevoegd was de procedure tot uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU conform artikel 50, tweede lid VEU in gang te zetten.²⁶³ Volgens de hoogste rechter van het Verenigd Koninkrijk kon de regering een dergelijke beslissing alleen nemen als daaraan een daarmee corresponderende Act of Parliament ten grondslag ligt. De UK Supreme Court overwoog daarentegen dat er geen rechtsgrond bestaat op basis waarvan ook instemming van de devolved bodies vereist was voor het nemen van een dergelijke beslissing, omdat de betrokkenheid van die bodies slechts zou voortvloeien uit een niet voor de rechter handhaafbare conventie.

Op dat laatste punt heeft de uitspraak onvrede in de hand gewerkt. Vooral in Schotland en Noord-Ierland was dat het geval, waar een meerderheid van de kiezers bij het referendum van 23 juni 2016 voor ‘Remain’ had gestemd.²⁶⁴ Voor het Scottish Parliament, een van de devolved bodies, vormde de *Miller (no. 1)*-uitspraak zelfs aanleiding een wetsvoorstel aan te nemen waarin werd vastgelegd dat het EU-recht van kracht zou blijven in

262 Zie par. II.3.3.3.3.

263 *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* [2017] UKSC 5. Zie nader over deze uitspraak par. II.3.4.3.3.

264 Een meerderheid van 62 procent van de Schotse kiezers van het referendum sprak zich uit tegen uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU. In Noord-Ierland stemde 56 procent van de kiezers voor ‘Remain’. In zowel Engeland als Wales sprak slechts een minderheid van 47 procent zich uit voor voortzetting van het lidmaatschap van de EU. Zie Bogdanor 2019, p. 170.

Schotland (dus ook na uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU) totdat het Westminster Parlement over Brexit met Schotland overeenstemming had bereikt.²⁶⁵ De UK Supreme Court oordeelde echter in een daarover door de regering van het Verenigd Koninkrijk aangespannen zaak²⁶⁶ dat het Scottish Parliament niet over de wetgevende bevoegdheid had beschikt een wetsvoorstel van die strekking aan te nemen.²⁶⁷

Deze gang van zaken illustreert volgens Bogdanor de relatieve ongelijksoortigheid van de vier delen waaruit het Verenigd Koninkrijk bestaat; na het Brexit-referendum van 2016 is die ongelijksoortigheid zichtbaarder geworden.²⁶⁸ Mogelijk problematisch in dit kader is dat ruim tachtig procent van de bevolking van het Verenigd Koninkrijk woonachtig is in Engeland,²⁶⁹ waardoor het overgrote deel van de MPs in het Westminster parlement het Engelse belang vertegenwoordigt.²⁷⁰ Daar komt nog bij dat het Westminster parlement dankzij de *Miller (no. 1)*-uitspraak de facto de stem van de Schotten en de Noord-Ieren in het Brexit-proces kan negeren.²⁷¹ Tel daarbij op dat Brexit een Engelse en Welshe wens is en duidelijk is dat Brexit mogelijk tot spanningen tussen het Verenigd Koninkrijk als zodanig enerzijds en Schotland en Noord-Ierland als afzonderlijke landsdelen anderzijds kan leiden.²⁷²

In de *Miller/Cherry-* of *Miller (no. 2)*-uitspraak oordeelde de UK Supreme Court over de rechtmatigheid van de beslissing van de toen kersverse Prime Minister Boris Johnson (Con) die op 28 augustus 2019 koningin Elizabeth

265 UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill 2018 (Scottish Parliament Bill 28B).

266 De Scotland Act 1998, section 33(1) bepaalt dat de Attorney General, de hoogste juridisch adviseur van de regering van het Verenigd Koninkrijk (zie Brazier 1998, p. 134-135), bevoegd is aan de UK Supreme Court te verzoeken zich uit te laten over de vraag of een Scotland Bill binnen de wetgevende bevoegdheid van het Scottish Parliament valt.

267 *A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)* [2018] UKSC 64.

268 Bogdanor 2019, p. 249: 'What Brexit has revealed is that the United Kingdom, a multinational state comprising four territories, has not one constitution but four different constitutions, or perhaps four different interpretations of the constitution depending on whether it is viewed from Westminster [in Londen], from Holyrood [in Edinburgh], from Cardiff Bay [in Cardiff] or from Stormont [in Belfast].'

269 Bogdanor 2019, p. 185.

270 Het UK Parlement *moet* ook het Engelse belang vertegenwoordigen, omdat Engeland als enige deel van het Verenigd Koninkrijk, vanwege zijn overwicht ten opzichte van de andere delen van het land, geen eigen devolved body heeft. Zie Bogdanor 2019, p. 198-206.

271 Vanuit Schots perspectief worden nog wel bezwaren aangevoerd tegen de absolute formulering van de sovereignty of Parliament, omdat het UK Parlement volgens de Acts of Union 1707 geen Acts of Parliament mag aannemen tegen de daarin vastgelegde Schotse privileges. Zie het slot van par. II.2.3.

272 Vgl. Bogdanor 2019, p. 226: 'The non-English parts of the United Kingdom are tied to the tail of England and that perhaps is inevitable given the relative disparity of size between England and the other parts of the United Kingdom. But the devolved bodies suffer from a lack of constitutional protection and this will become even more apparent when the British government comes to decide upon the level and distribution of replacement funds after Brexit.'

adviseerde om tot de verdaging ('prorogation') van het parlement over te gaan voor een periode van vijf weken.²⁷³ Volgens het oorspronkelijke advies zou het parlement niet bijeenkomen van 10 september tot de State Opening of Parliament van 14 oktober 2019, hetwelk Johnson als nieuwe Prime Minister naar eigen zeggen de gelegenheid gaf een nieuw wetgevingsprogramma ('legislative programme') voor te bereiden. Volgens politieke tegenstanders had Johnsons advies echter vooral een ander doel, namelijk het buitenspel zetten van het parlement bij het doorvoeren van de Brexit-plannen van zijn regering. Op dat moment was de uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU nog gepland voor 31 oktober 2019, waardoor het parlement te weinig tijd ter beschikking zou staan om de regering op dit punt waar nodig te corrigeren. De UK Supreme Court oordeelde in deze zaak niet alleen dat het advies van Johnson van 28 augustus 2019 dat strekte tot verdaging van het parlement inderdaad onrechtmatig was, maar ging in de uitspraak tevens over tot de vernietiging van de beslissing tot verdaging die aan dat onrechtmatige advies ten grondslag lag.

Volgens Bogdanor geeft de toenemende verdeeldheid binnen het Verenigd Koninkrijk als gevolg van Brexit, mede in het licht van andere 'constitutionele' wetgeving die na de Tweede Wereldoorlog tot stand is gekomen,²⁷⁴ aanleiding tot de vaststelling van een gecodificeerde constitutie. Hij meent dat dit welhaast onvermijdelijk is geworden in het licht van

'the more assertive, multicultural country that Britain has now become, a Britain in which people are conscious of their rights and determined to assert them. (...) [A] codified constitution could help in the process of making Britain a genuine home for all of its citizens'.²⁷⁵

In een iets verder verleden is echter nog gepleit voor de handhaving van de constitutie in ongecodificeerde vorm. Barber bijvoorbeeld betoogt dat de relatief grote mate van onbepaaldheid van het constitutionele raamwerk juist ook een groot voordeel heeft, omdat die noodzaakt tot het vermijden van onnodige politieke geschillen over de allocatie van constitutionele macht:

'Normally, certainty and clarity are desirable features of a legal system. (...) However, in certain circumstances a lack of clarity and the presence of uncertainty can be a benefit. This is particularly true in parts of constitutional law and practice where uncertainty may mask, and allow us to avoid, a costly and unnecessary political choice. There are several examples of such useful vagueness in the British constitution. Perhaps one of the longest standing concerns the jurisdiction to determine the scope of parliamentary privilege [bedoeld is Article 9 van de Bill of

273 *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41. Zie voor een bespreking van deze uitspraak par. II.3.4.3.4.

274 Zie par. II.2.7.

275 Bogdanor 2019, p. 270. Overigens werden soortgelijke pleidooien ook al gehouden voordat het referendum over Brexit in 2016 plaatsvond. Zie o.a. Blick 2015, p. 225.

Rights 1689, GJAG], an entitlement which has been asserted by both courts and the Commons.²⁷⁶

Het verdere verloop van de politieke besluitvorming over de precieze vormgeving van Brexit, inclusief de periode daarna, zal moeten uitwijzen of deze voor het Verenigd Koninkrijk zo kenmerkende pragmatische benadering van de constitutie nog altijd houdbaar is en blijft.

II.2.9 Slot

Hoewel de constitutie van het Verenigd Koninkrijk zich in een grote mate van geleidelijkheid heeft ontwikkeld, is zij in een periode van ruim driehonderd jaar enorm van karakter veranderd. De constitutie, die aan het einde van de zeventiende eeuw nog bestond uit een handjevol rechtsregels en common-law-beginselen, kende aanvankelijk aan de vorst nog een grote mate van autonomie binnen het politieke systeem toe. Mede dankzij het ontstaan van informele regels in de vorm van conventies kon zij vanaf het einde van de negentiende eeuw langzamerhand uitgroeien tot een volwaardige parlementaire democratie waarin politieke partijen een steeds prominentere rol zijn gaan vervullen.

Vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw heeft het landsbestuur een steeds complexer karakter gekregen, mede dankzij de uitbreiding van de staatstaak en de toenemende variatie aan belangen die daarmee gepaard ging. Bijgevolg is de behoefte gegroeid aan de optekening van de gegroeide politieke verhoudingen in de vorm van ofwel wetgeving, zoals de *Parliament Acts 1911 and 1949*, ofwel in de vorm van documenten zonder concrete juridische betekenis, zoals de *Cabinet Manual* en de *Ministerial Code*. Hoewel er tot nu toe nooit voldoende politieke urgentie is gevoeld de belangrijkste regels omtrent de politieke besluitvorming in het land in één grondwet vast te leggen, kent de constitutie nauwelijks nog regels die niet in een of andere vorm ergens zijn opgetekend. De toegenomen politieke verdeeldheid omtrent Brexit zou wellicht wel aanleiding kunnen geven tot de daadwerkelijke vaststelling van een gecodificeerde constitutie. Het staat echter nog niet vast of de politieke wil groot genoeg is om het voor het Verenigd Koninkrijk zo kenmerkende, pragmatische perspectief op de constitutie te verlaten.

Illustratief voor dat pragmatische karakter is de grote mate van autonomie die politieke organen constitutioneel gezien nog altijd hebben. Dankzij die autonome positie hebben zij volop de ruimte gekregen en genomen om volgens het in de inleiding van dit hoofdstuk gememoreerde beeld van Balfour volop het conflict op te zoeken. Hoewel sommige conflicten hoog konden oplopen, hebben zij tot nu toe niet genoodzaakt tot het definitief verlaten van de doctrine van de parlementaire soevereiniteit. Deze doctrine komt

276 Barber 2008, p. 15. Zie over het 'parliamentary privilege' par. II.2.3.

voort uit de gedachte van het politiek constitutionalisme, die inhoudt dat de grenzen aan overheidshandelen dienen te worden vastgesteld door politieke organen in plaats van door de rechter (of een daarmee vergelijkbaar orgaan), waardoor de oplossing van conflicten met een (min of meer) constitutioneel karakter vaak op een relatief informele wijze kan (en moet) worden gevonden. De rechter heeft echter wel een steeds prominenter rol in de besluitvorming over constitutionele kwesties gekregen, zoals is gebleken uit (de nasleep van) de toetreding tot de EU, de incorporatie van het EVRM in de nationale rechtsorde en de hevige politieke strubbelingen rond Brexit. Hoewel de rechter niet bevoegd is Acts of Parliament onverbindend te verklaren, kan hij wel degelijk zijn stempel op het geldende recht en de constitutie drukken door de Acts in het licht van de common law uit te leggen. Verder roept de introductie van het referendum als constitutioneel fenomeen vanaf 1975 volgens sommigen al voorzichtig de vraag op in hoeverre de parlementaire soevereiniteit in dienst staat c.q. dient te staan van de 'soevereiniteit' van 'the people'.

Tegen deze achtergrond hebben constitutionele conventies een plaats gekregen in (het denken over) de constitutie van het Verenigd Koninkrijk. Nu rijst vooral de vraag waarom politieke organen deze categorie regels ondanks hun informele karakter toch als bindend beschouwen, hoe deze categorie regels zich verhoudt tot het (voor de rechter handhaafbare) recht en in hoeverre de in dit hoofdstuk beschreven constitutionele ontwikkelingen van invloed zijn geweest op de conceptualisering van conventies.

II.3 DE WERKING VAN EEN 'POLITIEKE' CONSTITUTIE: EEN SAMENSPEL VAN RECHT EN CONVENTIE

II.3.1 Inleiding

Het conventiebeprijp heeft zich op een vergelijkbare manier ontwikkeld als de gehele constitutie van het Verenigd Koninkrijk, namelijk met een grote mate van geleidelijkheid. Achteraf gezien gaat het ontstaan van de eerste conventies terug tot het begin van de achttiende eeuw, toen langzamerhand de gedachte postvatte dat de koning niet langer de bekrachtiging kon weigeren van een door beide huizen van het parlement aangenomen wetsvoorstel.²⁷⁷ Dankzij deze en andere conventies, op basis waarvan de feitelijke uitoefening van regeringsbevoegdheden in handen van de Prime Minister en zijn Cabinet kwam te liggen,²⁷⁸ zou de invloed van de koning op het landsbestuur steeds verder afnemen. Vanaf het einde van de negentiende eeuw zou de werkingssfeer van deze categorie regels zich ook gaan uitstrekken tot de relatie tussen respectievelijk de House of Commons en de House of

²⁷⁷ Zie par. II.2.4.

²⁷⁸ Zie par. II.2.5.

Lords,²⁷⁹ en, sinds het einde van de twintigste eeuw, tussen nieuw opgerichte decentrale overheidsorganisaties, de zogeheten devolved bodies, in Noord-Ierland, Schotland en Wales aan de ene kant en het Westminster parlement aan de andere kant.²⁸⁰

Hoewel conventies vanaf het einde van de twintigste eeuw in toenemende mate werden opgetekend in geschreven documenten en soms zelfs in wetgeving,²⁸¹ is hun bestaan nog altijd afhankelijk van het gedrag van de betrokken actoren.²⁸² Mede door de toegenomen complexiteit van het landsbestuur die de behoefte aan duidelijkheid over de geldende constitutionele regels heeft doen toenemen, is er onverminderd discussie blijven bestaan over de precieze kenmerken van conventies. Meer bepaald gaat het bijvoorbeeld om de vraag of en wanneer conventies binden, hoe conventies zich verhouden tot het recht en de rol van de rechter en over de criteria op basis waarvan hun bestaan als zodanig kan worden vastgesteld.

In dit hoofdstuk komen deze en andere discussies over de precieze kenmerken van het conventiebegrip aan de orde. Na een korte achtergrondschets waarin de ontwikkeling van het denken over conventies wordt beschreven, volgt een overzicht van de belangrijkste discussies over de belangrijkste kenmerken van deze categorie regels en hun verhouding tot het recht en de rechter. Ik sluit af met een slotwoord.

II.3.2 Achtergrond

In deze paragraaf komen twee onderwerpen aan de orde: de ontwikkelingsgeschiedenis van het conventiebegrip en de belangrijkste kritiek op het onderscheiden van conventies binnen de constitutie. Aan de hand van de bespreking van deze twee thema's is het mogelijk beter te begrijpen hoe de theorievorming van conventies vorm heeft gekregen en in hoeverre het conventiebegrip blijvende betekenis heeft voor het denken over de constitutie van het Verenigd Koninkrijk.

II.3.2.1 De ontwikkeling van het conventiebegrip

Terwijl de eerste conventies achteraf gezien zijn ontstaan aan het begin van de achttiende eeuw, komt het *denken* over deze groep regels pas aan het einde van die eeuw op gang. Nadat Blackstone in 1765 nog opmerkte dat de door de koning uit te oefenen bevoegdheden op grond van het Royal Prero-

279 Zie par. II.2.6.

280 Zie par. II.2.7.

281 Zie par. II.2.7 en par. II.2.8.

282 Zie over dit informele karakter van conventies par. II.3.3.3.2.

gative 'slechts' hoefde te voldoen aan het geldende recht,²⁸³ oordeelde Burke daar vijf jaar later al anders over. Volgens de laatstgenoemde auteur was de bevoegdheid van de monarch ook gegrond in regels die noch tot de common law, noch tot de statute law konden worden gerekend:

'The constituent parts of a state are obliged to hold their public faith with each other, and with all those who derive any serious interest under their engagements, as much as the whole state is bound to keep its faith with separate communities.'²⁸⁴

Nadat Hallam in zijn *Constitutional History* (1827) voor het eerst de term 'unconstitutional' had geïntroduceerd,²⁸⁵ was het Austin die in zijn *Province of the Jurisprudence Determined* (1832) een concrete definitie van dit begrip gaf. Hij onderscheidde twee verschijningsvormen van een 'unconstitutional act'. In de eerste vorm, die 'more special and definite' van aard is, gaat het om een schending van 'constitutional law'.²⁸⁶ De tweede manier waarop een handeling 'unconstitutional' van karakter kon zijn, omschreef Austin als volgt:

'That the act is inconsistent with some given principle or maxim: that the given supreme government has expressly adopted the principle, or, at least, has habitually observed it: that the bulk of the given society, or the bulk of its influential members, regard the principle with approbation: and that, since the supreme government has habitually observed the principle, and since the bulk of the society regard it with approbation, the act in question must thwart the expectations of the latter, and must shock their opinions and sentiments.'

Austin maakte in zijn benadering nog geen strikt onderscheid tussen beide vormen van gedrag dat mogelijk 'unconstitutional' is. De eerste auteur die daadwerkelijk een onderscheid tussen beide soorten regels maakte, in de zin dat de schending van beide soorten regels een andersoortige kwalificatie opleverde, was Mill. In zijn *Considerations on Representative Government* (1861) noteerde hij:

'By constitutional law, the Crown can refuse its assent to any Act of Parliament, and can appoint to office and maintain in it any Minister, in opposition to the remonstrances of Parliament. But the constitutional morality of the country nullifies these powers, preventing them from being ever used; and, by requiring that the head of the Administration should always be virtually appointed by the House of Commons, makes that body the real sovereign of the State. These

283 Blackstone 1876 (1765), deel I, p. 251-252. Aangehaald in Hood Philips 1966, p. 137. Het parlement beschikte volgens Blackstone, zo is te lezen bij Hood Philips, al wel over de mogelijkheid een minister in staat van beschuldiging te stellen ('to impeach').

284 Burke 2014 (1790), p. 22. Aangehaald in Hood Philips 1966, p. 137-138.

285 Hallam 2011 (1827), p. 566, 639, 657.

286 Austin 1995 (1832), p. 215-216, ook voor het volgende citaat (op p. 215).

unwritten rules, which limit the use of lawful powers, are, however, only effectual, and maintain themselves in existence, on condition of harmonizing with the actual distribution of real political strength.²⁸⁷

Vervolgens beschreven verschillende andere auteurs de constitutie op basis van vergelijkbare tweedelingen, waarvan vermoedelijk Bagehots onderscheid tussen de 'dignified' en 'efficient parts of the constitution' het bekendst is.²⁸⁸ Hearn was daarna de eerste die tot de conclusie kwam dat de uitoefening van een bevoegdheid op grond van het Royal Prerogative²⁸⁹ tegelijkertijd in overeenstemming met het recht en in strijd met de constitutie kan zijn. In zijn *The Government of England*, waarvan de eerste druk in 1867 verscheen, schreef hij:

'[T]here are two elements, the legality of the one course, and the expedience and usage of the other. Perhaps it may be said that whatever experience and the approved utility of any mode of exercising any discretionary power are such as to raise a reasonable expectation in the public mind that that power will continue so to be used, any deviation from the customary method, which tends to defeat this expectation and rests merely on the ground of actual ability so to deviate, is unconstitutional.'²⁹⁰

Opvallend is dat Hearn spreekt van een 'mode of exercising any discretionary power', waarmee hij als eerste onderstreepte dat de constitutie naast het recht uit *informele* regels bestaat. Freeman borduurde op deze bevinding van Hearn voort, toen hij in *The Growth of the English Constitution from the Earliest Times* (eerste druk, 1872) voor het eerst deze categorie regels in verband bracht met de term 'conventie':

'We now have a whole system of political morality, a whole code of precepts for the guidance of public men, which will not be found in any page of either the statute or the common law, but which are in practice held hardly less sacred than any principle embodied in the Great Charter or in the Petition of Right. In short by the side of our written Law, there has grown up an unwritten or conventional constitution. When an Englishman speaks of the conduct of a public man being constitutional or unconstitutional, he means something wholly different from what he means by his conduct being legal or illegal.'²⁹¹

Op zijn beurt liet Dicey zich door het werk van Freeman inspireren toen de eerstgenoemde auteur dit 'system of political morality' in de eerste druk van zijn staatsrechtelijke handboek uit 1885 omschreef als de niet voor de rechter

287 Mill 2011 (1861), p. 87-88.

288 Zie par. II.2.5.

289 Zie nader over het Royal Prerogative par. II.2.5.

290 Hearn 1886, p. 122-123. Aangehaald in Hood Philips 1966, p. 142-143.

291 Freeman 1876, p. 117-118. Aangehaald in Hood Philips 1966, p. 145-146.

te handhaven ‘conventions of the constitution’.²⁹² Ondanks de afwezigheid van een gecodificeerde grondwet, golden daarmee²⁹³ dankzij de vinding van de conventie ook voor (de organen van) het parlement bindende, constitutionele regels.

II.3.2.2 *De inherent normatieve waarde van politieke structuren*

Hoewel het conventiebegrip al een lange (voor)geschiedenis kent, is het nog altijd niet voor iedereen vanzelfsprekend dat conventies normen zijn waaraan politieke organen zijn gebonden. Althans, dat is de indruk die ontstaat bij het lezen van het werk van J.A.G. Griffith, wiens invloed op het denken over de constitutie van het Verenigd Koninkrijk aanzienlijk is geweest.²⁹⁴ In 1963 merkte hij op:

‘Those students of the constitution who believe in the existence of conventions and who enjoy little riddles like “when does a practice become a convention?” will deplore the still-birth of a sturdy embryo which has been kicking around in the womb of politics and demanding separate identity for the last few years. The notion that a major political party searching for a leader might take into account what the footnotes say in textbooks on the constitution is evidence of a tendency among some academics to believe that their own belly rumblings are attended to by politicians in the real world outside.’²⁹⁵

Deze benadering van de conventie binnen de constitutie van het Verenigd Koninkrijk verdient nadere aandacht; als duidelijk is waarom iemand geen heil ziet in het onderscheiden van deze categorie constitutionele regels, is het mogelijk meer reliëf te geven aan de opvattingen van de auteurs die het *wel* nuttig vinden de in de constitutie geldende conventies op te sporen.

De scepsis van Griffith over de toegevoegde waarde van het onderscheiden van conventies valt te verklaren aan de hand van zijn veelbesproken Chorley Lecture ‘The Political Constitution’ die de auteur op uitnodiging van de LSE hield in 1978.²⁹⁶ In deze lezing ontvouwde Griffith zijn naar eigen zeggen ‘highly positivistic’ benadering van de constitutie,

292 Dicey 1959 (1915), p. 19. Zie voor het volledige citaat waarin hij dit begrip omschrijft par. II.2.1. Vermelding verdient ook nog het werk van Anson en Maitland. Beiden wezen in hun werk op het belang van de bestudering van ‘conventions’. Zie Hood Philips 1966, p. 147-148 met verwijzing naar Anson 1886, p. 67-69 en Maitland 1908, p. 342.

293 Afgezien uiteraard van de doctrine van de parlementaire soevereiniteit *zelf*, die ook verplichtingen in het leven roept waaraan politieke organen zijn gebonden. Zie par. II.2.7.

294 Vgl. Gee 2008, p. 20: ‘The contribution of JAG Griffith to British constitutional thought across 60 years is considerable. With a relentlessly critical approach, a flare for an arresting aphorism and an enviable longevity, Griffith has contributed to many of the debates that have shaped modern constitutional thought.’

295 Griffith 1963, p. 401.

296 Deze lezing is gepubliceerd als openingsartikel van het eerste nummer van *The Modern Law Review* van het daaropvolgende jaar. Zie Griffith 1979, p. 1, ook voor het volgende citaat (op p. 19).

die samenhangt met de volgens hem onvermijdelijke aanwezigheid van conflicten in de maatschappij en de constitutie.²⁹⁷ Op drie manieren is, zo betoogt Griffith, de notie van ruzie aanwezig in de constitutie. In de eerste plaats hangt die samen met het wezen van de mens, die hij omschrijft als 'both individual and social animals', welk gegeven leidt tot het ontstaan van 'conflicts from which we can never be free'.²⁹⁸ In de tweede plaats kent de maatschappij volgens Griffith veel verschillende, aan elkaar tegengestelde belangen, zoals tussen de vakbonden en fabriekseigenaren, tussen voorstanders van de vrije markt en pleitbezorgers van een grotere overheid en tussen de Conservative Party en de Labour Party; de vertegenwoordigers van deze belangen verschillen aanzienlijk met elkaar van mening over thema's zoals privatisering, de vrijemarkteconomie en immigratie.²⁹⁹ In de derde plaats benadrukt Griffith dat binnen de maatschappij over dergelijke thema's nooit definitieve overeenstemming zal bestaan; ook rechtsbeginselen bieden onvoldoende houvast om geschillen over dergelijke kwesties definitief te beëindigen.³⁰⁰

In het licht van die permanente aanwezigheid van conflicten in de maatschappij kunnen rechtsregels, die Griffith definieert als 'statements of a power relationship and nothing more', per definitie niet moreel neutraal zijn.³⁰¹ Hij concludeert dat beslissingen over de inhoud van het recht, dat hij impliciet definieert als de regels die door de rechter worden gehandhaafd,³⁰² uiteindelijk *politieke* beslissingen zijn die door politici moeten worden genomen.³⁰³ Griffith baseert deze stelling op het argument dat politici, in tegenstelling tot bijvoorbeeld rechters, verantwoording dienen af te leggen voor hun beslissingen. Indien zij een impopulaire beslissing nemen, kan het elec-

297 Vgl. de bespreking van Griffiths werk in Gee 2008, p. 23-27, waar Gee de notie van conflict in Griffiths werk aan de hand van de drie hierna te bespreken punten respectievelijk 'inescapable', 'unavoidable' en 'permanent' noemt.

298 Griffith 1979, p. 3.

299 Griffith spreekt in dat kader over 'the T.U.C. [Trades Union Congress, GJAG] on one side and the C.B.I. [Confederation of British Industry, GJAG] on the other, with Thatcher and Joseph in the blue corner, Callaghan and Healey in the red; (...) with market forces over there and price control over here'. Zie Griffith 1979, p. 1. Ironisch genoeg is de invloed van politieke procedures op dergelijke belangenconflicten aanmerkelijk verminderd als gevolg van diverse privatiseringsoperaties die vanaf 1979, het jaar waarin Griffiths rede in druk verscheen, hun beslag kregen. Zie Oliver 2015, p. 309-314.

300 Griffith 1979, p. 20: 'I do not believe in generalised *a priori* principles. I have them filling my pockets and coming out of my ears. But they cannot be guidelines for legislative and administrative activity, because such principles, in their application to particular situations, are the very questions which divide not unify opinion.'

301 Griffith 1979, p. 19.

302 Zie voor de achtergrond van deze definitie van recht in verhouding tot de 'politieke' constitutie en 'politiek' constitutionalisme par. II.2.7.

303 Griffith 1979, o.a. p. 17: 'As an individual I may say that I have certain rights – the right to life being the most fundamental. But those who manage the society in which I live will reply "Put up your claim and we will look at it. Don't ring us, we'll ring you." In this political, social sense there are no over-riding human rights. (...) Instead there are political claims by individuals and by groups.'

toraat hen wegsturen na verkiezingen of hun, bijvoorbeeld via de media, reputatieschade toebrengen.³⁰⁴ Politici zijn volgens hem dus, zeker in vergelijking met rechters, relatief kwetsbaar. Griffith vertrouwt politici om die reden het nemen van belangrijke beslissingen toe. In dat licht bestaat er volgens hem aanleiding voor een 'highly positivist view of the constitution', die tot uitdrukking komt in de volgende uitspraak:

'The constitution of the United Kingdom lives on, changing from day to day for the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also.'³⁰⁵

Hoewel Griffiths benadering van de constitutie in het licht van dit citaat gemakkelijk kan worden verstaan als welhaast nihilistisch vanwege haar primair beschrijvende karakter,³⁰⁶ zou dat toch niet helemaal terecht zijn. In een artikel uit 2001 merkt Griffith namelijk het volgende op:

'Constitutions are political structures and should, in democratic societies, be designed so as to incorporate dissent and provide adequate opportunities for the expression of minority views. But laws themselves are used both to suppress and to promote freedom. Only politics decide which.'³⁰⁷

Deze stelling, die ook al impliciet te vinden was in Griffiths rede uit 1978,³⁰⁸ maakt duidelijk dat volgens hem alles wat gebeurt weliswaar constitutioneel is, maar *alleen* voor zover de politiek in dienst staat van de vredige beslechting van de conflicten in de maatschappij. Uit deze stelling spreekt vooral dat het niet mogelijk is de constitutie louter op basis van theoretische concepten zoals conventies te begrijpen, omdat zij pas betekenis krijgt in het licht van wat er in de praktijk gebeurt. Hoewel Griffiths suggestie 'to delete those pages in constitutional textbooks headed Conventions, with their unreal distinctions and their word puzzles' een poging lijkt de constitutie van iedere normatieve betekenis te ontdoen, voegt hij daaraan veelbetekenend toe dat het raadzaam is om te bestuderen 'why what happened

304 Griffith 1979, p. 18: 'A further advantage in treating what others call rights as political claims is that their acceptance or rejection will be in the hands of politicians rather than judges and the advantage of *that* is not that politicians are more likely to come up with the right answer but that (...) they are so much more vulnerable than judges and can be dismissed or at least made to suffer in their reputation [cursivering in origineel, GJAG].'

305 Griffith 1979, p. 19.

306 Vgl. in die zin o.a. Oliver 2003, p. 21; Allison 2007, p. 34.

307 Griffith 2001, p. 59-60. Aangehaald in Gee 2008, p. 33.

308 Vgl. Griffith 1979, p. 20: 'We are back in the conflicts where we began. And politics is what happens in the continuance or resolution of those conflicts. And law is one means, one process, by which those conflicts are continued or may temporarily resolved. No more than that.'

yesterday may not happen tomorrow'.³⁰⁹ Hieruit blijkt dat Griffith in zijn benadering vooral een grote nadruk legt op de *flexibiliteit* van het handelen van politieke organen; wie binnen de constitutie bepaalde regels aanwijst als conventies, moet zich er daarbij van bewust zijn dat zij inherent veranderlijk zijn.³¹⁰

Tegen deze achtergrond krijgt het werk van Griffith wel degelijk een normatief karakter, dat tot uiting komt in de volgende herformulering door Gee van Griffiths beroemde aforisme:

'[W]hilst everything that happens is constitutional, not just anything can happen.'³¹¹

In deze bewoordingen komt nadrukkelijker tot uiting dat politieke structuren *zelf* een begrenzing aanbrenge in wat politici vermogen. Gee licht dit normatieve karakter van Griffiths benadering van de constitutie toe aan de hand van het werk van de politiek filosoof Oakeshott, welke laatste auteur politiek omschrijft als de 'pursuit of intimations'.³¹² In de woorden van Gee betekent dit dat

'the relevant political actors pursue what is intimated in their practices, customs, conventions, laws and institutions – that is to say what is intimated in our traditions of behaviour. (...) These traditions are not fixed and inflexible; they can be uncertain, contingent and conflictual. But what for Oakeshott is undeniable is that traditions (...) necessarily narrow what is perceived as the range of available decisions: knowledge of what to do today is informed by our traditions of behaviour'.

Het werk van Griffith vormt zo bezien niet zozeer een afwijzing van de bestudering van conventies als zodanig, maar veeleer een waarschuwing voor ieder die uit het bestaan van een (vermeende) conventie in een bepaald geval te vergaande conclusies trekt. Volgens zijn benadering moeten feiten niet te snel voor normen worden aangezien, maar tegelijkertijd mag de inherent normatieve waarde die politieke structuren hebben voor de beslechting van conflicten niet uit het oog worden verloren. Zolang deze relativisering

309 Griffith 1963, p. 402.

310 Vgl. voor eenzelfde lezing Munro 1975, p. 235: 'Professor Griffith has rightly suggested that we should "delete those pages in constitutional textbooks headed Conventions, with their unreal distinctions and their word puzzles." Certainly the writer or teacher of constitutional law should take notice of political rules and practices in areas where they are relevant, simultaneously estimating their strength. As generalisations or predictions, they may be expressed with varying degrees of confidence or probability. But this, it is submitted, is as much as usefully can be said.'

311 Gee 2008, p. 42, ook voor de volgende twee citaten (cursivering in eerste citaat verwijderd, GJAG).

312 Gee baseert zich voor deze weergave op Oakeshott 1991 (1951), p. 56-61. Aangehaald in Gee 2008, p. 40.

van het belang van conventies voor de constitutie in het achterhoofd wordt gehouden, kan de bestudering van deze categorie regels wel degelijk van toegevoegde waarde zijn.

II.3.3 Begripsvorming

In deze paragraaf komen de belangrijkste kenmerken van het conventiebegrip aan de orde. Na een bespreking van een algemene definitie van de conventie, komen de wijze van vaststelling, de mate van binding en het veranderlijke karakter van deze categorie regels aan de orde.

II.3.3.1 *Basiskenmerken*

Het is niet eenvoudig een korte omschrijving van de conventie te geven die recht doet aan de complexiteit van het begrip. Ter introductie van het begrip kan het echter wel behulpzaam zijn om te starten met een korte omschrijving. In dat kader biedt de definitie van Marshall & Moodie een goed eerste aanknopingspunt, omdat de door deze auteurs onderscheiden kenmerken nauwelijks omstreden zijn. Volgens deze omschrijving zijn conventies in de kern ‘certain [i] rules of [ii] constitutional [iii] behaviour which are considered to be [iv] binding by and upon those who operate the Constitution, but [v] which are not enforced by the law courts (although the courts may recognize their existence)’.³¹³

Op deze plaats komen achtereenvolgens het ‘constitutionele’ (ii), het informele karakter (iii) en het wezen van de conventie als regel die gedrag *voorschrijft* in plaats van louter beschrijft (i) aan de orde. De onderdelen (iv) en (v) van de definitie vallen buiten het bestek van deze basiskenmerken, omdat zij meer vragen oproepen en daarom een uitgebreidere bespreking behoeven. Zij komen elders in dit hoofdstuk aan de orde.³¹⁴

II.3.3.1.1 *Het constitutionele karakter*

De conventie schrijft, voor zover hier van belang, gedrag voor aan *constitutionele* actoren. Wanneer gedrag al dan niet constitutioneel van aard is, is echter niet duidelijk, omdat er van oudsher een nauwe verwevenheid bestaat tussen het functioneren van politieke partijen enerzijds en de besluitvorming van regering en parlement anderzijds.³¹⁵ Niet alleen ontbreekt er een grond-

313 Marshall & Moodie 1967, p. 26. De auteurs voegen daaraan nog toe dat de conventie wat hen betreft ook niet wordt gehandhaafd door ‘the presiding officers in the Houses of Parliament’. Dit aspect blijft verder buiten beschouwing, omdat het geen aanvullende helderheid schept over het karakter van de conventie en ook overigens, zoals de auteurs zelf ook opmerken, omdat dit niet een geheel onomstreden stellingname is.

314 Zie par. II.3.3.3 (over de mate van binding van conventies) en II.3.4 (over de relatie tussen recht en conventie in het algemeen).

315 Zie ook par. II.2.5.

wet die duidelijke grenzen aan het handelen van partijen stelt, ook werkt het kiesstelsel van ‘first-past-the-post’ in de regel een grote samenvatting van het regeringsbeleid en het verkiezingsprogramma van één politieke partij in de hand. Het is in dat licht onwenselijk om iedere regel die binnen de kaders van het landsbestuur ontstaat, aan te duiden als een conventie, omdat de inhoud van de constitutie dan afhankelijk zou zijn van min of meer toevallige meerderheden waarvan de samenstelling na verkiezingen steeds weer kan wisselen.

In dat licht bestaat behoefte aan een nader criterium aan de hand waarvan het mogelijk is regels met een constitutioneel karakter af te bakenen van regels die primair binnen één politieke partij gelden. Jaconelli doet daartoe het volgende voorstel:

[C]onstitutional conventions impose a framework of rules the observance of which transcends the sectional interest of political party.³¹⁶

Uit deze definitie blijkt dat de kwalificatie ‘constitutional’ uitdrukt dat de betreffende regel gedrag voorschrijft aan een bepaald *ambt* en zo het belang van een bepaalde politieke partij dient te overstijgen. Aan de hand van de eis dat een gedragsregel een ‘constitutional’ karakter heeft, is het mogelijk de conventie te onderscheiden van zuivere partijregels.

Dat neemt echter niet weg dat de interne regels van de twee grote politieke partijen, de Conservative Party en de Labour Party, in de praktijk een aanzienlijke invloed op de gelding van de constitutie hebben. Een informele regel krijgt echter pas het karakter van een conventie, als die los van de persoonlijke opvattingen van de zittende meerderheid geldt.

II.3.3.1.2 *Het informele karakter*

De conventie heeft per definitie een informeel karakter. Anders dan bij een rechtsregel, is haar geldigheid niet noodzakelijkerwijs afhankelijk van haar herkomst uit bijvoorbeeld wetgeving of een rechterlijke uitspraak. Voor de vaststelling van een rechtsregel geldt dus een formeel criterium, waardoor zijn bestaan met een relatief grote mate van zekerheid is vast te stellen.³¹⁷

316 Jaconelli 1999, p. 35. Overigens leidt Jaconelli daaruit elders in zijn artikel af: ‘It is implicit in our exclusion of intra-party rules from the proper scope of constitutional convention that we do not agree with the inclusion of (...) relations between the Cabinet and the Prime Minister at any rate under the usual conditions of one-party government.’ Deze stelling is echter niet geheel onomstreden. Volgens Marshall zijn de ‘relations between Cabinet and the Prime Minister’ wel degelijk constitutioneel van aard. Zie Marshall 1986, p. 4. Het is inderdaad gebruikelijk, zoals Marshall voorstelt, de informele normen in deze relaties wel als conventie aan te duiden. Zie nader par. II.2.6.

317 Vgl. o.a. Morton 1991-1992, p. 132: ‘The process of incorporation by which norms are translated into the legal sphere, a process involving their authoritative formulation, gives the norms a prescriptive uniformity; a uniformity which follows from the fact that legal rules must be capable of justifying present, and future, decisions, in conformity with the imperatives of legality.’ Aangehaald in Feldman 2013, p. 95.

Een conventie vindt daarentegen meestal haar oorsprong in een feitelijk, met de conventie overeenkomend, gedragspatroon. Volgens Lewis is het ontstaan van een conventie vergelijkbaar met dat van een brand.³¹⁸ Een brand ontstaat als gevolg van een voldoende grote concentratie van hitte die zich steeds verder verspreidt. De precieze oorzaak van het ontstaan van een brand doet op zichzelf niet ter zake. Een brand kan ontstaan nadat deze is aangestoken, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Evenzeer geldt voor de conventie dat zij ook kan bestaan voor zover de betrokken actoren haar ontstaan (uitdrukkelijk) niet hebben beoogd.

Tegen die achtergrond is zowel het bestaan als de inhoud van de conventie nooit met volledige zekerheid vast te stellen. Dat betekent dat conventies, zoals Munro opmerkt, geen deel kunnen uitmaken van een concreet systeem:

‘There is no authoritative mark of their [bedoeld is van conventies, GJAG] existence, so that uncertainty abounds. The sources of convention are open-ended and diverse, and no importance attaches to them. Conventions have no unifying feature and so do form merely a “discrete unconnected set.” The existence of a legal rule is shown by reference to a formal sign that it is of a *system*, but conventions have no system. The existence of a convention is tested, so far as it can be, by its individual content – an inference has to be made according to the strength and purpose of the particular political practice involved.’³¹⁹

Hij voegt daaraan toe dat er geen gevolmachtigde autoriteit bestaat die bevoegd is het bestaan en de precieze inhoud van de geldende conventies in het staatsbestel te proclameren:

‘There is, of course, no final judge of their violation or interpretation, any more than of their existence. Moreover, whereas the question of a breach of law is generally *externally* and authoritatively determined, by officials forming only a small part of those to whom the law applies, conventions are generally self-interpreted, often variously, by those to whom they apply.’

Er is derhalve alleen sprake van een conventie als uit de concrete omstandigheden blijkt dat de betrokken staatsinstellingen van het bestaan van een conventie overtuigd zijn. Het ontbreken van een onafhankelijke scheidsrechter met het oog op de vaststelling en interpretatie van een conventie brengt mee dat de inhoud van een bepaalde conventie niet met volledige zekerheid

318 Lewis 1969, p. 88: ‘Conventions are like fires: under favourable conditions, a sufficient concentration of heat spreads and perpetuates itself. The nature of the fire does not depend on the original source of heat. Matches may be our best fire starters, but that is no reason to think of fires started otherwise as any the less fires.’ Lewis gebruikt de metafoor voor de sociale conventie, maar hij is ook goed toepasbaar op de constitutionele conventie. Aangehaald in Jaconelli 1999, p. 40.

319 Munro 1975, p. 232-233, ook voor het volgende citaat (voor beide citaten geldt: cursivering in origineel; noten in citaat verwijderd, GJAG). In die zin ook Jennings 1959b, p. 5-6; Jaconelli 1999, p. 32; Barber 2010, p. 96-97.

kan worden vastgesteld. Dit informele karakter roept ingewikkelde vragen op over de mate van binding van de conventie, die elders uitgebreider aan bod komen.³²⁰

II.3.3.1.3 *Het voorschrijvende karakter*

Het laatste basiskarakter, dat inhoudt dat de conventie een *regel* is, is op het eerste gezicht een open deur. Toch is dit kenmerk minder voor de hand liggend dan het lijkt, omdat de conventie zich op basis daarvan onderscheidt van (onbepaalde) waarden enerzijds en van 'gewone', onomstreden (niet-normatieve) praktijken anderzijds. In plaats daarvan vormt zij een soort mengvorm van deze beide verschijnselen: de conventie vormt de weerslag van *voorgescreven* gedrag waarvan de naleving te verklaren is aan de hand van het bestaan van een of andere goede reden. Volgens Morton betekent dit dat bij de naleving van een conventie iets op het spel moet staan, dat wil zeggen tot een conflict tussen staatsinstellingen moet kunnen leiden:

'The appraisal of acts done in breach of convention is not couched in neutral terms of unconventional behaviour, of straying from the footpath, of failing to conform to the established practices, of deviance from normal patterns of behaviour. Objections to breaches are couched in the language of wrong-doing, of moving the goal posts, of not playing the game, of failing to respect established values, and so on, and this is language which commonly carries a highly-charged emotional load.'³²¹

Hij licht zijn stelling toe aan de hand van de conventie op basis waarvan het parlement ten minste jaarlijks bijeen dient te komen. Deze conventie dankt haar bestaan onder andere aan Article 6 van de Bill of Rights 1689, op basis waarvan het parlement in vredetijd niet permanent een leger mag aanhouden. In dat licht besloot het parlement lange tijd jaarlijks een wetsvoorstel aan te nemen op basis waarvan het leger aan kon blijven.³²² Inmiddels is het in zijn algemeenheid³²³ nauwelijks nog denkbaar dat het parlement gedurende een heel jaar niet bijeenkomt. Morton merkt daarom op:

'As an illustration [van zijn eerder genoemde stelling over het voorschrijvende karakter van de conventie, GJAG] we might cite the abstract convention that Parliament must meet once every year. Obviously it would not be consonant with principles of democratic legitimacy if it did not. But no one supposes that today (direct of emergencies apart) the practice stands in need of any sort of normative

320 Zie par. II.3.3.1.2.

321 Morton 1991-1992, p. 142-143, ook voor het volgende citaat (op p. 163).

322 Jaconelli 2005, p. 157: '[W]hy was there a need for annual authorisation of the maintenance of the army? (...) The obstacle (...) would appear to be Article 6 of the Bill of Rights 1689.' Zie nader, ook voor de tekst van het genoemde artikel, par. II.3.2.

323 De oorspronkelijke, meer specifieke, reden voor het parlement om jaarlijks bijeen te komen is overigens ook weggevalen sinds de inwerkingtreding van de Army Act 1955. Zie Jaconelli 2005, p. 157, nt. 31.

formulation to ensure that Parliament will meet frequently. It was once a live issue; there was once a need for such a convention. But the erstwhile convention may be said to have lost its significance and force.'

Tegelijkertijd moet een conventie ook méér omvatten dan een waarde of beginsel alleen, omdat zij wel enige richting dient te geven aan de betrokken actoren over het gedrag dat van hen wordt verwacht. In de woorden van Feldman geldt daarom als uitgangspunt dat 'good reasons for acting in a particular way do not without more make a convention'.³²⁴

Enkel normatieve aspiraties of idealen krijgen pas het karakter van een conventie als zij ook *houvast* bieden in de vorm van concreet gedrag dat in een bepaalde situatie is voorgeschreven. Dat geeft de conventie een nogal paradoxaal karakter: enerzijds dankt de conventie haar bestaan aan bepaald feitelijk gedrag, terwijl dat feitelijke gedrag anderzijds weer de basis vormt voor een verplichting om in lijn met die gedraging te blijven handelen. Overigens moet die verplichting niet te letterlijk worden genomen. Voor de conventie geldt namelijk ook, haar informele karakter indachtig, dat zij niet in beton is gegoten. Dit aspect, dat nadere toelichting verdient, komt elders in dit hoofdstuk uitgebreider aan de orde.³²⁵

II.3.3.1.4 *Balans*

De conventie is een wonderlijk fenomeen. Zij is zowel feitelijk in de zin dat zij alleen bij de gratie van daarmee corresponderend gedrag kan bestaan als normatief in de zin dat zij gedrag voorschrijft in plaats van louter beschrijft. Ten slotte dient zij betrekking te hebben op het gedrag van 'constitutionele' actoren, waarmee wordt bedoeld dat zij het belang van afzonderlijke politieke partijen dient te overstijgen. Tegen deze achtergrond is het eenvoudiger vast te stellen in welke concrete gevallen een conventie bestaat.

II.3.3.2 *Vaststelling van conventies*

De conventie heeft als constitutionele, informele regel een relatief ongrijpbaar karakter. Daarom verdient de wijze waarop het bestaan van een conventie kan worden vastgesteld nadere toelichting. Na een algemene bespreking van de zogeheten Jennings-test, komt in deze paragraaf vervolgens een aantal aandachtspunten met betrekking tot de vaststelling van het bestaan van conventies aan de orde.

II.3.3.2.1 *De 'Jennings-test' als referentiepunt*

Voor de vaststelling van de conventie vormt de zogeheten Jennings-test nog altijd het referentiepunt. De test is vernoemd naar zijn bedenker, de staats-

324 Feldman 2013, p. 99. In vergelijkbare zin omschrijft Morton conventies als 'guides to behaviour', waarnaar de betrokken actoren verwijzen 'in order to justify criticism and hostile reaction to conduct which fails to conform to them'. Zie Morton 1991-1992, p. 139.

325 Zie par. II.3.3.3.

rechtsgeleerde Sir Ivor Jennings. De test, die hij aan het einde van het hoofdstuk over de conventie in zijn handboek *The Law and the Constitution* (eerste druk, 1933) formuleerde, bestaat uit de volgende drie vragen:

‘[F]irst, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule?’³²⁶

Om vast te stellen of een bepaalde informele regel een conventie is, dienen volgens deze test de precedenten, de overtuiging van de bij de regel betrokken actoren en de reden voor het bestaan van de regel te worden geanalyseerd. Hoe die analyse eruit zou moeten zien, laat Jennings echter in het midden. Slechts op een enkel punt lichtte hij zijn test toe.

Naast de invulling van de afzonderlijke criteria roept ook de verhouding tussen de onderdelen van de Jennings-test vragen op. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de kritiek van Elliott & Thomas. Deze auteurs kunnen zich wel vinden in de keuze van Jennings om aan de hand van de precedenten, de overtuiging van gebondenheid en de achterliggende reden het bestaan van een conventie vast te stellen, maar bekritisieren de formulering van de test. In hun ogen is niet zozeer van belang ‘*whether there is a precedent, whether the actors feel bound, and whether there is a reason for the rule*’, maar zijn de relevante vragen juist ‘*how strong is the precedent, to what extent do the actors feel bound by it, and how good is the reason for it*’.³²⁷ De laatstgenoemde formulering zou meer recht doen aan de verschillende verschijningsvormen van niet-juridische regels, waaronder conventies.

Volgens Elliott & Thomas kunnen al deze informele regels worden geplaatst op een schaal waarvan aan het ene uiterste zich ‘mere traditions’ bevinden die ‘easy to breach’ zijn omdat zij zijn ‘underpinned by no, or only weak, constitutional reasons’, hetgeen betekent dat ‘the relevant parties will feel little obligation to follow them’ en aan het andere uiterste ‘conventions’ die ‘hard or impossible to breach’ zijn dankzij de onderliggende ‘very strong constitutional reasons’ die hun naleving rechtvaardigen. In de woorden van Munro is het daarom mogelijk conventies te beschouwen

‘as on a continuum. Some few may be stated with precision, others are harder to formulate, while there are others to which by degrees, a lesser sense of obligation adheres’.³²⁸

326 Jennings 1959a, p. 136.

327 Elliott & Thomas 2017, p. 54-55, ook voor de volgende aan hen toegeschreven citaten in deze paragraaf (cursiveringen in origineel, GJAG).

328 Munro 1999, p. 60. Vgl. in die zin ook Elliott & Thomas 2017, p. 54: ‘Once it is recognised that the real questions are ones of degree, their purpose can better be appreciated: while the *side of the tradition/convention line* on which a given rule falls is unimportant, *where the rule lies on the non-legal part of the spectrum* is much more significant [cursiveringen in origineel, GJAG].’

Op basis van deze redenering is het niet mogelijk een harde scheidslijn aan te brengen tussen tradities en conventies, maar dat zou ook niet erg zijn omdat de relevantie van het onderscheid voor de gelding van niet-juridische regels in de constitutie beperkt is. Volgens Elliott & Thomas zijn de criteria van de zogeheten 'Jennings-test' voor de vaststelling van conventies, die bestaan uit de precedenten, de overtuiging van gebondenheid en de reden voor het bestaan van de conventie, niet 'co-equal'.³²⁹ Deze auteurs beschrijven de mate waarin de betrokken actoren zich aan de precedenten gebonden achten 'of principal practical relevance'.³³⁰ Deze benadering is in die zin plausibel, omdat zij fundamenteel is voor het wezen van een conventie die immers een informele regel vormt. Als de betrokken actoren zich niet verplicht achten volgens een bepaalde regel te handelen, is het op zichzelf al moeilijk voor te stellen dat een conventie bestaat.³³¹ Vervolgens kan de bestudering van de overige twee factoren, de relevante precedenten en het bestaan van een reden voor navolging van de conventie, bijdragen aan een beter begrip van deze categorie regels.

De vaststelling dat de overtuiging van gebondenheid bij de betrokken actoren centraal dient te staan bij de vaststelling van een conventie, biedt op zichzelf nog niet voldoende houvast. Het is bijvoorbeeld de vraag wat een dergelijke overtuiging precies omvat: is dat de overtuiging die de betrokken actoren hebben of zouden moeten hebben? Hoewel in het verleden verschillende auteurs van mening waren dat het voor de aanneming van een conventie voldoende is als de betrokken actoren zich feitelijk gebonden achten,³³² krijgt deze laatste benadering tegenwoordig nauwelijks nog steun; een belangrijk nadeel ervan is dat zij geen ruimte biedt voor differentiatie tussen feitelijk en voorgeschreven gedrag. Als een conventie de weerslag zou vormen van een overtuiging die de betrokkenen op een bepaald moment hebben, dan houdt zij simpelweg op te bestaan als de betrokkenen later van mening veranderen over de bindendheid van die gedraging. In dat geval krijgt het conventiebegrip een tautologisch karakter: als de betrokken actoren zich niet langer willen houden aan de conventie, kunnen zij simpelweg door in strijd daarmee te handelen een einde aan het bestaan van die conventie maken. Feldman betoogt daarom dat volgens die definitie

329 Elliott & Thomas 2017, p. 55, ook voor het volgende citaat.

330 Vgl. in die zin ook Brazier 1992, p. 267: 'The clearest situation in which a constitutional convention can confidently be said to exist (...) is one in which there is acceptance by all the actors that there is an obligation (albeit a non-legal one) on them to behave in a certain way.'

331 Zie par. II.3.3.1.3.

332 In die zin Wheare 1966, p. 122: 'By "convention" is meant a binding rule, a rule of behaviour *accepted as obligatory* by those concerned in the working of the Consitution [cursivering toegevoegd, GJAG].' Vgl. in die zin ook Marshall & Moodie 1967, p. 32-33; Hood Philips/Jackson & Leopold 2001, p. 136.

‘political actors, in circumstances where they are bound only by conventions, would be free to interpret their constitutional obligations with their own best interests. This would make it hard to believe that a convention is obligatory in any non-trivial sense’.³³³

Inmiddels heeft daarom een andere, normatievere, invulling van dit criterium de voorkeur. In lijn met die benadering legt Marshall uit dat conventies kunnen worden beschouwd als

‘the rules that the political actors *ought* to feel obliged by, if they have considered the precedents and reasons correctly’.³³⁴

Een nadere precisering van dit criterium brengt McHarg aan door een onderscheid te maken tussen de *persoonlijke* opvattingen van de betrokken actoren en de opvattingen die zij in het licht van hun *constitutionele* rol dienen te hebben:

‘[F]or a norm to have the status of a constitutional convention, it must be accepted as a correct and binding account of constitutionally appropriate behaviour by anyone who occupies the relevant role (as Cabinet minister, peer, judge, etc.), even if, on a purely personal level, some of them might think that it would be better if a different set of norms applied.’³³⁵

Op basis van deze verfijning van het criterium is het enigszins mogelijk het bestaan van een conventie te objectiveren aan de hand van de vraag of naleving van een bepaalde informele regel vanuit een constitutioneel oogpunt, dus los van de persoonlijke opvattingen van de betrokkenen, wenselijk of noodzakelijk is.³³⁶ De beantwoording van die vraag ligt in feite in het verlengde van het derde element van de Jennings-test, namelijk de redenen voor het bestaan van een conventie: hoe sterker de bij de betrokken organen gevoelde noodzaak om de conventie na te leven, hoe meer de naleving van de conventie voor de hand zal liggen.

Tegelijkertijd is het ook weer niet mogelijk bij de vaststelling van het bestaan van een conventie geheel te abstraheren van het feitelijke bestaan

333 Feldman 2013, p. 98. In die zin ook o.a. Marshall 1986, p. 10-12; Wilson of Dinton 2004, p. 409. Vgl. in die zin ook Allan 2013, p. 58-65. Allans analyse stemt op dit punt overeen met de eerder in deze noot genoemde publicaties, maar zij wijkt op andere punten sterk af van de gangbare opvattingen in de literatuur over de gelding van conventies. Zie par. II.3.4.2.2.

334 Marshall 1986, p. 12 (cursivering in origineel, GJAG).

335 McHarg 2008, p. 860-861.

336 Vgl. in die zin ook Marshall 1986, p. 12: ‘It [= de geobjectiveerde invulling van het tweede criterium van de Jennings-test, GJAG] allows the critics and commentators to say that although a rule may appear to be widely or even universally accepted as a convention, the conclusions generally drawn from earlier precedents, or the reasons advanced in justification, are mistaken’.

van een conventie. Zij vormt niet alleen een *regel* met een verplichtend karakter, maar is ook *informeel* van aard; voor het bestaan van een overtuiging van gebondenheid is het dan ook van belang dat de betrokken actoren conform de betreffende regel (blijven) handelen. Het is volgens Jaconelli dan ook denkbaar dat een conventie die *structureel* wordt geschonden, zal veranderen of zelfs teloorgaan.³³⁷ Hij legt uit:

'It must often be the case, whenever there is a change in practice in the manner of conduct of government, that good reasons can be found in support of both the previous position [d.w.z. voor het bestaan van de oude conventie, GJAG] and the change [d.w.z. de verandering van de conventie, GJAG].'

In het licht van het karakter van de conventie als regel die gedrag aan de betrokken actoren *voorschrijft*, is dat ook logisch.³³⁸ Als een conventie zonder goede reden niet langer wordt nageleefd, zal daarover immers juist in de politieke arena discussie ontstaan. Is dat niet het geval, dan was er waarschijnlijk geen sprake van een regel die gedrag voorschreef. Deze kwestie, die raakt aan de vraag *waarom* de betrokken politieke actoren zich überhaupt gebonden zouden moeten achten aan een conventie, komt elders in deze paragraaf nog uitgebreider aan de orde.³³⁹

Tegen de achtergrond van deze bespreking van de Jennings-test is het mogelijk iets uitgebreider stil te staan bij een aantal meer specifieke problemen met betrekking tot de invulling van de drie daarin opgenomen criteria.

II.3.3.2.2 *De overtuiging van gebondenheid en de afkondiging en optekening van conventies*

Volgens Jennings ligt de oorsprong van conventies in bepaalde gewoonten waaraan de betrokken politieke actoren zich conformeren. Naarmate het voor de betreffende actor vanzelfsprekender wordt om de betreffende gewoonte na te volgen, ligt het steeds minder voor de hand om met de betreffende gewoonte te breken. De betrokken institutie cultiveert de gewoonte bijvoorbeeld uit een behoefte aan voorspelbaarheid. Volgens Jennings kan een eenmaal gecultiveerde gewoonte uiteindelijk de trekken van een conventie krijgen, indien zij lang genoeg wordt nagevolgd.³⁴⁰

Toch is dit niet het hele verhaal. Hoewel de conventie een informele regel is, wordt haar inhoud in sommige gevallen expliciet gearticuleerd. In dit kader kunnen twee vormen van articulatie worden onderscheiden.

337 Jaconelli 1999, p. 42, ook voor het volgende citaat (op p. 29).

338 Zie par. II.3.3.1.3.

339 Zie par. II.3.3.2.

340 Jennings 1959a, p. 80: '[M]en (...) tend to follow rules of their own devising; they develop habits in government as elsewhere. And when these men give place to others, the same practices tend to be followed. Capacity for invention is limited, and when an institution works well in one way it is deemed unnecessary to change it if it would work equally well in another. Indeed, people begin to think that the practices ought to be followed. It was always so done in the past, they say; why should it not be done so now?'

In de eerste plaats danken sommige conventies hun ontstaan aan hun expliciete afkondiging door een of meerdere betrokken staatsinstellingen. In de tweede plaats komt het voor dat een staatsinstelling overgaat tot de optekening van een reeds bestaande conventie. Anders dan misschien op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn, doet noch de afkondiging noch de optekening afbreuk aan het onbepaalde karakter van de inhoud van de conventie. De precieze inhoud van een conventie is afhankelijk van haar toepassing in de praktijk, niet van haar afkondiging of optekening. Op deze plaats licht ik beide vormen van articulatie toe. Daaruit blijkt dat ook voor het vaststellen van de inhoud van afgekondigde of opgetekende conventies slechts beslissend is hoe zij in de praktijk worden toegepast.

Een voorbeeld van een afgekondigde conventie betreft de Salisbury Convention, die betrekking heeft op de verhouding tussen de House of Commons en de House of Lords. Deze conventie dateert van 1945, toen de Labour Party voor het eerst in haar geschiedenis een meerderheid van de zetels in de House of Commons had behaald. Voor de leden van de House of Lords, die voor het overgrote deel afkomstig waren uit de gelederen van de Conservative Party, was vrijwel direct duidelijk dat zonder nader ingrijpen een patstelling tussen de Commons en de Lords onvermijdelijk zou worden. De Lords verklaarden toen bij monde van Lord Salisbury (Con) dat zij het niet zo ver wilden laten komen.³⁴¹ Daarmee was de naar deze Lord genoemde conventie een feit geworden. Op basis van deze conventie dienen de leden van de House of Lords alle wetsvoorstellen te steunen die hun oorsprong vinden in het verkiezingsprogramma van de partij die de ministers in het Cabinet levert. Deze conventie dankt haar ontstaan weliswaar aan de verklaring van Lord Salisbury, maar haar voortbestaan is afhankelijk van de, met de verklaring corresponderende, voortdurende naleving van de conventie in de periode daarna.

Voor conventies waarvan de inhoud op een later moment wordt opgetekend, geldt hetzelfde. Sinds het einde van de twintigste eeuw acht een toenemend aantal staatsinstellingen het dienstig om de voor hen geldende regels, waaronder constitutionele conventies, op te nemen in openbare documenten zonder juridische status. In de literatuur onderscheidt men onder andere 'Codes' of 'Manuals' die binnen één staatsinstelling gelden respectievelijk 'Concordats' die afspraken tussen meerdere staatsinstellingen bevatten.³⁴²

De belangrijkste conventies van het Verenigd Koninkrijk zijn opgenomen in de *Ministerial Code* uit 1997 (die de voortzetting vormde van de reeds langer bestaande *Questions of Procedure for Ministers*) waarin een aan-

341 Zie nader, ook voor de tekst van de verklaring van Lord Salisbury, par. II.2.6.

342 Een overzicht van de vele te onderscheiden Codes en Concordats biedt Blick 2016a, p. 245-247. Voor het gemak duid ik al deze verzamelingen regels, ondanks hun verschillende benamingen, aan met de term Codes. In deze paragraaf komt kort de vaststelling van conventies die in dergelijke Codes of Concordats zijn opgenomen aan de orde.

tal belangrijke verplichtingen voor ministers is opgenomen,³⁴³ de *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements* uit 1998 die de UK Government en de verschillende vertegenwoordigers van de regeringen van Schotland, Wales en Noord-Ierland hebben gesloten over de verhouding tussen het Verenigd Koninkrijk en de afzonderlijke landen van het Koninkrijk buiten Engeland³⁴⁴ en de *Cabinet Manual* uit 2011 die voorschriften over de organisatie van het Cabinet bevat.³⁴⁵ Lord Wilson of Dinton, die tussen 1998 en 2002 het ambt van Cabinet Secretary (de hoogste ambtelijk functionaris van het Verenigd Koninkrijk, die het Cabinet over allerlei kwesties adviseert)³⁴⁶ vervulde, betitelde de toenemende uitvaardiging van dergelijke documenten als ‘a proliferation of Codes’.³⁴⁷ Volgens hem illustreert deze ontwikkeling

‘a felt need for the basic ground rules of constitutional practice to be spelled out clearly, particularly where there is a risk of criticism’.

De opmerking van Lord Wilson of Dinton suggereert dat de optekening van een conventie in een geschreven document haar inhoud vastlegt. Op het eerste gezicht lijkt dat inderdaad het geval te zijn. Een conventie is voor haar bestaan immers primair afhankelijk van de overtuiging onder de betrokken staatsinstellingen dat zij daadwerkelijk geldt. Als een staatsinstelling in een openbaar document optekent dat een bepaalde conventie in een bepaald geval geldt, dan legt zij ook vast zich aan die conventie gebonden te achten. De optekening van een conventie vormt volgens die benadering het bewijs voor de gelding van de conventie.³⁴⁸ Toch is dat niet noodzakelijkerwijs het geval; een conventie bestaat slechts, voor zover de betrokken staatsinstelling zich ook *blijvend* aan de conventie gebonden acht.³⁴⁹ De optekening van een

343 Cabinet Office, *Ministerial Code* (laatste versie; augustus 2019), te raadplegen via assets.publishing.service.gov.uk.

344 *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements. Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers and the Northern Ireland Executive Committee* (laatste versie; oktober 2013), beschikbaar via gov.uk/government/publications. Net als de Salisbury Convention vindt ook de hiermee samenhangende Sewel Convention haar oorsprong in een verklaring, in dit geval van Lord Sewel. Zie par. II.2.7.

345 *Cabinet Manual. A Guide to Laws, Conventions and Rules on the Operation on Government*, (eerste (en vooralsnog enige) versie; oktober 2011), beschikbaar via gov.uk/government/publications/cabinet-manual.

346 Brazier 1998, p. 97.

347 Wilson of Dinton 2004, p. 420, ook voor het volgende citaat.

348 In die zin o.a. Morton 1991-1992, p. 138-139: ‘Non-legal norms may be said to exist only if they are employed by members of society.’ Anders Wheare 1966, p. 122: ‘There may be an agreement among the people concerned to work in a particular way and to adopt a particular rule of conduct. This rule is immediately binding and it is a convention.’ In recente literatuur vindt de opvatting van Wheare nauwelijks nog weerklank.

349 McHarg 2008, p. 860: ‘[A]n express agreement to be bound by a particular rule (...) might be considered (...) strong proof of the requisite moral commitment. The difficulty with this argument, however, is that proof is also required on an *ongoing* basis [cursiveringen in origineel, GJAG].’

conventie vormt slechts het bewijs van de gelding van de conventie op het moment van de optekening van de conventie, niet voor de periode daarna. Het is dus niet vanzelfsprekend dat een staatsinstelling de inhoud van een conventie kan vastleggen door haar in een Code op te nemen, alhoewel, zoals hierna nog zal blijken, optekening van een conventie in een Code wel van invloed kan zijn op haar bestaan.

McHarg legt uit waarom het beter is de bindende kracht van een conventie te abstraheren van de codificatie van de conventie in een Code. In haar ogen is de bindende kracht van een conventie niet afhankelijk van

‘the fact of their codification, but [their codification] rather predates it; nor does codification prevent subsequent alteration of the content of the rules if circumstances and practices change’.³⁵⁰

Niet de tekst van de conventie in een Code, maar de *toepassing* van die conventie in de praktijk is bepalend voor haar bindende kracht en inhoud. De tekst van een Code biedt daarom slechts in beperkte mate houvast bij de vaststelling van een conventie. Ook in de tekst van sommige Codes zelf wordt onderkend dat zij tot doel hebben om de binnen een staatsinstelling geldende regels op te tekenen. Zo benoemt de *Cabinet Manual*, waarin een aantal binnen het Cabinet geldende conventies zijn opgetekend, expliciet dat een conventie in de toekomst kan gaan afwijken van de tekst van de *Manual*. In het door de Cabinet Secretary ondertekende voorwoord van de *Manual* staat:

‘The *Cabinet Manual* records rules and practices, but is not intended to be the source of any rule. (...) The content of the *Cabinet Manual* is not static, and the passage of new legislation, the evolution of conventions or changes to the internal procedures of government will mean that the practices and processes it describes will evolve over time. If the *Cabinet Manual* is to continue to play a useful role as a guide to the operations and procedures of government, it will need to be updated periodically to reflect such developments.’³⁵¹

Hoewel de vastlegging van een conventie in een geschreven document niet gelijkstaat aan de officiële vaststelling van een conventie, kan de optekening van een conventie wel degelijk van invloed zijn op haar gelding. Blick suggereert bijvoorbeeld dat de betrokken staatsinstellingen wellicht meer vertrouwd zullen raken met conventies die zijn opgetekend dan met conventies waarvoor dat niet geldt; bovendien is het voor een staatsinstelling makke-

350 MchHarg 2008, p. 859. Vgl. in die zin ook Jaconelli 2015, p. 365: ‘The idea that written forms can promulgate conventions is misconceived since the latter are rooted in what the relevant actors actually do – not in what they say they do, still less in what others say they do.’

351 *Cabinet Manual* (eerste versie, oktober 2011), p. iv (cursiveringen toegevoegd, GJAG).

lijker om te betogen dat een opgetekende conventie is geschonden, omdat daarbij naar een specifieke tekst kan worden verwezen.³⁵²

Tegen die achtergrond is het mogelijk dat staatsinstellingen de tekst waarin een conventie is vastgelegd toch als de officiële vaststelling van die conventie gaan beschouwen. Als dat gebeurt, kan de optekening van een conventie nog een drietal gevolgen hebben voor haar inhoud. In de eerste plaats is het bijvoorbeeld denkbaar dat optekening helpt de inhoud van een conventie te verduidelijken of dat de optekening van een conventie door de betrokken staatsinstelling als gezaghebbend wordt beschouwd, waardoor de onenigheid over de inhoud van die conventie afneemt.³⁵³ Als gevolg daarvan is het ook, in de tweede plaats, mogelijk dat de optekening van de conventie de verdere ontwikkeling ervan bemoeilijkt, omdat haar gelding door haar vastlegging op schrift dan wordt 'vastgezet'.³⁵⁴ In de derde plaats is het omgekeerde denkbaar: als een bepaalde conventie niet wordt opgetekend, kan het belang van deze regel worden ondermijnd. In dat kader noemt Blick de optekening van de conventie die voorschrijft dat de regering slechts militaire troepen naar conflictgebieden zou mogen sturen, indien daarover van tevoren een debat plaatsvindt in de House of Commons.³⁵⁵ Aanvankelijk had het Cabinet die regel niet in de *Cabinet Manual* willen opnemen,

352 Blick 2016a, p. 108: '[C]odification can strengthen conventions. It can lead to a heightened awareness among practitioners and observers of the rules of which it provides accounts, increasing the chances of their being followed. The costs of non-compliance can rise. Criticism of violation of conventions is easier to mount if there is a specific text, setting out the rule in question, that it is possible to cite.' Evenzo zou de optekening van een regel tot het ontstaan van een *nieuwe* conventie kunnen leiden, bijvoorbeeld als een staatsinstelling in een document een regel opneemt die in haar ogen wel naleving verdient, hoewel daarbij (nog) niet van een conventie sprake is. Zie Blick 2016a, p. 109-110.

353 Blick 2016a, p. 109: '[C]odification can impact upon a convention about which there is disagreement if it advances a particular version of it. As an official document, a code's version of the rules is likely to be regarded as authoritative and accepted as definitive, therefore potentially marginalising other views.' Om die reden zouden ook rechters die zich moeten uitspreken over de gelding van een conventie zich kunnen laten leiden door de optekening van een conventie. Zie Blick 2016a, p. 110.

354 Blick 2016a, p. 109: '[C]odification of conventions could serve to inhibit their potential to develop over time.'

355 *Cabinet Manual* (eerste versie, oktober 2011), para. 5.38: 'In 2011, the Government acknowledged that a convention had developed in Parliament that before troops were committed the House of Commons should have an opportunity to debate the matter and said that it proposed to observe that convention except when there was an emergency and such action would not be appropriate.' In de passage wordt verwezen naar de verklaring van de Leader van de House of Commons: House of Commons Debates, vol 524, col 1066 (10 maart 2011).

maar daartoe is het in 2011 alsnog overgegaan onder politieke druk.³⁵⁶ Het handelen van het Cabinet, dat op dat moment geen belang had bij het vastleggen van deze codificatie, is te verklaren aan de hand van de gedachte dat het niet-codificeren van een conventie ervoor kan zorgen dat zij in de vergetelheid raakt.

II.3.3.2.3 *De achterliggende 'reason' als normatieve verklaring voor het bestaan van een conventie*

Een conventie dankt haar bestaansrecht per definitie aan een achterliggende 'reason' voor het dwingend voorschrijven van bepaald gedrag in een concrete situatie. Het is echter niet eenvoudig om in abstracto vast te stellen wanneer er een 'reason' bestaat die een conventie bestaansrecht kan geven. Hoewel Dicey in die lijn het geheel van conventies in de constitutie omschreef als de 'constitutional morality',³⁵⁷ is het, zoals Jaconelli opmerkt, niet mogelijk in abstracto vast te stellen wanneer een regel daarvan deel zou moeten uitmaken; wat voor de ene actor wel een wenselijke regel is, vindt de ander juist weer een verwerpelijke regel.³⁵⁸ In dat licht verdient de mogelijke betekenis van het begrip 'reason' uit de Jennings-test nadere toelichting.

In dat kader is het behulpzaam terug te grijpen op de drie manieren waarop volgens Barber het begrip 'reason' kan worden gepercipieerd: de historische reden die verklaart waarom een bepaalde conventie is ontstaan, de psychologische reden die verklaart waarom de bij een conventie betrokken staatsinstellingen een conventie navolgen en de reden die de navolging van een conventie binnen de geldende constitutionele verhoudingen rechtvaardigt.³⁵⁹

Barber verklaart het verschil tussen deze drie soorten redenen aan de hand van de conventie die de koning verplicht de door het parlement aangenomen wetsvoorstellen te bekrachtigen. De historische reden, in de eerste plaats, voor deze conventie is dat het parlement gedurende de zeventiende en achttiende eeuw langzamerhand het laatste woord in het staatsbestel kreeg, waardoor de monarch beslissingen van het parlement niet langer

356 Blick 2016a, p. 109: '[A] code (...) could also undermine the relative importance of those rules that it omits. For this reason, the House of Commons Political and Constitutional Reform Committee in 2011 pressed for the first edition of the *Cabinet Manual* to contain an account of the principle of obtaining, whenever appropriate, express approval from the House of Commons in advance of engaging in armed combat. The draft of the text had not included this rule, but the Committee was successful and the full version did contain a reference to it.'

357 Dicey 1959 (1915), p. 24. Zie ook het citaat in par. II.2.1.

358 Jaconelli 2005, p. 171: 'Although (...) the discourse on the subject has viewed them as the "morality" of the constitution, it has never been suggested that there exists a uniquely correct constitutional morality applicable to all governmental systems [verwijzingen in citaat verwijderd, GJAG].'

359 Barber 2010, p. 84: 'The demand that we consider the reason behind a constitutional convention is well-founded. But to understand what this demand entails we need to think a little further about what a "reason" implies (...).'

naast zich neer kon leggen.³⁶⁰ De psychologische reden, in de tweede plaats, voor de navolging van deze conventie is dat het ambt van de koning alleen nog in een democratisch bestel gehandhaafd kan blijven voor zover hij zich bij de besluitvorming van het parlement neerlegt. Hij zal dus deze conventie wel moeten navolgen, als hij wil voorkomen dat zijn ambt in gevaar komt.³⁶¹ De meest gangbare benadering van het derde onderdeel van de Jennings-test is echter de reden in de derde betekenis, namelijk de reden als rechtvaardigende verklaring voor het bestaan van een conventie.³⁶² De koning dient in beginsel een door het parlement aangenomen wetsvoorstel te bekrachtigen, omdat hij zich naar de gangbare opvatting in een westerse democratische rechtsstaat dient te conformeren aan de uitkomst van democratische besluitvormingsprocedures in het parlement.

Interessant is Barber's waardering van deze drie soorten redenen. Hij is van oordeel dat aan het bestaan van een conventie altijd een 'reason' in de eerste twee betekenissen, namelijk de historische en psychologische, ten grondslag zal liggen, maar dat dit niet noodzakelijkerwijs geldt voor de 'reason' in de derde, rechtvaardigende, betekenis. Sterker nog, Barber acht het goed mogelijk dat een conventie 'pointless' of zelfs 'wrong' is.³⁶³ Op het eerste gezicht lijkt deze stelling haaks te staan op het basiskenmerk van de conventie als regel die gedrag aan actoren *voorschrijft*.³⁶⁴ Bij nadere beschouwing drukt de mogelijkheid van een 'nutteloze' of 'verkeerde' conventie echter vooral een reeds eerder gesignaleerd probleem uit: wat voor de één een rechtvaardiging vormt voor bepaald gedrag, is dat voor de ander juist niet. Het is immers per definitie voor discussie vatbaar of een bepaalde reden voor het bestaan van een conventie ook een *goede* reden is.

360 Barber 2010, p. 84: 'First, a writer might attempt to provide an account of the emergence of a constitutional convention. In this context, the "reason" for the convention is contained within the explanation of how it came to be as it is. So, for example, the (historical) reason why there is a convention that the British monarch [signs] bills placed before her by Parliament is, to simplify, that the Crown was defeated in its tussles with Parliament in the seventeenth and eighteenth centuries.'

361 Barber 2010, p. 84: 'Secondly, a writer might attempt to provide an account of the current operation of the convention. In this context, the (psychological) reason for the convention includes an explanation of why people adhere to the convention. To speculate, the reason the monarch adheres to the bill-signing convention is because she values tradition or, explain why people should adhere to the convention.'

362 Barber 2010, p. 84: 'Finally, a writer may try to explain why people should adhere to the convention. In this context, the (justificatory) reason for the convention is the benefit or value that following the rule obtains. So, the reason for the bill-signing convention may be that it facilitates democracy.'

363 Barber 2010, p. 84.

364 Zie par. II.3.3.1.3. Vgl. in die zin o.a. Allan 2013, p. 61-62: '[T]he commentator cannot repudiate a convention as being "pointless or wrong": a pointless convention is simply no convention at all.' Het werk van Allan is overigens gebaseerd op een geheel eigen benadering van het conventiebegrip en komt daarom nog apart aan de orde. Zie par. II.3.4.2.2.

Tegen die achtergrond kan Barbers stellingname over ‘nutteloze’ of ‘foute’ conventies beter worden verklaard: het bestaan van een reden is vooral afhankelijk van de perceptie van de betrokken actoren *zelf*. Voor het bestaan van een conventie is dan ook primair bepalend of de betrokken actor in het licht van zijn institutionele rol in de constitutie (in tegenstelling tot zijn persoonlijke opvattingen)³⁶⁵ het gerechtvaardigd acht om volgens een bepaalde conventie te handelen. Van een objectieve rechtvaardiging voor het bestaan van de betreffende conventie kan simpelweg geen sprake zijn, omdat op dit punt geen universele waarheid bestaat.

Dat betekent dat er ook bezwaren kunnen bestaan tegen het reguleren van bepaalde gedragingen bij conventie. Illustratief is de stelling van Vermeule, die luidt dat er ten onrechte geen beslissingsprocedure bestaat aan de hand waarvan wordt vastgesteld of een reden goed genoeg is om het bestaan van een conventie aan te nemen. In plaats daarvan is, zo betoogt hij, de vaststelling van het bestaan van een conventie gebaseerd op consensus onder de politieke elite over de oplossing van een bepaald probleem. Hij stelt:

‘Conventions are equilibria, and equilibria may be bad. At a minimum, some citizens may have reasonable claims or arguments that the equilibrium is bad, and may seek to persuade others to think likewise. If that situation obtains, democracy requires that there be, at least in principle, some well-defined institutional mechanism by which citizens might put their claims before the polity, with at least a theoretical chance of persuading fellow citizens to change the rules accordingly. Where such a mechanism is lacking, the panoply of democratic values – clear accountability for law-making, responsiveness to citizens, deliberation in common and formalised participation in self-government – are all compromised.’³⁶⁶

Volgens de redenering van Vermeule zouden conventies ook een nadelige invloed kunnen hebben op het democratische karakter van de besluitvormingsprocedures die staatsinstellingen volgen.

II.3.3.2.4 *De aanwezigheid van een of meer precedents als bewijs voor het bestaan van een conventie*

Uit de Jennings-test blijkt dat het alleen mogelijk is om het bestaan van een conventie aan te nemen als de precedents daarop wijzen. Deze test geeft op zichzelf echter geen uitsluitel over de *hoeveelheid* precedents die aanwezig moet zijn, voordat de aanneming van het bestaan van een conventie mogelijk is. In een korte toelichting op de test geeft Jennings daarover echter wel nadere informatie. Hij is van oordeel dat het bestaan van een conventie niet

365 Zie voor het onderscheid tussen de ‘role’ en de ‘personal morality’ van de betrokken actor par. II.3.3.2.1.

366 Vermeule 2015, p. 304.

van een specifieke hoeveelheid precedenten afhankelijk is. Wat hem betreft kan, indien daarvoor een goede reden bestaat, reeds één precedent al een nieuwe conventie vestigen:

*'A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it.'*³⁶⁷

Op basis van één precedent blijft het lastig om met zekerheid vast te stellen dat een nieuwe conventie is ontstaan. Het komt dan aan op de vraag of de achterliggende reden goed genoeg is om aan te nemen dat dat ene precedent ook een nieuwe conventie heeft gevestigd.

Illustratief is de conventie op basis waarvan de House of Commons betrokken dient te zijn bij een beslissing van de regering over de deelname van het leger aan buitenlandse missies. Van oudsher valt het nemen van beslissingen over de uitzending van militairen naar conflictgebieden onder het Royal Prerogative, hetgeen betekent dat de regering juridisch gezien in een dergelijk geval geen goedkeuring van het parlement behoeft te hebben voor het nemen van een dergelijke beslissing. In de House of Commons bestond na de aanslagen van '9/11' echter het gevoel dat de regering niet zelfstandig zou mogen beslissen of ook Britse troepen betrokken moeten worden bij de zogenoemde 'War on Terror'.³⁶⁸

Twee jaar later, in 2003, sprak de toenmalige Foreign Secretary Jack Straw zich in een debat in de House of Commons uit over de besluitvorming van de regering over deelname van het Britse leger aan de Irak-oorlog. Hij verklaarde het toen eens te zijn met de strekking van een motie op basis waarvan de House of Commons zou moeten instemmen met de militaire deelname van het Verenigd Koninkrijk aan de Irak-oorlog:

*'We are about to vote on the most crucial issue that has been before the House in (...) 24 years (...). I have been present when military action by British troops has been debated. However, never before, prior to military action, has the House been asked on a substantive motion for its explicit support for the use of our armed forces. The House sought that, but, more important, it is constitutionally proper in a modern democracy. The substantive motion places a heavy responsibility on each of us. We will carry it for years to come.'*³⁶⁹

Straw leek in zijn verklaring er niet alleen op te doelen dat de motie gevolgen zou hebben voor de betrokkenheid van het parlement bij de Irak-oorlog. Ook bij toekomstige beslissingen van de regering over de uitzending van militaire troepen naar het buitenland, zou het volgens Straw 'constitutionally proper' zijn om aan een dergelijke regel vast te houden. Er leek toen

367 Jennings 1959a, p. 136.

368 Zie nader Blick 2014, p. 201-205.

369 House of Commons Debates, vol 401, cols 900-901 (18 maart 2003).

na één precedent reeds een conventie te zijn ontstaan. Het parlement heeft daarbij overigens niet een instemmingsrecht: in plaats daarvan is in de *Cabinet Manual* slechts vastgelegd dat over dergelijke kwesties ten minste een debat dient plaats te vinden in de House of Commons.³⁷⁰ Inmiddels heeft de bewuste regel al meerdere malen toepassing gevonden.³⁷¹ In 2013 leidde de toepassing van deze conventie er zelfs nog toe dat een voorgenomen militaire operatie van het leger in Syrië niet doorging vanwege een gebrek aan steun in de House of Commons, waarbij de regering zich toen neerlegde.³⁷² Op basis van dit precedent uit 2013 kan echter niet met zekerheid worden gesteld dat de regering blijvend steun van de Commons zal zoeken voordat zij tot het nemen van dergelijke beslissingen zal overgaan. In 2013 was er nog een coalitieregering aan het bewind, die doorgaans in mindere mate kan rekenen op steun voor de door haar te nemen maatregelen dan een éénpartijregering.³⁷³ In die situatie ligt het immers minder voor de hand dat een meerderheid van de MPs zich verzet tegen voorgenomen beslissingen van de regering, omdat de door die regering genomen beslissingen vaker de weerslag vormen van de wensen van de regeringspartij. Voor MPs van de regeringspartij zal het in de situatie dan ook lastiger zijn afstand te nemen van het beleid van de regering. Er bestaat pas zekerheid omtrent haar (blijvende) bestaan, als deze conventie ook langere tijd onder een éénpartijregering navolging blijft krijgen.

II.3.3.2.5 *Balans*

Voor de vaststelling van een conventie spelen op basis van de zogeheten Jennings-test drie criteria een rol: de precedents, de overtuiging van gebondenheid en de achter de conventie liggende reden. Van deze drie onderdelen is het tweede, de overtuiging van gebondenheid, zonder twijfel het belangrijkste: als een dergelijke overtuiging ontbreekt, kan immers geen sprake zijn van een gedragsregel.

Bij het aannemen van die overtuiging is het zowel noodzakelijk te abstraheren van de persoonlijke opvattingen van de betrokken actoren als van de vraag of de reden voor het bestaan van een conventie ook een *goede* reden is. Beslissend is of het in het licht van de rol die de betrokken actor in de constitutie vervult mogelijk is een conventie aan te nemen. De andere twee criteria lijken vooral indicatief te zijn voor het bestaan van een overtuiging van gebondenheid; hoe meer precedents en hoe sterker de achter de conventie liggende reden volgens de betrokken politieke actoren is, hoe

370 Zie het slot van par. II.3.3.2.2.

371 Maar het is ook al voorgekomen dat van de door de conventie voorgeschreven hoofdregel is afgeweken. Zie par. II.3.3.3.3.

372 House of Commons Debates, vol 566, cols 1425-1556 (29 augustus 2013).

373 Vgl. in die zin o.a. Jaconelli 2015, p. 380: 'The involvement of Parliament, or at any rate the House of Commons, in decisions to deploy military force abroad (...) might be of little practical effect if, as is usually the case, the government is supported by a loyal and cohesive majority in the Commons.'

vanzelfsprekender het is om een overtuiging van gebondenheid (en dus het bestaan van een conventie) aan te nemen.

II.3.3.3 *De bindende kracht van conventies*

Op basis van de criteria voor de vaststelling van het bestaan van een conventie is het nog niet mogelijk te begrijpen *waarom* politieke actoren aan conventies gebonden zijn. Op zichzelf is dat nog niet evident, al was het maar omdat de conventie zich niet leent voor rechterlijke handhaving. Deze paragraaf bevat een bespreking van de verklaringen voor de binding van conventies en de mogelijke vormen van binding die in dat kader kunnen worden onderscheiden.

II.3.3.3.1 *Terminologische opmerkingen*

Hoewel 'binding' op het eerste gezicht een ongecompliceerd begrip lijkt, roept het gebruik van die term bij nadere beschouwing een aantal vragen op. Dat hangt samen met het karakter van de conventie als informele regel waarvan de navolging onlosmakelijk is verbonden met de daarachter liggende redenen.³⁷⁴ Dankzij het informele karakter van de conventie bestaat er ruimte voor de betrokken actoren om, als daarvoor in het licht van de achterliggende reden aanleiding bestaat, ander gedrag te vertonen dan de conventie strikt genomen voorschrijft. Illustratief is de gelding van de conventie die voorschrijft dat de Prime Minister wekelijks op woensdag gedurende een half uur de vragen van MPs in de House of Commons beantwoordt.³⁷⁵ Als de Prime Minister in verband met een dringende, andere verplichting op woensdag het moment voor de beantwoording van de vragen met instemming van de betrokken MPs verplaatst naar bijvoorbeeld de donderdag erna, dan ontstaat een interessante situatie: strikt genomen houdt de Prime Minister zich niet aan de conventie die voorschrijft dat hij vragen van de MPs op woensdag beantwoordt, maar hij houdt zich nog wel aan de achter die conventie liggende gedachte *dat* hij de leden van de Commons de gelegenheid biedt om hem ter verantwoording te roepen.³⁷⁶ Hoewel er sprake is van afwijking van de strikte kaders van de door de conventie voorgeschreven gedraging, is er van een schending van de conventie in het licht van de achterliggende reden geen sprake. Of een conventie in een concreet geval is geschonden, vergt dus steeds een beoordeling van de gedraging in het licht van de achterliggende reden voor het bestaan van de conventie.

374 Zie voor een bespreking van het begrip 'reason' par. II.3.3.2.3.

375 Elliott & Thomas 2017, p. 55: 'Since 1961, it has been the practice of the Prime Minister personally to answer questions in the House of Commons.'

376 Elliott & Thomas 2017, p. 43: 'The Prime Minister and other Ministers regularly appear in Parliament to answer questions from MPs or peers (...). It is important that the government is held to account for its policies and their implementation; this is a way of doing so.'

Volgens Jaconelli verandert dit bijzondere karakter van de bindendheid van de conventie niets aan haar wezen als *regel*:

[A]s Hart [bedoeld is de rechtsfilosoof H.L.A. Hart, GJAG] points out, “A rule that ends with the word ‘unless...’ is still a rule”. Constitutional conventions, like any other rule, may be subject to exceptions – even conventions which have yet to be exhaustively enumerated – and yet still retain that quality.³⁷⁷

In dat licht is het mogelijk aan de conventie een flexibel karakter toe te schrijven. De betrokken actor leeft een conventie na voor zover (i) hij zich conformeert aan de door de conventie voorgeschreven gedraging of, als daarvan geen sprake is, (ii) de afwijking van de conventie in overeenstemming te brengen is met de achter de conventie liggende reden en alle daarbij betrokken actoren zich schikken in die afwijking.

Naast de binding van de conventie is het mogelijk de wijze van handhaving van de conventie te onderscheiden. De eerstgenoemde term heeft betrekking op de mate waarin een norm gedrag voorschrijft, het laatstgenoemde begrip heeft betrekking op de mogelijkheden die bestaan om de naleving van een conventie (bijv. door een sanctie uit te delen) af te dwingen. In dat kader valt bijvoorbeeld te denken aan de bevoegdheid van de Prime Minister om een minister te ontslaan als hij zich niet houdt aan de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid (in Nederland zou worden gesproken van de homogeniteitsregel)³⁷⁸ of aan de bevoegdheid van het parlement om door middel van de indiening van een ‘motion of no confidence’ de leden van het Cabinet te dwingen te handelen conform de conventie die voorschrijft de vragen van MPs te beantwoorden. Net zoals een eventueel gebrekkige handhaving van een rechtsregel door de rechter niet leidt tot de verdwijning van de betreffende regel, zo leidt het uitblijven van handhaving van een conventie niet per definitie tot het einde van de betreffende conventie.³⁷⁹ In dat licht is het raadzaam de handhaving van een conventie te onderscheiden van de binding van de conventie.

377 Jaconelli 2005, p. 166 met verwijzing naar Hart 1994 (1961), p. 139. Vgl. in die zin ook Morton 1991-1992, p. 175 met verwijzing naar Dworkin 1977, p. 22-28: ‘[A] particular act may be in conformity treated as embodying a principle (and indeed might well be recognized as a clear exception to the rule if there were any machinery for making such rule-precise formulations).’ Hoewel Morton van mening is dat een conventie beter *niet* als een regel kan worden omschreven, is zijn benadering van de conventie vergelijkbaar met die van Jaconelli: de conventie onderscheidt zich volgens hem van het recht in de zin dat de daarop mogelijke uitzonderingen niet uitputtend zijn, noch definitief kunnen worden vastgelegd.

378 Zie par. II.3.3.3.3.

379 Vgl. Jaconelli 1999, p. 32: ‘In both spheres, litigation and convention, the resolution of a “hard case” will involve the sifting of a complex array of materials, many of which will be difficult to reconcile with one another and which, taken together, may well yield different outcomes in the eyes of different people.’

In het vervolg van deze paragraaf staat steeds de vraag naar de binding van de conventie, waarmee wordt bedoeld dat de betrokken actoren de betreffende regel dienen na te leven, centraal.

II.3.3.3.2 *Verklaringen voor de binding van conventies*

Voor een goed begrip van de redenen voor politieke actoren om conventies na te volgen is het volgens Elliott & Thomas behulpzaam een parallel met het voor de rechter te handhaven recht te trekken. Beide auteurs onderscheiden drie beweegredenen voor de naleving van een bepaalde rechtsregel: de betrokkene kan allereerst de rechtsregel naleven, omdat de regel de persoonlijke overtuiging van de betrokkene weerspiegelt; de betrokkene kan daarentegen ook een rechtsregel gehoorzamen die haaks staat op zijn eigen overtuiging, omdat de regel deel uitmaakt van het rechts(handhavings)stelsel dat hij accepteert; ten slotte is het buiten die twee situaties denkbaar dat een betrokkene een rechtsregel naleeft, omdat hij vreest voor mogelijke negatieve reacties op de schending van de norm uit de samenleving.³⁸⁰

Elliott & Thomas stellen dat de drie beweegredenen voor de naleving van een rechtsregel tevens opgaan voor de naleving van een conventie. In de eerste plaats kan de naleving van een conventie zijn ingegeven door een persoonlijke overtuiging van de betrokken actor:

*'As practical applications of underlying fundamental constitutional principles, conventions will (it is to be hoped) generally reflect individual constitutional actors' personal sense of constitutional morality.'*³⁸¹

De tweede beweegreden sluit nauw aan bij de eerste. Zelfs als een bepaalde actor het belang van een bepaalde conventie niet onderschrijft, kan hij zich geroepen voelen de betreffende conventie na te leven. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de actor in kwestie van mening is dat conventies als zodanig naleving verdienen, omdat daarvoor een goede reden bestaat:

380 Elliott & Thomas 2017, p. 56: 'Clearly, one reason for obeying legal rules is to avoid legal liability: a person might desist from deliberately killing another person because she fears that she may be caught and punished for the crime of murder. There are, however, undoubtedly other reasons why most people try to stay on the right side of the law. They might do so because the law in question (eg the law of homicide) coincides with their personal sense of morality (that killing people is wrong). But even if a given law (eg a law prohibiting the taking of certain drugs) does not coincide with a person's own sense of morality (eg because they think consenting adults should be allowed to take whatever drugs they like in private), they might obey it because they respect society's right to make a collective judgement about the bounds of acceptable conduct. In addition, consideration of self-interest might enter into play: not only in relation to the avoidance of punishment, but also in relation to the avoidance of being stigmatised as someone who has failed to accept the socially accepted rules.'

381 Elliott & Thomas 2017, p. 57, ook voor de volgende twee citaten (cursiveringen in origineel, GJAG).

[E]ven if a given constitutional actor does not personally *agree* with the principle underlying a given convention, they may nevertheless *respect* it because they recognise that it reflects a *widely shared sense of constitutional morality*, and that there is a moral obligation to act accordingly (...).

Als de voornoemde verklaringen voor de naleving van een conventie in een bepaalde situatie niet opgaan, is het ten slotte nog altijd denkbaar dat een staatsinstelling de conventie naleeft uit eigenbelang:

‘Someone might go along with a convention for *self-serving reasons*. Even though legal liability need not result from breaching a convention, plenty of other unpleasant consequences might.’

Volgens Elliott & Thomas zou een staatsinstelling een conventie kunnen naleven ter voorkoming van onwenselijke gevolgen. Illustratief is de conventie op basis waarvan een hypothetische koning een door beide huizen van het parlement aangenomen wetsvoorstel bekrachtigt, ook als hij persoonlijk van mening is dat het betreffende wetsvoorstel geen kracht van wet moet krijgen én dat zijn mening hoort te prevaleren boven die van het parlement.³⁸² In een dergelijk geval kan hij zich echter toch gedwongen voelen zich aan deze conventie te houden, omdat hij beseft dat hij anders het voortbestaan van de monarchie in gevaar brengt.

Deze drie beweegredenen kunnen echter nog niet volledig verklaren waarom conventies worden nageleefd. Als het aankomt op de verhoudingen binnen en tussen regering en parlement, die in belangrijke mate worden beïnvloed door de tegenstelling tussen de regeringspartij (of de coalitie) en de oppositie(partijen), is het lastiger om de naleving van een conventie aan de hand van de intrinsieke motivatie van de betrokken actoren te verklaren. Politici van de regeringspartij lijken bijvoorbeeld ongestraft conventies te kunnen schenden die bepaalde privileges aan de oppositie in het parlement toekennen.³⁸³ De regeringspartij of de coalitie beschikt immers over een meerderheid in het parlement, waardoor de oppositiepartijen in de praktijk vaak weinig machtsmiddelen in handen hebben om leden van de regering te dwingen zich te houden aan de geldende conventies.

Toch kan de naleving van de in deze verhoudingen geldende conventies wel degelijk ook aan de hand van het eigenbelang van politici van de regeringspartij of de coalitie worden verklaard. Volgens Jaconelli is het ook in die verhoudingen mogelijk om aan de hand van de notie van wederkerigheid een basis te construeren voor de binding van een conventie:

382 Elliott & Thomas 2017, p. 57: ‘A hypothetical monarch might personally think that democracy is hugely overrated, that he knows best, and that he should be able to withhold royal assent from Bills as he sees fit. Yet he might go along with the convention that says monarchs should grant assent as a matter of course, recognising that any other approach would be so undemocratic as to jeopardise the monarchy.’

383 Zie over die conventies het slot van par. II.2.5.

‘Constitutional conventions are sometimes represented as arising from a form of contract or agreement between the various parties. If they were so founded, there would be no difficulty in giving an account of their obligatory force. For we regard freely entered agreements as giving rise to obligations between the contracting parties, even if they are not always obligations which a court of law would enforce. Yet constitutional conventions are founded on contract or agreement only if these terms are used in some loose, figurative sense. Rather, their essence is found to subsist in a stream of concordant actions and expectations deriving from such actions. In such a system of reciprocal acts and forbearances it is possible to derive the basis of obligation.’³⁸⁴

De wederkerigheid binnen politieke verhoudingen komt volgens Jaconelli ook tot uiting in de verhouding tussen oppositie en coalitie. Illustratief is de conventie die voorschrijft dat de Prime Minister bij iedere ‘national emergency’ de ‘senior members of the opposition parties’ raadpleegt.³⁸⁵ De reden voor het bestaan van deze conventie is dat binnen het parlement niet alleen de stem van de coalitie maar ook die van de oppositie gehoord dient te worden.³⁸⁶ Als opeenvolgende Prime Ministers er structureel voor kiezen een bepaald privilege aan de oppositie te verlenen, dan zullen de betrokken MPs van de oppositie er vanaf een bepaald moment op rekenen dat ook latere Prime Ministers dat blijven doen.

Op basis van de verwachtingen vanuit de oppositie kan vervolgens een verplichting voor de Prime Minister worden geconstrueerd om zich aan die gewoonte te blijven houden. De precieze inhoud van de verplichting is afhankelijk van de manier waarop de Prime Minister het begrip ‘national emergency’ interpreteert. Vanaf een bepaald moment is hij bij de interpretatie van dat begrip niet meer geheel vrij. Wanneer de Prime Minister bepaalt dat een gegeven situatie al dan niet ‘a national emergency’ vormt waarover hij bepaalde vertegenwoordigers van de oppositie dient te raadplegen, hoort hij ook rekening te houden met de verwachtingen die hij in eerdere consultatierondes bij hen heeft gewekt. Volgens Jaconelli is het mogelijk om uit de verwachtingen aan de kant van de oppositie de volgende verklaring voor de naleving van deze conventie af te leiden:

384 Jaconelli 2005, p. 170 (verwijzingen in citaat verwijderd, GJAG).

385 Deze conventie is terug te vinden in de *Cabinet Manual* (eerste versie, oktober 2011), para. 1.12: ‘Exceptionally, (...) senior members of opposition parties can be given briefings on confidential terms (“Privy Council Terms”).’

386 Vgl. Jennings 1959b, p. 15-16: ‘Democratic government (...) demands not only a parliamentary majority but also a parliamentary minority. (...) The Opposition is at once the alternative to the Government and a focus for the discontent of the people. Its function is almost as important as that of the Government. If there be no Opposition there is no democracy. “Her Majesty’s Opposition” is no idle phrase. Her Majesty needs an Opposition as well as a Government.’ Aangehaald in Turpin & Tomkins 2011, p. 594.

[T]he party that is in power at the moment respects the constraints that are imposed on it by constitutional conventions in the expectation that the opposition parties, when they attain office, will likewise respect the same constraints.³⁸⁷

Gedurende de ambtstermijn van de Prime Minister, dat wil zeggen op de korte termijn, is het voor hem niet per se noodzakelijk om de oppositie bij sommige belangrijke beslissingen te betrekken. Op de lange termijn is het betrekken van de stem van de oppositie in het parlement ook een belang van de politici van de regeringspartij of de coalitie. De zittende regeringspartij (of coalitie) kan in de toekomst immers weer in de oppositie terecht komen en heeft er belang bij dat de conventie dan nog altijd wordt nageleefd. In dat licht valt de naleving van conventies die bepaalde rechten aan de oppositie toekennen te verklaren aan de hand van het politieke voordeel dat de betrokken actoren bij de naleving ervan kunnen hebben.

Een vergelijkbare verklaring gaat op voor de naleving van conventies waarvan de betrokken staatsinstellingen in een hiërarchische relatie tot elkaar staan. Illustratief is de verhouding tussen het Westminster parlement en de zogeheten devolved bodies, de in 1998 opgerichte decentrale overheidsorganisaties in Wales, Schotland en Noord-Ierland. In het jaar van oprichting van deze devolved bodies ligt ook de kiem van de Sewel Convention op basis waarvan het Westminster parlement slechts wetgeving vaststelt ten aanzien van een interne aangelegenheid van Schotland, een zogeheten devolved matter, indien het Schotse parlement daarvoor toestemming heeft gegeven. Later is het Westminster parlement zich bij conventie ook gaan houden aan een vergelijkbare verplichting met betrekking tot interne aangelegenheden van Noord-Ierland en Wales.³⁸⁸ Niettemin laat de conventie de wetgevende bevoegdheden van het Westminster parlement onverlet om voor de drie afzonderlijke landen buiten Engeland wetgeving vast te stellen. Het Westminster parlement kan zo bezien zomaar deze conventie schenden. In een dergelijk geval is de bindende werking van de conventie volgens Jaconelli te verklaren aan de hand van de notie van wederkerigheid:

‘There is a (...) a type of convention that reflects a policy of abstention by a political body in its dealings with an inferior body. For example, the Westminster Parliament retains the legislative authority to abolish or amend the devolved system of government in Scotland. Under the nascent “Sewel convention”, however, it will not legislate for Scotland in contravention of the scheme established by the Scotland Act 1998 without the consent of the Scottish Parliament. (...) In [this situation] it is possible to derive the *quid pro quo* for Westminster’s observance of the convention of the running of a fair system of government by the inferior body and due acquiescence in its subordinate status.’³⁸⁹

387 Jaconelli 2005, p. 171 met verwijzing naar Hume 1978 (1738-1740), p. 490.

388 Zie par. II.2.7.

389 Jaconelli 2005, p. 174-175.

Hoewel het mogelijk is de Sewel Convention te beschouwen als een soort ‘top-down’-conventie, waarbij er een hiërarchische relatie bestaat tussen de bij de conventie betrokken actoren, zijn ook dergelijke conventies in essentie ‘bottom-up’ van aard: zij danken hun bestaan aan de acceptatie dan wel berusting van alle daarbij betrokken actoren in het bestaan van deze hiërarchische verhouding.³⁹⁰ Zolang, om bij dit voorbeeld te blijven, het Westminster parlement zich committeert aan de Sewel Convention, zullen de Schotse devolved bodies zich waarschijnlijk niet verzetten tegen hun aan het Westminster parlement ondergeschikte status.³⁹¹ In dat licht schuilt ook de verklaring voor de naleving van een dergelijke ‘top-down’-conventie in de notie van wederkerigheid of, prozaïscher uitgedrukt, van eigenbelang.

II.3.3.3.3 *Bijzondere vormen van binding*

De binding van de conventie valt steeds te verklaren aan de hand van een achterliggende reden. In dat licht is afwijking van de door de conventie voorgeschreven gedraging in strikte zin mogelijk, voor zover volgens de daarbij betrokken actoren een goede reden bestaat om van die conventie af te wijken. In dat geval is sprake van een gerechtvaardigde uitzondering op de conventie, waardoor van een schending van de conventie in ruime zin geen sprake is: de (geanticiperde) uitzondering wordt immers geacht in de conventie besloten te liggen.

In dat kader vallen twee bijzondere vormen van dergelijke uitzonderingen op conventies te onderscheiden, namelijk de afwijking in verband met urgente omstandigheden die *achteraf* wordt gerechtvaardigd en de *vooraf aangekondigde* ontheffing door de actor die bevoegd is tot handhaving van de conventie. Deze beide, bijzondere vormen van binding verdienen een korte toelichting.

Als sprake is van de afwijking van de gedraging die de conventie in strikte zin voorschrijft, gaat het meestal om een uitzondering in urgente omstandigheden die achteraf wordt gerechtvaardigd. Een dergelijke situatie deed zich voor in 2011 ten aanzien van de conventie die voorschrijft dat voordat de regering op basis van het Royal Prerogative beslist om troepen naar conflictgebieden in het buitenland te sturen er over die voorgenomen beslissing een debat plaatsvindt in de House of Commons.³⁹² In dat jaar nam de regering een beslissing over militaire deelname van het Verenigd Koninkrijk aan de oorlog in Libië. Op 10 maart 2011 erkende de toenmalige Leader

390 Vgl. Perry & Tucker 2018, p. 779: ‘The bottom-up element in a convention structure requires compliance with the top-down elements. It supports, or backs, the top-down elements in the same structure. To comply with a top-down convention is not *only* to comply with that convention; it is *also* to comply with the bottom-up convention that is part of the same structure. (...) [V]iolations of top-down conventions weaken the bottom-up elements of the same structure [cursivering in origineel, GJAG].’

391 Overigens is het sinds het Brexit-referendum niet langer vanzelfsprekend dat Schotland zich schikt in zijn ten opzichte van Engeland ondergeschikte positie. Zie nader par. II.2.8.

392 Zie nader par. II.3.3.2.4.

of the House of Commons, Jack Straw, dat de regering daarbij strikt genomen afweek van de door de conventie voorgeschreven gedraging:

*'A convention has developed in the House that before troops are committed, the House should have an opportunity to debate the matter. We propose to observe that convention except when there is an emergency and such action would not be appropriate. As with the Iraq war and other events, we propose to give the House the opportunity to debate the matter before troops are committed.'*³⁹³

Op 18 maart 2011 besloot de regering dat het leger aan de militaire operatie in Libië zou deelnemen, zonder dat over die beslissing van tevoren een debat met de Commons had plaatsgevonden.³⁹⁴ Pas drie dagen later, op 21 maart 2011, vond dit debat plaats, waardoor de mogelijkheid aan de Commons was ontnomen om invloed uit te oefenen op het precieze besluit van de regering. Tijdens het debat stelde de toenmalige Prime Minister Gordon Brown dat er in dit geval sprake was van een bijzondere situatie. Hij was van mening dat de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties een Resolutie had aangenomen die onmiddellijk handelen aan de kant van het Verenigd Koninkrijk vereiste. In het debat legde hij zijn standpunt als volgt uit:

*'I am sure that the House will accept that the situation requires us to move forward on the basis of the Security Council resolution immediately. I am sure that Members on both sides of the House call on Colonel Gaddafi to respond immediately to the will of the international community and cease the violence against his own people. (...) There will be many people in our country who will now want questions answered about what we are doing and how we will go about it. I intend to answer all those questions in the hours and days ahead, and to work with our brave armed services to ensure that we do the right thing, for the people of Libya, for the people of our country and for the world as a whole.'*³⁹⁵

Hoewel dit precedent volgens sommige auteurs erop zou kunnen wijzen dat op dit punt helemaal geen conventie bestaat,³⁹⁶ is het ook mogelijk deze gang van zaken te beschouwen als een bevestiging van het bestaan van de conventie. In die lijn stelt Blick bijvoorbeeld dat de uitleg van Brown over waarom de regering in dit geval niet een debat wilde voeren met de Commons, er mogelijk op wijst dat het parlement zich in beginsel juist wel over dergelijke beslissingen moet kunnen uitlaten.³⁹⁷ Wat mogelijk wijst op de juistheid

393 House of Commons Debates, vol 524, col 1066 (10 maart 2011; cursivering toegevoegd, GJAG). De Leader of the House of Commons maakt zelf ook deel uit van het Cabinet; hij spreekt hier derhalve uit dat het Cabinet zich aan deze verplichting dient te houden.

394 House of Commons Debates, vol 525, col 700 (21 maart 2011).

395 House of Commons Debates, vol 525, col 613 (21 maart 2011).

396 Turpin & Tomkins oordeelden in 2011 bijvoorbeeld dat er sprake was van een 'doubtful convention'. Zie Turpin & Tomkins 2011, p. 192-193.

397 Blick 2014, p. 205: '[The Prime Minister] perhaps honoured the idea of [a convention in accepting a need to explain why it did not apply on this occasion.]'

van deze door Blick ingenomen stelling is dat in de *Cabinet Manual*, die na het nemen van deze beslissing het licht zag, uitdrukkelijk wordt verwezen naar de eerder geciteerde verklaring van Straw die duidt op het bestaan van deze conventie; in dat licht vormt dit precedent eerder een bevestiging van het bestaan van de conventie dan van een voorteken dat de conventie zal verdwijnen.³⁹⁸ Het is verdedigbaar in dit geval van een conventie te blijven spreken zolang de regering de afwijking van de voorgeschreven gedraging achteraf rechtvaardigt vanwege bijzondere omstandigheden en de Commons die rechtvaardiging (stilzwijgend) aanvaardt.

Als een betrokken actor wordt ontheven van de verplichting om te handelen volgens de door een conventie in strikte zin voorgeschreven gedraging, vervalt in feite de dreiging van de oplegging van een mogelijke sanctie bij schending van een conventie. Illustratief is de conventie van de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid (of de homogeniteitsregel), op basis waarvan ministers, in het bijzonder voor zover zij lid zijn van het Cabinet, in het openbaar louter het regeringsstandpunt dienen uit te dragen en niet uit de school klappen over wat er tijdens besloten vergaderingen is gewisseld.³⁹⁹ Als een minister zich daaraan niet houdt, kan dat voor de Prime Minister, die verantwoordelijk is voor het toezicht op de naleving van deze verplichting, aanleiding zijn de betreffende minister te ontslaan.⁴⁰⁰ Vanaf 1975 is het steeds vaker⁴⁰¹ voorgekomen dat de Prime Minister een zogeheten 'agreement to differ' uitspreekt, waardoor individuele ministers zich *toch* gelegitimeerd tegen het regeringsbeleid konden uitspreken zonder voor gedwongen ontslag te hoeven vrezen. Na het uitspreken van een dergelijke verklaring zijn de verschillende ministers in feite *ontheven* van de verplichting

398 *Cabinet Manual* (eerste versie, oktober 2011), para. 5.38.

399 Ik ontleen deze definitie aan de *Ministerial Code* (laatste versie, augustus 2019), para. 2.1: 'The principle of collective responsibility requires that Ministers should be able to express their views frankly in the expectation that they can argue freely in private while maintaining a united front when decisions have been reached. This in turn requires that the privacy of opinions expressed in Cabinet and Ministerial Committees, including in correspondence, should be maintained.' De *Cabinet Manual* laat, anders dan de *Ministerial Code*, nog expliciet de mogelijkheid open aan de Prime Minister om de uit deze conventie voortvloeiende verplichting opzij te schuiven. Zie nader par. II.2.8.

400 Vgl. Brazier 1998, p. 76: 'Patronage in relation to Ministers is the most important power enjoyed by a Prime Minister, for it establishes his supreme place in the eyes of his government and parliamentary party. No one will achieve ministerial office without his approval; his continuing favour is essential to keep office (...).' Zoals verderop nog blijkt, betekent dat echter ook weer niet dat hij dan geheel naar bevind van zaken kan blijven handelen.

401 Het was echter niet de allereerste keer dat een dergelijke 'agreement to differ' werd uitgesproken. Dat gebeurde eerder in 1932, toen de heffing van in- en uitvoerrechten van tien procent over verschillende goederen op de politieke agenda van de toenmalige National Government stond. De verschillen tussen dit precedent en dat van 1975 zijn groot. Zie nader Bogdanor 2019, p. 116-120.

ting met één mond het regeringsbeleid uit te dragen,⁴⁰² waarbij zij zich echter wel dienen te houden aan de voorwaarden die de Prime Minister in het ‘agreement’ formuleert. De aanleiding voor het uitspreken van een dergelijke verklaring door de Prime Minister vormt vaak een kwestie die ook binnen dezelfde politieke partij tot grote verdeeldheid leidt, waarvan vermoedelijk de ingewikkelde verhouding tussen het Verenigd Koninkrijk en de EU het belangrijkste voorbeeld vormt.

Deze problematiek vormde ook de aanleiding voor het uitspreken van de ‘agreement to differ’ die de toenmalige Prime Minister Harold Wilson (Lab) in 1975 uitsprak, net zoals Prime Minister David Cameron (Con) deed voorafgaand aan het Brexit-referendum in 2016.⁴⁰³ Op deze plaats verdient de door Wilson uitgesproken verklaring nadere toelichting, omdat zij illustreert dat een ‘agreement to differ’ de voorwaarden bevat waarbinnen ministers dienen te blijven als zij een van het officiële regeringsstandpunt afwijkende opvatting willen uitdragen:

‘[T]hose Ministers who do not agree with the Government’s recommendation in favour of continued membership of the European Community are, in the unique circumstances of the referendum, now free to advocate a different view during the referendum campaign in the country. *This freedom does not extend to parliamentary proceedings and official business.* Government business in Parliament will continue to be handled by all Ministers in accordance with Government policy. Ministers responsible for European aspects of Government business who themselves differ from the Government’s recommendation of the European Community will state the Government’s position and will not be drawn into making points against the Government’s recommendations.’⁴⁰⁴

Uit deze verklaring blijkt dat de conventie van de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid (of de homogeniteitsregel) buiten de door de Prime Minister omschreven ontheffing onverkort blijft gelden. Hoe belangrijk deze

402 Hier zij opgemerkt dat in dit kader doorgaans wordt gesproken over de ‘waiver’ of ‘suspension’ van de conventie. Vgl. o.a. Brazier 1998, p. 147-149; Jaconelli 2005, p. 166; Elliott & Thomas 2017, p. 126-127. Als ik deze termen letterlijk zou vertalen, zou het gaan om de opschorting van de gelding van de conventie. Ik geef echter de voorkeur aan de term ‘ontheffing’, omdat niet de gelding van de verplichting *als geheel* wordt opgeschort, maar daarentegen juist sprake is van een afkondiging van een aantal *specifieke voorwaarden* waaronder ministers zich tegen het regeringsbeleid kunnen uitspreken.

403 David Cameron verklaarde toen: ‘[T]here will be a clear Government position, but it will be open to individual Ministers to take a different personal position while remaining part of the Government.’ Zie House of Commons Debates, vol 604, col 28 (5 januari 2016). In 1977 sprak ook Prime Minister James Callaghan een ‘agreement to differ’ uit over de invoering van rechtstreekse verkiezingen voor de Britse leden van het Europees Parlement. Zie House of Commons Debates, vol 933, col 552 (16 juni 1977). In de periode waarin de coalitieregering van Cameron & Clegg aan het bewind was kwamen ontheffingen van de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid ook voor ten aanzien van andere kwesties. Zie nader par. II.2.8.

404 House of Commons Debates, vol 889, col 351 (7 april 1975; cursivering toegevoegd, GJAG).

constatering was, bleek ook uit de consequenties voor ministers die zich niet aan de door Wilson geschetste grenzen hielden. Een van die ministers was Eric Heffer (Lab), de toenmalige Minister of State for Industry, die tijdens een debat in de House of Commons het electoraat expliciet adviseerde om voor de uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EEG te stemmen.⁴⁰⁵ Hij kwam daarmee terecht buiten de door Wilson geschetste grens van de ontheffing, die erop neerkwam dat ministers zich alleen buiten de uitoefening van hun functie tegen het Britse lidmaatschap van de EEG mochten uitspreken. Daarop schreef Wilson aan Heffer in een brief: 'I am (...) informing the Queen that you have ceased to be a Minister.'⁴⁰⁶

Meer in het algemeen volgt uit deze gang van zaken hoe groot de invloed van de Prime Minister is op zowel de reikwijdte als de handhaving van de conventie. Toch is daarmee nog niet gezegd dat de Prime Minister vrijelijk over het lot van zijn ministers kan beschikken, omdat hij als leider van zijn partij afhankelijk blijft van de voortdurende steun van zijn ministers om als partijleider aan te blijven; verliest hij die steun, dan kan hij ook niet langer aanblijven als Prime Minister.⁴⁰⁷ Illustratief is de gang van zaken rond de besluitvorming in het parlement over de door Prime Minister Theresa May (Con) onderhandelde Brexit-deal in 2019. In die periode kwam het geregeld voor dat ministers zich openlijk keerden tegen deze deal, zonder dat de Prime Minister aan haar ministers ontheffing had verleend om openlijk een andere opvatting uit te dragen over de Brexit-deal dan het officiële regeringsstandpunt. Het belangrijkste voorbeeld daarvan vormt waarschijnlijk de stemming in de House of Commons van 13 maart 2019 over de door May ingediende 'government motion' die de strekking had dat het Verenigd Koninkrijk zonder deal op 29 maart 2019⁴⁰⁸ uit de EU zou treden. In plaats van dat de betrokken ministers tegen deze motie stemden, zoals May wenste, onthielden zij zich van stemming, waardoor de Prime Minister een gevoelige nederlaag leidde.⁴⁰⁹ Deze gang van zaken is uitzonderlijk, althans volgens de destijds voor de verzekering van de partijdiscipline verantwoordelijke Chief Whip Julian Smith (Con), die deze gang van zaken

405 Heffer verklaarde: 'I saw the light in 1969 when, on the basis of a study of the Common Market, I concluded that the time had come when I ought to oppose entry into the Common Market.' Zie House of Commons Debates, vol 889, col 1327 (9 april 1975).

406 Aangehaald in Brazier 1998, p. 85.

407 Zie nader par. II.2.5.

408 29 maart 2019 was de datum waarop, conform artikel 50, derde lid VEU, het Verenigd Koninkrijk automatisch uit de EU had moeten treden. In die verdragsbepaling was bepaald dat de uittreding precies twee jaar zou moeten plaatsvinden na de dag waarop een lidstaat aan de Europese Raad kennisgeeft van zijn voornemen uit de EU te treden. Het Verenigd Koninkrijk had die kennisgeving gedaan op 29 maart 2017.

409 Zie 'MPs Reject No-deal Brexit by Majority of 43 in Second Vote', *The Guardian* 13 maart 2019. Overigens zou de termijn voor uittreding uit de EU (uiteindelijk) worden uitgesteld tot 31 januari 2020.

beschouwde als de ‘worst example of ill-discipline in cabinet in British political history’.⁴¹⁰

Naar aanleiding daarvan is de vraag gerezen of de conventie van de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid nog wel bestaansrecht heeft. Volgens sommigen is dat het geval,⁴¹¹ terwijl andere auteurs van mening zijn dat het nog te vroeg is tot een dergelijke conclusie te komen. In lijn met die laatste, voorzichtigere benadering stelde Taylor in 2019:

‘If it is the case that Collective Responsibility only confers a right exclusively on the Prime Minister to have her ministers agree publicly with her policy and decisions, without any purported benefit to Parliament or the public, why should it matter constitutionally if her ministers refuse to do so and she is incapable of enforcing her right? A better understanding of the modern Convention of Collective Responsibility (...) is that the purpose of the Convention is to provide a standard of behaviour – Cabinet solidarity – by which government and its suitability for office can be judged by both Parliament and the public.’⁴¹²

Volgens Taylor is de gang van zaken rond de stemmingen in de House of Commons over de Brexit-deal vooral een illustratie van de problemen die May ondervond bij de *handhaving* van de conventie; May slaagde er immers niet in, ondanks haar bevoegdheid om ongehoorzame ministers te ontslaan, de steun voor haar Brexit-deal van de betrokken ministers te krijgen. De achterliggende reden van de conventie als zodanig, namelijk het bieden van een maatstaf voor de House of Commons (en het electoraat) voor de beoordeling van het handelen van de regering, blijft echter bestaan. Als een Prime Minister er niet in slaagt zijn of haar regering in het gareel te houden, dan zou dat de Commons en het electoraat te denken moeten geven. Er is dan echter nog geen aanleiding aan te nemen dat er geen reden meer bestaat tot de naleving van de conventie van de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid over te gaan.

II.3.3.3.4 *Balans*

De belangrijkste verklaring voor de naleving van conventies is even eenvoudig als prozaïsch: eigenbelang. Het is mogelijk conventies te erkennen als regels die gedrag voorschrijven, zelfs als de naleving van die regels voor de betrokken actoren op de korte termijn niet direct opportuun is. De naleving van de conventie is beter te begrijpen als die wordt beschouwd tegen de achtergrond van de lange termijn: de politieke meerderheid van

410 Zie o.a. ‘Huawei leak highlights collapse of discipline in May’s cabinet’, *The Guardian* 25 april 2019.

411 Vgl. in die zin Bogdanor 2019, p. 134: ‘[T]he doctrine of collective responsibility has been irretrievably weakened; Europe was the occasion of its being weakened. Without the European issue, it might have remained as a fundamental convention of the constitution.’

412 R.B. Taylor, ‘Brexit and collective cabinet responsibility: why the Convention is still working’, LSE Blogs, 20 mei 2019, beschikbaar via blogs.lse.ac.uk (cursivering in origineel, GJAG).

een bepaald moment kan in de toekomst weer een minderheid worden, die er dan zelf ook weer baat bij heeft als de meerderheid van dat moment de geldende conventies naleeft. Daarmee valt ook te verklaren dat de afwijking van de door een conventie in strikte zin voorgeschreven gedraging vaak gerechtvaardigd kan worden op basis van een goede reden, indien de betrokkenen met die afwijking instemmen. Zo bezien vormt de conventie een soort 'contract' of 'akkoord' tussen de daarbij betrokken actoren, die losstaat van de persoonlijke belangen van de bewuste personen of partijen op dat moment.

II.3.3.4 *Vormen van verandering*

Dankzij het informele karakter van de conventie,⁴¹³ kan een conventie alleen blijven bestaan zolang de daarbij betrokken actoren haar blijven navolgen. Als een conventie structureel⁴¹⁴ niet meer wordt nageleefd, komt het bestaan van de conventie als zodanig ter discussie te staan. In dat kader kunnen twee vormen van verandering worden onderscheiden: de verandering van de *inhoud* van de conventie of de verandering van het *karakter* van de conventie als informele regel zonder juridisch karakter in een rechtsregel. Beide vormen van verandering komen in deze paragraaf aan de orde.

II.3.3.4.1 *Verandering van inhoud*

Hoewel het recht alle ruimte laat aan politieke actoren om de geldende conventies (substantieel) te veranderen, zijn dergelijke veranderingen relatief zeldzaam. In de praktijk blijken zij in de woorden van Lord Wilson of Dinton relatief 'robust' te zijn, zelfs in het licht van de vele veranderingen die de constitutie na de toetreding tot de EU, de incorporatie van het EVRM in de rechtsorde van het Verenigd Koninkrijk en de devolution heeft ondergaan.⁴¹⁵ Hij oordeelt zelfs:

'Nothing really has so far changed. No bricks have fallen out. Conventions (...) remain in place.'

Hoewel conventies naar hun aard als informele gedragsregel eenvoudig van inhoud kunnen veranderen, komt dat relatief weinig voor. Willen zij een betreffende gedraging kunnen voorschrijven, dan zal er sprake moeten zijn van een relatief grote mate van continue naleving van die gedraging.

413 Zie daarover par. II.3.3.1.2.

414 Als er sprake is van niet-structurele niet-navolging van een conventie, is het goed denkbaar dat er sprake is van een gerechtvaardigde afwijking van de hoofdregel van de conventie of van een gebrekkige handhaving ervan. Zie par. II.3.3.3.

415 Wilson of Dinton 2004, p. 412, ook voor het volgende citaat (op p. 414). Zie over de genoemde constitutionele veranderingen par. II.2.7 en par. II.2.8.

In dat licht is ook te verklaren waarom Griffith, variërend op een andere door hem geponeerde stelling, het volgende aforisme formuleerde:

'If it works, it's constitutional'.⁴¹⁶

Wil de conventie als informele gedragsregel een bepaalde gedraging kunnen voorschrijven, dan moet het belang van haar naleving zo fundamenteel zijn dat het vertonen van een *andere* dan de door de conventie voorgeschreven gedraging nauwelijks een reële optie is. In dat licht heeft de conventie een relatief paradoxaal karakter: in het licht van haar informele karakter hebben de betrokken politieke actoren alle ruimte om een conventie blijvend van inhoud te veranderen, maar in de praktijk is het belang van haar naleving in de bestaande vorm vaak zo groot dat de betrokken actoren nauwelijks gebruikmaken van die ruimte.

Dit alles neemt niet weg dat het in de praktijk wel degelijk een enkele keer voorkomt dat een conventie van inhoud verandert, al vormen dergelijke veranderingen vaak ook een illustratie van hoe robuust een conventie vaak is. Illustratief is de gelding van de conventie die voorschrijft dat de koning slechts beslissingen op grond van het Royal Prerogative kan nemen op basis van een daarmee corresponderend advies van de Prime Minister. Een belangrijk voorbeeld van een dergelijke onder het Royal Prerogative vallende beslissing betrof tot 2011⁴¹⁷ het nemen van de beslissing tot ontbinding ('dissolution') van het parlement; dankzij de werking van de eerder genoemde conventie had de Prime Minister de feitelijke bevoegdheid om te bepalen wanneer het parlement zou moeten worden ontbonden. Voor 1918 had deze conventie echter een net iets andere inhoud; toen was de regel dat de leden van het Cabinet tezamen (in plaats van de Prime Minister alleen) het tijdstip van ontbinding van het parlement en de datum voor de verkiezingen van de House of Commons bepaalden.

Voor de wijziging van deze conventie is geen duidelijke normatieve verklaring voorhanden. De oorzaak van de wijziging van de conventie is terug te voeren tot een verklaring van Andrew Bonar Law (Con), de toenmalige Chancellor of the Exchequer (een soort minister van Financiën), in 1918. Hij betoogde toen dat:

'There is no custom more clearly defined than that what advice on this matter should be given to the Sovereign is a question not for the Cabinet but for the Prime Minister.'⁴¹⁸

416 Griffith 1963, p. 402. Zie nader over het werk van Griffith par. II.3.2.2.

417 In dat jaar werd de uitoefening van deze bevoegdheid vastgelegd in de Fixed-term Parliaments Act. Zie daarover par. II.2.6. Ook na die tijd worden sommige bevoegdheden nog altijd op grond van het Royal Prerogative uitgeoefend, zoals de bevoegdheid om tot verdaging ('prorogation') van het parlement over te gaan. Zie daarover par. II.3.4.3.4.

418 House of Commons Debates, vol 110, col 2425 (7 november 1918). Aangehaald in Marshall 1986, p. 48.

Nadat de juistheid van deze opvatting tijdens het debat door een MP werd betwist,⁴¹⁹ verklaarde Bonar Law dat Prime Minister Lloyd George (Lib) zijn opvatting deelde:

'In the Prime Minister's view and in my view the question of deciding whether or not there should be an election is the duty of the Prime Minister (...).'⁴²⁰

Na dit debat werd het gebruikelijk dat de Prime Minister zonder toestemming van het Cabinet respectievelijk het moment van ontbinding en het tijdstip van de nieuwe verkiezingen van de House of Commons vaststelt.

Later bleek echter, zo merkt Marshall op, dat het tot die tijd helemaal niet gebruikelijk was dat de Prime Minister aan de vorst een advies gaf zonder voorafgaande goedkeuring van het Cabinet voor het geven van dat advies te hebben gekregen. Bonar Law zou de betreffende informatie hebben ontleend aan een brief die hij van voormalig Prime Minister Arthur Balfour (Con) had ontvangen. In die brief schreef Balfour dat de verantwoordelijkheid voor het bepalen van de datum van ontbinding van het parlement in feite bij de Prime Minister berust.⁴²¹ Volgens Balfour zou het al eerder zijn voorgekomen dat de zittende Prime Minister zijn beslissing over de ontbindingsdatum nam zonder voorafgaande goedkeuring van het Cabinet. Uit onderzoek van Marshall blijkt echter iets anders: ieder ontbindingsadvies tussen 1868 en 1918 bleek te zijn gebaseerd op een besluit waarmee alle leden van het Cabinet van tevoren hadden ingestemd.⁴²²

Marshall vermoedt dat de verkeerde interpretatie door Balfour van de geldende conventie samenhangt met een opmerking uit 1916 van Lord Haldane, de toenmalige Leader van de House of Lords, over de vraag of zonder tussentijdse ontbinding van het parlement een nieuwe Prime Minister kan worden benoemd. Haldane stuurde een kort memo aan Lord Stamfordham, de Private Secretary van de koning, waarin stond:

419 Namelijk door MP John Dillon (Irish Parliamentary Party), die stelde: 'That is not a recognised practice, and I am amazed that the right hon. Gentleman the Leader of the House should say that it is. I believe that the custom has always been that the advice should be given with the consent of the Cabinet.' Zie House of Commons Debates, vol 110, col 2425 (7 november 1918).

420 House of Commons Debates, vol 110, col 2427 (7 november 1918).

421 Marshall 1986, p. 48-49: 'In October 1918 Balfour, writing to Bonar Law, about the timing of the election, had written that responsibility for it [namelijk het advies betreffende de ontbinding van de House of Commons] "in fact" rested with the Prime Minister and that on some previous occasions the Prime Minister of the day "had not even gone through the form of consulting his colleagues". But wherever it originated, each part of Bonar Law's statement was open to question. (...) If Mr Asquith's word is to be accepted each of those resulted from Cabinet decisions. Mr Asquith was particularly clear on the point: "Such a question as the Dissolution of Parliament is always submitted to the Cabinet." In a survey of the eleven dissolutions between 1868 and 1910 (...), he could find no exception to this rule.'

422 Marshall 1986, p. 49 met verdere verwijzingen.

'The only minister who can properly give advice as to a dissolution of Parliament is the Prime Minister.'⁴²³

Haldane lijkt op het eerste gezicht met deze opmerking te hebben bedoeld dat in de verhouding tussen de Prime Minister en de rest van het Cabinet slechts de Prime Minister bevoegd is om ten aanzien van de ontbinding van het parlement een beslissing te nemen. Volgens Marshall bedoelde Haldane met de geciteerde zinsnede echter iets anders, namelijk dat de *eventuele opvolger* van de Prime Minister (bijvoorbeeld de leider van de concurrerende partij in een van beide huizen van het parlement) op dit punt geen voorwaarden aan de eventuele aanvaarding van het ambt van Prime Minister kan verbinden; alleen de *zittende* Prime Minister (al dan niet na consultatie van zijn Cabinet) is immers bevoegd een dergelijk bindend advies aan de koning uit te brengen.

Marshall trekt deze conclusie tegen de achtergrond van de situatie waarin Haldane zijn advies aan de toenmalige koning George V verstrekke. De koning wilde na het ontslag van Prime Minister Asquith in 1916 onderzoeken of het mogelijk was om een nieuwe Prime Minister te benoemen zonder daaraan voorafgaand nieuwe verkiezingen uit te schrijven.⁴²⁴ Daarom stelde de koning aan Haldane de vraag of de mogelijke opvolger van Asquith aan het eventuele aantreden als nieuwe Prime Minister de voorwaarde kon verbinden dat de koning tot de ontbinding van het parlement zou overgaan. Volgens Marshall ligt op *die* vraag alleen een ontkennend antwoord voor de hand. Hij voegt daaraan toe dat het, in het licht van de kwestie waarover de koning advies wilde inwinnen, onmogelijk is dat Haldane de bedoeling had duidelijk te maken wat de constitutionele verhouding tussen de Prime Minister en het Cabinet was. In het memorandum dat Lord Haldane aan de koning stuurde is alleen de hierboven geciteerde uitspraak opgenomen, zonder dat de achterliggende context daarbij is vermeld. Zo konden de na de

423 Aangehaald in Marshall 1986, p. 49. Effectief leidt een ontbinding van het parlement alleen tot nieuwe verkiezingen voor de House of Commons, omdat de leden van de House of Lords niet democratisch worden verkozen.

424 Marshall 1986, p. 49: 'In December 1916, Bonar Law had had an interview with the King after the resignation of Mr Asquith. At this interview the question of dissolution of Parliament had been discussed. George V, being reluctant to contemplate a General Election in wartime, had consulted Lord Haldane upon the question whether Mr Bonar Law or any proposed successor to Asquith might properly make a dissolution of Parliament a condition upon which he would accept office. Lord Haldane had advised that the King could not entertain any such bargain with a *possible* Prime Minister not yet in a position to give advice as a responsible Minister of the Crown [cursivering in origineel, GJAG].'

Eerste Wereldoorlog aantredende Prime Ministers de uitspraak van Haldane eenvoudig verkeerd begrijpen.⁴²⁵

Toch heeft deze verkeerde interpretatie van de uitspraak van Haldane tot een verandering van de geldende conventie geleid. Vanaf de periode na de Eerste Wereldoorlog zou de norm worden dat de beslissing over de ontbinding van het parlement wordt genomen door de koning op basis van het (bindende) advies van de Prime Minister (en dus niet op basis van een advies van het Cabinet). Tegen die achtergrond wijst Jacconelli op een belangrijk verschil tussen een precedent uit een rechterlijke uitspraak en een precedent dat ten grondslag ligt aan (de wijziging van) een conventie:

‘[P]recedent functions in different ways as between case law and conventions. A judicial precedent that is reached without taking account of relevant decided case law – the typical instance of a precedent reached *per incuriam* – is a weak authority that is likely to be discarded. A social rule that is founded on erroneous assumptions is, nevertheless, still a social rule.’⁴²⁶

Anders dan bij een rechterlijke uitspraak die is gebaseerd op een verkeerde uitleg van de relevante precedenten, ligt het bij een conventie waarvoor hetzelfde geldt minder voor de hand dat zij wordt gecorrigeerd na de ontdekking van de gebleken onjuistheid van de invulling van de precedenten. In dat licht is te verklaren dat deze conventie na 1918 (totdat zij in 2011 een wettelijke status kreeg) van inhoud is veranderd: niet het Cabinet, maar de Prime Minister zelf adviseerde de koning over het nemen van een beslissing tot ontbinding van het parlement op basis van het Royal Prerogative.

Het belang van deze verandering moet echter ook niet worden overschat: na 1918 bleef de Prime Minister verantwoordelijk van de steun van zijn partijgenoten in het parlement om deze functie te kunnen blijven uit-

425 Marshall 1986, p. 49-50: ‘Unfortunately the memorandum which Haldane sent to Lord Stamfordham summarized this position by the words “The only minister who can properly give advice as to a dissolution of Parliament is the Prime Minister.” It rather looks as if Lord Haldane here unwittingly helped to originate the misunderstanding which Bonar Law in the heat of a Commons debate subsequently amplified and handed on to his post-war successors. Clearly Haldane, who had sat in Mr Asquith’s Cabinet, did not mean to deal in his 1916 memorandum with the internal relationships of an administration in office. His mind was not directed to that issue. What he had been asked to advise upon, as the Memorandum – printed in Sir Harold Nicolson’s biography of George V – makes plain, was the right of a *potential* Prime Minister to advise or bargain for dissolution *before* assuming office. His categorical phrase (...) was meant only to emphasize the right of the King to decline to guarantee in advance a particular use of the prerogative to a potential incumbent, who, not yet being in office, would not be constitutionally entitled to proffer advice on anything. It was not intended to prejudge the quite different question, not then in issue, of a Cabinet’s collective rights as against a Prime Minister [cursivering in origineel, GJAG].’

426 Jacconelli 2013, p. 129.

oefenen. Als de Prime Minister consequent (in de situatie tot 2011) weigert de leden van zijn Cabinet te consulteren voordat hij de koning (bindend) adviseert het parlement te ontbinden op basis van het Royal Prerogative, dan kan dit zijn positie onder druk zetten.⁴²⁷ De Prime Minister heeft dus in de praktijk vaak goede redenen om het Cabinet te consulteren voorafgaand aan het uitbrengen van advies aan de koning, ook al heeft hij inmiddels de bevoegdheid om die consultaties achterwege te laten.

Het komt echter ook voor dat voor de inhoudelijke wijziging van een conventie *wel* een goede reden kan worden aangewezen. Illustratief is het ontstaan van de conventie die voorschrijft dat de Prime Minister lid van de House of Commons is.⁴²⁸ Hoewel het na het aftreden van Lord Salisbury in 1902 niet meer is voorgekomen dat een Prime Minister lid was van de House of Lords, zou het daarna nog enige tijd duren voordat definitief duidelijk werd dat een 'peer' niet langer Prime Minister kon worden. Aan het begin van de twintigste eeuw gold slechts als regel dat de Prime Minister lid van een van beide huizen van het parlement diende te zijn. In de praktijk was dat steeds ofwel de Leader of the House of Commons ofwel de Leader of the House of Lords van de partij die na de verkiezingen de meeste zetels in de Commons had behaald.

In 1923, toen Arthur Bonar Law (Con) zich om gezondheidsredenen terugtrok als Prime Minister, werden de eerste tekenen van de verandering van de conventie zichtbaar. Op dat moment waren, conform de hiervoor beschreven regel twee mogelijke kandidaten in beeld als Bonar Laws opvolger, namelijk Stanley Baldwin (Leader of the House of Commons) en Lord Curzon (Leader of the House of Lords).⁴²⁹ Na het terugtreden van Bonar Law was Lord Curzon dan ook op zichzelf nog een serieuze kandidaat voor zijn opvolging.⁴³⁰ Desalniettemin leek het voor Lord Curzon echter wel een belemmering te zijn dat hij niet lid was van de House of Commons, omdat zich in de tussentijd een belangrijke constitutionele verandering had voorgedaan: de afschaffing van het absolute vetorecht van de House of Lords bij de Parliament Act 1911 en de uitbreiding van het kiesrecht voor de House

427 Zie het slot van par. II.2.5.

428 Jaconelli 2013, p. 126: 'There can be few constitutional rules that can be considered more basic today than that the Prime Minister is to be recruited from the House of Commons.'

429 Jaconelli 2013, p. 125: 'The established practice in 1923 was that the major parties had two leaders, one in each House of Parliament. The leadership of the party, when it was out of office, went into abeyance as between these two individuals, unless one of them was a former Prime Minister (in which case he was usually regarded as the leader of the whole party). If there was no such person, the Monarch could choose as Prime Minister the leader in either House.'

430 Jaconelli 2013, p. 125: 'Lord Curzon was eligible for consideration [voor het vervullen van het ambt van Prime Minister, GJAG] since he was Leader of the House of Lords (a position that he held from late 1916 until 22 January 1924).'

of Commons in 1918.⁴³¹ Als gevolg daarvan zou de politieke strijd in toenemende mate worden gevoerd in de House of Commons *alleen* in plaats van in beide huizen van het parlement tegelijkertijd. Tegen die achtergrond was dan ook al te verklaren waarom de koning niet Lord Curzon maar Stanley Baldwin uiteindelijk aanwees als de nieuwe Prime Minister. Ter verdediging van deze keuze schreef de Private Secretary van de koning Lord Stamfordham aan Lord Curzon dat

‘since the Labour Party constituted the official Opposition in the House of Commons and were unrepresented in the House of Lords, the Objections to a Prime Minister in the Upper Chamber were insuperable’.⁴³²

De verandering van de conventie werd definitief bevestigd in 1963, toen Alexander Douglas-Home (Con) het ambt van Prime Minister aanvaardde. Voordat hij Prime Minister werd, maakte hij als Lord Home deel uit van de House of Lords. Na de aanvaarding van het ambt van Prime Minister, nam Douglas-Home afstand van zijn ‘peerage’, waarna hij lid werd van de House of Commons door een tussentijdse verkiezing te winnen.⁴³³ Op dat moment was duidelijk dat de Prime Minister tevens lid van de House of Commons dient te zijn, omdat hij niet effectief een regering kan leiden vanuit de House of Lords. Deze verandering illustreert hoe veranderingen van het *recht*, namelijk de vaststelling van de Parliament Act 1911⁴³⁴ en de uitbreiding van het kiesrecht, ook tot de wijziging van een conventie kunnen leiden.

II.3.3.4.2 *Conversie in een rechtsregel*

Een conventie onderscheidt zich van een rechtsregel in de zin dat zij als informele regel niet is opgenomen in statute law of de common law en daarom niet handhaafbaar is voor de rechter.⁴³⁵ Een enkele keer komt het voor dat een conventie wordt geconverteerd in een rechtsregel, omdat het informele karakter van de conventie aan haar effectiviteit in de weg staat.⁴³⁶ Illus-

431 Jaconelli 2013, p. 125: ‘The contest of 1923 lay on the cusp of the evolving convention that the Prime Minister must occupy a seat in the House of Commons. A number of significant changes in the statute book since the time when Lord Salisbury had laid down office had propelled towards this new “understanding”: in particular, the truncation of the legislative powers of the House of Lords by the Parliament Act 1911 and the extension of the franchise.’ Zie uitgebreid over deze ontwikkelingen par. II.2.6.

432 Jennings 1959b, p. 23 met verwijzing naar Earl of Ronaldshay 1927, deel I, p. 352. Overigens verdient hierbij vermelding dat de koning ook in Lord Curzons ‘haughty personality’ aanleiding zag hem niet als Bonar Laws opvolger aan te wijzen. Zie Jaconelli 2013, p. 125. Zie over de positie van de ‘Official Opposition’ par. II.2.5.

433 Elliott & Thomas 2017, p. 44: ‘When Alexander Douglas-Home was appointed Prime Minister in 1963, he renounced his peerage and became a member of the House of Commons by winning a by-election.’

434 Meer precies vormt de vaststelling van de Parliament Act 1911 de conversie van een andere conventie in een rechtsregel. Zie par. II.3.3.4.2.

435 Zie par. II.3.4.2.1.

436 McIlwain 1947, p. 18: ‘When (...) conventions lose their effectiveness there will be a demand for law and the conventions will be turned into laws or disregarded altogether.’

tratief is de vormgeving van de relatie tussen de House of Commons en de House of Lords, die Dicey in 1908 als volgt omschreef:

‘The general rule that the House of Lords must in matters of legislation ultimately give way to the House of Commons is one of the best-established maxims of modern constitutional ethics. But if any inquirer asks how the point at which the Peers are to give way is to be determined, no answer which even approximates to the truth can be given, except the very vague reply that the Upper House must give way whenever it is clearly proved that the House of Commons represents the deliberate will of the nation.’⁴³⁷

Tot 1906 leverde het in de praktijk nauwelijks problemen op dat de verhouding tussen de House of Commons en House of Lords op een nogal imprecieze wijze bij conventie was geregeld. Na dat jaar kwam daar langzamerhand verandering in, toen de Liberal Party een meerderheid van het aantal zetels haalde in de House of Commons. Nadat in 1908 H.H. Asquith voor die partij aantrad als de nieuwe Prime Minister, in welke hoedanigheid hij omvangrijke sociale hervormingen wilde doorvoeren, ontstond frictie tussen de beide huizen van het parlement. De overwegend uit de gelederen van de Conservative Party afkomstige (niet-democratisch verkozen) leden van de House of Lords zagen niets in de plannen van Asquith; de verwerping van het zogeheten People’s Budget in 1909, waarin verschillende belangrijke en vergaande hervormingen waren voorgesteld, was voor Asquith aanleiding zich te bezinnen op een hervorming van de vormgeving van de relatie tussen de Commons en de Lords.⁴³⁸ Pas nadat Asquith nieuwe verkiezingen had uitgeschreven voor de House of Commons en hij daarop van de nieuw verkozen Commons opnieuw voldoende steun voor zijn begroting kreeg, besloten de Lords zijn begroting te steunen. De Lords waren van mening dat, in lijn met het hierboven weergegeven citaat van Dicey, was gebleken dat een meerderheid van de bevolking inderdaad achter dit begrotingsvoorstel stond.

Voor Asquith vormde de gang van zaken rond het People’s Budget echter ook de aanleiding om een voorstel voor de hervorming van de bevoegdheden van de House of Lords in te dienen. Dit voorstel strekte tot vervanging van het absolute vetorecht door een opschortend vetorecht. Op basis

437 Dicey 1959 (1915), p. 458. In 1915, het jaar waarin de laatste door hemzelf bewerkte druk van Diceys werk verscheen, was de Parliament Act 1911 al in werking getreden. Dicey heeft die verandering op dit punt niet meer in de hoofdtekst van de laatste druk van zijn handboek verwerkt; de hoofdtekst van de druk uit 1915 stemt geheel overeen met de druk van dit boek uit 1908. Zie Dicey 1959 (1915), p. ix. Wel maakt Dicey melding van de Parliament Act 1911 in een inleiding die hij heeft opgenomen bij de laatste door hemzelf bewerkte druk uit 1915.

438 Zie nader, ook voor een weergave van de precieze inhoud van de Parliament Act 1911 (en de daaropvolgende Parliament Act van 1949) par. II.2.6. Aan het slot van die paragraaf worden ook twee andere voorbeelden van conversie beschreven, die hier verder buiten beschouwing blijven.

van de door hem in april 1910 ingediende Parliament Bill zouden de Lords alleen nog⁴³⁹ de totstandkoming van wetsvoorstellen kunnen tegenhouden voor zover zij geen betrekking hadden op de heffing van belastingen (Non-Money Bills), en dan ook nog maar voor een periode van slechts twee jaar. Nadat nieuwe verkiezingen in december 1910 tot een vrijwel gelijke verdeling van zetels tussen de verschillende partijen in de House of Commons hadden geleid, besloten de Lords na een dreiging door Asquith met tussenkomst van de koning eieren voor hun geld te kiezen en de Parliament Bill aan te nemen. Vanaf dat moment was de Parliament Act 1911 een feit.

Het gevolg van de totstandkoming van deze Act was dat er voortaan een concrete procedure zou gaan gelden voor de handhaving van conflicten tussen de beide huizen van het parlement over wetsvoorstellen. Op basis van de Act kreeg de Speaker of the House of Commons de bevoegdheid om vast te stellen dat, voor zover van toepassing, de vaststelling van een nieuwe Act of Parliament voldoet aan de vereisten van de Parliament Act 1911 (later aangevuld met die van de Parliament Act 1949).⁴⁴⁰ De conversie van de eerdere conventie in een rechtsregel leidde daarmee tot de vastlegging van de contouren van de verhouding tussen de beide huizen van het parlement. Bovendien riep deze wettelijke regeling ook een concreet mechanisme voor de handhaving van deze nieuw vastgestelde verhouding tussen de Commons en de Lords in het leven.⁴⁴¹

Naast dit voorbeeld van conversie, waarbij een conventie in de nieuwe vorm van een rechtsregel in de wet wordt opgenomen, komt het ook voor dat een conventie als zodanig, dus zonder haar karakter als conventie te verliezen, een plaats in de wet krijgt. Illustratief is de gelding van de Sewel Convention die voorschrijft dat de wetgever van het Verenigd Koninkrijk geen wetgeving mag vaststellen ten aanzien van interne aangelegenheden van Schotland, tenzij het Schotse parlement daarvoor expliciet toestemming verleent.⁴⁴² In 2016 nam het Westminster parlement in de Scotland Act 1998 een artikellid op, namelijk section 28(8) waarin het bestaan van de Sewel Convention wordt erkend. Het betreffende artikellid luidt als volgt:

439 Er is echter één uitzondering: de House of Lords heeft nog altijd instemmingsrecht ten aanzien van wetsvoorstellen die beogen de zittingstermijn van het parlement op een duur van langer dan vijf jaar te zetten. Zie Parliament Acts 1911 and 1949, section 2(1).

440 Zie o.a. Parliament Acts 1911 and 1949, section 2(2): 'When a Bill is presented to His Majesty for assent in pursuance of the provisions of this section, there shall be endorsed on the Bill the certificate of the Speaker of the House of Commons signed by him that the provisions of this section have been duly complied with.'

441 Voor het overige had de conversie van deze conventie in het recht echter geen praktische betekenis. Meestal is het zo dat de in het recht geconverteerde regel ook vatbaar wordt voor handhaving door de rechter; het recht bestaat volgens de gangbare definitie immers uit door de rechter handhaafbare regels. De rechter is in het licht van het zogeheten 'parliamentary privilege' van Article 9 Bill of Rights 1689 echter niet tot handhaving van de Parliament Act 1911 (en die van 1949) bevoegd. Ik kom hierop terug in par. II.3.4.2.1.

442 Zie over de achtergrond van deze conventie par. II.2.7.

[I]t is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters [gedoeld wordt op de aangelegenheden ten aanzien waarvan het Westminster parlement bij conventie zijn wetgevende bevoegdheden feitelijk heeft overgedragen, GJAG] without the consent of the Scottish Parliament.⁴⁴³

Op het eerste gezicht lijkt hier sprake te zijn van de transformatie van de Sewel Convention in een wettelijke regel (en dus in een rechtsregel). De wet legt immers het uitgangspunt van de Sewel Convention vast, namelijk dat het Westminster parlement niet zomaar wetgeving kan vaststellen die louter gelding heeft in Schotland. Toch is hier geen sprake van de volledige conversie van een conventie in een wettelijke regel. De Scotland Act 1998 bepaalt bijvoorbeeld onomwonden in section 28(7):

‘This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland.’

Tijdens de House of Lords Third Reading⁴⁴⁴ Debate over de Scotland Act bestond discussie over de toegevoegde waarde van de wettelijke vastlegging van de Sewel Convention. Volgens Lord Keen of Elie (Con), de Advocate General for Scotland, zou die niets veranderen aan de positie van het Westminster parlement; in zijn ogen volgt dat uit het gebruik van zowel de woorden ‘it is recognised’ als ‘normally’.⁴⁴⁵ In een eerder debat plaatste Lord Hope of Craighead (crossbencher; partijloos) op basis van zijn eerdere ervaringen als rechter in de UK Supreme Court een paar kanttekeningen bij die opvatting. Hij verklaarde dat de verantwoordelijke minister, de eerder genoemde Lord Keen of Elie,

443 Dit artikellid heeft, net als het hierna te bespreken section 28(7), na de inwerkingtreding van de Scotland Act 2016 (c. 11) kracht van wet gekregen. Sinds 2017 bepaalt de Government of Wales Act 2006, section 107(6) iets vergelijkbaars met betrekking tot de relatie tussen het UK Parlement en de devolved institutions van Wales. De wet legt verder in section 107(5) een vergelijkbaar voorbehoud vast met betrekking tot de parlementaire soevereiniteit.

444 Zie over de betekenis van het begrip ‘reading’ in de wetgevingsprocedure par. II.2.6.

445 House of Lords Debates, vol 769, cols 2070-2071 (21 maart 2016): ‘[T]he word “normally” is not a word sufficiently precise for a statutory restriction. Of course, we are not seeking, and nor are we able, to impose a restriction on parliamentary sovereignty, and it has also been made clear in discussion that the word is suitable for indicating how a discretion will be exercised. [Het besproken voorstel voor het artikellid dat nu kracht van wet heeft als de Scotland Act 1998, section 28(8), GJAG] is clearly intended to indicate that the discretion of Parliament to legislate for devolved matters will continue exactly as before and that it is not intended to subject that discretion to judicial control. I would add that the words “it is recognised” that appear in [hetzelfde artikellid als hiervoor aangegeven, GJAG] also reflect the continued sovereignty of the United Kingdom Parliament and that it is for Parliament to determine when a circumstance may be considered not normal. This is not a matter that the courts could meaningfully engage with.’

‘cannot get away with simply declaring that the “issue” is not justiciable. He has chosen the word “issue” as meaning something different, but the same point arises. (...) [T]here is a crucial difference between the position of Parliament legislating – and Ministers declaring what words mean when they legislate – and the position of the courts. The courts will assert their right to interpret legislation according to the meaning of the words as they judge them to be. (...) [T]he courts cannot close their door to arguments. People will bring arguments before the court, and when an argument is before the court it has to decide on it. The Minister simply cannot get away with the idea that we can be assured that this issue will never be before the courts and require determination’.⁴⁴⁶

Niettemin kreeg Lord Hope of Craighead ongelijk. In de *Miller (no. 1)*-uitspraak oordeelde de UK Supreme Court de Sewel Convention ondanks haar wettelijke vastlegging niet te kunnen handhaven.⁴⁴⁷ De opneming van de Sewel Convention in de wet veranderde niets aan het informele karakter van die conventie, zo oordeelde de Court, waardoor de rechter onbevoegd blijft tot de handhaving van deze conventie over te gaan. Sterker nog, de UK Supreme Court achtte zich zelfs niet bevoegd om ‘legal rulings on its operation or scope’ te geven vanwege het politieke karakter van de conventie. In dat licht heeft de conversie van een conventie alleen *juridische* betekenis als de wettelijke regeling waarin de conventie is vastgelegd duidelijk(er) schetst wat de precieze contouren zijn van de geconverteerde regel, eventueel met behulp van de introductie van een (nieuw) mechanisme voor zijn handhaving.⁴⁴⁸

Op dit punt rijst nog wel een theoretisch probleem in het licht van het *informele* karakter van de conventie. Eerder bleek al dat de vastlegging van een conventie in een informeel document zonder juridische status niets kan veranderen aan het wezen van de conventie als informele regel; een conventie bestaat alleen voor zover haar bestaan blijvend wordt bevestigd door daarmee corresponderend gedrag van de betrokken actoren.⁴⁴⁹ In zoverre kan het op schrift stellen van een conventie niet verhinderen dat zij, door wijzigend gedrag, van inhoud verandert. In feite geldt hetzelfde voor de *wettelijke* vastlegging van een conventie: als de betreffende conventie door haar vastlegging in een wet niet wordt verheven tot een rechtsregel, dan vormt zij hoogstens de weerslag van het bestaan van de conventie *op het moment dat*

446 House of Lords Debates, vol 769, col 308 (24 februari 2016).

447 *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* [2017] UKSC 5, para. 126-152. Dit aspect van deze uitspraak komt uitgebreider aan de orde in par. II.3.4.3.3.

448 Waarbij overigens zij aangetekend dat er ook conventies bestaan die wel een eigen (niet-rechterlijk) handhavingsmechanisme kennen, zoals de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid. Zie par. II.3.3.3.3.

449 Zie par. II.3.3.2.2.

de betreffende wettelijke regel tot stand kwam.⁴⁵⁰ Als de benadering van de UK Supreme Court in de *Miller (no. 1)*-zaak juist is, dan is de wettelijke vastlegging van de Sewel Convention in de Scotland Act 1998 een catch 22: de Scotland Act erkent weliswaar het bestaan van de Sewel Convention zonder iets te veranderen aan haar status als informele regel, maar juist in het licht van het informele karakter van de conventie kan de basis voor het bestaan van deze conventie, anders dan de tekst van de Act suggereert, slechts liggen in het gedrag van de betrokken politieke actoren (en dus niet in de Act).

II.3.3.4.3 *Balans*

Kenmerkend voor een conventie is haar informele karakter. In de praktijk blijkt zij alleen te kunnen blijven bestaan, als de achterliggende reden voor haar naleving sterk genoeg is. Als de effectiviteit van een conventie onder druk komt te staan, kan dat aanleiding zijn om haar om te zetten in een wettelijke regel. In de praktijk is conversie echter alleen zinvol als zij leidt tot een duidelijke(r) formulering van de betreffende regel en/of van een hanteerbaar mechanisme voor de handhaving van die regel. Uit deze bespreking blijkt tevens dat de constitutionele conventie niet los kan worden gezien van het constitutionele recht. Deze verhouding tussen recht en conventie verdient meer aandacht.

II.3.4 Conventies en het recht

Hoewel de precieze invulling van het conventiebegrip op tal van punten met onzekerheid is omgeven, bestaat van oudsher over één aspect traditioneel gezien nauwelijks discussie: de conventie is geen rechtsregel, omdat zij noch van de statute law, noch van de common law deel uitmaakt. Daarom is zij niet vatbaar voor handhaving door de rechter.⁴⁵¹ Deze benadering van het onderscheid tussen recht en conventie is onlosmakelijk verbonden met de doctrine van de parlementaire soevereiniteit, die meebrengt dat het parlement niet aan 'hogere' regels kan worden gebonden. Daarmee vormt het onderscheid tussen recht en conventie in feite een onderstreping van de autonomie van (de organen van) het parlement en de regering om zelf in belangrijke mate het politieke proces vorm te geven.

450 Elliott 2017, p. 279: 'If the Sewel Convention continues to be nothing more than a convention, then its normative source lies outside any legislation, and it remains a product of political consensus. If that consensus develops (or breaks down) then the convention will evolve (or disintegrate). The convention, if that is all it is, cannot therefore straightforwardly be entrenched or otherwise made permanent by reference to it in legislation. That said, it is of course arguable that such reference may serve at some level as evidence of political commitment to the convention. Even then, however, the statutory reference must be of limited import if the Sewel Convention remains no more than that, given that legislation enacted in 2016 (in respect of Scotland) (...) can be evidence only of political commitments that existed *at those points in time* [cursivering in origineel, GJAG]'.

451 Zie par. II.3.2.1.

In deze paragraaf komen de manieren waarop recht en conventie met elkaar verbonden kunnen zijn aan de orde. Na een korte achtergrondschets wordt de traditionele maatstaf voor het uit elkaar houden van beide categorieën regels, namelijk of de betreffende regel handhaafbaar is voor de rechter, besproken. Ten slotte komen de belangrijkste rechterlijke uitspraken over de verhouding tussen recht en conventie aan bod.

II.3.4.1 *Achtergrond*

Hoewel de domeinen van het recht en conventie in de praktijk vaak relatief eenvoudig van elkaar te scheiden zijn, is het nooit omstrede geweest dat beide soorten regels ook met elkaar verweven zijn. In dat kader onderscheidt Wheare drie manieren waarop de conventie van invloed is op de gelding van het recht.

In de eerste plaats kan de gelding van een conventie tot gevolg hebben dat een formeel volgens het recht bestaande bevoegdheid feitelijk ongedaan wordt gemaakt.⁴⁵² Illustratief is dat de koning formeel gezien de bevoegdheid heeft om aan wetsvoorstellen het Royal Assent te verlenen (en dus ook om dat te weigeren); bij conventie dient de koning zich naar het oordeel van het parlement te voegen door aan *iedere* aangenomen Bill het Royal Assent te verlenen (hetgeen betekent dat hij per definitie van weigering dient af te zien).⁴⁵³ Bijgevolg heeft deze formeel bestaande bevoegdheid van de vorst nog slechts een (heel) beperkte feitelijke betekenis.

In de tweede plaats kan de gelding van een conventie ertoe leiden dat een formeel bestaande bevoegdheid feitelijk wordt overgeheveld van het ene naar het andere orgaan.⁴⁵⁴ In dat kader vormt de bevoegdheid van de koning om beslissingen te nemen op grond van het Royal Prerogative, zoals is voorgeschreven voor de benoeming van ministers of de verdaging ('prorogation') van het parlement, een voorbeeld; bij conventie dient de koning bij het gebruik van deze bevoegdheid te handelen conform een daarmee corresponderend advies van de Prime Minister.⁴⁵⁵ Het gevolg van het bestaan van deze conventie is dat de koning weliswaar formeel nog de bevoegdheden op

452 Wheare 1966, p. 123: 'The first way in which usage and convention show their effects is in nullifying a provision of a Constitution. This might be expressed by saying that convention paralyses the arm of the law. It is essential by saying that convention paralyses the arm of the law. It does not amutate the limb; it merely makes its use impossible. A well-known example of this effect of convention is found in the fact that in many Constitutions the legal power of the head of the State to veto or refuse his assent to laws passed by the legislature is nullified by convention.'

453 Zie par. II.2.4.

454 Wheare 1966, p. 127: 'What often happens is that powers granted in a Constitution are indeed exercised but that, while they are in law exercised by some other person or body of persons. Convention, in short, transfers powers granted in a Constitution from one person to another.'

455 Zie par. II.2.5.

grond van het Royal Prerogative uitoefent, maar dat de feitelijke beslissingsmacht bij de Prime Minister ligt.

In de derde plaats vullen conventies het constitutionele recht aan.⁴⁵⁶ Illustratief is de verhouding tussen de House of Commons en de House of Lords, die zowel is geregeld in het recht als bij conventie. Dankzij de gelding van de Parliament Acts 1911 and 1949 is het voor de House of Commons mogelijk een Act of Parliament aan te nemen zonder de steun van de House of Lords; op deze wetgeving vormt de zogeheten Salisbury Convention, op basis waarvan de Lords niet tegen een Bill stemmen die voortkomt uit het verkiezingsprogramma van de regeringspartij, een aanvulling.⁴⁵⁷

In de eerste twee door Wheare onderscheiden situaties, namelijk die waarin de conventie het geldende recht feitelijk tenietdoet respectievelijk in materieel opzicht substantieel verandert, kunnen recht en conventie betrekkelijk eenvoudig van elkaar worden gescheiden. In de derde situatie die Wheare beschrijft ligt dat anders. In een dergelijk geval kunnen recht en conventie overlappen, waardoor de vraag rijst wat de precieze betekenis is van het onderscheid tussen beide categorieën regels.

In de ogen van Jennings moet het belang van het onderscheid tussen recht en conventie echter ook niet worden overdreven, want volgens hem is de onderverdeling van beide soorten regels

‘no distinction of substance or nature. The conventions are like most fundamental rules of any constitution in that they rest essentially upon general acquiescence. A written constitution is not law because somebody has made it, but because it has been accepted. Anyone can draft a paper constitution, but only the people concerned in government can abide by it; and if they do not, it is not law’.⁴⁵⁸

In de ogen van Jennings maakt het voor de gelding van een regel (een conventie of rechtsregel) in een constitutie niet uit of hij afkomstig is uit een rechtsbron of niet. Relevant is volgens hem slechts of een staatsinstelling de betreffende regel naleeft; beide regels zijn voor hun bestaan afhankelijk van de algemene acceptatie onder de betrokken politieke actoren. Bovendien verschillen conventies en rechtsregels naar de mening van Jennings qua inhoud nauwelijks van elkaar. Jennings stelt voorts dat de invloed van een conventie op een rechtsregel in sommige gevallen zo groot is, dat het voor

456 Wheare 1966, p. 130: ‘Usage and convention change Constitutions in yet another way. They supplement the law. Powers granted in law to some person or institution are exercised in fact by that institution – they are not nullified or transferred by convention – but they carry the matter part of the way only. To understand fully how the matter is regulated, usage and convention must be brought into the picture. An obvious example of the supplementing of the law of the Constitution by convention is found in the standing orders of legislatures.’

457 Zie nader par. II.2.6.

458 Jennings 1959a, p. 117.

de gelding van een regel niet wezenlijk uitmaakt of hij in de vorm van een rechtsregel dan wel een conventie is gegoten.⁴⁵⁹

Jennings pleit echter niet voor de opheffing van het onderscheid tussen recht en conventie. Er zijn in zijn ogen drie aspecten ten aanzien waarvan het 'from the technical angle' wel degelijk relevant is of een regel een rechtsregel dan wel een conventie is.⁴⁶⁰ In de eerste plaats is de rechter door de bank genomen bevoegd om zich uit te spreken over de gelding van een rechtsregel, terwijl hij dat ten aanzien van een conventie niet is. Als de rechter constateert dat een rechtsregel is geschonden, dan kan er over de plicht aan de kant van het parlement om de schending van de regel te repareren geen twijfel meer bestaan; voor een conventie geldt dit uiteraard niet.⁴⁶¹ In de tweede plaats bestaat er over de gelding van een rechtsregel een relatief grote mate van duidelijkheid, omdat het bestaan van een rechtsregel afhankelijk is van de vraag of hij is gearticuleerd in de wet of in een uitspraak van de rechter; voor de vaststelling van een conventie ontbreekt een dergelijk formeel criterium, waardoor het soms onduidelijk kan zijn of een conventie überhaupt bestaat.⁴⁶² In de derde plaats suggereert Jennings dat een rechtsregel in de praktijk vaak een groter gezag heeft dan de conventie, waardoor de betrokken actor minder gauw een rechtsregel dan een conventie zou schenden. Jennings vindt dit overigens onterecht; hij is van mening dat conventies in gelijke mate als rechtsregels navolging verdienen.⁴⁶³

In de periode waarin Jennings zijn belangrijkste werk schreef, namelijk tussen de jaren dertig en vijftig van de vorige eeuw, was het eenvoudiger om op basis van de door hem onderscheiden 'technische' verschillen een onderscheid tussen beide soorten regels te maken. Vanaf het einde van de twintigste eeuw is het steeds vanzelfsprekender geworden dat belangrijke conventies een plaats hebben gekregen in door daartoe bevoegde actoren opgestelde documenten zonder juridische status, zoals de *Cabinet Manual* en

459 Jennings 1959a, p. 84: '[T]he legislation sometimes refers to institutions which are purely of conventional creation, and sometimes is so bound up with a conventional method of administration that it cannot be interpreted except in the light of conventions. (...) In practice, the two are inextricably mixed, and many conventions are as important as any rules of law.' In die zin ook Mitchell 1968, p. 37.

460 Jennings 1959a, p. 132-133.

461 Jennings 1959a, p. 133: '[W]hen a rule is law it is, generally speaking, the function of the courts to declare that it is broken. There can then be no doubt about it; and the Government must propose legislation to legalise the breach.' Zie ook Jennings 1959b, p. 3-4.

462 Jennings 1959a, p. 133: '[T]he rule [bedoeld is een rechtsregel, GJAG] is either formally expressed or formally illustrated by a decision of a court, whereas conventions arise out of practice, and it is never quite certain at what point practice becomes or ceases to be convention.' Vgl. ook Jennings 1959b, p. 4-5.

463 Jennings 1959b, p. 5: '[L]aws commonly have a greater sanctity, and there is greater reluctance to break them. This distinction is largely psychological. A rule of law has no merit merely because it is a rule of law: it is content and not form that matters. The fundamental conventions of Cabinet government are among the bases of the constitutional system; they are as important as the fundamental principles of the law.' Vgl. in die zin ook Jennings 1959a, p. 133.

de *Ministerial Code*.⁴⁶⁴ Hoewel conventies ondanks hun optekening in dergelijke documenten voor hun bestaan afhankelijk blijven van daarmee corresponderend *gedrag* van de betrokken politieke actoren, heeft dit verschijnsel van formalisering de door Jennings geschetste verschillen tussen rechtsregels en conventies in zekere zin verkleind. Barber voegt daaraan toe dat conventies nu, net als rechtsregels, kunnen worden ingedeeld op een spectrum:

‘At one extreme, there are unspoken, deeply internalized, rules which function at an unconscious level. At the other extreme there are those rules contained in statutes: these rules have been given an authoritative formulation and are interpreted by institutions which prize clarity and certainty. This is a spectrum: law is at one end, but even legal systems are susceptible to a greater or lesser degree of formalization.’⁴⁶⁵

Volgens Barber kan de plaats van een conventie op dit spectrum opschuiven. Naarmate de inhoud van een conventie verder wordt geformaliseerd door een daarbij betrokken orgaan, zal die conventie vervolgens meer gelijkenissen gaan vertonen met een rechtsregel. Barber vervolgt dat een conventie

‘could become more formalized, being gathered together into a set, with rules emerging to govern membership of the set, determining the manner of their change and providing mechanisms to resolve disputes about their meaning. These disparate rules could, gradually, crystallize into law, becoming more and more law-like over time as they accreted a clearer and fuller legal character’.⁴⁶⁶

Barber meent steun voor zijn stelling te vinden in de optekening van de conventies rond de ministeriële verantwoordelijkheid in de *Ministerial Code* waarin een aantal kernaspecten van de individuele en collectieve ministeriële verantwoordelijkheid is uitgewerkt. De *Code* bevat onder meer voorschriften over de verplichtingen van ministers in relatie tot het parlement, de integriteit van ministers en de relatie van ministers tot hun ambtenarenapparaat.⁴⁶⁷ In Barbers ogen zijn de verschillen tussen rechtsregels en de conventies die in de *Code* zijn opgenomen, op drie punten slechts relatief van aard.

Het eerste punt betreft de wijze van vaststelling van de regel. De vaststelling van een rechtsregel is eenvoudig, omdat men daarvoor slechts te rade hoeft te gaan bij concrete rechtsbronnen (statute law en common law).

464 Zie par. II.3.3.2.2.

465 Barber 2010, p. 97. Blick 2016a, p. 111.

466 Barber 2010, p. 98, die zich daarbij baseert op de door Hart beschreven ontwikkeling van een groep, van elkaar losstaande rechtsregels in een rechtssysteem dat bestaat uit ‘rules of recognition, change and adjudication’. Barbers bespreking van de conventies rond de ministeriële verantwoordelijkheid uit de *Ministerial Code* leunt in sterke mate op Harts categorisering van regels uit een rechtssysteem. Zie voor die categorisering Hart 1994 (1961), p. 92-95.

467 *Ministerial Code* (laatste versie; augustus 2019), respectievelijk para. 9; para. 7; para. 5.

Als een regel niet in een rechtsbron is opgenomen, dan bestaat hij in ieder geval niet als rechtsregel. Een dergelijke redenering gaat niet op voor conventies, omdat de inhoud daarvan niet door een daartoe gemachtigd orgaan hoeft te worden afgekondigd. In tegenstelling tot 'gewone' conventies is de inhoud van de conventies in de *Code* in sterke mate geformaliseerd.⁴⁶⁸ Er bestaat daarom volgens Barber relatief weinig twijfel, net als bij rechtsregels, over de inhoud van de conventies die in de *Code* zijn opgetekend.

In de tweede plaats wijst Barber op de wijze waarop beide soorten regels veranderd kunnen worden. De wijze waarop een rechtsregel kan worden gewijzigd staat vast: er bestaan bijvoorbeeld duidelijk omschreven procedures die kunnen worden gevolgd om een rechtsregel te wijzigen. In het algemeen hangt de wijze van verandering van conventies daarentegen af van de overtuiging van gebondenheid onder de betrokken staatsinstellingen; vaak blijft het impliciet of een staatsinstelling zich aan een conventie gebonden acht, waardoor het niet altijd duidelijk is wanneer de inhoud van een conventie is veranderd. Een dergelijk probleem zou zich daarentegen niet voordoen ten aanzien van de conventies die in de *Code* zijn opgenomen, omdat de Prime Minister bevoegd is tot de wijziging daarvan op grond van de *Code* zelf.⁴⁶⁹

In de derde plaats stelt Barber dat de *Code* ook van invloed is op de handhaving van conventies. In de regel is de rechter bevoegd tot de handhaving van het recht. Hij is echter niet bevoegd de conventies te handhaven; die verantwoordelijkheid ligt in handen van de betrokken staatsinstellingen zelf op basis van relatief onduidelijke criteria. Er is echter wel een orgaan dat op de naleving van conventies uit de *Code* toeziet, namelijk – opnieuw – de Prime Minister. De *Ministerial Code* bepaalt:

'Ministers only remain in office for so long as they retain the confidence of the Prime Minister. He is the ultimate judge of the standards of behaviour expected of a Minister and the appropriate consequences of a breach of those standards.'⁴⁷⁰

Als een minister in opspraak komt, beoordeelt de Prime Minister primair aan de hand van de bewoordingen van de *Code* of het gedrag van de betref-

468 Barber merkt op dat de *Code* 'does not cover every aspect of ministerial responsibility, but it does codify and formalize many key parts of the doctrine'. Zie Barber 2010, p. 99. Helemaal onomstreden is die stelling overigens niet, omdat ook conventies waarvan de inhoud in een geschreven document is opgetekend strikt genomen informeel van karakter blijven. Het is daardoor mogelijk dat de feitelijke toepassing van een opgetekende conventie op den duur zal afwijken van de formulering van die conventie in een geschreven document.

469 Barber 2010, p. 100: '[T]he Prime Minister is the author of the Code, and is entitled to alter it whenever he sees fit. One of David Cameron's first acts as Prime Minister was to publish a revised version.'

470 *Ministerial Code* (laatste versie; augustus 2019), para. 1.6 (cursivering toegevoegd, GJAG).

fende minister al dan niet door de beugel kon.⁴⁷¹ In dat kader wijst Barber op verschillende gevallen waarin een minister een voorschrift uit de *Code* niet zou hebben nageleefd. Als voorbeeld noemt hij het onderzoek dat Prime Minister Tony Blair (Lab) liet uitvoeren naar Tessa Jowell (Lab), Secretary of State for Culture, Media and Sport. Jowells integriteit stond ter discussie, nadat haar echtgenoot een gift van de toenmalige Italiaanse premier Silvio Berlusconi had geaccepteerd. Uit het onderzoek naar haar functioneren bleek vervolgens dat er op basis van de voorschriften van de *Code* geen plicht voor Jowell bestond om van deze gift aan haar echtgenoot melding te maken. Daarmee was de kous af: vaststond dat zij gewoon kan aanblijven.⁴⁷² Zowel de Prime Minister als de in opspraak geraakte minister zou in deze gevallen hebben geaccepteerd dat het politieke lot van de laatstgenoemde minister afhangt van de gelding van de *Code*. In dat licht geldt volgens Barber een soort overkoepelende conventie, die een minister verplicht tot naleving van de regels die in de *Code* zijn opgenomen; deze conventie wijkt af van andere conventies in de zin dat zij de verplichting omvat om *andere* conventies na te leven maar zelf geen concreet gedrag voorschrijft.⁴⁷³

Niettemin onderkent Barber dat er nog altijd fundamentele verschillen bestaan tussen rechtsregels en de conventies uit de *Ministerial Code*. In beginsel is het bestaan van een rechtssysteem gebaseerd op de assumptie dat de binnen dat systeem geldende regels uitputtend zijn, waardoor het niet verplicht is regels buiten het geheel van rechtsregels na te leven.⁴⁷⁴ Voor de conventies uit de *Code* ligt dat daarentegen principieel anders, omdat de *Code* expliciet de voorrang van rechtsregels erkent; als de toepassing van de *Code* strijd zou opleveren met het recht, hoeven de betrokken ministers de in de

471 Barber 2010, p. 99: 'Since its publication in 1992, the *Code* has grown in political strength. In recent years those alleging ministerial misconduct have frequently argued that the *Code* had been violated.'

472 Barber 2010, p. 99: 'When, for instance, it was discovered that Tessa Jowell's husband had received a substantial sum from Silvio Berlusconi, the challenge to her integrity was framed within the *Code*. Her critics argued that this was a gift, and should, under the *Code*, have been reported to her Permanent Secretary. The Prime Minister concluded, after an investigation by the Cabinet Secretary, that by the time Jowell knew of the money the Inland Revenue had classed it as earnings, and it consequently did not need to be declared under the *Code*.' Zie over de positie van de Cabinet Secretary par. II.3.3.2.2.

473 Barber 2010, p. 100: 'The focus of political attention on the *Code* suggests the emergence of a new convention: one of the rules of ministerial responsibility now places a duty on Ministers to follow the rules set out in the *Code*. Failure to do so will lead to political censure and may end with the Minister leaving office.' Vgl. in dit kader ook over de (ook in de *Ministerial Code* opgenomen) conventie van de Collective Ministerial Responsibility Jaconelli 2013, p. 137-138: 'It presupposes a set of "second-order" conventions identifying the following matters: which "first-order" conventions may be waived; the person(s) by whom they may be waived; and the circumstances in which waiver is deemed permissible.' Zie nader over dit specifieke voorbeeld par. II.3.3.3.3.

474 Barber 2010, p. 101: 'Legal systems normally claim to provide a comprehensive set of their subjects' legal obligations. People are only required to act as the system demands, any further duties they accept are voluntary, a matter of personal choice.' Barber baseert zich hierbij op Raz 1979, p. 116.

Code opgenomen verplichtingen niet na te leven.⁴⁷⁵ De conventies uit de *Code* zijn volgens Barber daarom nog niet uitgekristalliseerd in een volwaardige rechtsregel. Desondanks is hij wel van mening dat het geheel van conventies in de *Code* steeds meer gelijkenissen begint te vertonen met rechtsregels.⁴⁷⁶ Overigens bedoelt hij daarmee niet dat de *Code*, op basis van de klassieke definitie van het recht, vatbaar zal zijn voor handhaving voor de rechter, maar vooral dat dit geheel van conventies steeds meer een met rechtsregels vergelijkbaar, systemisch, karakter heeft gekregen.

Uit deze ontwikkeling blijkt dat het in sommige gevallen relatief lastig is een scherp onderscheid tussen recht en conventie te maken. In dat licht verdient het criterium op basis waarvan dit onderscheid doorgaans wordt gemaakt, de handhaafbaarheid van een regel voor de rechter, nadere bespreking.

II.3.4.2 *Het onderscheid tussen recht en conventie: twee benaderingen*

De centrale maatstaf voor het maken van een onderscheid tussen recht en conventie vormt de mate waarin een betreffende regel handhaafbaar is voor de rechter: de rechter handhaaft rechtsregels wel, maar conventies niet. Op deze plaats komt de huidige betekenis van deze maatstaf voor de onderscheiding van beide soorten regels aan de orde. Bovendien komt, om de betekenis van deze maatstaf nog meer reliëf te geven, de kritiek op dit criterium van T.R.S. Allan aan de orde.

II.3.4.2.1 *De gangbare benadering: de handhaafbaarheid van de regel voor de rechter vormt de centrale maatstaf voor het onderscheiden van recht en conventie*

Vrijwel vanaf het begin van het moment waarop de theorievorming van de conventie op gang kwam, rond het begin van de negentiende eeuw, was duidelijk dat deze groep regels uitdrukkelijk van het recht moet worden onderscheiden.⁴⁷⁷ Kenmerkend voor de conventie is dat zij geen deel uitmaakt van een van de reguliere rechtsbronnen die vatbaar zijn voor handhaving voor de rechter, namelijk de common law en statute law. Het volgens Dicey centrale criterium waarmee kan worden bepaald of een regel deel uitmaakt van het recht of (eventueel) een conventie is,⁴⁷⁸ namelijk de handhaafbaarheid van de regel voor de rechter, is niet (meer) helemaal accuraat. Er is immers

475 *Ministerial Code* (laatste versie; augustus 2019), para. 1.3: 'The *Ministerial Code* should be read against the background of the overarching duty on Ministers to comply with the law (...).'

476 Barber 2010, p. 103: '[The *Ministerial Code*] is not a clear, or central, instance of a legal system, but it now possesses many of the characteristic features of a legal system. There may come a point, indeed, we may even have reached this point, when the *Code* joins the pack of normative systems that roam in the penumbra of law.'

477 Zie par. II.3.2.1.

478 Volgens Dicey zijn conventies 'not in reality laws at all since they are not enforced by the courts'. Zie het volledige citaat in par. II.2.1.

ook statute law van kracht die niet vatbaar is voor rechterlijke handhaving, zoals de Parliament Acts 1911 and 1949 waarin een procedure is vastgelegd waarmee het voor de House of Commons mogelijk is een nieuwe Act of Parliament aan te nemen zonder instemming van de House of Lords.⁴⁷⁹ Indien de in deze Acts omschreven procedure wordt gevolgd, is het echter niet aan de rechter maar aan de Speaker van de House of Commons om te bepalen of de relevante voorschriften uit de Acts zijn nageleefd.⁴⁸⁰

In zoverre is het dus inderdaad mogelijk dat binnen het politieke domein Acts of Parliament gelden waarin geen rol voor de rechter is weggelegd. Op zichzelf betekent dat echter nog niet dat het criterium van de handhaafbaarheid voor de rechter niet bruikbaar is voor het kunnen afzonderen van de conventie ten opzichte van het recht. Als de rechter oordeelt dat niet hij, maar de Speaker bevoegd is om te beoordelen of de House of Commons in overeenstemming met de voorschriften uit de Parliament Acts 1911 and 1949 heeft gehandeld, dan handhaaft hij die wet toch; in dat geval legt hij zich immers neer bij het oordeel van de Speaker, zoals door de Acts wordt voorgeschreven.⁴⁸¹

Volgens Morton is er nog een andere reden om vast te houden aan de door Dicey geïntroduceerde maatstaf. In zijn ogen vormt het geheel van conventies in de constitutie 'a formidable miscellany of different sorts of norms deriving from a great diversity of sources' waarvan de precieze inhoud vanwege zijn 'lack of certainty' en 'lack of precision' niet goed (systematisch) vastgelegd kan worden.⁴⁸² In het licht van de functie van de rechter, die de precieze gevolgen van de reikwijdte en eventuele schending van de geldende regels steeds op basis van *hun tekst* moet vaststellen,⁴⁸³ zijn conventies in het licht van hun karakter als informele regel ook niet geschikt om te worden toegepast door de rechter of een daarmee vergelijkbare arbiter, zo betoogt Morton. Bij nader inzien is het verschil tussen statute law en conventie, gelet op de toename van het aantal *Codes* waarin conventies zijn opgenomen, minder groot geworden; door de optekening van conventies in een geschreven document hebben zij, net als het recht, een steeds systemischer karakter gekregen. Wel blijft de conventie in de kern een informele regel, ook

479 Zie over de inhoud en achtergrond van beide wetten par. II.2.6.

480 Zie par. II.3.3.4.2.

481 Vgl. Munro 1975, p. 225: '[T]he so-called ordinary courts concede jurisdiction in these areas [bedoeld zijn de delen van het recht die op grond van de tekst van de wet niet door de rechter maar door een ander (politiek) orgaan worden gehandhaafd, GJAG], while drawing and enforcing their limits.' De basis voor de onbevoegdheid van de rechter om de Parliament Acts 1911 and 1949 te handhaven is het zogeheten 'parliamentary privilege' van Article 9 van de Bill of Rights 1689, waarover par. II.2.3.

482 Morton 1991-1992, p. 133, 135 met instemming van Feldman 2013, p. 95.

483 Morton 1991-1992, p. 135: 'The rules employed by the judges have a relatively high degree of certainty. Though much has been made of the "open texture" of legal rules, the process of legal incorporation is designed to make the rules as certain as can be. The judicial declaration of the law is an attempt to articulate precisely the rules which justify decisions. Where there is uncertainty it is the job of the judges to remove it.'

voor zover zij in een Code is opgetekend, waardoor het onderscheid wel nog van betekenis blijft. In dat licht blijft het mogelijk een scherp onderscheid te maken tussen statute law en conventie, dat uitdrukking geeft aan de autonomie van (de organen van) het parlement en de regering.

Voor zover het gaat om het onderscheid tussen de conventie en de common law ligt dat ingewikkelder. Zowel aan de conventie als aan de common law liggen redenen, of zoals sommige auteurs zouden zeggen: beginselen,⁴⁸⁴ ten grondslag die in sommige gevallen kunnen overlappen; in een dergelijk geval staat niet direct vast waartoe de rechter precies bevoegd is. De rechter mag immers niet een conventie toepassen, maar hij dient wel een aan de common law ten grondslag liggend beginsel toe te passen. Een dergelijke overlap kan zich voordoen, omdat een rechtszoekende op grond van de common law altijd aanspraak kan maken op (een minimumvorm van) rechtsbescherming bij een rechter tegen beslissingen of maatregelen waarvoor niet een andere (wettelijke) rechtsbeschermingsprocedure in het leven is geroepen. In dat geval is sprake van 'judicial review', waarbij de rechter op basis van een marginale toets beoordeelt of de wijze van totstandkoming van de litigieuze beslissing of maatregel van overheidswege⁴⁸⁵ in overeenstemming met het recht heeft plaatsgevonden.⁴⁸⁶

Volgens Elliott heeft de rechter in het licht van de mogelijkheid van 'judicial review' de mogelijkheid om op basis van common-law-beginselen, zoals de 'separation of powers' en de 'rule of law', in zijn uitspraken richting te geven aan het constitutionele *recht*.⁴⁸⁷ Tegelijkertijd gelden er conventies die ook uitdrukking geven aan een achterliggende goede reden die volgens

484 Zie o.a. Morton 1991-1992, p. 173-175; Feldman 2013, p. 97. Ikzelf vermijd het woord 'beginsel' liever in dit kader, omdat het gebruik van die term tot verwarring kan leiden. Een beginsel is een op zichzelf staand fenomeen dat zich als zodanig (bijv. als onderdeel van de common law) leent voor (rechterlijke) toepassing, terwijl een aan een conventie ten grondslag liggende reden slechts geldt *via* die conventie en mede daarom niet, uitzonderingen daargelaten, in aanmerking komt voor rechtstreekse rechterlijke toepassing.

485 Het is mij hier primair te doen om de bevoegdheid van de rechter in publiekrechtelijke zaken. Ik laat de mogelijkheid van de gelding van conventies in privaatrechtelijke zaken op deze plaats verder buiten beschouwing. Wel bespreek ik de civiele zaak *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd* in par. II.3.4.3.1.

486 Vgl. o.a. Elliott & Thomas 2017, p. 476-477: 'The traditional focus of judicial review has been on the way in which the decision is taken, rather than on the decision itself. (...) [W]here Parliament has not created a right of appeal to a tribunal, the decision can be challenged only via judicial review [cursiveringen in citaat verwijderd, GJAG].' Zie nader (in het Nederlands) over judicial review Uzman 2013, p. 464-466 met verdere verwijzingen.

487 Elliott 2002, p. 363: '[T]he constitutional principle of the separation of powers determines the perimeter and intensity of judicial review, while the rule of law clearly influences the development of the law in areas as diverse as locus standi, contempt of court, collateral challenge and the grounds of judicial review. These examples are given not as situations in which *conventions* have acquired legal recognition, but simply as instances of constitutional *principle* shaping the content of constitutional *law* [cursiveringen in origineel en verwijzingen in originele citaat naar de relevante rechterlijke uitspraken zijn verwijderd, GJAG].'

Elliott met een beginsel vergelijkbaar is. Als voorbeeld daarvan noemt Elliott de Sewel Convention die blijk geeft van ‘respect for regional autonomy’ van het Westminster parlement. Volgens Elliott leidt die constatering mogelijk in de toekomst tot de relativering van het onderscheid tussen recht en conventie:

‘Given this relationship between constitutional principle and law, and given that constitutional conventions (properly so-called) are underpinned by constitutional norms, there is no reason why the constitutional principles which underlie conventions should not also, in appropriate circumstances, operate to influence the evolution of constitutional law. This approach does not inevitably involve giving the force of law to conventions. It simply recognises that expression may be given to constitutional principles in different ways – by institutionalising them conventionally or legally – and that there need be no watertight dividing line between those two methodologies. As circumstances change – for instance, as greater normative weight is ascribed to a given value – it may be appropriate and desirable to move from political enforcement of the value (by recognising it as giving rise to a convention) towards legal enforcement. This organic process, whereby the common law recognises and gives legal weight to values which are adjudged to be of sufficient normative importance, is well established; and it would be illogical to exclude a given norm (which has hitherto been reflected by convention) from that process of the acquisition of legal weight simply because of a dogma that rigorously divorces convention and law.’⁴⁸⁸

Vanwege de overlap die er tussen de aan een conventie ten grondslag liggende reden en een (toekomstig) common-law-beginsel kan bestaan, is het volgens Elliott denkbaar dat het onderscheid tussen recht en conventie in de toekomst verder zal vervagen; het is volgens die redenering ook denkbaar dat de rechter in de toekomst wel zal overgaan tot de handhaving van conventies. Deze niet onomstreden stellingname⁴⁸⁹ is tot dusverre door de UK Supreme Court gelogenstraft: deze hoogste rechter heeft in 2017 nog geweigerd tot de handhaving van de Sewel Convention over te gaan.⁴⁹⁰ Dit neemt echter niet weg dat het niet altijd eenvoudig is een scherp onderscheid tussen recht en conventie te maken.

II.3.4.2.2 *De benadering van T.R.S. Allan: het onderscheid tussen recht en conventie moet worden verworpen*

Tot dusver was de aanname van deze paragraaf *dat* er een onderscheid tussen recht en conventie bestaat. T.R.S. Allan is echter van mening dat het doel-

488 Elliott 2002, p. 361-362.

489 Vgl. o.a. Jaconelli 2015, p. 369-370: ‘Elliott’s thesis (...) would mean that a norm that will have long been observed as a conventional standard, one day and without any warning to those concerned, will attain legal status with all the accompanying features of legal enforcement flowing from transgression at that moment in time (the invalidation of actions, liability in damages, etc.). The ensuing subversion of people’s expectations would clearly be very undesirable (...).’ In die zin ook Jaconelli 2005, p. 162.

490 Zie par. II.3.4.3.3.

loos is om een dergelijk onderscheid te maken. Hij baseert deze gedachte op een meer algemene theorie over de constitutie van het Verenigd Koninkrijk en haar wetenschappelijke bestudering. Aan de basis van deze theorie ligt de gedachte dat de constitutie, bij afwezigheid van een grondwet, bestaat bij de gratie van de beginselen die in de common law zijn te vinden; in dat kader noemt hij als voorbeelden de ‘democratic grounds’ die de rechtvaardiging vormen van de ‘sovereignty of Parliament’ en ‘the principle of legality’ op basis waarvan de uitoefening van dwang door de overheid niet mogelijk is zonder wettelijke grondslag.⁴⁹¹ Deze theorie wijkt aanzienlijk af van de gangbare gedachte dat de parlementaire soevereiniteit de basis vormt van de constitutie.⁴⁹² Allan is van mening dat de gelding van de common law *voorafgaat* aan de parlementaire soevereiniteit; uit de common law volgt volgens Allan niet alleen dat het parlement soeverein is, maar ook hoe de rechter de door het parlement vastgestelde Acts moet interpreteren en toepassen.⁴⁹³ In het licht van deze karakterisering van de common law als fundament van de constitutie past volgens Allan een prominente rol voor de rechter. Wie de constitutie wil uitleggen en toepassen, zal daarbij steeds het geldende recht dienen te evalueren op basis van de beginselen die voortvloeien uit de common law. Volgens Allan is de rechter bij uitstek geëquipeerd om een dergelijke evaluatieve activiteit uit te voeren.

Tegen de achtergrond van deze centrale stelling betoogt Allan dat het niet mogelijk is een onderscheid tussen recht en conventie te maken op basis van het criterium van de handhaafbaarheid voor de rechter. Wie een dergelijk onderscheid maakt, beoogt volgens Allan slechts vanuit een *extern* perspectief te beschrijven wat anderen doen. Wie een dergelijk perspectief inneemt, richt zich louter op een *beschrijving* van de geldende regels (waarmee hij doelt op rechtsregels en conventies) zonder de inhoud van die regels te willen beoordelen. Volgens Allan past een dergelijk perspectief bij het onderzoek dat politicologen doorgaans uitvoeren; zij zijn vooral geïnteresseerd in de beweegredenen van de betrokken actoren voor het nemen van bepaalde beslissingen, terwijl zij die beslissingen doorgaans niet willen rechtvaardigen.

491 Allan 2013, p. 17: ‘We must interpret our constitution in the light of the demands of constitutionalism, as we conceive that noble ideal. The legislative supremacy of Parliament can be defended on democratic grounds: the people’s representatives, fairly elected, ought to possess the power of changing the law when justice or the public good requires reform. And the principle of legality, that no public official (any more than a private citizen) should be able to exercise coercion without proper constitutional authority, is as much a basic precept of the British Constitution as an expression of the central idea of constitutionalism. To understand the constitution is therefore to grasp the principles that underpin and justify our practice.’

492 Zie par. II.2.1.

493 Allan omschrijft de constitutie als ‘a framework of legal principles and values amounting to an enduring constitution—a common law constitution that provides the source of parliamentary supremacy and the context in which Acts of Parliament are construed and applied’. Zie Allan 2013, p. 32.

Allan is van mening dat juristen niet kunnen volstaan met het innemen van een dergelijk extern perspectief.⁴⁹⁴ Voor hen bepleit hij het handelen van de staatsinstellingen te beoordelen aan de hand van een *intern* gezichtspunt. Wie op basis van een dergelijk intern perspectief het geldende recht beoordeelt is niet zozeer geïnteresseerd in de perceptie van politici over de gelding van die regels, maar veeleer in de vraag welke verplichtingen uit de geldende regels *zouden moeten* voortvloeien.⁴⁹⁵ In dat opzicht sluit Allan zich aan bij de stelling dat de vaststelling van de conventie niet alleen afhangt van de vraag of een actor zich aan een conventie gebonden acht, maar tevens van de vraag of hij zich aan de conventie gebonden zou moeten achten.⁴⁹⁶ Een jurist dient dan ook bij de beschrijving van de politieke theorie zijn toevlucht te nemen tot zijn eigen interpretatie van de relevante constitutionele beginselen die die theorie ook *rechtvaardigen*. In de woorden van Allan:

‘Constitutional theory must be an *account* of “political reality”, in the sense that it should explain the legal consequences of political change: it must exhibit the moral basis on which political change has been accepted as legitimate.’⁴⁹⁷

Volgens de benadering van Allan staat de gelding van een conventie niet op zichzelf, maar ligt zij in het verlengde van bepaalde normatieve aspiraties. Een jurist dient volgens hem de conventie in het licht van die aspiraties te interpreteren. Daarom heeft iedere interpretatie van een conventie in de ogen van Allan betrekking op

‘the *role* of the pertinent custom or convention within the polity, providing an account of how it contributes to good government or some aspect of political morality. When government is conducted within the limits of the rule of law, as in a well-ordered liberal or social democracy, the relevant considerations of good governance will naturally reflect the requirements and objectives of legality: good political practice will support the maintenance of the rule of law, just as preservation of the rule of law will protect and enhance the working of democracy’.⁴⁹⁸

494 Allan 2013, p. 56: ‘It is customary for public lawyers to distinguish between constitutional law, on one hand, and convention, on the other; but that distinction largely reflects the external or descriptive, appropriate for the detached political scientist, perhaps, but not for the lawyer or legal theorist.’

495 Allan 2013, p. 55: ‘We must distinguish (...) between the external perspective of someone who seeks only to describe what others do – recounting examples of politicians’ behaviour that reveals what those politicians believe about the pertinent rules – and the internal perspective of the interpreter, who seeks to establish what, if anything, the rules actually require in all the circumstances.’

496 Allan doelt hiermee op de invulling van het tweede criterium van de Jennings-test (de overtuiging van gebondenheid van de betrokken actor). Zie nader par. II.3.3.2.2.

497 Allan 2013, p. 73-74 (cursivering in origineel, GJAG).

498 Allan 2013, p. 59 (cursivering in origineel, GJAG).

In dat opzicht verschilt de conventie volgens Allan niet wezenlijk van de rechtsregel, die eveneens in het licht van de rule of law geïnterpreteerd dient te worden. Het is daarom in zijn ogen weinig zinvol om rechtsregels en conventies van elkaar te onderscheiden. Allan betoogt:

‘We can accept a clear distinction between law and convention only if we treat them as composed of separate bodies of rules, sufficiently clear and self-contained to be applicable without recourse to any underlying reasons; for as soon as we turn to consider such underlying reasons, when a rule’s requirements are doubtful or contested, law and convention merge in a broader reflection on constitutional principle.’⁴⁹⁹

Het zou volgens Allan doelloos zijn om conventies a priori aan de beoordeling door de rechter te onttrekken, omdat zij net als rechtsregels een reflectie vormen van een ‘constitutional principle’ zoals de rule of law. Hij betoogt dat ook de rechter zich bij de beslechting van een geschil zal laten leiden door zijn uitleg van een dergelijk ‘principle’ waarvan de inhoud afhankelijk is van zowel rechtsregels uit statutes en de common law als van sociale regels zoals conventies.⁵⁰⁰ Volgens Allan is het voor de rechter slechts relevant of zijn invulling van de betreffende regel leidt tot een beslissing die in overeenstemming met zijn uitleg van een ‘constitutional principle’ kan worden gebracht, niet of de regel zijn herkomst vindt in statute law of in de common law.⁵⁰¹

De benadering van Allan wijkt in sterke mate af van de benadering van het politieke constitutionalisme.⁵⁰² Volgens deze leer zijn beslissingen over de inhoud van het recht uiteindelijk *politieke* beslissingen die per definitie niet moreel neutraal zijn. Het nemen van dergelijke beslissingen zou volgens politiek constitutionalisten moeten worden overgelaten aan staatsinstellingen die direct verantwoording afleggen voor hun beslissingen aan het electoraat, met name via het parlement. Een rechter dient zich dan ook buiten dergelijke politieke beslissingen te houden.

Allan verwerpt deze redenering. In zijn ogen gaat het politiek constitutionalisme ten onrechte uit van de gedachte dat een duidelijke afbakening van de rol van de rechter ten opzichte van die van de wetgever mogelijk is. Volgens zijn interne benadering vergt de beoordeling van *iedere* zaak een beoordeling van de relevante constitutionele beginselen; het is derhalve niet mogelijk een onderscheid te maken tussen zaken waarover een rechter zich kan uitlaten

499 Allan 2013, p. 66.

500 Allan 2013, p. 67.

501 Allan 2013, p. 81: ‘If the law is to be found in the rules prescribed by statute or laid down by judges in exercise of a discretion to make law in the gaps between existing rules, it need have no systematic connection with convention. (...) Neither common law nor convention is made, whether by judges or politicians, as an act of will: each is a *construction of reason*, based on argument about the requirements of justice and good governance in particular instances [cursivering in origineel, GJAG].’

502 Zie over het politiek constitutionalisme par. II.2.7.

omdat zij 'slechts' een eenvoudige interpretatie van een wet zouden vereisen en zaken waar de rechter zich buiten zou moeten houden omdat er aan die zaken een constitutionele dimensie kleeft.⁵⁰³ Allan acht het dan ook niet mogelijk om een onderscheid te maken tussen het juridische en het politieke constitutionalisme, omdat een dergelijk onderscheid volgens hem miskent dat ieder juridisch geschil een beoordeling van het recht in het licht van constitutionele beginselen vergt.⁵⁰⁴ Hij houdt echter geen pleidooi voor rechterlijke handhaving van *alle* conventies. Er bestaan volgens hem wel degelijk conventies die beter door de betrokken staatsinstelling zelf, zonder betrokkenheid van een rechter, kunnen worden gehandhaafd; zijn punt is veeleer dat het niet mogelijk is om conventies a priori van het toepassingsbereik van een rechter af te zonderen, omdat zij een invulling van een bepaald constitutioneel beginsel bevatten die een rechter niet per definitie kan negeren.⁵⁰⁵

Ondanks deze nuancerings kan de benadering van Allan op weinig bijval in de literatuur rekenen. De meeste auteurs verwerpen de zienswijze van Allan op basis van het argument dat zowel de constitutionele conventie als het constitutionele recht een eigen rol in de constitutie vervult, ondanks de mogelijke overlappings die er in de praktijk tussen recht en conventie kunnen bestaan. Auteurs die een strikt onderscheid tussen beide soorten regels hanteren, beschouwen de rechtspraak over de gelding van conventies juist als een bevestiging van dat onderscheid. Volgens Jaconelli zou het onderscheid tussen recht en conventie slechts opgeheven dienen te worden als de rechter ook daadwerkelijk bevoegd is om een conventie rechtstreeks, dus los van de gelding van het recht, te handhaven. In de huidige rechtspraak is daarvan geen sprake. Als de rechter erkent dat een bepaalde conventie *relevant* is voor de uitkomst van een geschil, dan zou hij niet meer doen 'than

503 Allan 2013, p. 84: 'It is simply fallacious to suppose that there is any important distinction between ordinary cases of statutory interpretation, on one hand, and cases of constitutional dimension, on the other. All cases of interpretation involve complex judgements of constitutional propriety; these provide the basis and context for resolving disputed questions of meaning.'

504 Om die reden wijkt Allans benadering af van de in par. II.3.4.2.1 besproken benadering van Elliott, welke laatste auteur ervan uitgaat dat er wel een onderscheid tussen de juridische en politieke constituties bestaat. Zie Allan 2013, p. 74: 'The gulf between the legal and political constitutions (...) is the disjunction between two descriptive accounts, *external* to the ordinary process of legal interpretation. From an appropriately internal perspective, faithful to both the rule of law and democratic principle, the gulf disappears: the content of public law depends as much on political morality, correctly understood, as on the commands or opinions of those best placed to wield political power [cursivering in origineel, GJAG].'

505 Allan 2013, p. 65: 'This is not to deny that some rules may be better enforced, if at all, by politicians than by judges. If, for example, a government minister's credibility depends on his retaining the confidence of the House of Commons, any alleged lack of integrity or competence is essentially a matter for parliamentary judgement; the relevant requirements of convention will be settled outside the courts. Since, however, matters of convention may sometimes be relevant to legal proceedings, they are a legitimate source of *normative judgement* that a court cannot properly ignore [cursivering in origineel, GJAG].'

exercise a “gravitational pull” on the strictly legal materials and the application to the case in hand’.⁵⁰⁶ Hij past dan echter niet de conventie, maar het recht toe. De rechter is volgens deze benadering wel bevoegd om het bestaan van de conventie te erkennen en waar mogelijk in zijn oordeel te betrekken, maar hij kan niet tot de rechtstreekse handhaving van een conventie overgaan.⁵⁰⁷

Allan zou een dergelijk onderscheid vanuit het door hem bepleite interne perspectief echter gekunsteld vinden, omdat er volgens dat perspectief geen onderscheid tussen erkenning en handhaving van een regel bestaat. Een rechter die het bestaan van een conventie erkent, zou de inhoud van die conventie tevens goedkeuren omdat hij die conventie in het licht van zijn eigen interpretatie van de geldende constitutionele beginselen heeft beoordeeld.

II.3.4.2.3 *Balans*

Van oudsher bestaat er een onderscheid tussen recht en conventie, waarbij het criterium van de handhaafbaarheid voor de rechter als centrale maatstaf geldt: rechtsregels zijn vatbaar voor handhaving door de rechter, conventies niet. Deze maatstaf is nuttig in de zin dat hij bevestigt dat er geen ander (rechterlijk) orgaan bevoegd is regels voor te schrijven aan de bij conventies betrokken politieke actoren dan die actoren *zelf*; in zoverre kan de maatstaf dan ook worden gezien als een belangrijk kenmerk van de ‘politieke’ constitutie die het Verenigd Koninkrijk kent waarin de erkenning van de autonomie van regering en parlement een belangrijke plaats heeft.

Tegelijkertijd valt niet te ontkennen dat conventies steeds vaker ook opgetekende regels zijn. Als zij worden opgetekend in officiële, van overheidswege uitgegeven documenten zonder juridische status, heeft de optekening vanuit zuiver constitutioneel oogpunt slechts beperkte betekenis: alleen als een opgetekende regel in de praktijk ook wordt nagevolgd, is er daadwerkelijk sprake van een conventie. Dat neemt niet weg dat sommige van die informele documenten, zoals de *Ministerial Code*, vaak hun eigen handhavingsmechanismen kennen. In de praktijk kan dan het verschil tussen recht en conventie vervagen: net als het recht, nemen dergelijke conventies in toenemende mate de verschijningsvorm aan van een geformaliseerde regel die deel uitmaakt van een *regelsysteem*.

Daar komt nog bij dat conventies kunnen overlappen met beginselen die deel uitmaken van de common law. Volgens Allan brengt die overlap mee dat opheffing van het onderscheid tussen recht en conventie noodzakelijk is. Hij meent dat de mogelijkheid van rechterlijke handhaving van een con-

506 Jaconelli 2005, p. 161-162.

507 In dit kader wordt zowel in de literatuur als in de rechtspraak regelmatig verwezen naar de uitspraak van het Canadian Supreme Court in de zaak *Reference re Amendment of the Constitution of Canada (Nos 1, 2 & 3)* [1981] 1 SCR 753, waarin de hoogste Canadese rechter een onderscheid maakt tussen ‘recognition’ en ‘enforcement’ van conventies.

ventie in ieder geval niet a priori kan worden uitgesloten, indien een beginsel van de common law aan de gelding van de betreffende conventie ten grondslag ligt. Allan baseert deze benadering van de constitutie op de stelling dat niet de parlementaire soevereiniteit, maar de common law de basis vormt voor de gehele constitutie. In die lezing is een belangrijke rol weggelegd voor de rechter. Voor vrijwel alle andere auteurs, die de benadering van Allan verwerpen en vasthouden aan het traditionele onderscheid tussen recht en conventie, vormt echter de parlementaire soevereiniteit zelf de basisdoctrine van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk.

Hoe het ook zij, duidelijk is dat beide lezingen elk tot een heel verschillende uitkomst leiden: volgens Allans lezing is het niet mogelijk a priori een onderscheid tussen recht en conventie te maken, terwijl volgens de gangbare, orthodoxe benadering het op voorhand maken van een dergelijk onderscheid juist voortvloeit uit het recht.

In dat licht is het dienstig een nadere blik te werpen op de rechtspraak zelf, omdat zo een beter beeld kan worden geschetst van het soort zaken waarin de rechter zich eventueel moet uitspreken over de gelding van een conventie.

II.3.4.3 De rechtspraak

Volgens de nog altijd gangbare, orthodoxe benadering vormt de conventie geen recht, omdat zij niet handhaafbaar is voor de rechter. Doorgaans wordt deze benadering ook in de rechtspraak gevolgd.⁵⁰⁸ Toch komt het een enkele keer voor dat de gelding van een conventie⁵⁰⁹ toch relevant is voor de uitkomst van een (formeel) civielrechtelijk of een bestuursrechtelijk geschil,⁵¹⁰ waardoor een rechter een bepaalde conventie in zijn oordeel zal betrekken.

508 Zie o.a. *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Southall* [2003] EWCA Civ 1002 [2003] 3 CMLR 562. In deze uitspraak overwoog de Court of Appeal dat de handhaving van een conventie 'a matter for political judgment and not for the courts' is. Tevens oordeelde de Court in deze uitspraak dat hij in het licht van het niet-juridische karakter van de conventie ook niet bevoegd is tot het doen van een declaratoire uitspraak over de gelding van een conventie.

509 Volgens sommige auteurs echter lijkt het echter veel regelmatigier voor te komen dat de rechter zich dient te buigen over een conventie. Allan bijvoorbeeld lijkt een ruimere definitie van de constitutionele conventie te hanteren dan gangbaar is. Hij schaaft onder de conventie ook 'practices' van bestuursorganen waaraan een burger in sommige gevallen een 'legitimate expectation' kan ontleen 'that a public body will exercise its discretion in some way'. Wanneer het bestuursorgaan vervolgens niet aan de verwachtingen van de burger voldoet, zal de burger vervolgens aanspraak kunnen maken op the 'law's protection'. Zie Allan 2013, p. 68-69, 77-78. Volgens die ruimere definitie zal een rechter zich vaker over 'conventies' moeten buigen. Het is echter allerminst onomstreden dat een dergelijke definitie recht doet aan het 'constitutionele' karakter van de conventie. Zie daarover nader par. II.3.3.1.1. De door Allan in zijn werk besproken uitspraken over 'legitimate expectations' blijven hier verder buiten beschouwing.

510 In theorie is het tevens denkbaar dat een conventie in een strafrechtelijke zaak figureert. Vgl. Jaconelli 2005, p. 161-162; Allan 2013, p. 67.

Er zijn in ieder geval drie⁵¹¹ rechtszaken voorhanden waarin een rechter zich over de gelding van een conventie heeft uitgelaten: de uitspraak van de High Court of England and Wales (Queen's Bench Division) in de zaak *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd* uit 1975 (gepubliceerd in 1976), de uitspraak van de UK Supreme Court in de zaak *R (Evans) v Attorney-General* uit 2015 en de uitspraak van de UK Supreme Court in *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* uit 2017. Tevens komt de uitspraak van de UK Supreme Court in de gevoegde zaken *R (Miller) v The Prime Minister* en *Cherry v Advocate General for Scotland* uit 2019 aan de orde. Hoewel in die zaak weliswaar niet rechtstreeks de toepassing van een conventie in het geding was, is de politiek gevoelige kwestie die daarin centraal stond illustratief voor de overlap die er tussen recht en conventie kan bestaan.

In deze paragraaf komen de belangrijkste overwegingen uit deze vier uitspraken aan de orde.

II.3.4.3.1 *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd*

In de uitspraak van de High Court of Justice of England and Wales in de zaak *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd* stond de vraag centraal of uitgeverij Jonathan Cape gerechtigd was de dagboeken van oud-minister Richard Crossman (Lab)⁵¹² te publiceren.⁵¹³ Crossmans dagboeken handelen over zijn ministerschap in de eerste twee regeringen van Harold Wilson (Lab; 1964-1970). Kort na Crossmans dood in 1974 startte de *Sunday Times*, in overeenstemming met zijn uitdrukkelijke wens, met de publicatie van dagboekfragmenten die betrekking hadden op Crossmans ministerschap. Het was de bedoeling dat een verzameling van de dagboekfragmenten later als boek zou verschijnen. Zoals toen gebruikelijk was, legde de krant de te publiceren fragmenten eerst voor aan de Cabinet Secretary.⁵¹⁴ De laatstgenoemde weigerde toestemming te verlenen voor publicatie van de fragmenten. De *Sunday Times* ging echter toch tot publicatie van de dagboekfragmenten over. Ook uitgever Jonathan Cape zette de plannen door om de verzamelde fragmenten in boekvorm te laten verschijnen.

511 Ik baseer mij hier op de 'existing case law' die Elliott in 2017 onderscheidde, waar hij (afgezien van de ook te bespreken *Miller (no. 1)*-zaak, die het onderwerp van zijn artikel vormt) verwees naar de zaken *Jonathan Cape Ltd* uit 1976 en *Evans* uit 2012. Zie Elliott 2017, p. 276.

512 Crossman diende respectievelijk als Minister of Housing and Local Government (1964-1966), Lord President of the Council (1966-1968) en ten slotte als Secretary of State for Social Services (1968-1970).

513 *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd* [1976] QB 752 per Lord Widgery CJ (hierna: *Jonathan Cape Ltd*).

514 Zie over de positie van de Cabinet Secretary par. II.3.3.2.2.

In reactie daarop eiste de Attorney-General⁵¹⁵ namens de regering voor de rechter dat Jonathan Cape en de *Sunday Times* van verdere publicatie van de dagboekfragmenten zouden afzien. De Attorney-General bepleitte voor de rechter dat publicatie uiteindelijk een einde zou maken aan de conventie van collectieve ministeriële verantwoordelijkheid (of de homogeniteitsregel).⁵¹⁶ Hij stelde dat in ieder geval het volgende in het licht van die conventie niet is toegestaan:

‘(a) disclosure of Cabinet documents or proceedings in such a way as to reveal the individual views or attitudes of ministers; (b) disclosure of confidential advice from civil servants, whether contained in Cabinet papers or not; (c) disclosure of confidential discussions affecting the appointment or transfer of such senior civil servants’.⁵¹⁷

De verdediging bracht daartegen in dat deze informatie slechts op basis van een *conventie* een vertrouwelijk karakter draagt. Er zou, zo meenden Jonathan Cape en de *Sunday Times*, geen expliciete wettelijke plicht bestaan tot het waarborgen van de vertrouwelijkheid van de vergaderingen van het Cabinet, behalve in het uitzonderlijke geval waarin de informatie gevoelige informatie over de nationale veiligheid bevat.⁵¹⁸

De rechter in deze zaak, Lord Widgery van de Queen’s Bench Division,⁵¹⁹ stelde eerst vast hoever de plicht tot geheimhouding van de vergaderingen van het Cabinet volgens het constitutionele *recht* reikt. Hij constateerde allereerst dat er onder de betrokken voormalige Cabinet Ministers geen eensgezindheid bestond over de reikwijdte van deze verplichting:

515 De Attorney-General is de hoogste juridisch adviseur van de regering. Hij treedt daarnaast op als vertegenwoordiger van de regering in civielrechtelijke zaken en staat aan de top van het Crown Prosecution Office (vergelijkbaar met het OM in Nederland). Zie Brazier 1998, p. 134-135.

516 Hij stelde dat na publicatie ‘nothing could stop the snowball process of proliferation of information from rolling downhill and taking with it the shattered remains of the system of Cabinet collective responsibility’. Zie Marshall 1986, p. 59.

517 *Jonathan Cape Ltd* QB 765.

518 De rechter in deze zaak, Lord Widgery, vat de stelling van de verdediging als volgt samen: ‘The defendants’ main contention is that whatever the limits of the convention of joint Cabinet responsibility may be, there is no obligation enforceable at law to prevent the publication of Cabinet papers and proceedings, except in extreme cases where national security is involved. In other words, the defendants submit that the confidential character of Cabinet papers and discussions is based on a true convention as defined in the evidence of Professor Henry Wade, namely, an obligation founded in conscience only. Accordingly, the defendants contend that publication of these Diaries is not capable of control by any order of this court.’ Zie *Jonathan Cape Ltd* QB 765.

519 The Queen’s Bench Division is een onderdeel van Her Majesty’s High Court of Justice in England en beslist in eerste aanleg over zaken van ‘high importance’ en ‘high value’. Zie gov.uk/courts-tribunals/queens-bench-division-of-the-high-court.

'It seems to me that the degree of protection afforded to Cabinet papers and discussion cannot be determined by a single rule of thumb. Some secrets require a high standard of protection for a short time. Others require protection until a new political generation has taken over.'⁵²⁰

Volgens Widgery diende het algemene belang dat met de geheimhouding van de dagboekfragmenten was gemoeid dan ook afgewogen te worden tegen andere belangen, zoals de bescherming van de vrijheid van meningsuiting. In dat licht zou het volgens hem nogal ver gaan om de geheel of gedeeltelijke publicatie van de dagboekfragmenten, louter op grond van het algemeen belang, te verbieden:

'In the present action against the literary executors, the Attorney-General asks for a perpetual injunction to restrain further publication of the Diaries in whole or in part. I am far from convinced that he has made out a case that the public interest requires such a Draconian remedy when due regard is had to other public interests, such as the freedom of speech (...).'

Widgery constateerde vervolgens dat de relevante wetgeving niet expliciet aan de publicatie van de dagboekfragmenten in de weg staat. Hij overwoog dat

'the Attorney-General concedes that the present defendants are not in breach of the Official Secrets Acts [bedoeld is de enige wettelijke grondslag die bestaat om openbaarmaking van de notulen van het Cabinet te verbieden, namelijk op de grond dat de openbaarmaking van die informatie een gevaar zou opleveren voor de nationale veiligheid, GJAG]. It seems to me, therefore, that the Attorney-General must first show that whatever obligation of secrecy or discretion attaches to former Cabinet Ministers, that obligation is binding in law and not merely in morals'.

Widgery betoogde dat er wel een andere rechtsgrond bestaat op basis waarvan de openbaarmaking van informatie uit de notulen van het Cabinet kan worden verboden. Hij betoogde dat de common law een beginsel kent op basis waarvan niemand mag profiteren van de onrechtmatige informatie die hij in vertrouwen heeft verkregen:

'The Attorney-General has a powerful reinforcement for his argument in the developing equitable doctrine that a man shall not profit from the wrongful publication of information received by him in confidence.'⁵²¹

Vervolgens constateerde Widgery dat de rechter dit beginsel van oudsher louter heeft toegepast in zuiver privaatrechtelijke geschillen. In zijn ogen zou het echter ook toegepast kunnen worden in geschillen die betrekking

520 *Jonathan Cape Ltd* QB 767, ook voor de volgende twee citaten.

521 *Jonathan Cape Ltd* QB 769.

hebben op de openbaarmaking van vertrouwelijke informatie uit de publieke sfeer:

'I cannot see why the courts should be powerless to restrain the publication of public secrets (...). [T]he court must have power to deal with publication which threatens national security, and the difference between such a case and the present case is one of degree rather than kind. I conclude, therefore, that when a Cabinet Minister receives information in confidence the improper publication of such information can be restrained by the court, and his obligation is not merely to observe a gentleman's agreement to refrain from publication.'⁵²²

In zijn beantwoording van de vraag of het beginsel ook tot de geheimhouding van de dagboeken verplicht, richtte Widgery zich op het bestaan van de conventie van de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid. Naar zijn oordeel bestond er voldoende bewijs voor het bestaan van deze conventie. Hij concludeerde daarom dat de ministers verplicht zijn om de beraadslagingen van het Cabinet onder bepaalde voorwaarden geheim te houden:

'I find overwhelming evidence that the doctrine of joint responsibility is generally understood and practised and equally strong evidence that it is on occasion ignored. The general effect of the evidence is that the doctrine is an established feature of the English form of government, and it follows that some matters leading up to a Cabinet decision may be regarded as confidential.'⁵²³

Uit die plicht volgde in de ogen van Widgery echter niet dat een minister onder geen beding openbaar zou mogen maken wat er in het Cabinet is besproken. In hoeverre de beraadslagingen uit het Cabinet geheim dienen te blijven, zou afhankelijk zijn van de soort informatie die wordt gelekt. Volgens Widgery was het belang van geheimhouding afhankelijk van drie factoren, die bovendien slechts nopen tot geheimhouding van informatie voor zover dat in het licht van het algemeen belang proportioneel is:

'It is evident that there cannot be a single rule governing the publication of such a variety of matters. In these actions we are concerned with the publication of diaries at a time when 11 years have expired since the first recorded events. The Attorney-General must show (a) that such publication would be a breach of confidence; (b) that the public interest requires that the publication be restrained, and (c) that there are no other facts of the public interest contradictory of and more compelling than that relied upon. Moreover, the court, when asked to restrain such a publication, must closely examine the extent to which relief is necessary to ensure that restrictions are not imposed beyond the strict requirement of public need.'⁵²⁴

522 *Jonathan Cape Ltd* QB 769-770.

523 *Jonathan Cape Ltd* QB 770.

524 *Jonathan Cape Ltd* QB 770-771.

Widgery oordeelde dat het bestaan van de conventie van collectieve ministeriële verantwoordelijkheid gewicht in de schaal legt bij het vaststellen van het algemene belang tot geheimhouding van de dagboeken waarop de Attorney-General zich beroept. Niettemin kon het bestaan van die conventie als zodanig volgens Widgery niet een algeheel verbod op de publicatie van de dagboeken rechtvaardigen. Hij oordeelde dat de rechter slechts tot taak heeft om de publicatie van de dagboeken tegen te houden, als het klip-en-klaar is dat publicatie van de dagboekfragmenten de vertrouwelijkheid van de vergaderingen van het Cabinet zou ondermijnen. In de ogen van Widgery was daarvan geen sprake. Hij nam daarbij in overweging dat de dagboeken op het moment van de uitspraak al ruim tien jaar oud waren. In de periode tussen de gebeurtenissen die in de dagboeken worden beschreven en het moment dat Widgery uitspraak deed in de zaak, hadden bovendien al drie verkiezingen plaatsgevonden. Hij overwoog:

'The question for the court is whether it is shown that publication now might damage the doctrine notwithstanding that much of the action is up to 10 years old and three general elections have been held meanwhile. So far as the Attorney-General relies in his argument on the disclosure of individual ministerial opinions, he has not satisfied me that publication would in any way inhibit free and open discussion in Cabinet hereafter.'⁵²⁵

Ten slotte overwoog Widgery dat publicatie van de dagboeken ook geen gevaar oplevert voor bescherming van de overige belangen die de conventie van de collectieve verantwoordelijkheid volgens de Attorney-General beoogt te beschermen:

'It remains to deal with the Attorney-General's two further arguments, namely, (a) that the Diaries disclose advice given by senior civil servants who cannot be expected to advise frankly if their advice is not treated as confidential; (b) the Diaries disclose observations made by Ministers on the capacity of individual senior civil servants and their suitability for specific appointments. I can see no ground *in law* which entitles the court to restrain publication of these matters.'⁵²⁶

Uiteindelijk wees Widgery de vordering van de Attorney-General af, waarna het eerste deel van de *Crossman Diaries* kon verschijnen.

In de literatuur is de uitspraak overwegend met instemming ontvangen. Volgens Jaconelli, die een strikt onderscheid tussen recht en conventie propageert, bevestigt deze uitspraak dat de rechter niet bevoegd is tot de *rechtstreekse* handhaving van een conventie over te gaan.⁵²⁷ Hoewel Widgery

525 *Jonathan Cape Ltd* QB 771.

526 *Jonathan Cape Ltd* QB 771-772 (cursivering toegevoegd, GJAG).

527 Jaconelli 2005, p. 160: 'It is possible that the factor of collective responsibility had a critical impact on the result. (...) It is inconceivable that the breach of a constitutional convention could furnish a free-standing cause of action.'

in zijn uitspraak het bestaan van de conventie van collectieve ministeriële verantwoordelijkheid heeft erkend, is hij bij het nemen van de beslissing slechts overgegaan tot de toepassing van het *recht*. Hoogstens is het bestaan van de conventie van collectieve ministeriële verantwoordelijkheid volgens Jaconelli van invloed geweest op de wijze waarop Widgery het recht heeft geïnterpreteerd; in dit geval zou dat volgens Jaconelli gerechtvaardigd zijn, omdat Widgery overging tot de toepassing van een beginsel uit de common law waarvan de precieze reikwijdte onduidelijk was.

Allan, die in tegenstelling tot Jaconelli van mening is dat het onderscheid tussen recht en conventie louter kunstmatig van aard is, is ook positief over de uitspraak. Hij betoogt dat de uitspraak zijn algemene stelling illustreert dat de rechterlijke erkenning van een conventie tevens rechterlijke *instemming* impliceert. Op basis van het door Allan voorgestane interne perspectief⁵²⁸ dient een rechter die het bestaan van een conventie erkent, tevens de normatieve waarde van die conventie te beoordelen in het licht van de geldende constitutionele beginselen. Hij betoogt:

‘Lord Widgery’s judgment not only acknowledged the virtues of collective responsibility, but took them into account – accorded them weight – as a necessary part of the practical matter of deciding whether or not to grant relief. The judge ultimately refused the injunction sought because he considered that, on a balance of public interest, the case for suppression had not, in all the circumstances, been made out. The doctrine of joint responsibility would not be endangered by the publication of ministers’ views ten years (and three general elections) after they were expressed.’⁵²⁹

De uitspraak biedt dan ook, althans volgens de betrokken auteurs zelf, steun aan twee tegengestelde opvattingen over nut en noodzaak van het onderscheid tussen recht en conventie. In dit geval is dat ook niet verwonderlijk, omdat zowel Allan als Jaconelli zich kan vinden in de inhoudelijke uitkomst van de uitspraak; beide auteurs zijn van mening dat de in deze zaak relevante conventie, inclusief het daarachter liggende beginsel, geen aanleiding gaf tot het uitvaardigen van een verbod op publicatie van de dagboekfragmenten. Daarom bijten de orthodoxe benadering en de zienswijze van Allan elkaar in dit geval niet.

II.3.4.3.2 R (Evans) v Attorney-General

Lange tijd was de zaak over de *Crossman Diaries* in feite het enige referentiepunt voor de wijze waarop de rechter conventies in zijn oordeelsvorming dient te betrekken. In 2015 kwam er een nieuwe uitspraak bij waarin de rechter zijn licht laat schijnen over het bestaan en de reikwijdte van een con-

528 Zie daarover par. II.3.4.2.2.

529 Allan 1993, p. 245. Vgl. in die zin ook Allan 2013, p. 65-67.

ventie. Het gaat om de uitspraak *R (Evans) v Attorney-General* van de UK Supreme Court, de hoogste rechter in het Verenigd Koninkrijk.⁵³⁰

De zaak draait om het verzoek van Rob Evans, een journalist van de krant *The Guardian*, tot openbaarmaking van de correspondentie die troonopvolger Prince Charles met diverse ministers en andere politici voerde. Inmiddels is deze correspondentie bekend komen te staan als *The Black Spider Memos*, welke term verwijst naar zowel het slechte handschrift van de prins als naar de kleur van de inkt waarmee de prins opmerkingen in de kantlijn van de brieven plaatste.⁵³¹ Volgens de wet dienen overheidsorganen slechts tot de openbaarmaking van correspondentie met leden van het Koninklijk Huis over te gaan

‘in all the circumstances of the case, the public interest in maintaining the exemption outweighs the public interest in disclosing the information’.⁵³²

Evans was van mening dat het belang van openbaarmaking zwaarder woog dan het belang dat met geheimhouding ervan was gemoeid. Hij beriep zich op het karakter van de brieven als ‘advocacy letters’ waarin de prins zijn standpunt bepleitte ten aanzien van een grote variëteit aan onderwerpen. Hij vreesde dat Charles in zijn brieven ministers onder druk zette om een bepaald standpunt over maatschappelijke kwesties in te nemen. Volgens Evans zou dit niet gerechtvaardigd zijn, omdat Charles op dat moment geen deel uitmaakte van de regering. Niettemin weigerden de betrokken departementen de brieven van de prins openbaar te maken. Evans wendde zich vervolgens tot de Information Commissioner,⁵³³ die het verzoek afwees.

Vervolgens stelde Evans beroep in bij het Upper Tribunal.⁵³⁴ Voor deze instantie voerden de betrokken ministeries aan dat de gehele *Black Spider Memos* onder het bereik van de zogeheten ‘education convention’ vielen. Op basis van deze conventie, zo werd van overheidswege betoogd, dient de correspondentie tussen de beoogde troonopvolger en leden van de regering vertrouwelijk te blijven, voor zover de correspondentie betrekking heeft op

530 *R (on application of Evans) and another v Attorney General* [2015] UKSC 21 [2015] 2 WLR 813 (hierna: *Evans*).

531 ‘Prince Charles’s “black spider memos” show lobbying at highest political level’, *The Guardian* 13 mei 2015.

532 UK Freedom of Information Act 2000, sections 2(1)(b) en 37. Inmiddels heeft de wetgever de correspondentie van de leden van het Koninklijk Huis van de werkingssfeer van dit artikel onttrokken, waardoor een verzoek tot openbaarmaking van deze informatie zonder het maken van een afweging tussen deze twee belangen kan worden afgewezen.

533 Vergelijkbaar met de Autoriteit Persoonsgegevens in Nederland.

534 Het Tribunal is verantwoordelijk voor gespecialiseerde administratieve rechtspraak, zoals in dit geval over de openbaarmaking van overheidsinformatie. Het Tribunal uit deze zaak bestaat uit het First-Tier en het Upper Tribunal, die de bevoegdheid hebben openbaarmakingsverzoeken in eerste respectievelijk tweede instantie te beoordelen. Het Upper Tribunal heeft in de hiërarchie dezelfde rang heeft als de High Court. Het verzoek van Evans werd rechtstreeks aan het Upper Tribunal voorgelegd.

de voorbereidingen van de kroonprins op het koningschap. Onder die definitie valt, zo betoogden de betrokken ministeries, in ieder geval de correspondentie die betrekking heeft op 'Prince Charles' right to obtain information from Ministers, to comment on their policies, and to urge other policies on them'.⁵³⁵

De reden voor het bestaan van de education convention wordt herleid tot de zogenaamde 'tripartite convention' die de koning een eigen stem binnen de regering geeft. Op basis van de laatstgenoemde conventie heeft de monarch 'the right to be consulted, the right to encourage, and the right to warn'.⁵³⁶ De tripartite convention omvat ook de verplichting voor de regering om zowel rekening te houden met de adviezen van het staatshoofd als om de gedachtewisselingen tussen staatshoofd en regering vertrouwelijk te houden. De laatste verplichting hangt samen met de verplichting van de soeverein om zich ten aanzien van alle partijpolitieke kwesties neutraal op te stellen.⁵³⁷ Als bekend zou worden dat het staatshoofd en de Prime Minister over een bepaalde kwestie een meningsverschil hebben, dan schaadt dat de positie van het staatshoofd. De education convention breidt het beschermingsbereik van de tripartite convention tot op zekere hoogte uit. Niet alleen de correspondentie tussen de regering en de koning zelf, maar ook die tussen de regering en de beoogde *troonopvolger* zou volgens de education convention vertrouwelijk dienen te blijven. Het bereik van deze education convention strekt zich uit tot de correspondentie van de beoogde opvolger van de koning over de manier waarop hij of zij na de kroning van zijn rechten uit hoofde van de tripartite convention gebruik zal maken.

De betrokken ministeries betoogden dat Charles correspondeerde met de verschillende ministers en andere politici om zich voor te bereiden op het koningschap. Net als de correspondentie tussen de regering en de koning zelf zouden de brieven die de kroonprins aan politici heeft geschreven vertrouwelijk dienen te blijven.

De departementen baseerden zich voor hun oordeel over de reikwijdte van de education convention op een verklaring van Rodney Brazier, een emeritus hoogleraar staatsrecht aan de University of Manchester. Brazier bevestigde daarin dat volgens de education convention *alle* correspondentie tussen Charles en de regering vertrouwelijk dient te blijven.⁵³⁸ De door het Upper Tribunal aangehaalde verklaring van Brazier week aanmerkelijk af van een artikel van Braziers hand uit 1995 over de staatsrechtelijke positie van Charles. In dat artikel stelde hij nog dat de education convention een beperkter bereik heeft: 'I suggest that it is time to recognise as a constitutional convention [daarmee doelde hij op wat

535 *Evans*, para. 135. De betreffende passage is een letterlijk citaat uit Brazier 1995, p. 404.

536 Bagehot 2001 (1867), p. 64. Zie voor de achtergrond van deze drieslag par. II.2.5.

537 Brazier 1998, p. 188.

538 *Evans v Information Commissioner* [2012] UKUT 313 (AAC) (hierna: *Evans* [2012]), para. 93: '[T]he witness statement [van professor Brazier, GJAG] asserted that the convention attached to *each and every* piece of correspondence – and indeed private conversation – between Prince Charles and ministers [cursivering toegevoegd, GJAG].'

later bekend is komen te staan als de education convention, GJAG] the Prince of Wales's rights to obtain information from Ministers, to comment on their policies, and to urge other policies on them. Such communications will be carried out in strict confidence. There is no obligation on Ministers to accept any of the Prince's views, and there will be no constitutional consequences if they reject them.⁵³⁹ Nadat het Upper Tribunal Brazier confronteerde met het verschil tussen de opvattingen uit het artikel enerzijds en de voor de *Evans*-zaak afgelegde verklaring anderzijds, stelde Brazier dat hij na de verschijning van het artikel in 1995 op één punt van gedachte was veranderd: de regel die hij in 1995 introduceerde als de education convention, maakte volgens zijn in 2012 afgelegde verklaring deel uit van de zogeheten (opnieuw door hemzelf geïntroduceerde) apprenticeship convention met, inderdaad, een aanmerkelijk ruimer bereik dan dat van de education convention.⁵⁴⁰

Volgens Evans vielen echter niet alle brieven van Charles onder het bereik van de education convention.⁵⁴¹ In zijn oordeel stelde het Upper Tribunal de reikwijdte van deze conventie vast. Het Upper Tribunal benadrukte dat het voorzichtigheid dient te betrachten bij de vaststelling ervan omdat de education convention geen deel uitmaakt van het recht:

'The parties invite us to decide the extent of the constitutional convention. It is only rarely that a court or tribunal has to decide a question of that kind, and it is a task which we undertake with circumspection. We are not deciding an issue of law.'⁵⁴²

Het Upper Tribunal liep, om vast te stellen of van een conventie sprake was, de criteria van de Jennings-test na.⁵⁴³ Aan de hand van de beantwoording van de drie vragen van deze test kwam het Upper Tribunal tot de conclusie dat deze conventie slechts aan openbaarmaking van de correspondentie in de weg staat voor zover zij betrekking heeft op Charles' voorbereidingen op het koningschap. Het Upper Tribunal wees vervolgens Evans' verzoek tot openbaarmaking van *The Black Spider Memos* toe, omdat niet was aange-

539 Brazier 1995, p. 404.

540 *Evans* [2012], para. 94-95: "'I [= professor Brazier, GJAG] would today say (...) that it is better to take that clutch of rights [daarmee is bedoeld op de rechten die vallen onder de bescherming van wat hij in 1995 aanduidde als de education convention, GJAG] as part of the apprenticeship convention; that, in doing as he [= de kroonprins, GJAG] does, he is not arrogating rights to himself enjoyed only by the Queen, not at all, but he is, as part of his preparation for [kingship] interacting with ministers, getting to know ministers, their policies and so on and, among other things, corresponding with them privately and meeting with them privately. (...) So, therefore, rather than saying it's [met 'it' is bedoeld op de gedachte dat *alle* correspondentie tussen Charles en ministers vertrouwelijk dient te blijven, GJAG] a sort of add-on extra or a separate convention or principle, I think it is better (...) to subsume it within what I've called the apprenticeship convention.'"

541 *Evans* [2012], para. 64.

542 *Evans* [2012], para. 68.

543 *Evans* [2012], para. 89-112. Zie over de Jennings-test par. II.3.3.2.

toond dat de correspondentie in haar geheel betrekking heeft op het toekomstige koningschap van de prins.⁵⁴⁴

Op basis van een bijzondere wettelijke voorziening verhinderde de Attorney-General met de uitvaardiging van een zogenaamd 'certificate' alsnog de publicatie van de brieven. De Attorney-General stelde daarin:

'Discussing matters of policy with Ministers, and urging views upon them, falls within the ambit of "advising" or "warning" about the Government's actions. It thus entails actions which would (if done by the Monarch) fall squarely within the tripartite convention. I therefore respectfully disagree with the Tribunal's conclusion that "advocacy correspondence" forms no part of The Prince of Wales' preparations for kingship.'⁵⁴⁵

De Attorney-General was van mening dat het Upper Tribunal de education convention te restrictief had uitgelegd. Hij motiveerde echter niet waarom het in zijn ogen gerechtvaardigd was om een ruimere uitleg aan deze conventie te geven.

Evans verzocht vervolgens aan de rechter om het certificate van de Attorney-General te vernietigen. Evans bepleitte zijn zaak uiteindelijk in drie instanties, te weten voor de Divisional Court, de Court of Appeal en de UK Supreme Court. De drie rechterlijke instanties dienden een antwoord te geven op de vraag of de uitvaardiging van het certificate door de Attorney-General rechtmatig was. De relevante wettelijke bepaling luidt, voor zover relevant, als volgt:

'A decision notice or enforcement notice to which this section applies shall cease to have effect if (...) the accountable person [bedoeld is de Attorney-General, GJAG] in relation to that authority gives the Commissioner a certificate signed by him stating that he has *on reasonable grounds* formed the opinion that, in respect of the request or requests concerned, there was no failure falling within subsection (1)(b) [van de Freedom of Information Act 2000; een wet die vergelijkbaar is met de Wob, GJAG].'⁵⁴⁶

In de gerechtelijke procedures stond de vraag centraal of uit deze bepaling volgt dat de Attorney-General zijn eigen oordeel, op basis van een summier motivering zoals hiervoor weergegeven, in de plaats had kunnen stellen van dat van het Upper Tribunal. Bij de beoordeling van die vraag diende de rechter allereerst te beoordelen onder welke voorwaarden de wet uitvaardiging van een certificate door de Attorney-General rechtmatig acht. Bij de beoordeling van die vraag speelt vooral de motivering van het certificate een belangrijke rol. De Attorney-General leek vooral van mening met het Upper

544 *Evans* [2012], para. 251.

545 Het certificate is te raadplegen via gov.uk.

546 Freedom of Information Act 2000, section 53 (cursivering toegevoegd, GJAG).

Tribunal te verschillen over de reikwijdte van de education convention; de Attorney-General kende aan de conventie een aanzienlijk ruimer bereik toe dan het Upper Tribunal.

De rechter diende daarom tevens te bepalen wie het laatste woord zou moeten hebben over de gelding van een constitutionele conventie. Hij kon zich in dat kader ofwel aansluiten bij de vaststelling van de conventie door de betrokken actor, in dit geval de Attorney-General, ofwel *zelf* de reikwijdte van de conventie vaststellen. Als de rechter aansluiting zoekt bij de benadering van de Attorney-General, hoeft hij zich niet te mengen in het politieke proces waarbinnen de education convention tot stand is gekomen. Impliciet hanteert hij dan tevens een strikt onderscheid tussen recht en conventie, omdat hij dan er blijk van geeft te menen dat de conventie buiten zijn invloedssfeer ligt. Als de rechter daarentegen *zelf* bepaalt in hoeverre uit de education convention een plicht tot geheimhouding van de brieven voortvloeit, kan de rechter voorkomen dat de Attorney-General carte blanche krijgt; door eenzijdig de reikwijdte van de conventie vast te stellen, zou de Attorney-General op basis van die conventie eenvoudig beslissingen kunnen nemen die hem welgevallig zijn. In dat laatste geval zou de rechter wel het traditionele onderscheid tussen recht en conventie nuanceren.

Lord Justice Davis, een rechter in het Divisional Court, achtte de Attorney-General in dit geval bevoegd om het certificate uit te vaardigen. Hij was van mening dat de rechter niet tot taak had om zelf de reikwijdte van de education convention vast te stellen. De overige twee rechters in de Court stemden in met dat standpunt. Davis overwoog:

[M]ajor questions arose in this case from the extent of, and application of, constitutional conventions – which (as the Upper Tribunal itself noted) are not matters of law, as such, at all. At the same time, issues of the public interest of the kind arising here and of the applicability and extent of conventions can, I think, given their constitutional and political overtones fairly be said to lie, in practical terms, at least within the domain of government ministers (...).⁵⁴⁷

De Divisional Court hanteerde derhalve een strikt onderscheid tussen recht en conventie.

Evans ging vervolgens met succes in hoger beroep bij de Court of Appeal. De rechters besloten unaniem tot vernietiging van het certificate van de Attorney-General over te gaan. De Court of Appeal was van mening dat de Attorney-General bij de uitvaardiging van het certificate onvoldoende acht had geslagen op de zorgvuldige argumentatie van het Upper Tribunal,

547 *Evans v Attorney General* [2013] EWHC 1960 (Admin), para. 109 *per* Davis LJ.

onder meer ten aanzien van de gelding van de conventie.⁵⁴⁸ Alle rechters in de Court of Appeal leken derhalve een genuanceerde benadering van het onderscheid tussen recht en conventie voor te staan.

De Attorney-General wendde zich daarop tot de UK Supreme Court om openbaarmaking van *The Black Spider Memos* alsnog te voorkomen. De leden van de UK Supreme Court waren niet eensgezind over de vraag in hoeverre een rechter een eigen oordeel kan vellen over de reikwijdte van een constitutionele conventie.

In dit kader zijn drie benaderingen te onderscheiden. Volgens Lord Neuberger, wiens benadering werd ondersteund door Lord Kerr en Lord Reed, dient de rechter ervan uit te gaan dat de wetgever niet de intentie heeft om wetgeving vast te stellen die op gespannen voet staat met de rule of law. Volgens Neuberger is het in het licht van de rule of law problematisch om de Attorney-General zonder nadere motivering zijn eigen oordeel voor dat van een rechterlijke instantie in de plaats te laten stellen. Neuberger vervolgt dat de toekenning van een dergelijke bevoegdheid aan de Attorney-General meer in het bijzonder op gespannen voet staat met

‘two constitutional principles which are also fundamental components of the rule of law. First, subject to being overruled by a higher court or (given Parliamentary supremacy) a statute, it is a basic principle that a decision of a court is binding as between the parties, and cannot be ignored or set aside by anyone, including (indeed it may fairly be said, least of all) the executive. Secondly, it is also fundamental to the rule of law that decisions and actions of the executive are, subject to necessary well established exceptions (...) reviewable by the court at the suit of an interested citizen’.⁵⁴⁹

Neuberger stelt dat de wetgever een dergelijke bevoegdheid aan de Attorney-General slechts kan toekennen indien hij daarover een zonneklare bepaling in de wet heeft opgenomen. In zijn ogen voldoet de wettelijke bepaling in kwestie echter niet aan die eis. Hij overweegt dat als de wet deze vergaande bevoegdheid aan de Attorney-General wil toekennen

548 *Evans v Attorney General* [2014] EWCA Civ 254, para. 38 per Lord Dyson MR: ‘I do not consider that it is reasonable for an accountable person to issue a section 53(2) certificate merely because he disagrees with the decision of the tribunal. Something more is required. Examples of what would suffice are that there has been a material change of circumstances since the tribunal decision or that the decision of the tribunal was demonstrably flawed in fact or in law. (...) The fact that a section 53(2) certificate involves making an evaluative judgment (rather than a finding of primary fact) is not material to whether the accountable person has reasonable grounds for forming a different opinion from that of the tribunal (...).’

549 *Evans*, para. 52 per Lord Neuberger.

'it must be "crystal clear" from the wording of the Freedom of Information Act 2000, and cannot be justified merely by "general or ambiguous words". In my view, section 53 [de bepaling die de bevoegdheid aan de Attorney-General toekent, GJAG] falls far short of being "crystal clear" in saying that a member of the executive can override the decision of a court because he disagrees with it'.⁵⁵⁰

Neuberger laat in zijn oordeel meewegen dat het Upper Tribunal een grote deskundigheid bezit op het gebied van openbaarheid van overheidsinformatie, het Tribunal zijn oordeel zorgvuldig had gemotiveerd en het Tribunal aan het nemen van een beslissing een lange, gerechtelijke procedure vooraf had laten gaan waarin de betrokken partijen veel ruimte hadden gekregen om hun standpunten te verdedigen.⁵⁵¹ De Attorney-General had in dat licht niet zomaar zijn eigen oordeel voor dat van een rechterlijke instantie in de plaats kunnen stellen, simpelweg omdat hij zich niet met de uitkomst ervan kon verenigen, aldus Neuberger. Hij stelt vervolgens dat de Attorney-General, gelet op de bewoordingen van de wet, het oordeel van een rechterlijke instantie alleen opzij zou kunnen schuiven als de feitelijke omstandigheden na dat oordeel waren veranderd of als in het oordeel feitelijke of juridische onjuistheden hadden gestaan.⁵⁵² Volgens Neuberger is de uitvaardiging van het veto in een geval als het onderhavige daarom slechts onder uitzonderlijke omstandigheden mogelijk; in dit geval was van een dergelijke omstandigheid geen sprake.

Volgens de tweede benadering gelden er minder zware eisen aan de motivering van het certificate. Volgens Lord Mance, wiens benadering wordt gesteund door Lady Hale, kan de Attorney-General wel degelijk een veto uitspreken over een beslissing van een rechterlijke instantie, mits hij daarvoor 'properly explained and solid reasons' aanvoert.⁵⁵³ De motivering van dit certificate voldoet volgens Mance echter ook niet aan deze minder strenge eis. Mance komt daarom net als Neuberger tot de conclusie dat de uitvaardiging van het certificate door de Attorney-General onrechtmatig

550 *Evans*, para. 58 *per* Lord Neuberger.

551 *Evans*, para. 69 *per* Lord Neuberger. Beslissend was, zo betoogde Neuberger dat '(i) the fact that the earlier conclusion was reached by a tribunal (a) whose decision could be appealed by the departments, (b) which had particular relevant expertise and experience, (c) which conducted a full hearing with witnesses who could be cross-examined, (d) which sat in public, and had full adversarial argument, and (e) whose members produced a closely reasoned decision, coupled with (ii) the fact that the later conclusion was reached by an individual who, while personally and *ex officio* deserving of the highest respect, (a) consulted people who had been involved on at least one side of the correspondence whose disclosure was sought, (b) received no argument on behalf of the person seeking disclosure, (c) received no fresh facts or evidence, and (d) simply took a different view from the tribunal'.

552 *Evans*, para. 71-78 *per* Lord Neuberger. Hij stelt overigens dat deze eis niet geldt, als het veto is gericht tegen een besluit van een bestuursorgaan, zoals de Information Commissioner (in plaats van tegen een oordeel van een gerechtelijke instantie, zoals het Information Tribunal).

553 *Evans*, para. 130 *per* Lord Mance.

was. Hij betoogt dat de Attorney-General niet zonder nadere motivering zijn eigen interpretatie van de education convention in de plaats mag stellen van die van het Upper Tribunal. Mance overweegt:

‘The certificate does not engage with, or begin to answer, the problems (...) about the emergence of a new or highly expanded constitutional convention, which the Upper Tribunal had so forthrightly and on its face cogently rejected. (...). It does not address the fact that advocacy correspondence of the kind under discussion has no precedent, is not undertaken as part of and is not necessary as part of any preparation for kingship.’⁵⁵⁴

Mance laat in deze overweging doorschemeren dat de rechter bevoegd is om de reikwijdte van een conventie vast te stellen; hij accepteert immers niet dat de Attorney-General zonder nadere motivering zijn eigen interpretatie van de education convention in de plaats stelt van die van het Upper Tribunal. Zijn benadering is echter minder vergaand dan die van Neuberger in de zin dat de wet naar Mancés oordeel meer ruimte laat aan de Attorney-General om een certificate uit te vaardigen.

Volgens de derde benadering, die Lord Hughes en Lord Wilson hebben verwoord in hun dissenting opinions in de uitspraak, was de uitvaardiging van het certificate door de Attorney-General wel degelijk rechtmatig. Hughes stelt dat uit de bewoordingen van de wet wel degelijk kan worden afgeleid dat de wetgever een dergelijke vergaande bevoegdheid tot het uitspreken van een veto aan de Attorney-General heeft willen toekennen.⁵⁵⁵ Volgens Wilson zou de Court of Appeal, die het veto van de Attorney-General ook onrechtmatig achtte, zelfs de wet hebben herschreven.⁵⁵⁶ Hij stelt dat de uitvaardiging van het veto niet was ingegeven door een verschil van mening over de uitleg van het recht, maar door onvrede over de manier waarop het Upper Tribunal de belangen in deze zaak had afgewogen. Het zou daarom voor de Attorney-General geen zin hebben gehad om beroep in te stellen tegen het oordeel van het Upper Tribunal, omdat een dergelijk beroep zich louter richt op de *juridische* beoordeling van het geschil. De Attorney-General had daarom slechts nog de mogelijkheid om een certificate uit te vaardigen. Wilson overweegt:

554 *Evans*, para. 137 *per* Lord Mance.

555 *Evans*, para. 154 *per* Lord Hughes: ‘I agree that Parliament will not be taken to have empowered a member of the executive to override a decision of a court unless it has made such an intention explicit. (...) In my view, however, Parliament has plainly shown such an intention in the present instance.’

556 *Evans*, para. 168 *per* Lord Wilson: ‘[T]he Court of Appeal did not in my view interpret section 53 of the FOIA [gedoeld wordt op de bepaling van de Freedom of Information Act op grond waarvan de Attorney-General het certificate heeft uitgevaardigd, GJAG]. It re-wrote it. It invoked precious constitutional principles but among the most precious is that of parliamentary sovereignty, emblematic of our democracy.’

'What is clear, and in my view significant, is that the disagreement of the government with the evaluation of public interests by the Upper Tribunal (...) could not have amounted to a point of law upon which it might have appealed to the Court of Appeal. There was only one course open to it and then only if it had reasonable grounds for disagreement: it was to give a certificate (...). In my view, therefore, the circumstances of the case constituted a paradigm example of the area of the section's lawful use.'⁵⁵⁷

In dit geval had de Attorney-General, althans volgens de derde benadering, van deze bevoegdheid gebruik mogen maken, omdat hij met het Upper Tribunal van mening verschilde over de uitleg van het algemeen belang. Het parlement heeft in de wet duidelijk gemaakt dat het in een dergelijk geval aan de Attorney-General is om te beslissen wat het algemeen belang behelst. De rechter zou zijn oordeel daarom niet voor dat van de Attorney-General in de plaats mogen stellen, zo redeneren Hughes en Wilson.

In de literatuur is gemengd gereageerd op het oordeel van de meerderheid van de leden van de UK Supreme Court over de gelding van de education convention. Allan ziet in het oordeel een bevestiging van zijn stelling dat de invloed van de conventie op het recht zo groot is dat er in dit geschil nauwelijks een onderscheid tussen recht en conventie kan worden gemaakt:

'If convention is not *law* in the sense that it can be judicially determined in a manner that is authoritative for all purposes, it is nevertheless *pertinent to the content of the law* when a court must assess competing public interests in resolving interrelated questions of public law and political practice. In that limited sense, at least, it is law – the sense in which it is “recognised” as a legitimate guide to the correct resolution of a legal controversy.'⁵⁵⁸

De uitspraak van de UK Supreme Court onderstreept in de ogen van Allan dat een meerderheid van de rechters een intern perspectief kozen bij de beslechting van het geschil. De rechters pasten niet louter de vigerende wettelijke bepaling toe, maar *beoordeelden* die wet ook in het licht van de geldende constitutionele beginselen.⁵⁵⁹ Voor die beoordeling baseerden de rechters zich volgens Allan onder andere op de door hen vastgestelde reikwijdte van de education convention.

Jaconelli is echter kritisch over de uitspraak. In zijn ogen is het twijfelachtig of de education convention überhaupt een conventie is, omdat de geheimhoudingsverplichting niet een 'constitutioneel' karakter heeft. In zijn ogen is Prince Charles geen 'fully fledged constitutional actor', omdat hij,

557 *Evans*, para. 178 *per* Lord Wilson.

558 Allan 2016, p. 59 (cursiveringen in origineel; de verwijzingen binnen het citaat zijn weggelaten, GJAG).

559 Zie nader over Allans benadering par. II.3.4.2.2.

althans formeel, geen invloed heeft op de ‘business of government’.⁵⁶⁰ De rechter had volgens hem het belang van de betrokken departementen tot geheimhouding van de correspondentie bij het geschil kunnen betrekken zonder de geheimhoudingsverplichting daarbij aan te duiden als conventie. Op die manier had de UK Supreme Court volgens Jaconelli ervoor kunnen zorgen geen antwoord te hoeven geven op de vraag hoe recht en conventie zich tot elkaar verhouden.⁵⁶¹

II.3.4.3.3 R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union

Twee jaar na de *Evans*-zaak zou de UK Supreme Court een belangrijke uitspraak doen over verschillende constitutionele kwesties waarvan het onderscheid tussen recht en conventie er één was. Het gaat om de *Miller*- of de *Miller (no. 1)*-uitspraak uit 2017.⁵⁶² Volgens Elliott, Williams en Young is dit ‘one of the most politically controversial and intellectually contested constitutional cases of recent times’ dankzij ‘the fundamentally significant nature of the legal, constitutional and political issues’ van die zaak.⁵⁶³ Op zichzelf is dat niet verwonderlijk, omdat de *Miller (no. 1)*-zaak onlosmakelijk verbonden is met een kwestie die voor grote politieke en maatschappelijke verdeeldheid in het Verenigd Koninkrijk heeft gezorgd: Brexit.⁵⁶⁴

Voor Gina Miller en andere rechtszoekenden⁵⁶⁵ vormde de uitslag van het referendum van 23 juni 2016 dat Brexit op de politieke agenda had gezet de directe aanleiding om zich te wenden tot de rechter over deze kwestie. De rechtszoekenden eisten kort gezegd dat de rechter zou verklaren dat de regering niet bevoegd was om op grond van het Royal Prerogative, zonder tussenkomst van het parlement, de procedure tot uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU te starten. Na een succesvol beroep bij de

560 Jaconelli 2015, p. 373-374: ‘[T]he Prince of Wales is not yet a fully fledged constitutional actor. To argue, therefore, that his present conduct is regulated by constitutional convention would be similar to arguing that the conduct of the Shadow Cabinet – which may well become the actual Cabinet one day and (it could plausibly be argued) is equally in need of instruction in the business of government – is regulated by conventions that are constitutional in nature.’

561 Jaconelli 2015, p. 374: ‘[T]he ready attachment of the description “constitutional convention” to a practice within the realm of government is to be avoided, especially when (as in this case) it acts as a shortcut to the resolution of legal disputes which should be decided on the basis of legal materials.’ Zie over het ‘constitutionele’ karakter van de conventie par. II.3.3.1.1.

562 *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* [2017] UKSC 5 [2017] 2 WLR 583 (hierna: *Miller (no. 1)*) per Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption, Lord Reed, Lord Carnwath, Lord Hughes en Lord Hodge.

563 Elliott, Williams & Young 2018, p. 1-2.

564 Zie nader par. II.2.8.

565 Zie voor een overzicht van de namen van de eisers in deze zaak Elliott, Williams & Young 2018, p. 3-4.

Queen's Bench Division van de High Court of England and Wales,⁵⁶⁶ kwam de zaak in hoger 'sprongberoep' terecht bij de UK Supreme Court.⁵⁶⁷ Naast Miller c.s. zouden ook de devolved governments van Noord-Ierland, Schotland en Wales zich als eisende partij in de zaak voegen, omdat de claims van beide partijen deels overlappen.

De devolved governments van Schotland en Wales sloten zich aan bij de claims van Miller c.s., terwijl de Attorney-General for Northern Ireland betrokken raakte bij de zaak aan de kant van de UK Government.⁵⁶⁸ In een afzonderlijke procedure had de High Court of Justice in Northern Ireland zich vlak na de Queen's Bench Division over vergelijkbare vragen uitgelaten.⁵⁶⁹ De hierna te bespreken *Miller (no. 1)*-zaak van de UK Supreme Court vormt zodoende ook de beslissing in het hoger sprongberoep in deze Noord-Ierse zaak.

Daarmee vallen twee centrale kwesties in de *Miller (no. 1)*-zaak te onderscheiden: in de eerste plaats de bevoegdheidsverdeling tussen parlement en regering en in de tweede plaats de constitutionele verhouding tussen het Westminster parlement en de devolved legislatures zoals die bij conventie is geregeld. Het oordeel van de UK Supreme Court over die laatste kwestie rechtvaardigt de bespreking ervan op deze plaats.

Voordat die kwestie aan de orde kan komen, verdient eerst de vraag naar de nationale bevoegdheidsverdeling tussen het parlement en de regering op (centraal) nationaal niveau kort de aandacht. In hun meerderheidsoordeel vatten Lord Neuberger en zeven andere Lords⁵⁷⁰ deze vraag in de *Miller (no. 1)*-uitspraak van 24 januari 2017 als volgt samen:

'The main issue on this appeal concerns the ability of ministers to bring about changes in domestic law by exercising their powers at the international level, and it arises from two features of the United Kingdom's constitutional arrangements. The first is that ministers generally enjoy a power freely to enter into and to terminate treaties without recourse to Parliament. This prerogative power is said by the Secretary of State for Exiting the European Union to include the right to withdraw from the treaties which govern UK membership of the European Union ("the EU Treaties"). The second feature is that ministers are not normally entitled to exercise any power they might otherwise have if it results in a change in UK domestic law, unless statute, ie an Act of Parliament, so provides.

566 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union (Miller no. 1)* [2016] EWHC 2768 (Admin) [2017] 1 All ER 15.

567 Normaliter zou de zaak eerst nog worden voorgelegd aan de Court of Appeal. In dit geval werd daar conform een op grond van de Administration of Justice Act 1969, section 12 uitgevaardigde Order van afgezien. Zie Elliott, Williams & Young 2018, p. 4, nt. 8.

568 Elliott, Williams & Young 2018, p. 13.

569 *McCord and Agnew* [2016] NIQB 85 [2017] CMLR 7.

570 Het meerderheidsoordeel werd gegeven door Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption en Lord Hodge. Drie andere Lords hebben een, verderop te bespreken, deels afwijkend oordeel over de juiste uitkomst van deze zaak.

The argument against the Secretary of State is that this principle prevents ministers withdrawing from the EU Treaties, until effectively authorised to do so by a statute.⁵⁷¹

Van grote invloed op de beantwoording van deze vraag is artikel 50 VEU.⁵⁷² Op grond van het eerste lid van dit artikel is iedere EU-lidstaat bevoegd uit de EU te treden 'according to its own constitutional requirements'. Het tweede lid van datzelfde artikel voegt daaraan toe dat een lidstaat die uit de EU wil treden 'shall notify the European Council of its intention'. Het resultaat van een dergelijke notificatie is, zo bepaalt het derde lid van dat artikel, dat bij het uitblijven van een akkoord tussen de lidstaat in kwestie en de EU, de EU-verdragen automatisch 'shall cease to apply to the State in question (...) two years after the notification' zoals bedoeld in het tweede lid.⁵⁷³

In deze zaak was echter onduidelijk wat de relevante 'constitutional requirements' in de zin van artikel 50, eerste lid VEU precies waren. Noch de European Communities Act 1972, op basis waarvan de doorwerking van het EU-recht in de nationale rechtsorde was geregeld, noch enige andere Act of Parliament bevatte een expliciete regeling over een eventuele uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU. De European Communities Act 1972, section 2(1) bepaalde kort gezegd slechts dat alle rechten, bevoegdheden en verplichtingen die reeds uit het geheel van EU-recht voortvloeien dan wel op basis van het EU-recht zouden ontstaan 'shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly'.⁵⁷⁴ Deze bepaling vormde dus de nationaalrechtelijke basis voor de (continue) doorwerking van het geheel van EU-recht in de rechtsorde van het Verenigd Koninkrijk *zonder* dat daarvoor een nadere wetgevende handeling noodzakelijk was; de regeling van de European Communities Act 1972 stelde dus de rechtsorde van het Verenigd Koninkrijk als het ware open voor de doorwerking van het EU-recht.

Tegen die achtergrond betoogde de Secretary of State namens de regering dat de European Communities Act 1972 in feite een soort lege huls vormt die alleen van betekenis is zolang het Verenigd Koninkrijk een EU-lidstaat blijft; uittreding uit de EU is niet in strijd met de in de European Communities Act 1972 opgenomen *normen*, maar ontdoet deze wet hoog-

571 *Miller (no. 1)*, para. 5 *per* Lord Neuberger e.a. Voor een goed begrip van dit citaat is het van belang te weten dat Acts of Parliament bevoegdheden op basis van het Royal Prerogative opzij kunnen zetten. Zie par. II.2.3.

572 Op grond van de European Union (Amendment) Act 2008 (c. 7) maakte het VEU ook deel uit van het nationale recht.

573 Het derde lid bevatte daarnaast ook nog als belangrijke toevoeging, die voor het verdere verloop van de onderhandelingen over Brexit van groot belang zou zijn: 'unless the European Council, in agreement with the Member State concerned, unanimously decides to extend this period'. Voor de uitkomst van de *Miller (no. 1)*-zaak is dit echter niet van belang.

574 Zie voor een bespreking van de regeling van de European Communities Act 1972 par. II.2.8.

stens van haar *feitelijke* betekenis.⁵⁷⁵ Het parlement kon volgens deze redenering alleen invloed uitoefenen op de in de European Communities Act 1972 opgenomen voorschriften over de doorwerking van EU-recht in de nationale rechtsorde onder de voorwaarde dat het EU-recht van kracht blijft in het Verenigd Koninkrijk, niet over het EU-lidmaatschap van het Verenigd Koninkrijk als zodanig.

Miller c.s. brachten daartegen in dat de kennisgeving van uittreding in de zin van artikel 50, tweede lid VEU onomkeerbaar is en ertoe zal leiden dat een groot deel van het geheel aan EU-recht niet langer kracht van wet zal hebben in het Verenigd Koninkrijk, waardoor de eisers een groot deel van hun aan het EU-recht ontleende rechten zullen verliezen.⁵⁷⁶ In dat licht was het dan ook, zo betoogden zij, noodzakelijk dat een dergelijke kennisgeving alleen zou mogen worden gegeven met voorafgaande toestemming van het parlement. Als de regering zelf bevoegd zou zijn, dus zonder de betrokkenheid van het parlement, de kennisgeving van haar voornemen tot uittreding in de zin van artikel 50, tweede lid VEU uit te vaardigen dan eigende zij zich volgens Miller c.s. bovendien de beslissingsmacht van het parlement toe over het wetsvoorstel waarin de precieze gevolgen van uittreding uit de EU zijn geregeld.

Lord Neuberger, wiens meerderheidsoordeel door zeven andere Law Lords werd gesteund, volgt de redenering van Miller c.s. Hij overweegt het volgende:

‘A complete withdrawal represents a change which is different not just in degree but in kind from the abrogation of particular rights, duties or rules derived from EU law. It will constitute as significant a constitutional change as that which occurred when EU law was first incorporated in domestic law by the 1972 Act.

575 *Miller (no. 1)*, para. 37 *per* Lord Neuberger e.a.: ‘[T]he Secretary of State (...) argued that the fact that significant legal changes will follow from withdrawing from the EU Treaties does not prevent the giving of Notice [in de zin van artikel 50, tweede lid VEU], because the prerogative power to withdraw from treaties was not excluded by the terms of the 1972 Act, and that, in any event, “acts of the government in the exercise of the prerogative can alter domestic law”. More particularly, he contended that the 1972 Act gave effect to EU law only insofar as the EU Treaties required it, and that that effect was therefore contingent upon the United Kingdom remaining a party to those treaties.’

576 *Miller (no. 1)*, para. 36 *per* Lord Neuberger e.a.: ‘The applicants’ case in that connection is that when Notice is given, the United Kingdom will have embarked on an irreversible course that will lead to much of EU law ceasing to have effect in the United Kingdom, whether or not Parliament repeals the 1972 Act. As Lord Pannick QC put it for Mrs Miller, when ministers give Notice they will be “pulling ... the trigger which causes the bullet to be fired, with the consequence that the bullet will hit the target and the Treaties will cease to apply”. In particular, he said, some of the legal rights which the applicants enjoy under EU law will come to an end. This, he submitted, means that the giving of Notice would pre-empt the decision of Parliament on the Great Repeal Bill. It would be tantamount to altering the law by ministerial action, or executive decision, without prior legislation, and that would not be in accordance with our law.’

And, if Notice is given, this change will occur irrespective of whether Parliament repeals the 1972 Act. It would be inconsistent with long-standing and fundamental principle for such a far-reaching change to the UK constitutional arrangements to be brought about by ministerial decision or ministerial action alone.⁵⁷⁷

Lord Neuberger c.s. baseren hun oordeel op de gedachte dat de door het parlement vastgestelde European Communities Act 1972 een grote impact op de rechtsorde van het Verenigd Koninkrijk heeft gehad. In het licht van de doctrine van de parlementaire soevereiniteit is het daarom van belang dat het parlement betrokken is bij de kennisgeving van het voornemen tot uittreding uit de EU in de zin van artikel 50, tweede lid VEU:

‘[I]n constitutional terms the effect of the 1972 Act was unprecedented (...). Of course, consistently with the principle of Parliamentary sovereignty, this unprecedented state of affairs will only last so long as Parliament wishes: the 1972 Act can be repealed like any other statute. For that reason, we would not accept that the so-called fundamental rule of recognition (ie the fundamental rule by reference to which all other rules are validated) underlying UK laws has been varied by the 1972 Act or would be varied by its repeal.’

Lord Reed, wiens minderheidsoordeel steun kreeg van twee andere Law Lords,⁵⁷⁸ kan zich echter niet vinden in deze redenering. Volgens Reed is een belangrijk bezwaar van het betoog van Lord Neuberger c.s. dat de European Communities Act 1972 geen betrokkenheid van het parlement vereist bij een beslissing tot uittreding uit de EU:

‘[T]he majority of the court [draws] a distinction between changes which result from the UK’s giving notice under article 50 [VEU], for which a further Act of Parliament is argued to be necessary, and changes which result from any other alteration in the Treaties or in the instruments made under the Treaties, for which no further Act of Parliament is necessarily required. (...) It has to be based on an interpretation of the 1972 Act (...). I see no basis in the 1972 Act for drawing any such distinction. The Act simply creates a scheme under which domestic law reflects the UK’s international obligations, whatever they may be.’⁵⁷⁹

Hij is het bovendien oneens met het oordeel van Lord Neuberger c.s. dat de European Communities Act 1972 de ‘rule of recognition’ van het geldende recht in de rechtsorde heeft veranderd:

577 *Miller (no. 1)*, para. 81 *per* Lord Neuberger e.a., ook voor het volgende citaat (para. 60).

578 De twee Law Lords die het minderheidsoordeel van Lord Reed volgden, waren Lord Carnwath en Lord Hughes.

579 *Miller (no. 1)*, para. 217 *per* Lord Reed, ook voor het volgende citaat (para. 224).

‘The UK’s entry into the EU did not (...) alter its rule of recognition, and neither would its withdrawal. That is because EU law is not a source of law of the relevant kind: that is to say, a source of law whose validity is not dependent on some other, more fundamental, source of law, but depends on the ultimate rule of recognition.’

In feite vormt dit het belangrijkste verschil tussen het meerderheidsoordeel aan de ene kant en het standpunt van de minderheid aan de andere kant. Volgens het minderheidsoordeel van Lord Reed c.s. was er, bij ontstentenis van een Act of Parliament die de regering verbiedt gebruik te maken van haar bevoegdheid om een internationaal verdrag op te zeggen, geen rechtsbasis voor het eisen van betrokkenheid van het parlement bij het geven van een kennisgeving aan de Europese Raad in de zin van artikel 50, tweede lid VEU. Volgens het meerderheidsoordeel van Lord Neuberger c.s. aan de andere kant was dat op zichzelf echter geen beletsel toch betrokkenheid van het parlement bij deze kennisgeving te eisen, omdat de uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU naar alle waarschijnlijkheid een grote impact zal hebben op de nationale rechtsorde. Hoewel dat op zichzelf juist is, is het volgens Elliott de vraag in hoeverre deze *feitelijke* vaststelling ook *juridische* consequenties zou moeten hebben.⁵⁸⁰

Naast de behandeling over deze eerste kwestie, de verhouding tussen regering en parlement, diende de UK Supreme Court zich uit te spreken over een tweede kwestie: de bevoegdheidsverdeling tussen het Westminster parlement aan de ene kant en de devolved legislatures in Noord-Ierland, Schotland en Wales aan de andere kant. Zoals hierna nog aan de orde komt, valt op dat de overwegingen van Lord Neuberger c.s., overigens hier wel met steun van Lord Reed en de overige twee ‘dissenters’, bij de behandeling van deze kwestie wel opvallend dicht bij de tekst van de geldende wetgeving blijven.

In deze kwestie speelde de Legislative Consent Convention of de Sewel Convention, zoals de UK Supreme Court haar aanduidt,⁵⁸¹ een belangrijke rol. Op basis van deze Legislative Consent Motion is het Westminster parlement verplicht om Acts of Parliament over devolved matters slechts vast te stellen als het over zogeheten ‘devolved consent’ beschikt. Volgens de meest recente versie van de afspraken die het Westminster parlement op dit punt heeft gemaakt met de devolved legislatures van Schotland en Wales, strekt deze verplichting zich voor die twee landen inmiddels ook uit tot wetgeving uit het Verenigd Koninkrijk die van invloed is op de reikwijdte of de omvang

580 Elliott 2017, p. 263: ‘[T]he majority concluded that from the empirical *fact* of the constitutional implications of EU membership (and hence withdrawal) flowed significant *legal* consequences [cursivering in origineel, GJAG].’

581 De Sewel Convention had oorspronkelijk alleen betrekking op de relatie tussen het UK Parlement en de devolved bodies in Schotland. Desondanks wordt de Legislative Consent Motion, ook voor zover zij op deze bodies in Noord-Ierland en Wales betrekking heeft, ook als zodanig door de UK Supreme Court aangeduid. Zie nader par. II.2.7.

van de devolved matters.⁵⁸² Mede in het licht van de wettelijk erkende betrokkenheid van de devolved bodies bij de implementatie van nieuw EU-recht,⁵⁸³ stond voor de UK Supreme Court vast dat uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU inderdaad zal leiden tot een wijziging van de bevoegdheidsverdeling tussen het Westminster parlement en de devolved institutions.⁵⁸⁴

De uitspraak spitst zich vervolgens toe op de vraag of de rechter bevoegd is zich uit te spreken over de reikwijdte van deze conventie. Volgens de vertegenwoordigers van de devolved bodies uit Schotland en Noord-Ierland⁵⁸⁵ was de rechter daartoe bevoegd op basis van artikel 50, eerste lid VEU. Dit artikellid schrijft immers voor dat een lidstaat kan besluiten zich terug te trekken uit de EU 'according to its own constitutional requirements'. Op basis van deze formulering komen zij tot het oordeel dat bij het nemen van een dergelijke beslissing ook de Sewel Convention in acht genomen moet worden, omdat er geen reden was om aan te nemen dat de 'constitutional requirements' in de zin van artikel 50, eerste lid VEU alleen betrekking hebben op (voor de rechter te handhaven) rechtsregels.⁵⁸⁶ De Schotse appellante erkende bovendien dat de devolved institutions geen vetorecht hebben ten aanzien van de beslissing tot uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU, maar was van mening dat de rechter wel diende te erkennen dat de Sewel Convention in deze kwestie niet zonder nadere motivering kan worden genegeerd.

De UK Supreme Court weigert in zijn uitspraak rechtstreeks in te gaan op deze argumentatie. In plaats daarvan oordeelt hij dat hij in het licht van het politieke karakter van conventies niet bevoegd is tot de handhaving van de Sewel Convention over te gaan:

582 *Devolution Guidance Note 10. Post-Devolution Primary Legislation Affecting Scotland* (december 2005), nr. 4 onder iii jo. nr. 6; *Devolution Guidance Note 19. Parliamentary and Assembly Primary Legislation Affecting Wales* (april 2018), nr. 69. In het Welshe document is vastgelegd: 'The UK government will also normally seek a Legislative Consent Motion where Parliament is altering devolved competence.' Vergelijkbare bewoordingen zijn te vinden in het Schotse document. In relatie tot Noord-Ierland bestaat niet een dergelijke verplichting zoals blijkt uit de *Devolution Guidance Notice 8* [sic; bedoeld is waarschijnlijk 'Note 8', GJAG]. *Post-Devolution Legislation Affecting Northern Ireland*. Vgl. in die zin ook Elliott 2017, p. 275.

583 Zie o.a. *Government of Wales Act 2006*, section 58B; *Northern Ireland Act 1998*, section 6A; *Scotland Act 1998*, section 30A.

584 *Miller (no. 1)*, para. 130 per Lord Neuberger e.a.: 'The removal of the EU constraints on withdrawal from the EU Treaties will alter the competence of the devolved institutions unless new legislative constraints are introduced. In the absence of such new restraints, withdrawal from the EU will enhance the devolved competence.'

585 Dit argument werd naar voren gebracht door zowel de Lord Advocate for Scotland als de appellanten die de *Agnew*-zaak voor de High Court of Justice in Northern Ireland hadden bepleit. Zie McHarg 2018, p. 169.

586 In het verlenge daarvan voerde de Counsel General for Wales nog een ander argument aan dat hier verder buiten beschouwing blijft, omdat de UK Supreme Court daar niet apart op ingaat. Zie McHarg 2018, p. 169-170.

'While the UK government and the devolved executives have agreed the mechanisms for implementing the convention in the Memorandum of Understanding, the convention operates as a political restriction on the activity of the UK Parliament. (...) Judges therefore are neither the parents nor the guardians of political conventions; they are merely observers. As such, they can recognise the operation of a political convention in the context of deciding a legal question (as in the *Crossman diaries case* – *Attorney General v Jonathan Cape Ltd* [1976] 1 QB 752), but they cannot give legal rulings on its operation or scope, because those matters are determined within the political world.'⁵⁸⁷

Naast het onderscheid tussen recht en conventie als zodanig, is er volgens de UK Supreme Court nog een ander argument om af te zien van het doen van een uitspraak over de reikwijdte van deze conventie. Op grond van Article 9 van de Bill of Rights 1689, dat bepaalt dat '[p]roceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parliament', zou er ook geen rol zijn weggelegd voor de rechter een uitspraak te doen over de gelding van deze conventie.⁵⁸⁸

De UK Supreme Court besteedt bovendien aandacht aan de vastlegging van de Sewel Convention in relatie tot de Schotse devolved institutions in de Scotland Act 1998.⁵⁸⁹ In section 28(8) van deze wet is bepaald dat 'it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament', waarbij in section 28(7) wordt opgemerkt dat de vastlegging van deze conventie 'does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland'. Hoewel een conventie na conversie in een wettelijke regel op zichzelf vatbaar is voor rechterlijke handhaving,⁵⁹⁰ had de vastlegging van de Sewel Convention in de Scotland Act 1998 volgens de UK Supreme Court geen verandering teweeggebracht in de mogelijkheid van rechterlijke handhaving van deze regel. Het hoogste rechtscollege van het Verenigd Koninkrijk overweegt dat door middel van de Scotland Act 1998, sections 28(7) en 28(8)

'the UK Parliament is not seeking to convert the Sewel Convention into a rule which can be interpreted, let alone enforced, by the courts; rather, it is recognising the convention for what it is, namely a political convention, and is effectively declaring that it is a permanent feature of the relevant devolution settlement.

587 *Miller (no. 1)*, para. 145-146 per Lord Neuberger e.a., ook voor de volgende citaten (para. 148 respectievelijk para. 150). Zie over de *Crossman Diaries*-zaak, waarnaar in het citaat wordt verwezen, par. II.3.4.3.1.

588 *Miller (no. 1)*, para. 145 per Lord Neuberger e.a.: 'Article 9 of the Bill of the Rights, which provides that "Proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parliament" provides a further reason why the courts cannot adjudicate on the operation of this convention.' Zie over Article 9 Bill of Rights 1689 par. II.2.3.

589 Op het moment dat de UK Supreme Court deze uitspraak deed, was de vergelijkbare bepaling in de Government of Wales Act 2006, section 107(6) nog niet van kracht.

590 Zie par. II.3.3.4.2.

That follows from the nature of the content, and is acknowledged by the words (“it is recognised” and “will not normally”), of the relevant subsection. We would have expected UK Parliament to have used other words if it were seeking to convert a convention into a legal rule justiciable by the courts’.

Desondanks voegen de rechters daaraan wel toe:

‘[W]e do not underestimate the importance of constitutional conventions, some of which play a fundamental role in the operation of our constitution. The Sewel Convention has an important role in facilitating harmonious relationships between the UK Parliament and the devolved legislatures. But the policing of its scope and the manner of its operation does not lie within the constitutional remit of the judiciary, which is to protect the rule of law.’

Op deze benadering hebben onder anderen Elliott en McHarg kritiek geuit. Volgens Elliott is deze strikte benadering van het onderscheid tussen recht en conventie niet goed te verenigen met eerdere rechtspraak op dit punt. In de reeds besproken uitspraken over dit onderscheid, namelijk de *Jonathan Cape Ltd*-zaak en de *Evans*-zaak, was de rechter wel bereid zich uit te laten over de achterliggende reden die aan de conventie ten grondslag ligt.⁵⁹¹

McHarg voegt daaraan toe dat de rechter weliswaar niet bevoegd is een conventie te handhaven, maar wel om de gelding van de Sewel Convention te *erkennen* en in dat kader de juiste interpretatie van de Sewel Convention in de context van deze zaak vast te stellen zonder daarbij tot handhaving over te gaan.⁵⁹² In haar ogen had de UK Supreme Court om die reden ook niet Article 9 van de Bill of Rights 1689 in stelling mogen brengen, omdat de rechters in deze zaak zich niet hoefden te buigen over een wetsvoorstel dat in een concrete procedure binnen het parlement zou worden behandeld.⁵⁹³

591 Elliott 2017, p. 276: ‘[T]o suggest that courts cannot rule on the “operation” or “scope” of conventions is to take a strikingly narrow view of the proper extent of judicial engagement with conventions. (...) *Miller* sits uncomfortably with existing case law.’ In dit kader verwijst hij naar de uitspraak van het Upper Tribunal (2012) in de zaak *Evans* en de uitspraak van de High Court of England and Wales (Queen’s Bench Division) in de *Jonathan Cape Ltd*-zaak.

592 McHarg 2018, p. 172: ‘[O]ne might question the premise that judicial declaration of the meaning of a convention is tantamount to enforcement. As a general proposition, in other contexts the distinction between judicial declaration and judicial enforcement is regarded as constitutionally significant. The power of courts to issue declarations of incompatibility under section 4 of the Human Rights Act 1998, but not to invalidate legislation, is one example (...).’ Zie over die laatstgenoemde bepaling uit de Human Rights Act 1998 par. II.2.7.

593 McHarg 2018, p. 173: ‘[G]iven the essentially advisory nature of the *Miller* decision, and the fact that there was no actual Bill specifically under challenge, it is difficult to see how a declaratory ruling from the Court would have involved questioning proceedings in Parliament.’

In plaats daarvan dienden zij slechts een declaratoire uitspraak te doen over de inhoud van het geldende recht, waardoor zij niet in een binnen het parlement lopende procedure hoefde te interveniëren.

Volgens haar blijkt bovendien uit eerdere rechtspraak dat Article 9 van de Bill of Rights 1689 geen beletsel vormde om aan een dergelijk verzoek te kunnen voldoen. In de *Jackson*-zaak uit 2005, waarin de Appellate Committee van de House of Lords zich uit diende te spreken over de geldigheid van de Parliament Acts 1911 and 1949,⁵⁹⁴ werd daarover nog het volgende overwogen:

‘This question of statutory interpretation [namelijk de vraag naar de juiste uitleg van de Parliament Acts, GJAG] is properly cognisable by a court of law even though it relates to the legislative process. Statutes create law. The proper interpretation of a statute is a matter for the courts, not Parliament. This principle is as fundamental in this country’s constitution as the principle that Parliament has exclusive cognisance (jurisdiction) over its own affairs.’⁵⁹⁵

Afgezien van deze algemene kritiek op de lijn van de UK Supreme Court in de *Miller (no. 1)*-zaak, besteedde McHarg ook aandacht aan de meer specifieke formulering van section 28(8) van de Scotland Act 1998. Zij erkent dat de precieze reikwijdte van dit artikellid, gelet op de daarin opgenomen bewoordingen ‘it is recognised’ en ‘normally’, met onzekerheid is omgeven. Toch leidt dat wat haar betreft niet tot de conclusie dat dit artikellid niet geschikt is voor rechterlijke interpretatie:

‘As regards the *language* of section 28(8), it is not self-evidently incapable of having legal effect. As the Lord Advocate [de Schotse minister die de zaak voor de Schotse regering in de *Miller*-zaak bepleitte, GJAG] argued with reference to other statutory contexts, the phrase “it is recognised” “doesn’t point to any particular conclusion as to its juridical effect”. Similarly, the inclusion of the word “normally”, while undoubtedly vague, does not necessarily render the provision incapable of legal effect (...). As regards, the *content* of section 28(8), the Supreme Court did not explain what it was about its content that suggested it was not intended to have legal effect, but presumably again it was the fact that it appears to limit Parliament’s competence to legislate for Scotland. In other words, it seems to be in conflict with the principle of Parliamentary sovereignty. This, however, is a problem of the *enforceability* of section 28(8), rather than its justiciability; it is not clear why it should also deprive the provision of the status of a legal rule.’⁵⁹⁶

Naast deze algemene kritiek dat de UK Supreme Court een onvoldoende helder onderscheid maakt tussen respectievelijk de bereikbaarheid en de rechterlijke handhaving van conventies, is er nog andere kritiek mogelijk.

594 Zie par. II.2.7.

595 *Jackson and Others v Attorney General* [2005] UKHL 56 [2006] 1 AC 262, para. 51 *per* Lord Nicholls of Birkenhead.

596 McHarg 2018, p. 176 (cursiveringen in origineel, GJAG).

Elliott bijvoorbeeld wijst erop dat er ook sprake is van een gebrek aan consistentie in de *Miller (no. 1)*-uitspraak. Volgens Elliott zou de UK Supreme Court enerzijds in algemene zin een rechterlijke bevoegdheid aannemen tot de *erkenning* van het bestaan van een conventie tegen de achtergrond van de aan hem voorgelegde rechtsvraag, terwijl de Court anderzijds in deze specifieke zaak weigert een standpunt in te nemen over de werking en de reikwijdte van de Sewel Convention.⁵⁹⁷ In de ogen van Elliott is het echter van tweeën één: of de rechter is in algemene zin bevoegd het bestaan van een conventie te erkennen maar dan dient hij zich ook in specifieke zaken uit te laten over de werking en reikwijdte van conventies (zonder tot hun handhaving over te gaan) of de rechter is in het geheel niet bevoegd zich uit te laten over het bestaan van een conventie maar dan had de UK Supreme Court dat in zijn uitspraak moeten overwegen.

In het verlengde daarvan is het oordeel van de UK Supreme Court over de bevoegdheidsverdeling tussen het Westminster parlement en de devolved bodies volgens Elliott ook niet consistent met zijn meerderheidsoordeel over de bevoegdheidsverdeling tussen parlement en regering. Waar de Court over de laatstgenoemde kwestie bij ontstentenis van een concrete wettelijke basis oordeelde dat de betrokkenheid van het parlement bij de voorbereidingen van de Brexit-onderhandelingen voortvloeit uit weinig precies geformuleerde beginselen, baseerde hij zijn oordeel over de bevoegdheidsverdeling tussen het Westminster parlement en de devolved bodies juist op een heel strikte uitleg van de wet.⁵⁹⁸

II.3.4.3.4 R (on the application of Miller) v Prime Minister en Cherry and others v Advocate General for Scotland

Ten tijde van het moment waarop de UK Supreme Court uitspraak deed in de *Miller (no. 1)*-zaak, die betrekking had op de bevoegdheidsverdeling tussen parlement en regering over het voeren van de Brexit-onderhandelingen, moesten de inhoudelijke onderhandelingen over Brexit nog beginnen. Het door voormalig Prime Minister May met de EU uitonderhandelde akkoord

597 Elliott 2017, p. 277: '[T]he majority [van de UK Supreme Court in de *Miller (no. 1)*-zaak, GJAG] acknowledges that courts can *recognise* the operation of a political convention *in the context of deciding a legal question*. It stands to reason, however, that if conventions are to play a meaningful role in the resolution of legal questions to which they are pertinent, the court may well have to take a view about how the convention works and what its scope is. The Court cannot have it both ways. If the judicial role really is as limited as the majority contends, such that courts will retreat whenever issues pertaining to conventions are contested, then the notion that conventions can be taken into account when determining relevant legal questions is largely emptied of content [cursiveringen in origineel, GJAG].'

598 Elliott 2017, p. 278: '[W]hile the majority [van de UK Supreme Court in de *Miller (no. 1)*-zaak, GJAG] was prepared to invoke unarticulated constitutional principles in defence of its view that the prerogative could not be used to effect "major" changes or remove a "source of law", the position it adopted in relation to conventions is liable to have the effect of marginalising the role that such conventions – and the often fundamental principles that animate them – can play in constitutional adjudication.'

over uittreding uit de EU leidde echter tot grote verdeeldheid binnen het parlement.

Illustratief voor de grote verdeeldheid die in de politieke arena over dit thema bestond, is dat de UK Supreme Court in een uitspraak van 24 september 2019 opnieuw tussenbeide kwam in een geschil tussen parlement en regering over Brexit. In dit specifieke geval besloot de UK Supreme Court een beslissing tot verdaging ('prorogation') van het parlement op instigatie van Prime Minister Boris Johnson (die May in de tussentijd had opgevolgd) te vernietigen.⁵⁹⁹ Het is uitzonderlijk dat een verzoek tot rechterlijk ingrijpen in een politieke procedure wordt gedaan, laat staan dat een dergelijk verzoek ook wordt gehonoreerd. Hoewel de UK Supreme Court zich in deze uitspraak in de gevoegde zaken *Miller* en *Cherry* (hierna kortweg: *Miller (no. 2)*) niet expliciet uitlaat over het onderscheid tussen recht en conventie, raakt de kwestie die in deze zaak aan de orde is wel aan verschillende constitutionele vragen die daarmee verband houden.⁶⁰⁰ Daarom kan een bespreking van de *Miller (no. 2)*-uitspraak op deze plaats niet achterwege blijven.

Volgens de UK Supreme Court komen de belangrijkste feiten voorafgaand aan de verdagingsbeslissing op het volgende neer. Eerder had de UK Supreme Court in de *Miller (no. 1)*-zaak geoordeeld dat het parlement toestemming dient te verlenen voor het geven van een kennisgeving tot uittreding uit de EU aan de Europese Raad conform artikel 50, tweede lid VEU. Nadien nam het parlement een wet aan, die werd bekrachtigd op 16 maart 2017, op basis waarvan de Prime Minister een kennisgeving van het voornemen tot uittreding uit de EU aan de Europese Raad kon doen. Zij deed dit op 29 maart 2017, waardoor uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de EU volgens artikel 50, derde lid VEU in beginsel precies twee jaar later, op 29 maart 2019,⁶⁰¹ automatisch een feit zou zijn.⁶⁰²

Na de verkiezingen voor de House of Commons van 3 mei 2017 zou de Conservative Party van May de meerderheid in de Commons verliezen, maar toch kunnen doorregeren dankzij een met de Democratic Unionist

599 *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) en Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41 per Lady Hale en Lord Reed. Er waren bij deze uitspraak geen dissenting opinions.

600 Craig bijvoorbeeld stelde in een artikel over deze uitspraak: 'The Supreme Court's decision was going to be of constitutional import, whichever way it decided the case.' Zie Craig 2020, p. 277.

601 Dit werd ook officieel vastgelegd in de European Union (Withdrawal) Act 2018, section 20 (oud).

602 *Miller (no. 2)*, para. 9 per Lady Hale en Lord Reed: 'Parliament responded [op de *Miller (no. 1)*-zaak, GJAG] by passing the European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017, which received royal assent on 16th March 2017 and authorized the Prime Minister to give the notification. Mrs May did so on 29th March 2017.'

Party of Northern Ireland (DUP) gesloten gedoogakkoord.⁶⁰³ Niettemin had het zetelverlies van de Conservatives in de House of Commons de politieke positie van May aanzienlijk verzwakt, zoals bleek bij de stemmingen in dit huis over het door May met de EU uitonderhandelde akkoord over uittreding van het Verenigd Koninkrijk. Nadat May de onderhandelingen met de EU hierover op 25 november 2018 had afgerond, hebben de Commons dit voorstel voor een akkoord driemaal verworpen, namelijk op 15 januari 2019, 12 maart 2019 en 29 maart 2019.⁶⁰⁴

Voor May was dit aanleiding bij de Europese Raad met instemming van het parlement tweemaal een verzoek in te dienen, namelijk op 20 maart en 10 april, tot verlenging van de onderhandelingsperiode over uittreding, zodat het Verenigd Koninkrijk langer lid zou blijven van de EU. Na de honorering door de Europese Raad van het verzoek van 10 april, zou de onderhandelingsperiode blijven lopen tot 31 oktober 2019.⁶⁰⁵ Vervolgens diende May op 7 juni 2019 haar ontslag in als leider van de Conservative Party. Op 24 juli van dat jaar nam Boris Johnson het stokje van haar als Prime Minister over. Hij benoemde Michael Gove als minister met het oog op de voorbereidingen van een mogelijke uittreding uit de EU zonder akkoord. Johnson heeft meerdere malen uitgesproken dat hij ervan uitgaat dat de Europese Raad alleen bereid is wijzigingen aan te brengen in het onderhandelingsakkoord met het Verenigd Koninkrijk, als er ook een serieus risico bestaat dat dit land zonder akkoord de Unie verlaat.⁶⁰⁶ Het was bovendien klip-en-klaar

603 *Miller (no. 2)*, para. 10 *per* Lady Hale en Lord Reed: '[A] general election was held on 8th June 2017. The result was that Mrs May no longer had an overall majority in the House of Commons, but she was able to form a Government because of a "confidence and supply" agreement with the Democratic Unionist Party of Northern Ireland.'

604 *Miller (no. 2)*, para. 12 *per* Lady Hale en Lord Reed: 'A withdrawal agreement, setting out terms for a "smooth and orderly exit from the European Union" and a political declaration, setting out a framework for the future relationship, to be negotiated by the end of 2020, were concluded on 25th November 2018. However, the agreement was rejected three times by the House of Commons, on 15th January 2019 (by 432 to 202 votes), on 12th March 2019 (by 391 to 242 votes) and on 29th March 2019 (by 344 to 286 votes).'

605 *Miller (no. 2)*, para. 13 *per* Lady Hale en Lord Reed: 'On 20th March 2019, the Prime Minister had asked the European Council to extend the notification period. This was granted only until 12th April 2019. However, on 8th April 2019, the European Union (Withdrawal) Act 2019 was passed. This required a Minister of the Crown to move a motion, that day or the next, that the House of Commons agrees to the Prime Minister seeking an extension to a specified date and, if the motion was passed, required the Prime Minister to seek that extension.'

606 *Miller (no. 2)*, para. 14 *per* Lady Hale en Lord Reed: 'Mrs May resigned as leader of the Conservative Party on 7th June 2019 and stood down as Prime Minister on 24th July, after the Conservative Party had chosen Mr Boris Johnson as its leader. Mr Johnson has on many occasions made it clear that he believes that the European Council will only agree to changes in the withdrawal agreement if they think that there is a genuine risk that the United Kingdom will leave without any such agreement. He appointed Mr Michael Gove Cabinet Office with a view to preparing for a "no deal" exit. Yet it was also clear that a majority of the House of Commons would not support withdrawal without an agreement.'

dat een meerderheid van de leden van de House of Commons uittreding uit de EU zonder akkoord niet zou steunen. Tegen deze achtergrond nam koningin Elizabeth II in de Privy Council op basis van het Royal Prerogative de beslissing om het parlement te verdagen op een dag tussen maandag 9 september 2019 en donderdag 12 september 2019, welke verdaging zou moeten duren tot maandag 14 oktober 2019. Zij handelde daarbij in overeenstemming met een daartoe strekkend advies van de Prime Minister.⁶⁰⁷

In de periode waarin het parlement is verdaagd kan noch de House of Commons, noch de House of Lords bijeenkomen, debatteren of wetgeving aannemen, dan wel de regering ter verantwoording roepen.⁶⁰⁸ De agenda voor de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen wordt schoongeveegd, waardoor niet-aangenomen wetsvoorstellen, willen zij kracht van wet kunnen krijgen, in beginsel opnieuw moeten worden ingediend en behandeld. Als het parlement volgens de oorspronkelijke planning op 14 oktober weer bijeen zou komen, hadden er nog slechts zeventien dagen voor de (destijds voorziene) datum van automatische uittreding van 31 oktober 2019 gerest, waardoor de verdagingsbeslissing zou kunnen worden gezien als een manier om doorslaggevende invloed te kunnen uitoefenen op de wijze waarop het Verenigd Koninkrijk uiteindelijk uit de EU vertrekt.⁶⁰⁹ Tegelijkertijd kunnen de leden van de regering *wel* hun ambt blijven vervullen en hun bevoegdheden blijven uitoefenen, waaronder de bevoegdheid

607 *Miller (no. 2)*, para. 15 *per* Lady Hale en Lord Reed: ‘On 28th August 2019, Mr Jacob Rees-Mogg, Lord President of the (Privy) Council and Leader of the House of Commons, Baroness Evans of Bowes Park, Leader of the House of Lords, and Mr Mark Spencer, Chief Whip, attended a meeting of the Privy Council held by the Queen at Balmoral Castle. An Order in Council was made ordering that “the Parliament be prorogued on a day no earlier than Monday the 9th day of September and no later than Thursday the 12th day of September 2019 to Monday the 14th day of October 2019” and that the Lord Chancellor “do cause a Commission to be prepared and issued in the usual manner for proroguing the Parliament accordingly”. We know that in approving the prorogation, Her Majesty was acting on the advice of the Prime Minister.’

608 *Miller (no. 2)*, para. 2 *per* Lady Hale en Lord Reed: ‘While Parliament is prorogued, neither House can meet, debate and pass legislation. Neither House can debate Government policy. Nor may members of either House ask written or oral questions of Ministers. They may not meet and take evidence in committees. In general, Bills which have not yet completed all their stages are lost and will have to start again from scratch in the next session of Parliament. In certain circumstances, individual Bills may be “carried over” into the next session and pick up where they left off.’

609 *Vgl. Miller (no. 2)*, para. 16-17 *per* Lady Hale en Lord Reed: ‘We do know the contents of three documents leading up to that advice [van de Prime Minister aan de koningin tot het verdagen van Parliament, GJAG], annexed to a witness statement (...). The first document is a Memorandum dated 15th August 2019 from Nikki da Costa, Director of Legislative Affairs in the Prime Minister’s Office, to the Prime Minister and copied to seven other people, including Sir Mark Sedwill, Cabinet Secretary, and Dominic Cummings, Special Adviser. The key points made in the Memorandum are: (...) It must be recognised that “prorogation, on its own and separate of a Queen’s Speech, has been portrayed as a potential tool to prevent MPs intervening prior to the UK’s departure from the EU on 31st October”. (...)’

om lagere wetgeving (delegated legislation) vast te stellen;⁶¹⁰ de verdagingsbeslissing veranderde zodoende niets aan de positie van de regering, maar wel aan die van het parlement.

In zijn algemeenheid maakt een beslissing tot verdaging van het parlement een einde aan de lopende zittingstijd van het parlement; na de verdaging vindt de zogeheten Queen's Speech plaats die het startschot geeft van een nieuwe zittingsperiode waarin het parlement in dezelfde samenstelling weer bijeenkomt.⁶¹¹ In dat opzicht verschilt de verdagingsbeslissing van een ontbindingsbeslissing: een ontbindingsbeslissing maakt een definitief einde aan het parlement in de op dat moment bestaande samenstelling doordat deze beslissing wordt gevolgd door verkiezingen voor de House of Commons.⁶¹² Het is gangbaar dat een ontbindingsbeslissing vooraf wordt gegaan door een korte periode van verdaging van het parlement, waardoor het nemen van een beslissing tot verdaging meestal het karakter van een formaliteit heeft.⁶¹³ Daardoor is het nauwelijks omstreden dat de regering een verdagingsbeslissing kan nemen zonder betrokkenheid van het parlement.⁶¹⁴ De inwerkingtreding van de Fixed-term Parliaments Act 2011,⁶¹⁵ die de voorwaarden voor het nemen van een ontbindingsbeslissing bij wet reguleert, heeft echter het onderscheid tussen beide soorten beslissingen gemar-

610 *Miller (no. 2)*, para. 2 *per* Lady Hale en Lord Reed: 'The Government remains in office and can exercise its powers to make delegated legislation and bring it into force. It may also exercise all the other powers which the law permits. It cannot procure the passing of Acts of Parliament or obtain Parliamentary approval for further spending.'

611 *Miller (no. 2)*, para. 2 *per* Lady Hale en Lord Reed: 'Parliamentary sittings are normally divided into sessions, usually lasting for about a year, but sometimes less and sometimes, as with the current session, much longer. Prorogation of Parliament brings the current session to an end. The next session begins, usually a short time later, with the Queen's Speech.'

612 *Miller (no. 2)*, para. 4 *per* Lady Hale en Lord Reed: 'Prorogation must be distinguished from the dissolution of Parliament. The dissolution of Parliament brings the current Parliament to an end. Members of the House of Commons cease to be Members of Parliament. A general election is then held to elect a new House of Commons. The Government remains in office but there are conventional constraints on what it can do during that period.'

613 *Miller (no. 2)*, para. 4 *per* Lady Hale en Lord Reed: 'These days, dissolution is usually preceded by a short period of prorogation.'

614 Vgl. *Miller (no. 2)*, para. 3: 'Parliament does not decide when it should be prorogued. This is a prerogative power exercised by the Crown on the advice of the Privy Council. In practice, as noted in the House of Commons Library Briefing Paper (No 8589, 11th June 2019), "this process has been a formality in the UK for more than a century: the Government of the day advises the Crown to prorogue and that request is acquiesced to". In theory the monarch could attend Parliament and make the proclamation proroguing it in person, but the last monarch to do this was Queen Victoria in 1854. Under current practice, a proclamation is made by Order in Council a few days before the actual prorogation, specifying a range of days within which Parliament may be prorogued and the date on which the prorogation would end. The Lord Chancellor prepares a commission under the great seal instructing the Commissioners accordingly. On the day chosen for the prorogation, the Commissioners enter the House of Lords; the House of Commons is summoned; the command of the monarch appointing the Commission is read; and Parliament is formally prorogued.'

615 Zie nader over de Fixed-term Parliaments Act 2011 het slot van par. II.2.6.

keerd: het nemen van een verdagingsbeslissing valt nog altijd onder het Royal Prerogative, terwijl het nemen van een ontbindingsbeslissing alleen nog onder de voorwaarden van deze in 2011 vastgestelde wet mogelijk is.⁶¹⁶

Bijzonder aan deze verdagingsbeslissing is dat zij niet de opmaat vormde van een beslissing tot ontbinding van het parlement. Tijdens de vergadering van het Cabinet van 28 augustus 2019 waarin de voorgenomen verdagingsbeslissing op tafel lag, had de Prime Minister blijkens de door de UK Supreme Court geciteerde notulen expliciet ontkend dat de (toen voorziene) datum van automatische uittreding uit de EU van invloed was op het geven van zijn advies aan de koningin tot verdaging van het parlement. Volgens Johnson had de verdagingsbeslissing slechts tot doel om een nieuw regeringsprogramma te kunnen voorbereiden, zoals op zichzelf gebruikelijk is als een nieuwe Prime Minister aantreedt. Hij voelde er echter niets voor, in weerwil van wat gebruikelijk is, nieuwe verkiezingen voor de House of Commons te laten plaatsvinden, omdat in de voorbijgaande tijd al onevenredig vaak verkiezingen waren georganiseerd.⁶¹⁷

Nog voordat de daadwerkelijke verdagingsbeslissing werd genomen, op 30 juli 2019, hadden verschillende (Schotse) MPs voor de Inner House of the Court of Session in Schotland onder aanvoering van Joanna Cherry (SNP) al uit voorzorg de rechter gevraagd te verklaren dat het nemen van een dergelijke verdagingsbeslissing onrechtmatig zou zijn en daarbij een verbod uit te

616 *Miller (no. 2)*, para. 5 *per* Lady Hale en Lord Reed: ‘Dissolution used also to be a prerogative power of the Crown but is now governed by the Fixed-term Parliaments Act 2011. This provides for general elections to be held every five years and for an earlier election to be held in only two circumstances: either the House of Commons votes, by a majority of at least two-thirds of the number of seats (including vacant seats) in the House, to hold an early election; or the House of Commons votes that it has no confidence in Her Majesty’s Government and no-one is able to form a Government in which the House does have confidence within 14 days. Parliament is dissolved 25 days before polling day and cannot otherwise be dissolved. The Act expressly provides that it does not affect Her Majesty’s power to prorogue Parliament (section 6(1)).’

617 *Miller (no. 2)*, para. 20 *per* Lady Hale en Lord Reed: ‘We also have the Minutes of the Cabinet meeting held by conference call at 10.05 am on Wednesday 28th August, after the advice had been given. The Prime Minister explained that it was important that they were “brought up to speed” on the decisions which had been taken. It was also “important to emphasise that this decision to prorogue Parliament for a Queen’s Speech was not driven by Brexit considerations: it was about pursuing an exciting and dynamic legislative programme to take forward the Government’s agenda”. (...) In discussion at the Cabinet meeting, among the points made was that “any messaging should emphasise that the plan for a Queen’s Speech was not intended to reduce parliamentary scrutiny or minimise Parliament’s opportunity to make clear its views on Brexit. (...) Any suggestion that the Government was using this as a tactic to frustrate Parliament should be rebutted.” In conclusion, the Prime Minister said that “there were no plans for an early General Election. This would not be right for the British people: they had faced an awful lot of electoral events in recent years”.’

vaardigen tot het nemen van een beslissing tot verdaging.⁶¹⁸ Op 13 september 2019, toen de verdagingsbeslissing al was genomen, verklaarde de Court of Session (uiteindelijk) het beroep van Cherry c.s. gegrond.⁶¹⁹ Bovendien gaf deze Schotse rechter toestemming beroep in te stellen tegen deze beslissing bij de UK Supreme Court. Twee dagen eerder, op 11 september 2019, nam de Queen's Bench Division of the High Court in England and Wales een beslissing over het beroep van Gina Miller dat een vergelijkbare strekking had; in de procedure trad onder anderen voormalig Prime Minister John Major (Con) op als zogeheten 'intervener'. Anders dan de Schotse Court of Session, besliste de Queen's Bench Division dat de kwestie niet berechtbaar was.⁶²⁰ De Queen's Bench Division achtte de zaak, net als overigens de Court of Session, wel geschikt voor behandeling door de UK Supreme Court.⁶²¹

De laatstgenoemde rechter deed uitspraak over deze gevoegde zaken op 24 september 2019. In de uitspraak nam de UK Supreme Court een beslissing over vier, aan elkaar gerelateerde, kwesties: (i) of het advies van de Prime Minister aan de koningin dat strekte tot het verdagen van het parlement berechtbaar is, en zo ja (ii) aan de hand van welke maatstaf de rechter de rechtmatigheid van deze beslissing kan toetsen, waarna op basis van die maatstaf dient te worden beoordeeld (iii) of het advies rechtmatig was en zo niet (iv) wat voor remedie de rechter zou kunnen uitvaardigen.⁶²²

Op de eerste vraag antwoordde de UK Supreme Court dat de kwestie op zichzelf voor rechterlijke beoordeling vatbaar is. Volgens de rechter is de aan de orde zijnde kwestie, namelijk of de Prime Minister in dit geval binnen zijn bevoegdheid is gebleven toen hij de koningin adviseerde het parlement te verdagen, per definitie een berechtbare vraag.⁶²³ De UK Supreme Court merkte daarbij expliciet op dat het politiek controversiële karakter van

618 *Miller (no. 2)*, para 24 per Lady Hale en Lord Reed: 'Meanwhile, on 30th July 2019, prompted by the suggestion made in academic writings in April and also by some backbench MPs, and not denied by members of the Government, that Parliament might be prorogued so as to avoid further debate in the run-up to exit day, a cross party group of 75 MPs and members of the House of Lords, together with one QC, had launched a petition in the Court of Session in Scotland claiming that such a prorogation would be unlawful and seeking a declaration to that effect and an interdict to prevent it.'

619 *Joanna Cherry QC MP and others v The Advocate General for Scotland* [2019] CSIH 49.

620 *R (Miller) v Prime Minister (Miller no. 2)* [2019] EWHC 2381 (QB).

621 Hierbij is, net als in de *Miller (no. 1)*-zaak, een succesvolle aanvraag voor het instellen van sprongberoep ingediend. Zie over het sprongberoep par. II.3.4.3.3.

622 *Miller (no. 2)*, para. 20 per Lady Hale en Lord Reed: 'Both cases [bedoeld zijn de zaken van *Cherry* en *Miller*, GJAG] raise the same four issues, although there is some overlap between the issues: (1) Is the question of whether the Prime Minister's advice to the Queen was lawful justiciable in a court of law? (2) If it is, by what standard is its lawfulness to be judged? (3) By that standard, was it lawful? (4) If it was not, what remedy should the court grant?'

623 *Miller (no. 2)*, para. 36 per Lady Hale en Lord Reed: '[N]o question of justiciability, whether by reason of subject matter or otherwise, can arise in relation to its legal limits. Those are by definition questions of law. Under the separation of powers, it is the function of the courts to determine them.'

deze kwestie niet tot een ander oordeel hoeft te leiden, omdat vrijwel alle belangrijke constitutionele zaken in meer of mindere mate omstreden van aard zijn.⁶²⁴

In de behandeling van de tweede kwestie, die betrekking heeft op de maatstaf aan de hand waarvan de rechter de rechtmatigheid van (het advies tot het nemen van) de verdagingsbeslissing beoordeelt, formuleert de UK Supreme Court twee beginselen die in deze zaak beslissend zijn. Het eerste beginsel is de parlementaire soevereiniteit, welke doctrine

‘would (...) be undermined as the foundational principle of our constitution if the executive could, through the use of the prerogative, prevent Parliament from exercising its legislative authority for as long as it pleased. That, however, would be the position if there was no legal limit upon the power to prorogue Parliament (subject to a few exceptional circumstances in which, under statute, Parliament can meet while it stands prorogued). An unlimited power of prorogation would therefore be incompatible with the legal principle of Parliamentary sovereignty’.⁶²⁵

Tegen die achtergrond moeten de mogelijkheden om over te gaan tot verdraging van het parlement inherent beperkt zijn:

‘Parliament does not remain permanently in session, and it is undoubtedly lawful to prorogue Parliament notwithstanding the fact that, so long as it stands prorogued, Parliament cannot enact laws. In modern practice, Parliament is normally prorogued for only a short time. There can be no question of such a prorogation being incompatible with Parliamentary sovereignty: its effect on Parliament’s ability to exercise its legislative powers is relatively minor and uncontroversial. How, then, is the limit upon the power to prorogue to be defined, so as to make it compatible with the principle of Parliamentary sovereignty?’

Hoewel de UK Supreme Court in dit citaat niet expliciet repte over conventies, is het zoals hierna nog zal blijken mogelijk de hierboven door de Court omschreven ‘modern practice’ als zodanig te beschouwen. In vergelijkbare zin bestaat er, zoals ook later zal worden toegelicht, een overlap tussen de conventie van de ministeriële verantwoordelijkheid en het tweede beginsel dat de UK Supreme Court onderscheidde:

624 *Miller (no. 2)*, para. 31 *per* Lady Hale en Lord Reed: ‘[A]lthough the courts cannot decide political questions, the fact that a legal dispute concerns the conduct of politicians, or arises from a matter of political controversy, has never been sufficient reason for the courts to refuse to consider it. (...) [A]lmost all important decisions made by the executive have a political hue to them. Nevertheless, the courts have exercised a supervisory jurisdiction over the decisions of the executive for centuries. Many if not most of the constitutional cases in our legal history have been concerned with politics in that sense.’

625 *Miller (no. 2)*, para. 42 *per* Lady Hale en Lord Reed, ook voor de volgende drie citaten (respectievelijk in para. 45, 46 en 48).

‘The same question arises in relation to a second constitutional principle, that of Parliamentary accountability (...). Ministers are accountable to Parliament through such mechanisms as their duty to answer Parliamentary questions and to appear before Parliamentary committees, and through Parliamentary scrutiny of the delegated legislation which ministers make. By these means, the policies of the executive are subjected to consideration by the representatives of the electorate, the executive is required to report, explain and defend its actions, and citizens are protected from the arbitrary exercise of executive power.’

Volgens de UK Supreme Court beperkt ook dit tweede beginsel van ‘Parliamentary accountability’ de mogelijkheden om het parlement voor een onbeperkte periode te verdagen:

‘That principle is not placed in jeopardy if Parliament stands prorogued for the short period which is customary, and as we have explained, Parliament does not in any event expect to be in permanent session. But the longer that Parliament stands prorogued, the greater the risk that responsible government may be replaced by unaccountable government: the antithesis of the democratic model.’

Nadat de UK Supreme Court tot de conclusie was gekomen dat de rechter in staat is een oordeel te vellen over de vraag of de twee besproken constitutionele beginselen in dit geval een grens stellen aan de uitoefening van het Royal Prerogative,⁶²⁶ kwam de Court tot een oordeel over de derde kwestie: de rechtmatigheid van (het advies tot het nemen van) de verdagingsbeslissing. De Court behandelde deze kwestie in twee stappen. In de eerste plaats stelde de Court zich de vraag of de door de Prime Minister voorgestelde verdaging de mogelijkheden van het parlement frustreert om de regering ter verantwoording te roepen.⁶²⁷ De UK Supreme Court antwoordde daarop

‘that of course it did. This was not a normal prorogation in the run-up to a Queen’s Speech. It prevented Parliament from carrying out its constitutional role for five out of a possible eight weeks between the end of the summer recess and

626 *Miller (no. 2)*, para. 52 *per* Lady Hale en Lord Reed: ‘Returning, then, to the justiciability of the question of whether the Prime Minister’s advice to the Queen was lawful, we are firmly of the opinion that it is justiciable. As we have explained, it is well established (...) that the courts can rule on the extent of prerogative powers. That is what the court will be doing in this case by applying the legal standard which we have described. That standard is not concerned with the mode of exercise of the prerogative power within its lawful limits. On the contrary, it is a standard which determines the limits of the power, marking the boundary between the prerogative on the one hand and the operation of the constitutional principles of the sovereignty of Parliament and responsible government on the other hand. An issue which can be resolved by the application of that standard is by definition one which concerns the extent of the power to prorogue, and is therefore justiciable.’

627 *Miller (no. 2)*, para. 55 *per* Lady Hale en Lord Reed: ‘The first question (...) is whether the Prime Minister’s action had the effect of frustrating or preventing the constitutional role of Parliament in holding the Government to account.’

exit day on the 31st October. Parliament might have decided to go into recess for the party conferences during some of that period but, given the extraordinary situation in which the United Kingdom finds itself, its members might have thought that parliamentary scrutiny of government activity in the run-up to exit day was more important and declined to do so, or at least they might have curtailed the normal conference season recess because of that. Even if they had agreed to go into recess for the usual three-week period, they would still have been able to perform their function of holding the government to account. Prorogation means that they cannot do that'.⁶²⁸

De Court besteedde daarbij nog expliciet aandacht aan de bijzondere omstandigheden waaronder deze verdagingsbeslissing was genomen:

'[T]he circumstances here were, as already explained, quite exceptional. A fundamental change was due to take place in the Constitution of the United Kingdom on 31st October 2019. Whether or not this is a good thing is not for this or any other court to judge. The people have decided that. But that Parliament, and in particular the House of Commons as the democratically elected representatives of the people, has a right to have a voice in how that change comes about is indisputable. And the House of Commons has already demonstrated (...) that it does not support the Prime Minister on the critical issue for his Government at this time and that it is especially important that he be ready to face the House of Commons.'

In de tweede plaats besteedde de UK Supreme Court aandacht aan het eventuele bestaan van een rechtvaardiging voor de relatief lange duur van de verdaging.⁶²⁹ De Court oordeelde dat

'no reason was given for closing down Parliament for five weeks. Everything was focussed on the need for a new Queen's Speech and the reasons for holding that in the week beginning the 14th October rather than the previous week. But why did that need a prorogation of five weeks? The unchallenged evidence of Sir John Major [de voormalige Prime Minister, die als 'intervener' optrad in deze zaak, GJAG] is clear. The work on the Queen's Speech varies according to the size of the programme. But a typical time is four to six days. Departments bid for the Bills they would like to have in the next session. Government business managers meet to select the Bills to be included, usually after discussion with the Prime Minister, and Cabinet is asked to endorse the decisions. Drafting the speech itself does not take much time once the substance is clear. Sir John's evidence is that he has never known a Government to need as much as five weeks to put together its legislative agenda'.⁶³⁰

628 *Miller (no. 2)*, para. 56 per Lady Hale en Lord Reed.

629 *Miller (no. 2)*, para. 58 per Lady Hale en Lord Reed: 'The next question is whether there is a reasonable justification for taking action which had such an extreme effect upon the fundamentals of our democracy.'

630 *Miller (no. 2)*, para. 58-59 per Lady Hale en Lord Reed.

Op basis van deze argumenten komt de UK Supreme Court tot het oordeel dat de Prime Minister inderdaad onrechtmatig handelde door de koningin te adviseren tot de verdaging van het parlement voor een periode van ongeveer vijf weken over te gaan.⁶³¹

Ten slotte oordeelt de Court over de vierde kwestie, namelijk de eventuele mogelijkheid voor de rechter om een remedie uit te vaardigen die deze onrechtmatigheid kan wegnemen, dat de rechter inderdaad over deze mogelijkheid beschikt. Article 9 van de Bill of Rights 1689 vormde in deze zaak geen belemmering voor de UK Supreme Court om de verdagingsbeslissing te vernietigen. Volgens de Court is er in deze zaak geen sprake van een 'Proceeding in Parliament' die op grond van het genoemde artikel immuun is voor rechterlijk ingrijpen,⁶³² omdat geen sprake is van een beslissing van een van beide huizen van het parlement. In plaats daarvan gaat het hier volgens de UK Supreme Court om een beslissing die de regering *over* het functioneren van het parlement heeft genomen. Het parlement zelf heeft op die beslissing geen invloed kunnen uitoefenen. In dat licht is de beperking van Article 9 van de Bill of Rights 1689 niet van toepassing, waardoor er inderdaad een rechterlijke bevoegdheid bestaat de verdagingsbeslissing te vernietigen. De UK Supreme Court gaat daar vervolgens ook toe over: hij oordeelt dat deze beslissing nietig was en verklaart dat de leden van beide huizen van het parlement per direct weer bijeen kunnen komen.

Uit deze uitspraak blijkt dat er een grote mate van overlap kan bestaan tussen (niet door de rechter te handhaven) conventies en (wel door de rechter te handhaven) beginselen. De beide beginselen, namelijk de 'Parliamentary sovereignty' en 'Parliamentary accountability', maken niet alleen als zodanig deel uit van de common law, maar liggen ook allebei (in de vorm van een 'achterliggende reden' in de zin van de Jennings-test) ten grondslag aan een conventie. De 'Parliamentary sovereignty' vormt in de woorden van Craig de basis van de volgende conventie die betrekking heeft op het geven van het door de Prime Minister te geven advies dat strekt tot verdaging van het parlement:

'The norm is that prorogation is short, it signals the end of one parliamentary session and the beginning of another and raises no controversy. This is the empirical norm, which is accepted and is the core content of the convention.'⁶³³

631 *Miller (no. 2)*, para. 61 *per* Lady Hale en Lord Reed: 'It is impossible for us to conclude, on the evidence which has been put before us, that there was any reason – let alone a good reason – to advise Her Majesty to prorogue Parliament for five weeks, from 9th or 12th September until 14th October. We cannot speculate, in the absence of further evidence, upon what such reasons might have been. It follows that the decision was unlawful.'

632 Zie nader over deze bepaling par. II.2.3. De vergelijkbare bepaling in de Claim of Right 1689 (een Act of the Parliament of Scotland), waaraan de UK Supreme Court enige aandacht besteedde, blijft hier verder buiten beschouwing.

633 Craig 2020, p. 265.

Aan het bestaan van deze conventie ligt in ieder geval gedeeltelijk de ‘Parliamentary sovereignty’ ten grondslag, want, zo betoogt Craig, zonder een dergelijke conventie zou de regering permanent het parlement buitenspel kunnen zetten.⁶³⁴ Voor het andere beginsel, namelijk de notie dat de regering verantwoording aflegt aan het parlement (‘Parliamentary accountability’), is de overlap nog eenvoudiger aan te wijzen. Elliott bijvoorbeeld betoogt dat ‘the notion of executive accountability to Parliament — or ministerial accountability — is generally regarded as a constitutional convention’.⁶³⁵ Toch meent hij dat de UK Supreme Court niet overgaat tot een rechtstreekse handhaving van deze conventie door de rechtmatigheid van (het advies van de Prime Minister tot het nemen van) de verdagingsbeslissing te beoordelen op basis van dit beginsel. Volgens Elliott is het mogelijk het beginsel en de conventie van elkaar te onderscheiden:

‘What the Court does – and it is entirely justified in doing so – is to take legal cognisance of the underlying constitutional reason or principle that underpins and animates the convention of accountability to Parliament. The principle in question is that in a parliamentary democracy, there must be adequate opportunity for the executive government to account to and to be held to account by the legislature. There is no reason why this constitutional principle cannot both underpin a constitutional convention – and thus institutionalise a required mode of political behaviour – while also serving as a constitutional standard to be applied when lawfulness of executive action by reference to the scope of its legal powers. This does not amount to judicial enforcement of a constitutional convention. Rather, it reflects the reality that the dividing line between the political and legal spheres of the constitution is not rigid, and that fundamental principle can and does inform both conventional practices and legal analysis.’

Volgens deze redenering kunnen constitutionele beginselen tegelijkertijd als onderdeel van de common law vorm krijgen in de rechtspraak en aan de basis staan van het ontstaan van conventies in de politieke arena. Hoewel er daardoor onherroepelijk een overlap ontstaat tussen recht en conventie, blijven de sferen van rechtspraak en politiek formeel gezien gescheiden.

634 Vgl. Craig 2020, p. 267: ‘The reality is that prorogation is not required by representative democracy. It is perfectly possible for a Parliament to be elected for five years and to remain in session for the entirety of this period. There will be breaks, and recesses, but there is no need for prorogation. It exists for historical reasons. There is nothing wrong with historical tradition. The fact that prorogation is not required by a parliamentary regime does, however, mean that we should be cautious lest exercise of this power undermines the very system of parliamentary democracy within which it subsists. If we persist with parliamentary sessions demarcated by prorogation, there is no warrant for according the government unbridled discretion as to the manner of its usage, more especially where the consequence is to weaken the fabric of parliamentary democracy itself.’

635 M. Elliott, ‘The Supreme Court’s Judgment in *Cherry / Miller* (No 2): A New Approach to Constitutional Adjudication?’, Blogpost *Public Law for Everyone*, 24 september 2019, beschikbaar via publiclawforeveryone.com, ook voor het volgende citaat.

II.3.4.3.5 Balans

In de regel is het niet moeilijk om rechtsregels en conventies van elkaar te onderscheiden. Beide soorten regels bevinden zich hoofdzakelijk in afzonderlijke invloedssferen: de politieke staatsinstellingen zijn verantwoordelijk voor de handhaving van conventies, terwijl de rechter zich bezighoudt met de handhaving van het recht. Helemaal onomstreden is dit onderscheid echter niet, omdat beide soorten regels kunnen overlappen. Voor zover auteurs van mening zijn dat het onderscheid tussen recht en conventie moet worden verworpen, erkennen zij wel dat zij daarmee een primair persoonlijke overtuiging verdedigen. Op die manier geven zij impliciet toe dat de conventie geen deel uitmaakt van het geldende constitutionele recht.

Allan vindt echter ook *in het geldende recht* een rechtvaardiging voor een vergaande nuancering van het onderscheid tussen recht en conventie. Hij betoogt dat de gelding van wetgeving niet los kan worden gezien van de geldende constitutionele beginselen, die voortkomen uit de rule of law. De rechter dient volgens Allan bij de interpretatie van een wet een intern perspectief in te nemen. Hij dient niet slechts, zoals een extern perspectief zou vereisen, de relevante wettelijke bepalingen te beschrijven, maar die bepalingen ook in het licht van de relevante constitutionele beginselen te beoordelen. Als de rechter een wettelijke bepaling uitlegt, dient hij er daarbij steeds van uit te gaan dat de wetgever met de vaststelling van die bepaling op enigerlei wijze uitdrukking heeft willen geven aan constitutionele beginselen die ook verplichtingen aan politieke actoren opleggen. Binnen die benadering spelen indirect ook conventies een rol. Conventies geven net als wetgeving gestalte aan achterliggende goede redenen (die Allan ook wel als 'beginselen' aanduidt). De gelding van een conventie kan daarom relevant zijn voor de uitkomst van een geschil. Voor zover de rechter in zijn oordeel meeweegt dat een conventie relevant is, kent hij gewicht aan die conventie toe. Volgens Allan is het verschil tussen recht en conventie dan slechts relatief, omdat beide soorten regels dan uiteindelijk hetzelfde doel dienen: invulling geven aan constitutionele beginselen. Allan interpreteert de relevante rechtspraak daarom dusdanig, dat het voor de rechter geen verschil zou maken of een regel geldt als een rechtsregel of een conventie.

Vooralsnog heeft de rechter ervan afgezien om deze benadering van Allan volledig over te nemen. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de *Miller (no. 1)*-zaak waarin de UK Supreme Court zich wel degelijk bereid toont een strikt onderscheid tussen recht en conventie te hanteren. Op deze uitspraak is in de literatuur veel kritiek geleverd. Maar zelfs als wordt aangenomen dat de *Miller (no. 1)*-uitspraak op dit punt onjuist is, ligt het niet direct voor de hand om het onderscheid tussen recht en conventie vergaand te relativiseren. De belangrijkste reden daarvoor is dat het relatief zelden voorkomt dat een rechter een constitutioneel beginsel handhaaft dat zowel als zodanig erkenning krijgt in de common law als (in de vorm van een 'achterliggende reden' in de zin van de Jennings-test) aan de basis staat van een conventie.

Daarnaast staat niet altijd vast wanneer een bepaalde regel daadwerkelijk een (erkende) conventie met een *constitutioneel* karakter vormt. Auteurs

kunnen tegen die achtergrond een nuancering van het onderscheid tussen recht en conventie bepleiten. Zo hanteert Allan in zijn werk een ruimere definitie van het constitutionele element van de conventie dan gangbaar is in de literatuur. Op basis van een dergelijke ruimere benadering is het relatief eenvoudig om een verdere nuancering van het onderscheid tussen recht en conventie te bepleiten. Of het verdedigbaar is om een strikt onderscheid tussen recht en conventie te hanteren, is dus ook afhankelijk van de gebruikte definities van beide soorten regels.

II.3.5 Slot

Dankzij de grote mate van geleidelijkheid waarmee de ‘politieke’ constitutie van het Verenigd Koninkrijk tot ontwikkeling is gekomen, heeft dit land het altijd zonder grondwet kunnen stellen. Het is daardoor altijd min of meer vanzelfsprekend geweest dat de parlementaire soevereiniteit een belangrijke, zo niet de belangrijkste, pijler van het constitutionele denken vormt. De afwezigheid van een gecodificeerde constitutie heeft op de conceptualisering van het conventiebegrif grote invloed uitgeoefend. Bij ontstentenis van regels van ‘hoger’ recht die het politieke proces reguleren, zou de indruk kunnen ontstaan dat (de organen van) regering en parlement naar bevind van zaken kunnen handelen.

Toch zijn politieke organen, afgezien van een amalgaam aan ‘constitutional statutes’ die het parlement volgens een reguliere wetgevingsprocedure weer kan wijzigen, al vanaf de achttiende eeuw gebonden aan zogeheten *conventies*: informele regels die weliswaar niet handhaafbaar zijn voor de rechter, maar wel gedrag voorschrijven aan politieke actoren; deze regels hebben *constitutionele* betekenis, voor zover zij het (kortetermijn)belang van individuele politieke partijen overstijgen. Kenmerkend voor deze regels is hun feitelijk-normatieve karakter: zij zijn feitelijk in de zin dat zij alleen bestaan voor zover zij in de praktijk worden nageleefd en normatief in de zin dat hun naleving verplicht is in het licht van hun achterliggende reden.

In deze karakterisering van de conventie liggen twee belangrijke kenmerken verscholen, die de naleving ervan verklaren. In de eerste plaats is de conventie *consensueel* van aard: onder de betrokken actoren bestaat de gedeelde overtuiging dat de naleving van een conventie noodzakelijk is voor een goede werking van de constitutie. Deze overtuiging van gebondenheid aan een conventie kan ook worden verklaard vanuit het eigenbelang van de betrokken actoren: zelfs voor zover conventies betrekking hebben op de politieke meerderheid ten behoeve van de minderheid is dat het geval, omdat de meerderheid ervan bewust is dat zij op de lange termijn weer zal kunnen behoren tot de minderheid en dan zelf ook weer profiteert van de naleving van conventies door de dan zittende meerderheid. In het verlengde daarvan kan, in de tweede plaats, het *contextuele* karakter van de conventie worden genoemd: conventies zijn, juist doordat hun bestaan inherent afhankelijk is van de wilsovereenstemming onder de betrokken actoren, niet in

beton gegoten. Dat betekent dat afwijking of zelfs permanente verandering van de conventie mogelijk is, zolang alle betrokken actoren daarmee instemmen. Op die manier is het mogelijk de conventie te zien als een regel met een flexibel karakter: zolang het gedrag van de betrokken actoren verdedigbaar is in het licht van de achterliggende reden van de conventie, is sprake van 'conventie-conform' gedrag. Dankzij dit informele karakter van de conventie is het niet mogelijk de conventie dwingend vast te leggen in een (niet-juridisch) document, omdat politieke organen de ruimte houden om in weerwil van de vastgelegde regel ander gedrag te vertonen.

Dat neemt niet weg dat het volgens de traditionele benadering juridisch geoorloofd is een conventie geheel te negeren, omdat zij gezien het in het Verenigd Koninkrijk gangbare rechtsbegrip niet als zodanig handhaafbaar is voor de rechter. Toch is veronachtzaming van conventies in de praktijk relatief zeldzaam, omdat conventies juist ontstaan bij de gratie van een *behoefte* bij politieke organen zelf hun handelen aan nadere voorwaarden te verbinden. Daar komt een opmerkelijke paradox aan het licht: hoewel de betrokken politieke organen volledige autonomie hebben conventies te negeren, is het belang van naleving van conventies voor een goede werking van het staatsbestel zo fundamenteel dat veronachtzaming van deze categorie regels nauwelijks een reële optie is. Tegen die achtergrond valt ook te verklaren waarom het onderscheid tussen recht en conventie overlappingsen kent: conventies zijn weliswaar op zichzelf niet handhaafbaar voor de rechter, maar soms liggen aan hun bestaan redenen ten grondslag die zich in de vorm van common-law-beginselen wel lenen voor rechterlijke handhaving. Hoewel de conventie geen rechtsregel is, betekent dat dus allerminst dat zij geen verplichtingen in het leven kan roepen. Het niet-juridische karakter van de conventie wijst vooral op een andere manier van *denken* over de manier waarop politieke organen dienen te handelen: zij hebben gezien hun (indirecte) democratische legimitatie *zelf* de primaire verantwoordelijkheid de vormgeving en naleving van de constitutie vorm te geven.

Daarmee is niet gezegd dat regulering bij conventie alleen voordelen kent. De gelding en werking van conventies zijn er immers per definitie van afhankelijk dat (de organen van) regering en parlement elkaar voortdurend scherp houden. Als zij *collectief* weigeren fundamentele (democratische) waarden in stand te houden, zoals de noodzaak voor ministers tot het afleggen van verantwoording voor ingrijpende politieke beslissingen aan het parlement of de erkenning van de huidige positie van de House of Lords ten opzichte van die van de House of Commons, dan kan het ontbreken van betrokkenheid van externe (rechterlijke) organen in het politieke proces juist problematisch zijn.

Vooralsnog toont de grote continuïteit van de ontwikkeling van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk echter aan dat 'politieke' regels een eigen, autonome waarde hebben. Op dat punt bestaat een belangrijke parallel met de Nederlandse constitutie, die politieke organen eveneens een relatief grote mate van autonomie toekent.

II.4 UITLEIDING

Het conventiebegrip is tot op de dag van vandaag niet meer weg te denken uit (het denken over) de constitutie van het Verenigd Koninkrijk. Het belang van dit begrip loopt parallel met de grote mate van autonomie die politieke organen in dit land hebben. Als gevolg daarvan hebben grote feitelijke veranderingen, zoals het ontstaan van politieke partijen en de uitbreiding van het kiesrecht zonder ingrijpende hervormingen een plaats kunnen krijgen in de constitutie.

Tegen deze achtergrond valt ook de ontwikkeling van de constitutie in Nederland beter te begrijpen. Hoewel dit land in verschillende opzichten een roeriger constitutionele geschiedenis kent dan het Verenigd Koninkrijk, zijn ingrijpende constitutionele hervormingen in zijn (recente) geschiedenis een betrekkelijke zeldzaamheid geweest. In het volgende deel komt de ontwikkeling van de Nederlandse constitutie uitgebreid aan bod.

DEEL III

DE NEDERLANDSE

CONSTITUTIE:

ONTWIKKELINGEN, BRONNEN

EN PERSPECTIEVEN

III.1	Inleiding	191
III.2	Historische achtergrond: het staatsrecht in de politiek	192
III.3	Het staatsrecht: binding en handhaving van rechtsregels in politieke verhoudingen	215
III.4	De staatsrechtswetenschap: perspectieven op de verhouding tussen recht en politiek	297
III.5	De conventie in de staatsrechtswetenschap: een nieuw begrip ter verduidelijking van de verhouding tussen recht en politiek	334
III.6	Uitleiding	376

III.1 INLEIDING

Op het eerste gezicht wijkt de Nederlandse constitutie aanmerkelijk af van die van het Verenigd Koninkrijk. Toch is dat in ieder geval gedeeltelijk schijn: hoewel de Nederlandse constitutie wel mede uit een grondwet bestaat, is daarin veel niet of niet volledig geregeld. Daar komt nog bij dat, bij afwezigheid van constitutionele rechtspraak, de handhaving van het deel van het constitutionele recht dat betrekking heeft op (de organen van) regering en parlement in handen ligt van deze organen zelf. Jurgens merkt dan ook op dat de Nederlandse constitutie meer weg heeft van de 'Britse grondwetsloosheid' dan een argeloze buitenstaander zou denken.¹

Als het gaat om de in de Nederlandse staatsrechtswetenschap leidende rechtsbronnen, zijn de verschillen met die uit het Verenigd Koninkrijk echter groot: discussies in Nederland verlopen veelal over de band van de interpretatie van de Grondwet en het opsporen van ongeschreven staatsrecht; beide rechtsbronnen zijn in de staatsrechtswetenschap van het Verenigd Koninkrijk als zodanig grote onbekenden. Hoewel het conventiebegrif aan het einde van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw een relatief belangrijke rol speelde in het Nederlandse staatsrechtelijke denken, leidt het tegenwoordig een betrekkelijk marginaal bestaan.

In dit deel komt aan de orde waardoor het conventiebegrif in staatsrechtelijke discussies aan belang heeft kunnen inboeten en in hoeverre een herintroductie van dit begrif kan bijdragen aan een beter begrif van het Nederlandse staatsrecht. In dat kader vangt dit hoofdstuk aan met een achtergrondschemt waarin de belangrijkste feitelijke ontwikkelingen met betekenis voor de constitutie op een rij worden gezet (hoofdstuk III.2). Slechts tegen deze achtergrond is te begrijpen hoe het staatsrecht in het algemeen, voor zover dat betrekking heeft op (de organen van) regering en parlement, zich heeft ontwikkeld (hoofdstuk III.3). De bevindingen uit deze hoofdstukken vormen de basis voor een bespreking van het denken over de rol van het staatsrecht in politieke verhoudingen, waaraan de rest van dit deel is gewijd. Na een algemene bespiegeling over de belangrijkste perspectieven op de verhoudingen tussen feiten en normen in politieke verhoudingen (hoofdstuk III.4) volgt een bespreking van de vraag in hoeverre het conventiebegrif kan bijdragen aan een beter begrif van het staatsrecht (hoofdstuk III.5). Dit deel wordt afgesloten met een korte uitleiding (hoofdstuk III.6).

1 Jurgens 1996, p. 105. Vgl. in die zin ook Besselink 2003, p. 17.

III.2 HISTORISCHE ACHTERGROND: HET STAATSRECHT IN DE POLITIEK

III.2.1 Inleiding

De ontwikkeling van de Nederlandse democratische rechtsstaat sinds 1815 kenmerkt zich door een grote mate van geleidelijkheid. Nog altijd geldt in Nederland een versie van de Grondwet die in dat jaar (of in het jaar daarvoor)² voor het eerst werd vastgesteld. Nederland behoort daarmee, samen met de Verenigde Staten en Noorwegen, tot de drie naties met de langste doorlopende grondwettelijke traditie ter wereld.³ In de geschiedenis van de Nederlandse constitutie heeft, afgezien wellicht van de grondwetsherziening van 1917,⁴ eigenlijk alleen in 1848 een herziening van de Grondwet plaatsgevonden die het karakter van een duidelijke omwenteling had. In het laatstgenoemde jaar kregen de voor de werking van het staatsrecht nog altijd belangrijke figuren als de politieke ministeriële verantwoordelijkheid, het ontbindingsrecht en de rechtstreekse verkiezing van de Tweede Kamer een plaats in de Grondwet. De grondwetsherziening uit dat jaar is, net als die van 1917, echter net zo goed een ‘reguliere’ grondwetswijziging als alle andere herzieningen die sinds 1814/1815 hebben plaatsgevonden.⁵ Zo bezien heeft de ontwikkeling van de Nederlandse constitutie zich ook altijd gekenmerkt door een grote mate van continuïteit.

Hoewel de vorm en de opzet van het Nederlandse staatsrecht op belangrijke punten hetzelfde zijn gebleven, heeft de Nederlandse *staat* in die periode van ruim tweehonderd jaar een heel ander karakter gekregen. Drie ontwikkelingen verdienen in dit kader bijzondere aandacht.

De eerste is een tendens van democratisering. In de beginperiode was de Nederlandse staat primair te karakteriseren als een ‘monarchaal-notabel bestel’ waarin ‘elke democratische suggestie’ was uitgebannen.⁶ De Grondwet vormde een centraal element in de politieke debatten uit die tijd; goede politiek was constitutionele politiek. Vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw kwam daarin langzamerhand verandering door de toekenning van het kiesrecht aan steeds meer delen van de bevolking; deze ontwikkeling culmineerde uiteindelijk in de invoering van het algemeen vrouwenkiesrecht in 1919. De wil van de kiezer zou daardoor in toenemende mate de werkwijze van politici gaan beïnvloeden.

2 Sommige auteurs dateren de inwerkingtreding van de eerste Nederlandse Grondwet op 29 maart 1814. Zij beschouwen de Grondwet van 1815 als een herziening van die van 1814. Vgl. Te Velde 2010, p. 58; Voermans 2019, p. 170. Zie nader par. II.2.2.

3 Aerts 2016, p. 45.

4 Volgens Voermans heeft de grondwetsherziening van 1956 eveneens grote veranderingen teweeggebracht: een betere aansluiting van Nederland bij de internationale rechtsorde, de aanduiding van nieuwe grenzen van het Koninkrijk en nieuwe voorschriften ten aanzien van de samenstelling van de Tweede en Eerste Kamer. Zie Voermans 2021, p. 103.

5 Vgl. in die zin ook o.a. Burkens 1981, p. 55; Donner 1981a, p. 2; Verhey 2018, p. 95.

6 Aerts 2016, p. 49.

De tweede, gedeeltelijk daarmee verband houdende,⁷ ontwikkeling vormt de groei van de taken die overheidsorganen vanaf het begin van de twintigste eeuw op zich zijn gaan nemen; deze ontwikkeling culmineerde in het ontstaan van de verzorgingsstaat of de sociale rechtsstaat na de Tweede Wereldoorlog. In het verlengde daarvan ligt de derde ontwikkelingslijn die nadere aandacht verdient: de opkomst van de politieke partij vanaf het einde van de negentiende eeuw, die door de invoering van het algemeen kiesrecht en de wijziging van het kiesstelsel in de hand is gewerkt.⁸ Niet de tegenstelling tussen regering en parlement, maar de zetelverdeling tussen coalitie- en oppositiefracties in de Kamer zou daardoor in toenemende mate de politieke verhoudingen gaan bepalen. Ten tijde van de bloeiperiode van de pacificatiepolitiek (1917-1967) was de verhouding tussen de verschillende partijen nog tamelijk overzichtelijk. Na die tijd zou dat steeds minder vanzelfsprekend worden, onder andere als gevolg van de ontzuiling en, na 2002, van de opkomst van nieuwe partijen zoals de LPF, de PVV en FvD.

Het belang van deze ontwikkelingen voor het staatsrecht gaat verder dan de gedeeltelijke grondwettelijke verankering van het algemeen kiesrecht bij de herziening van 1917 respectievelijk de (sociale) grondrechten bij de herziening van 1983. Minstens zo belangrijk is de invloed van deze drie ontwikkelingen op de positie en werkwijze van de belangrijkste constitutionele instellingen op nationaal niveau, zoals die hoofdzakelijk in de Grondwet van 1814/1815 en bij de wijzigingen ervan in 1840 en 1848 vorm hadden gekregen. Aan de rangschikking van de constitutionele instellingen is in een periode van ruim tweehonderd jaar relatief weinig veranderd. Waar het de verhoudingen binnen en tussen (de ambten van) regering en parlement betreft, is in de huidige Grondwet nog altijd tot op zekere hoogte de structuur te herkennen van de Grondwet van 1814/1815. In zoverre doet het Nederlands staatsrecht, voor zover het de institutionele verhoudingen betreft, naar zijn uiterlijke verschijningsvorm nog altijd enigszins aan, zoals Vis opmerkt, 'als een soort procesrecht van de negentiende-eeuwse nachtwakersstaat'.⁹ Hoewel beide ontwikkelingen op zichzelf geen aanleiding gaven om de staatsrechtelijke positie van de Nederlandse constitutionele instellingen te wijzigen, is hun feitelijke functioneren gedurende de periode van ruim tweehonderd jaar wel degelijk aanmerkelijk veranderd.

Voor een goed begrip van de staatsrechtelijke ontwikkeling van de verhoudingen binnen en tussen regering en het parlement is het daarom van belang om ook meer zicht te hebben op de staatkundige ontwikkelingen die in die respectieve verhoudingen hebben plaatsgevonden. Immers, alleen tegen die achtergrond is het mogelijk om te begrijpen hoe de functie van

7 Zie over dat verband par. III.2.6.

8 Zie nader par. III.2.5.

9 Vis 1978, p. 4. Vgl. ook Donner 1961, p. 11 = Donner 1986, p. 125. Een kleine nuancering is wel op haar plaats, omdat de grondwetgever in 1983 brak met de oude opzet en terminologie van de daarvoor geldende versies van de Grondwet. Toch bevat de huidige Grondwet nog altijd sporen van de in 1815 door de grondwetgever gekozen opzet.

de belangrijkste rechtsbronnen zich heeft ontwikkeld en welke rol daarbij mogelijk is weggelegd voor regels die buiten de sfeer van het staatsrecht liggen. In het vervolg van dit hoofdstuk komen deze ontwikkelingslijnen uitgebreider aan de orde.

III.2.2 De Grondwet van 1815 als eerste stap op een nieuw ‘institutioneel pad’

Het startpunt van de constitutionele geschiedenis van het huidige Nederland ligt formeel in 1815 (of, zo men wil, in 1814), omdat toen de Grondwet tot stand kwam die in gewijzigde vorm nog altijd van kracht is.¹⁰ Dat betekent echter niet dat de Nederlandse staat toen vanuit het niets is ontstaan. Hoewel de vaststelling van de Grondwet in 1814 en 1815 in veel opzichten een nieuw begin markeert, bouwt haar vaststelling ook voort op de daaraan voorafgaande periode. Van Hogendorp, de voornaamste architect van de Grondwetten van 1814 en 1815, was net als de initiatiefnemers van de grondwetten die in de kleine twintig jaar daarvoor tot stand waren gekomen van mening dát er een fundamenteel rechtsdocument moest zijn dat de macht van de staat en de bijbehorende instituties constitueert en aan regels bindt.¹¹ Van Hogendorp zocht in zijn *Schets eener constitutie* uit 1812,¹² een toelichting bij de Grondwetten van 1814 en 1815, expliciet aansluiting bij het staatsbestel zoals dat al vanaf 1579 tot ontwikkeling was gekomen.¹³

Niettemin was de suggestie van Van Hogendorp dat de constitutie voortbouwt op een lange traditie meer schijn dan werkelijkheid. Door oude vormen, instellingen en begrippen in zijn Grondwet op te nemen kon hij verhullen dat hij in feite op tal van terreinen allerlei eigentijdse vernieuwingen doorvoerde.¹⁴ Illustratief is de hernieuwde introductie van het begrip ‘Staten-Generaal’ als benaming voor het parlement; hoewel de term anders deed

10 De grondwetsherziening van 1815 kwam voort uit de samenvoeging van de Zuidelijke Nederlanden (het huidige België) en de Noordelijke Nederlanden (het huidige Nederland). Volgens Van den Berg & Vis was kenmerkend voor de Grondwet van 1814 dat daarin ‘vooral veel moest worden verzwegen en alles in het teken stond van de soevereiniteitsopdracht aan Willem I’. Het resultaat van de Belgische deelname aan de totstandkoming van de Grondwet van 1815 resulteerde naar de woorden van Van den Berg & Vis in een grondwet ‘die een stuk systematischer en ordelijker is geformuleerd dan die van 1814’. Zie Van den Berg & Vis 2013, p. 217. Ik laat de verschillen tussen de Grondwetten van 1814 en 1815 hier verder buiten beschouwing.

11 De grondwetten die voor 1814 op het huidige Nederlandse grondgebied hadden gegolden, waren de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798, de Staatsregelingen des Bataafschen Volks van 1801 en 1805 respectievelijk de Constitutie voor het Koninkrijk Holland 1806. Zie nader over de continuïteit tussen deze grondwetten en die van 1815 o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 213-218; Aerts 2016, p. 48-50 met verdere verwijzingen.

12 Het zou overigens nog tot 1839 duren voordat het tot publicatie van de *Schets* kwam. Zie o.a. Van der Pot 1957a, p. 131.

13 Van Sas 1998, p. 119; Aerts 2016, p. 49 met verdere verwijzingen.

14 Van Sas 1998, p. 118-119.

vermoeden, ging het hier niet om een orgaan dat vergelijkbaar was met de gezantenvergadering van de Zeven Provinciën uit de tijd van de Republiek, maar juist om een orgaan dat het *gehele* Nederlandse volk vertegenwoordigt (vgl. het huidige art. 50 Grondwet). In dat licht kan de vaststelling van de Grondwetten van 1814 en 1815 ook gelden als het begin van een nieuwe periode van de constitutionele geschiedenis van Nederland.¹⁵

Kenmerkend voor de Grondwetten van 1814 en 1815 is de centrale rol die daarin is weggelegd voor de vorst. De ruimte voor de reeds genoemde, uit notabelen bestaande, Staten-Generaal was beperkt, omdat dit vertegenwoordigende orgaan vooral adviserende bevoegdheden had.¹⁶ De vaststelling van de Grondwetten van 1814 en 1815 maakte van Nederland dan ook uitdrukkelijk niet een democratisch, maar wel een op rechtsstatelijke elementen ingericht bestel.¹⁷ Vooral de Grondwet van 1815 vormt, mede dankzij de invloed van de Belgische leden van de grondwetscommissie, een weerslag van de gedachte dat de staatsmacht en de bijbehorende staatsinstellingen in een geschreven document moeten worden gevestigd en gebonden. Volgens de door de verantwoordelijke grondwetscommissie opgestelde toelichtende tekst was de Grondwet van 1815 'berekend naar de behoeften der natie in het begin der negentiende eeuw', waardoor zij ruimte liet 'aan de ondervinding van lateren tijd' om het stelsel in de loop der tijd te verbeteren.¹⁸ De vaststelling van de Grondwet van 1815 vormde in de woorden van Aerts 'een institutioneel pad', dat toekomstige generaties in de ogen van de architecten van deze Grondwet bij de herziening van de Grondwet zouden blijven bewandelen.¹⁹ In dat kader is vooral de opbouw van deze versie van de Grondwet, en dan met name het vooropstellen van de monarchie, bepalend geweest voor het verloop van latere herzieningen van de Grondwet. Tegen die achtergrond is te begrijpen dat in alle latere versies van de Grondwet, zij het sinds 1983 met een gewijzigde opbouw en terminologie,²⁰ de monarchie altijd een belangrijk bestanddeel is gebleven.

De opzet van de Grondwet van 1815 verklaart in ieder geval deels waarom de Grondwet in de negentiende eeuw een centrale rol vervulde in discussies over de hervorming van het staatsbestel, maar ook waarom zij vanaf de twintigste eeuw aan belang inboette. In feite vormt Nederland in constitutionele zin, zoals Aerts het uitdrukt, 'een doorontwikkelde monarchale

15 Vgl. ook Elzinga 1998, p. 83-85 = Elzinga 2020, p. 124-127.

16 In die zin ook o.a. Aerts 2016, p. 49.

17 In die zin ook Donner 1981b, p. 279-280. Daar komt nog bij dat de handhaving van sommige bepalingen uit deze versie van de Grondwet te wensen overliet. Zie nader par. III.2.3.

18 Aangehaald in Aerts 2016, p. 50. De tekst is ook te raadplegen op denederlandsegrondwet.nl.

19 Aerts 2016, p. 50.

20 Ondanks deze structuurwijziging in de laatste versie van de Grondwet is de oorspronkelijke opzet van de Grondwet nog altijd voor een belangrijk deel intact gebleven. Zo gaan de bepalingen in de Grondwet over de monarchie en de samenstelling van de regering nog altijd vooraf aan die over de Staten-Generaal. Vgl. in die zin ook Aerts 2016, p. 55.

staat'.²¹ Het ontstaan van het politiek-neutrale koningschap en de bijbehorende reductie van het monarchale aandeel in de regering, dat vanaf het einde van de negentiende eeuw steeds vastere vorm kreeg,²² heeft zich in feite buiten de Grondwet om ontwikkeld. De transformatie van de monarchie is illustratief voor zowel de gelijkmatigheid waarin het constitutionele bestel in Nederland is veranderd als voor het pragmatisme waarmee die verandering gepaard ging; er heeft altijd onvoldoende politieke steun en urgentie bestaan om het Nederlandse politieke bestel op een compleet andere leest te schoeien dan die van 1815 (of 1814).

In tegenstelling tot de periode daarna was de Grondwet in de negentiende eeuw nog bepalend voor de belangrijkste constitutionele ontwikkeling van die tijd: de beperking van het monarchale aandeel in de regering, die gepaard ging met een versterkte positie van de volksvertegenwoordiging. Daarbij is vooral de herziening van 1848 van essentieel belang geweest.

III.2.3 De ommekeer van 1848

Sinds 1815 (of 1814) kent de huidige Nederlandse staat een grondwet die geldt als het fundament van al het overheidsoptreden. Niettemin liet de Grondwet van 1814/1815 nog veel vragen onbeantwoord. Willem I probeerde het tegen die achtergrond te doen voorkomen alsof niet de Grondwet de basis van zijn koningschap was, zoals constitutioneel gezien het geval was, maar dat zijn soevereiniteit aan de vaststelling van de Grondwet vooraf was gegaan; de leemtes in de Grondwet boden hem daarvoor een zekere ruimte.²³

Niettemin was de Grondwet, ondanks het mogelijke verschil van inzicht over de juiste uitleg ervan en de politieke ruimte die de koning in het Nederlandse staatsbestel kon innemen, een belangrijk referentiekader voor ontwikkelingen van het staatsbestel voor de, op dat moment tot wasdom komende, politieke verslaggeving van na 1815.²⁴ Iedere keer dat de inrichting van het in 1814/1815 vormgegeven staatsbestel ter discussie kwam te staan, vormde niet zozeer het bestaan van de Grondwet als zodanig maar vooral de inhoud ervan de steen des aanstoots. Nadat in de periode 1828-1832 vanuit verschillende hoeken, waaronder door Donker Curtius en Groen van Prinsterer, zonder succes werd gepleit voor de doorvoering van constitutionele hervormingen, kwam het in 1840 daadwerkelijk tot een herziening van de Grondwet.²⁵ Deze herziening mondde onder andere uit in de opname van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid in de Grondwet.

21 Vgl. Aerts 2016, p. 56.

22 Zie daarover ook par. IV.5.2.2.2.

23 Van Sas 1998, p. 120-123.

24 Van Sas 1998, p. 124.

25 Van Sas 1998, p. 127-129.

Na deze herziening was dan ook duidelijk dat de (politieke) verhouding tussen de koning en zijn ministers definitief was veranderd. In de historische literatuur werd de grondwetsdiscussie van 1840 wel beschouwd als een motie van wantrouwen aan het adres van koning Willem I,²⁶ die in die herziening aanleiding zag om af te treden. Een ander, minder zichtbaar resultaat van de herziening van 1840 was dat de Staten-Generaal alle bepalingen uit de Grondwet nog eens aan een evaluatie onderwierpen. Bij die herziening was onder meer Thorbecke betrokken, die tijdens deze herziening hoopte de wat hij noemde 'Augiasstal van 1815' te kunnen uitmesten.²⁷ Deze debatten leidden echter niet tot het door Thorbecke gewenste resultaat. Hij zag daarom voldoende reden om het debat over de inhoud van de Grondwet ook na 1840 voort te zetten.

In 1844 dienden Thorbecke en acht anderen, die tezamen de zogeheten Negenmannen vormden, een initiatiefvoorstel tot herziening van de Grondwet in. In de Kamer was op dat moment onvoldoende politiek draagvlak voor hun voorstel.²⁸ Pas toen koning Willem II van gedachten veranderde over de wenselijkheid van een grondwetsherziening en in 1848 daartoe zelf het initiatief nam, kwamen de door de Negenmannen gewenste constitutionele hervormingen van de grond. De succesvolle voltooiing van deze grondwetsherziening is echter niet veroorzaakt door een veranderde manier van denken van Willem II. Volgens Van Sas was de herziening niet gelukt zonder het 'proces van jarenlange constitutionele gedachtevorming' dat de Negenmannen in de jaren daarvoor reeds in gang hadden gezet.²⁹ In zoverre zou de herziening van de Grondwet in 1848 vooral een inhaalslag zijn en een bekroning op de geestelijke arbeid die de Negenmannen voorafgaand aan 1848 hadden verricht.

De belangrijkste hervormingen die in deze versie van de Grondwet een plaats kregen, waren de politieke ministeriële verantwoordelijkheid, het censuskiesrecht voor de verkiezingen van de Tweede Kamer en de openbaarheid van de vergaderingen van de Staten-Generaal. Opvallend aan deze herziening is dat zij op geheel constitutionele wijze, zonder onrust, had plaatsgevonden. In dit opzicht verliep de ontwikkeling in Nederland anders dan in andere landen, zoals Denemarken, Frankrijk en Italië, waar in het voorjaar van 1848 juist veel beroering bestond.³⁰ Formeel gezien was de herziening van de Grondwet van 1848 daarom een herziening als alle andere grondwetsherzieningen in Nederland. De continuïteit in de constitutionele ontwikkeling bleek voorts uit de opzet van de Grondwet van 1848, die de

26 In die zin o.a. Van Sas 1998, p. 129; Van den Berg & Vis 2013, p. 283-284.

27 Voor de herziening van de grondwetsbepalingen over de monarchie vereiste de versies van de Grondwet van vóór 1848 de bijeenroeping van de Tweede Kamer 'in dubbelen getale' (art. 231 Grondwet 1815; art. 229 Grondwet 1840). Thorbecke was destijds lid van deze dubbele Tweede Kamer. Zie Van Sas 1998, p. 129.

28 Van Sas 1998, p. 131; Van den Berg & Vis 2013, p. 306.

29 Van Sas 1998, p. 137.

30 Van den Berg & Vis 2013, p. 313.

grondwettelijke structuur uit 1815 vrijwel geheel intact liet.³¹ Reeds toen bleek het Nederlandse constitutionele systeem al over een mate van bestendigheid te beschikken die op dat moment in verschillende omliggende landen nog afwezig was.

Met de voltooiing van de herziening van de Grondwet in 1848 is het verhaal over de daarin vastgelegde constitutionele hervormingen nog niet helemaal verteld. De hervorming van de constitutie was niet alleen afhankelijk van de bepalingen van de Grondwet, maar evenzeer van de politieke praktijk.³² Thorbecke was zich hiervan bewust, toen hij, reeds voor 1848, er op verschillende plaatsen op wees dat de Grondwet 'een nationale kracht' moest worden.³³ Volgens Thorbecke waren de versies van de Grondwet van voor 1848 op belangrijke punten een dode letter. Hij wilde voorkomen dat de koning met de Grondwet van 1848 net zo vrij kon omspringen als hij met de eerdere versies van de Grondwet had gedaan.³⁴ De term 'nationale kracht' had een tweeledige betekenis.³⁵ In de eerste plaats was Thorbecke van mening dat de Grondwet maatgevend moest zijn voor de ontwikkeling van het politieke leven. In de tweede plaats hoopte hij dat de nieuwe Grondwet zou leiden tot een bestuurlijke en politieke acceptatie van de wet of, zoals Thorbecke dat noemde, 'de heerschappij der wet'.³⁶ Thorbecke zag de wet bij uitstek als een middel dat de macht van het bestuur kan vastleggen en daarmee ook kan limiteren. Daarmee stelt de wet de volksvertegenwoordiging in staat om de regering te controleren.

Tegen deze achtergrond kon het tijdperk van wat Te Velde 'constituti-onele politiek' noemt, aanvangen: de politiek draaide om constitutionele kwesties, waarbij de uitleg van de Grondwet een centrale plaats innam.³⁷ Het politieke denken uit die tijd was in sterke mate geconcentreerd rond rechtsstatelijke elementen; het denken in termen van democratie was in die tijd nog niet gebruikelijk. In de politieke debatten uit die tijd stonden vooral de opvattingen van de betrokken politici over constitutionele kwesties centraal in plaats van de wensen van de kiezer.

31 In die zin ook o.a. Van Sas 1998, p. 140; Aerts 2016, p. 53.

32 In die zin Te Velde 1998, p. 151.

33 Thorbecke 1841, deel I, p. viii; Thorbecke 1856, p. 59. Aangehaald in Te Velde 1998, p. 151. Aanvankelijk zou de Grondwet als 'nationale kracht' vooral een theoretisch uitgangspunt blijven. De koning achtte zichzelf bevoegd burgers bindende regels in de vorm van een amvb op te leggen, tenzij de Grondwet dat expliciet verbood. Op grond van de Wet van 6 maart 1818, *Stb.* 1818, 12 (de Blanketwet) was overtreding van een voorschrift uit een dergelijke amvb zelfs strafbaar. Het zou echter nog tot 1879 duren, voordat de Hoge Raad dit uitgangspunt omdraaide; vanaf toen gold als uitgangspunt dat de koning slechts bevoegd is tot vaststelling van een amvb indien de (Grond)wet daarvoor een uitdrukkelijke grondslag biedt. Pas daarna heeft het door Thorbecke gepropageerde uitgangspunt echt tot bloei kunnen komen. Zie ook par. III.2.6.

34 Vgl. ook Elzinga 1998, p. 89 = Elzinga 2020, p. 131-132.

35 Te Velde 1998, p. 151.

36 Thorbecke 1848, p. 85. Aangehaald in Te Velde 1998, p. 151. Vgl. ook Donner 1981b, p. 281-282.

37 Te Velde 1998, p. 148-149; Te Velde 2010, p. 60. Vgl. in die zin ook Donner 1981b, p. 280.

De betekenis van de politieke praktijk voor de ontwikkeling van de constitutie bleek al bij het protest vanuit protestantse hoek tegen het herstel van de bisschoppelijke hiërarchie in de Nederlandse kerkprovincie door paus Pius IX in 1853.³⁸ De zogeheten Aprilbeweging diende een van ruim 200.000 handtekeningen voorziene petitie in bij koning Willem III, die zijn vader na diens dood in 1849 had opgevolgd. In de petitie verzochten de ondertekenaars aan de koning om de komst van de bisschoppen naar vermogen tegen te gaan. Thorbecke, die op dat moment voorzitter van de ministerraad was, adviseerde de koning om zich in deze kwestie neutraal en formeel op te stellen tegenover deze petitie. De in de Grondwet van 1848 verankerde vrijheid van godsdienst stond regeringsingrijpen op dit punt immers niet toe. In weerwil van dit advies betuigde de koning juist zijn steun aan de protestantse petitionarissen. Vier ministers, onder wie Thorbecke zelf, besloten daarop hun ontslag aan te bieden aan de koning. De koning had, reeds voordat Thorbecke en de zijnen hadden besloten uit het kabinet te stappen, Van Hall en Donker Curtius bereid gevonden om de plaats van Thorbecke en de zijnen in te nemen. Uiteindelijk bood het handelen van de koning de Aprilbeweging echter weinig soelaas: de door het nieuwe kabinet aangekondigde Wet op de kerkgenootschappen die de bevoegdheid aan de regering toekende om anticiperend op te treden als kerkelijke activiteiten de orde dreigden te verstoren, veranderde weinig aan de feitelijke situatie van godsdienstvrijheid.

Niettemin was met het verloop van deze kwestie in de woorden van Donner wel meteen 'de toon getroffen, waarin de Nederlandse staatkunde, onder het [K]oninkrijk zo goed als onder de [R]epubliek, placht en pleegt te worden gevoerd'.³⁹ Kenmerkend voor die toon is volgens hem dat Nederlanders 'elkaar gewoonlijk slechts vinden in een opportunisme, dat de kerk in het midden laat en in scherp uitgekiende compromissen zijn neerslag vindt'. In feite vormt deze karakterisering van het Nederlandse politieke debat uit deze periode in tweeërlei opzicht een prelude op wat in de twintigste eeuw nog veel pregnanter aan het licht zal komen: niet alleen de inhoud van (grond-)wettelijke bepalingen vormt vaak in sterke mate de weerslag van een compromis, ook in de *wijze waarop* die compromissen tot stand komen is de hang naar consensus zichtbaar.⁴⁰ De behoefte om de geldende procedures te respecteren bleek en blijkt onder alle (politieke) groeperingen in Nederland telkens groter te zijn geweest dan de behoefte om met het geldende systeem te breken.

38 Zie hierover nader o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 368-374.

39 Donner 1981b, p. 281, ook voor het volgende citaat. Evenzeer illustratief voor deze toon zijn volgens Donner de strubbelingen rond de onderwijswetgeving in de jaren 1856-1857, die volgens hem ook aantonen dat 'de liberale, groot-protestantse bovenlaag' zich 'slechts met wederstreven' kon verenigen 'met de tolerante, vrijheidslievende tendenzen van de herziening'. Zie over dit conflict o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 376-378.

40 Reeds de aanloop naar de herziening van de Grondwet in 1848 illustreerde de waarde die consensus in de politieke cultuur van Nederland heeft. In die zin ook Van Sas 1998, p. 136-137.

III.2.4 De uitbouw van het Nederlands rechtsstatelijk denken tot constitutioneel-democratisch denken

In de eerste decennia na 1848 blijft de Grondwet een belangrijke rol spelen in het politieke debat. Hoezeer Thorbecke wilde dat de Grondwet 'een nationale kracht' zou vormen, mede met het oog op het in toom houden van de koning, was het uitdrukkelijk niet zijn bedoeling haar te laten fungeren als een blauwdruk voor het bedrijven van politiek. Hij zei daarover in 1851:

'Het is met de Grondwet als met het Evangelie. De Grondwet laat meerdere vrijheid dan hij, die uitsluitend zijn dogma in de Grondwet wil vinden, zich voorstelt.'⁴¹

Reeds toen kenmerkte de Grondwet zich door een open karakter. De normen uit de Grondwet hadden tot doel zowel het politieke leven als het debat daarbinnen mogelijk te maken, niet zozeer om het politieke leven tot in detail te reguleren. Op die manier konden al in een vroeg stadium buitengrondwettelijke regels ontstaan die het politieke leven in vergaande mate zouden gaan beheersen.

Zonder twijfel is een van de belangrijkste van deze buitengrondwettelijke regels de 'conventie van 1868', die het uitvloeisel vormt van een tweetal conflicten tussen regering en parlement. Het eerste conflict ving aan op 27 september 1866, toen de Tweede Kamer de motie-Keuchenius aannam waarin zij de gedragslijn van de regering afkeurde ten aanzien van de benoeming van P. Mijer tot gouverneur-generaal van Nederlands-Indië.⁴² De regering ging naar aanleiding van de aanneming van deze motie direct over tot de ontbinding van de Kamer. Het tweede conflict had betrekking op de positie van Luxemburg, waarvan koning Willem III groothertog was. Nadat Willem III zijn groothertogdom bijna had verkocht aan de Franse keizer Napoleon III, kwam Otto von Bismarck, de toenmalige minister-president van Pruisen, daartegen in het geweer. Om te voorkomen dat Luxemburg de inzet zou worden van een conflict tussen Pruisen en Frankrijk, werd de neutraliteit van Luxemburg gegarandeerd in het Traktaat van Londen (1867). Dit Traktaat werd ook door de Nederlandse regering ondertekend, hoewel zij formeel niets met het conflict te maken had. De Tweede Kamer uitte haar onvrede over deze gang van zaken door op 26 november 1867 de begroting van het ministerie van Buitenlandse Zaken te verwerpen,⁴³ waarop de regering opnieuw overging tot de ontbinding van deze Kamer. In nieuwe samenstelling nam de Kamer op 23 maart 1868 de motie-Blussé van Oud Alblas aan, waarmee zij zich tegen de ontbinding van de Kamer uitsprak.⁴⁴

41 Te Velde 1998, p. 157 met verwijzing naar Thorbecke 1900 [1850-1851], p. 306.

42 *Handelingen II* 1866/67, p. 84 (27 september 1866).

43 *Handelingen II* 1867/68, p. 164-165 (26 november 1867).

44 *Handelingen II* 1867/68, p. 195 (23 maart 1868).

De bewindspersonen uit de regering besloten daarop zelf hun ontslag aan te bieden in plaats van opnieuw tot de ontbinding van de Tweede Kamer over te gaan.

Achteraf gezien hebben deze conflicten de contouren aangebracht van het huidige parlementaire stelsel en hebben daarmee een beslissende invloed gehad op de ontwikkeling van het liberaal-constitutionele bestel zoals Nederland dat nu kent. Desondanks moet de uitkomst van de conflicten uit de jaren 1866-1868 geen onverdeeld genoeg zijn geweest voor een liberaal als Thorbecke. Thorbecke ging er in zijn *Narede* immers nog van uit dat regering en parlement elkaar wederzijds beperkende organen zijn, die met elkaar moesten samenwerken om goed te kunnen functioneren.⁴⁵ Volgens de theorie van Thorbecke was het daarom funest voor het functioneren van regering en parlement als beide organen met elkaar in een machtsstrijd verwickeld zouden raken. Te Velde beschouwt de uitkomst van beide conflicten, waarbij uiteindelijk de Tweede Kamer aan het langste eind trok, daarom als 'een Pyrrhusoverwinning' voor de ware thorbeckeanen of doctrinair.⁴⁶

Interessant is ook dat deze gebeurtenissen volgens Te Velde 'het begin van het einde' van het tijdperk van constitutionele politiek inluiden. De gebeurtenissen uit de jaren 1866-1868 introduceerden immers al voorzichtig een democratisch element in het staatsbestel dat nog niet goed paste bij het op de rechtsstaat georiënteerde denken uit die tijd. Op zichzelf leidden deze gebeurtenissen nog niet meteen tot een omslag in het denken over de verhouding tussen regering en parlement. Wel zou de gedachtevorming daarover na het plaatsvinden van de kwesties-Mijer en -Luxemburg langzamerhand van toon veranderen.

Vanaf de jaren tachtig van de negentiende eeuw veranderde ook de manier van denken over het kiesrecht. Rond die tijd was de algemene consensus al dat de inrichting van het kiesrecht uit 1848, waarbij een vast minimumbedrag aan betaalde belasting het criterium was waarmee werd bepaald welke mannen het kiesrecht mochten uitoefenen, haar langste tijd had gehad.⁴⁷ Bij de herziening van 1887 verwijderde de grondwetgever de census als eis voor de uitoefening van het kiesrecht uit de Grondwet. Voortaan werd toekenning van het kiesrecht mogelijk aan mannen die door de Kieswet te bepalen 'kenteekenen van geschiktheid en maatschappelijke welstand' bezaten.⁴⁸ Tijdens het debat over de nieuwe Kieswet nam minister Tak van Poortvliet al een vergaand standpunt in: hij wilde het algemeen kiesrecht voortaan toekennen aan alle mannen die konden lezen en schrijven. Zijn medestanders kwamen bekend te staan als de takkianen, tegenover de anti-takkianen die een zo vergaande uitbreiding niet zagen zitten. Bij de

45 Thorbecke 1870, p. xv.

46 Te Velde 1998, p. 159, ook voor het volgende citaat.

47 Te Velde 1998, p. 167.

48 Zie over deze criteria Van den Berg & Vis 2013, p. 487.

Tweede Kamerverkiezingen van 1894 trok de laatstgenoemde groepering aan het langste eind.⁴⁹ In 1896 kwam onder leiding van de liberale minister Van Houten een behoudender Kieswet tot stand, die mede door de stijging van de welvaart overigens wel tot een verdere uitbreiding van het kiesrecht leidde.

Het debat over de kiesrecht kwestie uit de jaren 1890 is illustratief voor de verandering in het denken over de Grondwet in de politiek en het bijbehorende op de rechtsstaat georiënteerde denken in het Nederlandse staatsbestel uit die tijd. Volgens Te Velde was het debat tussen de takkianen en de anti-takkianen misschien wel de laatste maal dat de precieze uitleg van de Grondwet bij een debat over een politieke kwestie een centrale rol vervulde.⁵⁰ Volgens de takkianen vormde de Grondwet geen belemmering voor de uitbreiding van de door hen gewenste uitbreiding van het kiesrecht, terwijl hun tegenstanders van mening waren dat er op dit punt juist wel grondwettelijke bezwaren bestonden. Illustratief is de uitspraak van de liberaal en hoogleraar staatsrecht Oppenheim uit 1892:

'Zelden is na 1848 een groote maatregel hier te lande tot stand gekomen, zonder dat twijfel werd opgeworpen ten aanzien van zijn overeenstemming met de Grondwet.'⁵¹

Uit deze uitspraak blijkt hoe het perspectief op de Grondwet bij progressieven, van wie Oppenheim er een was, verschoof: van een steun voor een ordelijk politiek leven verwerd zij langzamerhand tot een potentieel obstakel voor het doorvoeren van verbeteringen in het staatsbestel.

Rond het einde van de negentiende eeuw zou de constitutionele politiek steeds meer op de achtergrond raken om plaats te maken voor meer op de democratie gerichte politiek. Debet aan die accentverschuiving voor de wijze van politiek bedrijven was tevens de opkomst van de politieke partij in Nederland.⁵² Na de oprichting van de eerste partij in 1879, de calvinistische ARP, zouden in de jaren tachtig en negentig van de negentiende eeuw ook andere politieke stromingen, zich (voorzichtig) in partijen organiseren. In de negentiende eeuw ontstonden bijvoorbeeld de Sociaal-Democratische Bond (1881), de Liberale Unie (1885) en de Katholieke Kamerclub (1891).

49 Zie o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 479-488.

50 Te Velde 1998, p. 167. Veel belangrijke politieke debatten bleven echter wel indirect met de Grondwet verbonden; ook latere debatten over het onderwijs, het kiesrecht en de kolonisatie van Indonesië gingen immers over de vraag of de wijziging van de Grondwet op die respectieve terreinen nodig was. Zie Te Velde 2010, p. 65-66.

51 *Amsterdamsche courant* 23 april 1894. Aangehaald in Te Velde 1998, p. 168.

52 Te Velde 1998, p. 177.

Daarbij verdient aantekening dat de ARP al vanaf het moment van haar oprichting over een relatief strakke partijorganisatie beschikte en dus toen al beter vergelijkbaar was met een politieke partij in de huidige vorm. Deze partij beschikte over een landelijke centrale organisatie die kandidaten aan de plaatselijke kiesverenigingen, al dan niet dringend, aanbevoel.⁵³ De organisatie van de SDB, de Liberale Unie respectievelijk de Katholieke Kamerclub was daarentegen (veel) losser. Vanaf de twintigste eeuw zijn ook de liberalen, socialisten en confessionelen zich in diverse partijen gaan organiseren. De Liberale Unie ging in 1921 op in de Vrijheidsbond, die later verder zou gaan als de Liberale Staatspartij (1937-1946). Uit die laatste partij kwam in 1946 de Partij van de Vrijheid (PvdV) voort, die twee jaar later met doorgebroken vrijzinnig-democraten de VVD ging vormen. De SDAP kwam in 1900 voort uit de in 1881 opgerichte SDB die later de Socialistenbond (1894-1900) ging heten. Zij fuseerde in 1946 met de Vrijzinnig-Democratische Bond en de Christelijk-Democratische Unie tot de PvdA. Vanaf 1904 zouden de katholieken in het parlement zich gaan organiseren in de federatief georganiseerde Algemeene Bond van RK-kiesverenigingen, die in 1926 opging in de landelijk georganiseerde Rooms-Katholieke Staatspartij (RKSP). De opvolger van de RKSP was de KVP, die op haar beurt met de ARP en de in 1908 opgerichte CHU fuseerde tot het CDA in 1980.

Als gevolg van de opkomst van partijorganisaties, een ontwikkeling die vanaf het begin van de twintigste eeuw verder zou gaan, ontstond langzamerhand een nieuwe factor die in het Kamerwerk een belangrijke rol zou gaan spelen: de besluitvorming in de afzonderlijke Kamerfracties. Voor het doel van de politieke besluitvorming heeft dat grote gevolgen gehad: de functie van het openbare debat verschoof van het overtuigen van de politieke tegenstander in de Kamer naar het vergaren van steun buiten de Kamer, bij de kiezer.

De verschuiving van politiek *voor* de kiezer naar politiek *van* de kiezer betekende ook dat de mate waarin politici dienden te beschikken over deskundigheid op het gebied van de constitutie afnam. Voortaan zou vooral de deelname aan het politieke debat, voor zover dat betrekking had op voor de kiezer belangrijke kwesties, bepalend zijn voor het succes van politici. Het belang van constitutionele kennis voor de carrièrekansen van politici zou daarentegen steeds verder afnemen. Mede daardoor zou het accent in de politieke arena definitief verschuiven van rechtsstatelijk naar op de democratie georiënteerd denken. De Grondwet zou mede daardoor nooit meer zo'n geprononceerde rol in Kamerdebatten vervullen als zij daarvoor had gedaan.

Als gevolg van de opkomst van de politieke partij boette bovendien de tegenstelling tussen regering en parlement *als zodanig* aan belang in. In plaats daarvan zou de zetelverdeling tussen de verschillende groeperingen in de Kamer in toenemende mate de heersende politieke verhoudingen gaan

53 Donner 1981b, p. 287-288. Voor de hierna vermelde informatie over het ontstaan van de belangrijkste politieke partijen is gebruikgemaakt van parlement.com.

bepalen. Vooral ten aanzien van de toepassing van het ontbindingsrecht⁵⁴ en het interpellatierecht⁵⁵ is deze verandering van grote betekenis geweest. In 1848 ging de grondwetgever bij de formulering van beide rechten er immers nog van uit dat de regering aan de ene kant en de Kamers aan de andere kant als zodanig een aan elkaar tegengesteld belang hebben. Toch zou het nog tot 1983 respectievelijk 1987 duren, voordat de formulering van beide grondwettelijke voorschriften (in beperkte mate) in overeenstemming zou worden gebracht met de veranderde praktijk.

III.2.5 De aanloop naar de invoering van het algemeen kiesrecht en het stelsel van evenredige vertegenwoordiging

Na de herziening van de Grondwet van 1887, gevolgd door de invoering van de Kieswet in 1896, zou het aantal kiesgerechtigden door de stijging van de welvaart verder toenemen dankzij de koppeling tussen de betaling van directe belastingen en de toekenning van het kiesrecht. Deze (grond)wetswijziging verklaart ten dele het einde van de vanzelfsprekendheid van de hegemonie van de liberalen, die hun aanhang vooral onder de meest welgestelde burgers vonden.

De veranderde machtsverhoudingen in de Kamer waren direct al zichtbaar in de uitslag van de verkiezingen van 1888. Bij die verkiezingen zouden voor het eerst niet de liberalen, maar de confessionelen, bestaande uit de antirevolutionairen en de katholieken, tezamen een Kamermeerderheid behalen.⁵⁶ Interessant was ook dat bij de campagne voorafgaand aan de verkiezingen van 1888 de antirevolutionairen en de katholieken met elkaar waren gaan samenwerken met het oog op het doorbreken van de liberale meerderheid. Voor beide politieke groeperingen was het op voorhand duidelijk dat geen van hen een absolute meerderheid in de Kamer zou kunnen behalen.

Wat de noodzaak van onderhandelen en het daarbij zoeken naar compromissen tussen met name de confessionele politieke groeperingen sterker maakte, was de inrichting van het tot 1917 bestaande kiesstelsel van absolute meerderheden. Als in een district geen van de deelnemende kandidaten een absolute meerderheid had gehaald, dan volgde een herstemming tussen de twee kandidaten die de meeste stemmen hadden gekregen. Daarbij kwam het vanaf 1887 regelmatig voor dat aan de verkiezingen deelnemende partijen, de confessionelen aan de ene kant en de vrijzinnigen of liberalen aan de andere kant, met elkaar een politiek akkoord sloten, al dan niet gepaard gaand met een gemeenschappelijk stembusprogram.⁵⁷ Het doel van deze

54 Zie par. IV.2.4.

55 Zie par. IV.4.4.

56 Van den Berg & Vis 2013, p. 471-472.

57 Oud 1967, p. 288; Donner 1981b, p. 288.

samenwerking was de werving van stemmen van kiezers die in de eerste ronde op een kandidaat hadden gestemd die niet meedeed aan de tweede ronde.

Tijdens de campagne voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen van 1888 konden de antirevolutionairen en de katholieken elkaar tot op zekere hoogte vinden in hun afkeer van maatregelen die de liberalen voorstonden: voor de antirevolutionairen was dat de levensbeschouwelijke neutraliteit van het onderwijs, voor de katholieken was dat de afschaffing van het zogeheten remplaçantenstelsel dat lotelingen uit de gegoede burgerij, vaak van katholieken huize, de gelegenheid gaf hun dienstplicht af te kopen. Beide confessionele groeperingen deelden op zichzelf elkaars politieke wensen niet; wel was hun wil om de liberale meerderheid te doorbreken sterker dan de behoefte om elkaars standpunten op de twee genoemde terreinen te bestrijden. In de aanloop naar de verkiezingen van 1888 slaagden zij er met behulp van deze samenwerking in de tot dan toe bestaande politieke hegemonie van de liberalen te doorbreken.

De manier van samenwerking tussen antirevolutionairen en katholieken, waarbij de uitruil van standpunten en het zoeken naar compromissen een belangrijke plaats innamen, is tekenend voor het karakter van de Nederlandse democratie. Al in dit vroege stadium doorzagen de antirevolutionairen en de katholieken dat Nederland was (en is) opgebouwd uit minderheden, die met elkaar moeten samenwerken om resultaten te kunnen bereiken.⁵⁸ Bij latere verkiezingen zouden vergelijkbare vormen van samenwerking ook voorkomen tussen vrijzinnige of liberale politieke groeperingen.

Het grote voordeel van het tot 1917 geldende kiesstelsel was de duidelijkheid die daarmee gepaard ging, omdat na de Tweede Kamerverkiezingen ofwel het 'rechtse' blok van protestanten en katholieken ofwel het 'linkse' blok van liberalen, vrijzinnig-democraten en socialisten daarbij een meerderheid behaalde. Donner betitelde de periode van 1887 tot en met 1917 ook wel als 'la belle époque' van het parlementair stelsel, omdat de politieke verhoudingen in de Kamer in die periode relatief overzichtelijk waren.⁵⁹ Niettemin zou het kiesstelsel van absolute meerderheden vanaf het begin van de twintigste eeuw in toenemende mate weerstand oproepen, vooral bij de voor mannen van de belangrijkste politieke partijen.⁶⁰ Als een partij met een andere, concurrerende partij een compromis moest sluiten om in een eventuele tweede stemronde in een district de meerderheid van de kiezers aan zich te binden, moest zij soms standpunten innemen die niet correspondeerden met de eigen ideeën. Het stelsel werkte dus identiteitsverlies van politieke partijen in de hand. Tegelijkertijd bestond er in toenemende mate onvrede over de wijze waarop de toekenning van het kiesrecht was geregeld. Het zou echter

58 Donner 1981b, p. 284.

59 Van der Pot/Donner 1983, p. 426 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 645.

60 Van den Berg & Vis 2013, p. 474, 572.

nog tot 1913 duren voordat het extraparlementaire, liberale kabinet onder leiding van Pieter Cort van der Linden aantrad dat hier werk van ging maken.

In 1917, het jaar van de beroemde Pacificatie waarin de financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs tot stand kwam respectievelijk het algemeen mannenkiesrecht werd ingevoerd,⁶¹ kwam de grondwetgever tegemoet aan dit bezwaar tegen het districtenstelsel.⁶² Het nieuwe stelsel van evenredige vertegenwoordiging dat in dat jaar werd ingevoerd, had een radicaal andere filosofie dan het oude kiesstelsel: aan de keuze voor dit stelsel lag de opvatting ten grondslag dat de volksvertegenwoordiging de in de samenleving bestaande opvattingen zoveel mogelijk zou moeten weerspiegelen.⁶³ Het nieuwe stelsel nam een aantal belangrijke belemmeringen van de vorming van zo'n 'spiegel', zoals de opdeling van Nederland in districten, weg. Er bestond algemene steun voor de invoering van dit stelsel in de Kamer: volgens conservatieven vormde het nieuwe stelsel een rem op de volksinvloed bij de vorming van een nieuwe regering, terwijl de progressieven het nieuwe stelsel als een apotheose van de democratie zagen omdat iedere uitgebrachte stem zou gaan tellen.

Het nog altijd geldende stelsel van evenredige vertegenwoordiging heeft in ieder geval op twee manieren de invloed van politieke partijen op het functioneren van de democratie aanzienlijk versterkt. In de eerste plaats hebben zij meer ruimte gekregen bij de selectie en rekrutering van kandidaten die aan de verkiezingen willen deelnemen, omdat zij in het nieuwe systeem niet langer zijn gebonden aan de grenzen van de districten bij de selectie van hun kandidaten.⁶⁴ In de tweede plaats was het voor een partij voor het behalen van een zetel in de Kamer voortaan voldoende om binnen Nederland als geheel de kiesdeler te halen. Het identiteitsverlies dat gepaard ging met het sluiten van stembusakkoorden om binnen de verschillende districten een kans te maken op een Kamerzetel was daarmee vanaf dat moment verleden tijd. De noodzaak tot het sluiten van politieke akkoorden met andere partijen voorafgaand aan de verkiezingen nam daardoor drastisch af, waardoor partijen tijdens de verkiezingscampagne voortaan nadrukkelijker hun eigen standpunten voor het voetlicht konden brengen. Het resultaat daarvan was dat het voor een partij eenvoudiger werd om een zetel in de Kamer te bemachtigen, waardoor meer fracties in de Kamer terecht zouden komen.

61 In hetzelfde jaar kregen ook alle vrouwen passief kiesrecht. Pas in 1919 zouden zij ook het actief kiesrecht krijgen, hetgeen in 1922 werd geformaliseerd in de Grondwet (vgl. art. 80 Grondwet 1917 en art. 81 Grondwet 1922). Zie nader o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 573.

62 Zie over de achtergronden van de invoering van het stelsel van evenredige vertegenwoordiging o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 547-554.

63 Van den Berg & Vis 2013, p. 572.

64 Ironisch genoeg had de invoering van het stelsel van evenredige vertegenwoordiging voor de toenmalige premier Cort van der Linden vooral tot doel om de invloed van de inmiddels opgekomen politieke partijen in het staatsbestel juist verder terug te dringen. Hij blijkt daarmee de effecten van dit stelsel op de invloed van partijen volkomen verkeerd te hebben ingeschat. Vgl. o.a. Koole 2018, p. 324-325.

Tegen die achtergrond is te verklaren waarom de wijziging van het kiesstelsel ook ingrijpende gevolgen had voor de inrichting van het staatsbestel; de voorzitters van de grootste fracties⁶⁵ kregen vanaf 1917 in toenemende mate de ruimte om de vorming van de regering na de verkiezingen achter gesloten deuren af te kaarten. De duidelijkheid die direct na de Kamerverkiezingen over de vorming van het kabinet bestond, behoorde daarmee voortaan tot het verleden.⁶⁶ Voormalig PvdA-fractievoorzitter Burger nam daarom later de stelling in dat de Tweede Kamerverkiezingen zich in feite kenmerken door 'een structurele uitslagloosheid', omdat de invloed van de kiezer op de te vormen regering onder het kiesstelsel van de evenredige vertegenwoordiging relatief beperkt is.⁶⁷

De verandering van het kiesstelsel had daarnaast ook in bredere zin invloed op de wijze waarop regering en parlement beslissingen namen. Hoewel de Kamers bij uitstek de plaats bleven waar beslissingen in het openbaar werden genomen, hadden de daadwerkelijke onderhandelingen daarover vaak al plaatsgevonden.⁶⁸ De Kamers zouden zich ten aanzien van bepaalde onderwerpen dan ook beperken tot het geven van formele goedkeuring aan beslissingen die daaraan voorafgaand al achter gesloten deuren in informele (coalitie)overleggen waren beklonken. Deze geslotenheid van het openbaar bestuur is symptomatisch voor de vaak geconstateerde kloof tussen gezagsdragers en de burger.⁶⁹ Hoewel iedere kiezer in het nieuwe systeem een even grote invloed op de samenstelling van de Kamer kreeg, heeft het systeem van coalitievorming nog altijd een dempend effect op de betrokkenheid van de kiezer bij het functioneren van het landsbestuur.

III.2.6 De wederzijdse vermenging van staat en maatschappij

Aan het einde van de negentiende eeuw gold wetgeving, mede in het licht van het door Thorbecke gepropageerde uitgangspunt van de 'heerschappij van de wet',⁷⁰ als het middel bij uitstek voor het nemen van overheids-

65 Althans, volgens de tussen 1917 en 1926 gangbare parlementaire formatiemethode. Alle kabinetten die tussen 1926 en 1963 tot stand kwamen, op het kabinet-Beel I (1946-1948) na, kwamen tot stand volgens de extraparlamentaire formatiemethode, waarbij niet of nauwelijks parlementaire invloed op de totstandkoming van het kabinet bestond. Zie Bovend'Eert 1988a, p. 47-48.

66 Zie nader par. IV.2.2.

67 Burger 1972, p. 483. Vgl. in die zin ook Van der Pot/Donner 1983, p. 365.

68 Vgl. Lijphart 1992, p. 124. Lijphart bracht deze ontwikkeling tevens in verband met wat later de 'verzuijing' is gaan heten. Ik kom daarop terug in par. III.2.6.

69 Er lijkt een samenhang te bestaan tussen deze kloof enerzijds en het bestaan van een door velen constateerde 'regentenmentaliteit' anderzijds. Daalder verstaat daaronder het 'in het gedrag en in de gedachten van vele Nederlandse bestuurders aanwijsbare gevoelens dat Gezag zichzelf legitimeert'. Zie Daalder 1964, p. 10 = Daalder 1974, p. 13 = Daalder 1995, p. 16. Het bestaan van de regententraditie in Nederland lijkt overigens zelfs terug te gaan tot de late zestiende eeuw. Vgl. o.a. Te Velde 2010, p. 33-35; Voermans 2021, p. 47.

70 Zie par. III.2.2.3.

beslissingen.⁷¹ Vooral het in 1879 gewezen *Meerenberg*-arrest waarin de Hoge Raad overwoog dat de regering (of in de grondwettelijke terminologie van destijds: de koning) slechts bevoegd is algemene regels vast te stellen als zij (hij) uitdrukkelijk daartoe is gemachtigd bij Grondwet of wet,⁷² is in dit kader van grote invloed geweest. Tegen het einde van de negentiende eeuw leende echter lang niet ieder onderwerp zich voor regeling in een gedetailleerde wet, waarbij ook een gebrek aan expertise op het gebied van wetgevingstechniek de Kamers en de departementen parten speelde. Op landelijk niveau⁷³ had Nederland mede daardoor in ieder geval tot het einde van de negentiende eeuw het karakter van een 'nachtwakersstaat'.

Niettemin zou de wetgever langzamerhand nieuwe terreinen ontginnen. Aan het begin van de twintigste eeuw stelde hij onder meer wetgeving vast op het gebied van de sociale zekerheid en de volkshuisvesting.⁷⁴ Deze voorzichtige uitbreiding van de staatstaak, die in de loop van de twintigste eeuw een hoge vlucht zou gaan nemen, hield oorspronkelijk enig verband met het verlangen naar kiesrechtuitbreiding aan het einde van de negentiende eeuw. Volgens Donner lag de aanleiding voor de toegenomen staatsbemoeyenis deels in de ontevredenheid bij het niet-kiesgerechtigde deel van de bevolking.

Afgezien van gevoelens van onvrede onder sommige delen van de bevolking, vormde ook de Eerste Wereldoorlog (1914-1918) een stimulans voor de verdere uitbouw van de staatstaak.⁷⁵ Voor Nederland, dat in die oorlog neutraal was, noodzaakte de internationale situatie van toen tot het doorvoeren van een intensieve mobilisatie van de samenleving. De voedselvoorziening en grote delen van de productie en distributie, die tot 1914 tot de private sfeer behoorden, zouden door de oorlogsomstandigheden voor een belangrijk deel tot het publieke domein gaan horen. Na het ten einde lopen van de Eerste Wereldoorlog werd de trend van de uitbreiding van de staatstaken niet gekeerd, mede door de blijvende afhankelijkheid van het nationale leven op militair, sociaal en economisch gebied van internationale ontwikkelingen. De klassiek-liberale manier van denken uit de periode van daarvoor, die uitging van een 'kleine' overheid, leek op dat moment definitief achterhaald te zijn. In plaats daarvan maakten democratisch-socialistische denkbeelden opgang die juist uitgingen van een verder interventionisme door de overheid.

Hoewel de distributiemacht van de staat na de beëindiging van de oorlog verdween, zou de overheid in de crisisjaren (1929-1939) opnieuw een

71 Donner 1981b, p. 282, ook voor de rest van deze alinea.

72 HR 13 januari 1879, ECLI:NL:HR:1879:1, W 4330 (*Meerenberg*).

73 Rond die tijd werden op gemeentelijk niveau al de eerste initiatieven voor actiever overheidsoptreden ontplooid. De nachtwakersstaat bestond aan het einde van de negentiende eeuw in ieder geval al niet meer op lokaal niveau.

74 Donner 1981b, p. 286-287, ook voor de rest van deze alinea.

75 Donner 1981b, p. 290-293, ook voor de rest van deze alinea.

stelsel van verdelingsregels in het leven roepen, ditmaal om de landbouw en veeteelt te beschermen na de val van de prijzen op de wereldmarkt.⁷⁶ Hoewel aan het bestaan van dit stelsel na de Tweede Wereldoorlog weer een einde kwam, vond de overheid andere vormen voor het interveniëren in het dagelijks leven van de burger, bijvoorbeeld door middel van de toekenning van subsidies, toeslagen, uitkeringen en belastingaftrek. Als gevolg daarvan ontstond een wederzijdse afhankelijkheid tussen de overheid en de burger: de burger is afhankelijk van de steun die de overheid biedt, terwijl de overheid haar bestaansrecht weer ontleent aan de activiteiten die zij ten behoeve van de bevolking ontplooit.

De ontwikkeling van de 'vermaatschappelijking van de staat' heeft ook haar weerslag gehad op de inrichting van het staatsbestel en de inhoud van het staatsrecht.⁷⁷ In ieder geval drie aspecten verdienen in dit kader vermelding.

In de eerste plaats was het al na de beëindiging van de Eerste Wereldoorlog mogelijk een functieverandering bij de Staten-Generaal te ontwaren. Voor de na 1917 verkozen leden van de Staten-Generaal telde vooral dat allerlei materiële voorzieningen snel en afdoende ter beschikking van de bevolking stonden.⁷⁸ De bevoegdheden van de Staten-Generaal uit die tijd, die vooral lagen op het gebied van wetgeving en de controle van de begroting, sloten echter onvoldoende aan bij die nieuwe behoefte van het nieuw verkozen parlement.

In de tweede plaats verdient de functie van de grondrechten in de constitutie de aandacht. Voorheen ontleende de bevolking vooral bescherming in een staat aan garanties tegen overheidsoptreden, die zij onder andere kon ontlennen aan de klassieke grondrechten. De uitbreiding van de staatstaak in de loop van de twintigste eeuw bracht echter mee dat burgers soms juist ook aanspraak konden maken op *actief* optreden van de overheid; deze ontwikkeling vond uiteindelijk een bevestiging in de opname van de sociale grondrechten in de Grondwet van 1983.

Ten slotte heeft de toegenomen staatsbemoeiing ook grote invloed gehad op de invulling van de democratische gedachte. De burger veranderde in een van de staat afhankelijke 'cliënt', die zijn politieke voorkeuren mede laat afhangen van zijn *belangen*. Bijgevolg is de politiek in toenemende mate gaan veranderen in 'de strijd om de nationale koek', waarbij de politieke partijen optreden als 'de zaakwaarnemers van hun aanhang'.⁷⁹ Niet alleen ideologische verschillen tussen de partijen, maar ook de achterliggende belangen van de kiezer zijn daardoor in toenemende mate de gang van zaken in het politieke bedrijf gaan bepalen.

76 Donner 1981b, p. 293-295, ook voor de rest van deze alinea.

77 Donner 1981b, p. 292, ook voor de rest van deze en de twee daaropvolgende alinea's. Vgl. in die zin ook Prakke 1974, p. 25.

78 Donner 1961, p. 9 = Donner 1986, p. 123. Vgl. ook reeds Van der Pot 1921, p. 1.

79 Daalder 1964, p. 23 = Daalder 1974, p. 26 = Daalder 1995, p. 28.

III.2.7 De ontwikkelingen na de Tweede Wereldoorlog

Na de Tweede Wereldoorlog zouden overheidsbeslissingen steeds minder afhankelijk worden van regering en parlement *alleen*. Zo nam de verwevenheid tussen de nationale en internationale rechtsorde vanaf 1945 steeds verder toe, onder meer dankzij het steeds verder toegenomen belang van het EVRM en het EU-recht voor het nationale recht.⁸⁰

Maar ook op nationaal niveau zou het politieke krachtenveld aanmerkelijk van karakter veranderen. Door de toenemende verstrengeling van politieke voorkeuren met de belangen van de burger groeit de invloed van niet-politieke organisaties, zoals de vakbeweging en de werkgeversorganisaties, op het politieke toneel.⁸¹ De invloed van dergelijke organisaties reikte in de praktijk vaak zover dat een lidmaatschap van een dergelijke organisatie voor een burger vaak niet eens een voorwaarde was om zich door zo'n organisatie vertegenwoordigd te weten. De oorzaak hiervan ligt gedeeltelijk in het verschijnsel dat in latere tijden 'verzuiling' is genoemd: de politieke hoofdstromingen kenden ieder met hun (levensbeschouwelijke) overtuiging corresponderende belangenorganisaties.⁸²

In de periode van de pacificatiepolitiek, die grofweg dateert van 1917 tot en met 1967, trad de verzuiling volgens Lijphart het sterkst op de voorgrond.⁸³ In de kern waren er drie zuilen te onderscheiden: de katholieke zuil, de protestantse zuil en de niet-kerkelijke, algemene zuil.⁸⁴ In feite behoorde de gehele bevolking tot een van deze zuilen, waardoor het voor iedere burger tot op zekere hoogte mogelijk was zich met minimaal één politieke partij en belangenorganisatie te vereenzelvigen als behorend tot 'zijn' of 'haar' zuil, ook als hij daarbij niet officieel was aangesloten.⁸⁵

80 Vgl. reeds in die zin Donner 1957, p. 197-198.

81 Lijphart 1992, p. 47-51. Vgl. ook o.a. Daalder 1964, p. 27-28 = Daalder 1974, p. 28-29 = Daalder 1995, p. 32-33; Prakke 1974, p. 17-18; Donner 1981b, p. 292-293; Kortmann 1981, p. 15.

82 Lijphart 1992, p. 35-46. Vgl. ook Donner 1981b, p. 292. Bij het gebruik van de term 'verzuiling' zij aangetekend dat het beeld van de 'zuilen' als metafoor voor de Nederlandse bevolkingsgroepen niet zonder problemen is. Het beeld van de 'zuil' suggereert een eenheid binnen de in die zuilen vertegenwoordigde bevolkingsgroepen die in feite niet bestond. Zie o.a. Van Dam 2011, p. 58-72. Dit begrip wordt hier echter toch gebruikt, omdat het nog altijd een gangbaar begrip is tegen de achtergrond van de – hierna te bespreken – periode van de pacificatiepolitiek. Vgl. in die zin ook Van Dam 2011, p. 18-19.

83 Deze periodisering is gebaseerd op het werk van Lijphart, die als startpunt van deze periode koos voor het jaar van het plaatsvinden van *de* Pacificatie, waarin de invoering van het algemeen kiesrecht en de financiële gelijkstelling van het algemeen en bijzonder onderwijs werden gerealiseerd, en als eindpunt de verkiezingsuitslag van 1967 die de verandering van de verhoudingen markeert. Deze periodisering is enigszins willekeurig, omdat zowel de verzuiling als de pacificatieproblematiek in feite (veel) verder teruggaat en tot op zekere hoogte nog altijd sporen nalaat. Vgl. Lijphart 1992, p. 27.

84 Althans volgens de benadering van Lijphart. Zie Lijphart 1992, p. 28. Van Dam gaat daarentegen uit van het bestaan van vier zuilen; naast de drie in de hoofdstekst genoemde onderscheidt hij ook een sociaal-democratische zuil. Zie Van Dam 2011, p. 16.

85 Donner 1981b, p. 292-293.

Van een sterke verwantschap tussen de burger aan de ene kant en de politieke partijen en belangenorganisaties aan de andere kant was in de praktijk echter niet altijd sprake. De steeds verder uitdijende omvang van de staatstaak leidde tot een grote mate van 'versnippering' van de politieke besluitvorming. Een bijkomend gevolg daarvan was dat ook het aantal formele 'overlegorganen' in sectoren als de landbouw, de media en sociale zekerheid, die bij (een onderdeel van) het overheidsbeleid waren betrokken, groeide.⁸⁶ Voor veel burgers werd het tegen die achtergrond steeds lastiger om zich bij alle aspecten van het politieke beleid en bij de daarmee corresponderende werkzaamheden van belangenorganisaties betrokken te voelen. Daar kwam nog bij dat de Nederlandse minderheidscultuur in combinatie met het geldende kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in veel gevallen dwong tot het sluiten van ingewikkelde compromissen voordat een politieke beslissing daadwerkelijk tot stand kwam. Voor veel burgers was het daarom lastig hun eigen standpunt in de politieke arena te herkennen. Er leek voor de kiezer geen aanleiding te zijn om een partij te kiezen die een andere dan zijn eigen (levensbeschouwelijke) overtuiging voorstond, omdat het gebrek aan herkenbaarheid van het politieke beleid in algemene zin, dus voor burgers uit iedere zuil, gold. In de praktijk was daarom een zekere lijdzaamheid onder de Nederlandse bevolking ten aanzien van het politieke bedrijf te ontwaren.

Dankzij deze passiviteit verliep de politieke besluitvorming, hoewel er in het Nederland uit die tijd op dit punt geen gebrek aan potentiële strijdpunten was, zonder grote conflicten en spanningen tussen de leiders van de belangrijkste politieke partijen.⁸⁷ De oorzaak daarvan lag in de gelding van de 'spelregels' van de pacificatiepolitiek, waarmee wordt bedoeld op de algemene, zakelijke houding van politieke elites omtrent de werkwijze in de politieke besluitvorming.⁸⁸ In overeenstemming met deze zakelijke houding stelden politieke leiders zich naar elkaar verdraagzaam, zakelijk en pragmatisch op, waardoor grote conflicten tussen de betrokken leiders zoveel mogelijk konden worden voorkomen.

Als gevolg daarvan ontstond een gedepolitiseerd klimaat waarin eventuele politieke strijdpunten werden teruggebracht tot verdelingsvraagstukken die konden worden opgelost door het sluiten van compromissen. Het bij alle politieke leiders bestaande besef dat zij ieder tot een politieke minderheid behoorden, en dus alleen door samenwerking tot politieke besluitvorming konden komen, is voor de naleving van deze spelregels van groot belang geweest. Juist omdat de burger relatief lijdzaam onderging wat de politieke elites in die tijd beslisten, hadden de respectieve politieke elites nauwelijks belang bij het op scherp stellen van de onderlinge verhoudingen.

86 Daalder 1964, p. 6 = Daalder 1974, p. 10 = Daalder 1995, p. 12; Lijphart 1992, p. 106-110.

87 Lijphart 1992, p. 130.

88 Hier zij aangeduid dat het begrip 'spelregel', hoewel de term anders suggereert, geen normen aanduidt. Zie par. III.5.4.1.

Aan het einde van de jaren zestig kwam er echter een kentering in het tijdperk van de pacificatiepolitiek en in de bijbehorende passiviteit onder het electoraat. Er zijn in dit kader grofweg drie factoren aan te wijzen die debet zijn aan de langzame verandering van het politieke landschap.⁸⁹

In de eerste plaats zouden de drie zuilen in toenemende mate hun scherpte en politieke relevantie verliezen, waardoor samenwerking tussen politieke partijen en belangenorganisaties over de grenzen van de zuilen in toenemende mate mogelijk werd. Vooral de hechtheid in de confessionele zuilen zou langzamerhand ter discussie komen te staan als gevolg van de toenemende secularisering onder de bevolking. Illustratief is de fusie van het socialistische Nederlands Verbond van Vakverenigingen (NVV) en het Nederlands Katholiek Vakverbond (NKV) tot de Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) in 1976 en de samenwerking tussen de drie confessionele partijen ARP, KVP en CHU vanaf het einde van de jaren zestig en hun fusie tot het CDA in 1980. Als gevolg van deze 'ontzuiling' nam de trouw van de kiezers aan de politieke leiders van de partijen uit hun zuilen af. De 'lauwheid' van de burger over het politieke leven, die in de periode van de pacificatiepolitiek nog leek te bestaan, zou daardoor in toenemende mate tot het verleden gaan behoren.

In de tweede plaats en in het verlengde daarvan, zou de verhouding tussen politici en belangenorganisaties veranderen. Politici, die niet langer de zekerheid hadden dat zij op de steun van een min of meer vast deel van het electoraat konden rekenen, zouden daarom in toenemende mate de neiging krijgen overmatig op incidenten te reageren. Bij die veranderde houding onder de kiezer hoorden toenemende fluctuaties in de uitslagen van de Tweede Kamerverkiezingen. De voorspelbaarheid van de uitkomsten van de verkiezingen van voor die tijd⁹⁰ zou langzamerhand tot het verleden gaan behoren. In de sterk toegenomen volatilititeit van het stemgedrag van kiezers zijn politici in toenemende mate aanleiding gaan zien zich in een soort 'permanente', ook buiten verkiezingstijd plaatsvindende, campagne, te profileren om de kiezer te bereiken.⁹¹ Belangenorganisaties zagen op hun beurt in die veranderde houding onder politici juist aanleiding om ook zelf aandacht te vragen voor hun activiteiten buiten de gevestigde politieke instituties om.

In de derde plaats nam de roep om politieke duidelijkheid toe, vooral aan de linkerzijde van het politieke spectrum; met name bij de PvdA ontstond de behoefte om de verschillen met de confessionele partijen te onderstrepen in plaats van te depolitiseren. Bijgevolg werd het moeilijker voor de linkse en confessionele partijen om overeenstemming over politieke samenwerking te bereiken. In dat kader speelde ook de opkomst van de in 1966 opgerichte politieke partij D'66 een rol, die zich tot doel stelde om te breken

89 Ik baseer mijn bespreking van deze factoren op Van den Berg 1990a, p. 7-8; Daalder 1974, p. 44-78 = Daalder 1995, p. 40-72; Lijphart 1992, p. 11-18; Heine 2019, p. 26-39.

90 Zie voor een analyse van de uitslagen van de Tweede Kamerverkiezingen in het tijdperk van de pacificatiepolitiek Lijphart 1992, p. 36-37.

91 Koole 2018, p. 332.

met het verzuilde partijstelsel en in plaats daarvan een herstructurering van het partijstelsel op pragmatische basis voorstelde.

Deze omslag in de geschiedenis van de Nederlandse politiek houdt ook enig verband met de veranderde manier van denken over de omvang van de staatstaak.⁹² Aan het begin van de jaren tachtig constateerde Donner dat de verzorgingsstaat, waarin de overheid zich ten doel stelde 'de welvaart als welzijn te verspreiden' was verworpen tot 'een soberheidsstaat', waarin de staatstaak zich in toenemende mate zou gaan beperken tot het verdelen van schaarste.⁹³ De overheid zou ook bezuinigingen gaan doorvoeren om de staatstaak nog enigszins binnen de perken te houden. Sommige burgers zijn het optreden van de overheid daardoor in toenemende mate als een aanslag op hun vrijheid gaan beschouwen. In dat kader is eveneens interessant dat sommigen van hen zich in toenemende mate gingen verzetten tegen beslissingen van het wettelijk gezag.⁹⁴ Soms kwam dat verzet voort uit idealistische motieven, maar andere protesten tegen overheidsbeslissingen kwamen juist voort uit eigenbelang, bijvoorbeeld toen studenten een verlaging van het collegegeld afdwongen of toen eigenaren van pompstations in 1974 na het begin van de oliecrisis de benzinedistributie lieten mislukken.

De neiging tot depolitisering die kenmerkend was voor de hoogtijdagen van de pacificatiepolitiek maakte plaats voor een ontwikkeling in de omgekeerde richting. Volgens Donner kenmerkte de periode vanaf het einde van de jaren zestig zich door een vorm van voluntarisme in de politiek, die hij omschrijft als 'de overtuiging dat niets onmogelijk is, als de politieke wil maar sterk genoeg is'.⁹⁵ Deels kwam deze overtuiging voort uit het succes waarmee ingrijpende bezuinigingen werden doorgevoerd, deels hing deze overtuiging samen met de groei van technische mogelijkheden om nieuwe maatschappelijke ambities, bijvoorbeeld op het terrein van de gezondheidszorg, te realiseren.

Desondanks was het niet altijd vanzelfsprekend dát die politieke wil er was; zonder duidelijk meerderheidsbesluit van de daartoe bevoegde organen, is het immers niet mogelijk om hervormingen door te voeren. Als een daartoe strekkende meerderheidswil ontbreekt, ontstaat de neiging bij parlementaire en buitenparlementaire minderheidsgroeperingen om de eigen wil aan anderen op te leggen. Als gevolg daarvan werd het, evenals in de periode van de pacificatiepolitiek, onvermijdelijk voor alle betrokkenen om hun toevlucht te zoeken tot een vorm van overlegdemocratie, omdat het vinden

92 In dit verband speelt ook de toenemende politieke en economische internationalisering op dit punt een belangrijke rol. Als gevolg hiervan is politieke besluitvorming in toenemende mate voorbehouden aan andere dan de nationale staatsorganen. Ik laat dit aspect hier verder buiten beschouwing.

93 Donner 1981b, p. 298-299. In dit kader spreken Van den Braak & Van den Berg over 'realisme ten aanzien van de "maakbaarheid" en houdbaarheid van de sociale rechtsstaat'. Zie Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 688.

94 Vgl. ook Donner 1981b, p. 298.

95 Donner 1981b, p. 301-303, ook voor de rest van deze alinea.

van oplossingen voor politieke problemen alleen mogelijk is door met alle betrokkenen om de tafel te gaan zitten.

Bij alle partijen die deel uitmaakten van de regeringen in de periode tussen 1977 en 2002 (CDA, PvdA, VVD en D66) overheerste de gedachte dat sociaaleconomische hervormingen noodzakelijk waren voor het in stand houden van de verworvenheden van de sociale rechtsstaat.⁹⁶ Door met elkaar samen te werken slaagden die partijen erin om die hervormingen in die periode daadwerkelijk te realiseren; bevorderlijk daarvoor was dat de vanaf ongeveer 1967 ingezette trend van verbrokkeling na zo'n tien jaar leek te zijn gekeerd en de politieke verhoudingen zich opnieuw meer zouden concentreren.⁹⁷ In de ogen van Daalder leek deze periode weliswaar op het eerste gezicht op een terugkeer naar de periode van de pacificatiepolitiek, maar bij nader inzien was dat niet het geval.⁹⁸ Volgens Daalder vormde de toegenomen concentratie van de politieke verhoudingen uit deze periode de weerslag van een 'technocratische flinkheid', die niet zozeer gericht was op effectieve samenwerking. In plaats daarvan zou zij, zo betoogt Daalder, er zelfs op aansturen 'bestaande groepen en overlegstructuren te bruuskieren en zelfs te breken'.

Sinds 2002, het jaar waarin zowel de moord als de definitieve (postume) politieke opkomst van Pim Fortuyn plaatsvond, is opnieuw een versplintering van de politieke verhoudingen zichtbaar. Naast de LPF zouden onder andere ook de PVV (vanaf 2004) en FvD (vanaf 2017) een significante groep kiezers gaan trekken die in de twintigste eeuw nog vooral hun toevlucht zochten tot een van de gevestigde partijen. Hoewel de verbrokkeling in het politieke landschap daardoor is vergroot en het voeren van onderhandelingen over regeringssamenwerking daardoor is bemoeilijkt, vormt samenwerking tussen soms sterk verschillende politieke groeperingen nog altijd de sleutel voor het nemen van besluiten binnen het Nederlandse staatsbestel.

III.2.8 Slot

In ruim tweehonderd jaar hebben zich binnen de Nederlandse staat enorme veranderingen voorgedaan. Van een monarchaal-notabel bestel veranderde Nederland in een democratische rechtsstaat, van een nachtwakersstaat werd dit land een sociale rechtsstaat en de verzuiling maakte plaats voor een politiek landschap waarin ook partijen zijn vertegenwoordigd buiten de traditionele (levensbeschouwelijke) ideologieën. Niettemin heeft de ontwikkeling van het staatsrecht zich gekenmerkt door een relatief grote mate van continuïteit; ten aanzien van het functioneren van (de ambten van) regering en parlement is, afgezien van de invoering van het algemeen kiesrecht en

96 Vgl. in die zin ook Daalder 1995, p. 96-100; Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 688.

97 Van den Berg 1990a, p. 7.

98 Daalder 1995, p. 98, ook voor de volgende twee citaten (op p. 99).

de wijziging van het kiesstelsel in 1917 (en 1919), nauwelijks nog een ingrijpende staatsrechtelijke hervorming doorgevoerd.

In het licht van deze wijzigingen is echter wel het *feitelijke* functioneren van de belangrijkste constitutionele instellingen op nationaal niveau ingrijpend veranderd. Ook voor de plaats van het staatsrecht binnen de staat zijn die wijzigingen wezenlijk geweest. De dominante rol die de Grondwet in de negentiende eeuw als ‘nationale kracht’ in het politieke leven had, moest vanaf de twintigste eeuw in toenemende mate ruimte maken voor tal van andere, economische, politieke en sociale factoren die politici in hun werk in ogenschouw zijn gaan nemen. Het staatsrecht is daarbij niet langer de leidende factor.

Hoewel de democratiseringstendens vanaf het einde van de negentiende eeuw de politieke besluitvorming steeds complexer heeft gemaakt, bleven de politieke machtsverhoudingen tot en met het einde van de jaren zestig van de twintigste eeuw relatief stabiel en overzichtelijk. Op het eerste gezicht lijkt dat misschien opmerkelijk dankzij het vanaf 1917 vigerende kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging. De samenleving bestond immers toen al louter uit minderheden die ieder voor zich nooit een absolute Kamermeerderheid konden behalen. In de praktijk vormde dit echter geen onoverkomelijk beletsel voor regering en parlement om concrete politieke beslissingen te nemen. Aanvankelijk was dit succes vooral te danken aan de politieke cultuur uit die tijd, waarbij leiders van de belangrijkste politieke partijen hete hangijzers wisten te depolitiseren en zo kans zagen zoveel mogelijk potentiële conflicten en spanningen te voorkomen. Na 1967 zou zich, onder andere als gevolg van de ontzuiling en de toenemende politieke bewustwording van de burger, een kentering voordoen en kwam aan de hoogtijdagen van de pacificatiepolitiek een einde. Vanaf 1977 zou de ontwikkeling van versnippering van politieke verhoudingen weer keren, maar na 2002 is daarin opnieuw een toenemende verbrokkeling te zien.

Uit deze korte beschrijving blijkt dat het staatsrecht zich steeds verder van de feitelijke werkelijkheid heeft verwijderd: sinds het begin van de twintigste eeuw heeft de Grondwet nauwelijks nog ingrijpende wijzigingen ondergaan, terwijl de staat zelf wel aanmerkelijk van karakter is veranderd. In het volgende hoofdstuk komt aan de orde wat deze ontwikkelingen betekenen voor de ontwikkeling van de twee belangrijkste bronnen van het politieke staatsrecht: de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht.

III.3 HET STAATSRECHT: BINDING EN HANDHAVING VAN RECHTSREGELS IN POLITIEKE VERHOUDINGEN

III.3.1 Inleiding

Hoewel de Nederlandse staat onder invloed van tal van feitelijke ontwikkelingen sinds 1815 aanmerkelijk van karakter is veranderd, heeft de geschiedenis van het geldende staatsrecht zich juist gekenmerkt door een grote mate

van continuïteit. In de afgelopen periode van ruim tweehonderd jaar heeft nimmer een algemeen gevoelde urgentie bestaan om het constitutionele bestel van 1815 op een geheel andere leest te schoeien. Bijgevolg hebben tal van feitelijke en juridische ontwikkelingen, zoals de invoering van het algemeen kiesrecht, de uitbreiding van de staatstaak, de wijziging van het kiesstelsel en de opkomst van politieke partijen, de rangschikking en werkwijze van (de ambten van) regering en parlement aanmerkelijk van karakter doen veranderen zonder (volledig) in het positieve staatsrecht te zijn verdisconteerd.

In de staatsrechtsbeoefening zijn de gevolgen van deze feitelijke veranderingen voor de gelding van het positieve staatsrecht niet onopgemerkt gebleven. Vooral in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw gaven deze ontwikkelingen aanleiding tot debatten over het object en de methode van de staatsrechtswetenschap.⁹⁹ In dat kader vroeg bijvoorbeeld Donner zich af of het staatsrecht niet het gevaar loopt 'het verband met de werkelijkheid kwijt te raken' en of de belangrijkste bron van dit rechtsgebied, de Grondwet, niet 'een antiquiteit' dreigt te worden.¹⁰⁰ Andere auteurs stelden hardop vergelijkbare vragen.¹⁰¹

Voordat de beantwoording van dergelijke vragen over de rol van het positieve staatsrecht in de huidige Nederlandse staat mogelijk is, is het noodzakelijk een stap terug te doen: eerst is het van belang om te weten hoe de theorievorming over het staatsrecht, voor zover dat betrekking heeft op de verhoudingen binnen en tussen regering en parlement, zich heeft ontwikkeld. Daartoe wordt in dit hoofdstuk de ontwikkeling van de voor deze studie belangrijkste rechtsbronnen, namelijk de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht, besproken. Tegen die achtergrond is het vervolgens mogelijk te bezien wat de rol van de staatsrechtswetenschap is in relatie tot de genoemde politieke en maatschappelijke ontwikkelingen¹⁰² en of daarbij mogelijk nog een rol is weggelegd voor buitengrondwettelijke regels die *niet* noodzakelijkerwijs tot het staatsrecht behoren.¹⁰³

Hierna volgt een korte achtergrondschets over de betekenis van zuiver binnen politieke verhoudingen werkende rechtsregels voor de institutionele positie van de rechter ten opzichte van politieke organen zoals regering

99 Hoewel recentelijk niet meer een debat over deze thematiek in de staatsrechtswetenschap is gevoerd, lijken de genoemde zorgen nog niet geheel te zijn verdwenen. Vgl. par. III.5.1. Donner 1979, p. 13 = Donner 1986, p. 381.

101 Vgl. o.a. Burkens 1973, p. 6-7; Duynstee 1973, p. iii; Belinfante 1982, p. 1.

102 Zie daarover hoofdstuk III.4. In dit hoofdstuk beperk ik mij tot de ontwikkeling van het denken over de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht in de staatsrechtelijke literatuur en blijft een bezinning op de taak van de staatsrechtswetenschap nog achterwege.

103 Zie daarover hoofdstuk III.5.

en parlement. In die schets ligt de verklaring besloten voor het ontbreken van de jurisprudentie als volwaardige rechtsbron in dit rechtsgebied: er is immers geen (rechterlijk) orgaan dat steeds bevoegd is tot het bindend interpreteren van het institutionele deel van het staatsrecht. In de rest van dit hoofdstuk komt de ontwikkeling van het denken over de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht in de afgelopen twee eeuwen aan de orde. Ik sluit af met een slotwoord.

III.3.2 Achtergrond: binnen politieke verhoudingen werkende rechtsregels en de rechter

Het Nederlandse politieke staatsrecht heeft een enigszins atypisch, van andere rechtsgebieden en andere deelterreinen van het staatsrecht afwijkend, karakter.¹⁰⁴ Het bijzondere karakter van dit deelgebied van het staatsrecht valt voor een belangrijk deel terug te voeren op de gedeeltelijke samenvaal van normadressaat en normadressant: de gepositieerde staatsrechtelijke normen die op de (organen van de) (grond)wetgever betrekking hebben zijn immers steeds zelf door de (grond)wetgever (of de daarbinnen te onderscheiden organen) vastgesteld. Illustratief is de voorgeschreven procedure voor de herziening van de Grondwet (art. 137-142 Grondwet) respectievelijk de vaststelling van wetgeving (art. 81-88 Grondwet), waarbij normadressaat en normadressant (deels) dezelfde organen zijn.¹⁰⁵ De meeste relevante grondwettelijke voorschriften in dit deel van het staatsrecht hebben dus voornamelijk een *interne*, binnen politieke verhoudingen bestaande, werking.¹⁰⁶ In deze paragraaf bespreek ik de betekenis van het leerstuk van

104 Deze karakterisering is ontleend aan Elzinga 1988, p. 11 = Elzinga 1997, p. 185-186 = Elzinga 2020, p. 15.

105 Het atypische karakter van dit deel van het staatsrecht hangt tevens samen met de open formulering van de relevante grondwetsbepalingen op basis waarvan politieke organen de nodige autonomie hebben om binnen de grenzen van het recht tot besluitvorming te komen. Zie daarover m.n. par. III.3.3.2.1.

106 Hoewel deze voorschriften 'intern werkend' zijn, kunnen zij wel rechtsgevolgen hebben buiten het *ambt* dat het betreffende voorschrift heeft vastgesteld. Verhelderend in dat kader is het onderscheid tussen twee typen intern werkende voorschriften: (i) zuiver intern werkende voorschriften die alleen binnen het betreffende ambt gelden, zoals de Reglementen van Orde van beide Kamers, respectievelijk (ii) voorschriften die slechts rechtsgevolgen hebben binnen één overheidsverband maar wel jegens meerdere ambten kunnen werken, zoals de in de hoofdtekst van deze alinea genoemde grondwetsbepalingen. De eerste categorie voorschriften werkt intern, omdat het vaststellende orgaan niet over een algemene wetgevende bevoegdheid beschikt, de tweede groep voorschriften heeft interne werking naar zijn aard en strekking. Zie Schutgens 2009, m.n. p. 292-297.

de interne werking, voornamelijk voor de positie van de rechter ten opzichte van (de ambten van) regering en Staten-Generaal.¹⁰⁷

Deze interne werking van grondwettelijke voorschriften is deels terug te voeren op het in artikel 120 van de Grondwet opgenomen verbod van rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet. Uit het klassieke arrest *Prof. Van den Bergh/Staat* volgt dat het de rechter op grond van dat toetsingsverbod evenmin is toegestaan te beoordelen of bij de totstandkoming van een formele wet 'de door de Grondwet voor de wetsvorming voorgeschreven procedure [zoals bedoeld in de artikelen 81 tot en met 88 van de huidige Grondwet, GJAG] in acht is genomen'.¹⁰⁸ Volgens dit arrest dient de rechter op dit punt het standpunt te eerbiedigen dat de Staten-Generaal hebben ingenomen ten aanzien van die aanneming 'blijkens de voor zijn kennisneming vatbare stukken' met het oog op de bescherming van de in artikel 120 van de Grondwet gewaarborgde integriteit van het wetgevingsproces. In latere jurisprudentie ziet de rechter ook, los van de toepasselijkheid van artikel 120 Grondwet, reden zich terughoudend op te stellen ten aanzien van het wetgevingsproces. Daarvoor is bijvoorbeeld aanleiding als een eiser voor de rechter vordert in te grijpen in een wetgevingsproces dat nog loopt; in een dergelijk geval is artikel 120 Grondwet immers (nog) niet rechtstreeks van toepassing.¹⁰⁹ Uit het *Waterpakt*-arrest volgt bovendien dat de rechter niet bevoegd is de Staat een bevel te geven wetgeving in formele zin tot stand te brengen teneinde een onrechtmatige toestand op te heffen.¹¹⁰ Hoewel de Hoge Raad in het *Urgenda*-arrest heeft geoordeeld dat dit verbod uitsluitend betrekking heeft op het geven van een rechterlijk bevel om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen, moet de rechter zich gezien dit arrest in algemene zin nog altijd buiten procedures

107 In dit kader speelt op de achtergrond ook de vraag naar de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om van geschillen in de politieke sfeer kennis te nemen en een rol. Daarvoor geldt in beginsel het in het arrest HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773, NJ 1916, p. 407 (*Guldemonde/Noordwijkerhout*) geformuleerde uitgangspunt dat de burgerlijke rechter die bevoegdheid heeft, zolang de eiser zijn eis grondt op een bepaling van burgerlijk recht (de *objectum-litis*-leer). De enige uitzondering op dit uitgangspunt is te vinden in het arrest HR 26 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6018, AB 1971/35, m.nt. D.J. Veegens, AA 1972, p. 156, m.nt. H.J.M. Jeukens (*Verkiezingsafsprake Elsloo*). Tot op heden lijkt dit arrest een witte raaf te zijn; sindsdien heeft de rechter (althans in hoogste instantie) steeds onverkort vastgehouden aan de *objectum-litis*-leer als hem een politiek geschil werd voorgelegd. De bevoegdheidsvraag blijft daarom hier verder buiten beschouwing. Zie nader o.a. Bovend'Eert 2015, p. 133-142; Van der Hulle 2020, p. 165-169.

108 HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens (*Prof. Van den Bergh/Staat*).

109 Zie o.a. Rechtbank Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667, AB 2017/415 (*Forum voor Democratie/Staat*); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4366, AB 2017/416, m.nt. G. Boogaard & J. Uzman (*Herindeling gemeente Haren*).

110 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans, AB 2004/39, m.nt. Ch.W. Backes (*Waterpakt*), r.o. 3.5.

omtrent de vaststelling van wetgeving houden.¹¹¹ De Hoge Raad voert deze lijn in de rechtspraak terug op ‘de op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen’.¹¹²

De leer van de interne werking van grondwettelijke voorschriften is ook relevant buiten de sfeer van het wetgevingsproces. Een enkele keer komt het namelijk voor dat een eiser zich voor de rechter rechtstreeks op de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen staatsorganen beroept, zoals in het klassieke arrest *De Bourbon Naundorff/Staat* (hierna: *De Bourbon*) uit 1849 het geval was.¹¹³ In dit arrest boog de Hoge Raad zich over een overeenkomst die De Bourbon had gesloten met een aantal namens de Staat optredende ministers. De Bourbon had zich verplicht tot ‘de mededeeling van zekere geheimen en van uitvindingen’ die naar verluidt van grote invloed waren op het functioneren van de strijdkrachten. In ruil daarvoor verplichtte de Staat zich tot de betaling van hoge geldbedragen. Later betoogde de Staat voor de rechter dat hij niet aan zijn betalingsverplichtingen jegens De Bourbon kon voldoen, omdat de rijksbegroting de betaling van de overeengekomen geldsom aan De Bourbon niet dekte. De Staat deed daarmee indirect een beroep op een intern werkend voorschrift uit de Grondwet. Reeds in 1849 schreef de Grondwet immers al voor¹¹⁴ dat de begroting wordt vastgesteld bij formele wet (zie thans artikel 105), dus met instemming van de Staten-Generaal. Het ontbreken van die toestemming om de betaling aan De Bourbon op te nemen op de begroting zou de Staat dan ook van zijn betalingsverplichting moeten ontslaan, zo argumenteerde althans de Staat zelf.

De Hoge Raad volgde deze redenering echter niet. Hij overwoog:

[Niet] den minsten twijfel kan bestaan, daar de verbintenis is aangegaan, door de voormelde hoofden der ministeriële departementen, als contracterende voor het Nederlandsche gouvernement; (...) zoo zij hierbij (...) hunne magt mogten hebben te buiten gegaan, zulks wel geschil tusschen hun en den Staat zoude kunnen opleveren (...) doch dat zulks den eischer, evenmin als elken aannemer van werken, namens den Staat door de bevoegde magt aanbesteed, aangaat, noch vatbaar was, om door hem te worden onderzocht.’

111 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier, AB 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen & Ch.W. Backes (*Urgenda*), r.o. 8.2.6.

112 Deze frase uit het *Waterpakt*-arrest is woordelijk terug te vinden in alle uitspraken die in de voorgaande drie noten zijn aangehaald, met uitzondering van het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 mei 2017 en het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad uit 2019.

113 HR 5 mei 1849, ECLI:NL:HR:1849:1, W 1058, AB *Klassiek* 2016, p. 1-12, m.nt. W. den Ouden (*De Bourbon*). De hierna opgenomen citaten uit het arrest zijn ook te vinden in Schutgens 2009, p. 294-295.

114 In de destijds geldende Grondwet van 1848 was dit voorschrift opgenomen in art. 119. Tegenwoordig is dit voorschrift te vinden in art. 105 van de Grondwet, dat nader is uitgewerkt in de Comptabiliteitswet 2016 (vgl. in dit verband ook art. 4.9 Cw 2016). Op het moment dat de Hoge Raad het arrest *De Bourbon* wees, bestond de van 1927 daterende Comptabiliteitswet nog niet.

Volgens de Hoge Raad mocht De Bourbon dus aannemen dat de contracterende ministers bevoegd waren namens de Staat een privaatrechtelijke overeenkomst te sluiten. Hij voegde daaraan toe dat daarbij niet ter zake deed dat een post op de rijksbegroting voor de betaling aan De Bourbon had ontbroken. De Hoge Raad hield daarbij vast aan het volgende uitgangspunt:

[H]ij, die ten behoeve van den Staat, (...) het bedongene heeft geleverd, [heeft] ook tegen deze aanspraak tot de bedongene betaling, zonder dat hij in staatkundige beschouwingen hoeft te treden, (...), noch wegens (...) eene al dan niet bestaande ministeriële verantwoordelijkheid (...), noch van de gevolgen van staatsbegrotingen en van de verplichtingen, welke daarin voor de Regering (...) mogten zijn opgesloten.'

Volgens de Hoge Raad kan het grondwettelijke voorschrift over de bevoegdheidsverdeling in het kader van de vaststelling van de begroting niet worden tegengeworpen aan een burger.¹¹⁵ Van de burger kan immers niet worden verwacht dat hij in staatkundige beschouwingen treedt voordat hij een overeenkomst afsluit, zo oordeelt het hoogste Nederlandse rechtscollege.

Deze overweging is illustratief voor het bijzondere karakter van een geheel binnen een verband van politieke ambten werkende norm, zoals artikel 105 Grondwet. De weigering van de rechter een dergelijke norm te handhaven in de verhouding tussen de Staat en de burger staat namelijk los van het rechtskarakter van de norm als zodanig. Preciezer gezegd: de weigering van de rechter in het arrest *De Bourbon* tot handhaving van een in politiek verband geldende, grondwettelijke, norm over te gaan, ontslaat ministers niet van de plicht om zich aan die norm te houden. Het is echter niet aan de *rechter* om erop toe te zien dat deze ministers (of in een voorkomend geval, anderen die namens de Staat contracteren) zich ook aan deze grondwette-

115 Strikt genomen stelde de Hoge Raad slechts dat de in deze zaak relevante begrotingswet (waarop de post voor de betaling aan De Bourbon ontbreekt) intern werkt en daarom niet aan de burger kon worden tegengeworpen. Die begrotingswet heeft het karakter van een intern werkende beschikking die de regering machtigt een bepaalde uitgave te doen; een dergelijke beschikking heeft op zichzelf geen algemene werking. De *verplichting* tot het vaststellen van de begroting bij formele wet vloeit echter rechtstreeks voort uit de Grondwet. Wat de Hoge Raad opmerkte over de specifieke begrotingswet, geldt dus ook voor het huidige art. 105 Grondwet. Vgl. in die zin ook Schutgens 2009, p. 295, nt. 42.

lijke verplichting houden.¹¹⁶ In plaats daarvan roept de niet-naleving van het betrokken voorschrift een geschil in het leven tussen de betrokken organen zelf, in dit geval regering en Staten-Generaal.

In het arrest *Mink K.* uit 2003 benadert de Hoge Raad het leerstuk van de interne werking minder absoluut dan hij honderdvijftig jaar eerder in het arrest *De Bourbon* deed.¹¹⁷ In dit arrest staat een tussen het OM en informant K. gesloten overeenkomst centraal. Volgens die overeenkomst had K. jegens het OM de verplichting op zich genomen inlichtingen te verstrekken over het criminele milieu waaruit hij afkomstig was. Op zijn beurt had het OM zich verplicht tot absolute geheimhouding van de door K. verstrekte informatie, inclusief het bestaan van de overeenkomst zelf. K. had deze geheimhouding bedongen met het oog op de verzekering van zijn eigen veiligheid. Nadat het bestaan van de overeenkomst toch naar buiten was gekomen, verzocht de Tweede Kamer aan minister van Justitie Korthals (VVD) ex artikel 68 van de Grondwet informatie te verstrekken over de tussen het OM en K. gesloten overeenkomst. Daarop vorderde K. voor de rechter nakoming door de Staat van de overeengekomen geheimhoudingsverplichting; de rechter diende vervolgens tot in de hoogste instantie te beoordelen of de minister de verstrekking van de gevraagde informatie zou kunnen en moeten weigeren met een beroep op de in artikel 68 van de Grondwet opgenomen weigeringsgrond 'het belang van de staat'.

De Hoge Raad overweegt daarover dat

'het toezeggen van geheimhouding aan en het waarborgen van de veiligheid van de eiser redenen kunnen zijn en wellicht ook zullen moeten zijn, zich op de in art. 68 [Grondwet] neergelegde verschoningsgrond te beroepen. Verder zou de minister tot de afweging kunnen komen dat in de dan geldende omstandigheden alleen informatie in uiterst vertrouwelijke vorm moet worden verstrekt of

116 Overigens is daarmee nog niet gezegd dat intern werkende voorschriften per definitie irrelevant voor de oordeelsvorming door de rechter zijn. Het klassieke arrest HR 18 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0506, *AB* 1989/185, m.nt. F.H. van der Burg (*Arubaanse verkiezingsafspraken*) illustreert dat. In dit arrest stond een overeenkomst centraal die een lid van de Arubaanse Staten met zijn partij had gesloten, voordat hij in de Staten werd verkozen. Het statenlid had zich volgens de overeenkomst ertoe verplicht zijn zetel op te geven, als hij zijn partijlidmaatschap zou opzeggen. Volgens de Hoge Raad was deze overeenkomst nietig, omdat zij in strijd was met het in de Arubaanse Staatsregeling opgenomen, uitputtend bedoelde, beginsel van het vrije mandaat. De Arubaanse bepaling komt qua inhoud overeen met art. 67, derde lid van de Grondwet; dit voorschrift geldt alleen in de sfeer van het parlement en heeft zodoende interne werking. Daarom is dit arrest ook voor de Nederlandse context van belang. Vgl. o.a. Schutgens 2009, p. 300. Tot op zekere hoogte ligt het arrest *Arubaanse verkiezingsafspraken* in de lijn van het arrest *De Bourbon*, in de zin dat de Hoge Raad in het eerstgenoemde arrest niet actief intervenueert in publiek-politieke verhoudingen maar slechts de rechtsgeldigheid van een tussen *private* (rechts)personen opgesteld contract vaststelt.

117 HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE5149, *JB* 2003/134, m.nt. L.F.M. Verhey, *AB* 2004/20, m.nt. T. Zwart, *NJ* 2004/71, m.nt. T. Schalken, *AA* 2004, p. 288, m.nt. C.A.J.M. Kortmann (*Mink K.*). De hierna opgenomen citaten zijn te vinden in r.o. 3.6.7 van het arrest.

dat informatie pas kan worden verstrekt nadat de veiligheid van eiser op andere wijze is gewaarborgd. De bedoelde toezegging en veiligheid van eiser kunnen ook voor het parlement reden zijn om niet, of op een terughoudende wijze, gebruik te maken van zijn recht op inlichtingen. (...) Tegen deze achtergrond kan niet worden aanvaard dat de rechter thans aan de Staat een verbod oplegt dat de strekking heeft onder alle omstandigheden het belang van eiser te doen prevaleren. Met een dergelijk algemeen en absoluut verbod zou een inbreuk worden gemaakt op een fundamentele regel van parlementaire controle en zou de rechter de aan de minister en het parlement voorbehouden mogelijkheid van afweging op voorhand volledig ontnemen'.

In deze overweging relativeert de Hoge Raad het uitgangspunt dat de Staat zich tegenover een met hem contracterende burger niet kan beroepen op de staatkundige verhoudingen binnen de overheid.

Op het eerste gezicht lijkt de leer van de interne werking in het licht van deze overweging in het arrest *Mink K.* aan kracht te hebben verloren. In die lijn ligt de stelling van Kortmann dat artikel 68 Grondwet zich door zijn interne werking per definitie niet leent voor rechterlijke toepassing.¹¹⁸ Hij betoogt daarom dat de Hoge Raad, door zich toch over de reikwijdte van het grondwettelijke inlichtingenrecht te buigen, zich zonder noodzaak op politiek terrein begeeft. De keerzijde van Kortmanns absolute benadering van de interne werking van grondwettelijke voorschriften is echter dat zij in potentie misbruik in de hand werkt; in theorie zou het sluiten van dergelijke privaatrechtelijke overeenkomsten kunnen worden ingezet met het oog op de doelbewuste doorkruising van de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen (de ambten van) regering en Staten-Generaal.¹¹⁹

Bovendien is een nuancering van Kortmanns vrees voor inmenging van de rechter in politieke verhoudingen op haar plaats. Hoewel de benadering van de Hoge Raad meebrengt dat de rechter zich wellicht soms over staatkundige verhoudingen zal moeten uitspreken, blijkt uit de geciteerde

118 Kortmann in zijn noot onder het arrest in *AA* 2004, p. 290. Hij legt aan die stelling de gedachte ten grondslag dat art. 68 Grondwet geen 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO is, omdat deze bepaling externe werking ontbeert. Hij lijkt zich daarbij te baseren op HR 10 juni 1919, ECLI:NL:HR:1919:59, W 10429, *NJ* 1919, p. 1063 (*Rogge*), waarin de Hoge Raad het begrip 'wet', zoals opgenomen in art. 99 Wet RO (oud) (zie thans het begrip 'recht' in art. 79 Wet RO), definieerde. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat daaronder 'mede' zijn te begrijpen 'naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemeene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in den zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent'. Uit het woordje 'mede' leidt Schutgens (terecht) af dat het begrip 'wet' in ieder geval de wet in formele zin omvat, dus ook voor zover daarin intern werkende voorschriften zijn opgenomen; de definitie van wetten in materiële zin vormt volgens dit arrest dus een *aanvulling* op het formele wetsbegrip. Er is dan ook geen reden aan te nemen dat art. 79 Wet RO aan toepassing van art. 68 Grondwet door de Hoge Raad in de weg stond. Zie Schutgens 2009, p. 297-298.

119 Vgl. in die zin ook Kummeling 1997, p. 14-15; Munneke 2006, p. 157; Schutgens 2009, p. 300.

overweging van het arrest *Mink K.* dat de rechter zich daarbij terughoudend opstelt. De Hoge Raad overweegt immers slechts dat de minister een beroep *kan* doen op de verschoningsgrond van artikel 68 Grondwet respectievelijk dat het parlement *kan* beslissen niet, of slechts terughoudend, van het inlichtingenrecht gebruik te maken. Hij laat het nemen van deze beslissing in deze zaak daarmee over aan de verantwoordelijke politieke organen *zelf*. Tot dusverre is het (althans bij mijn weten) nog niet voorgekomen dat de rechter zich in een uitspraak wel actief heeft gemengd in het politieke proces.¹²⁰ Vooralsnog zal de rechter zoveel mogelijk willen voorkomen in een dergelijke positie terecht te komen. Het leerstuk van de interne werking brengt daarom nog altijd mee dat de rechter in beginsel niet overgaat tot de handhaving van grondwettelijke voorschriften die de verhoudingen tussen (de ambten van) regering en parlement reguleren.

In dit licht is te begrijpen waarom de precieze inhoud van het geldende institutionele staatsrecht altijd met onzekerheid is omgeven; de organen die wel bevoegd zijn tot de interpretatie en handhaving van dit recht hebben daarbij vaak een bepaald politiek belang. Anders dan in andere rechtsgebieden, komt de precieze reikwijdte van grondwetsbepalingen in dit deel van het staatsrecht daarom vaak niet vast te staan.¹²¹ Deze onbepaaldheid van het staatsrecht is een sleutel voor een goed begrip van de ontwikkeling van het denken over de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht.

III.3.3 De Grondwet

Naast de afwezigheid van een orgaan dat bevoegd is tot het bindend interpreteren van het binnen en tussen politieke ambten geldende staatsrecht, is de open formulering van veel grondwettelijke bepalingen debet aan de onbepaaldheid van de in dit deel van dit rechtsgebied geldende regels. In deze paragraaf bespreek ik hoe de Grondwet dit open karakter heeft kunnen krijgen en de handvatten die de literatuur tegen die achtergrond biedt voor het vinden van de juiste interpretatie van een grondwetsbepaling.

120 Vgl. in die zin ook o.a. punt 4 van de noot van Boogaard & Uzman in *AB* 2017/415 en 416 onder Rechtbank Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667 (*Forum voor Democratie/Staat*) en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4366 (*Herindeling gemeente Haren*) en Van der Hulle 2020, p. 246-248.

121 Zie nader par. III.3.3.2.2.

III.3.3.1 Historische ontwikkeling

Hoewel zich in de afgelopen twee eeuwen tal van feitelijke ontwikkelingen hebben voorgedaan die de politieke besluitvorming in Nederland aanzienlijk van karakter hebben doen veranderen, heeft de ontwikkeling van de Grondwet op dit terrein zich gekenmerkt door een verrassende mate van continuïteit.¹²² Lange tijd sloot de tekst van bepaalde grondwettelijke bepalingen niet meer aan bij de feitelijke werkelijkheid. Vooral op het gebied van de monarchie was dit het geval.

Zo kende de Grondwet tot 1983 formeel gezien nog veel bevoegdheden aan de koning toe: zo berustte bij hem de uitvoerende macht (art. 56 Grondwet 1972), was hij bevoegd tot het ontslaan van ministers 'naar welgevallen' (art. 86, tweede lid Grondwet 1972) en benoemde hij de Tweede Kamervoorzitter uit een door de Kamer opgestelde voordracht van drie leden (art. 98 Grondwet 1972). De materiële betekenis die deze voorschriften volgens de grondwetgever bij haar vaststelling in respectievelijk 1848, 1814 en 1815 hadden, waren zij in 1983 al kwijt; de grote mate van discretie die de koning volgens deze bepalingen formeel nog had, bestond op dat moment allang niet meer.¹²³

Hoewel deze voorschriften bij de herziening van de Grondwet in 1983 formeel gezien een ingrijpende wijziging ondergingen,¹²⁴ leken vrijwel alle betrokkenen de *praktische* implicaties van de algehele grondwetsherziening uit dat jaar beperkt te achten. Illustratief is dat de verantwoordelijke regeringscommissaris Simons de uitvoering van de herziening beschouwde als 'dokteren aan betrekkelijke kleinigheden'; volgens hem zou het resultaat ervan daarom vooral 'voor deskundigen' interessant zijn.¹²⁵

Tegen deze achtergrond komt in deze subparagraaf aan de orde hoe de Grondwet zich heeft ontwikkeld van een 'politiek strijddocument' tot 'grondvorm en symbool' naar 'een verzameling flexibele hoofdregels'.¹²⁶ De aanvang van een nieuw tijdvak leidde er overigens niet toe dat daarmee de eerdere grondwetsbenaderingen hun invloed volledig verloren.¹²⁷ Elk van de hierna te bespreken tijdvakken kent eigen onderscheidenlijke kenmerken met afzonderlijke implicaties voor de rol van de Grondwet in het Nederlandse staatsbestel, waarin steeds ook opvattingen uit eerdere perioden doorwerken.

122 Zie hoofdstuk III.2.

123 Vgl. in die zin ten aanzien van de benoeming van de Kamervoorzitter Hoetink 2018, p. 150.

124 Van de drie in deze alinea genoemde bepalingen bleven alleen de benoeming en het ontslag van de ministers bij koninklijk besluit (maar dan zonder de woorden 'naar welgevallen') gehandhaafd (zie art. 43 Grondwet).

125 *Haagse Post* 8 december 1971, p. 16-17. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 139.

126 Vgl. voor deze indeling het schema in Van Leeuwen 2014, p. 105.

127 Vgl. in die zin Van Leeuwen 2013, p. 14-17.

III.3.3.1.1 De Grondwet als 'strijddocument'¹²⁸

In 1815 (of, zo men wil, in 1814) kwam de Grondwet tot stand die in gewijzigde vorm nog altijd in Nederland geldt. Zij is te zien als het begin van 'een institutioneel pad', waarop de grondwetgever bij iedere herziening telkens weer is gaan voortbouwen. Vanwege het ontbreken van voldoende politieke steun voor het vaststellen van een op een geheel nieuwe leest geschoeide Grondwet, is daardoor een grote mate van continuïteit zichtbaar in haar ontwikkeling; bij iedere herziening van de Grondwet, inclusief die van 1848, heeft de grondwetgever steeds de bestaande opzet van de Grondwet tot uitgangspunt genomen. In dat licht is de vaststelling van de Grondwet van 1815 hét vertrekpunt voor de geschiedenis van het grondwetsdenken.

Voor koning Willem I was het belang van de naleving van de bepalingen uit de Grondwet echter niet boven iedere twijfel verheven. In de eerste decennia na 1815 sprong de koning, aan wie in deze versie van de Grondwet überhaupt al veel bevoegdheden waren toegekend, soms nogal vrij met de daarin opgenomen bepalingen om. Voor veel critici van het bewind van koning Willem I was dit een steen des aanstoets. Zelfs voor zover de Grondwet inderdaad als een dode letter te beschouwen was, vervulde zij in de periode tot 1848 echter een belangrijke rol als vertrekpunt voor pleidooien voor constitutionele vernieuwing in het publieke debat. Mede dankzij de, al voor 1848 aanwezige, vrijwel vanzelfsprekende aanvaarding van het *bestaan* van een grondwet onder het publiek, kon de negentiende eeuw uitgroeien tot de eeuw van de Grondwet.

In die eeuw is zonder twijfel de herziening van de Grondwet in 1848 de meest bepalende gebeurtenis geweest. Zij vormde een essentieel begin van de inperking van de zelfstandige macht van de koning, waaraan vooral de invoering van respectievelijk de politieke ministeriële verantwoordelijkheid en het censuskiesrecht voor de Tweede Kamer, alsmede het geïntroduceerde uitgangspunt van de openbaarheid van vergaderingen van de Staten-Generaal debet waren. Bovendien zou de herziening van 1848 de opmaat vormen van de introductie van de door Thorbecke gepropageerde 'heerschappij van de wet', die met het *Meerenberg*-arrest in 1879 een plaats in het Nederlandse staatsrecht kreeg. Verder wijzigde de grondwetgever in 1848 de grondwetsherzieningsprocedure.¹²⁹ Voor wijziging van de Grondwet golden volgens de procedure van 1848 voortaan de vereisten van twee lezingen, de ontbinding van de Kamers na de eerste lezing en de steun van een gekwalificeerde

128 De ontwikkeling van de Nederlandse Grondwet in de negentiende eeuw is in belangrijke mate bepalend geweest voor de ontwikkelingen in de Nederlandse staat. De inhoud van deze subsubparagraaf overlapt daarom voor een deel met par. III.2.2, par. III.2.3 en par. III.2.4. Ik beperk mij daarom hier tot een summier bespreking van de belangrijkste gebeurtenissen die voor een goed begrip van het grondwetsdenken van belang zijn. Voor een uitgebreidere bespreking van deze gebeurtenissen, inclusief de bijbehorende verwijzingen, zij naar de eerder genoemde paragrafen verwezen.

129 Zie over het verschil tussen deze en de daarvóór geldende procedure o.a. Oud 1970, p. 36-38.

meerderheid van twee derde van de leden van de Kamers voor de aanneming van een herzieningsvoorstel. Daarmee waren de belangrijkste doelstellingen bereikt die Thorbecke met een nieuwe Grondwet voor ogen had.

In dat licht is te begrijpen waarom Thorbecke de Grondwet, die hij betitelde als de 'grond aller andere wetten', 'dat waarop al het andere rust' en als 'grondslag en levensbeginsel', als de basis van het gehele staatsrecht beschouwde.¹³⁰ Inderdaad kon de Grondwet na de herziening van 1848 mede dankzij Thorbecke uitgroeien tot de leidraad voor het politieke leven. Vanaf dat jaar zouden in Kamerdebatten vooral constitutionele kwesties en de uitleg van de daarbij relevante grondwetsbepalingen centraal gaan staan, waardoor de Grondwet in de negentiende eeuw het karakter zou krijgen van een 'politek strijddocument'.¹³¹

Niettemin ligt de kiem van het einde van de gedachte dat de Grondwet de basis van het gehele staatsrecht vormt al in de negentiende eeuw. In de periode 1866-1868 zouden zich immers de kwesties-Mijer en -Luxemburg voordoen die achteraf bezien aan de juridische erkenning van het parlementair stelsel ten grondslag liggen. Hoewel de conflicten tussen regering en parlement over deze kwesties van groot belang voor de Nederlandse constitutionele ontwikkeling zijn geweest, heeft de uitkomst daarvan nooit een plaats in de Grondwet gekregen. Op het moment zelf was het echter nog niet duidelijk wat de betekenis van die gebeurtenissen voor het staatsrecht respectievelijk de Grondwet zou zijn. In de aanloop naar de herziening van de Grondwet van 1887 kwam de verandering in het grondwetsdenken echter wel duidelijk aan de oppervlakte. De voor deze herziening verantwoordelijke staatscommissie onder leiding van J. Heemskerk slaagde er niet in om met herzieningsvoorstellen te komen omtrent de belangrijkste politieke pijnpunten uit die tijd: de kiesrecht kwestie en de financiering van het bijzonder onderwijs.¹³² Op het eerste punt omvatte de herziening slechts een schraping van de voornaamste belemmering voor de verdere uitbreiding van het kiesrecht; op het tweede terrein vond zelfs geen enkele wijziging plaats, waarna de Kamer met een gewone meerderheid besloot het onderwijsartikel in de Grondwet op een andere wijze te interpreteren.

Het beeld onder politici van de Grondwet als onbetwistbare basis van het staatsrecht, die het verloop van het politieke leven in goede banen leidt, kwam daardoor onder druk te staan. De keerzijde van de gelding van de Grondwet en de daarin opgenomen verzwaarde herzieningsprocedure was dat zij tevens een *belemmering* zou kunnen gaan vormen voor de verwezenlijking van de idealen van democratisch verkozen volksvertegenwoordigers. Mede daardoor zou de functie van de Grondwet als politiek strijddocument vanaf het einde van de negentiende eeuw verder naar de achtergrond verdwijnen.

130 Respectievelijk Thorbecke 1841, deel I, p. x; Thorbecke 1856, p. 8; Thorbecke 1872, p. 174. Aangehaald in Van Vollenhoven 1930, p. 234 = Van Vollenhoven 1934, p. 106; Rijpperda Wierdsma 1948, p. 13.

131 De term is ontleend aan Elzinga 1998, p. 85 = Elzinga 2020, p. 123.

132 Van Leeuwen 2013, p. 31-32.

III.3.3.1.2 De Grondwet als 'rustpunt en symbool'

Niet alleen uit politieke hoek, maar ook uit de wetenschap klonk er kritiek op het in de negentiende eeuw vigerende perspectief op de Grondwet. De scherpste kritiek op de dominante positie van de Grondwet in het staatsleven uit die tijd was vermoedelijk afkomstig van Krabbe. In een artikel uit 1906 betoogde hij dat de gelding van de Grondwet het gevaar van 'verdoring' met zich brengt, met als resultaat dat het grondwettelijk recht op den duur verwordt tot 'dood recht'.¹³³ Hij beschouwde het bestaan van de verzwaarde procedure voor grondwetsherziening als een van de belangrijke oorzaken van die verdoring. Als de grondwetgever deze beide elementen uit de Grondwet zou verwijderen, dan was het mogelijk, aldus Krabbe, om 'de Grondwet hare volle heerschappij te hergeven'.

Voor Krabbe was van belang dat de gelding van de Grondwet berust op de daadwerkelijk heersende wil van het volk in plaats van op de overheidswil. In die lijn hield hij in zijn brochure *'Ongezonde lectuur'* uit 1913 een pleidooi voor rechtsvorming en rechtstoepassing door de burgers zelf in plaats van door de overheid.¹³⁴ Zolang dat niet zou gebeuren, dreigde de samenleving volgens Krabbe door de gelding van de Grondwet met de verzwaarde wijzigingsprocedure te gaan vastzitten in het rechtsbewustzijn van eerdere generaties. In dat licht beschouwde hij veel grondwetsbepalingen als 'verschimmelde wijsheid van de grondwetgever' die de wetgever verlammen 'in de volheid van zijn weten van wat naar het rechtsbewustzijn van de bevolking behoort te worden verordend'. Niet het overheidsgezag zoals dat in de Grondwet tot uiting kwam, maar het rechtsgevoel van de burger zou volgens Krabbe aldus de ultieme rechtsbron moeten vormen.

Hoewel Krabbe een betrekkelijke eenling was die in zijn opvattingen over de Grondwet weinig bijval van vakgenoten kreeg,¹³⁵ leefden er in bredere kring twijfels over de geldende verzwaarde meerderheidseis die voor de herziening van de Grondwet geldt. In dezelfde geest als Krabbe betoogde Oppenheim dat deze verzwaarde meerderheidseis onvoldoende bescherming biedt tegen de wetgever, omdat deze 'de *tijdige*, totstandkoming van wenschelijke wijzigingen ernstig belemmert'.¹³⁶ Als gevolg daarvan zouden nieuwe generaties volgens hem beklemd raken 'in de kluisters waarin het te kwader ure is vastgeknelde door een wetgever, die zich verbeeldde de wijsheid in pacht te hebben en de rechtsvorming te kunnen monopoliseeren'. De opvattingen van beide hoogleraren zijn illustratief voor het ontstaan van een nieuw tijdvak in het grondwetsdenken. Karakteristiek voor dit veranderde

133 Krabbe 1906, p. 371-372, ook voor de volgende citaten. In het artikel bekritiseert Krabbe ook het verbod op rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet. Dat aspect kan hier buiten beschouwing blijven.

134 Krabbe 1913, ook voor het hierna opgenomen citaat (op p. 39).

135 Vgl. in die zin ook Van der Pot 1957a, p. 253; Elzinga 1990, p. 68-70 = Elzinga 2020, p. 52-54, beide met verdere verwijzingen.

136 Oppenheim 1907a, p. 274 = Oppenheim 1907b, p. 73, ook voor het volgende citaat (cursivering in origineel, GJAG).

denken was dat de dominante positie van de Grondwet in het politieke bedrijf niet langer boven iedere twijfel verheven zou moeten zijn, waardoor zij langzamerhand haar rol als centraal oriëntatiepunt voor politieke discussies zou verliezen.

De publicaties van Krabbe en Oppenheim vormden de opmaat naar de discussie over de houdbaarheid van de aparte status van de Grondwet als 'hogere wet' tijdens de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging (hierna: NJV) in 1914. Tijdens deze vergadering discussieerden de Groningse hoogleraar Kleintjes, de Amsterdamse oud-hoogleraar Van Hamel en Tweede Kamerlid Loeff over de vraag of het verschil tussen de Grondwet en de formele wet in stand gehouden moest worden.¹³⁷ Van de drie preadviseurs kwam alleen Kleintjes tot de conclusie dat het verschil tussen wet en Grondwet in zijn geheel zou moeten worden opgeheven.¹³⁸ Niettemin waren de bij de NJV-vergadering aanwezigen het erover eens dat de mate waarin het mogelijk is om met behulp van een grondwet grip te krijgen op de politieke werkelijkheid relativering verdient. Van Hamel bijvoorbeeld stelde dat de Grondwet niet te juridisch moet worden uitgelegd, maar in plaats daarvan als 'erfelijk richtsnoer bij de handhaving en ontwikkeling van ons staatskarakter' zou moeten dienen.¹³⁹ Op die manier zou de Grondwet, aldus Van Hamel, haar belemmerende werking verliezen.

Tijdens de NJV-vergadering stond naast de officiële preadviezen vooral een door Struycken geschreven brochure¹⁴⁰ als 'informeel preadvies'¹⁴¹ centraal waarin hij constateerde dat de Grondwet in afnemende mate een centrale positie in het staatsleven inneemt. In die brochure beschreef Struycken twee oorzaken die volgens hem aan die waardedaling ten grondslag liggen.

In de eerste plaats stelde hij dat:

'zich met de ontwikkeling van den volksinvloed in onze monarchie nieuwe factoren in het staatsleven hebben gevormd, die in de Grondwet hunne uitdrukking niet vinden, niettemin de staatkundige beteekenis harer voorschriften bepalen, zoodat veel, wat in de Grondwet gedacht was als grondslag van het staatsleven, is geworden tot niet meer dan een grondvorm. Uit de Grondwet alleen is daarom het staatsrecht niet meer te kennen, de waarde harer bepalingen daarmede verminderd. De constitutie is daarom niet minder stroef geworden: de normatieve kracht van het feitelijke; die zich langzamer dan die van den geschreven regel in het rechtsbewustzijn der bevolking openbaart, blijft, zeker even duurzaam als deze daarin heerschen'.¹⁴²

137 Van Leeuwen 2014, p. 97. Zie voor de preadviezen Kleintjes 1914, p. 133-162; Van Hamel 1914, p. 163-214; Loeff 1914, p. 215-252. Zie voor de schriftelijke weerslag van de discussie tijdens de vergadering *Handelingen NJV* 1914, p. 83-177.

138 Kleintjes 1914, p. 133-162.

139 Van Hamel 1914, p. 207.

140 Struycken 1914 = als afzonderlijke publicatie opgenomen in Struycken 1924.

141 *Handelingen NJV* 1914, p. 144. Aangehaald in Van Leeuwen 2014, p. 106.

142 Struycken 1914, p. 51 = als afzonderlijke publicatie opgenomen in Struycken 1924, aldaar, p. 51, ook voor het volgende citaat.

Deze passage illustreert de verandering in het staatkundig denken die vanaf het einde van de negentiende eeuw tot ontwikkeling was gekomen.¹⁴³ Tekenend voor die wijziging van denken is dat in het politieke bedrijf voortaan niet meer louter constitutionele kwesties en de bijbehorende juiste uitleg van de bepalingen van de Grondwet het centrale onderwerp van debat vormden. Politici zouden in plaats daarvan in toenemende mate oog gaan krijgen voor de wil van het electoraat, dat vanaf 1887 door de groei van de welvaart steeds groter was geworden. Voor het electoraat was de Grondwet hoogstens van secundair belang, waardoor zij in het politieke bedrijf aan belang was gaan inboeten.

Minstens zo interessant is de tweede oorzaak die volgens Struycken aan het tanende belang van de Grondwet voor het verloop van het politieke leven ten grondslag ligt. Hij betoogde:

{D}oordien geleidelijk het zwaartepunt van ons gemeenschapsleven zich verplaatst van het staatkundige naar het sociale, terwijl de Grondwet alleen oog heeft voor het eerste, het laatste niet anders schraagt dan in de pijlers, die eene eeuw geleden daarvoor zijn geplaatst. Dat de Grondwet de grondslagen, de leidende gedachten van ons sociale leven niet bevat, ligt aan ons: wij zijn niet in staat, zooals onze vaders van den Revolutietijd af in enkele korte gedachten de resultaten van den staatkundigen strijd als blijvende kultuurgedachten vast te leggen, zoo ook de ontwikkelingslijnen van ons sociale leven in groote sprekende trekken te teekenen. Daarom zal onze Grondwet, in schijnbaar averechtsche waardeering, velerlei staatkundige beginselen blijven behouden, en omtrent gewichtiger vragen van sociale politiek blijven zwijgen.'

Volgens Struycken heeft de grotere nadruk die in het politieke leven op sociale in plaats van constitutionele kwesties is gaan liggen direct zijn weerslag op het belang van de Grondwet voor de politiek. Door de afwezigheid van een concrete regeling over sociale kwesties hebben politici een geringer belang bij het inroepen van grondwetsbepalingen in het politieke debat. Interessanter is nog dat Struycken toen al voorzag dat dat in de toekomst ook niet zou veranderen; hij verwachtte niet dat de grondwetgever erin zou slagen om 'de leidende gedachten van ons sociale leven' dwingend vast te leggen.

Een mogelijke verklaring voor de achteraf gebleken juistheid van de voorspelling van Struycken is het gegeven dat de Nederlandse bevolking bestaat uit een verzameling heel diverse minderheden waarvan geen enkele de absolute Kamermeerderheid kan vergaren.¹⁴⁴ De meeste beslissingen op sociaaleconomisch vlak in de twintigste eeuw waren vrijwel steeds het resultaat van, vaak niet van pragmatisme gespeende, compromissen tussen de diverse politieke minderheden. Tegen die achtergrond was inderdaad al aan het begin van de twintigste eeuw moeilijk voorstelbaar dat de Grondwet een centrale rol in de besluitvorming op sociaal vlak zou kunnen vervullen,

143 Zie daarover ook par. III.2.3.

144 Vgl. in dit verband ook het slot van par. III.2.3 en par. III.2.7.

zoals zij dat in de negentiende eeuw op constitutioneel terrein wel met succes had gedaan.

Op staatkundig terrein bleef de Grondwet echter een belangrijke functie vervullen, die ook als zodanig in de staatsrechtswetenschap erkenning vond. In dit verband betoogde Struycken bijvoorbeeld dat de Grondwet

‘in de parlementaire meerderheid bij voortduring het besef levendig [houdt], hoe zwak dit somtijds ook moge werken, dat ook haar gezag steunt op rechtsregelen, die zij, juist als den grondslag van haar gezag, niet naar willekeur mag wijzigen; ze biedt een rustpunt in de staatkundige ontwikkeling, van waaruit op de bestaande grondslagen aan de voorziening in de behoeften van het maatschappelijk leven kan worden gearbeid, stempelt anderzijds de verandering dier grondslagen tot eene ernstige daad, waarop zich de aandacht van wetgever en volk concentreert’.¹⁴⁵

Juist in het licht van het karakter van Nederland als een samenleving van politieke minderheden, was het volgens Struycken van belang dat niet iedere politieke beslissing met een reguliere meerderheid kan worden genomen. In zijn ogen was dat vooral het geval als bepaalde beginselen in het geding zijn, onder andere op het terrein van ‘de persoonlijke vrijheid, den particulieren eigendom en de verhouding van den staat tot den kerkgenootschappen, die individu en minderheid bescherming bieden tegenover de parlementaire meerderheid’. Hij vervolgde:

‘Der meerderheid moet bij voortduring duidelijk zijn, dat zij deze heeft te eerbiedigen, ze niet voor een oogenblikkelijk partijbelang of in een politieken ruilhandel mag prijsgeven; en dat wordt haar in een land als het onze het best door de plaatsing ervan in de Grondwet voor den geest gehouden.’

Ondanks het belang dat Struycken hechtte aan het bestaan van een grondwet met een verzwaarde herzieningsprocedure, diende in zijn ogen ook op constitutioneel terrein de sturende kracht van de Grondwet niet te worden overschat. Hierover betoogde hij:

‘Aan overschatting van de waarde eener Grondwet willen wij bij dit alles niet schuldig staan. Den eerbied voor de cultuurwaarde van het geworden en voor de waarde der menselijke persoonlijkheid zal een volk uit zijne Grondwet niet leeren, wanneer zijn karakter door traditie en opvoeding daartoe niet

145 Struycken 1914, p. 33-34 = als afzonderlijke publicatie opgenomen in Struycken 1924, aldaar, p. 33-34, ook voor de hiernavolgende citaten. Vgl. ook Struyckens beroemde citaat waarin de Grondwet wordt omschreven als ‘het dokoment, waarin de hoofdmomenten van zijne staatkundige ontwikkeling uitdrukking hebben gevonden, de resultaten van den staatkundige strijd in het verleden telkenmale zijn neergelegd, en waarin het ook voor het heden en de toekomst de groote gedachten tot openbaring wil brengen, volgens welke het de ontwikkeling van zijn staatsleven verder wil zien geleid’ in Struycken 1915, p. 176 = Struycken 1928, p. 195.

is gevormd. Onder de factoren evenwel, welke deze opvoeding mede bepalen, neemt ook de Grondwet eene plaats in alom, waar zij als nationale gebeurtenis in de staatkundige ontwikkeling van het volk is ingeweven.'

Naast de betekenis die de Grondwet als 'rustpunt' voor de bescherming van politieke minderheden had, vervulde zij in de ogen van Struycken vooral ook een symbolische functie als referentiekader omtrent de inrichting van de Nederlandse staat voor de gehele bevolking. Voor het overige relativeerde hij de rol van de Grondwet, omdat zij volgens hem slechts in beperkte mate in staat zou zijn het verloop van het politieke leven in goede banen te leiden. Toch was het volgens hem van belang de verzwaarde herzieningsprocedure intact te laten, juist gelet op de bescherming die zij aan minderheden biedt. Een meerderheid van de bij de NJV-vergadering aanwezigen leek dit perspectief te onderschrijven.¹⁴⁶

Na deze vergadering was daarmee definitief ruimte ontstaan voor een nieuw perspectief op de Grondwet waarin dit staatsstuk niet langer het centrale ankerpunt voor het politieke leven hoefde te vormen. Illustratief was de herziening van de Grondwet van drie jaar later, die zou leiden tot de introductie van het algemeen kiesrecht, de wijziging van het kiesstelsel en de gelijkstelling van het algemeen en bijzonder onderwijs.¹⁴⁷ In 1917 was de herziening van de Grondwet niet het begin van een hervorming van het staatsbestel, zoals in 1848 wel het geval was, maar juist het sluitstuk ervan. In die periode vonden buiten de landsgrenzen, zoals in het Duitse Keizerrijk, weliswaar revoluties plaats, maar in Nederland bleef het rustig. Zo werd in Nederland de politieke noodzaak tot het doorvoeren van ingrijpende grondwettelijke veranderingen, bijvoorbeeld in de vorm van de invoering van een referendum of een volksinitiatief, niet of nauwelijks gevoeld.¹⁴⁸ De herzieningen uit de periode daarna, van 1922 en 1938, zouden afgezien van de vastlegging van het algemeen (vrouwen)kiesrecht in 1922 beperkte betekenis hebben.¹⁴⁹

Tekenend voor de veranderde kijk op de Grondwet was de discussie over de introductie van de grondwettelijke bepaling in 1922 op basis waarvan de wet aan andere dan in de Grondwet genoemde organen verordende bevoegdheid kan geven.¹⁵⁰ Sommige auteurs betwijfelden of het wel nodig was een dergelijke bepaling in de Grondwet op te nemen. In de ogen

146 Vgl. in die zin ook Van der Pot/Donner 1983, p. 171 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 196; Van Leeuwen 2014, p. 103. Zowel Van Hamel als B.C. de Savornin Lohman propageerde tijdens de NJV-vergadering een grondwetsperspectief dat vergelijkbaar was met dat van Struycken. Zie Van Hamel 1914, p. 203-207; *Handelingen NJV* 1914, p. 137. Aangehaald in Van Leeuwen 2014, p. 101. Zie voor de opvatting van B.C. de Savornin Lohman de oratie die hij twee jaar voor de NJV-vergadering uitsprak: De Savornin Lohman 1912, p. 50-51.

147 Vgl. in die zin Van Leeuwen 2013, p. 12.

148 Van Leeuwen 2013, p. 35-36.

149 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 90.

150 Art. 194 Grondwet 1922.

van Huart was de functie van de Grondwet 'dat zij, nu eens reagerend tegen misstanden van een eerder tijdperk, dan weer in de loop der jaren beproefde beginselen conserveerend, enkele hoofdzaken van staatsrecht aan den invloed van den wetgever onttrekt'.¹⁵¹ In het licht van die benadering bestond volgens hem geen noodzaak tot vastlegging van ieder aspect van de staatsorganisatie. Als de grondwetgever een bepaald onderwerp geheel ongeregeld liet, dan stond het de wetgever vrij daarover een regeling te ontwerpen, zo betoogde Huart. De wetgever had dat overigens al ruim voor 1922 gedaan; in 1913 stelde hij de Radenwet¹⁵² vast, die de basis vormde voor de instelling van de Hoge Raad van Arbeid in 1918. Zowel volgens Huart als de meeste Kamerleden die zich hierover uitspraken in het debat¹⁵³ had de constitutionalisering van de mogelijkheid tot instelling van dergelijke raden door de wetgever daarom slechts een declaratoire in plaats van een constitutieve betekenis.

Ook na het einde van de Tweede Wereldoorlog zag de grondwetgever in de gruwelijke gebeurtenissen uit de oorlogsjaren geen aanleiding een geheel nieuw grondwettelijk bestel te introduceren. De voornaamste politieke prioriteit van regering en parlement lag in die periode vooral bij sociale kwesties, zoals het herstel van de materiële welvaart van de bevolking en het nemen van maatregelen tegen de woningnood.¹⁵⁴ In het licht van de urgentie die volgens de betrokken politici met die kwesties gemoeid was, hadden zij relatief weinig tijd en energie om concrete hervormingen van het staatsbestel te realiseren. Mede in dat licht is te verklaren waarom de regering en de verzetsleiders besloten het grondwettelijk bestel van voor de oorlog zijn gezag te hergeven; de Grondwet zou daarbij haar karakter als 'rustpunt en symbool' behouden.¹⁵⁵ Wel leek er ten opzichte van de vooroorlogse periode een kleine accentverschuiving te hebben plaatsgevonden; in de literatuur uit de periode van vlak na de oorlog komt ook duidelijker de verhouding van de bevolking met het staatsrecht in het algemeen en de Grondwet in het bijzonder naar voren. In zijn oratie uit 1948 benadrukte Rijpperda Wierdsma bijvoorbeeld het belang van de gelding van een grondwet voor de bevolking. In zijn ogen was een verzwaarde herzieningsprocedure daarbij onmisbaar, omdat 'een volk, dat zijn staatsinrichting respecteert, geen lichte eisen mag stellen' aan de verandering van de Grondwet.¹⁵⁶ Tegen die achtergrond was de Grondwet volgens Rijpperda Wierdsma eerder 'een mijlpaal' met waarborgen uit het verleden dan 'een wegwijzer' voor de toekomst.

In de staatsrechtswetenschap was echter geen sprake van een algehele acceptatie van de terugkeer naar het grondwettelijk bestel van voor de oor-

151 Huart 1925, p. 336.

152 Wet van 5 juni 1913, *Stb.* 1913, 203.

153 *Handelingen II* 1921/22, p. 987-991 (9 december 1921).

154 Van Leeuwen 2013, p. 37-38. Vgl. ook par. III.2.6.

155 Van Leeuwen 2013, p. 43.

156 Rijpperda Wierdsma 1948, p. 25-26, ook voor het volgende citaat (op p. 24). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 43.

log en de karakterisering van de Grondwet als 'rustpunt en symbool' die daarbij hoorde. In de kritiek speelde daarbij opnieuw de verhouding tussen de Grondwet en de bevolking een belangrijke rol. Kranenburg bijvoorbeeld bleef in navolging van zijn leermeester Krabbe kritisch over de plaats die de Grondwet innam in het staatsrecht, mede in het licht van wat er tijdens de oorlog was gebeurd.¹⁵⁷ Hij had zijn twijfels bij de bestendigende werking die van het oude grondwettelijke stelsel zou uitgaan. Hij richtte daarbij vooral zijn pijlen op het vereiste van een tweederdemeerderheid in tweede lezing voor de realisering van een herziening van de Grondwet. Hij betoogde:

'De stabiliteit van het staatsrecht en de regelmatigheid van zijn ontwikkeling hangen niet af van de bepalingen, die in de Grondwet zelf omtrent haar wijziging zijn neergeschreven; men stabiliseert niet op zó eenvoudige wijze. En men vergroot daardoor zeer de kans, dat de staatkundige groepen genoopt worden tot een het staatkundige leven demoraliserende ruilhandel, tot een offerfeest van beginselen, en dat een onevenredige, immers door de toevallige constellatie ontstane, machtspositie van enkele groepen of zelfs van één groep, de normale ontwikkeling van het recht tegenhoudt, wat weer de onregelmatige rechtsvorming bevordert.'¹⁵⁸

Anderen waren juist vooral kritisch over de handhaving van het grondwettelijk bestel in het licht van de *inhoud* van de vooroorlogse Grondwet, omdat die ten dele achterhaald zou zijn. In die lijn betoogde bijvoorbeeld Veraart in 1947 dat de Grondwet onvoldoende recht deed aan de staatkundige werkelijkheid die vanaf het einde van de negentiende eeuw door het ontstaan van het parlementair stelsel aanmerkelijk was veranderd.¹⁵⁹ Tegen die achtergrond constateerde hij dat de Grondwet 'met haar onvolledige, overtollige, innerlijk tegenstrijdige, onware, gestorven en hulpbehoevende bepalingen' ten aanzien van 'het essentiële deel van ons staatsrecht' in zeer sterke mate aan belang had ingeboet. Volgens Veraart ging dat zelfs zo ver dat het ongeschreven staatsrecht op dit terrein qua belang 'geheel' de plaats van de Grondwet had ingenomen.

Ondanks deze kritiek op de handhaving van het grondwettelijk bestel, zouden constitutionele hervormingen ook op de langere termijn slechts moeizaam van de grond komen. De aanleiding voor de eerste naoorlogse grondwetsherziening, die in 1948 werd gerealiseerd,¹⁶⁰ lag vooral in de ver-

157 Vgl. daarbij ook het pleidooi dat Kranenburg als Eerste Kamerlid (PvdA) in 1946 hield voor aanpassing van de grondwetsherzieningsprocedure in *Handelingen I 1945/46*, p. 69 (14 mei 1946). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 43.

158 Kranenburg 1947, p. 529 = Kranenburg 1958, p. 554.

159 Veraart 1947, p. 6, ook voor de overige citaten in deze alinea (waarbij cursiveringen zijn verwijderd, GJAG). Vgl. in dit kader ook Van Leeuwen 2013, p. 45 met verwijzing naar Veraart 1945, p. 22.

160 Tevens slaagde in 1946 een beperkte herziening van de grondwetsbepalingen over de dienstplicht. Zie over de herzieningen van 1946 en 1948 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 90-91, met verdere verwijzingen.

klaring van de onafhankelijkheid van het gebiedsdeel Nederlands-Indië in 1945.¹⁶¹ Hoewel tijdens de debatten over die herziening ook andere onderwerpen, zoals de wenselijkheid van de wijziging van de herzieningsprocedure, aan de orde kwamen, bleef de wijziging van de Grondwet in de kern¹⁶² beperkt tot de vastlegging van de nieuwe verhoudingen tussen Nederland en de overzeese gebiedsdelen.

Op dat moment zou dat echter nog niet het definitieve einde betekenen van het debat over de inrichting van de herzieningsprocedure. Al twee jaar na de voltooiing van de meest recente herziening vond de installatie plaats van de staatscommissie voor algehele grondwetsherziening onder voorzitterschap van viceminister-president Van Schaik (KVP). Bij de samenstelling van deze staatscommissie was de partijpolitieke achtergrond van de leden een belangrijk aandachtspunt, zelfs zodanig dat ook bij de selectie van de leden van het secretariaat de partijkleur van de betreffende kandidaten een belangrijke rol speelde. Volgens Van Leeuwen bleek daaruit dat de bevolking bij de voorbereiding van de grondwetsherziening 'een indirecte doch prominente rol speelde'.¹⁶³

Het vergroten van de betrokkenheid van de bevolking bij de Grondwet was ook inhoudelijk gezien een belangrijke prioriteit voor de staatscommissie. Zij deed een voorstel tot differentiatie van de grondwetsherzieningsprocedure. In de eerste plaats zou herziening van de Grondwet volgens het voorstel mogelijk moeten kunnen worden na één lezing met een tweederdemeerderheid, dus zonder tweede lezing. Als wel een gewone, maar niet een gekwalificeerde meerderheid van de Kamers voor een herzieningsvoorstel stemde, zou volgens het voorstel een tweede lezing moeten plaatsvinden in een speciaal daartoe, rechtstreeks door de bevolking gekozen grondwetskamer, die het voorstel met een tweederdemeerderheid alsnog kon aannemen.¹⁶⁴ De regering nam dit voorstel ongewijzigd over en diende het in 1951 als wetsvoorstel bij de Tweede Kamer in.¹⁶⁵

Opvallend was dat het nieuwe voorstel weliswaar op papier de betrokkenheid van het volk bij de Grondwet leek te vergroten, maar juist weer niet aan de rigiditeit van de Grondwet een einde maakte. In dat licht bestonden er twijfels over de wenselijkheid van de invoering van deze nieuwe procedure. Volgens s' Jacob zou de nieuwe procedure de twijfel over het represen-

161 Van Leeuwen 2013, p. 52-53.

162 Afgezien van nog een ander onderwerp dat de Grondwet van 1948 haalde, namelijk het nieuwe ambt de staatssecretaris. Zie over de achtergronden van die wijziging par. IV.3.4.1.

163 Van Leeuwen 2013, p. 47. Zij is bovendien illustratief voor het op dat moment nog bloeiende tijdperk van de pacificatiepolitiek. Zie par. III.2.7.

164 Al in 1946 had de commissie-Beel een soortgelijk voorstel toen gedaan, zij het met het vereiste dat de grondwetskamer in tweede lezing een voorstel toen met een drievijfdemeerderheid kon aannemen. Het kabinet nam dit advies echter niet over en stelde de tweede lezing met een tweederdemeerderheid in beide Kamers verplicht voor alle herzieningsvoorstellen. Zie Van Leeuwen 2013, p. 52, 55.

165 *Kamerstukken II 1951/52, 2341, nr. 28.*

tatieve karakter van de zittende Tweede Kamer vergroten; als een stemming in de grondwetskamer wel tot de aanneming van een herzieningsvoorstel leidt dat eerder in de Kamer sneuvelde, dan is immers niet zeker of de Kamer in het vervolg op andere terreinen nog recht kan doen aan de wensen van de bevolking.¹⁶⁶ Weliswaar was het in zijn ogen mogelijk aan dat bezwaar tegemoet te komen door de verkiezing voor de grondwetskamer te laten samenvallen met de periodieke Tweede Kamerverkiezingen, maar dan zou de vraag rijzen of de nieuwe procedure überhaupt wel toegevoegde waarde heeft: 'In een kiesstelsel als het onze, waar alleen massa's de doorslag geven', zo betoogde s' Jacob, 'is een dergelijke dubbele stemming (...) onpractisch en overbodig'. Niettemin leek het behoud van een herzieningsprocedure met het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid in tweede lezing hem wel wenselijk. Volgens s' Jacob functioneerde de Grondwet dankzij deze procedure als 'een soort brandkast' waarin politieke afspraken worden opgeborgen 'om te voorkomen, dat daaraan telkens kan worden getornd'.¹⁶⁷ 'Wil zo'n brandkast aan haar doel beantwoorden', zo vervolgde hij, 'dan moet de deur niet gemakkelijk open kunnen worden gemaakt'.

In deze beschouwing ligt de kern besloten van de moeilijkheid van het vergroten van de rol van de bevolking bij de Grondwet in combinatie met het behoud van het karakter van de Grondwet als 'rustpunt en 'symbool'. Enerzijds vormt de inrichting van de grondwetsherzieningsprocedure een belemmering voor het bij de tijd houden van de Grondwet, anderzijds zou de versoepeling van de eisen voor haar herziening potentieel het juist voor politieke minderheden zo belangrijke karakter van de Grondwet als beschermend rustpunt in gevaar kunnen brengen. Toen de grondwetgever zich voor dat dilemma gesteld zag, gaf hij er de voorkeur aan de herzieningsprocedure in de oorspronkelijke vorm te behouden.¹⁶⁸ De grondwetsherzieningsprocedure is daarna in de kern¹⁶⁹ bij latere herzieningsprocedures, overigens zonder al te veel discussie, ongewijzigd gebleven. Aldus behield de Grondwet haar karakter als 'brandkast'.

Op een andere manier bood de grondwetgever echter wel ruimte voor constitutionele vernieuwingen, namelijk door in 1953 de rechtstreekse door-

166 s' Jacob 1951a, p. 717-718, ook voor het volgende citaat.

167 s' Jacob 1951a, p. 714-715, ook voor het volgende citaat. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 57. Het beeld van de Grondwet als 'brandkast' of 'kluis' duikt ook in latere literatuur nog geregeld op. Zie o.a. Akkermans 1985, p. 17; Dölle 1988, p. 231; Van der Woude 2015, p. 81. Vgl. eerder in die zin het eerder in deze subsubparagraaf aangehaalde citaat van Struycken.

168 De verantwoordelijke minister Beel (KVP) besloot vlak voor de eindstemming in eerste lezing in de Tweede Kamer het voorstel in te trekken. Zie *Handelingen II* 1951/52, p. 1660 (20 februari 1952). Zie nader Van Leeuwen 2013, p. 55-56.

169 In 1983 verklaarde de grondwetgever uitdrukkelijk aan de procedure van 1848 te willen vasthouden. Zie *Kamerstukken II* 1976/77, 14213, nr. 3, p. 5-6; Wet van 1 februari 1983, *Stb.* 1983, 68 (art. 137, respectievelijk tweede en vijfde lid Grondwet). Wel heeft hij in 1995 de ontbinding van de Eerste Kamer uit de Grondwet geschrapt. Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23575, nr. 2-3, p. 1; Wet van 10 juli 1995, *Stb.* 1995, 403.

werking van internationaal recht in de nationale rechtsorde gedeeltelijk mogelijk te maken. Hoewel de grondwetgever destijds van mening was dat de nieuwe bepalingen over de verhouding tussen nationaal en internationaal recht slechts bevestigden wat al lange tijd *usance* was,¹⁷⁰ zou deze wijziging achteraf bezien van grote invloed zijn op de constitutie; dankzij deze wijziging heeft de rechter de bevoegdheid wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten die in strijd zijn met – kort gezegd – een ieder verbindende verdragsbepalingen. Als gevolg daarvan zouden een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen zoals het EVRM een minstens zo belangrijke rol voor de mensenrechtenbescherming in Nederland gaan vervullen als de grondrechten uit de Grondwet. Mede daardoor zou de belangstelling voor de Grondwet in latere tijden verder verslappen.

De publicatie van het eindrapport van de staatscommissie-Van Schaik in 1954 vormde voor de grondwetgever aanleiding een aantal nieuwe voorstellen te doen voor wijziging van de Grondwet, die volgens de regering ‘door de omstandigheden’ noodzakelijk waren geworden.¹⁷¹ Deze voorstellen beperkten zich echter tot betrekkelijk technische kwesties, zoals de uitbreiding van het aantal leden van beide Kamers, de wijziging van de regeling voor de bezoldiging van Kamerleden en terminologische aanpassingen in de nieuwe bepalingen over buitenlandse betrekkingen en defensie.

In het debat over de wijzigingen in deze kwesties, die in 1956 zouden worden gerealiseerd, zag de voorzitter van de VVD-fractie in de Tweede Kamer Oud ook aanleiding meer principieel uit te weiden over het karakter van dit debat over algehele grondwetsherziening. Hij constateerde:

[E]en vergevorderd uur in een middagvergadering, waarin eerst allerlei andere zaken zijn behandeld, een uitermate slecht bezette Kamer, nagenoeg lege tribunes, dat zijn de omstandigheden, waarin het Nederlandse Parlement begint aan een Grondwetsherziening.¹⁷²

Volgens hem illustreerden die omstandigheden dat de politieke urgentie voor een algehele herziening van de Grondwet op dat moment ontbrak. Hoewel hij van collega-Kamerleden veel kritiek kreeg op deze stellingname, heeft Oud het achteraf gezien bij het juiste eind gehad.¹⁷³ In het licht van zowel het gebrek aan belangstelling voor de grondwetsherziening bij het publiek als de aandacht die urgente kwesties, zoals de woningnood, vroegen van regering en parlement, verdween het voornemen tot het realiseren van een algehele grondwetsherziening van de politieke agenda bij de formatie in 1956.

170 Zie de beschrijving van de totstandkoming van deze bepalingen in Van Leeuwen 2013, p. 56-61; Uzman 2013, p. 137-140; Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 91-92.

171 *Handelingen II* 1954/55, p. 86, 120 (respectievelijk 7 en 8 oktober 1954). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 71.

172 *Handelingen II* 1955/56, p. 394 (29 november 1955).

173 In die zin ook Van Leeuwen 2013, p. 72.

Hoewel zich in de jaren daarna nog wel degelijk ontwikkelingen voordeden die voor de Nederlandse constitutie van groot belang waren, zoals de toetreding van Nederland in 1957 tot de EGKS (een voorloper van de EU), ontbrak de politieke urgentie om die in de Grondwet te verdisconteren. Niettemin bleef de politieke wens om de bevolking bij de Grondwet te betrekken ook in de decennia erna bestaan. Die wens vormde een belangrijke oorzaak van het ontstaan van een nieuwe grondwetsbenadering waarin duidelijkheid en beweeglijkheid belangrijke aandachtspunten waren.

III.3.3.1.3 *De Grondwet als verzameling hoofdregels met een grotere mate van flexibiliteit*

Aan het einde van de jaren vijftig en aan het begin van de jaren zestig bestond er vanuit politieke hoek weinig belangstelling voor de Grondwet. Daarom zou het perspectief van de staatsrechtswetenschap zich in die periode gaan verbreden; de aandacht van die wetenschap zou zich niet meer alleen beperken tot de bestudering van het positieve staatsrecht, maar zich ook richten op de plaats die dat deel van het recht in het gehele politieke leven inneemt. Een duidelijke exponent van dat verbrede perspectief was het in 1958 verschenen proefschrift *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht* van Van der Hoeven waarin de auteur betoogde dat de functie van de Grondwet in het staatsleven zich in de praktijk beperkte tot 'het formuleren van een uitgangspunt, van een beginsituatie' in plaats van het geven van sturing aan de politieke werkelijkheid.¹⁷⁴

De herziening van de Grondwet die vijf jaar later plaatsvond, had in lijn met het betoog van Van der Hoeven niet tot doel concrete veranderingen in het politieke leven aan te brengen. De vier wijzigingen uit 1963 omvatten het schrappen van de bepalingen over Nederlands-Nieuw-Guinea waarover Nederland de soevereiniteit had overgedragen aan Indonesië, een wijziging en vereenvoudiging van de regeling rondom de troonopvolging, een verlaging van het leeftijdsvereiste voor het actief kiesrecht van 23 naar 21 jaar en een verlaging van het leeftijdsvereiste voor het passief kiesrecht van 30 naar 25 jaar.¹⁷⁵ Na de afronding van de eerste lezing van deze herziening constateerde Van Maarseveen:

'De haalbaarheid der voorstellen heeft, zoals uit de behandelingen in de Staten-Generaal is gebleken, voor de regering zeer zwaar geteld bij de overweging van de vraag, welke voorstellen zouden moeten worden gedaan. Een dergelijke overweging heeft [haar] gevolgen. Men zal bereid zijn voorstellen te doen, die een aanpassing beogen van de grondwet aan een ontwikkeling van feiten en denkbeelden, voorzover die ontwikkeling niet te weerspreken is of algemeen

174 Van der Hoeven 1958, p. 104. Zie nader par. III.4.2.

175 Van Leeuwen 2013, p. 76-77; Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 92, met verdere verwijzingen naar de relevante primaire bronnen.

aanvaard wordt. Men zal echter niet gauw geneigd zijn tot het indienen van voorstellen, die een ontwikkeling zouden moeten stimuleren of uitlokken.¹⁷⁶

Volgens hem illustreerde het belang dat de regering, net als bij de herzieningen van 1953 en 1956, hechtte aan de haalbaarheid van de gedane voorstellen dat er 'nauwelijks wensen' bestonden 'omtrent een toekomstige ontwikkeling in verband met de grondwet'.¹⁷⁷ In de ogen van Van Maarseveen bracht de inhoud van de gedane voorstellen voor deze herziening aan het licht dat 'wij hier te lande eigenlijk ternauwernood nog weten wat met het grondwetsfenomeen aan te vangen'. De oorzaak die daaraan volgens hem ten grondslag lag, was dat in Nederland 'geen algemene, heersende grondwetsfilosofie meer kan worden aangewezen, zodat een grondwetsidee alleen nog maar te ontwerpen is aan de hand van de concrete juridische omstandigheden van een land'.

Vele Tweede en Eerste Kamerleden deelden dit sentiment. In het eerste lezingsdebat in de Tweede Kamer oordeelde CHU-Kamerlid Beernink dat de Grondwet door de vele daarin aangebrachte wijzigingen 'een lappendeken' was geworden 'die niet uitblinkt door overzichtelijkheid en duidelijkheid'.¹⁷⁸ Volgens hem was het wenselijk de Grondwet drastisch in te korten met het oog op de verkleining van de noodzaak tot het regelmatig doorvoeren van relatief onbelangrijke wijzigingen die in de tien jaar ervoor noodzakelijk waren geweest; een flinke inkorting van de Grondwet zou ertoe kunnen leiden dat de Grondwet minder snel een belemmering vormt voor de realisering van gewenste constitutionele hervormingen. In deze benadering is een verschuiving van het perspectief op de Grondwet zichtbaar: niet langer waren de pijlen gericht op de inrichting van de herzieningsprocedure, maar vooral op de hoeveelheid bepalingen waarvan verschillende niet per se hun plaats in de Grondwet hoefden te behouden.

Hoewel de verantwoordelijke minister van Binnenlandse Zaken Toxopeus (VVD) tijdens het eerste lezingsdebat in 1963 onwillig stond tegenover de ontplooiing van nieuwe initiatieven ten aanzien van de Grondwet, zou hij na zijn terugkeer als minister na de kabinetsformatie van hetzelfde jaar de ambtelijke Afdeling Grondwetszaken oprichten.¹⁷⁹ Deze Afdeling, die zou worden bijgestaan door de vijf (oud-)staatsrechtsoogleraren Donner, Van der Hoeven, Jeukens, Oud en Rijpperda Wierdsma, had tot doel om de

176 Van Maarseveen 1963, p. 357.

177 Van Maarseveen 1963, p. 366, ook voor de volgende twee citaten. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 77.

178 *Handelingen II* 1962/63, p. 523 (23 januari 1963).

179 Van Leeuwen 2013, p. 80-81.

impasse over het te voeren beleid ten aanzien van de Grondwet buiten de politiek om¹⁸⁰ te doorbreken.

De werkzaamheden van de Afdeling richtten zich vooral op het wegnemen van twee obstakels die aan een soepele omgang van de politiek met de Grondwet in de weg stonden: het ontbreken van een grondwetsfilosofie en de volgens Toxopeus geringe belangstelling van de bevolking voor de Grondwet.

Op het eerste punt wist de Afdeling haar taak te volbrengen door een grondwetsfilosofie te formuleren die nauw aansloot bij de brede politieke wens tot inkorting van de Grondwet. In navolging van K.C. Wheare stelde zij dat de Grondwet idealiter zou bestaan uit '[t]he very minimum, and that minimum to be rules of law'.¹⁸¹ In het voorjaar van 1964 gaf Toxopeus de Afdeling de taak om een ontwerp voor een nieuwe Grondwet voor te bereiden volgens deze nieuwe filosofie.

Op het tweede terrein ontplooidde de commissie verschillende initiatieven die tot doel hadden de betrokkenheid van de bevolking bij de Grondwet te vergroten, bijvoorbeeld door het door de Afdeling voorbereide ontwerp voor een nieuwe Grondwet in het publieke debat onder de aandacht te brengen. De regering kondigde in de troonrede van 1964 het door de Afdeling voor te bereiden ontwerp aan onder de benaming *Proeve van een nieuwe Grondwet* die een aanzet moest vormen tot 'de gedachtenwisseling in brede kring over de herziening van de Grondwet'.¹⁸²

Het was echter niet de bedoeling van de Afdeling om met het voor te bereiden ontwerp een maatschappijbrede discussie over de Grondwet te ontketen. Zij beschouwde de voorbereiding van het ontwerp voornamelijk als een technisch-juridische kwestie, waarbij de consultatie van een beperkt aantal vertegenwoordigers van het 'georganiseerd maatschappelijk leven' voldoende zou zijn.¹⁸³ In de Tweede Kamer kon deze benadering op de te voeren grondwetspolitiek op kritiek rekenen, omdat zij onvoldoende

180 De depolitisering van de voorbereiding van de grondwetsherziening is een mooie illustratie van het tijdperk van de pacificatiepolitiek dat op dat moment nog gaande was. Vgl. in dit kader par. III.2.7. De commissie bestond bovendien uit vertegenwoordigers van de vier dominante politieke stromingen van dat moment: Donner was antirevolutionair, Jeukens katholiek, Van der Hoeven sociaal-democraat, Rijpperda Wierdsma (partijloos) liberaal en de liberaal Oud trad op als de 'primus inter pares'. Zie Van Leeuwen 2013, p. 83 respectievelijk p. 43.

181 Wheare 1966, p. 34. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 81.

182 *Handelingen Verenigde Vergadering 1964/65*, p. 2 (15 september 1964). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 82.

183 Van Leeuwen 2013, p. 82-83.

democratisch zou zijn.¹⁸⁴ Toxopeus probeerde deze zorgen weg te nemen door erop te wijzen dat de *Proeve* vooral zou moeten dienen als ‘discussiestuk voor degenen, die zich in Nederland hiermede willen bezighouden, juist om te animeren, dat men gaat discussiëren’.¹⁸⁵ Van een poging om de bevolking in het algemeen en de Kamer in het bijzonder buiten het verloop van de procedure te houden was volgens hem dan ook geen sprake. In die lijn paste ook de ambitie van de bij de *Proeve* betrokken ambtenaren en hoogleraren om politiek netelige kwesties, zoals de eerder door de commissie Van Schaik opgeworpen vraag of de Grondwet een preambule zou moeten bevatten, zoveel mogelijk uit de weg te gaan.

In 1966 werd de *Proeve* gepubliceerd als ambtelijk werkstuk; Toxopeus, die het voorwoord schreef, stelde dat de regering zich van commentaar op de inhoud ervan onthield.¹⁸⁶ Wel hoopte de regering dat met de publicatie van dit ontwerp ‘het Nederlandse volk in zijn vele geleidingen, alsook de individuele Nederlanders, zouden worden opgewekt meningen naar voren te brengen ter zake van de grondslagen van ons staatsbestel, die in de grondwet zijn neergelegd, voordat door regering en staten-generaal een beslissing wordt genomen over een grondwetsvernieuwing’.¹⁸⁷

Deze opzet verhinderde echter niet dat er flinke kritiek klonk op het ontwerp, zowel vanuit de staatsrechtswetenschap als vanuit politieke hoek. Vooral de voorgestelde inkorting van de Grondwet, die volgens de opstellers de ‘meest verstrekkende vernieuwing’ van de *Proeve* vormde, moest het daarbij ontgelden; daarnaast klonk ook de meer specifieke kritiek dat bepaalde onderwerpen ten onrechte geen plaats in het ontwerp hadden gekregen.¹⁸⁸ De kritiek op de algemene doelstelling van de *Proeve* was tweeledig.¹⁸⁹ In de eerste plaats bestond de vrees dat de Grondwet in de nieuwe benadering haar symbolische waarde zou verliezen als oude formuleringen, met name ten aanzien van de bevoegdheden van de koning, uit de Grondwet zouden verdwijnen. In de tweede plaats klonk de meer inhoudelijke kritiek die erop neerkwam dat de herformulering van bepaalde grondwetsbepalingen, anders dan de opstellers in de *Proeve* hadden gesuggereerd, niet altijd een goede weergave vormde van de feitelijke werkelijkheid.

184 Vgl. o.a. CPN-Kamerlid Bakker in *Handelingen II 1964/65*, p. 442 (17 november 1964): ‘Wij zien in deze gang van zaken en in de manier, waarop het wordt gebracht, een bijzonder groot gevaar, want wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken, dat andermaal een beroep wordt gedaan op die fameuze “volkswil”, waarmee wij de laatste maanden herhaaldelijk te maken hebben gehad. Immers, het effect zal zijn een bepaalde beïnvloeding van het Nederlandse volk in een bepaalde geest; misschien zelfs het kweken van een bepaalde stemming, zonder dat iemand er direct voor verantwoordelijk kan worden gesteld en zonder dat het onderwerp in de Kamer afgerond en duidelijk ter sprake zal komen.’ Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 83.

185 *Handelingen II 1964/65*, p. 450 (17 november 1964).

186 *Proeve* 1966, p. vi.

187 *Proeve* 1966, p. v. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 84.

188 *Proeve* 1966, p. 35. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 85.

189 Zie nader Van Leeuwen 2013, p. 87-89 met verdere verwijzingen.

De publicatie van de *Proeve* en de aansluitende discussie daarover vonden plaats in een tijdperk waarin met name de progressieve partijen, waaronder het in 1966 opgerichte D'66, regelmatig pleidooien hielden voor staatkundige vernieuwing. In die pleidooien was een belangrijke rol weggelegd voor de Grondwet waarin een nieuwe, alomvattende staatsvisie zou moeten worden uitgewerkt.¹⁹⁰ Bij het centrumrechtse kabinet-De Jong dat na de kabinetsformatie van 1967 aantrad, was weinig enthousiasme te bespeuren om aan de wens van D'66 en andere progressieve partijen gehoor te geven. Toch voelde het kabinet zich geroepen de inrichting van het staatsbestel op de politieke agenda te zetten, omdat het op dit terrein ook onder de bevolking 'een verlangen naar vernieuwing' bespeurde.¹⁹¹ Het kabinet besloot nog in 1967 over te gaan tot de instelling van een staatscommissie onder leiding van oud-premier Cals en (de op dat moment) oud-hoogleraar staatsrecht Donner. De taak van deze staatscommissie strekte zich uit tot een onderzoek naar de 'omvang en aard van een eventuele grondwetsherziening', 'de verhouding tussen kiezer en gekozene', 'het kiesstelsel' en 'de verhouding tussen regering en parlement'.

De keuze voor de instelling van een traditionele staatscommissie kon op kritiek van de PvdA en D'66 rekenen, vooral omdat de regering daarbij geen duidelijke visie naar voren bracht over de richting die het onderzoek naar eventuele staatkundige vernieuwing op zou moeten gaan. Volgens de fractievoorzitter van D'66 in de Tweede Kamer Van Mierlo in het debat over de regeringsverklaring was het daarom 'moeilijk aan te nemen, dat het deze Regering werkelijk ernst is zo spoedig mogelijk te komen tot een ingrijpende wijziging van de staatsrechtelijke structuur', die hij vooral ten aanzien van het kiesstelsel en de wijze van regeringsvorming noodzakelijk achtte.¹⁹²

Bij de vormgeving van deze commissie had De Jong echter al enigszins op deze kritiek geanticipeerd door de staatscommissie-Cals/Donner als een 'staatscommissie nieuwe stijl' te presenteren. Kenmerkend voor die nieuwe stijl was dat de Kamer op verzoek van het kabinet een aparte Kamercommissie instelde die, zonder betrokkenheid bij de opstelling van het rapport van de staatscommissie, de politieke afwegingen over de voorstellen van de staatscommissie voor haar rekening zou nemen.¹⁹³ Volgens De Jong zou de staatscommissie de gelegenheid krijgen voorstellen te doen voor vernieuwing van de Kieswet en de Grondwet. Hij suggereerde zo dat de werkzaamheden van de staatscommissie tevens aansloten bij de in progressieve kringen levende wens een onderzoek te doen naar de mogelijkheden voor de realisering van staatkundige vernieuwing in Nederland. Cals betoogde

190 Zie nader Van Leeuwen 2013, p. 105-110.

191 Van Leeuwen 2013, p. 110-111 met verwijzing naar de regeringsverklaring van 18 april 1967, ook voor de volgende citaten.

192 *Handelingen II* 1967, p. 51 (19 april 1967).

193 Voluit heette deze Kamercommissie 'de Bijzondere commissie voor de nota betreffende het beleid inzake Grondwet en Kieswet'. Zie *Kamerstukken II* 1967/68, 9181, nr. 2, p. 1. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 112.

daarentegen dat de werkzaamheden vooral zouden voortbouwen op de door de opstellers van de *Proeve* geformuleerde gedachte om de betrokkenheid van de bevolking bij de Grondwet te vergroten. Volgens De Jong lag de taak van de commissie vooral in het wegnemen van obstakels en het uitbannen van perfectionisme, niet in het doen van vergaande voorstellen voor staatkundige vernieuwingen zoals voorgestaan door D'66 en andere progressieve partijen. Hij probeerde op die manier de verwachtingen te temperen van diegenen die hoopten dat de staatscommissie vergaande voorstellen voor staatkundige vernieuwing zouden doen.

Bij de voorbereiding van haar voorstellen voor een nieuwe Grondwet en Kieswet zou de staatscommissie in lijn met de voorspelling van Cals inderdaad geen concrete voorstellen voor staatkundige vernieuwing doen. Medevoorzitter Donner verdedigde deze benadering als volgt:

'De opvatting, dat in de Grondwet de fundamenteën van de staat zouden kunnen worden vastgelegd, is een opvatting uit een reeds ver achter ons liggend verleden. De sociologie en de politicologie hebben ons geleerd, dat ten aanzien van de staatsstructuur er veel meer te koop is dan alleen de Grondwet. Daarom moet bij het overwegen van voorstellen tot herziening van de Grondwet niet getracht worden een onderzoek in te stellen naar de fundamenteën van de staatsstructuur.¹⁹⁴

In lijn met deze benadering zou de staatscommissie ook in haar eindrapport uit 1971 geen gehoor geven aan de bij de progressieven levende wens om ingrijpende constitutionele vernieuwingen voor te stellen. In plaats daarvan deed de staatscommissie verschillende voorstellen, geheel in overeenstemming met de benadering van de *Proeve*, voor het verwijderen van bepalingen uit de Grondwet met het oog op het scheppen van ruimte voor democratische besluitvorming. Dankzij deze benadering zou de noodzaak tot het regelmatig doorvoeren van relatief beperkte herzieningen van de Grondwet, zoals die van 1953, 1956, 1963 en (hierna nog te bespreken) 1972, afnemen. Zij liet daarmee expliciet ruimte voor de ontwikkeling van de constitutie buiten de Grondwet om. In deze situatie is de Grondwet primair een verzameling hoofdregels die voldoende ruimte laten voor de ontwikkeling van het politieke leven.

Over deze benadering op de Grondwet vond aan het begin van de jaren zeventig een interessante discussie plaats tussen Van Maarseveen en Burkens, die beiden werkzaam waren geweest bij de Afdeling Grondwetszaken. Volgens Van Maarseveen 'versluisde' de instelling en de manier van werken van de staatscommissie-Cals/Donner slechts 'het werkelijke verlangen van de opvolgende kabinetten om niet aan een grondwetsvernieuwing toe te hoeven komen'.¹⁹⁵ In zijn artikel betoogde hij dat een grondwet er als 'inno-

194 Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 125.

195 Van Maarseveen 1973a, p. 47, ook voor het volgende citaat. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 133.

vatie-instrument' heel wel toe in staat is 'veranderingen en vernieuwingen in de politiek te bewerkstelligen'. Volgens hem vormde daarbij met name de inrichting van de grondwetsherzieningsprocedure een obstakel:

'Een minderheid van een derde kan alle wijziging tegenhouden. Wat de voorouders maakten, blijft gelden totdat zelfs de meest behoudenden bekeerd zijn. Door deze techniek van grondwetswijziging is het verleden normatief gemaakt voor het heden. Men heeft het wel eens uitgedrukt met de woorden: de grondwet verleent de doden stemrecht. Het betekent voor de politieke strijd, dat men slechts een minderheid behoeft te mobiliseren als men vernieuwing wil tegenhouden.'¹⁹⁶

Burkens stelde in een reactie dat Van Maarseveen met deze benadering uitging van 'goedgelovigheid omtrent de betekenis van de Grondwet als innovatie-instrument', omdat de 'constitutionele situatie weinig mogelijkheden biedt tot realisering van politieke vernieuwingen via grondwettelijk recht'.¹⁹⁷ Hij lichtte die stelling toe aan de hand van het verloop van de constitutionele geschiedenis vanaf 1848:

'Men kan bezwaarlijk onze grondwetshistorie sinds 1848 interpreteren als opeenvolging van bedriegerijen en versluierungen (...). Veeleer zou men kunnen stellen, dat de Grondwet van 1848 in aanzet de eigen mogelijkheden uitputte. Ongetwijfeld waren op tal van punten bijstellingen mogelijk; deze werden dan ook ruimschoots gerealiseerd. Daartoe behoorden ook aangelegenheden van fundamentele betekenis, zoals de toekenning van algemeen kiesrecht. Toch begrensde het grondwetsmodel van 1848 de mogelijkheden tot aanpassing aan zich wijzigende omstandigheden op vrij stringente wijze. Geheel nieuwe concepties van de functie van de overheid in de samenleving waren niet in het model inpasbaar. Niettemin zetten deze concepties zich daadwerkelijk door. Het resultaat was wat met Spengler [een Duitse geschiedfilosoof en cultuurhistoricus, GJAG] een "pseudomorphose" zou kunnen heten: de ingroei van een nieuw staatsbestel in een oud omhulsel. Dat kon alleen plaatshebben onder afname van het normatief gehalte van de Grondwet. Als document, waarin de grondslagen van het staatsbestel zijn vastgelegd, verloor de Grondwet in toenemende mate aan betekenis. Constitutioneel recht en grondwettelijk recht gingen zich steeds verder van elkaar verwijderen. De behoefte om grondwettelijk recht nog au serieux te nemen deed zich met name dan gevoelen, indien de letter van de grondwettetekst daartoe dwong. Was dat het geval, dan bleek de Grondwet veelal een belemmering te zijn van verdere ontwikkeling van het constitutioneel recht en moest zij derhalve keer op keer partieel worden herzien.'

Hoewel Burkens' beschrijving van de constitutionele situatie in Nederland zonder meer adequaat is, heeft ook Van Maarseveen een punt. De Nederlandse constitutie biedt immers in theorie wel degelijk de ruimte voor het

196 Van Maarseveen 1973a, p. 48.

197 Burkens 1976, p. 320, ook voor het volgende citaat (op p. 322).

realiseren van innovatie via de Grondwet, namelijk door de grondwetsherzieningsprocedure te doorlopen. Het probleem is vooral dat het juist door de, overigens welbewust in stand gelaten,¹⁹⁸ hoge drempels van de herzieningsprocedure niet of nauwelijks mogelijk is via die weg ingrijpende constitutionele vernieuwingen te realiseren; een relatief kleine minderheid van een derde van de leden van een van beide Kamers kan een dergelijke vernieuwing al tegenhouden. Niet alleen de constitutionele situatie, ook de beperkte politieke haalbaarheid van ingrijpende vernieuwingen, staat aan de realisatie van vernieuwingen via de Grondwet in de weg. Tezamen bevatten de betogen van Van Maarseveen en Burkens de belangrijkste verklaringen voor de omgang in de Nederlandse politiek met de Grondwet vanaf de jaren zestig: bij afwezigheid van de politieke behoefte aan het ontwerpen van een geheel nieuw staatsbestel, zijn voorstellen voor algehele herziening van de Grondwet op dit punt meestal slechts realistisch voor zover zij niet te veel afwijken van wat reeds in de Grondwet staat.

Na de presentatie van het eindrapport van de staatscommissie-Cals/Donner in 1971 verklaarde minister van Binnenlandse Zaken Beernink (CHU) dat het kabinet geen standpunt meer zou innemen over het rapport van de staatscommissie-Cals/Donner.¹⁹⁹ Een jaar later zou de grondwetgever in navolging van de bevindingen van de staatscommissie nog een viertal bescheiden aanpassingen in de Grondwet doorvoeren: de introductie van een nieuwe regeling voor het Koninklijk Huis, de verlaging van de kiesgerechtigde leeftijd van 21 naar 18 jaar, de aanpassing van de bezoldiging voor de leden van de Staten-Generaal en de financiële verhouding tussen het Rijk en de kerkgenootschappen.²⁰⁰

Na het aantreden van het (eerste) kabinet-Biesheuvel volgde de benoeming van de Rotterdamse hoogleraar staatsrecht Simons tot de voor de leiding van de grondwetsherziening verantwoordelijke regeringscommissaris. Volgens de nieuwe minister van Binnenlandse Zaken Geertsema (VVD) hoefde hij zich dankzij de benoeming van Simons 'bij de voorbereiding van de grondwetsherziening minder in technische details te verdiepen' en zou Simons ook zelf de parlementaire verdediging van die details voor zijn rekening kunnen nemen.²⁰¹ Volgens de visie van Simons zou de herziening van de Grondwet zich überhaupt tot een hoofdzakelijk technische exercitie moeten beperken. In zijn afscheidsrede als hoogleraar in Rotterdam uit 1972 betoogde hij dat de Grondwet voor wat betreft de verhouding tussen regering en parlement

198 Zie par. III.3.3.1.2.

199 Van Leeuwen 2013, p. 139 met verwijzing naar het relevante persbericht van het ministerie van Binnenlandse Zaken.

200 Van Leeuwen 2013, p. 132-133; Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 92 met verdere verwijzingen naar de relevante primaire bronnen.

201 *Handelingen II 1970/71*, p. 492 (20 oktober 1971).

‘slechts het kader [kon] scheppen, waarbinnen de hoogste staatsorganen elkaar ontmoeten. Daarbinnen zullen zij het spel van de parlementaire democratie met elkaar moeten spelen’.²⁰²

Met dat kader leek wat Simons betreft weinig mis te zijn in het licht van zijn eerder aangehaalde opvatting dat de herziening een kwestie van ‘dokteren aan betrekkelijke kleinigheden’ zou zijn. Na de val van het kabinet-Biesheuvel, kon Simons zijn werkzaamheden onder het in 1973 aangetreden kabinet-Den Uyl voortzetten.²⁰³ In juni 1974 presenteerde minister van Binnenlandse Zaken W.F. de Gaay Fortman (ARP) de Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid waarin de wens tot staatkundige vernieuwing van de drie in het kabinet vertegenwoordigde progressieve partijen (PvdA, PPR en D’66) een prominente plaats kreeg.²⁰⁴ De Nota bevatte onder meer voorstellen voor de invoering van een gekozen kabinetsformateur, de invoering van een beperkt districtenstelsel en de rechtstreekse verkiezing van de Eerste Kamer; voor geen van deze voorstellen bestond voldoende steun van een meerderheid in de Tweede Kamer.²⁰⁵ Daardoor zou de geplande algehele herziening van de Grondwet, naar aanleiding waarvan de Nota was opgesteld, hoofdzakelijk beperkt blijven tot een technische exercitie. Op dat moment was definitief duidelijk dat de Grondwet voorlopig niet zou gaan dienen als instrument voor het bewerkstelligen van staatkundige vernieuwing.

Typerend voor het technische karakter van de operatie was de brief waarin minister-president Den Uyl (PvdA) aan de Kamer het verloop van de grondwetsherzieningsprocedure toelichtte.²⁰⁶ Volgens de premier restte op het moment van de verschijning van de brief in juni 1976 nog slechts een jaar tot de verkiezingen, waardoor het niet meer mogelijk was de eerste lezing van de procedure in haar geheel voor die tijd af te ronden. Na de langdurige kabinetsformatie van 1977 zou de behandeling van de eerstelezingsvoorstellen doorgaan onder het bewind van minister van Binnenlandse Zaken Wiegel (VVD) in het kabinet-Van Agt I, die kort voor de Tweede Kamerverkiezingen van mei 1981 haar voltooiing vond; bij de eerste lezing sneuvelde 5 van de 39 voorstellen.²⁰⁷ De tweede lezing vond vervolgens na de verkiezingen plaats; daarbij sneuvelde nog één voorstel.²⁰⁸ Vanwege de tijd die

202 Simons 1973, p. 36.

203 Van Leeuwen 2013, p. 144.

204 *Kamerstukken II 1973/74*, 12944, nr. 1.

205 Zie voor een bespreking van deze voorstellen uit de Nota en hun parlementaire behandeling Kortmann 1987a, p. 3-9.

206 *Kamerstukken II 1975/76*, 13871, nr. 1, p. 5-6. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 148. Zie uitbreider over het verloop van deze gespreide behandeling Kortmann 1987a, p. 16-24.

207 Van Leeuwen 2013, p. 148-149.

208 Het ging om het voorstel voor aanpassing van de formulering van het interpellatierrecht van art. 68 Grondwet dat de Eerste Kamer op 11 mei 1982 in tweede lezing verwierp vanwege bezwaren tegen het gelijktijdig voorgestelde minderheidsenquêterecht. In 1987 zou het voorstel voor aanpassing van art. 68 Grondwet alsnog in tweede lezing aangenomen worden. Zie par. IV.4.4.

gemoeid was met het doorlopen van de procedure voor het inpassen van de niet-gewijzigde delen van de Grondwet, zou de afkondiging van de nieuwe Grondwet plaatsvinden in februari 1983. Op dat moment was de doelstelling van het realiseren van inkorting en vergroting van de flexibiliteit van de Grondwet een feit.

Tot nog toe is van een breuk met het denken over de Grondwet uit 1983 geen sprake. Ondanks de instelling van nieuwe (staats)commissies op het gebied van staatkundige vernieuwing, zoals die onder voorzitterschap van Biesheuvel (1982-1985), Deetman (1989-1990), Thomassen (2009-2010) en Remkes (2017-2018),²⁰⁹ zijn er sinds 1983 niet of nauwelijks ingrijpende constitutionele hervormingen van de grond gekomen.²¹⁰

III.3.3.1.4 De Grondwet als 'lex imperfecta'

Bij de herziening van 1983 beoogde de grondwetgever niet alleen de tekst van de Grondwet in te korten, maar ook een uiterlijke moderniseringsoperatie door te voeren. Bij die operatie introduceerde de grondwetgever bijvoorbeeld de term 'ministerraad', verving hij het begrip 'overeenkomsten' door het meer courante 'verdragen' en schrapte hij de termen 'opperbestuur' en 'uit 's lands kas bezoldigde ambten'.²¹¹ Hij had daarbij echter uitdrukkelijk niet de bedoeling de inhoud van het geldende staatsrecht fundamenteel te wijzigen.

Illustratief voor de benadering die aan de behandeling van de voorstellen voor algehele grondwetsherziening ten grondslag lag, was de typering van het Eerste Kamerlid C.H.F. Polak (VVD) van de herziening als 'facelift van een oude dame'.²¹² Uit die typering blijkt dat achter de veranderingen in de bewoordingen van de grondwetsbepalingen in hoofdzaak dezelfde uit 1848 stammende systematiek en gedachten zouden blijven schuilgaan. Interessant is dat de grondwetgever er op bepaalde punten bewust voor heeft gekozen de Grondwet niet aan de staatkundige werkelijkheid aan te passen. Uit deze keuze komt nog eens duidelijk het karakter van de Grondwet

209 Zie over de reacties van kabinet en Kamer naar aanleiding van de bevindingen van de eerste drie commissies Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 158-159, 162-163. Voor een definitief oordeel over de impact van het eindrapport van de staatscommissie-Remkes (2018) is het nog te vroeg. Het belangrijkste voorstel van deze staatscommissie op het terrein van de verhoudingen binnen en tussen (de ambten van) regering en parlement is de terugkeer naar de verkiezingswijze van de Eerste Kamer van voor 1983. Zie 'Kabinetstandpunt over het advies van de staatscommissie parlementair stelsel', bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34430, nr. B/3.

210 Wel heeft de grondwetgever na 1987 nog een aantal relatief beperkte wijzigingen doorgevoerd in 1995, 1999, 2000, 2002, 2005, 2006, 2008, 2017 en 2018. Op het terrein van de verhoudingen binnen en tussen (de ambten van) regering en parlement hebben zij echter nauwelijks voeten in de aarde. Zie voor een overzicht met verdere vindplaatsen van de wijzigingen tot 2012 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 93-94.

211 Van Leeuwen 2013, p. 163.

212 *Handelingen I* 1974/75, p. 630 (16 april 1975). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 148.

als *'lex imperfecta'*²¹³ naar voren die ik op deze plaats bij wijze van epiloog bespreek.

De beperkte mate waarin de herziene Grondwet tot daadwerkelijke vernieuwing van het staatsrecht leidde, bleek bijvoorbeeld uit het verloop van de discussie over de grondwettelijke terminologie inzake de koning. Oorspronkelijk had een subcommissie van de staatscommissie-Cals/Donner voorgesteld om de term 'koning' zoveel mogelijk te vermijden en het begrip 'koninklijk besluit' te vervangen door 'regeringsbesluit'. Het definitieve voorstel van de staatscommissie week hier echter van af. Vermoedelijk heeft daarbij de waarschuwing van het ministerie van Algemene Zaken uit 1972 aan het adres van minister Geertsema dat 'de koningin hierin een belangrijke stem heeft' een rol gespeeld.²¹⁴ Het definitieve voorstel voor grondwetsherziening dat minister Wiegel in 1978 aan de Kamer voorlegde, dat in de kern nauwelijks afweek van het definitieve voorstel van de staatscommissie, bevatte hierover de volgende toelichting:

'In de staatscommissie is het denkbeeld opgeworpen de term «Koning» op die plaatsen, waar daarmee de centrale overheid wordt aangeduid, te vervangen door «regering» c.q. «regeringsbesluit». Slechts daar, waar de Grondwet met de Koning de persoon van de Koning aanduidt, zou dan de oude term behouden dienen te worden. Een zo ingrijpende breuk met de huidige grondwettelijke terminologie stuitte echter in de staatscommissie ook op ernstige bezwaren. Men is, zo werd gesteld, met die terminologie vertrouwd en het valt goed te verdedigen, dat, hoe ook de rolverdeling tussen Koning en ministers in de praktijk moge zijn, deze twee-eenheid rechtens wordt aangeduid door de Koning, die de continuïteit van een staatsbestel tot uitdrukking brengt. Gevreesd werd, dat een zo omvangrijke wijziging van de terminologie de indruk zou scheppen, dat de staatkundige verhoudingen ingrijpend worden veranderd. De als verheldering bedoelde wijziging zou, zo werd gesteld, wel eens verwarring kunnen stichten, zodat het belang van de verduidelijking er niet mee zou worden gediend.'²¹⁵

Aldus behielden de bepalingen over de bevoegdheden van de regering, bijvoorbeeld door de handhaving van het begrip 'koninklijk besluit', het symbolische karakter dat zij ook al voor 1983 hadden. In de Kamer klonk behalve kritiek op het gebrek aan overeenstemming van dit compromis met de staatkundige werkelijkheid ook een geluid van berusting, bijvoorbeeld van Tweede Kamerlid Kappeyne van de Coppello (VVD):

'Als men de Grondwet wil doen aansluiten op de gevormde staatsrechtelijke praktijk, zal men in de Grondwet nimmer een vlekkeloos logisch systeem kunnen construeren, omdat de staatsrechtelijke en politieke praktijk zich naar

213 De typering is ontleend aan Elzinga 2013, p. 28 = Elzinga 2020, p. 138.

214 Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 164.

215 *Kamerstukken II 1977/78*, 15047, nr. 3, p. 9. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 164-165.

subjectieve wensen en behoeften ontwikkelt en niet naar projecties van zuiver staatsrechtelijke theorieën.²¹⁶

Meer in het algemeen illustreert deze uitspraak ook dat de Grondwet zich in de praktijk alleen al om die reden zal moeten beperken tot een relatief beperkte verzameling hoofdregels, die (de ambten van) regering en parlement geen onnodige belemmeringen oplegt hun werkzaamheden uit te oefenen.

Volgens die redeneerwijze is ook te verklaren waarom de regering ervoor heeft gekozen geen voorstel bij de Kamer in te dienen voor opname van de ongeschreven vertrouwensregel in de Grondwet. Zij lichtte deze keuze als volgt toe:

‘Het lijkt ons moeilijk de verschillende wijzen, waarop de vertrouwensregel werkt, zodanig te formuleren, dat daarbij de souplesse, welke in de verhouding tussen parlement en regering nodig is, haar volle waarde behoudt. Codificatie zou met betrekking tot die verhouding verstarrend kunnen werken. Dit zou geen goede zaak zijn. Wij zijn de mening toegedaan (...) dat het voor de werking van ons parlementaire stelsel beter is, dat de vertrouwensregel niet in de Grondwet zou worden opgenomen. Deze regel is sinds meer dan een eeuw zozeer verankerd in het Nederlandse staatsrechtelijk bewustzijn, dat wij niet zien dat [hij] daaruit zal verdwijnen.’²¹⁷

Deze toelichting is opmerkelijk, omdat zij moeilijk te verenigen is met de doelstelling van de grondwetgever om een kader te bieden waarbinnen (de ambten van) regering en parlement hun taken kunnen uitoefenen.²¹⁸ Bij die taakstelling had de codificatie van de vertrouwensregel juist goed gepast, omdat die regel de verhoudingen binnen en tussen regering en parlement voor een belangrijk deel structureert. Het lag inderdaad niet op de weg van de grondwetgever om een politiek geladen begrip als ‘vertrouwen’ van een vastomlijnde definitie te voorzien, maar dat was ook niet nodig geweest. De grondwetgever had simpelweg in de Grondwet een bepaling kunnen opnemen op basis waarvan een minister(sploeg) dient op te stappen als de Kamer het vertrouwen daarin opzegt. In dat geval was de souplesse in de verhouding tussen regering en parlement behouden gebleven, in die zin dat de precieze invulling van het begrip ‘vertrouwen’ dan niet is vastgelegd.

Verder merkt de regering op dat de vertrouwensregel al ruim honderd jaar is verankerd in het staatsrechtelijk bewustzijn en daarom niet hoeft te worden gecodificeerd. Deze redenering doet wat vreemd aan. Vrijwel iedere in de praktijk nageleefde intern werkende bepaling uit de Grondwet maakt als het goed is immers deel uit van het staatsrechtelijk bewustzijn.²¹⁹ Sterker

216 *Handelingen II* 1979/80, p. 4923 (28 mei 1980). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 165.

217 *Kamerstukken II* 1980/81, 16035, nr. 11, p. 2.

218 Vgl. in die zin ook o.a. Kortmann 1987a, p. 174-175; Van der Woude 2015, p. 84.

219 Vgl. in die zin ook Elzinga 2013, p. 30 = Elzinga 2020, p. 140; Voermans 2019, p. 367-368.

nog, sinds het begin van de twintigste eeuw gaat de grondwetgever pas over tot de codificatie van een bepaalde voorziening in de Grondwet als zij deel uitmaakt van het staatsrechtelijk bewustzijn.²²⁰ Op zichzelf is de verankering van een regel in het staatsrechtelijk bewustzijn dan ook geen criterium voor de opname van een bepaling in de Grondwet.

Uit deze beide voorbeelden volgt dat de waarde van voorschriften uit de Grondwet niet alleen door feitelijke ontwikkelingen kan veranderen, maar ook dat de grondwetgever zich ervan bewust was dat imperfecties in de Grondwet niet geheel uit te bannen zijn. Bij sommige staatsrechtsgeleerden leidt dit laatste gegeven tot enige ongerustheid. In zijn oratie betoogt Peters bijvoorbeeld dat al bijna het stadium is bereikt waarin de Grondwet en de constitutionele rationaliteit zich te ver van elkaar hebben verwijderd.²²¹ Als gevolg daarvan dreigt volgens hem de betekenis van de Grondwet 'vooral een symbolische' te worden en 'het waarborgkarakter voor de burger fictie'. Peters ziet daarin een aanleiding tot zorg, omdat volgens hem 'een fictie die niet meer geaccepteerd wordt, verwordt tot illusie'. Hij pleitte tegen die achtergrond voor een sterkere normatieve rol van de Grondwet. Andere auteurs, zoals Kortmann en Sillen, zijn minder somber. Zij zijn juist van mening dat het niet per definitie een slechte zaak is als in de politieke arena weinig aandacht voor de Grondwet bestaat, omdat dat blijk zou geven van de grote mate van overeenstemming over het belang van de daarin opgenomen waarden.²²² Hoe het ook zij, het is in ieder geval van belang dat de beperkte aandacht voor de Grondwet niet doorschiet naar onverschilligheid over wat daarin is geregeld.²²³

III.3.3.1.5 *Balans*

In de geschiedenis van het Nederlandse staatsbestel is een grote mate van continuïteit te ontwaren. Nog altijd is in Nederland een versie van de in 1814/1815 vastgestelde Grondwet van kracht; zo bezien vormt de Grondwet zelf een symbool voor de continuïteit van het staatsbestel. De rol van de Grondwet in het staatsbestel is vanaf het moment dat zij van kracht werd echter wel aanmerkelijk veranderd. De dominante benadering van de Grondwet in de negentiende eeuw, toen zij nog het centrale ankerpunt voor het verloop van politieke debatten was, maakte vanaf het begin van de twintigste eeuw plaats voor perspectieven waarin de Grondwet weliswaar belangrijke centrale regels, maar niet een uitputtende behandeling van de Nederlandse staatsinrichting hoefde te bevatten. Vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw kwam daarbij bovendien de gedachte tot ontwikkeling dat de Grondwet vooral niet te veel belemmeringen moest opwerpen voor verdere (wenselijke) staatkundige ontwikkelingen.

220 Vgl. o.a. Verhey 2018, p. 95-96.

221 Peters 2003, p. 9, ook voor de volgende twee citaten.

222 Kortmann 2003, p. 315; Sillen 2015, p. 79.

223 Vgl. o.a. Adams 2013, p. 1118; Hirsch Ballin 2013a, p. 22.

De verandering in de manier van denken over de rol die de Grondwet in het staatsbestel inneemt en zou moeten innemen krijgt meer reliëf in het licht van de ontwikkeling van het zuiver op de rechtsstaat gerichte denken naar de toenemende implementatie van democratische elementen in het staatsbestel. In de bloeiperiode van de Grondwet, de negentiende eeuw, overheerste het rechtsstaatdenken. Naarmate het denken in termen van democratie vanaf het einde van de negentiende eeuw verder op gang kwam, zouden politici zich in hun manier van politiek bedrijven in toenemende mate gaan richten op de wil van de kiezer in plaats op de volgens hen geëigende interpretatie van de Grondwet. Het belang van de behartiging van de 'volkswil' kwam ook tot uiting in de kritiek op de inrichting van de herzieningsprocedure die vanaf het einde van de negentiende eeuw te beluisteren viel: de Grondwet is te rigide, waardoor het in de praktijk niet mogelijk is om haar inhoud aan te passen aan de wensen van de bevolking. Interessant is dat de kritiek op de rigiditeit van de Grondwet van karakter is veranderd. Waar Krabbe en Kranenburg als voornaamste bezwaar tegen de herzieningsprocedure aanvoerden dat die de normale ontwikkeling van het recht belemmert, was die procedure in de ogen van Van Maarseveen vooral een instrument voor het tegenhouden van vernieuwing. Uit die veranderde benadering blijkt dat het aan het begin van de jaren zeventig, toen Van Maarseveen zijn kritiek op papier zette, al vanzelfsprekend was dat de Grondwet niet langer het instrument voor constitutionele vernieuwing was. Voorafgaand aan het opstarten van de algehele grondwetsherziening vanaf de tweede helft van de jaren zeventig, waren immers al bescheiden wijzigingen doorgevoerd met het oog op het wegnemen van een aantal concrete op dat moment bestaande belemmeringen voor constitutionele vernieuwing.

De algehele grondwetsherziening had tot doel om de noodzaak tot het doorvoeren van dergelijke beperkte, partiële herzieningen in de toekomst te beperken; de grondwetgever voorzag kennelijk dat bepaalde constitutionele ontwikkelingen in meer algemene zin deels wel buiten het kader van de Grondwet konden plaatsvinden. In dat licht is te verklaren waarom de herziening van de herzieningsprocedure na de jaren vijftig van de vorige eeuw niet langer meer een prioriteit voor de grondwetgever vormde.

De grondwetgever had evenmin de ambitie om de bewoordingen van de Grondwet geheel in overeenstemming te brengen met de staatkundige werkelijkheid. Hij koos ervoor de termen 'koning' en 'koninklijk besluit' niet over de gehele linie te vervangen door de termen 'regering' en 'regeringsbesluit', noch om de vertrouwensregel in de Grondwet op te nemen. Als de grondwetgever op beide punten de Grondwet wel had gemoderniseerd, dan had hij daarmee niet of nauwelijks een wijziging in de staatkundige werkelijkheid aangebracht. Het lijkt er dan ook op dat de grondwetgever zich op dat moment tevredenstelde met een onvolledige, imperfecte wet.

Uit de ontwikkeling van het grondwetsdenken blijkt dat het oorspronkelijke ontwerp van de Grondwet, zoals die in 1814/1815 en 1848 tot stand kwam, nog voor een belangrijk deel intact is, maar door herzieningen, feitelijke ontwikkelingen en nieuwe visies over de functie van een grondwet toch

een duidelijke transformatie heeft doorgemaakt: van een politiek strijddocument verwerd zij tot een rustpunt en symbool, dat een aantal onderwerpen aan de reguliere besluitvormingsprocedures onttrekt, tot een verzameling hoofdregels met een zekere mate van flexibiliteit. In dat ontwikkelingsproces zijn echter óók nog de oude visies op de Grondwet te ontwaren: de huidige Grondwet is dus niet alleen een verzameling hoofdregels, maar ook het resultaat van de politieke strijd uit de negentiende eeuw en het rustpunt uit de eerste helft van de twintigste eeuw. De Nederlandse Grondwet vormt dus niet zozeer de weerslag van één *grand design*, maar van meerdere visies die geleidelijk aan in het ontwerp van de Grondwet een plaats hebben gekregen.

III.3.3.2 De interpretatie van de Grondwet

Op zichzelf gelden voor de interpretatie van de Grondwet dezelfde uitgangspunten als voor de uitlegging van normen uit andere wettelijke regelingen: zij is medeafhankelijk van de tekst, totstandkomingsgeschiedenis en de rechtsontwikkeling van de betrokken bepaling, zij dient consistent te zijn voor wat betreft de methode en de uitkomst en zij dient een dragende motivering te bevatten.²²⁴ In een enkel geval volstaat deze algemene benadering van wetsinterpretatie bij het vinden van een bevredigende uitlegging van een grondwetsbepaling. Als het gaat om de interpretatie van formele normen, die het ontstaan van een rechtsgevolg koppelen aan een bepaald uiterlijk kenmerk, is het voor hun uitlegging in beginsel voldoende om een blik op hun tekst te werpen, al dan niet in samenhang met de totstandkomingsgeschiedenis van de betreffende norm.²²⁵ Voorbeelden van dergelijke normen zijn te vinden in bepalingen die meerderheden, procedures of incompatibiliteiten voorschrijven. Het is relatief moeilijk voorstelbaar dat hun toepassing, ongeacht wie daarvoor verantwoordelijk is, in de praktijk onder invloed van een gewijzigde interpretatie zal veranderen. Het vinden van de juiste interpretatie van dergelijke formele normen in de Grondwet zal daarom doorgaans weinig problemen opleveren. Voor de interpretatie van veel in de Grondwet opgenomen materiële normen biedt deze benadering daarentegen nog onvoldoende houvast. Wat het vinden van een geëigende interpretatie van een grondwetsbepaling er bovendien niet eenvoudiger op maakt, is dat het nauwelijks mogelijk is om een algemene gedachte te vinden die aan de Grondwet als geheel ten grondslag ligt en als zodanig helpt

224 Vgl. in die zin ook o.a. Kortmann 1994, p. 370; Van der Vlies 1995, p. 186; Boogaard 2019, p. 6. Deze opvatting heeft oude papieren. Vgl. reeds in die zin Opzoomer 1883, p. 12.

225 Vgl. in die zin o.a. Kortmann 1987b, p. 63; Dölle 1988, p. 235; Elzinga 1996, p. 115 = Elzinga 1997, p. 68 = Elzinga 2020, p. 175-176; Schutgens 2011, p. 5.

bij haar interpretatie.²²⁶ Bij de interpretatie van een grondwetsbepaling staat dus steeds primair de specifieke tekst ervan centraal.

Wel is het mogelijk enige samenhang aan te wijzen binnen een aantal afzonderlijke delen van de Grondwet. Dat geldt bijvoorbeeld voor de meeste bepalingen die in de hoofdstukken 2 tot en met 5 zijn opgenomen. Volgens Elzinga vormen de genoemde vier hoofdstukken tezamen de ‘slaperdijk-constitutie’ binnen de Grondwet,²²⁷ omdat een slaperdijk in de woorden van Donner (van wie het beeld oorspronkelijk afkomstig is) ‘slechts te hulp behoefde te worden geroepen, als de andere dijken van het recht het zouden begeven’.²²⁸ Toegepast op de hoofdstukken 2 tot en met 5 van de Grondwet, doemt in het licht van die definitie een beeld op van grondwetsbepalingen die in de woorden van Elzinga zowel ‘overwegend codificerend’ als ‘sterk geïnternaliseerd en dus nauwelijks omstreden’ zijn.²²⁹ In zijn ogen laten de bepalingen uit deze hoofdstukken bijgevolg ‘veel ruimte voor wettelijke en feitelijke invulling’. Bijgevolg is de feitelijke context waarin deze voorschriften gelden eveneens van invloed op hun uitlegging. Daar komt nog bij dat er naar Nederlands staatsrecht geen rechter of daarmee vergelijkbaar orgaan bevoegd is een bindende interpretatie op te leggen aan de ambtsdragers aan wie de bepalingen uit dit deel van de Grondwet zijn gericht.

Voor de interpretatie van de bepalingen uit dit deel van de Grondwet geldt daarom een aantal, van reguliere wetsinterpretatie afwijkende, uitgangspunten die afzonderlijke bespreking verdienen. Op deze plaats komen zij aan de orde. Aan de hand daarvan formuleer ik een aantal richtlijnen voor het vinden van een geëigende interpretatie van deze grondwetsbepalingen.

III.3.3.2.1 *Interpretatie versus handhaving van grondwetsbepalingen*

De interpretatie van de Grondwet is, voor zover het de bepalingen over de verhoudingen binnen en tussen (de organen van) regering en parlement aangaat, een lastige kwestie. Het ontbreken van een aan de gehele Grondwet ten grondslag liggend *grand design*, de open formulering van veel voorschriften en de afwezigheid van een onafhankelijk, los van de politieke ambten

226 In die zin ook o.a. Dölle 1988, p. 241; Kortmann 1994, p. 366; Van der Vlies 1995, p. 186; Konijnenbelt 1996, p. 124. Anders Meuwissen 1971, p. 36. Volgens Meuwissen staat het positieve recht per definitie in dienst van een bepaald normatief ideaal. In dat beeld vormt ook de Grondwet de weerslag van ‘de grondslag van de verhouding tussen recht en staat en bevat daartoe zowel algemene beginselen als een min of meer gedetailleerde uitwerking daarvan’. Voor zover hij van mening is dat aan de Grondwet *als geheel* algemene beginselen ten grondslag liggen, neemt hij een minderheidsstandpunt in. Ik laat die opvatting hier verder rusten en bespreek haar in samenhang met zijn perspectief op de staatsrechtswetenschap. Zie par. III.4.4.5.1.

227 Elzinga 2013, p. 30 = Elzinga 2020, p. 140.

228 Donner 1979, p. 13 = Donner 1986, p. 381. Donner gebruikt het beeld van de slaperdijk overigens niet om de hoofdstukken 2 tot en met 5 van de Grondwet te typeren, maar om het beeld dat sommigen van het staatsrecht *als zodanig* zouden hebben in de verf te zetten (en er vervolgens afstand van te nemen).

229 Elzinga 2013, p. 30 = Elzinga 2020, p. 140, ook voor het volgende citaat.

staand, orgaan dat bevoegd is tot de bindende interpretatie van dergelijke bepalingen vormen voor sommige auteurs aanleiding tot een vergaande relativering van de bindende kracht van deze bepalingen. Kortmann bijvoorbeeld betoogt:

‘Het lijkt verdedigbaar, al is het wat cynisch, te stellen dat het vraagstuk van de interpretatie neerkomt op de stelling: degene die het uiteindelijk voor het zeggen heeft, dat wil zeggen de macht bezit, interpreteert altijd juist in positiefrechtelijke zin.’²³⁰

In het bijzonder geldt dat uitgangspunt voor intern werkende voorschriften, want volgens Kortmann zullen zij

‘meestal door de politieke ambten zelf worden geïnterpreteerd, die in een wederkerige relatie tot elkaar staan, welke sterk gekleurd is door het machtsaspect. Naar mijn oordeel zal men dit type bepalingen niet snel normatief moeten inkleuren en het is dan ook niet voor niets dat de rechter bepaalde bepalingen als louter intern werkend kwalificeert’.

Op zichzelf is er voor deze beweringen wel wat te zeggen; het Nederlandse staatsrecht kent geen orgaan dat de interpretatie van intern werkende grondwetsbepalingen door politieke²³¹ organen bindend kan corrigeren, noch een orgaan dat dwingende uitspraken kan doen over de verhoudingen binnen en tussen politieke ambten.²³² Als gevolg daarvan hebben de bij de uitlegging van de ‘slaperdijkconstitutie’ betrokken ambten een grote vrijheid bij het interpreteren van de aan hen gerichte bepalingen.

Toch zou dit alles niet tot de conclusie mogen leiden dat de interpretatie van een grondwettelijk voorschrift *alleen* van het machtsaspect afhankelijk is. In dat licht is de waarschuwing van Donner voor ‘juristenmyopie’ treffend,²³³ waarmee hij doelt op de neiging van juristen om het recht te vereenzelvigen

230 Kortmann 1994, p. 364, ook voor het volgende citaat (op p. 367).

231 De hoofdstukken 2 tot en met 5 van de Grondwet hebben deels ook betrekking op organen zonder uitgesproken politiek karakter, zoals de Raad van State en de Nationale Ombudsman. Toch permitteer ik mij dit woordgebruik, omdat de navolgende beschouwingen steeds betrekking zullen hebben op de uitlegging van grondwetsbepalingen door politieke organen.

232 Bovendien zij nog aangetekend dat de gelding van een grondwettelijk voorschrift binnen politieke verhoudingen niet automatisch meebrengt dat zij geen rechtsgevolgen buiten die verhoudingen, bijvoorbeeld voor burgers, *kan* hebben. Zie nader par. III.3.2.

233 Van der Pot & Donner/Prakke e.a. 1989, p. 205-206 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 212. De betreffende term is voor het eerst ingevoegd in de twaalfde druk van dit handboek. Deze druk is weliswaar niet meer volledig door Donner bewerkt, maar het myopiebeeld is wel afkomstig uit zijn pen. Zie Elzinga 2013, p. 27 = Elzinga 2020, p. 137-138.

met de regels die door de rechter worden gehandhaafd.²³⁴ Als de juiste uitleg van een (grond)wettelijk voorschrift per definitie een *rechterlijke* uitleg zou moeten zijn, dan kunnen intern werkende, zuiver binnen politieke verhoudingen geldende, voorschriften eigenlijk geen juridische betekenis hebben; slechts zelden bereikt een geschil over de uitleg van dergelijke regels immers de rechter.²³⁵ Wil het rechtskarakter van een in politieke verhoudingen geldende norm betekenis hebben, dan moet ook de interpretatie van die norm door niet-rechterlijke organen aan bepaalde eisen voldoen. Als politieke ambten de interpretatie van een aan hen gerichte rechtsregel stevast naar hun hand zetten, dan dreigt het gevaar dat zowel bij de burger het sluimerend wantrouwen van 'ze doen maar' klaarwakker wordt als dat de binnen en tussen de politieke ambten bestaande verhoudingen verstoord raken.²³⁶ De afwezigheid van een (rechterlijk) orgaan dat een verkeerde interpretatie door een politiek ambt kan corrigeren doet er bovendien op zichzelf niet aan af dát er ruimte bestaat voor het leveren van kritiek op een bepaalde interpretatie van een rechtsregel door een politiek orgaan. Dat is immers ook mogelijk ten aanzien van (niet-appellabele) rechterlijke uitspraken; rechtswetenschappers maken geregeld van die mogelijkheid gebruik, bijvoorbeeld door kritische annotaties bij die uitspraken te schrijven.

In dat kader dient te worden benadrukt dat (grond)wettelijke regels in politieke verhoudingen, ook voor zover zij niet door de rechter worden gehandhaafd, *rechtsregels* zijn. In het Nederlandse staatsrecht geldt immers een formeel rechtsbegrip, waarbij ieder voorschrift dat is opgesteld door een orgaan met een algemene regelgevende bevoegdheid op zichzelf al geldt als een rechtsregel. In die lijn beschouwt Verhey bijvoorbeeld als een essentieel kenmerk van de rechtsregel dat zijn gelding niet 'afhankelijk is van het gedrag van degenen voor wie de regel geldt'.²³⁷ Hoewel deze benadering niet geheel zuiver is in het licht van de ruimte die de Nederlandse constitutie volgens de gangbare doctrine biedt voor de vorming van regels van

234 Zijn waarschuwing had overigens primair betrekking op de neiging van juristen de bevoegdheid van de rechter onmatig 'uit te zetten', waardoor het risico ontstaat dat individuele aanspraken en belangen in toenemende mate prevaleren boven het algemeen belang; de rechter spreekt zich immers alleen uit over het algemeen belang voor zover dat een rol speelt in een individueel conflict, daarbuiten speelt het in zijn uitspraken geen rol. Aldus zou volgens Donner het gevaar ontstaan dat 'de juristenlobby' het algemeen belang in het defensief drukt. Zie Van der Pot & Donner/Prakke e.a. 1989, p. 206 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 212.

235 Zie par. III.3.2.

236 Het beeld van 'ze doen maar' is ontleend aan Van der Pot/Donner 1983, p. 161.

237 Verhey 2014, p. 10-11. In die zin ook Kummeling 2016, p. 73: 'Rechtsregels gelden ongeacht wat de adressaten er zelf van vinden.'

ongeschreven staatsrecht,²³⁸ blijkt daaruit wel dat de handhaafbaarheid van de norm door een rechter niet beslissend is voor het rechtskarakter van die norm. De opname van een regel in de Grondwet leidt volgens deze benadering tot de binding van het betrokken ambt aan die regel, ook als er geen orgaan is dat de interpretatie door dat ambt waar nodig bindend kan corrigeren.

Deze formele definitie brengt ook mee dat het van belang is om voor voorschriften die louter van toepassing zijn in politieke verhoudingen een onderscheid te blijven maken tussen hun *gelding* respectievelijk hun *naleving* enerzijds en hun *handhaving* anderzijds. In de praktijk kan het voor grondwettelijke voorschriften in politieke verhoudingen lastig zijn dit onderscheid te maken, omdat het betrokken politieke ambt daarbij meestal beschikt over de bevoegdheid tot zowel de interpretatie als de handhaving van dat voorschrift over te gaan. Toch gaat het hier om twee te onderscheiden aspecten, die voor de beoordeling van de rechtsontwikkeling van eminent belang zijn. Vooral bij de niet-naleving van een norm komt het belang van dat onderscheid aan het licht: een orgaan dat een aan hem gerichte norm consequent doelbewust veronachtzaamt, bijvoorbeeld door de bepaling evident onjuist te interpreteren, maakt een andere afweging dan een ambt dat zich weliswaar bewust is van de norm, maar niet tot de handhaving van die norm overgaat; in het eerste geval is de naleving van de norm *als zodanig* in het geding, in het tweede geval staat alleen (het uitblijven van) de *handhaving* van de norm in een specifiek geval ter discussie.

Illustratief is de in artikel 42, tweede lid van de Grondwet opgenomen norm van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid: de toepassing van de norm valt uiteen in een passief en een actief aspect.²³⁹ Het passieve aspect heeft betrekking op het toepassingsbereik van de norm, dus op de vraag of een minister in een bepaalde situatie door het parlement ter verantwoording kan worden geroepen; meer specifiek gaat het dan om de vraag of er sprake is van handelen van respectievelijk de koning, de minister zelf, de onder de minister ressorterende staatssecretaris dan wel van aan de minister ondergeschikte ambtelijke diensten.²⁴⁰ Hoewel er ook rechtsregels ten aanzien van de wijze van activering van de ministeriële verantwoordelijk-

238 Het ongeschreven staatsrecht bestaat immers bij de gratie van de naleving ervan in de praktijk. Als bij de daarbij betrokken ambten de rechtsovertuiging wegvalt dat zij een bepaalde regel van ongeschreven staatsrecht dienen na te leven, dan houdt de betreffende regel volgens de 'heersende leer' op te bestaan. In zoverre is de gelding van het staatsrecht wel degelijk afhankelijk van de opvattingen van de normadressaten. Zie nader par. III.3.4.2.1.

239 Ik baseer mij hier op de terminologie uit Elzinga 1990, p. 98-99 = Elzinga 1991, p. 25 = Elzinga 2020, p. 266-267.

240 Voor het bepalen van de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid dient art. 42, tweede lid Grondwet onder andere in samenhang te worden gelezen met art. 44, eerste lid Grondwet (voor het ambtelijk handelen). Zie nader par. IV.2.3.1.

heid gelden,²⁴¹ is het antwoord op de vraag óf een Kamerlid overgaat tot de activering van de ministeriële verantwoordelijkheid, daarentegen steeds het resultaat van een *politieke* afweging. Bij het vormgeven van het verantwoordingsproces hebben regering en parlement daarom een grote mate van vrijheid. Het staatsrecht bepaalt dus niet alleen dát ministers en Kamerleden in grote mate de vrijheid hebben om hun eigen politieke afwegingen te maken bij het vormgeven van het verantwoordingsproces, maar ook binnen welke parameters zij van die vrijheid gebruik kunnen maken. Als bijvoorbeeld de Kamer beslist om in een voorkomend geval *niet* de ministeriële verantwoordelijkheid te activeren, dan brengt dat op zichzelf nog niet een ontkenning of relativisering van het *bestaan* van die verantwoordelijkheid mee. De politieke beslissing om al dan niet tot activering van de ministeriële verantwoordelijkheid over te gaan staat immers los van de gelding van de relevante staatsrechtelijke normen, omdat die slechts tot doel hebben de mogelijkheid van activering van de ministeriële verantwoordelijkheid te constitueren en te waarborgen.²⁴²

Het voorbeeld illustreert ook in meer algemene zin het belang van het onderscheid tussen de gelding en de handhaving van een norm. Het is immers wel degelijk mogelijk de juiste interpretatie van de norm *zelf*, zoals de vraag naar het bestaan van ministeriële verantwoordelijkheid in een bepaald geval, vast te stellen. Als daartoe in het licht van de heersende grondwetsinterpretatiemethoden²⁴³ aanleiding bestaat, is er niets op tegen de tekst van een voorliggende grondwetsbepaling normatief in te kleuren. Het is daarentegen niet mogelijk om uit beslissingen in de handhavingssfeer van een norm, bijvoorbeeld of de Kamer tot de activering van de ministeriële verantwoordelijkheid zou moeten overgaan, conclusies te trekken over de interpretatie van de norm. Bij die beslissingen speelt de wederkerige relatie tussen de politieke organen, zoals de Kamer en de ministers in het voorbeeld van de ministeriële verantwoordelijkheid, en het bijbehorende machtsaspect een belangrijke rol.

241 Voorbeelden van dergelijke vragen zijn of een bewindspersoon in een bepaald geval ex art. 68 Grondwet aan de Kamer (dan wel een individueel Kamerlid) inlichtingen verschuldigd is, of de Kamer een minister ex art. 42, tweede lid jo. art. 69, tweede lid Grondwet uitnodigt bij de vergadering van de Kamer aanwezig te zijn en, in het uiterste geval, of de Kamer tot de activering van de ongeschreven vertrouwensregel overgaat. In dat kader maakt Elzinga een onderscheid tussen de zogeheten inlichtingen-, debat- en sanctioneringsfase. Zie nader Elzinga 1990, p. 99-102 = Elzinga 1991, p. 25-29 = Elzinga 2020, p. 267-270. Ook ten aanzien van die normen is het mogelijk een onderscheid tussen de geldings- (of toepasselijkheids-) en handavings- (of activerings)sfeer te maken. De genoemde normen zijn ook deels weer uitgewerkt in andere regelingen, zoals de Reglementen van Orde van beide Kamers, waarvoor dat ook weer geldt. Het onderscheid tussen gelding enerzijds en handhaving anderzijds komt nog apart met betrekking tot de vertrouwensregel aan de orde in par. IV.2.4.4.

242 In die zin ook Elzinga 1990, p. 114-115 = Elzinga 1991, p. 41-42 = Elzinga 2020, p. 281-282.

243 Zie daarover de rest van deze subparagraaf.

III.3.3.2.2 De 'geobjectiveerde' bedoeling van de grondwetgever versus de Grondwet als 'aanbouwdocument'

In haar ruim tweehonderdjarige geschiedenis hebben drie verschillende, naast elkaar bestaande visies op de Grondwet ingang gevonden: (i) de negentiende-eeuwse gedachte van de Grondwet als oriëntatiepunt voor het voeren van een politieke strijd, waarvan het resultaat ook zijn weerslag in de Grondwet krijgt, (ii) het vroeg-twintigste-eeuwse perspectief van de Grondwet als 'rustpunt en symbool' waarin belangrijke verworvenheden zijn vastgelegd en (iii) de huidige visie op de Grondwet als verzameling hoofdregels die het staatsleven geen onnodige belemmeringen voor een goed functioneren mag opwerpen.²⁴⁴ Vooral onder invloed van de laatstgenoemde visie op de Grondwet, die tot een toename van de openheid van dit document heeft geleid, is het tegenwoordig niet altijd mogelijk op een constitutionele vraag een eenduidig antwoord te geven aan de hand van de relevante voorschriften uit de Grondwet.

In een gedachteoefening uit 2009 deed Sillen een radicaal voorstel om aan dit gebrek aan eenduidigheid tegemoet te komen. Hoewel dit voorstel van Sillen niet lijkt te zijn bedoeld als een blauwdruk voor de rechtspositivistische benadering van het staatsrecht,²⁴⁵ biedt het een goede mogelijkheid om de contouren van het debat over de vaststelling van 'de' bedoeling van de grondwetgever te schetsen. In de kern is het voorstel erop gericht bij de uitlegging van grondwetsbepalingen een zo groot mogelijke mate van objectiviteit te bereiken, en wel door waar mogelijk iedere potentieel subjectieve uitleg van een grondwetsbepaling te vermijden.

Van een dergelijke subjectieve uitleg is wat Sillen betreft bijvoorbeeld sprake als hij geschiedt aan de hand van een achterliggend rechtsbeginsel, omdat de betekenis daarvan 'óf nagenoeg inhoudsloos óf zeer omstreden' is.²⁴⁶ Het gebruik van deze interpretatiemethode bergt volgens Sillen het gevaar in zich dat de uitlegger van een grondwetsbepaling zich bij het bepalen van de juiste interpretatie zal laten leiden door zijn eigen subjectieve voorkeuren, waardoor de belangrijkste functie van de tekst van de Grondwet, het bieden van rechtszekerheid, in het gedrang zou komen. In dat licht bepleit hij een uitleg van grondwettelijke voorschriften die zo dicht mogelijk bij de tekst staat.²⁴⁷ Het is volgens Sillen alleen mogelijk om de tekst van de

244 Zie par. III.3.3.1.

245 Zie nader par. III.4.4.2.

246 Sillen 2009, p. 135. Hij formuleert tevens een bezwaar tegen de uitleg van een grondwettelijk voorschrift aan de hand van de interpretatie van een vergelijkbaar leerstuk in een ander rechtsstelsel. Niet geheel onterecht betoogt hij dat het aantal stelsels dat vanuit het oogpunt van vergelijkbaarheid voor een dergelijke vergelijking in aanmerking komt 'eindeloos' lijkt, 'waardoor iedere keuze een grote mate van willekeur in zich draagt'. Zie Sillen 2009, p. 136-137. Dit aspect blijft hier verder rusten, omdat rechtsvergelijkende interpretaties van Nederlandse grondwetsbepalingen in de praktijk niet of nauwelijks voorkomen.

247 Sillen 2009, p. 142-143.

Grondwet met normatieve opvattingen aan te vullen, voor zover die opvattingen aansluiten bij de bedoeling van de grondwetgever.

Juist omdat de vaststelling van die bedoeling regelmatig tot problemen leidt, stelt hij voor haar te objectiveren door haar aan de hand van twee vuistregels vast te stellen. In de eerste plaats zou 'de' bedoeling van 'de' grondwetgever van een voorliggende grondwetsbepaling slechts mogen worden afgeleid uit de totstandkomingsgeschiedenis van de betreffende bepaling, zoals die te vinden is in de relevante *Kamerstukken* en *Handelingen*. Als het op basis van die stukken niet mogelijk is het bestaan van consensus onder de betrokken ambten af te leiden over de uitleg van een grondwetsartikel, dan mag op basis van de tweede vuistregel ervan uit worden gegaan dat er overeenstemming tussen regering en Staten-Generaal bestaat als de opvatting van het ene ambt niet door het andere is bestreden.

In zijn benadering geeft Sillen zich er rekenschap van dat de grondwetgever uit meerdere ambten bestaat, namelijk uit de regering en beide Kamers, waarvan de Kamers weer uit individuele voor- en tegenstemmers bestaan. In dat licht is het niet mogelijk om te spreken van 'de' bedoeling van 'de' grondwetgever. Volgens Sillen is dit probleem te ondervangen door de bedoeling van de grondwetgever afhankelijk te stellen van de overeenstemming onder de regering en beide Kamers over de strekking van een bepaalde grondwetsbepaling. Bij het vaststellen van die bedoeling volstaat een constructie; ook als een opvatting van een ambt over de strekking van een grondwetsbepaling niet door een van de andere ambten is bestreden, is het volgens Sillen veilig om te spreken van de (fictieve) bedoeling van de grondwetgever.

Bij de vaststelling van die bedoeling zouden slechts stukken die aan de beide Kamers zijn voorgelegd en daardoor openbaar zijn geworden, zoals de *Handelingen* of de *Kamerstukken*, een rol bij de interpretatie mogen spelen. Uit deze stukken kan de bedoeling van de grondwetgever volgens Sillen 'eenvoudig' worden vastgesteld, mede omdat de inhoud van de genoemde stukken na hun publicatie niet meer kan veranderen.²⁴⁸ Deze strenge bronselectie zou het voordeel van de eenvoud hebben. Als er bijvoorbeeld een stuk boven water komt dat tot nieuwe inzichten over de interpretatie van een grondwetsbepaling leidt, zoals de notulen van een staatscommissie die met de voorbereiding van een grondwetsherziening was belast, dan is er wat Sillen betreft geen aanleiding dat stuk later alsnog bij de uitlegging van de betreffende bepaling te betrekken. Het betreffende stuk behoort immers niet tot de *Kamerstukken* en de *Handelingen* en kan daarom eenvoudig buiten beschouwing blijven. Het lijkt er bovendien op dat de bedoeling van de grondwetgever volgens Sillen min of meer gelijkstaat aan de *oorspronkelijke* bedoeling van de grondwetgever met de vaststelling van een grondwetsbepaling in de laatste versie van de Grondwet, waardoor de *Handelingen* en *Kamerstukken* uit de periode in de aanloop naar de algemene herziening van

de Grondwet in 1983 relatief veel gewicht toekomen bij de uitleg van een grondwetsbepaling.²⁴⁹ Sillen is zich ervan bewust dat als gevolg daarvan 'de bedoeling van de grondwetgever historisch soms minder precies kan worden gekend', maar dat nadeel neemt hij voor lief.²⁵⁰ De bedoeling van de grondwetgever is, zo suggereert Sillen, een vaststaand gegeven dat door de openbaring van nieuwe informatie niet zomaar zou moeten wijzigen.

Sillen geeft echter toe dat het niet altijd mogelijk is om op basis van deze methode het bestaan van de bedoeling van de grondwetgever over de interpretatie van een grondwettelijk voorschrift objectief vast te stellen; zo kan de Tweede Kamer volgens hem bijvoorbeeld niet reageren op een opmerking van een minister in de Eerste Kamer bij de behandeling van een voorstel tot herziening van de Grondwet in tweede lezing, waardoor het onbevredigend is om een dergelijke opmerking een rol te laten spelen bij de vaststelling van de bedoeling van de grondwetgever. In dat licht is het volgens hem mogelijk uit te gaan van de (fictieve) bedoeling van de grondwetgever, als de opvatting van de beide Kamers over de uitleg van een grondwetsbepaling niet is weersproken door de regering en andersom.²⁵¹ Hij neemt dit bezwaar tegen het hanteren van dit uitgangspunt voor de vaststelling van de bedoeling van de grondwetgever ook voor lief, ditmaal omdat een tekortkoming als de bovenstaande 'onvermijdelijk' is bij de zoektocht naar eenduidige interpretatiemaatstaven.²⁵² Op die manier hoopt Sillen 'de harde kern' van een grondwetsbepaling te achterhalen, die bij ieder voorschrift aanwezig zou zijn. Volgens hem draagt de opsporing van die harde kern, waarvan het bestaan niet of nauwelijks omstreden is, bij aan het vinden van een objectieve interpretatie.²⁵³ Alles wat buiten die harde kern valt, zou in de ogen van Sillen geen rol bij de interpretatie mogen spelen.

Niet alle grondwetsbepalingen lenen zich, zo geeft Sillen zelf ook toe, voor een geobjectiverde interpretatie op basis van de tekst van de bepaling en de (fictieve) bedoeling van de grondwetgever alleen. Sillen stelt voor om dit probleem te ondervangen met een wat hij noemt 'rechtspolitieke' interpretatiemethode.²⁵⁴ Kenmerkend voor deze wijze van uitlegging is volgens hem dat slechts 'de normatieve voorkeuren van de uitlegger bepalend' zijn.²⁵⁵ Hij vindt dat niet bezwaarlijk, omdat het gebruik van deze interpretatiemethode de uitlegger van de Grondwet zou verplichten om zijn normatieve keuzes te expliciteren. Het gebruik van een interpretatiemethode op basis van rechtsbeginselen of daaraan verwante uitgangspunten brengt, zo betoogt Sillen, ten onrechte een zweem van objectiviteit mee. De introductie van een rechtspolitieke interpretatiemethode door Sillen heeft aldus

249 Boogaard leest het betoog van Sillen eveneens zo. Zie Boogaard 2019, p. 6-7.

250 Sillen 2009, p. 149.

251 Sillen 2009, p. 149.

252 Sillen 2009, p. 150.

253 Sillen 2009, p. 143-144.

254 Sillen 2009, p. 150.

255 Sillen 2009, p. 151.

tot doel om in de gevallen waarin het gebruik van de grammaticale en historische interpretatiemethoden geen soelaas biedt, kenbaar te maken welke aanvullende normatieve criteria bij de gekozen interpretatie een rol hebben gespeeld.

Het gebrek aan objectiviteit dat gepaard gaat met de afwezigheid van een (kenbare) eenduidige bedoeling van de grondwetgever probeert Sillen te ondervangen door de keuze voor de te gebruiken stukken bij grondwetsinterpretatie vergaand te beperken. Het voordeel van deze benadering is dat de uitlegger van een grondwetsbepaling niet langer de *schijn* van objectiviteit wekt in de situatie waarin hij eigenlijk zijn interpretatie inkleurt met zijn eigen subjectieve voorkeuren. Als een objectieve uitleg van een grondwetsbepaling op basis van de beschikbare stukken niet mogelijk blijkt te zijn, dan dient de interpretator volgens dit voorstel man en paard te noemen; door ruiterlijk te erkennen dat hij in een bepaald geval zijn toevlucht heeft moeten nemen tot een subjectieve, rechtspolitieke interpretatie komt duidelijk aan het licht dat het niet mogelijk was een objectieve interpretatie van de betreffende grondwetsbepaling te vinden.

Dit voorstel gaat echter ten onrechte uit van de gedachte dat het mogelijk is de interpretatie van de Grondwet terug te brengen tot de louter technische kwestie welke bronnen al dan niet een rol zouden mogen spelen bij de uitleg van de Grondwet. De werkelijkheid is complexer. In het licht van de ontwikkelingsgeschiedenis van de Grondwet is het niet of nauwelijks mogelijk de bedoeling van de grondwetgever te beschouwen als een vaststaand gegeven, omdat de Grondwet het uitvloeisel is van een ontwikkeling van ruim tweehonderd jaar. Alleen al daarom ligt het niet voor de hand alleen de uitdrukkelijk gebleken bedoeling van de grondwetgever bij de herziening van 1983 leidend te achten bij de interpretatie van een voorliggende grondwetsbepaling. De grondwetgever had bij de algehele herziening van 1983 een grondwet voor ogen die primair de belangrijkste hoofdregels voor het staatsleven bevatte met voldoende ruimte voor flexibiliteit.²⁵⁶ Het gros van de wijzigingen dat de grondwetgever in die periode heeft doorgevoerd, vooral voor zover het de wijzigingen sinds de twintigste eeuw betreft, bouwt immers voort op de in 1814/1815 vastgestelde versie van de Grondwet.²⁵⁷

In dat licht is het door Boogaard geformuleerde beeld van de Grondwet als 'aanbouwdocument met resultaten van 200 jaar constitutionele rechtsvorming' treffend. Volgens die benadering wordt weliswaar

'samenhang vereist (een gebouw mag niet instorten), maar minder dwingend dan bij de voorstelling van een wil van de [g]rondwetgever. Zolang er constructief aan de natuurwetten wordt voldaan (je kunt geen pilaren wegslopen en de dakconstructie handhaven), kan een gebouw prima de sporen van de tegengestelde bouwstijlen dragen. Die hoeven niet tot één wil te worden teruggebracht.

256 Zie par. III.3.1.1.3.

257 Zie par. III.2.2.

In de bouwwerk-fictie wordt verder, net als bij de wil van de grondwetgever, gewicht toegekend aan de tijd. Een latere toevoeging komt in beginsel in de plaats van wat eerder bestond, maar kleine veranderingen laten een oorspronkelijk ontwerp ongemoeid. Ook hier zijn de eisen dus minder dwingend en passen ze beter bij de Grondwet'.²⁵⁸

Gezien dit door Boogaard naar voren gebrachte beeld is het niet mogelijk te spreken van de bedoeling van 'de' grondwetgever; de uitlatingen van de grondwetgever bij eerdere herzieningen kunnen net zo bepalend zijn voor het vinden van een juiste uitleg van een grondwetsbepaling als wat de grondwetgever daar in de aanloop naar de herziening van 1983 over heeft opgemerkt. In de praktijk zal de opsporing van de bedoeling van 'de' grondwetgever daarom niet altijd eenvoudig zijn, omdat veel bepalingen teruggaan tot 1848 (de ministeriële verantwoordelijkheid; het inlichtingenrecht; het ontbindingsrecht) of zelfs 1815 (het lastverbod). Voor de toepassing van de door Sillen voorgestelde benadering betekent dat dat de uitlegger van een bepaling de gehele ontwikkeling van de Grondwet in ogenschouw zal moeten nemen tegen de achtergrond van het moment waarop de grondwetgever een bepaalde (niet uitdrukkelijk bestreden) uitlating heeft gedaan. Op zichzelf levert dat pas een probleem op, als de relevante stukken uit de gehele geschiedenis van de bepaling aanleiding geven tot twijfel over de juiste uitleg van die bepaling.²⁵⁹

Toch zal daarvan in het licht van de hoge leeftijd van de Grondwet regelmatig sprake zijn; juist omdat de toepassing van verschillende bepalingen uit de Grondwet medeafhankelijk is van feitelijke ontwikkelingen waarover de grondwetgever zich niet heeft uitgesproken, kan Sillens strenge bronnenselectie ertoe leiden dat mogelijk voor de Grondwet relevante (latere) ontwikkelingen niet bij haar interpretatie kunnen worden betrokken.²⁶⁰ Het zal

258 Boogaard 2019, p. 11.

259 Zelfs in dat geval kunnen bij het volgen van de benadering van Sillen echter problemen ontstaan. In dat kader wijst Boogaard op de aanneming door de Kamer van een amendement dat leidde tot de aanpassing van art. 59, derde lid Grondwet 1887. Dit artikel-lid bepaalde dankzij dit amendement dat de parlementaire goedkeuring van verdragen niet wordt vereist 'indien de Koning zich de bevoegdheid tot het sluiten van een verdrag bij wet heeft voorbehouden'. In die tekst ligt het beginsel van vorstensoevereiniteit besloten. Later bleek dat de liberalen niet de bedoeling hadden deze wijziging goed te keuren; Goeman Borgesius zou daarom krachtig afstand nemen van deze formulering. In de literatuur uit die tijd werd daarom aangenomen dat de formulering van de betreffende bepaling niet betekende dat het beginsel van vorstensoevereiniteit in het Nederlandse staatsrecht leidend was geworden na de herziening van 1887, omdat de Kamer onoplettend was geweest en eenzelfde formulering niet op andere, relevante plaatsen in de Grondwet was doorgevoerd. Zie Boogaard 2019, p. 13-14.

260 Daarbij komt nog dat ook andere potentieel relevante bronnen, zoals voorbereidend onderzoek van staatscommissies die met de voorbereiding van een grondwetsherziening waren belast dan wel beschouwend werk van staatsrechtswetenschappers dat van invloed op de vorming van de bedoeling van de grondwetgever is geweest, in Sillens benadering buiten het zicht van de uitlegger van een grondwetsbepaling blijven. Zie in die zin ook Boogaard 2019, p. 15.

in de praktijk dan ook minder eenvoudig zijn om de 'harde kern' van een grondwettelijke bepaling vast te stellen dan Sillens theorie doet voorkomen.

Het praktische resultaat van die benadering zal bovendien regelmatig zijn dat een 'harde kern' in het licht van de strenge eisen die Sillen aan de vaststelling van de bedoeling van de grondwetgever stelt niet of nauwelijks vaststaat, waardoor de uitlegger van een bepaling met lege handen komt te staan. In een dergelijk geval kan de interpretator op basis van deze rechtspositivistische interpretatiemethode tot de conclusie komen dat iedere handeling ten aanzien van die kwestie *dus* toelaatbaar is. De afwezigheid van een concrete rechtsplicht staat echter nog niet gelijk aan een normatief vacuüm; ook bepalingen die niet een dergelijke plicht bevatten, kunnen echter een rol spelen in het proces van constitutionele rechtsvinding. Het gevaar van een dergelijke relativistische benadering is dan ook dat constitutionele rechtsvinding verwordt tot de 'sport' een gekunstelde interpretatie van een grondwetsbepaling te vinden die onwenselijk handelen rechtvaardigt.²⁶¹

Toch is daarmee niet gezegd dat Sillens benadering geen waardevolle elementen bevat. Het is niet zonder reden dat hij een groot belang hecht aan het vinden van een zo objectief mogelijke uitlegging van een concreet voorschrift. Terecht constateert hij dat de van reguliere wetgeving afwijkende voorschriften voor haar herziening (art. 137 en 138 Grondwet) het stellen van hoge eisen aan de interpretatie van de daarin opgenomen voorschriften rechtvaardigen. De Grondwet heeft daardoor het karakter van 'een soort brandkast' waarin politieke afspraken zijn opgeborgen die niet zomaar gewijzigd zouden mogen worden.²⁶² Het is daarom op zichzelf verstandig de tekst van een voorliggende grondwetsbepaling en de bedoeling van de betrokken ambten een zo groot mogelijke rol te laten spelen. Voor het verzekeren van de in de Grondwet opgenomen waarden is de aanpak van Sillen echter te rigoureuus, omdat de betekenis van een grondwetsbepaling in de loop der jaren aan (feitelijke) veranderingen onderhevig kan zijn.

In feite kan dit probleem worden opgelost door Sillens eerste vuistregel, namelijk dat in beginsel alleen de *Handelingen* en de *Kamerstukken* met betrekking tot de totstandkomingsgeschiedenis van de uit te leggen bepaling bepalend mogen zijn voor de vaststelling van de bedoeling van de grondwetgever, op twee punten minder streng toe te passen. In de eerste plaats verdient het aanbeveling om ook qua objectiviteit met de *Handelingen* en *Kamerstukken* vergelijkbare stukken bij de interpretatie van een grondwettelijk voorschrift te betrekken. In de tweede plaats is het raadzaam om ook

261 Vgl. Krabbes waarschuwing voor de verlaging van het staatsrecht tot "'sport-recht", d.w.z. een recht, dat alleen door redekunstige behendigheden in den zoogenaamden wil van den zoogenaamden wetgever kan worden gevonden' in Krabbe 1913, p. 53. Aangehaald in Jeukens 1970, p. 172; Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 71 = Elzinga 2020, p. 177. Vgl. in die zin ook Dölle 1988, p. 239.

262 Zie voor het beeld van de Grondwet als 'een soort brandkast' par. III.3.3.1.2.

de mogelijkheid open te houden dat de interpretatie van een grondwetsbepaling door regering en parlement van de bepaling op basis van een veranderde rechtsopvatting zich ontwikkelt *zonder een tussentijdse wijziging van die bepaling*. Zolang de *Handelingen*, *Kamerstukken* of daarmee vergelijkbare documenten steun geven aan de conclusie dat de juridische betekenis van een grondwettelijke bepaling is veranderd, is nog altijd sprake van een geobjectiverde interpretatie van de grondwetsbepaling die bij de tijd blijft.

Illustratief is de uitleg van artikel 42, tweede lid Grondwet: 'De Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk'. Waar deze norm ten tijde van de vastlegging in de Grondwet van 1848 vooral tot doel had de macht van de koning in de regering te beperken, reguleert deze bepaling nu vooral de parlementaire controle-uitoefening op het functioneren van de minister zelf. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw zijn regering en parlement, zoals ook blijkt uit de *Kamerstukken* en *Handelingen*,²⁶³ artikel 42, tweede lid Grondwet zo gaan interpreteren dat ministers ook verantwoording dienen af te leggen voor de wijze waarop zij hun bevoegdheden uitoefenen, bijvoorbeeld ten aanzien van het handelen van de onder hen ressorterende ambtelijke diensten. Op die manier kon een *feitelijke* ontwikkeling, namelijk de uitdijende staatstaak en de daarmee gepaard gaande groei van het ambtelijk apparaat op rijksniveau, langzamerhand tot een gewijzigde interpretatie van deze grondwetsbepaling leiden. Niet alleen de *oorspronkelijke* bedoeling van de grondwetgever, maar ook een ontwikkeling die volgens een *hedendaagse* grondwetgever naar algemene rechtsopvatting aanvaardbaar is en die verenigbaar is met de bewoordingen van de bepaling,²⁶⁴ kan zo bepalend zijn voor de uitleg van die bepaling.

Volgens deze methode van het opsporen van de opvatting van de 'hedendaagse' grondwetgever kan een achterliggend beginsel wel degelijk van betekenis zijn voor de interpretatie van een grondwetsbepaling. Zo speelt het beginsel dat slechts voor de uitoefening van bevoegdheden (onder de verantwoordelijkheid) van ministers verantwoording dient te worden afgelegd aan het democratisch verkozen parlement ('Geen verantwoordingsplicht zonder bevoegdheid'), thans een rol in de uitlegging van artikel 42, tweede lid Grondwet. Hoewel dit achterliggende beginsel op zichzelf subjectief van aard is, is in dit geval wel degelijk sprake van een geobjectiverde uitleg van het genoemde artikellid: niet het beginsel als zodanig, dat

263 Zie voor een nadere uitwerking par. IV.2.3.1.

264 Deze benadering is ontleend aan Duynstee 1959, p. 318, met instemming van Jeukens 1970, p. 174; Dölle 1988, p. 241. De voor deze benadering relevante passage uit Duynstees werk wordt geciteerd in par. III.4.3.2. Overigens kwam het in het verleden ook voor dat een grondwetsbepaling werd geïnterpreteerd op een manier die openlijk in strijd met de bewoordingen van een grondwetsbepaling was. Illustratief is de formulering van het niet meer geldende art. 86, tweede lid Grondwet 1972, waarin was bepaald dat de koning ministers 'naar welgevallen' kon ontslaan. In dat geval lijkt het wijzer niet te spreken van grondwetsinterpretatie, maar van het onderscheiden van een aparte, aan de grondwetsbepaling derogerende regel van ongeschreven staatsrecht. Zie par. III.3.4.1.1.

zich immers leent voor een subjectieve invulling, maar de wijze waarop de betrokken ambten blijkens de *Handelingen* en *Kamerstukken* aan dit beginsel betekenis geven, is immers leidend voor zijn uitleg.

III.3.3.2.3 De grondwetsbepaling als 'slaperdijk' versus 'wakerdijk'

Naast hun moeilijkere wijzigbaarheid, is ook de openheid van veel grondwetsbepalingen van invloed op het vinden van hun geëigende interpretatie. Voor dergelijke open bepalingen geldt bij uitstek dat hun invloed afhankelijk is van wat er in de samenleving gebeurt. Voor deze spanning heeft Koopmans de treffende omschrijving 'juridische dynamica' geformuleerd: soms houdt de formulering een maatschappelijke ontwikkeling tegen, soms biedt zij daaraan juist de ruimte.²⁶⁵ Aldus vormt de interpretatie van dergelijke bepalingen bij uitstek een tweeledige activiteit; de uitlegger van een grondwetsbepaling dient bij haar interpretatie zowel haar totstandkomingsgeschiedenis als de relevante (maatschappelijke) veranderingen van na haar totstandkoming in het oog te houden. In de praktijk zal bij de interpretatie van een bepaling dan ook vaak het achterliggende probleem een rol moeten spelen, waarna de uitlegger de afweging zal moeten maken of de waarde en de tekst van een grondwetsbepaling de ruimte laten voor een bepaalde ontwikkeling of juist niet. De ene grondwetsbepaling vormt een soort 'slaperdijk' die alle ruimte voor maatschappelijke ontwikkelingen biedt, de andere is meer een 'wakerdijk' die aan bepaalde vernieuwingen een grens stelt.

In dat licht is er ruimte voor een aanvullende interpretatiemethode op basis waarvan het in voorkomende gevallen mogelijk is met behulp van de opvatting van een 'hedendaagse' grondwetgever een correctie aan te brengen op de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever, mits een dergelijke interpretatie niet openlijk in strijd komt met de bewoordingen van de bepaling.²⁶⁶ Bij het gebruik van deze interpretatiemethode wordt de inzet van verschillende hulpmiddelen bepleit, zoals de aan een grondwetsbepaling ten grondslag liggende beginselen,²⁶⁷ de rechts- of grondwetscultuur waarin een grondwettelijk voorschrift functioneert,²⁶⁸ de geschiedenis van de toepassing van een bepaling²⁶⁹ en de mate waarin de interpretatie van een grondwettelijke bepaling bijdraagt aan de realisering van een doelmatig of efficiënt staatsbestuur of daaraan verwante doelen.²⁷⁰ Hoewel meestal uit geen van die hulpmiddelen een concrete rechtsplicht kan worden gedestilleerd, kunnen zij tegen de achtergrond van een concreet probleem, al dan niet aangevuld met de hedendaagse opvattingen van de betrokken ambten,

265 Koopmans 1987 [1978], p. 300-301 = Koopmans 1991, p. 74-75.

266 Zie par. III.3.3.2.2.

267 Jeukens 1970, p. 176; Meuwissen 1971, p. 35; Van der Vlies 1995, p. 187; Boogaard 2019, m.n. p. 16-17.

268 Konijnenbelt 1996, p. 119; Sillen 2020, p. 400-411.

269 Kortmann 1994, p. 369.

270 Dölle 1988, p. 238; Kortmann 1994, p. 370; Van der Vlies 1995, p. 187.

wel degelijk hulp bieden bij het vinden van de geëigende interpretatie van het voorliggende voorschrift.²⁷¹

Op deze spanning tussen het waarborgkarakter en de openheid van grondwetsbepalingen heeft het proefschrift van Van der Hoeven betrekking. Volgens de overkoepelende these van deze dissertatie zijn het niet zozeer de voorschriften uit de Grondwet, maar veeleer de feitelijke ontwikkelingen in het staatsleven die de inhoud van het geldende constitutionele recht bepalen.²⁷² In de ogen van Van der Hoeven gaat de concrete invloed van machtsverhoudingen en overige feitelijke omstandigheden in het staatsbestel zover dat de inhoud van grondwettelijke voorschriften niet of nauwelijks van invloed is op de concrete verhoudingen tussen staatsinstellingen in de praktijk. Hoewel deze stelling te ongenueanceerd is, is de gedachte dát het feitelijke handelen van staatsinstellingen in algemene zin van invloed is op de uitlegging van de Grondwet juist.

Op deze plaats²⁷³ verdient één aspect van Van der Hoevens proefschrift nadere aandacht, namelijk zijn beschouwing over de rol van grondwetsbepalingen met een zogeheten 'technisch-organisatorisch element' die volgens hem blijf geven van een 'neiging om werkzaam te blijven' als de verhoudingen tussen de grote staatsinstellingen zich in de praktijk wijzigen.²⁷⁴ Hoewel dergelijke technisch-organisatorische bepalingen 'een taaier gelding plegen te hebben' dan voorschriften die direct betrekking hebben op de verhoudingen tussen de staatsinstellingen, zijn beide soorten regels volgens Van der Hoeven allebei in even sterke mate 'aan het feitelijk staatkundig gebeuren onderworpen'.²⁷⁵ Hij verklaart het verschil tussen beide soorten bepalingen aan de hand van hun aanpassingsvermogen aan feitelijke omstandigheden. Deze technisch-organisatorische voorschriften zouden volgens hem een 'minder essentieel en meer uiterlijk karakter hebben' en 'gemakkelijker verenigbaar met feitelijke ontwikkelingen' zijn dan grondwettelijke regels die dit technisch-organisatorische karakter ontberen.²⁷⁶ Op deze plaats bespreek ik verschillende voorbeelden van grondwettelijke regelingen waarvan de toepassing en interpretatie onder invloed van feitelijke ontwikkelingen aanzienlijk zijn veranderd of juist hetzelfde zijn gebleven.

Het eerste voorbeeld betreft de grondwettelijke regeling van het ontbindingsrecht van artikel 64, eerste lid Grondwet.²⁷⁷ Volgens Van der Hoeven kon de regering dit recht gebruiken om eventuele conflicten met het parle-

271 Vgl. in die zin ook Logemann 1958, p. 430; Jeukens 1970, p. 185; Dölle 1988, p. 241; Elzinga 1996, p. 115-116 = Elzinga 1997, p. 68-70 = Elzinga 2020, p. 176-177.

272 Van der Hoeven 1958, o.a. p. 41, 95.

273 Zie voor een bespreking van de algemene these van Van der Hoeven en de daarop in de literatuur geuite kritiek par. III.4.2.

274 Van der Hoeven 1958, p. 162.

275 Van der Hoeven 1958, p. 164-165.

276 Van der Hoeven 1958, p. 165.

277 Overigens zijn niet alleen de hier te bespreken ontbinding op termijn, maar ook andere aspecten van het ontbindingsrecht gedurende het bestaan van dat recht aan verandering onderhevig geweest. Zie par. IV.2.4.1.

ment te kunnen oplossen. Na de introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1917 kunnen dergelijke conflicten zich echter nauwelijks meer voordoen, want, zo vervolgt hij, 'de werkelijke tegenstellingen liggen immers niet meer tussen regering en parlamentsmeerderheid, maar tussen de, die meerderheid vormende, fracties in het parlement en in de regering'.²⁷⁸ Bijgevolg is het ontbindingsrecht volgens Van der Hoeven neutraler van karakter geworden en geldt het slechts nog als 'een formele bevoegdheid' die toepassing kan vinden in 'alle gevallen, waarin men er op enigerlei manier heil van verwacht'.

Vanaf 1933 zou ook de ontbinding op termijn bij het gebruik van het 'reguliere' ontbindingsrecht gangbaar worden. In dat jaar nam het derde kabinet van Ruijs de Beerenbrouck het besluit tot het doen ontbinden van de Tweede Kamer, in reactie op de aanneming van een motie waarin de Kamer zich keerde tegen de opheffing van een viertal rechtbanken en een veertigtal kantongerechten.²⁷⁹ De ontbindingsbeslissing bepaalde dat zowel de sluiting als de ontbinding van het oude parlement na de verkiezingsdatum zou plaatsvinden, waardoor de betekenis van een ontbindingsbeslissing definitief zou veranderen.²⁸⁰ Op papier was bij de Kamerontbinding van 1933 sprake van de laatste klassieke conflictontbinding, maar in werkelijkheid lijkt deze ontbindingsbeslissing vooral tot doel te hebben gehad de verkiezingen te vervroegen. Daarmee was toen van een 'echte' conflictontbinding al geen sprake meer. De gedachte dat het parlement na een ontbindingsbeslissing niet meer bijeen kan komen, omdat het daarna niet langer representatief is, zou daarna bij de toepassing van het ontbindingsrecht definitief geen rol meer spelen.²⁸¹ In 1983 vindt deze ontwikkeling haar eindpunt in de codificatie van de ontbinding op termijn in artikel 64, derde lid Grondwet.

Het tweede voorbeeld, dat in het verlengde daarvan ligt, is de verplichting tot ontbinding van de Tweede Kamer na de voltooiing van de eerste lezing van de grondwetsherzieningsprocedure op basis van het huidige artikel 137, derde lid Grondwet. In de loop der tijd is deze verplichting aanmerkelijk van karakter veranderd. Volgens de oorspronkelijke bedoeling van de

278 Van der Hoeven 1958, p. 154, ook voor het volgende citaat (op p. 157).

279 Van den Berg & Vis stellen dat het kabinet niet zelf zijn ontslag aanbod vanwege de munitie van de Harer Majesteits De Zeven Provinciën in Nederlands-Indië die enkele dagen plaatsvond na het conflict tussen regering en parlement over de bezuiniging op de rechterlijke macht. Als de bewindspersonen uit de regering zelf waren opgestapt, had dat buiten Nederland wellicht de indruk gewekt dat zij niet tegen de druk als gevolg van de munitie was opgewassen, zo betogen beide auteurs. Zie Van den Berg & Vis 2013, p. 700-702.

280 Vis 1987, p. 49-50.

281 Al is een kleine nuancering hier op haar plaats: volgens Vis was in 1933 nog slechts sprake van een 'prelude' op deze verandering van de toepassingspraktijk van het ontbindingsrecht, die pas vanaf de vijftiger jaren definitieve vormen zou gaan aannemen. In 1933 was het conflictelement tussen regering en parlement immers ook niet helemaal afwezig. Zie Vis 1987, p. 48.

grondwetgever volgde uit deze eis, die al sinds 1848 in de Grondwet staat, dat de ontbinding van (de toen nog)²⁸² beide Kamers vrijwel geheel dient samen te vallen met de daadwerkelijke ontbinding van de Kamers.²⁸³ In dit kader stelt Struycken dat 'de Grondwet de verklaring van den wetgever, dat er reden bestaat de Grondwet te herzien, van zooveel gewicht acht, dat zij als gevolg daarvan eischt, dat de Regeering zich dienaangaande vergewisse, en door Kamers, waarvan zeker is, dat zij dit vertrouwen bezitten, nogmaals over de herzieningsvoorstellen doen stemmen'.²⁸⁴ Volgens de grondwetgever is herziening van de Grondwet dus aangewezen, als er twijfel bestaat over de mate waarin de dan geldende Grondwet als grondslag voor het staatsleven kan dienen. De ontbinding van de Kamer in het kader van de grondwetsherzieningsprocedure had daarom oorspronkelijk tot doel om die twijfel weg te nemen. Dit verklaart ook waarom de grondwetgever meende dat de samenkomst van de Kamers niet langer wenselijk is als een besluit tot grondwetsherziening wordt genomen; het nemen van een dergelijk besluit wijst immers op het bestaan van twijfel over de representatieve karakter wordt weggenomen, omdat beide Kamers immers daaraan hun bestaansrecht ontleen. In dat licht is te verklaren waarom van oudsher de wens bestond dat vrijwel *meteen* na het ontstaan van deze twijfel zeker wordt gesteld dat de Kamers (weer) voldoende representatief zijn, zodat zij weer adequaat hun taak kunnen vervullen.

Vanaf 1917 komt er een einde aan deze rigoureuze toepassing van de ontbinding van de Kamer(s) met het oog op grondwetsherziening. Vanaf dat jaar ontstaat de, nog altijd gangbare, praktijk dat de beslissing om de Tweede Kamer te ontbinden met het oog op grondwetsherziening, pas *daadwerkelijk* tot ontbinding leidt op een datum na het tijdstip van de verkiezingen: de zogeheten ontbinding op termijn. Gezien deze samenvaal van

282 Tot 1995 had deze eis ook betrekking op de Eerste Kamer. Pas in dat jaar heeft de grondwetgever de eis van ontbinding van de Eerste Kamer na de eerste lezing van de grondwetsherzieningsprocedure uit de Grondwet geschrapt. Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23575, nr. 2-3, p. 1; Wet van 10 juli 1995, *Stb.* 1995, 403.

283 Wel bestond er in die tijd na het nemen van de ontbindingsbeslissing (zowel vanwege een conflict als met het oog op grondwetsherziening) de gelegenheid voor het houden van een sluitingsvergadering. Pas na de beëindiging van die vergadering zou de ontbinding van de Kamers definitief gestalte krijgen. In de praktijk duurde de periode tussen het ontbindingsbesluit en de daadwerkelijke sluiting van beide Kamers nooit lang. Zie *Vis* 1987, p. 54.

284 Struycken 1916-1917, p. 415 = Struycken 1924, opgenomen in het gedeelte 'Verzamelde opstellen (staatsrecht en administratief recht)' op p. 59. Zie ook Van der Hoeven 1958, p. 156.

de ontbinding van de oude Kamer met de eerste samenkomst van de nieuw gekozen Kamer ‘misvormt men’, in de woorden van Struycken, ‘de ontbinding’, omdat dan ‘in den vorm vrijwel alles “weggewerkt” [is], wat aan de herziening der Grondwet haar bijzonder karakter verleent en aan de bevolking doet zien, dat zij voor eene gewichtigere beslissing wordt gesteld dan bij de gewone periodieke verkiezingen’.²⁸⁵ In dat licht vond de toepassing van deze bepaling lange tijd nauwelijks nog aansluiting bij haar oorspronkelijke betekenis. Bij de grondwetsherzieningsprocedure van 1922 verklaarde de regering opnieuw tot het gebruik van het ontbindingsrecht op termijn over te gaan, omdat in 1917 al ‘zonder ernstige tegenspraak’ was erkend dat de Grondwet zich tegen deze praktijk niet verzette.²⁸⁶

Het derde voorbeeld betreft het voorschrift op basis waarvan wetsvoorstellen pas kracht van wet kunnen krijgen na ondertekening door de koning én een of meer ministers. Sinds 1840 bepaalt (de voorloper van het huidige) artikel 47 Grondwet dat de geldigheid van wetten en koninklijke besluiten afhankelijk is van het contraseign van ministers en staatssecretarissen. Het contraseign, dat was gekoppeld aan de ministeriële verantwoordelijkheid, gaf uiting aan de strafrechtelijke verantwoordelijkheid en (vanaf 1848) de politieke verantwoordelijkheid van ministers (en na 1948 ook van staatssecretarissen) voor het besluit dat zij hebben medeondertekend. De opneming van deze eis in de Grondwet van 1840 markeerde het einde van de besluitenregering van Willem I en weerspiegelde zo de afname van de macht van de koning. Van deze oorspronkelijke functie is inmiddels weinig meer over.²⁸⁷

285 Struycken 1916-1917, p. 322-323 = Struycken 1924, opgenomen in het gedeelte ‘Verzamelde opstellen (staatsrecht en administratief recht)’ op p. 55-56. Overigens zag Struycken in de ontbinding op termijn van 1917 weinig kwaad, omdat die verkiezingen *pro forma* waren; de aan de Tweede Kamerverkiezingen deelnemende partijen hadden met elkaar afgesproken dat per district slechts één kandidaat aan de verkiezingen mee zou doen, zodat op voorhand vaststond hoe de zetelverdeling in de Tweede Kamer er na de verkiezingen uit zou zien. Van twijfel over het representatieve karakter van de Kamer, die de aanleiding hoort te vormen voor een beslissing tot Kamerontbinding, was dan ook in dit geval geen sprake. Dat zou echter de eerste en de laatste keer zijn dat de ontbinding op termijn niet bezwaarlijk is in het licht van de oorspronkelijke gedachte van de grondwetgever. Vgl. in die zin ook Vis 1987, p. 58.

286 *Kamerstukken II* 1920/21, 451, nr. 17, p. 60.

287 In die zin ook Boogaard 2017, p. 321. Van der Hoeven wees er reeds in 1958 op dat die koppeling tussen de ministeriële verantwoordelijkheid en het contraseign niet altijd bestaat. Illustratief is volgens hem de medeondertekening door de aftredende minister-president van het besluit tot benoeming van de nieuw aantredende premier respectievelijk het contraseign door de zojuist benoemde premier van het besluit tot ontslag van zijn voorganger. Volgens Van der Hoeven zouden de af- en aantredende minister-president zélf verantwoordelijk voor hun benoeming respectievelijk ontslag moeten zijn. Uit dit voorbeeld blijkt volgens hem dat ‘zelfs een eenvoudig technisch procédé ter realisering van een zo bij uitstek materieel instituut als de ministeriële verantwoordelijkheid, in bepaalde omstandigheden een eigen bestaan gaat leiden en dan nog slechts formeel wordt geïnterpreteerd en toegepast’. Zie Van der Hoeven 1958, p. 143-144.

Tegenwoordig is de inmenging van de koning in politieke besluitvorming nauwelijks nog een reëel gevaar. De verplichting van de koning om besluiten te signeren is tegen die achtergrond verworpen tot een voorschrift met een louter technisch karakter.

In de ogen van Van der Hoeven hebben de genoemde voorschriften hun achtergrond 'geheel of voor een groot deel verloren', maar bleven zij 'van kracht en werkzaam' als een voorschrift met een primair technisch karakter.²⁸⁸ Zij illustreren dat feitelijke ontwikkelingen de concrete *betekenis* van een grondwettelijke bepaling binnen het staatsbestel aanzienlijk kunnen veranderen.²⁸⁹ De formele, technische elementen uit die bepalingen zijn echter wel tegen die veranderingen bestand gebleven; nog altijd vinden zij onverkort toepassing. Het belang van het behoud van die technische bepalingen zal per geval verschillen. Aan de ene kant heeft het contraseign van artikel 47 van de Grondwet slechts nog in beperkte mate toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 87, eerste lid van de Grondwet waarin is bepaald dat een wetsvoorstel wet wordt zodra het door de Staten-Generaal is aangenomen en door de koning is bekrachtigd.²⁹⁰ Aan de andere kant is de stelling verdedigbaar dat de 'technische' ontbinding van de Tweede Kamer voorafgaand aan de tweede lezing van een herziening van de Grondwet toch nog een nuttige functie vervult.²⁹¹ Zij voorkomt bijvoorbeeld het ontstaan van de situatie waarin de grondwetgever tot een overhaaste herziening overgaat.

Overigens is het niet vanzelfsprekend dat grondwetsbepalingen in de loop der tijd een steeds formelere toepassing krijgen. Een belangrijk voorbeeld van een bepaling die zich voor wat betreft haar formulering goed leent voor een formele toepassing, maar toch een materiële betekenis heeft gehouden is artikel 81 van de Grondwet. Tijdens de behandeling van deze bepaling in de algehele herzieningsprocedure merkte de regering op dat 'een beslissend wetgevingsreferendum en een volksinitiatief, waaraan beslissende gevolgen zijn verbonden, zonder voorzieningen in de Grondwet constitutioneel zijn uitgesloten, omdat daarmee zou worden afgeweken van de in de Grondwet neergelegde regel dat wetten bindend worden vastgesteld door regering en Staten-Generaal'.²⁹² Uit deze passage blijkt dat de regering in deze bepaling een delegatieverbod leest, terwijl dat uit het formele karakter

288 Van der Hoeven 1958, p. 163.

289 Vgl. in die zin ook Hirsch Ballin 1982, p. 84. Hij merkt op dat feitelijke veranderingen 'het belang van procedurele voorwaarden voor de bevoegdheidsuitoefening kunnen vergroten, verkleinen of opheffen'.

290 In die zin ook Boogaard 2017, p. 321.

291 Vgl. in die zin reeds s' Jacob 1951a, p. 718-719. s' Jacob betoogt dat het juist wenselijk is dat de grondwetsherzieningsprocedure 'zonder extra omslag' (dus zonder extra ontbinding, los van de periodieke verkiezingen) verloopt. Volgens hem zou een extra ontbinding niet zonder gevaar zijn; in zijn ogen is het denkbaar dat een dergelijke ontbinding 'de kiezers onverschillig laat', waar 'de eerbied voor de Grondwet' onder zou kunnen gaan lijden.

292 *Kamerstukken II 1979/80, 15047 (R 1099)*, nr. 8, p. 18.

ter van de bepaling niet valt af te leiden.²⁹³ Toch is deze interpretatie door de regering nog altijd leidend, omdat haar opvatting tot dusverre onbestreden is gebleven.

Uit deze voorbeelden blijkt dat technische grondwetsbepalingen aan de ene kant soms een dermate technisch karakter hebben, dat hun gelding nauwelijks opvalt in de praktijk; zij zijn hoogstens een ‘slaperdijk’ in de zin dat zij slechts in uitzonderingssituaties hun nut dienen te bewijzen. Aan de andere kant zijn er juist ook grondwetsbepalingen die, hoewel dat misschien niet altijd op het eerste gezicht uit hun formulering blijkt, op heel concrete wijze feitelijke ontwikkelingen tegenhouden en daardoor dienstdoen als ‘wakerdijk’.

Wat het proces van constitutionele rechtsvinding er niet eenvoudig op maakt, is dat het niet eenvoudig is om uit de tekst op te maken hoe sterk de sturende kracht van het voorschrift is. Een belangrijke rol daarbij spelen wat Witteveen ‘de conventies van de interpretatiegemeenschap’ noemt.²⁹⁴ Hij doelt daarmee op ‘het algemeen aanvaard, maar niet volgens vaste regels verlopend procedé’ dat de meningsverschillen tussen de lezers van grondwetsvoorschriften beperkt ‘tot die welke door de normen van de interpretatiegemeenschap worden toegelaten’. Deze conventies zijn zelf ook weer veranderlijk; ook daarom is het van belang om bij de interpretatie van een grondwetsvoorschrift waar nodig de relevante context te betrekken.

III.3.3.2.4 *Balans*

Het grondwettelijke recht dat is opgenomen in de hoofdstukken 2 tot en met 5 heeft een bijzondere aard. Kenmerkend voor dit deel van de constitutie is niet alleen zijn aanbouw karakter, waardoor er niet of nauwelijks een *grand design* in te ontdekken valt, maar ook de afwezigheid van een onafhankelijk (rechterlijk) orgaan dat bevoegd is de daarin opgenomen bepalingen bindend te interpreteren.

In het licht van deze van reguliere wetgeving afwijkende kenmerken kan de uitlegger van de in dit deel van de Grondwet opgenomen bepalingen niet altijd volstaan met het gebruik van de gebruikelijke interpretatiemethoden van wetgeving. In voorkomende gevallen kan het noodzakelijk zijn om ook de context van het uit te leggen voorschrift tegen de achtergrond van het voorliggende probleem bij de uitlegging van de voorliggende grondwetsbepaling een rol te laten spelen. Een dergelijke uitleg moet dan wel zoveel mogelijk kunnen worden geobjectiveerd op basis van de opvattingen van de ‘hedendaagse’ grondwetgever, die bovendien niet in strijd mag komen met de bewoordingen van de uit te leggen bepaling. Soms leidt een dergelijke uitleg tot de conclusie dat een bepaling niet of nauwelijks nog normatieve kracht heeft, terwijl in andere gevallen een ogenschijnlijk onbeduidende bepaling in de praktijk juist wel een sturende rol vervult.

293 Vgl. in die zin ook o.a. Boogaard 2019, p. 8.

294 Witteveen 1988, p. 227, ook voor het volgende citaat.

Het is daarom slechts in beperkte mate mogelijk algemene conclusies te trekken over het vinden van de meest geëigende interpretatie van een grondwetsbepaling. Daarvoor verschillen de besproken bepalingen uit de Grondwet voor wat betreft hun normatieve kracht te veel van elkaar.²⁹⁵ Wel blijkt dat grondwetsbepalingen ondanks hun soms hoge leeftijd in de praktijk wel degelijk het verloop van het politieke leven kunnen sturen. Het is daarom raadzaam de normatieve kracht van de Grondwet niet te snel te onderschatten.

III.3.4 Ongeschreven staatsrecht

Sinds het begin van de twintigste eeuw staat vast dat de Grondwet niet langer de uitputtende regeling van de Nederlandse constitutie vormt. Zij liet daardoor in toenemende mate ruimte voor de vorming van rechtsregels buiten de sfeer van de Grondwet. Aanvankelijk leek de ontwikkeling van de doctrine met betrekking tot de vaststelling van dergelijke regels snel op gang te komen.

Nadat de Tweede Kamer aan het langste eind trok bij conflicten tussen de regering en de Tweede Kamer over de kwesties-Mijer en -Luxemburg,²⁹⁶ klonk vanuit de hoek van de staatsrechtswetenschap al relatief snel het geluid dat hier achteraf gezien sprake was van een verandering van het *recht*; toen de regering in 1868 ervan afzag een tweede maal tot ontbinding van de Kamer over te gaan, was niet zomaar een gewoonte gevestigd maar een praktijk waaraan zij in het vervolg juridisch gezien gebonden was. Na het ontstaan van de regel in 1922 op basis waarvan de regering voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen haar ontslag dient aan te bieden aan de koning,²⁹⁷ veranderde deze kernregel van het parlementaire stelsel in de nog altijd geldende vertrouwensregel. Volgens deze regel dient een bewindspersoon of een voltallig kabinet op te stappen, als een meerderheid in het parlement zijn vertrouwen opzegt in de betreffende minister, staatssecretaris of voltallige ministersploeg.²⁹⁸ Vanaf het begin van de twintigste eeuw stuitte de stelling dat de Tweede Kamer in een conflict met het kabinet uiteindelijk aan het langste eind zou moeten trekken nauwelijks nog op weerstand. Na de aanvankelijk snelle aanvaarding van deze nieuwe categorie rechtsregels,

295 Het is daarom eigenlijk niet geheel zuiver om de hoofdstukken 2 tot en met 5 van de Grondwet in hun geheel als een 'slaperdijkconstitutie' te omschrijven, zoals ik in navolging van Elzinga in de inleiding van deze paragraaf deed. Sommige bepalingen hebben weliswaar het karakter van een 'slaperdijk', andere lijken daarentegen het karakter van een 'wakerdijk' te hebben.

296 Zie voor een uitgebreidere beschrijving van het verloop van deze conflicten par. III.2.4.

297 Zie nader par. IV.2.4.2 (over de bindende kracht van deze regel) en par. IV.5.3.2 (over het ontstaan van deze regel).

298 Ik laat in deze paragraaf de vragen over de toepassing en reikwijdte van deze regel buiten beschouwing. Zie daarover (in algemene zin) par. IV.2.4.4 en (ten aanzien van de verhouding tussen kabinet en Eerste Kamer) par. IV.6.4.2.

stokte de ontwikkeling ervan. Vanaf de twintigste eeuw hebben zich opmerkelijk genoeg niet of nauwelijks regels van ongeschreven staatsrecht ontwikkeld die een met de vertrouwensregel vergelijkbare onomstreden status hebben.²⁹⁹

In deze paragraaf beschrijf ik een aantal factoren die daaraan debet zijn. Ik breng daartoe de historische ontwikkeling van en de huidige perspectieven op de doctrine over het ongeschreven staatsrecht in kaart.

III.3.4.1 Historische ontwikkeling

III.3.4.1.1 De intrede van buitengrondwettelijke regels in de constitutie

Na de beëindiging van het conflict tussen regering en parlement inzake de Luxemburgse kwestie in 1868 is de vestiging van het parlementair stelsel nog niet een vaststaand gegeven. In de *Narede* die Thorbecke een jaar later schreef, betoogt hij nog:

‘De constitutioneele Monarchie kent ééne absoluten wil niet; zij bestaat in een verband van elkander wederkeerig beperkende organen, aangelegd om met vrijheid zamen te werken tot eene wetgeving en een bestuur, die aan de eischen van een juist, regtvaardig, nationaal verstand beantwoorden.’³⁰⁰

Volgens deze benadering is er in ieder geval constitutioneel gezien op dat moment geen aanleiding om aan te nemen dat de Staten-Generaal bij een nieuw conflict met de regering weer aan het langste eind zouden moeten trekken. In plaats daarvan ontstaat er een gebrek aan duidelijkheid over de politieke verhoudingen tussen regering en parlement, die in de decennia daarna een zeker evenwicht tussen beide organen schept.³⁰¹

Tegen die achtergrond is het niet verwonderlijk dat Buys in zijn commentaar op de Grondwet uit 1883 oordeelt dat de conflicten tussen regering en Staten-Generaal over de benoeming van Mijer en de Luxemburgse kwestie weliswaar een grote feitelijke invloed hebben gehad op de verhouding tussen regering en parlement, maar desalniettemin ‘het eigenlijke staats-

299 Een enkele auteur onderscheidt in dat kader nog de ‘conventie van 1868’ als andere regel van ongeschreven staatsrecht. De actuele betekenis van deze regel is echter inmiddels zo beperkt dat het nauwelijks nog nut heeft hem apart te onderscheiden. Zie par. IV.2.4.4.

300 Thorbecke 1870, p. xv. Vgl. ook par. III.2.4.

301 Donner 1981b, p. 283. Overigens leidde Van Houten al in 1872 uit de gebeurtenissen van 1866-1868 af dat de volksvertegenwoordiging politiek overwicht heeft op de regering. Hij sprak in dat kader nog niet over ongeschreven recht, maar over de ‘beginselen der volkssoevereniteit’. Zie Van Houten 1872, p. 27-28. Hoewel Van Houten gelijk heeft gekregen dat het politiek overwicht in de relatie met de regering inderdaad bij de volksvertegenwoordiging is komen te liggen, is de volkssoevereniteit in de Nederlandse staatsrechtswetenschap nooit een courant begrip geworden.

recht geheel onaangeroerd' lieten.³⁰² Hij acht het denkbaar dat er een tijd zou komen waarin

'de eigen behoeften van de maatschappij, klagende over de onvruchtbaarheid van het parlementaire stelsel, het monarchale element weder meer op den voorgrond dringen dan nu het geval is, of wel dat dit element om andere oorzaken van zijn vroegere kracht herwint, en gebeurt dit dan zal ook de tegenwoordige machtsverhouding zich wijzigen op soortgelijke wijze als zij is ontstaan, niet door nieuwe wettelijke voorschriften, maar binnen de grenzen van het geldende recht door datzelfde natuurlijke ontwikkelingsproces dat den toestand welke thans bestaat geschapen heeft'.

Aan die benadering ligt nog de thorbeckeaanse gedachte ten grondslag dat de Grondwet de basis is voor het gehele staatsleven; wat niet in de Grondwet staat, kan per definitie geen deel uitmaken van het staatsrecht.

Nog in hetzelfde jaar klinkt er kritiek op deze benadering. Opzoomer heeft in zijn bespreking van Buys' grondwetscommentaar vooral bezwaar tegen de keuze om de Grondwet alleen toe te lichten aan de hand van de tekst en de geschiedenis van de afzonderlijke grondwetsbepalingen. In Buys' artikelsgewijze toelichting op de Grondwet mist Opzoomer aandacht voor 'den *geest*, waarin zij moet worden verklaard, toegepast en ontwikkeld'.³⁰³ In zijn ogen is de geest van de Grondwet van invloed op de toen actuele vraag of de Staten-Generaal bevoegd zijn een begroting te verwerpen wegens daarbuiten gelegen redenen. Anders dan Buys, is Opzoomer van mening dat de leden van de volksvertegenwoordiging over de bevoegdheid beschikken om de begroting te verwerpen, ook als aan de begroting op zichzelf niets mankeert. Opzoomer is zich ervan bewust dat de Grondwet op dit punt geen bevoegdheid toekent aan de Staten-Generaal. Volgens hem is het echter onwenselijk als het politieke overwicht in de verhouding met de volksvertegenwoordiging weer bij de regering zou komen te liggen:

'Hier mag geen geschreven recht bestaan, niet eens denkbaar zijn, hier heeft de praktijk een ongeschreven recht gevestigd, dat – zoolang het niet bij alle machten een levensbeginsel geworden is, dat 's lands zaken alleen in den geest des volks

302 Buys 1883, p. 370, ook voor het volgende citaat (op p. 371-372). Vgl. in die zin ook Heemskerk 1881, deel I, p. 101-105.

303 Opzoomer 1883, p. 12 (cursivering in origineel, GJAG).

te sturen zijn – de eenige afdoende waarborg is, dat aan dien volksgeest werkelijk zijn volle recht zal worden gedaan.³⁰⁴

Niet alleen is dit citaat het startpunt van het denken over buitengrondwettelijke regels in de Nederlandse constitutie, het illustreert ook waarom de tweeledige term ‘ongeschreven *recht*’ daarbij leidend zou worden: de erkenning van het parlementaire overwicht van het parlement op de regering was niet zozeer een niet-juridische aanvulling op de geldende regels, maar *doorkruiste* ook het in de Grondwet besloten liggende evenwicht tussen regering (koning) en volksvertegenwoordiging. Door in dit kader over recht te spreken, maakt Opzoomer duidelijk dat het bestaan van dit parlementaire overwicht op de regering zowel blijvend is (althans, zou moeten zijn) als aan (het stelsel van) de Grondwet kan (althans, zou moeten) derogeren.

In de versies van de Grondwet van voor 1983 was bepaald dat de koning ministers benoemt en hen ontslaat ‘naar welgevallen’ (art. 86, tweede lid Grondwet 1972). In dat licht bestond er op dat moment op basis van de bewoordingen van de Grondwet geen ruimte voor de juridische erkenning van een parlementair overwicht op de regering.³⁰⁵ Immers, de exclusieve bevoegdheid om ministers te ontslaan lag bij de *koning*. De tekst van de Grondwet stond er dus aan in de weg om deze bevoegdheid op basis van het ongeschreven recht over te hevelen naar het parlement. Daarom heeft de conventie van 1868, net als later de vertrouwensregel, tot 1983³⁰⁶ het karakter van een *contra-legem*-regel gehad.

Bovend’Eert kan zich niet vinden in deze opvatting. Hij baseert zich voor dat standpunt op de betekenis van de woorden ‘naar welgevallen’ die volgens hem tot uitdrukking brengen ‘dat ministers geen gewone ambtenaren waren, zodat specifieke ontslaggronden niet voor hen golden. De Koning was vrij om ministers om welke reden dan ook te ontslaan’.³⁰⁷ Op basis van deze constatering uit hij kritiek op de gedachte dat de vertrouwensregel tot 1983 derogerende aan de Grondwet. Bovend’Eert meent dat die gedachte voorbijgaat aan de hiervoor geciteerde betekenis van de woorden ‘naar welgevallen’ en stelt vervol-

304 Opzoomer 1883, p. 53. Overigens blijkt uit Opzoomers opvattingen eveneens hoezeer het parlementaire stelsel op dat moment nog in ontwikkeling was. Als de Kamer andere middelen dan de verwerping van de begroting wegens daarbuiten gelegen redenen zou gebruiken om haar onvrede jegens het beleid van een minister te uiten, zou dat volgens Opzoomer voor de betreffende minister geen verplichting tot aftreden opleveren: ‘Een motie van wantrouwen is een *woord* van wantrouwen, waarvoor men de ooren kan sluiten, de afstemming der begroting is een beslissende *daad* van wantrouwen, die den minister vonnist en hem van zijn plaats dringt [citaat op p. 55; cursiveringen in origineel, GJAG].’

305 Vgl. in die zin ook Kamphuisen 1933, p. 15; Veraart 1947, p. 6; Van der Pot/Donner 1977, p. 239; Elzinga 2003, p. 13-14, nt. 17.

306 Pas in 1983 is de bevoegdheid van de koning om ministers ‘naar welgevallen’ te ontslaan geschrapt. In de aanloop naar de herziening van dat jaar erkende de grondwetgever het bestaan van de vertrouwensregel, waardoor hij niet langer het karakter van een aan de Grondwet derogerende regel heeft. Zie nader par. III.3.3.1.4.

307 Bovend’Eert 2020, p. 88 met verwijzing naar Buys 1883, p. 355, ook voor het volgende citaat.

gens: 'In die zin is de vertrouwensregel in geen enkel opzicht te beschouwen als een inbreuk op een grondwettelijk prerogatief van de Koning.'

Hoewel Bovend'Eerts opvatting in nogal stellige bewoordingen is vervat, moet zij haast wel op een vergissing berusten. Op zichzelf klopt het dat de woorden 'naar welgevallen' uitdrukking geven aan de afwezigheid van ontslagbescherming voor ministers, maar op basis van de bewoordingen van artikel 86, tweede lid Grondwet 1972 is de consequentie daarvan dat enkel en alleen de *koning* de vrije bevoegdheid had om ministers te ontslaan. De tekst van dit artikel liet dus geen ruimte om deze vrije ontslagbevoegdheid voortaan zomaar aan een volksvertegenwoordigend orgaan toe te kennen. Dat laatste is echter precies wat de juridische erkenning van het overwicht van het parlement op de regering tot doel had: als de Tweede Kamer (in laatste instantie) dient te beslissen of een minister kan aanblijven, dan verliest de koning feitelijk zijn vrije bevoegdheid om ministers te ontslaan.

In lijn met de benadering van Opzoomer vraagt Oppenheim in zijn Groningse oratie uit 1885 aandacht voor de ontwikkeling van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk, waar 'de natuurlijke ontwikkeling het aanzijn [had] geschonken aan de ongeschreven, de *conventionele* staatsregeling' waarin 'het geheim van het stellig overwicht van het Lagerhuis' ligt.³⁰⁸ Hij stelt vervolgens dat het Nederlandse staatsbestel eveneens een 'volksregering' zou moeten hebben, 'om niet onder te gaan in den wassenden democratischen stroom'. In zijn Leidse oratie van acht jaar later bouwt hij voort op die gedachte; hij pleit daarin voor een 'organische staatsopvatting' waarin hij voor Nederland aansluiting zoekt bij de gelding van de zogeheten 'conventions' in de constitutie van het Verenigd Koninkrijk, met welke term in dat land wordt bedoeld op regels die staatsinstellingen zoals regering en parlement binden.³⁰⁹ Volgens de in het Verenigd Koninkrijk traditionele opvatting worden deze regels niet voor de rechter gehandhaafd. Daarom kunnen conventies in tegenstelling tot de andere bron van de constitutie – 'constitutionnal law' – niet als rechtsregels worden beschouwd. Noch in zijn oratie noch in andere publicaties werkt Oppenheim echter uit wat hij precies onder conventies verstaat en of zij in Nederland al dan niet aangemerkt zouden moeten worden als rechtsregels.³¹⁰ Toch heeft zijn introductie van het conventiebegrip in de Nederlandse staatsrechtswetenschap kennelijk indruk gemaakt, getuige de verschillende auteurs die aan het begin van de twintigste eeuw

308 Oppenheim 1885, p. 23-24, ook voor het volgende citaat (op. 36) (cursivering in origineel, GJAG).

309 Oppenheim 1893, p. 10, ook voor het volgende citaat.

310 Het lijkt erop dat Oppenheim zich aansloot bij de in het Verenigd Koninkrijk dominante opvatting dat conventies *geen* rechtsregels zijn. In die zin Struycken 1915, p. 175 = Struycken 1928, p. 193. Volgens Kahn lijkt het erop dat Struycken deze opvatting aan Oppenheim kon toeschrijven op basis van de colleges staatsrecht die Oppenheim in Leiden verzorgde. Zie Kahn 1919, p. 134. Vgl. ook Van der Pot 1957a, p. 245.

het conventiebegrip gebruikten als de belangrijkste term om ongeschreven regels in de constitutie mee aan te duiden.³¹¹

Een voorzichtiger geluid is nog te beluisteren bij Van Bemmelen die in 1889 een artikel over deze problematiek publiceerde. Hoewel Van Bemmelen zichzelf allerm minst als een voorstander van de vestiging van het parlementair stelsel beschouwt, neemt hij in dat stuk afstand van de legistische visie van Buys op dit punt.³¹² Volgens Van Bemmelen was de vestiging van het parlementair stelsel weliswaar 'formeel usurpatorisch en grondwetsschendend' maar had het in zijn ogen wel 'een *regtmatische* maatschappij verworven'.³¹³ Hij acht het net als Buys theoretisch mogelijk dat het parlementair stelsel weer zal verdwijnen, maar daarvoor moet 'het rechtsoordeel van vorst en volk (...) het parlementair stelsel verwerpen en dat der beperkte monarchie [zoals in de hiervoor omschreven benadering van Thorbecke, GJAG] terugroepen'. Hij zou echter meteen vrijwel een van de laatste auteurs zijn die zijn aarzelingen uitte over de erkenning van het parlementaire overwicht op de regering als deel van het staatsrecht.³¹⁴ Aan het begin van de twintigste eeuw was het gewoonterecht al een vrijwel onomstreden rechtsbron van de Nederlandse constitutie geworden.

Het misschien wel vurigste pleidooi voor een grote rol van het ongeschreven recht in de Nederlandse constitutie uit die periode is afkomstig van Krabbe. Hij is van mening dat iedere rechtsregel, ongeacht of hij is geschreven of niet, zijn grondslag vindt in het 'in de mensch levende rechtsgevoel of rechtsbewustzijn'.³¹⁵ Aangezien niet ieder individu in een bepaalde rechtsgemeenschap hetzelfde rechtsbewustzijn zal hebben, hanteert Krabbe als maatstaf voor de vaststelling ervan de opvattingen van de 'meerderheid' van 'de leden der rechtsgemeenschap'.³¹⁶ Dit betekent dat de gelding van een regel als *rechtsregel* afhankelijk wordt van de mate waarin die regel deel uitmaakt van het rechtsbewustzijn van de meerderheid van de bevolking. Krabbes benadering laat veel ruimte voor de ontwikkeling van ongeschreven staatsrecht en gaat zelfs zo ver dat iedere geschreven staatsrechtelijke regel die niet op het individueel rechtsbewustzijn rust in zijn ogen geen rechtsgezag zou moeten hebben.

Vele auteurs, met name Struycken, zijn kritisch op dat aspect van Krabbes benadering. Struycken bijvoorbeeld is van mening dat Krabbe ten onrechte het individuele rechtsbewustzijn als enige rechtsbron aanvaardde,

311 Zie par. III.3.4.1.2.

312 Van Bemmelen 1889, p. 189-226 = Van Bemmelen 1891, p. 497-532.

313 Van Bemmelen 1889, p. 213 = Van Bemmelen 1891, p. 519-520, ook voor het volgende citaat (op p. 217 respectievelijk p. 523; cursiveringen in origineel, GJAG).

314 Al weigerde een enkeling tot vlak na de Tweede Wereldoorlog echter nog het gewoonterecht als rechtsbron van het staatsrecht te erkennen. Zie o.a. De Savornin Lohman 1926, p. 2; Smeenk 1946, p. 175; Van Haersolte 1988, p. 65-66. Dölle omschrijft deze tegengeluiden treffend als 'schrille dissonanten in het koor van de staatsrechtwetenschap'. Zie Dölle 1988, p. 15-16.

315 Krabbe 1913, p. 27.

316 Krabbe 1915, p. 51.

omdat dat op zichzelf een abstract fenomeen is. Kenmerkend voor het recht is dat het *geldt*, wil het gezag kunnen hebben in een samenleving. Hij licht deze stelling als volgt toe:

‘Gezag noch recht zijn als zoodanig werkelijkheden, alleen de mensch, levende in gemeenschap, is de werkelijkheid; dat gemeenschapsleven van den mensch beziet de rechtsgeleerde van een bepaald gezichtspunt, om daaruit af te scheiden, wat hem als zoodanig ter harte gaat, en daarbij is de gezagsgedachte als beginsel van abstractie in *’t algemeen* evenzeer bruikbaar als de rechtsgedachte. Alleen *concrete* motieven, ontleend aan het *concrete* karakter der staatkundige ordening in een bepaald land in een bepaald tijdperk kunnen ertoe leiden, aan een der beide gezichtspunten de voorkeur te geven.’³¹⁷

Het individueel rechtsbewustzijn is, zo betoogt Struycken, onvoldoende geschikt als criterium voor het maken van een onderscheid tussen het recht enerzijds en praktijken die juist buiten het domein van het recht liggen anderzijds. Voor het maken van een dergelijk onderscheid is in zijn ogen historisch onderzoek noodzakelijk, omdat het in de werkelijkheid geldende recht altijd in het verlengde ligt van het (in de wet vastgestelde) recht dat in het verleden is vastgesteld. Hij concludeert in dat licht dat het terugbrengen van de werkelijkheid tot het individuele rechtsbewustzijn ofwel ‘een miskenning van de werkelijkheid’ vormt ofwel de werkelijkheid verbastert tot ‘nietszeggende algemeenheid’.³¹⁸ In de kern is dit de belangrijkste verklaring voor de onbruikbaarheid van Krabbes theorie voor het vaststellen van het geldende (ongeschreven) recht.

III.3.4.1.2 De operationalisering van de doctrine van het gewoonterecht

De invloed van Struycken op de ontwikkeling van het gewoonterecht bleef niet beperkt tot zijn kritiek op de opvattingen van Krabbe. Hij probeert ook zelf handen en voeten te geven aan deze categorie rechtsregels, waarbij hij aanvankelijk het door Oppenheim geïntroduceerde conventiebegriff tot uitgangspunt neemt.³¹⁹ In zijn ogen zijn ‘conventions’ echter slechts in de Nederlandse constitutie onder te brengen, als zij als een regel van staatsrecht kunnen worden aangemerkt.

Volgens Struycken is het in het Verenigd Koninkrijk vigerende rechtsbegriff niet van betekenis voor Nederland, omdat hier te lande ook regels die niet handhaafbaar zijn voor de rechter als rechtsregels kunnen gelden.³²⁰ Hij trekt daaruit de conclusie dat de doctrine bij onze westerburen op zich-

317 Struycken 1916a, p. 501 = Struycken 1916b, p. 24 = ook opgenomen als afzonderlijke publicatie in Struycken 1927, aldaar, p. 24 (cursiveringen in origineel, GJAG).

318 Struycken 1916a, p. 527-528 = Struycken 1916b, p. 50-51 = ook opgenomen als afzonderlijke publicatie in Struycken 1927, aldaar, p. 50-51, ook voor de volgende citaten.

319 Zie o.a. Struycken 1906, p. 26-27 = ook opgenomen als afzonderlijke publicatie in Struycken 1927, aldaar, p. 14-15.

320 Struycken 1915, p. 176-177 = Struycken 1928, p. 194-195.

zelf geen aanleiding vormt conventies in de Nederlandse constellatie *niet* als rechtsregel aan te merken. Struycken meent dat het zelfs *noodzakelijk* is de conventie als mogelijke bron van het recht te erkennen, omdat de constitutie anders tegelijkertijd zowel regels met als regels zonder rechtskarakter zou kennen. In zijn ogen leidt een dergelijk 'dualisme' tot een beschadiging van de 'oprechtheid' van de wetenschap en tot een belemmering van 'eene deugdelijke ontwikkeling van het staatsrecht'.³²¹

In het licht van zijn tijd is het niet meer dan logisch dat Struycken de conventie bij het recht wilde onderbrengen, omdat de gedachte dat de Staten-Generaal bij een conflict met de regering aan het langste eind zouden moeten trekken, derogerde aan het toen geldende stelsel van de Grondwet. Het is daarom goed te begrijpen dat er toentertijd aan theorievorming over een afzonderlijk conventiebegriff geen behoefte bestond. Sterker nog, Struyckens benadering moet juist worden gezien als een poging om de conventie met haar normatieve karakter een volwaardige plaats in de *Nederlandse* constitutie te kunnen geven; daarvoor was een benadering van de conventie als *rechtsregel* nodig, omdat Nederland anders dan het Verenigd Koninkrijk onbekend is met de definitie van de rechtsregel als een voor de rechter te handhaven regel.³²²

In zijn werk poogt Struycken vervolgens de conventie onder te brengen bij het gewoonterecht. Hij doet dit door twee criteria te formuleren waaraan een (vermeende) regel van gewoonterecht dient te voldoen: hij dient de uitdrukking te vormen van (i) 'duurzame gewoonten' die (ii) worden gedragen 'door algemeene rechtsovertuiging'.³²³ Deze criteria vinden hun wortels in het werk van negentiende-eeuwse romanisten uit de Pruisische Historische School over het vaststellen van (civielrechtelijk) gewoonterecht op basis van het gemene (Romeinse) recht. Georg Friedrich Puchta, een romanist die tot deze school behoorde, beweerde reeds in de eerste helft van de negentiende eeuw dat een gewoonte kan uitgroeien tot een rechtsregel voor zover zich onder de betrokken personen de overtuiging ontwikkelt dat er een juridische verplichting bestaat om volgens die gewoonte te handelen.³²⁴ De gelijkennis met de maatstaven voor het aannemen van staatsrechtelijk gewoonterecht is onmiskenbaar. Het is ironisch dat het werk van de Historische School ten aanzien van de vaststelling van het staatsrechtelijk gewoonterecht in Nederland zo'n centrale rol inneemt, omdat de invloed van de Historische School op haar eigen vakgebied, het privaatrecht, altijd relatief bescheiden is gebleven.³²⁵

321 Struycken 1915, p. 180 = Struycken 1928, p. 198.

322 Zie par. II.3.4.2.1.

323 Struycken 1915, p. 181 = Struycken 1928, p. 199.

324 Puchta 1837, p. 33. Dooyeweerd toetst de vestiging van het parlementaire stelsel aan dezelfde criteria als Struycken en verwijst daarbij expliciet naar het werk van Puchta. Zie Dooyeweerd 1917, p. 29-30.

325 Vgl. in die zin Van den Bergh 1982, p. 44.

Struycken formuleert echter geen nadere richtsnoeren voor de toepassing van deze criteria, noch voorbeelden van regels buiten de werking van het parlementair stelsel die volgens hem aan die criteria voldoen. Hij geeft echter wel een verhelderende toelichting op het doel waaraan het gewoonterecht zou moeten beantwoorden. Aan de ene kant is hij zich ervan bewust dat

‘door de aanvaarding van het gewoonterecht, naast het geschreven recht een onzeker element in de wetenschap wordt binnengeleid, welk feit zich hier in het staatsrecht zooveel ernstiger doet gevoelen dan in het private recht, omdat het orgaan – de rechter – ontbreekt, dat in eene vormelijke uitspraak over het al- of niet bestaan van den rechtsregel beslist’.³²⁶

Aan de andere kant stelt hij:

‘[D]it gebrek [d.w.z. de rechtsonzekerheid die gepaard gaat met de vaststelling van ongeschreven regels als rechtsregels, GJAG], aan alle gewoonterecht eigen, mag evenwel aan zijne erkenning en verwerking niet in den weg staan. Zoo de rechtswetenschap de werkelijkheid in hare ontwikkeling wil volgen, kan zij dit element der onzekerheid niet ontgaan. Beter dit element van onzekerheid dan eene rechtsbeschrijving, die niet aan de werkelijkheid beantwoordt.’

Hoewel Struycken waarschuwt tegen het te lichtvaardig aannemen van nieuwe regels van gewoonterecht, is het volgens hem dus essentieel dat het staatsrecht voldoende bij de staatkundige werkelijkheid blijft aansluiten.³²⁷ Opvallend is dat er in het licht van deze benadering meer verwantschap tussen de opvattingen van Krabbe en Struycken bestaat dan Struycken heeft willen toegeven.³²⁸ Immers, het pleidooi van Krabbe voor de bestudering van het recht in het licht van het ‘rechtsbewustzijn’ heeft eveneens mede tot doel om het staatsrecht te laten aansluiten bij de staatkundige werkelijkheid.

III.3.4.1.3 De ontwikkeling van gewoonterecht naar ongeschreven staatsrecht

Slechts zes jaar nadat Struycken in de eerste druk van zijn handboek het bestaan van een gewoonte als eis voor de aanneming van gewoonterecht introduceert, relativeert Van der Pot in zijn oratie deze stelling in vergaande mate. In zijn ogen kan een enkel precedent ertoe leiden dat een rechts-overtuiging ontstaat ‘van zoodanige intensiteit, dat wij de aldus spontaan geboren norm als een rechtsnorm moeten aanvaarden’.³²⁹ In zijn ogen is de conventie van 1868³³⁰ daar bij uitstek een voorbeeld van, omdat het rechtskarakter van deze regel slechts te herleiden is tot de gebeurtenissen van

326 Struycken 1915, p. 180 = Struycken 1928, p. 198-199.

327 Vgl. in die zin ook Struycken 1913-1914, p. 628-629 = opgenomen in het deel ‘Verschillende opstellen’ in Struycken 1927, aldaar, p. 23-24.

328 Vgl. in die zin ook Witteveen 1988, p. 252-259.

329 Van der Pot 1921, p. 14-15. In die zin ook Van der Pot 1957b, p. 15-16.

330 Met de conventie van 1868 is bedoeld op de regel dat de regering niet tweemaal de Kamer mag ontbinden vanwege hetzelfde feit. Zie par. III.2.4.

1866-1868. Hoewel verschillende auteurs voor de aanneming van een regel van ongeschreven staatsrecht de eis bleven stellen dat de betreffende regel zijn oorsprong in een duurzame gewoonte vond,³³¹ zou de belangstelling voor de invulling van dit element in de loop van de twintigste eeuw steeds verder afnemen.

De oorzaak daarvan is eenvoudig. De introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1917 bracht mee dat de samenstelling van het kabinet niet langer direct afgeleid kon worden uit de verkiezingsuitslag, maar tevens afhankelijk was geworden van het verloop van een afzonderlijke formatieprocedure. Aanvankelijk zouden regering en parlement daarbij nog wel min of meer als zelfstandige organen tegenover elkaar staan.³³² Na de Tweede Wereldoorlog kwam daarin echter verandering, toen de regering in toenemende mate is gaan *samenwerken* met de *Kamermeerderheid* op basis van zogeheten regeerakkoorden. Vooral sinds de formatie van het kabinet-Marijnen in 1963 zijn regeerakkoorden een steeds belangrijker invloed gaan uitoefenen op het functioneren van kabinetten. Als gevolg liggen de daadwerkelijke, in het openbaar uitgevochten, politieke tegenstellingen niet langer tussen regering en parlement als afzonderlijke organen, maar veeleer tussen de coalitie en de oppositie *binnen* regering én parlement.³³³ Bij die ontwikkeling past ook het ontstaan van de vertrouwensregel, die vanaf 1922 langzamerhand in de plaats van de conventie van 1868 komt: vanaf dat moment is de centrale norm van het parlementaire stelsel dat de regering c.q. individuele ministers meteen dienen af te treden nadat de Tweede Kamer een wantrouwensvotum jegens haar c.q. hen heeft uitgesproken.³³⁴

Vooral vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw is het, mede onder invloed van deze ontwikkelingen, steeds minder gebruikelijk dat conflicten tussen regering en Tweede Kamer openlijk worden uitgevochten. Immers, als de kabinetsformatieprocedure eenmaal succesvol is afgerond, is er steeds een samenwerkingsverband tussen Kamerfracties gevormd dat, zolang alle daaraan deelnemende Kamerfracties zich gebonden achten aan het regeerakkoord, onderlinge conflicten in beginsel in intern verband kan oplossen c.q. voorkomen. Zolang er geen definitieve vertrouwensbreuk binnen de coalitie ontstaat, zal een openlijke activering van de vertrouwensregel daarom zelden voorkomen.³³⁵ Paradoxaal genoeg wijst juist dat gegeven op de

331 Zie o.a. Kamphuisen 1935a, p. 105-116; Kramer 1942, p. 4.

332 Zie nader par. IV.2.2.

333 In die zin ook Witteveen 1988, p. 238-239.

334 Zie nader over de ontwikkeling van de vertrouwensregel par. IV.2.4.2.

335 Illustratief in dat verband is de laatste maal in de parlementaire geschiedenis dat de Tweede Kamer de vertrouwensregel met succes activeerde, namelijk toen de Kamer in december 2006 een motie van afkeuring jegens toenmalig demissionair minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Verdonk (VVD) aannam. Op dat moment beschikte de coalitie niet langer over een meerderheid in de Tweede Kamer, waardoor de coalitie *alleen* niet langer over de mogelijkheid beschikte om de activering van de vertrouwensregel te voorkomen. In dit bijzondere geval heeft de activering van de vertrouwensregel overigens niet tot het aftreden van Verdonk geleid. Zie daarover nader par. IV.2.4.4.

grote invloed die deze regel nog altijd op het functioneren van het parlementaire stelsel heeft: de gevolgen van het uitspreken van een wantrouwensvotum door de Tweede Kamer zijn zo groot, dat de formatieprocedure er juist primair op is gericht om activering van de vertrouwensregel in de komende regeringsperiode te voorkomen.

Deze ontwikkeling illustreert ook dat een regel van gewoonterecht in meer algemene zin kan ontstaan na één precedent, mits er aan die regel een rechtsovertuiging ten grondslag ligt: dat de vertrouwensregel nog slechts zelden wordt geactiveerd, leidt er immers op zichzelf nog niet toe dat ook zijn bestaan ter discussie komt te staan. Het beperkte belang van het gewoonte-element verklaart volgens Witteveen waarom men in de loop der tijd de voorkeur is gaan geven aan de term 'ongeschreven staatsrecht' in plaats van 'gewoonterecht': niet de hoeveelheid gevallen waarin van activering van de vertrouwensregel sprake is geweest, maar het bestaan van de rechtsovertuiging bepaalt of een ongeschreven rechtsregel bestaat. Hoewel beide begrippen niet noodzakelijkerwijs samen hoeven te vallen,³³⁶ zijn zij min of meer tot synoniemen van elkaar uitgegroeid. Aldus verdween de vraag over de invulling van dit gewoonte-element in de loop van de twintigste eeuw steeds verder naar de achtergrond.

De vaststelling van het tweede criterium voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht, de algemene rechtsovertuiging, heeft in de literatuur voor meer hoofdbrekens gezorgd; dat blijkt uit de pogingen die verscheidene auteurs hebben ondernomen om de door Struycken geformuleerde criteria te concretiseren. Vrijwel ieder van hen werkt zijn rechtsopvatting uit aan de hand van de zogeheten *opinio necessitatis*: een begrip dat tot uitdrukking brengt dat een gewoonterechtelijke regel pas rechtskarakter kan verkrijgen als daartoe een *noodzaak* bestaat. In de loop der tijd is dit begrip zo invloedrijk geworden dat de *opinio iuris* en de *opinio necessitatis* bij de feitelijke vaststelling van staatsrechtelijk gewoonterecht zijn uitgegroeid tot synoniemen van elkaar.

Het proefschrift van Kahn vormt de weerslag van een van de eerste pogingen om het rechtskarakter van sociale gedragsregels te funderen aan de hand van een *opinio necessitatis*.³³⁷ Hij zoekt het bestaan van deze noodzaak in het al dan niet bestaan van de erkenning dat een bepaalde regel naleving verdient. Zolang het belang van de naleving van een gedragsregel niet ter discussie staat, is een dergelijke noodzaak volgens Kahn niet aanwezig. Als die vanzelfsprekendheid verdwijnt, zo vervolgt Kahn, verandert dat. Hij betoogt dat zodra 'onze psyche (...) ophoudt zich om den inhoud van een regel te bekomen, en zich onafhankelijk daarvan veeleer aan zijn formeele gelding vastklemt en onderwerpt (...) zòd dra heeft deze den regel

336 Sommige auteurs hanteren een bredere definitie van de term 'ongeschreven staatsrecht'. Dölle schaart onder deze term bijvoorbeeld ook door rechters ontwikkelde normen en rechtsbeginselen. Zie Dölle 1983, p. 1160-1161 = Dölle 2014, p. 121-122; Dölle 1988, p. 193-220.

337 Kahn 1919, p. 227, ook voor het volgende citaat.

als rechtsnorm aangewezen'. De sociale gedragsnorm krijgt in de ogen van Kahn pas de vorm van een rechtsregel vanaf het moment dat er een algemene overtuiging bestaat op basis waarvan de regel deel van het recht moet worden, omdat de naleving van die regel anders niet langer vanzelfsprekend is. Een rechtsregel staat daarmee voor Kahn gelijk aan een afgedwongen regel. Van der Pot sluit zich in zijn oratie bij die conclusie aan, maar stelt tevens dat het afdwingen van de naleving van een regel niet voldoende is om aan te nemen dat die regel een rechtskarakter heeft.³³⁸ Voorts stelt hij dat de betrokken actoren daarnaast moeten ervaren dat het *gerechtvaardigd* is als de naleving van de gewoonterechtelijke norm wordt afgedwongen.

Andere auteurs herleiden de bindende kracht van gewoonterechtelijke regels tot de menselijke rede. In die lijn betoogt Kamphuisen dat de mens een sociaal wezen is dat de plicht heeft om het algemeen belang na te streven. Volgens hem vormt de verzekering van rust en zekerheid tussen burgers een deel van dat algemeen belang. Als een burger een gewoonterechtelijke norm niet naleeft terwijl anderen dat wel doen, dan veroorzaakt hij in zijn ogen 'noodzakelijkerwijze onrust en twist, welke schadelijk is voor het algemeen welzijn'.³³⁹ In de bescherming van dit algemene welzijn schuilt volgens Kamphuisen de bindende kracht van de gewoonte. Hij is van mening dat de naleving van de gewoonterechtelijke norm door een groot aantal personen erop wijst dat die norm ook redelijk is. In vergelijkbare zin betoogt Kranenburg dat er een 'algemeene wetmatigheid in de functie van het menselijk rechtsbewustzijn' bestaat, die meebrengt dat mensen op gelijke feiten en verhoudingen op gelijke wijze reageren.³⁴⁰

Kramer fundeert de bindende kracht van gewoonterechtelijke regels in zijn proefschrift eveneens in de menselijke rede, maar is van mening dat het aannemen van een *algemeen* rechtsbewustzijn onaanvaardbaar is. Hij stelt dat mensen hun rechtsbewustzijn in beginsel niet aan dat van anderen hoeven aan te passen. Als iemand zich ook na 'een nauwkeurig onderzoek' niet wil aansluiten bij het rechtsbewustzijn van de meerderheid, dan kan hij, zo betoogt Kramer, zijn 'individuele rede-oordeel' blijven volgen.³⁴¹ Tegen die achtergrond is het ook verklaarbaar dat hij in dit kader een rol voor de rechter ziet weggelegd. Pas na rechterlijke erkenning kan het bestaan van een gewoonterechtelijke regel volgens Kramer met zekerheid worden aangenomen.³⁴² Het laatstgenoemde criterium van Kramer heeft echter geen sporen nagelaten in de literatuur. Verwonderlijk is dat niet, omdat rechterlijke inmenging in het politieke proces niet voor de hand ligt in het licht van de grondwettelijke bescherming van de autonomie van politieke organen.

338 Van der Pot 1921, p. 14. Zie ook Van der Pot 1957b, p. 15-16.

339 Kamphuisen 1935a, p. 77.

340 Kranenburg 1928, p. 139. Zie in die zin ook Kranenburg 1958, p. 124.

341 Kramer 1942, p. 28-29.

342 Kramer 1942, p. 4-11.

Ondanks de verwoede pogingen die de genoemde auteurs in het verleden hebben gedaan om vast te stellen wanneer een gewoonte het karakter van een rechtsregel krijgt, slaagt geen van hen erin om de consequenties van hun rechtsopvattingen nader uit te werken. Het is dan ook tekenend dat de meeste auteurs zich er niet aan wagen concrete voorbeelden van staatsrechtelijk gewoonterecht te formuleren buiten de sfeer van het parlementaire stelsel.

III.3.4.1.4 Balans

De ontwikkeling van het denken over buitengrondwettelijke, bindende regels in politieke verhoudingen is grofweg in twee perioden in te delen. De eerste periode, die grofweg geduurd heeft van 1880 tot 1921, kenmerkt zich mede onder invloed van de theorievorming over conventies in het Verenigd Koninkrijk, door een levendige discussie over de bindendheid van buitengrondwettelijke regels; in die periode kwam vast te staan dat (de voorlopers van) de vertrouwensregel, ondanks zijn (toen bestaande) strijd met de Grondwet, een bindende regel is.

In de tweede periode, die grofweg duurt van 1921 tot 1942, leidt het debat over dit onderwerp nauwelijks nog tot nieuwe inzichten. De belangrijkste oorzaak daarvan is dat buitengrondwettelijke, bindende regels geacht moeten worden deel uit te maken van het staatsrecht zonder dat duidelijk is wanneer een regel gedefinieerd zou moeten worden als rechtsregel. De relevante literatuur uit die tijd bevat vooral verslagen van zoektochten naar een rechtsbegrip waarvan er eigenlijk geen enkele geslaagd is; door hun hoge abstractiegehalte heeft geen van de destijds gedane voorstellen voor een nieuw rechtsbegrip de tand des tijds doorstaan. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de discussie over de inhoud van het rechtsbegrip na de Tweede Wereldoorlog zou verstommen.

III.3.4.2 De 'heersende leer' als basis voor de theorievorming over het ongeschreven staatsrecht

Na de Tweede Wereldoorlog zou de belangstelling van de staatsrechtswetenschap voor de theorievorming over het ongeschreven staatsrecht afnemen: de discussie over de inhoud van het rechtsbegrip zou plaatsmaken voor enige berusting over de onmogelijkheid om een universeel geldend rechtsbegrip vast te stellen. Als gevolg daarvan ontstond de zogeheten 'heersende leer' waarvan het uitgangspunt is dat de aanneming van ongeschreven rechtsregels nauwelijks mogelijk is. In deze subparagraaf komt de inhoud van deze leer aan de orde, aangevuld met de alternatieve benadering van Van der Hoeven.

III.3.4.2.1 De 'heersende leer' en haar inherente beperkingen

In zijn proefschrift formuleert Dölle op basis van een analyse van met name de vooroorlogse literatuur een 'heersende leer' die tot dusver de basis vormt voor de vaststelling van het ongeschreven staatsrecht in de Nederlandse lite-

ratuur.³⁴³ Volgens deze leer geldt een regel als rechtsregel voor zover (i) ten minste een of meer precedenten op het bestaan van een gewoonte wijzen (de *usus*) en (ii) bij alle betrokken ambten de overtuiging bestaat dat het recht dwingt tot het volgen van die gewoonte (de *opinio necessitatis*, soms ook aangeduid als *opinio iuris*).

Hoewel in dit kader van een heersende 'leer' wordt gesproken, biedt zij nauwelijks houvast bij de vaststelling van het ongeschreven staatsrecht. Hoe problematisch zij uitpakt, blijkt uit het volgende citaat van Dölle:

'Het gewoonterecht kan geen rol spelen in discussies over wat in een concreet geval rechtens geboden is. Immers zodra de consensus – *opinio necessitatis* – bij de betrokken ambtsdragers en functionarissen ontbreekt, is er geen gewoonterechtelijke norm behalve in het uiterst theoretische geval van een hechte algemene rechtsovertuiging bij de bevolking.'³⁴⁴

Volgens de wijze waarop Dölle de heersende leer leest, kan het ongeschreven staatsrecht onmogelijk gedrag *voorschrijven*. Immers, volgens hem is het gewoonterecht per definitie een tautologie: aan het gewoonterecht komt een einde als ermee in strijd wordt gehandeld.³⁴⁵ Inderdaad kan het gewoonterecht in de betekenis van de 'heersende' leer dan geen rol van betekenis spelen in staatsrechtelijke discussies.³⁴⁶

De oorzaak daarvan ligt echter, anders dan Dölle suggereert, niet in de aard van het gewoonterecht zelf. In plaats daarvan schuilt het probleem vooral in de subjectieve wijze waarop het criterium van de rechtsovertuiging (de *opinio iuris*) wordt ingevuld. Wil dit criterium ook maar enige betekenis kunnen hebben, dan moet het enigszins geobjectiveerd kunnen worden; anders is het ambt dat verantwoordelijk is voor de naleving van ongeschreven staatsrecht vergelijkbaar met een slager die zijn eigen vlees keurt. Het is daarom beter bij de invulling van de *opinio necessitatis*, in lijn met de letterlijke betekenis van dit begrip uit het Latijn, de (afwezigheid van de) rechtsovertuiging van de betrokken ambten te beoordelen in het licht van de opvattingen van *alle* betrokken organen over de noodzaak tot naleving van de (vermeende) norm. Op die manier is het mogelijk een schending van het ongeschreven staatsrecht (bijv. in de situatie waarin alle betrokken organen van tevoren te kennen hebben gegeven dat er een noodzaak tot naleving van een bepaalde norm van gewoonterecht bestaat, maar desondanks toch sprake is van veronachtzaming van de norm door (een van) de betrokken organen) enigszins te onderscheiden van de verdwijning van de ongeschreven rechtsregel (alle betrokken organen constateren eensgezind dat er geen noodzaak tot naleving van de norm meer bestaat).

343 Dölle 1988, p. 43. Vgl. in die zin ook Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 27-28.

344 Dölle 1988, p. 180.

345 In die zin ook Besselink 1989, p. 1208, nt. 10; Besselink 1991, p. 130, nt. 19.

346 Deze kwestie is niet uniek voor Nederland. Zie par. II.3.3.2.1 voor een bespreking van de hiermee vergelijkbare discussie in het Verenigd Koninkrijk.

Toch blijft het dan op zichzelf lastig de doctrine van het ongeschreven staatsrecht tot leven te wekken, omdat het bestaan van een ongeschreven rechtsregel afhankelijk is van de *behoefte* bij de betrokken ambten aan aanvullende regels. Een dergelijke behoefte bestaat bij de gratie van wat Witteveen een 'regelvacuüm' noemt:

'[S]trikt genomen is er geen met zekerheid vast te stellen duidelijke regel, maar zodra de politieke behoefte aan een regel ontstaat kan het vacuüm met één uit meer regels gevuld worden. De spelregel die op een bepaald moment prevaleert noemt men "ongeschreven staatsrecht".'³⁴⁷

Tot dusverre heeft de politieke behoefte aan een rechtsregel alleen bestaan in de sfeer van het parlementair stelsel. Op zichzelf is het niet verwonderlijk dat daarbuiten geen regels tot ontwikkeling zijn gekomen die aan deze strenge eisen kunnen voldoen. Dat hangt samen met het volgende, door Belinfante omschreven, essentiële verschil tussen de sferen van recht en politiek:

'Het recht is door zijn aard en formulering statisch. De politieke wil is daarentegen de levende werkelijkheid zelf en dus van dag tot dag veranderlijk.'³⁴⁸

In dit citaat wordt impliciet uitgelegd waarom het ongeschreven staatsrecht volgens de 'heersende' leer in de praktijk geen betekenis *kan* hebben. De oorzaak daarvan ligt in het gebruik van een definitie van het recht als een statische, onveranderlijke regel. In deze benadering vormt de rechtszekerheid een belangrijke, zo niet de belangrijkste, waarde van het recht. In de politieke arena bestaat echter maar in heel beperkte mate behoefte aan nieuwe regels die aan dit rechtsbegrip beantwoorden, zoals ook Belinfante uitlegt: politieke ambtsbekleders, van wier rechtsopvatting het bestaan van ongeschreven staatsrecht afhankelijk is, hebben immers zelden *behoefte* aan vaststaande, onveranderlijke regels. In dat licht is de doctrine van de heersende leer erop gericht de mogelijkheid van de vorming van nieuwe ongeschreven rechtsregels zoveel mogelijk te kunnen uitsluiten. Voor het ontstaan van nieuw *recht* is het in het licht van zijn statische karakter vooral van belang dat het een vaststaand gegeven vormt; een ongeschreven regel, waarvan de inhoud vrijwel per definitie enigszins onzeker is, zal zelden zo'n onveranderlijk karakter kunnen hebben.

Tegen deze achtergrond is het twijfelachtig of de heersende leer echt een volwaardige 'leer' vormt; van duidelijke, geconcretiseerde eisen voor de aanname van gewoonterecht is immers geen sprake.

347 Witteveen 1988, p. 240.

348 Belinfante 1982, p. 2.

III.3.4.2.2 De alternatieve benadering van Van der Hoeven

De nadruk van de 'heersende leer' op de grote moeilijkheid om op basis van objectieve criteria ongeschreven rechtsregels vast te stellen, neemt niet weg dat feitelijke ontwikkelingen in de staat van invloed kunnen zijn op het staatsrecht. Na de Tweede Wereldoorlog ontstond in toenemende mate aandacht voor deze gedachte.³⁴⁹ Een belangrijke exponent daarvan is het proefschrift van Van der Hoeven over de plaats van de Grondwet in het geheel der constitutionele verhoudingen uit 1958. In dit boek ontvouwt Van der Hoeven de gedachte dat de inhoud van het constitutionele recht voor een belangrijk deel primair afhankelijk is van feitelijke ontwikkelingen in het staatsleven in plaats van de geldende normen die daarvan deel uitmaken. Hoewel de dissertatie van Van der Hoeven vooral betrekking heeft op de functie van het grondwettelijk recht in de staat, besteedt hij in zijn beschouwingen ook aandacht aan het ongeschreven staatsrecht in de staatkundige praktijk. De benadering van Van der Hoeven over deze groep regels verdient nadere bespreking, omdat zij het *functioneren* van het ongeschreven staatsrecht binnen het geheel van de staat in perspectief plaatst.

Volgens Van der Hoeven is de invloed van het ongeschreven staatsrecht op het handelen van regering en parlement per definitie beperkt. Zelfs als er onder de betrokken staatsinstellingen de rechtsovertuiging bestaat dat zij conform een bepaalde regelmaat moeten handelen, is de kwalificatie van de betreffende gewoonte als rechtsregel volgens hem van beperkte betekenis. In zijn ogen hebben criteria als de 'gewoonte' of de 'algemene rechtsovertuiging' een onderscheidende betekenis in rechtsgebieden, zoals het privaatrecht en het strafrecht waarin zich een onbepaalde veelheid aan handelingen tussen een onbepaald aantal personen afspeelt.³⁵⁰ In de ogen van Van der Hoeven heeft het staatsrecht echter een totaal ander karakter, omdat de in dat rechtsgebied geldende normen juist betrekking hebben op een beperkt aantal adressaten.³⁵¹ Van der Hoeven wijst erop dat er maar één drager van de Kroon, één Staten-Generaal en één ministerraad bestaat. Het onderscheiden van het gewoonterecht als afzonderlijke bron van het constitutionele recht zou daarom volgens hem op zichzelf 'geen betekenis' hebben.³⁵²

In plaats daarvan is de gelding van het constitutionele recht volgens Van der Hoeven primair afhankelijk van feitelijke ontwikkelingen in het staatsbestel. Hij acht het daardoor niet mogelijk dat gewoonten, die een 'tendens tot historische fixatie' hebben, enige onderscheidende waarde bezitten. Hij acht het niet uitgesloten dat staatsinstellingen zich juridisch verplicht voe-

349 Zie nader par. III.4.4.

350 Van der Hoeven 1958, p. 103.

351 Van der Hoeven 1958, o.a. p. 41, 98. Dit is ook de gedachte die aan de algemene theorie van Van der Hoeven over de geringe normatieve kracht van de Grondwet ten grondslag ligt. De mogelijke kritiek op deze gedachte blijft op deze plaats buiten beschouwing, omdat zij in meer algemene zin op het werk van Van der Hoeven van toepassing is. De algemene kritiek op het werk van Van der Hoeven komt aan de orde in par. III.4.3.

352 Van der Hoeven 1958, p. 103, ook voor het volgende citaat.

len volgens een bepaalde gewoonte te blijven handelen. Als dat het geval is, staat dat volgens Van der Hoeven echter los van de gelding van het gewoonterecht als zodanig. In zijn woorden is het dan ‘niet de herhaling, die de nieuwe regel scheidt samen met een besef van behoren; de herhaling is een gevolg, niet de oorzaak, van de gewijzigde rechtsregel’. Volgens Van der Hoeven hadden de gebeurtenissen van 1866-1868 dan ook niet de vestiging van de conventie van 1868 als rechtsregel tot gevolg, maar vormden zij veel-er een demonstratie van de gelding van die regel.³⁵³ Volgens die benadering zouden de gebeurtenissen van 1866-1868 geen invloed hebben gehad op het bestaan van de vertrouwensregel. In de ogen van Van der Hoeven had de rechtsovertuiging die aan deze regel ten grondslag ligt zich in de periode tussen de vaststelling van de Grondwet in 1848 en het plaatsvinden van deze gebeurtenissen gevormd.

Hoewel het twijfelachtig is of Van der Hoevens opmerking over de feitelijke en juridische betekenis van de gebeurtenissen van 1866-1868 juist is,³⁵⁴ getuigt zijn analyse wel van een vernieuwende kijk op het functioneren van het ongeschreven staatsrecht. In het kort komt Van der Hoevens opvatting erop neer dat de erkenning van een aparte categorie van *gewoonterecht* als rechtsbron geen toegevoegde waarde heeft, omdat de ‘gewoonte’ en de ‘algemene rechtsovertuiging’ onvoldoende onderscheidend vermogen hebben om de vaststelling van dergelijke regels mogelijk te maken. In plaats daarvan is het feitelijke handelen van deze staatsinstellingen volgens hem bepalend voor de inhoud van het constitutionele recht. Eventuele normen die uit dergelijke feitelijke gedragingen voortvloeien, duidt Van der Hoeven aan als *ongeschreven staatsrecht*.³⁵⁵ De termen ‘gewoonterecht’ en ‘ongeschreven staatsrecht’ hebben dus in dit beeld ieder weer een duidelijke, van elkaar te onderscheiden, betekenis.

De benadering van Van der Hoeven is niet onweergesproken gebleven, ook niet voor wat betreft zijn opvattingen over de beperkte betekenis van het gewoonterecht. In zijn recensie van Van der Hoevens proefschrift merkt Logemann op dat Van der Hoeven geen alternatieve criteria biedt aan de hand waarvan vaststelling van ongeschreven rechtsregels in de politieke sfeer mogelijk is. Hij vraagt zich af wat ‘men dán aan de feiten [moet] kunnen aflezen, om te mogen spreken van ongeschreven *recht*?’.³⁵⁶ Volgens Logemann is de stelling van Van der Hoeven dat het recht uit de feiten volgt

353 Van der Hoeven 1958, p. 100.

354 Het lijkt er eerder op dat zich pas na de periode 1866-1868 bij de betrokken organen de rechtsovertuiging vormde dat bij de Staten-Generaal het politieke overwicht in hun relatie met de regering berustte; de onduidelijkheid die hierover in ieder geval nog in de jaren 1870 bestond, illustreert dit. Zie par. III.3.4.1.1.

355 In zijn oratie van twee jaar later nuanceert Van der Hoeven deze gedachte aanzienlijk door een onderscheid te maken tussen het feitelijke begrip ‘regelmaat’ en het normatieve begrip ‘norm’. Zie par. III.4.3.3.

356 Logemann 1958, p. 422 (cursivering in origineel, GJAG). In feite is deze kritiek vergelijkbaar met de kritiek van Struycken op het werk van Krabbe. Zie par. III.3.4.1.2.

nog onvoldoende concreet, omdat het daarvoor duidelijk moet zijn *welke* feiten mogen spreken. De vaststelling van ongeschreven rechtsregels zal noodzakelijkerwijs altijd een waarderende keuze moeten inhouden.³⁵⁷ Op de vraag wat in dat kader de geëigende methode voor het maken van een dergelijke keuze is, blijft Van der Hoeven, zoals Logemann terecht opmerkt, het antwoord schuldig. Van der Hoevens benadering omtrent het ongeschreven staatsrecht is dan ook zonder invloed in de Nederlandse literatuur gebleven.

III.3.4.2.3 *Balans*

De discussie over de aanneming van ongeschreven rechtsregels staat in het teken van de verhouding tussen feit en norm. Aan de beide hier besproken opvattingen over dit thema valt dat ook op. Aan de ene kant legt de heersende leer een grote nadruk op het bestaan van een norm, waarvoor strenge rechtszekerheidseisen gelden. Aan de andere kant ligt in Van der Hoevens benadering juist een grote nadruk op de invloed van feitelijke ontwikkelingen in het staatsbestel. Aan beide benaderingen kleeft een bezwaar: wie de heersende leer volgt, dreigt voor het recht relevante feitelijke ontwikkelingen uit het oog te verliezen, terwijl wie Van der Hoevens benadering volgt niet over een maatstaf beschikt om feiten van normen te onderscheiden.

III.3.4.3 *Huidige benaderingen in de literatuur*

Uit de bespreking van de heersende leer en de benadering van Van der Hoeven volgt dat de theorievorming over het ongeschreven staatsrecht zich beweegt rond een spanning tussen feiten en normen: in de eerste benadering ligt een relatief grote nadruk op de gedachte dat het ongeschreven staatsrecht dient te bestaan uit *normen* die alleen kunnen gelden als hun aanneming voldoet aan strenge (rechtszekerheids)eisen, terwijl in de tweede benadering feitelijke ontwikkelingen eenvoudiger bij het staatsrecht betrokken kunnen worden.

De benaderingen die in de huidige literatuur zijn te onderscheiden, de zogeheten terughoudende respectievelijk soepelere, gedifferentieerde benaderingen, vormen hier tot op zekere hoogte een equivalent van.³⁵⁸ Volgens de eerste, terughoudende, benadering dienen er voor de vaststelling van het ongeschreven recht strenge eisen te gelden, omdat alleen in uitzonderlijke gevallen ruimte voor ongeschreven rechtsregels kan bestaan. De aanhangers van deze benadering geloven dat het op deze manier mogelijk is om te voorkomen dat bepaalde politieke wensen het stempel van 'recht' krijgen. Binnen de tweede, soepelere, gedifferentieerde, benadering bestaat er daarentegen meer ruimte voor de aanmerking van gewoonten als rechtsregels,

357 Logemann 1958, p. 422-423. In die zin ook Duynstee 1959, p. 310-311.

358 Er is nog een benadering in de literatuur te vinden die van de twee hier genoemde te onderscheiden is, namelijk die van Hirsch Ballin. Zij is te vinden in zijn preadvies over object en methode van de staatsrechtswetenschap uit 1982 en komt aan de orde in par. III.5.3.3.2.

omdat het aanbrengen van een scherpe scheiding tussen feit en recht niet mogelijk zou zijn.

Op deze plaats komen beide benaderingen aan bod.

III.3.4.3.1 *De terughoudende benadering*

Zonder twijfel is de terughoudende benadering dominant in de literatuur. Auteurs die deze benadering voorstaan hanteren in ieder geval de criteria van de 'heersende leer'. Dat betekent dat voor de aanneming van een regel van ongeschreven staatsrecht er een of meer precedënten respectievelijk een algemene rechtsovertuiging dienen te bestaan.³⁵⁹

Enkele andere auteurs zijn van mening dat er naast deze, uit de heersende leer voortvloeiende eisen, nog aanvullende eisen voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht moeten gelden. Een van hen is Donner, volgens wie deze aanvullende eis inhoudt dat het ongeschreven staatsrecht 'noodzakelijk moet zijn voor het in stand houden van de staat als besluitvaardige en bekwame handelingseenheid'.³⁶⁰ Volgens hem heeft het stellen van deze aanvullende eis tot doel dat niet al te lichtvaardig nieuwe regels van gewoonterecht worden aangenomen, gelet op de invloed die meerderheden in steeds 'voorbijgaande of wisselende aard' op het functioneren van het Nederlands staatsbestel hebben. Zonder het stellen van een aanvullende eis aan de aanneming van nieuwe ongeschreven rechtsregels, zo betoogt Donner, komen al gauw nieuwe regels van gewoonterecht tot stand die tezamen 'een zonderlinge postzegelverzameling van tegenstrijdige brokken' vormen.³⁶¹ Naast de mogelijke, onderlinge tegenstrijdigheden die tussen nieuw aan te nemen ongeschreven regels zouden kunnen ontstaan, wijst Donner op nog een ander gevaar. In zijn ogen zijn ongeschreven praktijken en afspraken tussen staatsinstellingen van veranderlijke aard. De betiteling van dergelijke, zich voortdurend wijzigende regels als rechtsregels zou volgens Donner de indruk versterken 'dat het staatsrecht zeer broos is en aan de politieke gediensigheden van het ogenblik onderworpen'.³⁶² Wat Donner betreft zouden zo 'de paar eisen van staatsrecht, waar men niet van af kan en mag gaan, in hun kracht [worden] ondergraven'. Het stellen van een extra eis aan het aannemen van gewoonterecht helpt aldus bij het maken van een zorgvuldig onderscheid tussen recht en praktijk en zou aldus een bijdrage

359 Sommige auteurs sluiten zich bij de terughoudende benadering aan zonder te expliciteren of zij naast de 'heersende leer' nog aanvullende eisen aan de aanneming van ongeschreven staatsrecht stellen. In die zin o.a. Bovend'Eert 1988b, p. 662; De Reede 1989, p. 768; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 21.

360 Van der Pot/Donner 1983, p. 163. Ook in de latere door Prakke e.a. bewerkte drukken is dit criterium terug te vinden. Zie Van der Pot & Donner/Prakke e.a. 2001, p. 170-171. In de drukken erna die Elzinga e.a. voor hun rekening namen wordt afstand genomen van deze terughoudende benadering. Zie Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 191. De visie uit de laatste drukken, die in feite neerkomt op de door Elzinga verdedigde benadering, komt verderop in deze subparagraaf nog aan de orde.

361 Van der Pot/Donner 1983, p. 162-163; Van der Pot & Donner/Prakke e.a. 2001, p. 170-171.

362 Donner 1982a, p. 56, ook voor het volgende citaat.

leveren aan de bescherming van zowel de geldende geschreven regels als de beginselen van staatsrecht.

In vergelijkbare zin heeft Dölle zich geuit. Hij merkt op dat de introductie van nieuwe ongeschreven rechtsregels in het parlementaire debat geregeld opduikt als 'een strijdmiddel' van politici om hun politieke wensen extra kracht bij te zetten.³⁶³ In de ogen van Dölle is deze ontwikkeling echter onwenselijk. In zijn ogen vormt de opvoering van dergelijke nieuwe ongeschreven rechtsregels vaak "'just another word" voor zeer vrije interpretatie' van het staatsrecht.³⁶⁴ Hij acht dit gebruik van het ongeschreven recht problematisch, omdat het rechtsbegrip daardoor zou eroderen. Volgens Dölle dreigt het staatsrecht in het licht van die ontwikkeling te verworden tot 'een geprostitueerde wetenschap, een discipline die rationalisaties moet verschaffen voor politieke wensen, een ledepop die daarbuiten geen voor de practicus relevante functie vervult'.³⁶⁵

Kortmann en de bewerkers van zijn handboek zijn om een vergelijkbare reden terughoudend met het aannemen van nieuwe regels van ongeschreven staatsrecht. In de ogen van Kortmann c.s. zou de bestempeling van een gewoonterechtelijke regel als rechtsregel slechts mogelijk moeten zijn voor zover die regel 'de bestendigheid van het staatsbestuur' beschermt.³⁶⁶ Kortmann c.s. lijken zich ervan bewust te zijn dat slechts weinig regels aan deze strenge eisen voldoen. Sterker nog, volgens hen is dat juist de bedoeling van deze strenge eisen, omdat die bijdragen aan de bescherming van het open karakter van het staatsbestel. Als die openheid te veel zou worden opgevuld met ongeschreven rechtsregels, dient het staatsrecht volgens Kortmann c.s. steeds te worden gewijzigd. Op die manier verliest het staatsrecht volgens Kortmann en de bewerkers van zijn handboek de stabiliteit en bestendigheid die het juist zo hard nodig heeft.

Het is echter twijfelachtig of het stellen van deze extra eis toegevoegde waarde heeft. Sillen, die zich bij de terughoudende benadering aansluit, merkt bijvoorbeeld terecht op dat het stellen van een extra eis aan het vaststellen van gewoonterecht naast de reeds bestaande eisen weinig verschil maakt ten opzichte van de eisen van de 'heersende leer', omdat ook zonder het stellen van een aanvullende eis het aantal regels van ongeschreven staatsrecht beperkt blijft.³⁶⁷ Bovendien is het volgens hem onduidelijk wie vaststelt of aan deze voorwaarde is voldaan. Hij acht het niet de taak van wetenschappers om een regel aan deze voorwaarde te toetsen.

Elzinga, die anders dan Sillen gedeeltelijk afstand neemt van de terughoudende benadering, voegt daar nog aan toe dat de toegevoegde waarde

363 Dölle 1983, p. 1160 = Dölle 2014, p. 121. Vgl. ook Dölle 1988, p. 11.

364 Dölle 1988, p. 295.

365 Dölle 1979, p. 322.

366 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 28. Zie voor de bijbehorende citaten uit het werk van Kortmann c.s. par. I.2.

367 Sillen 2011a, p. 1487.

van deze aanvullende voorwaarde inherent beperkt is.³⁶⁸ In zijn ogen heeft iedere regel van ongeschreven staatsrecht tot doel om de bestendigheid van het staatsbestuur te beschermen, omdat de bescherming van deze waarde een algemeen doel van regelstelling is. Er zou dan ook volgens hem geen reden zijn om aan te nemen dat het staatsbestel dreigt te verstarren als deze eis niet zou gelden. Inderdaad lijken er afgezien van de vertrouwensregel geen regels aan de overige twee eisen van de 'heersende leer', namelijk de gewoonte en de rechtsovertuiging, te kunnen voldoen. Er is daarom geen praktische noodzaak tot het stellen van een eis die de strenge eisen van de 'heersende leer' aanvult.

Meer in het algemeen heeft Elzinga ook andere bezwaren tegen deze benadering. Terecht constateert hij dat deze benadering niet is gebaseerd op 'een duidelijk omschreven rechtsbegrip', maar wordt gepresenteerd 'als een soort gezond-verstand-benadering om misbruik van ongeschreven recht door politici tegen te gaan'.³⁶⁹ De terughoudende benadering van ongeschreven staatsrecht is dan ook niet zozeer een leer die zich voor concrete toepassing leent, maar een filosofie die slechts één concreet doel lijkt te hebben: het tegengaan van de aanneming van nieuwe regels van ongeschreven staatsrecht. Elzinga heeft vooral bezwaar tegen de toepassing van deze terughoudende benadering over de volle breedte van het staatsrecht, omdat zij ertoe zou leiden dat de categorie van het ongeschreven staatsrecht enigszins 'wordt weggezet' met een beroep op de binnen die benadering geldende strenge criteria. Aldus staat deze leer volgens Elzinga aan een 'adequaat werkzaam stelsel' van ongeschreven staatsrecht in de weg. In zijn ogen vormt een gedifferentieerde benadering in dit kader een goed alternatief voor de hier besproken benadering.

III.3.4.3.2 De gedifferentieerde benadering

Volgens de tweede benadering, waarvan Elzinga de belangrijkste aanhanger is, zou daarentegen in sommige gevallen juist ook ruimte voor *verlaging* van de eisen voor het aannemen van gewonterecht moeten zijn.³⁷⁰ Ook de aanhangers van deze benadering erkennen dat het Nederlandse staatsbestel een open karakter heeft waarin voor ideologie en andersoortige normatieve opvattingen nauwelijks plaats is. Voor Elzinga vormt het open karakter van het staatsbestel echter de aanleiding om zich juist *niet*, althans niet volledig, bij de hiervoor besproken terughoudende benadering aan te sluiten.

Hoewel hij het met de aanhangers van de terughoudende benadering eens is dat een te snelle aanname van ongeschreven rechtsregels tot een vervalping van het onderscheid tussen recht en praktijk kan leiden, heeft deze opvatting in zijn beleving ook een duidelijke keerzijde. Het ontbreken van

368 Elzinga 2003, p. 15.

369 Elzinga 2003, p. 24, ook voor de volgende twee citaten (op p. 7).

370 Een pleidooi voor deze benadering is te vinden in Elzinga & Wisse 1988, m.n. p. 65-76; Elzinga 2003, p. 5-28; Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 191.

een (uitputtende) regeling over een bepaald onderwerp in de Grondwet impliceert volgens Elzinga niet noodzakelijkerwijs dat het niet mogelijk is over dat onderwerp (of het niet-geregelde onderdeel ervan) normatieve uitspraken te doen.

Sterker, onder omstandigheden is het in de ogen van Elzinga noodzakelijk dergelijke uitspraken juist *wel* te doen. Ironisch genoeg heeft deze opvatting van Elzinga dezelfde achtergrond als die van de hiervoor besproken terughoudende benadering: voorkoming van marginalisering van het (geschreven) constitutionele recht. Het verschil tussen beide benaderingen heeft betrekking op de gevolgen die hun respectieve aanhangers toeschrijven aan de bemoeilijking van het aannemen van ongeschreven rechtsregels. Elzinga bestrijdt de opvatting van de ‘terughoudenden’ dat het verhogen van de eisen voor de aanneme van nieuwe ongeschreven rechtsregels altijd behulpzaam is bij het maken van een onderscheid tussen recht en praktijk. Volgens Elzinga hebben feitelijke ontwikkelingen in het staatsleven een grotere juridische relevantie dan de aanhangers van de terughoudende benadering willen erkennen.³⁷¹

Juist in het licht van het open karakter van het Nederlandse staatsbestel is het volgens Elzinga problematisch om slechts oog te hebben voor wat er *wél* in de Grondwet is geregeld, omdat dat op een belangrijk aantal terreinen weinig of zeer weinig is. Volgens Elzinga is het daarom binnen de terughoudende benadering verleidelijk om ook de normatieve kracht van het *geschreven* constitutionele recht te vergaand te relativieren. In zijn woorden is het volgens hem ‘maar een kleine (en een voor veranderingsgezinden verleidelijke) stap om de Grondwet als geheel of op onderdelen te beschouwen als een verwaarloosbare grootheid (...) waar niet werkelijk serieus mee behoeft te worden gerekend’.³⁷² Kortom, de ‘terughoudenden’ geloven dat het bemoeilijken van de aanneme van nieuwe ongeschreven rechtsregels voorkomt dat het onderscheid tussen recht en praktijk vertroebelt, terwijl Elzinga van mening is dat binnen die opvatting de praktijk het recht overwoekert.

Het gaat echter ook Elzinga te ver de terughoudende benadering ten aanzien van de aanneme van ongeschreven staatsrecht volledig af te wijzen. Hij is van mening dat een versoepelde toepassing van de criteria voor het aannemen van ongeschreven rechtsregels niet op haar plaats is ten aanzien van (vermeende) normen ‘die op gespannen voet [staan] met de oorspronkelijke bedoeling van de (grond)wetgever’.³⁷³ Volgens hem is de vertrouwens-

371 Elzinga 2003, p. 11. In dit kader verwijst Elzinga naar het werk van Van der Hoeven. Zoals verderop in deze paragraaf nog aan de orde komt, is Elzinga anders dan Van der Hoeven niet van mening dat een feitelijke ontwikkeling in het staatsleven ook de weer-slag vormt van een verandering in het constitutionele recht.

372 Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 71 = Elzinga 2020, p. 177. Zie in die zin ook Elzinga & Wisse 1988, p. 70. Volgens Elzinga is dit de zogeheten ‘valkuil van Van der Hoeven’. Zie nader par. III.4.4.3.

373 Elzinga 2003, p. 13.

regel een goed voorbeeld van een dergelijke ongeschreven rechtsregel met een *contra-legem*-karakter, omdat deze norm aanvankelijk haaks stond op de bedoeling van de (grond)wetgever. Elzinga merkt op dat het in dat licht alleen mogelijk was om de conventie van 1868 ten tijde van haar ontstaan als rechtsregel te erkennen, omdat er toen een rechtsovertuiging bestond waarvan 'niet alleen binnen de sfeer van parlement en regering, maar ook ruim daarbuiten blijkt [werd] gegeven'.³⁷⁴ Hij sluit zich aldus aan bij de terughoudende benadering voor zover zij betrekking heeft op het ontstaan van ongeschreven regels die *contra legem* werken.

Elzinga vindt het gebruik van de terughoudende benadering echter onwenselijk ten aanzien van ongeschreven normen die uitdrukkelijk de ruimte van open normen uit de Grondwet of de wet invullen. In algemene zin denkt hij dan bijvoorbeeld aan de homogeniteitsregel en de verplichting van bewindslieden, leden van de Staten-Generaal en leden van Hoge Colleges van Staat om over hun gesprekken met het staatshoofd geen uitspraken te doen ('het geheim van Noordeinde').³⁷⁵ In een monografie die hij samen met Wisse heeft geschreven onderscheidt hij daarnaast, meer specifiek, allerlei regels in de intern-parlementaire sfeer, bijvoorbeeld op het terrein van het verloop van stemmingen en de verdeling van spreektijd.³⁷⁶

Al deze regels, die of ongeschreven zijn of in een reglement van orde zijn opgenomen, hebben volgens Elzinga niet tot doel om af te wijken van wet of Grondwet. Hij is van mening dat hun *praeter-* of *intra-legem*-karakter het rechtvaardigt om lagere eisen te stellen aan hun karakterisering als rechtsregels.³⁷⁷ Wie volgens Elzinga het rechtskarakter van deze groep regels afhankelijk stelt van (zeer) strenge rechtszekerheidseisen, zoals de aanhangers van de terughoudende benadering in zijn ogen doen, ontkent dat deze regels een andere functie hebben dan ongeschreven normen die *contra legem* werken. Het bijzondere karakter van deze groep regels blijkt volgens Elzinga uit de 'belangrijke structurerende en ordenende rol' die zij vervullen 'inzake het bij de tijd houden van het Nederlandse politieke en parlementaire stelsel'.³⁷⁸ Volgens Elzinga is het tegen die achtergrond gerechtvaardigd om deze regels als ongeschreven *recht* te bestempelen. Hij acht het op zichzelf ook mogelijk om deze *intra legem* werkende normen aan te duiden met andersoortige begrippen zoals gewoonten, spelregels of conventies. Hij kiest er echter bewust voor om deze begrippen niet te gebruiken, omdat in hun gebruik in de Nederlandse begripvorming een gebrekkige, juridische nor-

374 Elzinga 2003, p. 13. In die zin Elzinga & Wisse 1988, p. 69. Deze invulling van het *opinio-iuris*-criterium lijkt enigszins af te wijken van die van Kortmann c.s. en Dölle. Zie voor hun posities nader par. III.3.4.3.1. Vgl. over de verhouding tussen de conventie van 1868 en het positieve staatsrecht par. III.3.4.1.1.

375 Elzinga 2003, p. 15-16. Zie nader over de homogeniteitsregel par. IV.3.3.2 en over het geheim van Noordeinde par. IV.3.2.3.

376 Elzinga & Wisse 1988, p. 66-67.

377 Elzinga 2003, p. 14.

378 Elzinga 2003, p. 21, 25.

mativiteit besloten zou liggen.³⁷⁹ Zolang deze begrippen die implicatie hebben, acht hij het beter uitdrukkelijk het ongeschreven staatsrechtbegrip voor deze normen te reserveren.

Het voorstel van Elzinga om de criteria voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht te differentiëren heeft niet of nauwelijks tot inhoudelijke reacties in de staatsrechtswetenschap geleid. In reactie op het betoog van Elzinga blijven aanhangers van de terughoudende benadering primair benadrukken dat versoepeling van de eisen voor het aannemen van nieuwe normen van ongeschreven recht twijfel in de hand werkt over wat in de politieke sfeer rechtmatig is en wat niet.³⁸⁰ Zij impliceren daarmee dat dat ook zou moeten gelden voor de door Elzinga onderscheiden *intra legem* werkende normen, maar zij beargumenteren niet waarom dat zo zou moeten zijn.

III.3.4.3.3 *Balans*

Uit deze bespreking van de twee hedendaagse benaderingen rond de aanneming van ongeschreven staatsrecht, blijkt dat het inherent problematisch is ongeschreven rechtsregels aan te nemen. Idealiter beantwoorden aan te nemen ongeschreven normen aan strenge rechtszekerheidseisen, maar vanwege het veranderlijke karakter van het politieke leven zal vrijwel geen enkele regel daaraan kunnen beantwoorden. Bijgevolg is het nauwelijks mogelijk een bevredigende doctrine van het ongeschreven staatsrecht te ontwikkelen.

Volgens de terughoudende benadering zal een ongeschreven regel vrijwel nooit kunnen voldoen aan de strenge, daarvoor geldende, rechtszekerheidseisen. Het nadeel van deze benadering is dat zij zo in potentie het ontstaan in de hand werkt van een normatief vacuüm in de constitutie. De gedifferentieerde benadering is daarentegen genuanceerder; daarbinnen geldt een onderscheid tussen ongeschreven normen die op gespannen voet staan met de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever enerzijds en ongeschreven normen die het geldende staatsrecht structureren en ordenen anderzijds. Volgens deze benadering is versoepeling mogelijk van de strenge eisen voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht, voor zover het daarbij om normen gaat die het positieve recht aanvullen. Voor (vermeende) normen die op gespannen voet staan met de bewoordingen van de Grondwet geldt dat echter niet; ook volgens deze benadering kunnen die alleen deel van het (ongeschreven) staatsrecht uitmaken voor zover zij kunnen voldoen aan de door de 'terughoudenden' gehanteerde strenge rechtszekerheidseisen.

Op zichzelf verdient deze gedifferentieerde benadering steun; het verschil tussen beide soorten normen rechtvaardigt het hanteren van verschillende criteria voor de vaststelling van ongeschreven staatsrecht dat wel res-

379 Elzinga & Wisse 1988, p. 71; Elzinga 2003, p. 15. Zie over de vermeende gebrekkige normativiteit van de conventie o.a. par. III.5.2 en par. III.5.3.3.2.

380 Vgl. in die zin o.a. Bovend'Eert 1988b, p. 662; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 21.

pectievelijk niet op gespannen voet met de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever staat. Toch kleeft aan de gedifferentieerde benadering ook een belangrijk bezwaar. Zij impliceert dat nieuwe feiten – al dan niet binnen de grenzen van het geldende positieve recht – eenvoudig voor nieuwe *rechtsregels* kunnen worden aangezien; het bezwaar van die benadering is dat het staatsrecht dan zijn openheid verliest, waardoor de duidelijkheid over wat al dan niet het geldend recht is onder druk kan komen te staan.

III.3.4.4 *Tussenconclusie: de vaststelling van ongeschreven staatsrecht en de spanning tussen feit en norm*

In de historische ontwikkeling van de doctrine van het ongeschreven staatsrecht is een grote mate van continuïteit te zien. Nog altijd zijn de door Struycken in 1915 geïntroduceerde criteria, namelijk de gewoonte en de algemene rechtsovertuiging, in de dominante benadering rond de vaststelling van het bestaan van deze categorie regels zichtbaar. Hoewel deze heersende leer *naar haar vorm* de tand des tijds heeft doorstaan, had *haar geest* echter niet verder van de manier van denken van Struycken af kunnen staan. In de Nederlandse staatsrechtswetenschap heeft de doctrine van het ongeschreven staatsrecht zich sinds 1915 juist gekenmerkt door een toenemende terughoudendheid met het aannemen van nieuwe ongeschreven rechtsregels. Het belangrijkste argument voor het betrachten van die terughoudendheid is het gebrek aan rechtszekerheid dat daarmee gepaard zou gaan. Volgens Struycken was rechtsonzekerheid echter te verkiezen boven ‘eene rechtsbeschrijving, die niet aan de werkelijkheid beantwoordt’. Toch was dat makkelijker gezegd dan gedaan; ook Struycken slaagde er immers niet in een concrete doctrine te ontwikkelen waarmee het mogelijk is om de constitutie aan de hand van ongeschreven rechtsregels dichter bij de werkelijkheid te brengen.

Nog altijd ontbreekt in de literatuur een bevredigende benadering van het ongeschreven staatsrecht. Wie een regel van ongeschreven staatsrecht wil vastleggen, zal immers het risico lopen ofwel in een normatief vacuüm terecht te komen ofwel de openheid van het staatsrecht in gevaar te brengen. Op basis van de hier besproken literatuur is dat onontkoombaar in het licht van de door de Nederlandse constitutie aan het politieke bedrijf toegekende autonomie. De politieke behoefte aan de formulering van concrete, gefixeerde rechtsplichten is nu eenmaal beperkt. Toch is dat onbevredigend, omdat dat tot de conclusie zou leiden dat politieke organen een vrijbrief hebben om louter naar bevind van zaken te handelen. Op deze plaats kan het vooralsnog bij deze constatering blijven.³⁸¹

381 Zie nader over het ongeschreven staatsrecht par. III.5.3.3.

III.3.5 Slot

Als een rode draad liep het begrip 'continuïteit' door dit hoofdstuk: in de ontwikkeling van zowel het grondwetsdenken als de doctrine van het ongeschreven staatsrecht hebben relatief weinig veranderingen plaatsgevonden. Nog altijd lijken beide rechtsbronnen een stabiel bakken te vormen binnen het geheel van de constitutie. Evenmin vormt de afwezigheid van een (rechterlijk) orgaan dat bindend het geldende constitutionele recht in politieke verhoudingen kan interpreteren en toepassen op dit punt een (concreet) probleem.

Toch is 'continuïteit' niet het enige begrip dat kenmerkend is voor de geschiedenis van (het denken over) de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht, omdat zich gedurende de afgelopen periode van ruim tweehonderd jaar ook één elementaire *verandering* heeft voorgedaan: de feitelijke werkelijkheid is in toenemende mate van het geldende staatsrecht verwijderd geraakt. Aan die verandering heeft in ieder geval ten dele een bewuste keuze van de grondwetgever ten grondslag gelegen; door bij de algehele herziening van de Grondwet in 1983 een flink aantal onderwerpen te deconstitucionaliseren, liet hij de nodige ruimte om deze feitelijke ontwikkelingen zonder juridische obstakels te laten plaatsvinden. Met behulp van de herzieningsoperatie die in 1983 was voltooid, verkleinde de grondwetgever de noodzaak tot het doorvoeren van regelmatige herzieningen van de Grondwet die in de jaren vijftig, zestig en zeventig nog nodig waren om haar bij de tijd te houden. Het resultaat van die keuze is een grondwet met een relatief open karakter.

In het licht van dat karakter gelden voor de interpretatie van de bepalingen uit de Grondwet deels andere uitgangspunten dan voor de uitleg van reguliere wettelijke voorschriften: haar uitlegging dient plaats te vinden in het licht van de context van het voorliggende probleem, mede op basis van de (hedendaagse) opvattingen van de grondwetgever. Daaruit volgt dat de afwezigheid van een concrete rechtsplicht in een voorliggend geval nog niet op het bestaan van een normatief vacuüm hoeft te wijzen.

In feite draagt het ongeschreven staatsrecht op dit punt een met het grondwettelijk recht vergelijkbaar karakter. Al aan het begin van de twintigste eeuw bestond er in de staatsrechtswetenschap een vrijwel algemene acceptatie van de mogelijkheid van het ontstaan van ongeschreven *rechtsregels*. Sinds de vrijwel algemene acceptatie van het bestaan van ongeschreven rechtsregels als zodanig aan het begin van de twintigste eeuw zijn buiten de sfeer van het parlementaire stelsel echter niet of nauwelijks, althans volgens de dominante 'terughoudende' benadering, nieuwe, concrete rechtsregels tot ontwikkeling gekomen. Op zichzelf is dat begrijpelijk, omdat het onderscheidend vermogen van het bindende recht ten opzichte van de open, politieke sfeer anders verloren dreigt te gaan.

De toepassing van de terughoudende benadering in de staatsrechtswetenschap is echter doorgeschoten, in de zin dat zij een te strenge rechtszekerheidseis aan de aanneming van ongeschreven recht stelt. De politieke prak-

tijk, die per definitie veranderlijk is, zal vrijwel nooit in een voorkomend geval de betrokken politieke organen doen concluderen dat in een bepaald geval de behoefte aan een concrete, gefixeerde rechtsplicht bestaat. De zogeheten gedifferentieerde benadering biedt een interessante nuancering op de in de literatuur dominante opvatting op dit punt in de zin dat zij de eisen versoepelt voor de aanneming van ongeschreven regels die het positieve staatsrecht aanvullen. Toch kleven ook aan deze benadering nadelen, omdat zij in potentie tot de aanneming van tal van nieuwe regels leidt die de openheid van het Nederlands staatsrecht mogelijk in gevaar brengen.

Het is derhalve niet geheel onbegrijpelijk, zoals in de inleiding van dit hoofdstuk aan de orde kwam, dat sommige auteurs zich bezorgd afvragen of het Nederlandse staatsrecht niet het verband met de werkelijkheid dreigt kwijt te raken. Hoewel de gangbare methoden voor grondwetsinterpretatie relatief veel mogelijkheden bieden voor het vinden van een oplossing voor een constitutioneel probleem, is er geen goede methode om ontwikkelingen *buiten* de sfeer van de Grondwet een plaats in de staatsrechtswetenschap te geven. In de praktijk kan dat problematisch zijn, omdat de Grondwet op tal van terreinen lang niet een uitputtende regeling van het staatsleven biedt en, volgens de gangbare opvattingen, ook niet hoeft te bieden. Toch zijn er in dat licht andere middelen nodig om een brug te slaan tussen het staatsrecht en de feitelijke werkelijkheid. De heersende leer van het ongeschreven staatsrecht is daarvoor ongeschikt; zij gaat immers ervan uit dat een regel 'slechts' deel uitmaakt van de praktijk, als hij niet aan de strenge eisen voor de aanneming van ongeschreven rechtsregels beantwoordt.

Het is daarom zinvol de rol van het staatsrecht in de feitelijke constellatie van de staat nader te bevragen. In dat kader rijst de vraag wat in dit kader de functie van de staatsrechtswetenschap is; in het bijzonder gaat het om de vraag in hoeverre zij ook feitelijke ontwikkelingen die het geldende recht *beïnvloeden*, maar geen deel uitmaken van het recht zelf, tot studieobject neemt, althans dient te nemen.

III.4 DE STAATSRECHTSWETENSCHAP: PERSPECTIEVEN OP DE VERHOUDING TUSSEN RECHT EN POLITIEK

III.4.1 Inleiding

Na de bespreking van het denken over de belangrijkste bronnen van het in politieke verhoudingen geldende staatsrecht, namelijk de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht, is het nu mogelijk meer aandacht te besteden aan het denken over het staatsrecht, voor zover dat in politieke verhoudingen geldt, als zodanig. In dit hoofdstuk komen in grote lijnen de historische ontwikkeling van en de belangrijkste perspectieven op de staatsrechtswetenschap aan de orde. Na een korte bespreking van de vooroorlogse tendensen en richtingen, komen uitgebreid de belangrijkste bevindingen uit het proefschrift van Van der Hoeven en de reacties daarop aan de orde. De exten-

sieve bespreking van het debat over Van der Hoevens bevindingen vormt de opmaat naar de beschouwingen over de naoorlogse perspectieven op het object en de methode van de staatsrechtswetenschap. Aan de hand daarvan beoog ik in kaart te brengen in hoeverre de bestudering van feitelijke ontwikkelingen in het staatsbestel volgens de gangbare opvattingen een taak van de staatsrechtswetenschap zou moeten vormen. Ik sluit af met een slotwoord.

III.4.2 De staatsrechtswetenschap tot de Tweede Wereldoorlog

De huidige staatsrechtswetenschap in Nederland dateert in feite pas van 1836, toen Thorbecke begon met het doceren van het positieve staatsrecht aan de Leidse universiteit.³⁸² Al drie jaar later, in 1839, verscheen zijn beroemde tweedelige werk *Aanteekening op de Grondwet* waarin hij de praktijk de maat nam; hij constateerde daarin al dat de Grondwet op tal van terreinen in feite een dode letter was.³⁸³ Pas na 1848 zou de Grondwet pas echt een centrale positie gaan innemen in het politieke leven, waarna de wetenschappelijke beoefening van het staatsrecht een aanvang kon gaan nemen.

Volgens Donner vormt vervolgens de publicatie van een door tien hoogleraren gepubliceerd advies uit 1866 'een teken dat de dertig jaar vroeger te Leiden opgezette wetenschap mondig is geworden en [een] eigen plaats in de samenleving vraagt'.³⁸⁴ De aanleiding voor de publicatie van het advies vormde de aanneming van de motie-Keuchenius, waarmee de Tweede Kamer blijk gaf van haar afkeuring van de benoeming van minister van Koloniën Mijer tot gouverneur-generaal van Oost-Indië.³⁸⁵ In het advies keerden de professoren zich tegen de opvatting van de regering dat de Tweede Kamer zich door de aanneming van de motie begaf op het terrein van de uitvoerende macht en daarmee de grens van het grondwettelijk geoorloofde had overschreden.

Kenmerkend voor dat advies was een uitgebreide exegese van de in deze kwestie relevante grondwetsbepalingen die ook al kenmerkend was voor Thorbeckes *Aanteekening*. De belangrijkste werken die in de decennia daarna verschenen, namelijk de grondwetscommentaren van de hand van

382 Vgl. in die zin ook Van Vollenhoven 1930, p. 14 = Van Vollenhoven 1934, p. 100; Donner 1948, p. 327 = Donner 1986, p. 25. Ironisch genoeg is de term 'staatsrecht' niet van Thorbecke afkomstig; hij sprak liever van 'politisch recht' als verzamelnaam voor het staats- en administratief recht. Zie Van Vollenhoven 1930, p. 19-20 = Van Vollenhoven 1934, p. 104.

383 Thorbecke 1841, deel I, p. viii. Het tweede deel van dit werk verscheen eveneens in 1839 (tweede druk in 1841). Zie ook par. III.2.3.

384 Donner 1948, p. 328-329 = Donner 1986, p. 26-27. De ondertekenaars van het advies waren S. Vissering, R. van Boneval Faure, J.E. Goudsmit, J.T. Buys, B.J. Gratama, B.D.H. Tellegen, T.M.C. Asser, E.J. Modderman, J. Duymaer van Twist en J.L. de Bruijn Kops. Het advies is gepubliceerd in o.a. Buys 1894, p. 109-114.

385 Zie nader par. III.2.4.

Heemskerk³⁸⁶ en Buys³⁸⁷ kenden een vergelijkbare artikelsgewijze opzet. Hoewel deze werken zich beperkten tot een analyse van individuele grondwetsbepalingen, hadden zij ieder ook een eigen meerwaarde. Buys lardeerde zijn werk vooral met Duitse theorievorming,³⁸⁸ terwijl de toegevoegde waarde van Heemskerks werk lag in zijn kritiek op de Grondwet aan de hand van zijn ervaringen in de politiek.³⁸⁹ Het grondwetscommentaar als zodanig was echter niet in alle opzichten de ideale vorm voor de beoefening van de staatsrechtswetenschap. In de woorden van Donner is het immers niet mogelijk in een dergelijk commentaar 'een volledig en welgeëvenaard beeld van het staatsrecht' te bieden, 'zo men zulk een beeld al uit de grondwet alleen halen kon'.³⁹⁰ Al in 1883 uitte Opzoomer deze kritiek op het grondwetscommentaar van Buys door te stellen:

'Ik kan een huis kennen en beoordelen zonder veel van zijn geschiedenis te weten, maar niet zonder iets te weten van zijn grondslagen. Zijn geschiedenis behoort niet tot het huis, maar zijn fundamenten behoren er wel degelijk toe.'³⁹¹

Uit deze kritiek sprak niet alleen dat het voor een goed begrip van het staatsrecht onvoldoende was alleen de bepalingen uit de Grondwet en hun geschiedenis te kennen, maar ook dat het staatsrecht als zodanig diende te worden begrepen in het licht van de 'geest des volks', die ruimte bood voor de erkenning van *ongeschreven* recht.³⁹²

Na Opzoomer zouden ook andere auteurs, onder wie Oppenheim, Krabbe en Struycken, vergelijkbare pleidooien houden voor de bestudering van het recht dat buiten de Grondwet ligt.³⁹³ Voor deze auteurs stond niet zozeer het vinden van de juiste uitleg van de Grondwet centraal, maar was vooral bepalend wat de 'volkswil' vorderde; er vond zo in de staatsrechtswetenschap een verschuiving plaats van rechtsstatelijk naar een meer op

386 Heemskerk 1881.

387 Buys 1883; Buys 1887; Buys 1888.

388 Een van de belangrijkste inspiratiebronnen van Buys was de Duitse jurist Paul Laband die een privaatrechtelijk dogmatische methode van wetsinterpretatie, waarvoor het gebruik van politiek neutrale begrippen kenmerkend is, op het staatsrecht toepaste. Zie hierover nader Donner 1948, p. 345 = Donner 1986, p. 43; Van der Pot 1957a, p. 229. Donner beschouwde de sterke nadruk in Buys' werk op Duitse theorievorming niet per se als iets positiefs: '[M]enige uil, die uit Duitsland kwam gevlogen, gold [Buys] als een adelaar.'

389 Van Vollenhoven 1930, p. 239 = Van Vollenhoven 1934, p. 109; Donner 1948, p. 330 = Donner 1948, p. 28; Van der Pot 1957a, p. 205-206.

390 Donner 1948, p. 329 = Donner 1986, p. 27.

391 Opzoomer 1883, p. 11. Aangehaald in Donner 1948, p. 331 = Donner 1986, p. 29.

392 Volgens Opzoomer vormde die 'geest des volks' de basis voor de gelding van het ongeschreven recht op basis waarvan het politiek overwicht ten opzichte van de regering bij de volksvertegenwoordiging dient te berusten. Zie par. III.3.4.1.1.

393 Waarmee overigens niet is gezegd dat de benaderingen van deze drie geheel met elkaar overeenstemmen. Vooral tussen de benaderingen van Krabbe en Struycken bestaan, in ieder geval op papier, grote verschillen. Zie daarover par. III.3.4.1.1 en III.3.4.1.2.

constitutioneel-democratisch gedachtegoed gericht denken.³⁹⁴ Volgens Donner is deze wijziging in de oriëntatie van de staatsrechtswetenschap als volgt te verklaren:

‘De staatkundige vooronderstellingen waren gewijzigd nu de staat van het Koninkrijk der Nederlanden zich, althans in Europa, had gevestigd en corresponderde met een krachtig geïntegreerde Nederlandse samenleving. De waarborgen van voorheen waren op zijn best beginselen geworden en de noodzaak van een grondwet werd niet meer zo gevoeld, omdat de daardoor geschapen instellingen tot vlees en bloed van land en staat geworden waren – over hun inrichting en onderlinge verhouding kon men veilig redetwisten omdat het bestaan ervan voor ieder vanzelfsprekend en vertrouwd was geworden. In zo’n klimaat (...) was alles immers maar betrekkelijk en men meende (vaak niet ten onrechte) dat men het wel wist en de Grondwet niet meer op elk ogenblik behoefde te raadplegen.’³⁹⁵

In dit nieuwe klimaat waren de afzonderlijke bepalingen van de Grondwet niet langer het enige object van studie in de staatsrechtswetenschap, maar een (belangrijk) deel van een te bestuderen *stysteem*. Een van de eerste auteurs die een pleidooi hield voor een dergelijke systematische benadering van het staatsrecht was Van der Pot, die zich in zijn oratie uit 1921 afvroeg of ‘de door het recht bepaalde verdeling van de in omvang gedurig toenemende overheidstaak over de organen van staat, gemeente, enz. voor de bereiking van de gemeenschapsdoeleinden wel zoo doeltreffend mogelijk is’.³⁹⁶ In dat kader achtte hij een taak weggelegd voor de staatsrechtswetenschap. De toen pas benoemde Groningse hoogleraar stelde daarover:

‘De rechtswetenschap is zoowel een theoretische als een praktische wetenschap, maar een theoretische in de eerste plaats, waarbij ik met “in de eerste plaats” een rangschikking niet naar betekenis maar in den tijd bedoel. De beschrijving, de zeer nauwkeurige en aan alle persoonlijke inzichten in hetgeen zou behooren te wezen zooveel mogelijk onttrokken beschrijving van wat geldend recht is op het gebied des staats, zij dient toch vooraf te gaan, zal men vervolgens kunnen komen met iets meer dan vage aanduidingen, in welke richting de toekomstige ontwikkeling zich zal bewegen. Dát gevoelt de maatschappij gewoonlijk wel al dank zij haar eigen intuïtie. Van de wetenschap verlangt zij meer dan een kompas: een gids, een wegbereiding. En die taak kan slechts deugdelijk worden verricht, als men eerst het bestaande kent in zijn ontwikkelingsgang.’

Voor een goed begrip van de ontwikkelingsgang van het staatsrecht was, zo betoogde Van der Pot, de systematisering van het geldende staatsrecht vereist; volgens hem was dat recht ook *buiten* de Grondwet te vinden. Hij

394 Zie Donner 1948, p. 346-351 = Donner 1986, p. 44-49; Van der Pot 1957a, p. 245-259, allebei met verdere verwijzingen. Zie ook Donner 1981b, p. 284, 288-290. De uitbouw van het rechtsstatelijk naar constitutioneel-democratisch denken komt ook aan de orde in par. III.2.4.

395 Donner 1981b, p. 290.

396 Van der Pot 1921, p. 1, ook voor het volgende citaat (op p. 3).

gaf daarmee een adequate beschrijving van de richting die de staatsrechtswetenschap vanaf het begin van de twintigste eeuw was opgegaan. In die periode verschenen de eerste staatsrechtelijke handboeken die niet louter de opzet van een grondwetscommentaar hadden. De belangrijkste daarvan vormen, naast het onvoltooid gebleven *Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden* van Struycken uit 1915,³⁹⁷ de werken *Het Nederlandsch Staatsrecht* uit 1924 van Kranenburg³⁹⁸ en het *Handboek van het Nederlandsche staatsrecht* van Van der Pot uit 1940.³⁹⁹ Kenmerkend voor het boek van Struycken was het gebruik van een juridisch-historische methode, terwijl de werken van Kranenburg en Van der Pot zich kenmerkten door een systematischer benadering van het staatsrecht.⁴⁰⁰

Voordat die drie handboeken verschenen, zag het werk *Onze constitutie* van A.F. de Savornin Lohman het licht waarin een analyse van de Nederlandse constitutie vanuit een christelijk-historisch perspectief is te vinden.⁴⁰¹ In dat werk staat volgens het voorwoord niet zozeer het grondwettelijke recht centraal, maar een behandeling van het staatsrecht in het licht van Gods woord. In de kern gaat het werk uit van de gedachte dat de overheid over haar onderdanen heerst bij de gratie van God. Tegen die achtergrond dient de onderdaan zich aan het gezag van de overheid te onderwerpen, zolang die overheid overgaat tot waartoe zij volgens Lohman door God is geroepen: de bescherming van het welzijn van allen.⁴⁰² Het bestaan van de tweeslag tussen overheid en onderdaan zou volgens die benadering een wetenschappelijke basis moeten vormen voor de handhaving van het evenwicht tussen Kroon en Staten-Generaal, en dus voor de ontkenning van het parlementair stelsel als deel van het recht. In de jaren dertig van de twintigste eeuw klonken vanuit katholieke hoek, onder meer bij Kamphuisen en Romme,⁴⁰³ vergelijkbare pleidooien voor de nuancering van de invloed van

397 Struycken 1928 (laatste druk). In zijn oratie uit 1921 sprak Van der Pot al de vrees uit dat Struycken (die toen nog twee jaar te leven had) zijn handboek niet zou afronden: 'Het in 1915 door Struycken zoo schoon begonnen werk staat sedert 1917 stil. Er ligt een breed en hecht fundament, er staat een enkel stuk muur, waarover welhaast de wind van twee grondwetsherzieningen [namelijk die van 1917 en 1922, GJAG] zal zijn heengegaan. De vrees wordt sterker en sterker, dat de bouwmeester het hierbij laten zal.' Zie Van der Pot 1921, p. 3.

398 Kranenburg 1958 (laatste druk).

399 Van der Pot 1957b (laatste volledig door Van der Pot zelf bewerkte druk).

400 Zie hierover o.a. Donner 1948, p. 333-335 = Donner 1986, p. 31-33; Van der Pot 1957a, p. 257-258 (over het werk van Struycken); Donner 1981b, p. 295-296.

401 De Savornin Lohman 1926, m.n. p. xxviii-xxxiv (eerste druk uit 1901). Ik laat een bespreking over de waarde van dit werk achterwege. Zie daarover Van Vollenhoven 1930, p. 29, 34 = Van Vollenhoven 1934, p. 110, 114; Donner 1948, p. 331-333 = Donner 1986, p. 29-31; Van der Pot 1957a, p. 197-200. Overigens heeft de antirevolutionaire benadering van het staatsrecht nog oudere papieren. Zij gaat terug tot ongeveer 1820, in welke periode Groen van Prinsterer begon met publiceren. Ik laat die voorgeschiedenis hier rusten. Zie daarover Van der Pot 1957a, p. 180-196.

402 Donner 1948, p. 359 = Donner 1986, p. 57 met verdere verwijzingen.

403 Kamphuisen 1935b, p. 64-67; Romme 1937, p. 21-22.

het 'volk'; deze auteurs meenden dat de koning juridisch gezien de mogelijkheid dient te hebben om doorslaggevende invloed op het regeringsbeleid uit te oefenen.⁴⁰⁴ Al vrij snel daarna waren dergelijke vergaande geluiden met betrekking tot de institutionele verhoudingen in het staatsrecht niet of nauwelijks meer te horen.

Na de Tweede Wereldoorlog veranderde de blikrichting van de staatsrechtswetenschap nog verder. Na de oorlog zagen verschillende staatsrechtswetenschappers in de opkomst van nieuwe sociale wetenschappen zoals de politicologie aanleiding tot bezinning op de plaats van het staatsrecht in de staat. Als gevolg daarvan zouden feitelijke, niet-juridische elementen een grotere plaats in de staatsrechtswetenschap krijgen.

III.4.3 Bezinning op de plaats van het staatsrecht in de staat naar aanleiding van de dissertatie van Van der Hoeven

Nog aan het begin van de twintigste eeuw had de staatsrechtswetenschap nog 'het quasi-monopolie van de enige serieuze staatswetenschap te zijn'.⁴⁰⁵ De opkomst van de politieke wetenschap vanaf de periode van vlak na de Tweede Wereldoorlog maakte daaraan een einde. Illustratief was het geluid dat Barents, de eerste hoogleraar in de politieke wetenschap in Nederland, in zijn oratie uit 1948 liet horen. In zijn rede stelde Barents dat het de taak van de politieke wetenschap is om 'achter de juridisch vaak zeer fraaie vormen de rauwe werkelijkheid te laten zien'.⁴⁰⁶ Van der Hoeven, volgens wie het 'onaanvaardbaar veralgemeend' was om te denken dat de staatsrechtswetenschap zich slechts tot de bestudering van de juridisch vaak zeer fraaie vormen zou beperken, zag daarin aanleiding om de verhouding tussen staatsrechtelijke normen en de politieke werkelijkheid te bespreken in zijn dissertatie *De plaats van de grondwet*⁴⁰⁷ in het constitutionele recht uit 1958.⁴⁰⁸ Het werk vormde de aanleiding voor bezinning op de plaats van het staatsrecht in de staat,⁴⁰⁹ die tot dan toe had ontbroken, en in het verlengde daarvan, tot een discussie over het object van de staatsrechtswetenschap. Het grote belang van Van der Hoevens werk voor deze discussie rechtvaardigt

404 Zie ook Donner 1948, p. 357-359. Zeer vergaand was het pleidooi dat De Block in zijn oratie uit 1938 hield op basis van bevindingen uit 'katholieken-wetenschappelijke kring' voor het teruggeven van de zelfstandige regelgevende bevoegdheid aan de regering en dus voor het terugdraaien van de grondwetsherziening van 1887 op dit punt. Zie De Block 1939, p. 29-30.

405 Donner 1981b, p. 295.

406 Barents 1948, p. 11.

407 Van der Hoeven schrijft het begrip 'grondwet' in zijn dissertatie structureel met een kleine letter, ook als hij op de Nederlandse Grondwet doelt. Om verwarring te voorkomen zal ik in het vervolg bij de opnemings van citaten van Van der Hoeven telkens wel een hoofdletter gebruiken als de auteur naar de Nederlandse Grondwet verwijst.

408 Van der Hoeven 1958, p. 3.

409 Vgl. in die zin ook Donner 1982a, p. 39.

digst een uitgebreide bespreking op deze plaats. In deze paragraaf komen zijn stellingen over de normatieve kracht van het geschreven constitutionele recht, in het bijzonder die van de Grondwet, alsmede de daarop in de literatuur geformuleerde kritiek aan de orde.⁴¹⁰

III.4.3.1 *De centrale stelling van Van der Hoeven: de normatieve kracht van de Grondwet is gering*

In zijn dissertatie stelt Van der Hoeven dat het onmogelijk is om een overkoepelende definitie te formuleren van de 'staat'; tot nog toe zou iedere poging om een algemene staatsformule op te stellen volgens Van der Hoeven door het werkelijke functioneren van de staat zijn gelogenstraft.⁴¹¹ De definitie van dit begrip zou volgens hem afhankelijk zijn van wisselende grootheden die in de loop der geschiedenis steeds een andere invulling hebben gekregen, zoals het soevereiniteitsbegrip, de mogelijkheid van de staat om zichzelf te binden en de suprematie van de wetgever.⁴¹²

In plaats daarvan formuleert Van der Hoeven een sterk empirisch getint staatsbegrip aan de hand van een 'aantal concentratiepunten (...) waaromheen het staatsleven zich afspeelt', die hij de 'sovereiniteit-dragende instellingen' noemt; voorbeelden van die instellingen zijn de Kroon, de minister-raad en de Staten-Generaal.⁴¹³ De rechter sluit hij van deze instellingen uit.⁴¹⁴ In zijn ogen concretiseren het bestaan en functioneren van de staat zich 'in de instellingen en in hun ten opzichte van elkaar en van de buitenstatelijke samenlevingsstructuren verschuivende positie en betekenis'.⁴¹⁵ Als gevolg van de steeds wisselende verhoudingen tussen staatsinstellingen zal een algemeen staatsbegrip noch op iedere bestaande staat toepasbaar kunnen zijn, noch inzicht kunnen verschaffen in het functioneren van het staatsrecht, zo concludeert hij.

Van der Hoeven poogt bij afwezigheid van een dergelijk algemeen aangevaard staatsbegrip de rol van de Grondwet in het staatsleven te bestuderen aan de hand van een sterk op de empirie gerichte methode, die hij aanduidt als 'begrijpend beschrijven'.⁴¹⁶ In die aanpak ligt de veronderstelling besloten dat het geldende staatsrecht min of meer kan worden afgeleid uit wat

410 Deze paragraaf bevat een bespreking van Van der Hoevens stellingen over de relatie tussen de Grondwet en de machtsverhoudingen tussen de centrale constitutionele instellingen. Van der Hoevens verhandeling over de zogeheten 'technisch-organisatorische bepalingen' werd besproken in par. III.3.3.2.3 en de opvatting van Van der Hoeven omtrent het ongeschreven staatsrecht kwam aan de orde in par. III.3.4.2.2. De stellingen van Van der Hoeven over het belang van de in de Grondwet opgenomen grondrechten blijven in dit boek buiten beschouwing.

411 Van der Hoeven 1958, p. 23.

412 Van der Hoeven 1958, p. 25.

413 Van der Hoeven 1958, p. 32-33.

414 Vgl. Van der Hoeven 1958, p. 258-259.

415 Van der Hoeven 1958, p. 33.

416 Van der Hoeven 1958, p. 35.

er in de praktijk gebeurt. Volgens Van der Hoeven is dit het geval, omdat het staatsrecht in tegenstelling tot andere rechtsgebieden betrekking heeft op 'een object, dat een zekere eenmaligheid vertoont en dat, zo het al niet door een enkele korte omschrijving kan worden gekenmerkt, toch als één samenhangend geheel wordt ervaren'.⁴¹⁷ Uit deze zogeheten 'eenmaligheid' die de staat zou kenmerken leidt Van der Hoeven af dat rechtsregels nauwelijks invloed uitoefenen op het functioneren van de staat, omdat generalisering en abstractie van dit fenomeen nauwelijks zin zouden hebben. In zijn ogen wordt de staat daarom 'niet geschapen *door* het recht, maar veeleer door het recht voorondersteld'.⁴¹⁸ Voor Van der Hoeven is het staatsrecht daarom eerder feitelijk dan normatief van aard.

Volgens hem is het illustratief dat tussen 1848 en 1958 de machtspositie van de koning sterk is veranderd, terwijl de bepalingen uit de Grondwet die daarop betrekking hebben al die tijd ongewijzigd zijn gebleven. Hij schrijft daarom aan het geschreven constitutionele recht een 'lenig' karakter toe dat voor toepassing onder verschillende feitelijke omstandigheden geschikt is.⁴¹⁹ Binnen deze benadering is het constitutionele recht slechts een 'momentopname van op zeker tijdstip bestaande, bepaalde feitelijke machts- en gezagsverhoudingen, die het wel kan weergeven, maar niet fixeren'.⁴²⁰

Volgens Van der Hoeven brengt de grote verwevenheid tussen het staatsleven en het staatsrecht ook mee dat feitelijke ontwikkelingen *onderdeel* kunnen worden van het recht. Hij licht deze stelling toe aan de hand van de veranderde positie van de Staten-Generaal in de loop der jaren:

'Zodra de volksvertegenwoordiging bestaat, maakt zij deel van het recht uit, niet slechts naar haar formele kenmerken, maar tevens naar haar materiële betekenis voor het staatsbestel als geheel. Haar ontwikkeling *is* rechtsontwikkeling. Zij functioneert en verandert, groeit of vermindert in betekenis en in verhouding tot andere instellingen, zonder dat de grondwetgever, of de wetgever, die zelf in hun functie en betekenis mede door de volksvertegenwoordiging worden bepaald, deze zouden kunnen beheersen.'⁴²¹

Volgens Van der Hoeven heeft deze constatering vergaande gevolgen voor de mogelijkheden van grondwetten om het verloop van het staatsleven mee te sturen. Hij betoogt dat de Grondwet in de loop der tijd verder verwijderd raakt van de realiteit van het staatsleven. Voor zover de feiten wel corresponderen met de geldende bepalingen uit de Grondwet, dan is dat volgens hem niet meer dan een kwestie van toeval. Volgens Van der Hoeven is 'het nu eenmaal niet de (grond)wetgever, die de inhoud van dit antwoord *bepaalt*, al kan hij wel eens een gelukkige hand hebben in het *registreren* van

417 Van der Hoeven 1958, p. 38.

418 Van der Hoeven 1958, p. 39 (cursivering in origineel, GJAG).

419 Van der Hoeven 1958, p. 40.

420 Van der Hoeven 1958, p. 41.

421 Van der Hoeven 1958, p. 94 (cursivering in origineel, GJAG)

dit antwoord'.⁴²² Daarmee impliceert hij dat iedere gebeurtenis rechtmatig zou zijn, omdat de Grondwet onvoldoende in staat is om het staatsleven te reguleren. Een dergelijke relativering van het recht gaat echter ook voor hem te ver. Hij stelt verrassend genoeg:

'[R]echt zonder ethisch moment is geen recht'.⁴²³

Volgens Van der Hoeven ligt het ethische moment 'niet in de volkswil, omdat deze een psychologische fictie is', waartoe de overheid of het gezag in beginsel niet te herleiden is. Hoewel het recht ook volgens Van der Hoeven normatief van aard is, staat de inhoud van (grond)wetgeving daar volgens hem in beginsel los van. In plaats daarvan zouden volgens hem de regels over de verhoudingen tussen de hoogste constitutionele staatsinstellingen hun rechtskarakter ontlenen aan 'de omstandigheid, dat dit gezag als overheidsgezag door de in de samenleving politiek toonaangevende groeperingen wordt aanvaard – hetzij vol overtuiging en loyaliteit, hetzij berustend, hetzij zelfs met tegenzin'. Volgens Van der Hoeven is dit niet hetzelfde als de aanwezigheid van een rechtsovertuiging, omdat een dergelijke overtuiging betrekking heeft op het behoren:

'Deze kan wel aanwezig zijn, maar een constitutief vereiste is zij hier niet. Het gaat hier veeleer om een erkenning, een aanvaarding van een feitelijke situatie. Wanneer deze erkenning verdwijnt, zal het niet erkennen, het niet-aanvaarden zich ook in de reële machtsverhoudingen manifesteren.'

Zelfs de gedachte dat de Grondwet staatsinstellingen, zoals koning, parlement en regering, in het leven heeft geroepen, is volgens hem onjuist. De Grondwet zou volgens Van der Hoeven slechts de weerslag vormen van 'de staatkundige realiteit, zoals deze was bij haar totstandkoming' en zou derhalve niets aan het bestaan van die staatsinstellingen hebben bijgedragen.⁴²⁴ Hoewel de normatieve waarde van het institutionele deel van de Grondwet in dat licht beperkt is, zijn de bepalingen uit dat deel volgens hem ook weer niet geheel zonder betekenis. Van sommige bepalingen die rechtstreeks betrekking hebben op de verhoudingen tussen de staatsinstellingen, zoals de bepaling waarin het bestaan van de ministeriële verantwoordelijkheid is vastgelegd, gaat volgens Van der Hoeven echter 'een zekere psychologische werking' uit, al moet die in zijn ogen niet worden overschat.⁴²⁵

Op basis van deze observaties komt Van der Hoeven tot de conclusie dat de Grondwet (en het overige constitutionele recht) primair als een façade dient die verhuult dat slechts de geldende verhoudingen tussen de staatsinstellingen bepalend zijn voor de inhoud van het constitutionele recht. Zijn

422 Van der Hoeven 1958, p. 95 (cursiveringen in origineel, GJAG).

423 Van der Hoeven 1958, p. 119, ook voor de volgende drie citaten.

424 Van der Hoeven 1958, p. 166.

425 Van der Hoeven 1958, p. 168.

werk bevestigt daarmee in zekere zin de centrale stelling van Barents waarmee deze subparagraaf opende.

III.4.3.2 *De kritiek van Duynstee en Logemann: de relativering van de geringe normatieve kracht van de Grondwet*

Hoewel Van der Hoeven kort na de verschijning waardering voor zijn proefschrift ontving,⁴²⁶ is de door hem verdedigde centrale these kritisch ontvangen in de literatuur. Deze kritiek is niet verwonderlijk, omdat de centrale stelling van het boek op zijn minst misverstanden oproept. Op deze plaats bespreek ik de kritiek die in de literatuur op de centrale these van Van der Hoeven is geuit.

In de eerste plaats roept het door Van der Hoeven gehanteerde staatsbegrip vragen op. De keuze van Van der Hoeven om een empirisch staatsbegrip te hanteren aan de hand van zogeheten 'concentratiepunten waaromheen het staatsleven zich afspeelt' is in ieder geval weinig verhelderend. Het is namelijk niet duidelijk op basis van welke criteria hij tot de conclusie komt dat deze concentratiepunten primair bestaan uit de door hem onderscheiden 'sovereiniteitdragende instellingen' zoals Kroon, regering en parlement. Duynstee stelt in zijn recensie van Van der Hoevens proefschrift dat het staatsleven zich ook afspeelt in bijvoorbeeld kerkgenootschappen, universiteiten en grote ondernemingen.⁴²⁷ In deze instellingen zou immers ook tot op zekere hoogte politiek worden bedreven. Het empirische staatsbegrip van Van der Hoeven verplaatst dus, zo betoogt Duynstee, het definitieprobleem van wat een 'staat' is naar wat 'politiek' is.⁴²⁸ Het empirische staatsbegrip van Van der Hoeven schept derhalve volgens hem niet meer duidelijkheid over wat een 'staat' is.

Het beschrijven van wat deel uitmaakt van de 'staat' is uiteindelijk een normatieve bezigheid, die alleen zinvol kan geschieden met behulp van een normatieve inkleuring van dat begrip. Van der Hoevens afbakening van wat tot het staatsrecht wordt gerekend en wat niet, is daardoor niet van willekeur gespeend. Illustratief is de opmerking van Duynstee dat volgens de werkwijze van Van der Hoeven 'een nauwkeurige beschrijving van inrichting en beleid van concentratiekampen' alsmede 'een nauwkeurig onderzoek naar allerlei corruptievormen in politicis zoals die zich in menig land hebben ingeburgerd' dan deel uitmaken van het staatsrecht.⁴²⁹ Duynstee merkt bovendien op dat het staatsbegrip van Van der Hoeven wel degelijk normatief is ingekleurd.⁴³⁰ Van der Hoeven sluit de rechter uit van de 'sovereiniteitdragende instellingen', terwijl dat niet vanzelfsprekend is. Hij had

426 Vgl. Logemann 1958, p. 430; Duynstee 1959, p. 305; Van der Pot 1959, p. 196-197; Rijperda Wierdsma 1962, p. 90-91.

427 Duynstee 1959, p. 312-313. Vgl. in die zin ook Logemann 1958, p. 417-418.

428 In gelijke zin Donner 1982a, p. 40. Vgl. in die zin ook Couwenberg 1974, p. 41-42.

429 Duynstee 1959, p. 313. Vgl. in die zin ook Logemann 1958, p. 418.

430 Duynstee 1959, p. 314.

daarom op zijn minst een verklaring moeten geven voor deze normatieve keuze. Volgens Logemann is het bovendien twijfelachtig of de door Van der Hoeven veronderstelde 'eenmaligheid' in het object van het constitutionele recht inderdaad bestaat.⁴³¹ Hoewel het constitutionele recht primair betrekking heeft op één relatiecomplex, namelijk de staat, is daarmee nog niet gezegd dat zich binnen die staat niet 'een onbepaalde veelheid van handelingen' kunnen afspelen. Voor de verschillende gedragingen van de instellingen die zich binnen de staat afspelen, is de vraag van belang of zij al dan niet rechtmatig handelen. Anders dan Van der Hoeven meent, heeft het daarom in de ogen van Logemann wel degelijk zin om algemene en abstracte regels binnen het staatsverband te onderscheiden.

In de tweede plaats is ook het door Van der Hoeven gehanteerde rechtsbegrip problematisch. Vooral het strikte onderscheid dat Van der Hoeven hanteert tussen 'feit' en 'recht' roept bij Duynstee en Logemann vragen op.⁴³² Volgens Logemann is het bijvoorbeeld onmogelijk om de feiten in het staatsleven los van hun normatieve beoordeling te zien. Hij merkt in zijn bespreking van Van der Hoevens proefschrift dan ook op dat 'het vaststellen uit de sociale gegevens van wat geldend recht is, altijd noch louter een waarnemen is, noch louter een logische conclusie, maar steeds een waarderende keuze impliceert'.⁴³³ Op zichzelf onderkent Van der Hoeven dit ook, omdat recht zonder ethisch moment in zijn ogen geen recht is. Toch weerhoudt dat Van der Hoeven er niet van om de 'feiten' als een rechtsbron te beschouwen zonder de inhoud van die term te verduidelijken. Volgens Duynstee is deze bevinding problematisch, omdat het zo niet mogelijk is om vast te stellen wanneer er een schending van het recht heeft plaatsgevonden. De benadering van Van der Hoeven heeft volgens Duynstee tot gevolg dat het recht verwordt tot 'een soort geografie', waarbij rivieren, wegen en wateren in kaart worden gebracht.⁴³⁴ Als blijkt dat allerlei nieuwe wegen zijn aangelegd, beddingen zijn verlegd of nieuwe wateren zijn drooggelegd, dan zou er volgens Duynstee niets aan de hand zijn. Dergelijke veranderingen leiden er, zo vervolgt hij, in Van der Hoevens benadering slechts toe dat de kaart wordt bijgewerkt om de feiten in overeenstemming met de geldende normen te brengen. Het is volgens een dergelijke benadering, aldus nog steeds Duynstee, echter niet meer mogelijk om een onderscheid te maken tussen wat geoorloofd en wat ongeoorloofd is.

In het verlengde daarvan ligt het bezwaar dat de empirische benadering van Van der Hoeven leidt tot een vertroebeling van het onderscheid tussen geoorloofd en verplicht gedrag. Duynstee merkt daarover op dat het inderdaad nuttig is om precedenten in het handelen van staatsinstellingen bij het

431 Logemann 1958, p. 419.

432 Zie over de onhoudbaarheid van een strikt onderscheid tussen 'feit' en 'recht' (of 'feit' en 'norm') ook par. III.4.4.2.

433 Logemann 1958, p. 423. In die zin ook o.a. Elzinga 1982, p. 78; Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 71 = Elzinga 2020, p. 177-178; Dölle 1988, p. 239; Witteveen 1988, p. 246-247.

434 Duynstee 1959, p. 311. Vgl. in die zin ook Donner 1982a, p. 39.

staatsrecht te betrekken, omdat die behulpzaam kunnen zijn bij de interpretatie van staatsrechtelijke normen.⁴³⁵ Maar die precedënten zijn volgens hem niet zaligmakend; daaruit volgt slechts dat staatsinstellingen in vergelijkbare omstandigheden op een dergelijke manier *mogen* handelen, niet dat zij dat ook zouden *moeten*.

Het is de vraag of deze kritiek niet wat al te zwaar is aangezet. Hirsch Ballin vraagt zich bijvoorbeeld retorisch af of 'de kwalificatie van een niet-afgedwongen feitelijke houding als "ethisch"' niet reeds impliceert 'dat niet macht, maar de mens in het recht gerespecteerd moet worden'.⁴³⁶ Hij suggereert vervolgens, voortbouwend op die suggestie, dat Van der Hoevens benadering helemaal niet hoeft te betekenen dat de feitelijke werkelijkheid en het geldende constitutionele recht complementaire grootheden zijn:

'Indien men het al dan niet aanvaarden van de feitelijke machtsverhoudingen niet nogmaals als een louter feitelijke verhouding ziet, maar doorziet dat in dit feit de oriëntatie op *een aan de feiten voorafgaand beginsel* tot uitdrukking komt, is het ook mogelijk om rekening te houden met buitengrondwettelijke ontwikkelingen, zonder dat het constitutionele recht daardoor een descriptieve theorie zou worden.'

Deze waardevolle constatering van Hirsch Ballin zet zowel de benadering van Van der Hoeven zelf als de daarop door Duynstee en Logemann geuite kritiek in een ander licht. Zo bezien is het mogelijk om het werk van Van der Hoeven zo te lezen dat het recht en de feitelijke werkelijkheid niet geheel aan elkaar gelijkstaan; in het licht van zijn andere werk is het niet onwaarschijnlijk dat Van der Hoeven zijn benadering zo heeft bedoeld.⁴³⁷ Volgens deze lezing is er wel degelijk ruimte voor de vraag of een feitelijke verandering het geldende recht heeft gewijzigd, namelijk door de feitelijke verandering te *beoordelen* aan de hand van de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Op die manier ontstaat in iedere beschrijving van de feitelijke werkelijkheid ook ruimte voor de beantwoording van de *waarderende* vraag of er achter die feiten een beginsel ligt op basis waarvan een wijziging (dan wel een schending) van het recht heeft plaatsgevonden.

Tegen die achtergrond ligt het belangrijkste bezwaar tegen Van der Hoevens dissertatie niet zozeer in de these die de auteur daarin *op zichzelf* verdedigt, maar in de beperkte aandacht die hij schenkt aan wat het 'ethische' element precies omvat; op dat punt is zijn these immers nogal aarzelend van aard.⁴³⁸ Juist aan de hand van dit ethische element zou het mogelijk moeten zijn om de eigen identiteit van het staatsrecht voor het voetlicht te brengen.

435 Duynstee 1959, p. 312.

436 Hirsch Ballin 1982, p. 81, ook voor het volgende citaat (op p. 82; cursivering toegevoegd, GJAG).

437 Zie ook par. III.4.3.3.

438 Vgl. in die zin ook Logemann 1958, p. 418-419.

Het laatste kritiekpunt op Van der Hoevens dissertatie uit de literatuur heeft betrekking op zijn benadering van de praktische betekenis van de Grondwet voor het functioneren van staatsinstellingen. Deze kritiek is aanzienlijk milder dan het commentaar dat hij op zijn andere opvattingen heeft gekregen. Duynstee kan zich bijvoorbeeld wel vinden in Van der Hoevens constatering dat de veranderde feitelijke verhouding tussen regering en Staten-Generaal haar weerslag heeft gekregen op de interpretatie van de Grondwet. Hij stelt in koninklijk meervoud:

‘[D]e Nederlandse Regering en Staten-Generaal staan anno 1959 nu eenmaal temidden van een andere maatschappelijke constitutie en temidden van een andere relatie tussen deze maatschappij en de van oudsher legitieme staatspolitiek, dan een veertig jaren geleden. Het ware onjuist, zo menen wij, deze hedendaagse ontwikkeling volledig te negeren bij vragen als die welke ons bezig houden.’⁴³⁹

Duynstee heeft echter kritiek op het gemak waarmee Van der Hoeven deze feitelijke ontwikkelingen beschouwt als een *schending* van geschreven staatsrechtelijke normen. Volgens Duynstee komt Van der Hoeven tot deze conclusie, omdat hij impliciet de wetshistorische methode als de enige juiste methode voor de uitleg van de Grondwet beschouwt.⁴⁴⁰ Tegen deze benadering heeft Duynstee bezwaar. Opnieuw in koninklijk meervoud betoogt hij:

‘In allerlei gevallen kan men immers naar algemene hedendaagse rechtsopvattingen een grondwetsartikel (of een wetsartikel) interpreteren zó, dat daarin geacht wordt bedoeld te zijn, datgene wat in het rechtssysteem en zijn wijzigingen redelijkerwijze mag worden aangenomen, dat een hedendaagse (grond)wetgever op het oog zou hebben, zulks althans zolang men zodoende niet in open strijd met de bewoordingen komt. Het is déze interpretatiemanier, welke o.i. in alle voorbeelden van Van der Hoeven de conclusie dragen kan. Het is ongetwijfeld waar, dat zodoende de interpretatie meer een beleidsmatig karakter krijgt dan bij de puur wetshistorische wijze van interpreteren, maar wij meenden, dat de rechtswetenschap deze consequentie al 50 jaren algemeen aanvaard heeft.’⁴⁴¹

In feite hangt het door Van der Hoeven geconstateerde gebrekkige normatieve karakter van de Grondwet in belangrijke mate samen met een manier van grondwetsinterpretatie waarin de oorspronkelijke interpretatie van de grondwetgever een dominante rol speelt.⁴⁴² Volgens Duynstee miskent Van der Hoeven daarmee dat feitelijke ontwikkelingen wel degelijk kunnen duiden op een wijziging in de opvattingen over hoe het geldende recht luidt. Dergelijke wijzigingen zijn dan ook niet per se onrechtmatig, maar liggen dan in de al dan niet gewijzigde uitlegging van de Grondwet besloten.

439 Duynstee 1959, p. 316.

440 Duynstee 1959, p. 317.

441 Duynstee 1959, p. 318.

442 In die zin ook Logemann 1958, p. 426; Elzinga 1982, p. 78-81; Dölle 1988, p. 232-236.

Al met al is de toon van de kritiek scherp, soms misschien wel te scherp. In 1958 was alleen al de constatering *dat* het geldende staatsrecht onder grote invloed van feitelijke machtsverhoudingen staat baanbrekend. Bovendien zijn bepaalde delen van het boek zelfs ruim zestig jaar na dato nog altijd relevant. Wel is de kritiek in zoverre terecht dat Van der Hoeven in zijn proefschrift te weinig aandacht toonde voor de normatieve eigenheid van het staatsrecht. In zijn latere werk komt die eigen identiteit van het staatsrecht nadrukkelijker aan bod.

III.4.3.3 *Reactie van Van der Hoeven: enkele nuanceringen*

In verschillende latere publicaties nuanceert Van der Hoeven, zij het vaak impliciet, een aantal van de centrale stellingen uit zijn proefschrift. In zijn oratie maakt hij een onderscheid tussen het puur feitelijke begrip 'regelmaat' en de normatieve term 'norm'.⁴⁴³ Hij is van mening dat regelmatig gedrag van staatsinstellingen niet te snel als een bewijs voor het bestaan van een ongeschreven rechtsregel kan worden beschouwd. Volgens Van der Hoeven kan een regelmaat in het handelen van staatsinstellingen het product zijn van een algemenere norm waarvan de toepassing in andersoortige omstandigheden tot andere uitkomsten kan leiden.⁴⁴⁴ Er is in zijn ogen bijvoorbeeld sprake van regelmaat in plaats van een norm in de sfeer van de kabinetsformatie en bij de naleving van regeerakkoorden. Zo beschouwd werken feitelijke ontwikkelingen volgens Van der Hoeven minder snel wijzigingen in het constitutionele recht in de hand dan hij in zijn proefschrift nog had gesuggereerd.

In een preadvies voor de Vereniging voor de wijsbegeerte des rechts stelt Van der Hoeven verder dat een grondwet wel degelijk van waarde kan zijn in een samenleving.⁴⁴⁵ In zijn ogen kan een grondwet bijvoorbeeld een bijdrage leveren aan de verzekering van de 'continuïteit in de uiterlijke vormen waarin het politieke leven zich afspeelt' en als 'fixatie van op zeker moment bij de gezagsdragers levende denkbeelden omtrent de taakvervulling van de overheid'.⁴⁴⁶ In meer algemene zin kan een grondwet in zijn ogen uitdrukking geven aan 'het beginsel van objectivering van het gezag en der gezagsoefening, van het beginsel der rechtsorde en van dat van behartiging van het bonum commune als richtlijn voor staatkundig handelen'. Het karakter van een grondwet als 'bijzondere, hogere wet, tot stand gebracht op een bijzondere wijze en in bijzondere vorm, onderstreept deze betekenis' volgens Van

443 Van der Hoeven 1960, p. 16-17 = Van der Hoeven 1984, p. 34-35.

444 Zie voor het volledige citaat par. III.5.3.3.1.

445 Van der Hoeven heeft in zijn preadvies vooral oog voor de functie die grondwetten in theorie kunnen vervullen. Hij past zijn bevindingen niet toe op de Nederlandse constitutie, ook al heeft hij zijn proefschrift vanuit een Nederlands perspectief geschreven. Ik spreek daarom in het navolgende van 'grondwetten' in het algemeen. Vgl. Van der Hoeven 1962, p. 5 = Van der Hoeven 1984, p. 41.

446 Van der Hoeven 1962, p. 35 = Van der Hoeven 1984, p. 71, ook voor het volgende citaat.

der Hoeven.⁴⁴⁷ Hij vervolgt dat een grondwet deze functie alleen kan vervullen als zij 'geïntegreerd is en blijft in het staatkundig denken en handelen der natie, en indien en zolang zij voldoende elasticiteit daartoe bezit'.⁴⁴⁸

In latere terugblikken uit 1985 en 1988 houdt hij echter nog wel vast aan de opvatting dat de normatieve waarde van de Grondwet op zichzelf beperkt is en vooral afhankelijk van feitelijke ontwikkelingen in het staatsleven.⁴⁴⁹ Hij is van mening dat de door hem onderzochte grondwetsbepalingen tot het moment van de herziening van de Grondwet in 1983 onder sterke invloed van feitelijke ontwikkelingen hebben gestaan waarvan sommige hun beslag in de Grondwet hebben gekregen. Hij besluit deze beschouwing met de stelling:

'De wetgever schrijft de Grondwet, maar de samenleving beslist over haar lot.'⁴⁵⁰

Op één punt blijkt hij de kritiek van Duynstee ter harte te hebben genomen: bij herlezing van zijn boek komt Van der Hoeven tot het inzicht dat het door hem geformuleerde staatsbegrip in de rest van zijn werk geen rol meer speelt. Van der Hoeven merkt daarover op:

'En dat is ook begrijpelijk. Niemand heeft met "de staat" te maken, maar allen wèl met overheden en met overheidsorganen die bevoegdheden hebben of zich assumeren.'⁴⁵¹

Grosso modo gaat het hier dus om een relatief beperkt element uit zijn proefschrift. Aldus lijkt de kritiek op zijn benadering hem niet te hebben overtuigd.

III.4.3.4 *De invloed van Van der Hoevens benadering op de staatsrechtswetenschap*

De verschijning van het proefschrift van Van der Hoeven in 1958 markeerde een belangrijk moment in de geschiedenis van de staatsrechtswetenschap. Vanaf dat jaar wordt het langzamerhand minder vanzelfsprekend dat de staatsrechtswetenschap zich afzijdig houdt van het functioneren van het staatsrecht in de staat. Hoewel de kritiek van Duynstee en Logemann op zichzelf begrijpelijk is, heeft het werk van Van der Hoeven grote verdiensten. Van der Hoevens constatering dát het feitelijke functioneren van staatsinstellingen van belang is voor de bestudering van het constitutionele recht, is nog altijd waardevol. Hetzelfde geldt voor zijn bevinding dat verschei-

447 Van der Hoeven 1962, p. 35-36 = Van der Hoeven 1984, p. 71-72.

448 Van der Hoeven 1962, p. 36 = Van der Hoeven 1984, p. 72.

449 Van der Hoeven 1985, p. 716; Van der Hoeven 1988, p. 314.

450 Van der Hoeven 1988, p. 314.

451 Van der Hoeven 1985, p. 719.

dene bepalingen uit de Grondwet een andere, vaak formelere, interpretatie krijgen naarmate de tijd vordert. Nog altijd is het boek daarmee een belangrijk oriëntatiepunt voor het Nederlandse onderzoek naar de verhouding tussen staatsrechtelijke normen en de feitelijke werkelijkheid.⁴⁵²

Toch heeft Van der Hoeven relatief weinig echte navolgers gehad. Een van de weinige auteurs die zich geheel⁴⁵³ bij de bevindingen van Van der Hoeven heeft aangesloten was Van Maarseveen.⁴⁵⁴ De laatstgenoemde auteur pleitte er in zijn opstel *Politiek recht, opvolger van het staatsrecht?* uit 1971 voor niet langer over 'staatsrecht' maar over 'politiek recht' te spreken. De aanleiding voor die verbreding lag voor Van Maarseveen in de grote invloed van de feitelijke werkelijkheid op de normen uit de Grondwet; naarmate het constitutioneel recht langere tijd in ongewijzigde vorm geldt, dreigt het 'droog te komen te staan' doordat het zich steeds verder verwijderd van de feitelijke werkelijkheid.⁴⁵⁵ Volgens Van Maarseveen is de benaming 'politiek recht' in dat licht een goed alternatief voor de term 'staatsrecht', omdat de eerstgenoemde benaming beter tot uitdrukking zou brengen 'dat het studieveld van de staatsrechtswetenschap zowel verbreed is c.q. moet worden, als ook met andere methoden worde beploegd'.⁴⁵⁶ In het voorstel van Van Maarseveen ontbreekt echter een concreet voorstel voor een methode waarmee juristen die politieke ontwikkelingen zouden kunnen of moeten bestuderen. Het is daarom niet erg verwonderlijk dat zijn benadering niet of nauwelijks navolging heeft gehad.⁴⁵⁷

Al met al heeft de dissertatie van Van der Hoeven de weg vrijgemaakt voor een minder eenzijdige methodologische oriëntatie van de staatsrechtswetenschap.⁴⁵⁸ Het zou dan ook onterecht zijn om Van der Hoevens opvattingen over de staatsrechtsbeoefening te veronachtzamen.

452 Vgl. o.a. Van Maarseveen 1971, p. 5 = Van Maarseveen 1991a, p. 177; Prakke 1974, p. 26-28; Donner 1982a, p. 39; Hirsch Ballin 1982, p. 78-90; Akkermans 1985, p. 2-3; Dölle 1988, p. 48; Elzinga 1996, p. 110 = Elzinga 1997, p. 57 = Elzinga 2020, p. 169; Adams 2013, p. 1112-1113; Verhey 2014, p. 7.

453 Hirsch Ballin lijkt de enige auteur te zijn die de benadering uit Van der Hoevens proefschrift ten dele overneemt en ook verder als zodanig operationaliseert. Hij concretiseert Van der Hoevens benadering van het 'ethisch element' met als doel feitelijke van rechtmatige gebeurtenissen te kunnen onderscheiden; het belangrijkste kritiekpunt op Van der Hoevens dissertatie was immers dat het volgen van zijn benadering ertoe leidt dat het staatsrecht zijn eigen karakter verliest. Zie Hirsch Ballin 1982, p. 79-90. Ik kom hierop terug in par. III.5.3.3.2.

454 Vgl. Van Maarseveen 1971, p. 5 = Van Maarseveen 1991a, p. 177: 'Zowel ten aanzien van de statelijke oriëntatie als op het punt van de grondwet heeft in 1958 het werk van Van der Hoeven wetenschappelijk genomen het definitieve woord gesproken.'

455 Van Maarseveen 1971, p. 6 = Van Maarseveen 1991a, p. 178.

456 Van Maarseveen 1971, p. 26 = Van Maarseveen 1991a, p. 191. Zie ook Van Maarseveen 1973b, p. 58-68.

457 Wel kreeg Van Maarseveen bijval van Burkens. Vgl. o.a. Burkens 1972, p. 12; Burkens 1979, p. 66; Burkens 1981, p. 45.

458 Vgl. Veen 1987, p. 37.

III.4.4 Huidige perspectieven op object en methode van de staatsrechtswetenschap

Voor de verschijning van het proefschrift van Van der Hoeven bestond er in de staatsrechtswetenschap nauwelijks aandacht voor haar eigen methoden.⁴⁵⁹ Op dat moment was daarvoor misschien ook nog niet echt aanleiding, omdat er rond die tijd een betrekkelijk grote mate van overeenstemming was over wat deel uitmaakt van het positieve staatsrecht enerzijds en wat hoogstens staatsleer of staatsbeschouwing is anderzijds.⁴⁶⁰ Pas na de Tweede Wereldoorlog begonnen verschillende staatsrechtswetenschappers alternatieve methoden te beproeven buiten het beschrijven en systematiseren van het geldende constitutionele recht. In de verschillende methodologische benaderingen die rond die tijd opkwamen, vormt de verhouding tussen het staatsrecht en het staatsleven een belangrijk aandachtspunt. In de kern stond daarbij niet zozeer ter discussie dát het staatsrecht slechts een van de objecten in het staatsleven is en zich dus ook tot andere politieke, sociale en economische wetmatigheden dient te verhouden, maar ging het vooral om de vraag wat deze constatering voor de staatsrechtswetenschap betekent.

Deze subparagraaf bevat een overzicht van de op dit punt bestaande opvattingen, die na de verschijning van de dissertatie van Van der Hoeven in de staatsrechtswetenschap zijn verdedigd.⁴⁶¹ Voordat deze verschillende benaderingen aan de orde komen, richt ik mij eerst op de vraag hoe de staat en het staatsrecht in de staatsrechtswetenschap met elkaar in verband worden gebracht. Preciezer gezegd: wat beschouwen staatsrechtswetenschappers als de functie van de staat en wat is in dat licht de bijdrage die het staatsrecht levert om ervoor te zorgen dat de staat die functie adequaat kan vervullen?

459 Al is het volgens Donner mogelijk om met terugwerkende kracht het debat over het anti-revolutionaire staatsrecht als zodanig te beschouwen, alhoewel het begrip 'methode' in die debatten geen rol speelde. Zie Donner 1982a, p. 48-49. Zie nader over het antirevolutionaire staatsrecht par. III.4.2.

460 Vgl. in die zin ook Donner 1982a, p. 49.

461 Al beproefde een enkeling vlak na de Tweede Wereldoorlog nog een methode die primair tot doel had het staatsrecht te systematiseren zonder daarbij het staatsleven te betrekken. In dat kader verdienen de werken van Logemann en Stellinga vermelding. Logemann probeerde in zijn boek een 'stellig' staatsrecht te ontwikkelen door een sluitend systeem van absoluut geldende normen te formuleren. De context waarin rechtsnormen functioneren blijft in dit boek echter buiten beschouwing. In de benadering van Logemann is de staat een puur formeel, logisch geheel dat hij aanduidt als 'ambtenorganisatie'. Zie Logemann 1948, p. 84. Stellinga stelde in zijn studie niet zozeer de in het staatsbestel geldende normen centraal, maar richtte zich veeleer op de daarin uitgeoefende *functies*, zoals wetgeving, bestuur en rechtspraak. Op die manier hoopte hij het onderzoeksterrein van de staatsrechtswetenschap te vergroten en meer ruimte te scheppen voor een normatieve waardering van de in het staatsbestel geldende regels. Zie Stellinga 1953, p. iii. Een uitgebreidere bespreking van beide werken kan hier achterwege blijven, omdat zij nagenoeg zonder invloed zijn gebleven.

III.4.4.1 *Ter introductie: het verband van staat en staatsrecht*

De vanzelfsprekendheid van het bestaan van een staat zou bijna doen vergeten dat dat in de kern een concreet doel heeft: het handhaven van de vrede.⁴⁶² Nog altijd is deze kerntaak relevant voor een goed begrip van het functioneren van de staat. Nadat de Duitse overheerser in 1945 uit Nederland vertrok, herkrege de oorspronkelijke staatsinstellingen zoals die voor de oorlog bestonden, hun plaats in het constitutioneel bestel. Mede aan de hand van die vrijwel⁴⁶³ stilzwijgende vanzelfsprekendheid van die terugkeer van de staatsinstellingen, constateert Donner dat voor de adequate vervulling van de vredesfunctie een zekere mate van bestendigheid is vereist. Als staats- en rechtsinstellingen kunnen blijven functioneren, ook voor zover een wisseling plaatsvindt van de personen die de daarin relevante functies vervullen, versterkt dat het besef van zekerheid, veiligheid en continuïteit bij de bevolking.⁴⁶⁴ Op die manier blijft, zo betoogt Donner, de samenleving adequaat functioneren, want:

‘Ook als wij willen veranderen, juist als wij veranderen, dan moet er veel op zijn plaats blijven en duren, anders verliest de verandering haar zin en richting. Wederzijds zijn wij van elkaars daar-zijn en zo-zijn, van elkaars daàr-werken en zó-werken afhankelijk en willen erop kunnen rekenen.’⁴⁶⁵

Volgens Donner is een beroep op het gezag als verklaring voor het bestaan van de continuïteit van het gezag onvoldoende, omdat ‘een gemeenschappelijke orde van waarden, die dat gezag zou moeten ondersteunen, hoe langer hoe minder aanwezig lijkt’.⁴⁶⁶ In plaats daarvan zoekt hij een dergelijke verklaring in het begrip ‘leiding geven’, dat hij omschrijft als

‘mensen brengen tot samenwerking voor een gemeenschappelijk doel en hun leren wat samenwerking vermágt. Slaat het doel van de onderneming aan en blijkt het nut van de organisatie, dan is er een goede kans, dat zij de oorspronkelijke initiatiefnemer overleven. Dan worden zijzelf een macht in de samenleving, los van de mensen die eraan begonnen, en zijn in staat om zelf macht en gezag te verlenen, krachtens hun onmisbaarheid. Zo slaan macht en gezag door het leiding geven neer in blijvende instellingen, in staatsinstellingen, die hun zin en

462 Expliciet in die zin o.a. Donner 1979, p. 6, 8, 14 = Donner 1986, p. 373, 376, 382; Kortmann 1981, p. 9-10, 18. Meer recent sprak ook Koopmans zich in die zin uit, toen hij stelde dat de oplossing van een juridisch probleem ‘tevens een kleine bijdrage aan de vrede in de wereld’ is. Zie Koopmans 2014, p. 40.

463 Na de bevrijding klonken er echter wel degelijk pleidooien voor de invoering van een compleet nieuw constitutioneel bestel. De politieke prioriteiten van dat moment lagen echter bij andere, vooral sociale kwesties, waardoor ingrijpende staatkundige veranderingen niet van de grond kwamen. Zie par. III.3.3.1.2.

464 Donner 1979, p. 3-4 = Donner 1986, p. 371-372.

465 Donner 1979, p. 5 = Donner 1986, p. 373. Vgl. in die zin ook Kortmann 1976, p. 169.

466 Donner 1979, p. 9 = Donner 1986, p. 377, ook voor het volgende citaat.

hun nut in de verworven functie of idee vinden. Zij worden verworvenheden van de samenleving, waarop deze weer verder bouwt om nieuwe verworvenheden tot stand te brengen'.

In feite komt deze passage erop neer dat de verzekering van de continuïteit van de staat ook de moeite waard moet zijn voor zijn burgers, opdat die continuïteit verzekerd blijft. Volgens Donner is daarvoor een flinke dosis wederkerigheid vereist, op basis waarvan de macht van de staat moet worden

'tot bevoegdheid, d.w.z. tot rechtens omschreven, bepaalde en verplichtende macht (...), zodat er een beroep op kan worden gedaan en er verweer tegen kan worden gevoerd. Evenzo moeten ook de plichten en rechten van de andere staatsdelen en van de burger worden omschreven, zodat hij weet, waaraan hij zelf en anderen zich hebben te houden, zodat dus het bestaan van staats- en rechtsinstellingen een houvast en steun wordt in zijn samenleven en samenwerken met anderen'.⁴⁶⁷

In de ogen van Donner ligt de functie van het staatsrecht vooral in het verzekeren van die wederkerigheid, die er op haar beurt weer op is gericht de bestendigheid van de staat veilig te stellen. Het zou echter onjuist zijn het staatsverband geheel en al gelijk te stellen aan het rechtsverband, omdat de bestendigheid en de wederkerigheid niet noodzakelijkerwijs in elkaars verlengde liggen. Integendeel:

'Het zijn geen complementaire grootheden, die mooi bij elkaar aansluiten, maar zij botsen keer op keer. Het zijn wel dragende motieven, maats het zijn ook de krachten, die bewerken dat het stellig recht altijd ver beneden de eis der rechtvaardigheid blijft en dat ons jagen naar de volkomen staat steeds weer op teleurstelling uitloopt. (...) [B]estendigheid en wederkerigheid zijn niet met elkaar te verenigen in een wereld die voortdurend verandert en welks veranderingen wij niet in de hand hebben'.⁴⁶⁸

In het licht van deze onverzoenlijkheid tussen bestendigheid en wederkerigheid kunnen staatsrechtswetenschappers zichzelf voortdurend de vraag stellen in hoeverre het positieve staatsrecht nog beantwoordt aan de feitelijke behoeften uit de samenleving. In het licht van de steeds verdere uitbreiding van de staatstaak vanaf het begin van de twintigste eeuw⁴⁶⁹ blijft de beantwoording van die vraag van belang voor de staatsrechtswetenschap; op het terrein van alle (nieuwe) staatstaken dienen de bestaande staatsinstellingen zowel hun macht uit te oefenen in overeenstemming met de aan hen toegekende bevoegdheden (het recht) als over voldoende feitelijke mogelijkheden (de macht) te beschikken om de aan hen toegekende taken uit te

467 Donner 1979, p. 13 = Donner 1986, p. 380-381.

468 Donner 1979, p. 16 = Donner 1986, p. 383.

469 Zie par. III.2.6.

oefenen.⁴⁷⁰ Aldus is de taak van de staatsrechtswetenschap tweëerlei: zij is gericht op de bestudering van zowel het geldende recht als de feitelijke context waarin dat recht functioneert. Belinfante merkt daarover op:

‘Het staatsrecht interesseert zich en wel in hoge mate voor die problemen van [de] staat, die niet gestructureerd zijn door het recht, maar die desondanks van evenveel betekenis zijn voor de gemeenschap, die de staat vormt, als de problemen die wel door het staatsrecht worden beheerst. Door omstandigheden van feitelijke politieke aard worden belangrijke beslissingen buiten het rechtssysteem om genomen. Daardoor ontstaat bij juristen en burgers een gevoel van onbehagen en onmacht. Het is de taak van de beoefenaren van het staatsrecht de wegen te zoeken om die beslissingen binnen het rechtssysteem te brengen.’⁴⁷¹

Volgens Belinfante ligt de centrale focus van de staatsrechtswetenschap in beginsel op het geldende staatsrecht in het licht van de context waarin het functioneert. Voor de duidelijkheid: anders dan Belinfante wellicht suggereert in dit fragment, is de taak van de staatsrechtswetenschap niet zozeer de mogelijkheden van directe implementatie van buitengrondwettelijke beslissingen te onderzoeken, maar wel om dergelijke beslissingen te bestuderen in het licht van hun (staatsrechtelijke) context.

Op twee manieren kunnen dergelijke beslissingen relevantie voor de staatsrechtswetenschap verkrijgen.⁴⁷² In de eerste plaats geldt dat voor bepaalde *specifieke* terreinen, zoals dat van de kabinetsformatie, die weliswaar vrijwel ongeregeld zijn gebleven in het positieve staatsrecht maar wel de toepassing van andere staatsrechtelijke normen, zoals de vertrouwensregel, affecteren. In de tweede plaats geldt dat in meer *algemene* zin voor de mate waarin het staatsrecht nog naar behoren functioneert in de feitelijke werkelijkheid. Op zichzelf staat deze vraag zo ver van het positieve recht af dat die eerder tot het domein van de politicologie behoort. Toch zou het, zo constateert Belinfante, onjuist zijn te concluderen dat in beide gevallen

‘niet het juridische stelsel, maar de politiek de hoofdrol speelt. Maar dan zal men toch moeten erkennen, dat het bestaan en de inrichting van [de staat] toch zelf berusten op politieke beslissingen. Het staatsrecht is een juridische vertaling van een politieke situatie. Daarmee is een voortdurende spanning tussen staatsrecht en politiek ingebouwd’.

Op zichzelf staat het politieke karakter van een beslissing dan ook los van de relevantie van die beslissing voor de staatsrechtswetenschap. In het licht van de eerder beschreven verklaring voor het bestaan van het staatsrecht is dat ook niet verwonderlijk. In de kern is het staatsrecht gericht op de

470 Vgl. o.a. Prakke 1974, p. 7-10; Vis 1978, p. 3-4; Kortmann 1981, p. 13; Hirsch Ballin 1982, p. 90-91.

471 Belinfante 1982, p. 1.

472 Belinfante 1982, p. 2, ook voor het hierna opgenomen citaat.

handhaving van de vrede door de staat te verzekeren van de vereiste dosis wederkerigheid en daarmee ook tot op zekere hoogte een bijdrage te leveren aan de bestendigheid van de staat. Het positieve recht functioneert derhalve nooit in een isolement, maar dient zich altijd tot die kernfuncties binnen de staat te verhouden.

Toch is daarmee nog niet duidelijk *in hoeverre* de staatsrechtswetenschapper ook de context waarin het staatsrecht functioneert, dient te bestuderen. De staatsrechtswetenschapper zou weliswaar niet alleen oog moeten hebben voor het geldende positieve recht, maar dient ook niet zo ver te gaan dat hij zich verliest in de feitelijke en politieke werkelijkheid waarin het staatsrecht functioneert; anders loopt hij het gevaar de eigen identiteit van het staatsrecht uit het oog te verliezen.

III.4.4.2 *De traditioneel-rechtspositivistische benadering: recht en politiek zijn in beginsel gescheiden sferen*

Veruit de meeste staatsrechtsbeoefenaren brengen een strikte scheiding aan tussen de sferen van respectievelijk het recht en de politiek. Aanhangers van deze traditioneel-rechtspositivistische⁴⁷³ benadering erkennen wel dat politieke besluitvorming een grote invloed heeft op de gelding van het staatsrecht, maar zij beschouwen beide fenomenen in de woorden van Donner als ‘verschillend van aard, van idee, van ritmiek en van behoeften’.⁴⁷⁴ Kenmerkend voor het recht is dat het afkomstig is uit ‘een andere wereld’ met ‘eigen begrippen en beginselen’ ten opzichte van die van de politiek. Naar eigen zeggen heeft Donner er echter

‘vrede mee, dat de richting door de politiek wordt bepaald, als deze zich aan het staatsrecht verbonden voelt. (...) Blijft zo het recht niet op zijn plaats als wezenlijk, eigenaardig element van het staatsleven, maatstaf in en voor de staat, waarmee zich de staat als geheel de maat neemt? Juist omdat ik aan het staatsrecht zoveel belang toeken als structureel element van de Westerse staat, lijkt het mij een zegen als het betrekkelijk onopvallend en als ‘t ware vanzelfsprekend werkt en geldt’.⁴⁷⁵

In de benadering van Donner vormen rechtsregels slechts één factor naast vele andere, zoals de politieke machtsverhoudingen, de economie en andere elementen die politici in ogenschouw moeten nemen om beslissingen te kun-

473 In mijn ogen zijn ook de hierna te bespreken contextuele en instrumentele benadering van het staatsrecht in sterke mate geënt op het rechtspositivisme, omdat ook daarin primair het door de overheid gestelde recht centraal staat. Met het traditionele rechtspositivisme doel ik op de stroming in het denken over het constitutionele recht die een strikte scheiding tussen recht en politiek maakt. Aanhangers van andere, hierna te bespreken, perspectieven op het constitutionele recht denken genuanceerder over het nut van het aanbrengen van een dergelijke scheiding.

474 Donner 1981a, p. 1, ook voor het volgende citaat (op p. 2).

475 Donner 1982a, p. 46. Vgl. ook Donner 1981b, p. 304-305.

nen nemen. Volgens Donner is het geen bezwaar dat het recht in dat beeld slechts op afstand een rol vervult, zolang politici zich verbonden weten met de eisen die het staatsrecht aan hen stelt. De strikte scheiding die hij tussen recht en politiek aanbrengt, is daarmee impliciet onderworpen aan de voorwaarde dat politici het recht blijven respecteren.

Deze bespiegeling van Donner bevat de kern van het traditioneel-rechtspositivistische perspectief op de staatsrechtswetenschap: in beginsel blijft het studieobject van de staatsrechtsbeoefening beperkt tot het positieve recht, mits het recht een maatstaf blijft voor het politieke leven. Als de vanzelfsprekendheid van de gelding en de werking van het staatsrecht echter verdwijnt, dan kan de staatsrechtswetenschap haar ogen daarvoor niet sluiten, zo suggereert Donner. Deze benadering brengt voor het voetlicht dat de bestudering van het staatsleven van secundair belang is voor de staatsrechtswetenschap, maar ook niet geheel genegeerd kan worden. Ook beoefenaren van de staatsrechtswetenschap volgens het traditioneel-rechtspositivistische perspectief, zullen zich daarom moeten verhouden tot de politieke werkelijkheid.

Op het meest fundamentele niveau dient de rechtspositivist bijvoorbeeld te bepalen of *iedere* door een bevoegd ambt vastgestelde regel zou moeten doorgaan voor een rechtsregel. Volgens Kortmann, die zonder enige twijfel tot de prominentste rechtspositivisten van de Nederlandse staatsrechtswetenschap kan worden gerekend, luidt het antwoord ontkennend. Hij is van mening dat geen enkele constitutie in 'een normatief vacuüm' geldt.⁴⁷⁶ Deze constatering brengt mee dat de *feitelijke* gelding van een rechtsregel in een rechtssysteem ook voor traditionele rechtspositivisten nog niet per definitie meebrengt dat die regel ook zou *moeten* gelden.⁴⁷⁷

Kortmann concretiseert dit gegeven aan de hand van de volgende twee uitgangspunten. In de eerste plaats stelt hij dat de maker van een constitutie 'de al dan niet uitdrukkelijke instemming' dient te hebben van 'het gros van de onderdanen en van de ambtsdragers die de belangrijke overheidsfuncties vervullen'.⁴⁷⁸ Zonder deze instemming kan een constitutioneel stelsel, zo betoogt Kortmann, niet functioneren. In de tweede plaats is hij van mening dat een constitutie ook aan inhoudelijke eisen dient te voldoen. In Kortmanns benadering van het rechtspositivisme, die wat hem betreft iedere geheide positivist zal onderschrijven, gelden twee waarden die iedere grondwetgever in acht zal moeten nemen. Het eerste principe houdt volgens hem in dat de maker van een constitutie in ieder geval

'niet anders kan dan ervan uitgaan dat uiteindelijk iedere mens uniek en als persón onvervangbaar is en dat niemand de uiteindelijke waarheid bezit. Dit

476 Kortmann 1997, p. 483-484. Vgl. ook Kortmann 1981, p. 8.

477 In zoverre is (de relativiteit van) het onderscheid tussen 'feit' en 'norm' verwant aan (de relativiteit van) het onderscheid tussen 'recht' en 'moraal'. Vgl. Smith 1998, p. 50-51.

478 Kortmann 1997, p. 484, ook voor de volgende drie citaten.

betekent dat een grondwetgever, hoe hij de constitutie ook inricht, nimmer het systeem, doch de mens voorop moet stellen. Het systeem is er voor de mens, niet omgekeerd’.

Het tweede door Kortmann onderscheiden principe houdt in dat

‘het een ieder vrijstaat de inhoud van een geldende rechtsorde of rechtsregel onjuist of onrechtvaardig te vinden en van oordeel te zijn dat die orde of regel gewijzigd moet worden. Een constitutie moet dat mogelijk maken. Zonder dat is een constitutie geen écht recht’.

Hij vindt het niet nodig daarbuiten nog andere waarden te erkennen. Hij beschouwt zichzelf in dat licht als ‘minimalist’ of ‘waardenrelativist’. Toch is het staatsrecht zelfs voor een rechtspositivist als hij kennelijk méér dan een verzameling regels die toevallig door een daartoe bevoegd ambt is opgesteld. Een rechtspositivist zal daarom steeds voor zichzelf dienen te bepalen in hoeverre bepaalde, aan een constitutie inherente waarden erkenning verdienen en wat die eventuele erkenning betekent voor de gelding van het positieve recht. In dat kader spelen opvattingen over de taken en doelstellingen van de ‘staat’ een belangrijke rol. Het object van de traditionele rechtspositivist vormt dus het geldende recht, maar dan wel (impliciet) met oog voor de mate waarin dat recht bepaalde, nader te concretiseren waarden respecteert.

Weliswaar is het duidelijk dat voor de rechtspositivist primair bepaalde, door de daartoe bevoegde organen vastgestelde, regels centraal staan, maar daarmee heeft hij nog niet een eenduidige methode in handen voor de *vaststelling* van het geldende recht. Zeker in het staatsrecht leent het positieve recht zich vaak voor meer dan één mogelijke toepassing in een concrete casus. Bij de oplossing van een staatsrechtelijk vraagstuk speelt daarom steeds de vraag welke regels van belang zijn, hoe zij moeten worden uitgelegd en hoe de beschikbare regels zich tot elkaar verhouden. De erkenning van recht en politiek als afzonderlijke sferen houdt daarmee zelfs voor de meest rechtgeaarde rechtspositivisten⁴⁷⁹ niet in dat de staatsrechtswetenschap zich slechts zou moeten beperken tot een grammaticale bestudering van de door de (grond)wetgever gepositieerde normen. De reeds genoemde Kortmann is bijvoorbeeld van mening dat staatsrechtswetenschappers zich rekenschap moeten geven van de context waarin het staatsrecht geldt.

479 Mogelijk geldt dit niet voor Sillen. In de proeve van een positivistische methode van grondwetsinterpretatie die hij in 2009 publiceerde, legt hij juist sterk de nadruk op het zo ‘objectief’ mogelijk vaststellen van de bedoeling van de grondwetgever; andere interpretatiemethoden zouden volgens hem te veel afhankelijk zijn van de subjectieve voorkeuren van de uitlegger. Ik laat deze opvatting hier verder buiten beschouwing. Zie daarover par. III.3.3.2.2.

Hij geeft daar de volgende voorbeelden van:

'Iemand die het koningschap ongeacht plaats, tijdstip en inrichting ervan een autocratische, autoritaire instelling noemt, geeft blijk van gebrek aan juridisch-historisch inzicht. Hetzelfde geldt voor hen die menen dat alle staten met een parlement democratieën zijn. Zij weten kennelijk niet hoe dat parlement wordt samengesteld en welke zijn bevoegdheden zijn. (...) En als journalisten en politici schrijven en spreken over de rechtsstaat, krijgt men vaak de indruk dat die rechtsstaat vooral de bouw van gevangenissen, lik op stuk-beleid, beknotting van de vrijheid van de advocatuur en zelfs invoering van de doodstraf verlangt. (...) Daardoor dreigt de rechtsstaat in zijn tegendeel te verkeren en te verworden tot een stelsel waarin niet vrijheid van, doch dwang door de overheid de norm is.⁴⁸⁰

Zelfs voor een rechtspositivist als Kortmann geldt dus dat er niet altijd staat wat er staat. In een beschouwing over grondwetsinterpretatie formuleert Kortmann zelfs een aantal doelen waarop de interpretatie van het constitutionele recht in zijn ogen moet zijn gericht.⁴⁸¹ Hij noemt in dit kader de verzekering van de continuïteit van het staatsbestel, de voorkoming van ernstige conflicten tussen de hoogste staatsinstellingen, de verzekering van machtsevenwicht tussen de centrale staatsinstellingen⁴⁸² en het bewaren van flexibiliteit in het deel van het recht dat de ordening van het staatsbestel tot doel heeft. Het functioneren van het staatsrecht in de politieke werkelijkheid is tegen die achtergrond in ieder geval indirect relevant, namelijk over de band van de interpretatie van de Grondwet.⁴⁸³

Volgens de benadering van Kortmann is het dus enerzijds mogelijk dat de bewoordingen van een bepaling op zichzelf duidelijk zijn en anderzijds dat de door hem geformuleerde doelstellingen van het staatsrecht soms toch tot een andere interpretatie van een grondwettelijke bepaling noodzaken dan een louter grammaticale uitleg van die bepaling zou rechtvaardigen. Kort gezegd vergt de doorgaans in Nederland beoefende rechtspositivistische benadering van het staatsrecht evenzeer een explicitering van de keuzes die daaraan ten grondslag liggen als bij de andere, hierna te bespreken, benaderingen van de staatsrechtswetenschap. De keuze voor een rechtspositivistische benadering van het staatsrecht hoeft dus niet louter te zijn ingegeven door een behoefte aan eenvoud. Hoe het ook zij, duidelijk is dat

480 Kortmann 1997, p. 483.

481 Kortmann 1994, p. 370.

482 In de ogen van Kortmann dient de interpretatie van het constitutionele recht ook gericht te zijn op het bereiken van een machtsevenwicht tussen de overheid en de maatschappij of de burger respectievelijk de verzekering van een machtsevenwicht tussen de centrale en gedecentraliseerde overheidsorganen. Zie Kortmann 1994, p. 370. Ik laat deze functies hier achterwege, omdat zij buiten het bestek van de in dit boek bestudeerde normen vallen.

483 Zie ook par. III.3.3.2.3.

het ook volgens de traditionele rechtspositivistische benadering niet mogelijk is om een volledig scherp onderscheid tussen 'zijn' (feit) en 'behoren' (norm) te maken.⁴⁸⁴

In dat licht rijst de vraag waarom een rechtspositivist zichzelf dan toch bij voorkeur zoveel mogelijk beperkt tot de bestudering van het positieve recht. In een interview met *Ars Aequi* uit 2009 merkt Kortmann daarover op dat een andere, meer op de feitelijke werkelijkheid gerichte, benadering het gevaar meebrengt dat feiten worden gepresenteerd als recht.⁴⁸⁵ Hij stelt dat 'leeftijdgenoten' in zijn ogen soms feiten en normen 'door elkaar klutsen', waaraan hij 'een geweldige hekel' heeft omdat dat tot 'verwarring' leidt. De meerwaarde van de traditioneel-rechtspositivistische benadering zou dan dus vooral liggen in de mate waarin zij kan helpen zoveel mogelijk duidelijkheid te verschaffen over wat al dan niet geldt als staatsrecht. Weliswaar bestaat het object van de staatsrechtswetenschap volgens de rechtspositivistische benadering uit het staatsrecht met inbegrip van zijn context, maar de *methode* van de staatsrechtswetenschap is primair gericht op een goed begrip van het positieve recht zelf; voor de rechtspositivistische benadering is het maken van een zo scherp mogelijk onderscheid tussen recht en andersoortige verschijnselen immers een van de taken van de staatsrechtswetenschap.

Meuwissen, die als een van de weinige Nederlandse staatsrechtsbeoefenaren een zuiver niet-positivistisch perspectief op de staatsrechtsbeoefening bepleit, betitelt deze stroming als 'pragmatisch positivistisch'.⁴⁸⁶ Volgens Meuwissen is deze vorm van rechtspositivisme niet alleen gericht op het positieve recht zoals de wetgever dat heeft vastgesteld, maar ook op de manier waarop het recht in de praktijk functioneert. Volgens Meuwissen is dat echter niet voldoende, omdat aanhangers van deze stroming ook oog zouden moeten hebben voor de achterliggende beginselen van het recht.⁴⁸⁷ Zij zouden daarom ten onrechte aan lopen achter de consensus onder 'de spraakmakende juridische gemeenschap' over de interpretatie en toepassing van rechtsregels. In plaats daarvan zouden zij zich meer moeten richten op de vraag hoe het recht dient te luiden.

484 Deze constatering is allerminst nieuw. Zie in algemene zin o.a. Eijsbouts 1989, p. 59-63; Smith 1998, p. 49-53.

485 Kristić & Schutgens 2009, p. 196-201, ook voor het hierna opgenomen citaat (op p. 198).

486 Meuwissen 1975, p. 4, met instemming van Couwenberg 1977, p. 11. Meuwissen onderscheidt daarnaast ook nog het zogeheten 'naïef positivisme' waarin louter ruimte is voor de bestudering van het (staats)recht zonder oog te hebben voor de achterliggende context, die, zo merkt hij op, nauwelijks navolging in Nederland vindt.

487 Zie voor een uitwerking van deze meer wijsgerige perspectieven op de staatsrechtswetenschap par. III.4.4.5.

III.4.4.3 *De contextuele benadering: een zelfstandige, maar relatieve rol voor het recht ten opzichte van de politiek*

Naast de hiervoor besproken traditioneel-rechtspositivistische benadering, bestaat er een ander perspectief op de staatsrechtsbeoefening dat het positieve recht tot uitgangspunt neemt. Het gaat om de zogeheten 'contextuele' benadering. Gelet op de centrale rol voor het positieve recht binnen de staatsrechtsbeoefening, zijn de overeenkomsten tussen beide benaderingen groot. Toch bestaat er één essentieel verschil tussen het traditioneel-positivistische en het contextuele perspectief: het eerste gaat uit van een strikte scheiding tussen recht en politiek, in het tweede geldt als uitgangspunt dat recht en politiek in samenhang met elkaar moeten worden bestudeerd.

Elzinga is vermoedelijk de belangrijkste verdediger van dit perspectief op de beoefening van het staatsrecht. Op diverse plaatsen in zijn werk, vooral in twee verzamelingen opstellen van zijn hand uit respectievelijk 1990 en 1997, ontvouwt hij deze benadering. Zij is in sterke mate beïnvloed door de ontwikkeling van de democratische rechtsstaat in Nederland.⁴⁸⁸ Volgens Elzinga kenmerkt deze ontwikkeling zich zowel door de regulering van statelijke en rechtsmacht *door* het recht als door de regulering van het machts-element *in* het recht. Met de regulering door het recht doelt hij vooral op de toenemende invloed van burgers op de inhoud van het recht, bijvoorbeeld door hun eigen volksvertegenwoordigers te kiezen of zich als zodanig te laten kiezen in vertegenwoordigende organen. Een andere illustratie van de ontwikkeling van de regulering door het recht betreft het ontstaan van de sociale rechtsstaat die volgens Elzinga de waarborgfunctie van het recht heeft vergroot, bijvoorbeeld door een minimum aan maatschappelijke gelijkheid te garanderen. Op die manier stelt het recht grenzen, zo betoogt Elzinga, aan het ontstaan van zowel statelijke als maatschappelijke machtsconcentraties.

Voor de door Elzinga voorgestane relativering van de verhouding tussen recht en politiek is echter vooral de regulering van het machts-element *in* het recht van belang. Tijdens de ontwikkeling van de Nederlandse democratische rechtsstaat is volgens Elzinga de gelding van het recht steeds afhankelijker geworden van omgevingsfactoren en het zogeheten consensusprincipe. Voor de gelding van het recht is daardoor in de ogen van Elzinga niet alleen van belang dat het recht door een bevoegd statelijk orgaan is vastgesteld, maar ook dat zij die aan het recht zijn onderworpen de gelding van het recht aanvaarden. De gelding van het consensusprincipe heeft ervoor gezorgd, aldus Elzinga, 'dat het machts-element veel minder dominant *in* het recht aanwezig behoeft te zijn'.⁴⁸⁹

488 Zie o.a. Elzinga 1989, p. 43-61 = Elzinga 1990, p. 1-19 = Elzinga 2020, p. 59-75; Elzinga 1990, p. 38-54 = Elzinga 2020, p. 93-108; Elzinga 1997, p. 20-48.

489 Elzinga 1990, p. 39 = Elzinga 2020, p. 94 (cursivering in origineel, GJAG). Vgl. ook Elzinga 1997, p. 29.

In zijn ogen heeft dit belangrijke gevolgen voor de *handhaving* en de *inhoud* van het recht als verschijnsel. Voor wat betreft de handhaving van het recht verkleint het bestaan van consensus in de samenleving over de gelding en inhoud van rechtsregels volgens Elzinga de behoefte aan de ontwikkeling van ‘rigide rechtsnormen (...) die door indrukwekkende en draconische sanctie-apparaten moeten worden gehandhaafd’.⁴⁹⁰ Als van een dergelijke overeenstemming in de maatschappij over de gelding en inhoud van het recht inderdaad sprake is, dan ‘[zoekt] de aanvaarding van het recht in belangrijke mate nauwe aansluiting (...) bij de rechtscultuur, dat is bij de ethische, culturele en zedelijke ambiance waarin het recht heeft te functioneren’. Het is deze samenhang tussen de inhoud van de geldende rechtsregels en de cultuur van de omgeving waarin deze regels gelden die volgens Elzinga het gebruik van de contextuele rechtsbenadering kan rechtvaardigen.

Er is uiteraard alleen plaats voor een contextuele rechtsbenadering bij de bestudering van rechtssystemen die nauw samenhangen met de daarbinnen geldende rechtscultuur. In de ogen van Elzinga geldt dat bij uitstek voor het gedeelte van het staatsrecht dat betrekking heeft op de verhoudingen tussen de belangrijkste staatsinstellingen in het Nederlandse staatsbestel. In zijn oratie betoogt hij dat het op dit terrein toepasselijke recht beslist meer is dan

‘het gepositieerde recht. Er is een sterke afhankelijkheid van de historische ontwikkeling, van de politieke zede, van de politieke cultuur. Steeds moet het staatsrecht in verband worden gebracht met zijn feitelijke politieke substraat, met de ambiance waarin het functioneert. De staatkundige rechtscultuur biedt voor het normatieve oordeel in veel gevallen meer aanknopingspunten dan het positieve recht. (...) Wie het staatsrechtelijke bestel wil doorgronden moet kennis nemen van de historische ontwikkeling, maar vooral ook van de politieke en maatschappelijke omgeving waarin het constitutionele recht functioneert. Gekeken moet worden naar de politieke zeden en politieke oriëntaties die in het staatkundige kader een maatgevende rol spelen’.⁴⁹¹

In dat licht is het volgens Elzinga verdedigbaar om een niet te strikte scheiding tussen politiek en recht te hanteren. Deze opvatting is niet alleen zichtbaar in zijn gedifferentieerde benadering ten aanzien van de aanname van ongeschreven staatsrecht,⁴⁹² maar ook in zijn opvatting over de geëigende interpretatie van grondwettelijke regels.⁴⁹³ In de ogen van Elzinga is een van de context afhankelijke invulling van bepalingen uit de Grondwet noodzakelijk, die hij beschouwt als de geëigende manier om de normatieve kracht van de Grondwet te beschermen.⁴⁹⁴ Een te strikte scheiding tussen recht en politiek leidt er in zijn ogen daarentegen toe dat de ‘grondwettelijke orde-

490 Elzinga 1997, p. 29, ook voor het volgende citaat (op p. 30).

491 Elzinga 1988, p. 11 = Elzinga 1997, p. 186 = Elzinga 2020, p. 5.

492 Zie par. III.3.4.3.2.

493 Zie ook par. III.3.3.2.3.

494 Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 70-72 = Elzinga 2020, p. 177-178.

ning het contact met de werkelijkheid verliest'.⁴⁹⁵ De eenzijdige focus van een dergelijke benadering zou volgens Elzinga een primair historische invulling van (grond)wetsbepalingen in de hand werken, waardoor het geschreven constitutionele recht steeds verder van de werkelijkheid af komt te staan.⁴⁹⁶

Het pleidooi van Elzinga om de werkelijkheid bij de constitutionele rechtsvinding te betrekken, strekt er echter ook weer niet toe de gelding van het positieve recht geheel uit het oog te verliezen. Hoewel de contextuele rechtsbenadering enige raakvlakken heeft met Van der Hoevens benadering op basis waarvan een feitelijke verandering onder omstandigheden kan gelden als een wijziging van het *recht*,⁴⁹⁷ neemt Elzinga daarvan de nodige afstand. Hij waarschuwt dat het 'dominant toelaten van de constitutionele werkelijkheid', zoals Van der Hoeven zou doen, ertoe leidt dat de interpretatie van de Grondwet verandert in 'het vinden van constitutionele oplossingen buiten de Grondwet om'.⁴⁹⁸ Hij omschrijft deze benadering, die hij de 'kuil van Van der Hoeven' noemt, als een 'dwaalleer'.⁴⁹⁹ De contextuele rechtsbenadering is zo gezien óók positivistisch van aard, omdat in Elzinga's woorden 'de normatieve "eigenstandigheid" van de Grondwet ten opzichte van de constitutionele werkelijkheid en ten opzichte van de constitutionele problemen' daarin een belangrijke plaats inneemt.⁵⁰⁰

Net als bij de rechtspositivistische benadering is het *object* van het contextuele perspectief op de staatsrechtswetenschap het geldende recht met inbegrip van zijn context, maar in haar *methodologische* uitwerking is meer ruimte voor het betrekken van de feitelijke werkelijkheid bij het positieve recht. Het gevaar van deze benadering is echter wel dat het daarbij niet geheel duidelijk is *welke* feiten relevant zijn voor de bestudering van het recht, waardoor het onderscheid tussen feit en norm vertroebeld kan raken. De grote uitdaging van het gebruik van de contextuele rechtsbenadering schuilt in dat licht vooral in het vinden van een evenwicht tussen het betrekken van de politieke werkelijkheid enerzijds en het respecteren van de eigenstandige positie van het staatsrecht anderzijds.

III.4.4.4 *De systeembenadering: het recht als instrument voor maatschappelijke probleemoplossing*

De systeembenadering vormt een variant op de contextuele benadering. In deze benadering is een relatief grote invloed weggelegd voor de empirische

495 Elzinga 1982, p. 81, nt. 21.

496 Vgl. in die zin ook Engels 2011, p. 2212.

497 Zie over het werk van Van der Hoeven par. III.4.2.

498 Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 71 = Elzinga 2020, p. 177.

499 Elzinga 2014, p. 55-56. Elzinga geeft echter ook toe dat de kwalificatie van de 'valkuil' waarin Van der Hoeven zou zijn gevallen enigszins gechargeerd is. Zie Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 71.

500 Elzinga 1996, p. 118 = Elzinga 1997, p. 74 = Elzinga 2020, p. 179.

wetenschappen, met name de politicologie en de sociologie, omdat aan de hand daarvan de context van het geldende staatsrecht gekend kan worden. Zij verschilt echter van de contextuele (en de traditioneel-rechtspositivistische) benadering in de zin dat zij nadrukkelijker het recht inkadert binnen de feitelijke en maatschappelijke werkelijkheid. De bedenker van deze benadering is Burkens. Op diverse plaatsen in zijn werk heeft hij deze these nader uitgewerkt, met name in zijn Rotterdamse oratie uit 1972 en in zijn preadviezen over de methodologie van het staatsrecht voor de staatsrechtconferentie van 1973 respectievelijk over de grondwetsherziening voor de staatsrechtconferentie van 1981.

In grote lijnen komt zijn betoog op het volgende neer. Volgens Burkens is een zekere integratie van de juridische wetenschap en empirische wetenschappen noodzakelijk, omdat de samenleving anders dan voorheen niet langer het karakter heeft 'van een "natuurlijke orde", een rechtsorde waarbinnen men zich kan oriënteren op hetgeen van oudsher nu eenmaal gebeurt'.⁵⁰¹ In dat licht beschouwt hij de jurist als een 'social engineer', die tot taak heeft maatschappelijke processen te beïnvloeden met gebruikmaking van wetenschappelijke methoden en inzichten.⁵⁰² Volgens Burkens vormt het ontstaan van de welvaartsstaat een belangrijke oorzaak van deze verandering in de samenleving. Hij wijst erop dat de staatsrechtswetenschap zich aanvankelijk bezighield met 'het typisch negentiende-eeuwse probleem de "Staat" onder controle te krijgen van de "Gesellschaft"'.⁵⁰³ Volgens Burkens zijn de kernproblemen van de staatsrechtswetenschap onder invloed van het ontstaan van de welvaartsstaat na de Tweede Wereldoorlog op een ander vlak komen te liggen. In zijn ogen heeft de staat als gevolg daarvan primair het karakter gekregen van 'een beslissingsmechanisme, dat maatschappelijk nuttige voorzieningen bewerkstelligt'.⁵⁰⁴

Volgens Burkens roepen deze ontwikkelingen voor de staatsrechtswetenschap de vraag op 'op welke wijze dit beslissingssysteem juridisch geordend dient te worden, dusdanig dat een optimale output wordt verkregen en tevens aan huidige democratische, participatoire en rechtsstatelijke postulaten wordt voldaan'.⁵⁰⁵ De oplossing voor dit vraagstuk ligt volgens hem in een 'adequaat referentiekader, waarbinnen op basis van voldoende informatie problemen kunnen worden geanalyseerd en tot op redelijke mate van

501 Burkens 1972, p. 5.

502 Burkens 1972, p. 5. In dat opzicht vertoont Burkens' perspectief op de staatsrechtswetenschap raakvlakken met het pleidooi van Van Maarseveen om het staatsrecht voortaan aan te duiden als 'politiek recht'. Volgens Van Maarseveen is deze naamswijziging gerechtvaardigd, omdat '[m]aatschappelijke, of beter gezegd, politieke veranderingen steeds een belangrijk object van onderzoek [van de staatsrechtswetenschap zijn] geweest'. Zie Van Maarseveen 1971, p. 11 = Van Maarseveen 1991a, p. 182. Zie hierover ook par. III.4.3.4.

503 Burkens 1973, p. 5. Zie daarover ook par. III.2.6.

504 Burkens 1973, p. 5.

505 Burkens 1973, p. 5.

consensus steunende oplossingen kunnen worden gebracht'.⁵⁰⁶ Voor de ontwikkeling van een dergelijk referentiekader is volgens Burkens aansluiting van de staatsrechtswetenschap bij de empirische wetenschappen noodzakelijk. Hij voorziet dat de betekenis van het staatsrecht voor de oplossing van maatschappelijke vraagstukken anders steeds verder afneemt. Hij stelt:

'Gaandeweg wordt de inadequatie van het staatsrecht als instrument voor maatschappelijke probleemoplossing manifest. Terwijl in staatsrechtelijke kring een "herschrijving van de Grondwet" als hoogste ideaal kan worden gekoesterd, beginnen de processen, welke de Grondwet reguleert, zich aan de greep van deze regulering te onttrekken.'⁵⁰⁷

Volgens Burkens is het recht, mits goed gehanteerd, het enige instrument waarmee het bereiken van de oplossing van dergelijke maatschappelijke problemen mogelijk is. Volgens hem is er van goede hantering van het recht sprake bij 'bewuste sturing van het recht', waarvoor het staatsrecht bij uitstek de geëigende structuur heeft.⁵⁰⁸ Burkens' verdere uitwerking van deze theorie, die een 'functioneel-structurele variant van de sociologische systeemtheorie' van de Duitse socioloog Luhmann vormt, kan op deze plaats in het midden blijven.⁵⁰⁹

Voor hier van belang is dat de staatsrechtswetenschap volgens deze benadering vooral tot doel heeft om eventuele bedreigingen van het voortbestaan van het staatsbestel te beteugelen, omdat het recht anders überhaupt niet meer kan bijdragen aan het oplossen van maatschappelijke problemen. In de instrumentele benadering van Burkens vormen zowel de output van het overheidsgezag als de bestaande verkiezingsmechanismen de belangrijkste factoren die het maatschappelijk draagvlak voor het overheidsgezag als zodanig bepalen. In dat licht ziet hij de 'geleidelijk toenemende en zich gaandeweg radicaliserende ontevredenheid met het politieke bestel als gevolg van economische teruggang en werkloosheid' als een reëel gevaar voor het voortbestaan van datzelfde bestel.⁵¹⁰ In het donkerste scenario kan in de ogen van Burkens

'een situatie ontstaan, waartegen het politieke bestel totaal niet is opgewassen. In zodanige situatie kunnen politieke ontwikkelingen in een stroomversnelling geraken, waarin ook het constitutionele bestel wordt meegesleurd'.

Burkens betwijfelt of het algemeen kiesrecht in een situatie waarin het maatschappelijk draagvlak voor het overheidsgezag aanzienlijk afneemt voldoende soelaas biedt om de stabiliteit van het constitutionele bestel te

506 Burkens 1973, p. 5.

507 Burkens 1973, p. 6. Zie ook Burkens 1981, p. 46.

508 Burkens 1973, p. 7.

509 Burkens 1973, p. 8.

510 Burkens 1979, p. 66, ook voor het volgende citaat.

beschermen. Hij beschouwt het als een taak van de staatsrechtswetenschap om te voorkomen dat een dergelijke situatie ontstaat. In dat licht dicht Burkens aan de Grondwet een systeemfunctie toe met het oog op de verzekering van het operationeel houden van het systeem.⁵¹¹ Het systeem waaraan de Grondwet refereert, is 'het beslissingssysteem dat de Grondwet zelf reguleert' en waarvan het 'de voornaamste structuur' vormt.

De meest fundamentele eis die volgens Burkens op dit punt voor de Grondwet geldt, is dat zij verzekert dat dit beslissingssysteem dat aan het Nederlandse staatsbestel ten grondslag ligt, blijft voortbestaan. Ondanks de karakterisering in deze benadering van het recht als instrument, is het Burkens dus toch te doen om het staatsrecht aan zijn kernfunctie te laten beantwoorden: het verzekeren van orde in de staat. In feite wekt Burkens door het gebruik van termen als 'instrument' en 'systeem' weliswaar de *indruk* dat zijn benadering verschilt van de hiervoor besproken twee benaderingen, maar dat mogelijke verschil is niet wezenlijk voor zijn benadering.

Volgens Burkens is het mogelijk om aan deze uitdaging tegemoet te komen door bijvoorbeeld de processen van regeringsvorming te verbeteren, de grootte van de overheidsorganisatie te reduceren en de interne coördinatie van de overheidsorganisatie, bijvoorbeeld tussen overheidsorganen en de ambtelijke organisatie, te verbeteren. Daarmee biedt deze benadering ook ruimte voor de bestudering van eventuele knelpunten *buiten* de sfeer van het staatsrecht; zolang het mogelijk is gesignaleerde problemen te relateren aan de werkingssfeer van het staatsrecht, dan lijken zij binnen het bereik van Burkens' benadering van de staatsrechtswetenschap te vallen.

Hoewel het betoog van Burkens abstract van aard is, is het tot een relatief eenvoudige kernboodschap terug te brengen: de staatsrechtswetenschap dient zowel het voortbestaan van het staatsbestel te verzekeren als oog te hebben voor wat er in de maatschappelijke werkelijkheid gebeurt. De meerwaarde van deze benadering ligt in de gedetailleerde uitwerking van de empirisch vast te stellen context waarin het recht functioneert, met daarin ook uitdrukkelijk ruimte voor een van de kernfuncties van het staatsrecht: de handhaving van de vrede. Opnieuw verschilt deze benadering niet wezenlijk van de andere, hiervoor besproken benaderingen ten aanzien van de keuze van het te bestuderen object: dat is opnieuw het geldende staatsrecht, met inbegrip van zijn context. Weliswaar is deze benadering in haar methodologische uitwerking concreter dan de traditioneel-rechtspositivistische en contextuele benadering, maar de systeembenadering is in feite niet op wezenlijk andere uitgangspunten gestoeld dan die twee andere benaderingen.

511 Burkens 1981, p. 52, ook voor het volgende citaat (op p. 53).

III.4.4.5 *De wijsgerige benaderingen: het recht als verwerkelijking van een normatief ideaal*

De drie hiervoor besproken benaderingen van de staatsrechtsbeoefening dichten alle aan het positieve recht een min of meer centrale rol toe. Het op deze plaats te bespreken perspectief op de staatsrechtswetenschap laat dit uitgangspunt los. Hoewel het positieve recht ook in deze benadering een rol van betekenis vervult, staat het daarbij steeds in dienst van een hoger beginsel dan wel een ideologisch uitgangspunt waartoe iedere positiefrechtelijke regel te herleiden moet zijn. In Nederland hebben onder meer Meuwissen en Couwenberg een dergelijke op normatieve uitgangspunten georiënteerde benadering op de staatsrechtswetenschap beproefd.

III.4.4.5.1 *De benadering van Meuwissen: rechtsbeginselen zijn met het positieve recht gegeven*

De eerste benadering die in dit kader bespreking verdient is die van Meuwissen. Deze auteur heeft zijn benadering ontvouwd op verschillende plaatsen in zijn werk, met name in zijn oratie uit 1971, zijn preadvies voor de staatsrechtconferentie uit 1973 en zijn in 1975 uitgegeven collegedictaten. Volgens Meuwissen ligt in het bestaan van de rechtsstaat besloten dat 'niet alle recht dat door de staat wordt geproduceerd kan gelden als zodanig'.⁵¹² In zijn ogen bestaat er weliswaar geen concreet stelsel van natuurrechtelijke normen dat de overheid bindt, maar er gelden in zijn ogen wel bepaalde rechtsbeginselen die de overheid dient te respecteren. De basis voor de gelding van deze rechtsbeginselen ligt volgens hem in het fundamentele uitgangspunt van de 'menselijke vrijheid' waarin de 'zelfontplooiing van het vrije subject' vooropstaat.⁵¹³ Anders dan rechtspositivisten gewoon zijn te doen, leidt Meuwissen het bestaan van deze rechtsbeginselen niet af uit het positieve recht, maar zijn zij in zijn ogen 'mèt het positieve recht gegeven en aan het positieve recht te demonstreren'.⁵¹⁴

Meuwissen baseert deze 'voorpositieve' gelding van rechtsbeginselen op de grote wisselwerking die er in zijn ogen bestaat tussen de activiteiten 'beschrijven' en 'waarderen'.⁵¹⁵ In zijn ogen is in de (staats)rechtswetenschap een centrale rol voor het nemen van beslissingen weggelegd. Als iemand een beslissing neemt, zo betoogt hij, zal diegene daarbij de relevante beginselen concretiseren en de verschillende argumenten voor en tegen de toepassing van een bepaald beginsel tegen elkaar moeten afwegen. In dat kader spelen de ideeën over gerechtigheid bij de betreffende persoon, zo vervolgt Meuwissen,

512 Meuwissen 1971, p. 6. Zie ook Meuwissen 1973, p. 92.

513 Meuwissen 1971, p. 9, 23. Het belang dat hij toeschrijft aan de vrijheid als basisnotie voor de gelding van het recht is in sterke mate georiënteerd op Hegels rechtsfilosofie. Zie voor zijn uitwerking van Hegels gedachtegoed o.a. Meuwissen 1975, p. 9-10, 16-25.

514 Meuwissen 1971, p. 23.

515 Meuwissen 1971, p. 23. Deze redenering leunt sterk op het werk van Paul Scholten. Vgl. o.a. Scholten 1934, p. 179; Scholten 1945, p. 43.

een belangrijke rol, waarbij hij altijd een 'sprong' van de relevante argumenten naar de definitieve beslissing zal moeten maken.

In de theorie van Meuwissen geldt aldus het algemene uitgangspunt van de menselijke vrijheid, dat nader vorm krijgt in bepaalde rechtsbeginselen die op hun beurt weer worden geconcretiseerd in het positieve recht. In die benadering impliceert een beschrijving van het recht reeds een normatieve waardering van datzelfde recht, omdat zij altijd zou neerkomen op een nadere uitwerking van de in dat positieve recht besloten liggende rechtsbeginselen.⁵¹⁶ Meuwissen leidt daaruit af dat het onderscheid tussen rechtswetenschap en rechtsfilosofie onhoudbaar is, omdat de beschrijving van de geldende normen noodzaakt tot een analyse van de daaraan ten grondslag liggende (filosofische) waarden.

Voor de staatsrechtswetenschap heeft dat in de ogen van Meuwissen belangrijke implicaties. De sterke waardegeladenheid van het positieve recht brengt volgens hem mee dat een rechtspositivistische benadering van het staatsrecht onwenselijk is.⁵¹⁷ In zijn ogen veronderstellen aanhangers van een dergelijke benadering ten onrechte dat directe vaststelling van het positieve recht, dus zonder explicitering van de daaraan ten grondslag liggende beginselen, mogelijk is. Volgens Meuwissen heeft de staatsrechtswetenschap tot doel om inzicht te verkrijgen in de wijze waarop in concrete gevallen op basis van het recht beslissingen worden genomen. In dat opzicht bestaat er volgens hem een belangrijke parallel tussen de praktijk en de theorie van het staatsrecht: in de praktijk staat het nemen van daadwerkelijke beslissingen centraal, terwijl de theorie tot doel heeft om de wijze waarop het beslissingsproces tot stand is gekomen op te helderen en te analyseren.

De grote verwevenheid tussen theorie en praktijk brengt volgens Meuwissen ook mee dat de feitelijke ontwikkelingen in het staatsleven een rol in de staatsrechtsbeoefening zouden moeten spelen.⁵¹⁸ In zijn ogen ligt in de gelding van het recht het bestaan van machtsuitoefening door een staat besloten. In het beeld van Meuwissen ontleent het recht zijn macht aan de staat, terwijl de staat zijn bestaan onder meer met behulp van het recht legitimeert. De wisselwerking tussen de staat en het recht vormt voor hem een afzonderlijke reden, naast de waardegeladenheid van het positieve recht, voor het afwijzen van een strikt rechtspositivistische benadering van het staatsrecht. Volgens Meuwissen dienen staatsrechtswetenschappers de waarden die aan hun opvattingen ten grondslag liggen te expliciteren én daarbij de ontwikkelingen in de feitelijke werkelijkheid te betrekken. De rol van gepositiverde normen is in deze benadering inherent relatief van aard, omdat zij uiteindelijk steeds in dienst staan van de vrijheid en de daaruit voortvloeiende rechtsbeginselen.⁵¹⁹

516 Meuwissen 1971, p. 24; Meuwissen 1973, p. 78; Meuwissen 1975, p. 2.

517 Meuwissen 1973, p. 77-79; Meuwissen 1975, p. 6-7.

518 Meuwissen 1973, p. 82-86; Meuwissen 1975, p. 25-33.

519 Meuwissen 1975, p. 47-49.

III.4.4.5.2 *De benadering van Couwenberg: het staatsrecht als uiting van een legitimitéitsidee*

Net als in de benadering van Meuwissen is ook het methodologische perspectief van Couwenberg geënt op de gedachte dat een neutrale en waardevrije beoefening van het constitutionele recht niet mogelijk is. Met dat vertrekpunt ontvouwt Couwenberg, met name in zijn vierdelige reeks boeken *Modern constitutioneel recht en emancipatie van de mens* (1979-1984), een 'constitutionele ontwikkelingstheorie' waarin hij de ontwikkeling van het staatsrecht aan de hand van twee functies beschrijft.⁵²⁰ De eerste functie betreft de zogeheten 'emancipatiefunctie' die enige gelijkennis vertoont met het door Meuwissen onderscheiden, eerder genoemde, kernidee van de vrijheid. De naam van deze functie brengt volgens Couwenberg tot uitdrukking dat de mens sinds het ontstaan van de zogeheten 'monarchale machtsstaat' heeft gestreefd naar emancipatie in relatie tot 'onderdrukkende en uitbuitende machtsstructuren' om zo te komen tot 'een constitutionele samenlevingsstructuur waarin menselijke vrijheid en gelijkheid centraal staan'.⁵²¹ In zijn ogen bestaat er echter 'een dialectische spanning' tussen deze en een tweede functie, namelijk 'de orde- en vredesfunctie', die meebrengt dat staten ook macht moeten hebben om orde en vrede te bewaren. Het dialectische element van deze spanning hangt volgens Couwenberg samen met de noodzaak van de aanwezigheid van beide elementen, terwijl zij elkaar tegelijkertijd in wezen ook uitsluiten: hij omschrijft de staat als 'een historisch gegeven, een politiek kader van stabiliteit en continuïteit' enerzijds en als een 'permanente opgave, dynamisch beginsel van gemeenschappelijke ontplooiing' anderzijds.⁵²² Op basis van een uitwerking van het denken over de staatsidee door de jaren heen formuleert hij zogeheten constitutionele ontwikkelingsmodellen waarin hij ook oog heeft voor de ontwikkeling van de verhouding tussen beide functies in niet-westerse staten.

In zijn werk kent Couwenberg een centrale plaats toe aan de term 'legitimitéit', die hij als de sleutel tot een goed begrip van de uitoefening van overheidsmacht beschouwt. Hij onderscheidt vier bronnen op basis waarvan legitimatie van machtsuitoefening in een staat mogelijk is, te weten een bepaalde ideologie, het doorlopen van bepaalde procedures, het afdwingen van respect of ontzag onder de onderdanen en ten slotte de effectiviteit waarmee de machtsuitoefening plaatsvindt.⁵²³ Het positieve recht vervult tegen de achtergrond van de legitimitéitsidee volgens Couwenberg aldus een tweeledige functie: het is een middel om het machtsstreven van de over-

520 Couwenberg 1977, p. 16. Zie voor de uitwerking van deze theorie Couwenberg 1979 en de overige drie delen van de genoemde reeks. Ik beperk mij op deze plaats tot een bespreking van de hoofdlijnen van Couwenbergs werk.

521 Couwenberg 1977, p. 16-17.

522 Couwenberg 1979, p. 14.

523 Couwenberg 1979, p. 62.

heid als zodanig mee mogelijk te maken en het vormt een maatstaf voor de normatieve toetsing van machtsuitoefening door de overheid.⁵²⁴ Volgens Couwenberg komt legitimiteit van handelen door de overheid tot uiting *door* de vaststelling van het recht, maar tegelijkertijd dient ook de legitimiteit van het overheidshandelen *in* het recht verzekerd te blijven.

Beide onderdelen van het legitimiteitsbegrip dienen volgens Couwenberg in de wetenschappelijke bestudering van het positieve (staats)recht tot uiting te komen. In zijn ogen is het positieve recht, anders dan rechtspositivistisch georiënteerde onderzoekers in zijn ogen doorgaans zouden geloven, niet louter 'een middel tot machtsuitoefening', maar tevens de uitwerking van 'een bepaalde legitimiteits- of rechtsidee' waaraan een ideologische of ethische dimensie kleeft.⁵²⁵ Steeds staat daarbij het bereiken van een zeker evenwicht tussen de orde- en vredesfunctie enerzijds en de emancipatiefunctie anderzijds centraal.

In dat licht bestaat er een zekere overeenkomst met de opvattingen van Meuwissen op basis waarvan de staatsrechtsbeoefening zich niet alleen zou mogen beperken tot de bestudering van het positieve recht alleen. De benadering van Couwenberg is echter aanmerkelijk ruimer dan die van Meuwissen. Waar de laatstgenoemde auteur in zijn benadering van de staatsrechtswetenschap vooral oog heeft voor inzichten uit de filosofie, ziet de eerstgenoemde in de invulling van het door hem zo essentieel geachte legitimiteitsbegrip ook volop ruimte voor het betrekken van inzichten uit andere disciplines naast de filosofie, zoals de geschiedwetenschap, de economie en de politicologie.⁵²⁶

III.4.4.5.3 *Vergelijking*

De hier besproken wijsgerige benaderingen kenmerken zich door een uitdrukkelijk niet-positivistisch perspectief op de staatsrechtsbeoefening. Waar Meuwissen van mening is dat de staatsrechtsbeoefening tot taak heeft de in het recht besloten beginselen te expliciteren, stelt Couwenberg dat zij de ideologische of ethische dimensie van het recht, aan de hand waarvan de vaststelling van de legitimiteit van het recht mogelijk zou zijn, tot uitdrukking dient te brengen. Niet onterecht zijn de beginselgerichte benaderingen van beide auteurs vanuit positiefrechtelijke hoek bekritiseerd. De kern van deze kritiek komt erop neer dat het lastig is om de door deze auteurs onderscheiden normatieve uitgangspunten hanteerbaar te maken.⁵²⁷ In het verlengde daarvan ligt het bezwaar dat de zoektocht naar beginselen of ideologieën die de machtsuitoefening van de staat rechtvaardigen, de analyse van

524 Couwenberg 1979, p. 68.

525 Couwenberg 1979, p. 68-69.

526 Couwenberg 1979, p. 2.

527 In die zin o.a. Dölle 1988, p. 56-57.

het positieve recht overwoekert.⁵²⁸ Er bestaat, zo betogen aanhangers van meer rechtspositivistisch georiënteerde stromingen in de staatsrechtswetenschap, in deze wijsgerige benadering dan nauwelijks nog een onderscheid tussen de studie van het recht en ideeën over wat het recht behoort te zijn. Als gevolg daarvan, zo vervolgen zij, vervalt de mogelijkheid tot het voeren van een zinnige discussie over de juistheid van het handelen van de staat.

III.4.4.6 *Balans*

Sinds het begin van de twintigste eeuw bestaat er in de staatsrechtswetenschap over het algemeen een sterk besef van het relatieve karakter van het staatsrecht. Als politici beslissingen willen nemen, dienen zij niet alleen oog te hebben voor het geldende staatsrecht, maar ook voor andere factoren zoals de economische situatie, de politieke machtsverhoudingen en anderzootige maatschappelijke ontwikkelingen. Daarnaast vormt het staatsrecht een zelfstandige grootheid met eigen waarden die als zodanig, dus los van andere (sociale en economische) factoren, een maatstaf voor het staatsleven dient te zijn.

In iedere methodologische benadering van de staatsrechtswetenschap die in deze paragraaf voorbijkwam, bestond aandacht voor deze spanning. Het traditioneel-rechtspositivistische perspectief poogt een zo scherp mogelijk onderscheid tussen recht en politiek te maken, maar aanhangers van dit perspectief lijken zich er doorgaans van bewust te zijn dat dit in de praktijk niet altijd mogelijk is. In feite vormen de contextuele benadering van Elzinga en de systeemtheoretische benadering van Burkens varianten op het traditionele rechtspositivisme; het object van beide benaderingen is, net als in de traditioneel-rechtspositivistische benadering, het geldende staatsrecht inclusief zijn context. In de concrete methodologische uitwerking is in de contextuele en systeemtheoretische benadering echter meer ruimte voor de bestudering van niet-juridische factoren die de werking van het recht beïnvloeden. Hoewel de drie benaderingen op het eerste gezicht behoorlijk uiteen lijken te lopen, lijken zij op een bepaalde manier ook in elkaars verlengde te liggen: zij laten alle ruimte voor het betrekken van de feitelijke werkelijkheid bij het geldende recht. De wijsgerige benaderingen zijn minder eenvoudig terug te brengen tot een variant op het traditioneel-rechtspositivistische perspectief, omdat zij een bepaald normatief ideaal in plaats van het gegeven positieve recht als belangrijkste object van studie nemen. Toch heeft ook in deze benaderingen de kernfunctie van het staatsrecht, namelijk het verzekeren van orde in de staat, een duidelijke plaats.

Het is dan ook veilig om aan te nemen dat de context van het staatsrecht in iedere methodologische benadering een min of meer geprononceerde rol kan vervullen. In het licht van deze gemene deler tussen de vier besproken

528 In die zin o.a. Van der Pot/Donner 1983, p. 130.

benaderingen rijst dan vooral vraag *in hoeverre* de context een rol zou moeten spelen bij de bestudering van het positieve recht.

III.4.5 Slot

De geschiedenis van de staatsrechtswetenschap beslaat grofweg drie perioden. De eerste fase dateert voornamelijk van de negentiende eeuw, toen aan de Grondwet een centrale rol in het politieke leven toekwam. In die periode hield de toen langzaam opkomende staatsrechtswetenschap zich bezig met de uitleg van de afzonderlijke grondwetsbepalingen. Vanaf het einde van de twintigste eeuw zou de tweede periode aanvangen waarin de staatsrechtswetenschap ook oog zou krijgen voor fenomenen die strikt genomen buiten de grondwettelijke sfeer liggen; in publicaties uit die tijd bestaat in toenemende mate aandacht voor de algehele systematisering van het staatsrecht. Vanaf de naoorlogse periode, die het derde tijdvak inluidde, zou de focus van de staatsrechtswetenschap zich verbreden naar de context waarin het staatsrecht functioneert. Sinds die tijd bestaat het object van de staatsrechtswetenschap niet alleen uit het geldende recht als zodanig, maar ook uit de politieke context waarin het functioneert.

Hoewel de relevantie van de feitelijke en politieke context van het staatsrecht voor de staatsrechtswetenschap op zichzelf niet ter discussie staat, kent de staatsrechtswetenschap niet één geëigende *methode*. In feite ligt aan de verschillende opvattingen over de methode van het staatsrecht één centraal dilemma ten grondslag. Aan de ene kant is het verdedigbaar dat in de staatsrechtswetenschap alleen het positieve recht centraal zou moeten staan, opdat het recht zoveel mogelijk zijn karakter als zelfstandige grootheid met eigen waarden ten opzichte van andere factoren in de staat behoudt. Aan de andere kant kleeft aan een te sterke nadruk in het staatsrechtelijke onderzoek op de inhoud van het positieve recht het gevaar dat de functie van het staatsrecht binnen de staat uit het zicht van de staatsrechtswetenschap verdwijnt. Voor dit dilemma bestaat geen pasklare oplossing. De staatsrechtswetenschapper zal zich, afhankelijk van het concrete, voorliggende probleem, steeds dienen af te vragen in hoeverre de feitelijke en politieke context daarbij een rol zou moeten spelen.

Hoewel het onomstreden is dat de context in de staatsrechtswetenschap een belangrijke rol speelt, vormt het positieve recht in de meeste benaderingen het vertrekpunt voor staatsrechtelijk onderzoek. Dat is op zichzelf niet bezwaarlijk. Toch kent de sterke focus van de staatsrechtswetenschap op het positieve recht een mogelijk gevaar; door de steeds verder veranderende feitelijke context waarin het staatsrecht functioneert, is het niet altijd mogelijk een maatschappelijk probleem op een bevredigende manier te belichten aan de hand van het geldende staatsrecht alleen. Regelmatig komt de staatsrechtswetenschap dan niet veel verder dan de constatering dat het staatsrecht slechts een kader biedt tegen de achtergrond waarvan een bepaald probleem speelt. Dan is de rol van het staatsrecht, afgezien van het

doen van een mogelijk voorstel tot wijziging van het geldende staatsrecht, snel uitgespeeld.

In dat licht rijst de vraag of deze kaderstellende functie van het staatsrecht in de praktijk niet meer betekenis zou kunnen krijgen met het oog op de oplossing van bepaalde problemen, waardoor een beter begrip van de ontwikkeling van het staatsrecht mogelijk is. De bestudering van niet-juridische factoren, zoals conventies, zou daartoe behulpzaam kunnen zijn.

III.5 DE CONVENTIE IN DE STAATSRECHTSWETENSCHAP: EEN NIEUW BEGRIJPTER VERDUIDELIJKING VAN DE VERHOUDING TUSSEN RECHT EN POLITIEK

III.5.1 Inleiding

Een belangrijke functie van het staatsrecht is het bieden van een kader op basis waarvan (de ambten van) regering en parlement tot besluitvorming kunnen komen. Buiten dat kader bevat het staatsrecht nauwelijks dwingende regels, waardoor politieke organen een relatief grote mate van autonomie kennen. Zo kent de Grondwet nauwelijks concrete rechtsplichten die precies voorschrijven hoe politieke organen in een bepaald geval dienen te handelen. Bovendien ontbreekt een (rechterlijk) orgaan dat bindend het geldende staatsrecht kan interpreteren en toepassen. Daarom is het niet altijd eenvoudig vast te stellen welke handelingen van politieke ambten al dan niet rechtens relevant zijn.

Dit probleem lijkt van alle tijden. Reeds in zijn oratie uit 1921 beklagt Van der Pot zich erover dat de staatsrechtswetenschap 'een zoo opvallenden achterstand vertoont'.⁵²⁹ In zijn ogen bestaat op dat moment onvoldoende aandacht voor de 'elk jurist ter harte gaande vraag, wat men nu eigenlijk bedoelt als men spreekt van geldend recht', meer bepaald onder welke omstandigheden gewoonten kunnen uitgroeien tot regels van gewoonterecht. De op dat moment recent benoemde Groningse hoogleraar vervolgt:

'Hier ontmoet (...) de beschrijving van wat geldend staatsrecht is de grootste moeilijkheden – moeilijkheden, die men echter niet uit den weg kan gaan, als men zijn oog eenigszins vrij wil maken voor de ontwikkelingstendenzen, die het thans geldend recht in zijn schoot verbergt.'

Een kleine honderd jaar later zijn de zorgen over de staat van de staatsrechtswetenschap nog niet verdwenen. De focus van het probleem is echter veranderd. In zijn oratie uit 2014 uit de in Leiden benoemde hoogleraar Verhey zijn zijn zorgen over de staat van de staatsrechtswetenschap, die volgens hem 'irrelevant' dreigt te worden als gevolg van 'de eenzijdig positiefrechtelijke

⁵²⁹ Van der Pot 1921, p. 3, ook voor de volgende twee citaten (op p. 4 respectievelijk p. 5). Zie in dit kader ook par. III.4.2.

inslag van waaruit het staatsrecht in Nederland vaak wordt benaderd'.⁵³⁰ Zowel de strenge eisen voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht, als de moeilijke veranderbaarheid van de Grondwet noemt hij als mogelijke exponenten van de sterke gerichtheid van de staatsrechtswetenschap op het positieve recht. In zijn ogen is dit echter

'geen sterk excuus om het staatsrecht ongemoeid te laten. Daarvoor zijn ons staatsbestel en de kwetsbare instituties die in dat bestel functioneren, te belangrijk. Staatsrechtbeoefenaren moeten daarbij niet alleen nadenken over staatsrechtelijke vergezichten die alleen met grondwetswijziging kunnen worden verwezenlijkt maar ook over hoe binnen de huidige Grondwet concrete problemen kunnen worden opgelost'.

Net als Van der Pot is Verhey op zoek naar een methode om de ontwikkeling van het staatsrecht te begrijpen. Anders dan Van der Pot, zoekt Verhey de oplossing niet in de verdere doordenking van het ongeschreven recht maar in de conceptualisering van regels die niet noodzakelijkerwijs juridisch van aard zijn, namelijk conventies: '[I]nformele regels die het gedrag reguleren van politieke instituties'.⁵³¹ Verhey beschouwt conventies als 'een belangrijke tussencategorie' tussen de juridisch bindende regels uit de Grondwet en de niet-bindende (blote) praktijk; zij verschillen van de praktijk in de zin dat zij bindend zijn, maar zij wijken af van rechtsregels in de zin dat zij flexibel zijn en onder omstandigheden gerechtvaardigde uitzonderingen toelaten. Met behulp van de verdere doordenking van de conventie zou het volgens Verhey mogelijk zijn om in de staatsrechtswetenschap ook normen een plaats te geven die niet noodzakelijkerwijs deel uitmaken van het (ongeschreven) staatsrecht en, belangrijker nog, daarvan ook geen deel *hoeven* uit te maken.

Wie de oraties van Verhey en Van der Pot naast elkaar legt, krijgt op het eerste gezicht wellicht de indruk dat de daarin behandelde vraagstukken haast niet verder uit elkaar hadden kunnen liggen: Van der Pot vraagt immers aandacht voor de onzekerheid in de staatsrechtswetenschap over wat geldend (gewoonte)recht is, terwijl Verhey een pleidooi houdt voor nader staatsrechtelijk onderzoek naar regels die juist buiten het strikte domein van het recht liggen. Toch vormen beide betogen in feite een exponent van hetzelfde fundamentele probleem: de manier waarop en de mate waarin het mogelijk is om relevante feitelijke ontwikkelingen buiten het domein van de Grondwet bij het staatsrecht te betrekken, opdat een beter begrip van de ontwikkeling van het staatsrecht mogelijk is. Verhey wijst het voorstel van Van der Pot om nader onderzoek te doen naar de criteria voor de vaststelling van gewoonterecht (impliciet) af, omdat hij het onwenselijk

530 Verhey 2014, p. 3, ook voor het volgende citaat (op p. 5).

531 Verhey 2014, p. 6, ook voor het volgende citaat. Ik hou deze definitie van conventies aan, zij het dat zij in mijn definitie betrekking hebben op het handelen van staatsrechtelijke ambten of organen.

acht als voor het staatsrecht relevante factoren per definitie deel zouden moeten uitmaken van het recht.⁵³²

Het probleem is daarmee echter op zichzelf nog niet opgelost, want dan nog is een nadere afbakening van de conventie ten opzichte van het (on-) geschreven staatsrecht noodzakelijk om een beter beeld te krijgen van de toegevoegde waarde van de conventie voor de staatsrechtswetenschap. Daar komt nog bij dat ook niet direct duidelijk is hoe de conventie zich verhoudt tot daaraan verwante verschijnselen zoals de traditie en de (politieke) spelregel.

In dit hoofdstuk breng ik het debat over de betekenis van de conventie voor de staatsrechtswetenschap in kaart. Achtereenvolgens komen de ontstaansgeschiedenis en de belangrijkste kenmerken van de conventie aan bod, gevolgd door een nadere afbakening van de conventie ten opzichte van de traditie en de (politieke) spelregel. Ik sluit af met een slotwoord.

III.5.2 De conventie in de staatsrechtelijke literatuur tot de eenentwintigste eeuw

Hoewel het conventiebegrip in ieder geval tot de verschijning van Verheys oratie in 2014 een betrekkelijk marginale rol in de staatsrechtswetenschap heeft gespeeld, figureert het al vroeg in de Nederlandse staatsrechtelijke literatuur. Oppenheim vroeg in de oraties die hij in 1885 en 1893 respectievelijk in Groningen en Leiden uitsprak⁵³³ al aandacht voor de ‘conventions’ zoals die op dat moment in het Verenigd Koninkrijk tot ontwikkeling waren gekomen.⁵³⁴ Hoewel hij zich niet waagde aan een conceptualisering van dit begrip voor de Nederlandse context, zou het begrip nadien ook in Nederland op bescheiden schaal school maken.

De precieze betekenis van dit begrip zou echter altijd enigszins onduidelijk blijven. De moeilijkheid daarbij was dat de conventie zich slecht leent voor inpassing in de Nederlandse constitutie; zij maakt in het Verenigd Koninkrijk volgens de daar gehanteerde begrippen immers geen deel uit van het recht, omdat zij zich niet leent voor handhaving door de rechter. In dat licht oordeelde Struycken in 1915, mede op basis van de constatering dat de definitie van wat ‘recht’ is in Nederland losstaat van de handhavingsbevoegdheid van de rechter, dat de convention slechts van betekenis kan zijn voor het Nederlandse staatsrecht voor zover die deel uitmaakt van het gewoonterecht.⁵³⁵ Hoewel de convention in deze benadering van Struycken een duidelijk andere betekenis heeft dan het gewoonterecht, zou het conventiebegrip

532 Vgl. Verhey 2014, p. 18.

533 Zie voor een nadere bespreking van de oraties van Oppenheim par. III.3.4.1.1.

534 Zie voor de historische achtergrond van dit begrip in het Verenigd Koninkrijk par. II.3.2.1.

535 Zie voor een nadere bespreking van de opvattingen van Struycken par. III.3.4.1.2.

nog tot na de Tweede Wereldoorlog opmerkelijk genoeg hoofdzakelijk als *synoniem* van het gewoonterecht opduiken in de staatsrechtelijke literatuur.⁵³⁶

Pas veel later deed een enkele auteur op bescheiden schaal weer een voorstel de conventie van het gewoonterecht te onderscheiden. In zijn bewerking van het handboek van Van der Pot wijst Donner op het bestaan van bepaalde 'spelregels', bijvoorbeeld in de sfeer van de kabinetsformatie, die tot op zekere hoogte betekenis zouden hebben voor het staatsrecht.⁵³⁷ Volgens hem zou de benaming 'conventions' voor dergelijke spelregels

'niet ongeschikt (...) zijn. Zij kunnen, zolang ieder het over hun bestaan eens is, van nut zijn om de praktijk te structureren en te formaliseren. Worden zij gebroken dan bewijst dat slechts dat de "convention" niet meer van kracht is of haar actualiteit voorgoed dan wel voorlopig verloren heeft'.

In deze definitie is de conventie nadrukkelijk iets anders dan het ongeschreven staatsrecht of gewoonterecht; de schending van de laatstgenoemde categorie regels geldt als inconstitutioneel gedrag, terwijl de niet-naleving van de conventie hoogstens tot gevolg heeft dat de conventie verdwijnt.

Donner geeft in zijn definitie wel een nogal eenvoudige voorstelling van zaken; de betekenis van een conventie verschilt in zijn definitie in feite niet veel van die van een 'blote' praktijk, waarvoor immers ook geldt dat die geen betekenis meer heeft als die niet meer wordt gevolgd. De vraag rijst dan waarin de toegevoegde waarde van het conventiebegrif naast de courante term 'praktijk' zou berusten. Toch is Donners definitie behulpzaam, omdat zij zowel aan de conventie een functie toeschrijft, namelijk het structureren van de politieke praktijk, als dit begrip koppelt aan de term 'spelregel'.

Mogelijk onder invloed van Donners omschrijving van dit begrip gaan Kortmann en de bewerkers van zijn handboek nog een stap verder. Zij stellen:

'Inmiddels kent de staatkundige en politieke praktijk een aantal (...) min of meer vaste gedragsregels, die wel worden aangeduid als conventies – een term, ontleend aan de Britse 'conventions'. Te noemen zijn de conventie van 1922

536 Vgl. in die zin o.a. Veraart 1945, p. 10; Van der Hoeven 1958, p. 109; Scholten 1958, p. 14; Oud 1967, p. 27-29. In recentere handboeken is deze definitie van de conventie nog te herkennen als wordt gesproken over de 'conventie' van 1868. Vgl. in die zin o.a. Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 132. In oudere drukken van het handboek van Bovend'Eert & Kummeling duiden de auteurs eveneens de ongeschreven rechtsregel op basis waarvan de regering de Kamer niet tweemaal mag ontbinden vanwege hetzelfde feit aan als een conventie. Zie o.a. Bovend'Eert & Kummeling 2010, p. 430. In de meest recente druk spreken deze auteurs echter inmiddels van 'de ongeschreven regel van 1868'. Zie Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 452. Het is niet onwaarschijnlijk dat de auteurs in de, hierna nog te bespreken, Leidse oratie van Verhey aanleiding hebben gezien het conventiebegrif niet meer voor de aanduiding van deze regel te gebruiken. Vgl. Kummeling 2016, p. 71.

537 Van der Pot/Donner 1983, p. 164, ook voor het volgende citaat.

krachtens welke een kabinet ontslag aanbiedt vóór periodieke of ontbindingsverkiezingen van de Tweede Kamer, de consultatie door de koning van alle fractievoorzitters van de Tweede Kamer bij een kabinetsformatie, en de terughoudende politieke beoordeling door de Eerste Kamer van regeringsbesluiten en -voornemens. Deze en andere staatkundige praktijken zijn echter niet als normatief te beschouwen. Niet-naleving ervan behoeft geen (ernstige) gevolgen te hebben voor de bestendigheid van het staatsbestuur en de coherentie van het rechtsbestel. Daar komt bij dat over de normativiteit van deze praktijken bepaald geen consensus bestaat, noch tussen regering en Staten-Generaal, noch binnen de Kamers zelf.⁵³⁸

Waar Donner zich nog enigszins ongenueanceerd uitliet over de betekenis van het conventiebegrip, daar miskennen Kortmann c.s. expliciet het inherent normatieve karakter van dit begrip, dat ook in de Nederlandse theorievorming erkenning heeft gekregen.⁵³⁹ Ook voor zover het juist is dat de door deze auteurs genoemde praktijken inderdaad geen normatieve betekenis hebben,⁵⁴⁰ gaat het dan simpelweg om praktijken die de kwalificatie 'conventie' niet verdienen; een niet-normatieve conventie is een *contradictio in terminis*.

Problematischer nog aan deze benadering is dat zij het bestaan van normativiteit van een praktijk gelijkstelt met de vraag of het al dan niet bestaan van de betreffende praktijk gevolgen heeft voor 'de bestendigheid van het staatsbestuur en de coherentie van het rechtsbestel'; niet alleen is onduidelijk waarom *dit* criterium in dit kader leidend zou moeten zijn, ook wordt dit begrip nergens geoperationaliseerd.⁵⁴¹ Het lijkt er veeleer op dat de auteurs op deze manier tot uitdrukking hebben willen brengen dat de conventie niet voldoet aan de door hen geformuleerde strenge criteria voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht, op basis waarvan een praktijk immers ook 'de bestendigheid van het staatsbestuur' dient te beschermen.

De benadering van Kortmann c.s. werpt, juist doordat zij enigszins verwarrend is, wel licht op hoe het conventiebegrip zich heeft kunnen ontwikkelen van een synoniem van het ongeschreven staatsrecht tot een begrip dat min of meer gelijkstaat aan een blote praktijk. Kortmann c.s. lijken van mening te zijn dat de normativiteit van een (ongeschreven) regel per definitie voortvloeit uit een *juridische* binding, waarbij slechts min of meer statische, onveranderlijke regels de kwalificatie van rechtsregel kunnen verdie-

538 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 133.

539 Zie par. III.3.4.1.2.

540 Zie voor een bespreking van het bindende karakter van de betreffende praktijken respectievelijk par. IV.2.4.2 (over de conventie van 1922), par. IV.5.3 en par. IV.5.5.2.2 (over de consultatie van de fractievoorzitters tijdens de formatie door de koning, die tot 2012 constitutionele betekenis had) en par. IV.6.4 (over de terughoudendheid van de Eerste Kamer ten opzichte van de regering).

541 Zie par. III.3.4.3.1.

nen.⁵⁴² Wie een dergelijke benadering hanteert, biedt inderdaad geen ruimte voor het onderscheiden van een apart conventiebegrip. Daarmee staat echter nog niet vast dat iedere bindende regel per definitie voortvloeit uit het recht op de wijze zoals Kortmann c.s. dat hebben gedefinieerd. Deze constatering doet de vraag rijzen wat een bindende regel precies is.

In dat kader is het behulpzaam terug te grijpen op het reeds eerder gememoreerde, door Donner aangehaalde, begrip 'spelregel'. Hoewel dit begrip meer betekenis heeft gehad voor de politicologie⁵⁴³ dan de staatsrechtswetenschap, duikt dit begrip ook op in de oudere staatsrechtelijke literatuur, juist met betrekking tot de structurering van de politieke praktijk. In zijn oratie uit 1951, waarin hij zijn bezwaren tegen een te positivistisch georiënteerde staatsrechtsbeoefening uiteenzet,⁵⁴⁴ stelt s' Jacob het spelregelbegrip aan de orde. Hij koppelt dat begrip aan zijn ideeën over de taak van de staatsrechtswetenschap, die zich niet tot de bestudering van het positieve recht alleen zou mogen beperken. Naast het zuiver positieve recht bestaan er, zo betoogt hij, 'waarden', die de westerse wereld 'met man en macht heeft te verdedigen'.⁵⁴⁵ Volgens de op dat moment kersverse Groningse hoogleraar kan de (staats)rechtswetenschap haar ogen voor die waarden niet sluiten:

'Wanneer de rechtswetenschap uit overwegingen van methodische zuiverheid, ergo van wetenschappelijke specialisatie, in deze problematiek [s' Jacob doelt op de eerder genoemde waarden uit de westerse wereld, GJAG] niet kan meespreken, dan mag haar, m.i. althans, bij de vorming van hen die bestemd zijn in het openbare leven een rol te spelen, het laatste woord niet worden gelaten.'

Hij is zich er echter van bewust dat in de politieke arena zelden overeenstemming zal bestaan over de precieze betekenis van dergelijke waarden. In de praktijk bestaat volgens hem echter een andere grootheid die bepalend is voor het handelen van politieke organen. Volgens s' Jacob komt die aan de oppervlakte als partijen in een coalitieregering met elkaar moeten samenwerken:

'Er zijn nu eenmaal partijen die elk eigen doelstellingen nastreven; zij zullen bereid zijn mede te werken aan legislatieve arbeid, welke niet geheel met eigen wensen in overeenstemming is, wanneer zij met het mindere genoegen hebben te nemen, omdat het meerdere niet bereikbaar is. (...) Een meerderheid zal geneigd zijn haar wil op te leggen zover buiten haar bereik staande wetsnormen dat toelaten. Meerderheden zijn echter niet stabiel; die wetenschap legt een praktische

542 Deze definitie van het 'recht' ligt overigens ten grondslag aan de heersende leer, die de basis vormt voor de terughoudende benadering van Kortmann c.s. Zie par. III.3.4.3.1.

543 Zie nader par. III.5.4.1.

544 s' Jacob 1951b, p. 4. Wie een dergelijke positivistische benadering nastreeft, ontzegt volgens s' Jacob 'zichzelf, als jurist, het uitzicht op de zin van zijn bedrijf en blijft hij zich, om der wille van de zuiverheid van zijn wetenschap, bewegen in een wereld van zinvrije begrippen'.

545 s' Jacob 1951b, p. 4-5, ook voor het volgende citaat.

grondslag voor het aanvaarden van spelregels, waardoor het *elke* meerderheid mogelijk wordt gemaakt eerlijk te winnen. Voor heilige huisjes is daarbij geen plaats. Voor dit spel – zonder een met macht bekleed scheidsrechter – komt het meer aan op klare taal, dan op diepzinnige theorie. Voor de verbindende kracht van zulke spelregels is, abstraherend van alle nationale waarden, nog altijd een argument te vinden in de feitelijke noodzaak van samenleving.⁵⁴⁶

Hoewel s' Jacob verder niet duidelijk maakt wat 'spelregels' precies zijn, noch wat hun betekenis voor de staatsrechtswetenschap is, is het fragment toch informatief. Kennelijk gelden er regels *buiten* de sfeer van het staatsrecht waarvan de bindende kracht voortkomt uit, afgezien van eventuele waarden, een *feitelijke* noodzaak in plaats van uit een juridische verplichting.

In de staatsrechtelijke⁵⁴⁷ literatuur uit de twintigste eeuw is het bij deze beperkte aandacht voor deze categorie ongeschreven regels in de politieke sfeer buiten het gewoonterecht gebleven. Pas in de eenentwintigste eeuw herleefde de aandacht voor het conventiebegrip in de staatsrechtswetenschap.

III.5.3 Het debat over de conventie in de staatsrechtswetenschap naar aanleiding van de Leidse oratie van Verhey

In zijn Leidse oratie uit 2014 vestigt Verhey de aandacht op de constitutionele conventie, die in zijn ogen blijkens de ondertitel van zijn gepubliceerde rede 'een blinde vlek in ons staatsrecht' vormt.⁵⁴⁸ In zijn rede zet hij de eerste stappen voor de verdere doordenking van het conventiebegrip. Op deze plaats komen de hoofdlijnen van deze rede, alsmede de daarop geuite kritiek aan de orde. Aan het slot van deze paragraaf schets ik op hoofdlijnen waarin de toegevoegde waarde van bestudering van de conventie voor de staatsrechtswetenschap kan liggen.

III.5.3.1 *De centrale stelling van Verhey: conventies slaan een brug tussen staatsrecht en praktijk zonder zelf deel uit te maken van het recht*

Verheys pleidooi voor de verdere doordenking van de conventie sluit goed aan bij een van de kerndiscussies over de methode van de staatsrechtswetenschap: de mate waarin en de manier waarop de politieke praktijk in het staatsrechtelijke onderzoek een rol zou moeten spelen. Hij is van mening

546 s' Jacob 1951b, p. 11 (cursivering in origineel, GJAG).

547 Al verdient opmerking dat Van den Berg in zijn Leidse oratie uit 1990 het spelregelbegrip behandelt in samenhang met (ongeschreven) rechtsregels, die hij stelregels noemt. Zijn benadering past in mijn ogen echter beter bij de nog te bespreken politicologische literatuur over het (politieke) spelregelbegrip en komt daarom daar aan de orde. Zie par. III.5.4.1.

548 Verhey 2014.

dat de focus in de huidige staatsrechtswetenschap in te sterke mate ligt op de bestudering van het positieve recht alleen. Verhey acht deze focus problematisch in het licht van het betrekkelijk rigide karakter van het Nederlandse staatsrecht; noch komt het vaak voor dat de Grondwet een substantiële wijziging ondergaat, noch laat de huidige doctrine veel ruimte voor de vorming van nieuwe regels van ongeschreven staatsrecht. Toch mag dit volgens Verhey geen aanleiding zijn het geldende staatsrecht geheel ongemoeid te laten, juist omdat dit nauw samenhangt met de praktijk. Hij merkt daarover op:

‘Het is goed te beseffen dat de harde kern van het staatsrecht – de Grondwet – lange tijd ongewijzigd is gebleven terwijl tegelijkertijd de veranderende maatschappelijke werkelijkheid de werking van ons staatsbestel ingrijpend heeft beïnvloed. Daarbij gaat het vooral om veranderende machtsverhoudingen. Een deel van die veranderende machtsverhoudingen vindt zijn weerslag in conventies. Door conventies wordt in de praktijk de werking van het staatsbestel nader bepaald.’⁵⁴⁹

Volgens Verhey zijn conventies om twee redenen van belang.⁵⁵⁰ In de eerste plaats ordenen zij het verloop van de politieke besluitvorming, waardoor politieke processen eenvoudiger tot concrete resultaten kunnen leiden. Als die ordening ontbreekt, dan ontstaat het gevaar dat de politieke besluitvorming vastloopt. In de tweede plaats hebben zij tot doel minderheden te beschermen. Verhey illustreert dit belang aan de hand van de kabinetsformatieprocedure: dankzij de conventies die daarbij gelden krijgen ook kleine fracties de gelegenheid zich te laten informeren en zich uit te spreken over de vorming van een nieuwe coalitie. In het licht van deze twee functies slaan conventies dus een brug tussen het staatsrecht en de praktijk.

Het is echter niet eenvoudig vast te stellen waarin het verschil tussen recht en conventie precies schuilt. Verhey zoekt dit verschil in de oorsprong van de binding van beide categorieën regels; op zichzelf zijn conventies, net als rechtsregels, bindend, maar hun binding vloeit voort uit ‘beginselen van constitutionele moraliteit’, niet uit het recht zelf.⁵⁵¹ Op zichzelf lijken conventies in de benadering van Verhey dus gericht te zijn op belangrijke waarden. Het verschil tussen recht en conventie vloeit derhalve volgens hem niet zozeer voort uit het belang van deze soorten regels voor de politieke praktijk, maar uit een ander aspect. Het zou, zo betoogt Verhey, niet mogelijk zijn de conventie op één lijn te plaatsen met rechtsregels, omdat haar gelding, anders dan bij rechtsregels, afhankelijk is van het gedrag van de betrokken organen. Als een conventie meer dan incidenteel overtreden wordt, zo stelt Verhey, dan komt haar bestaan als zodanig ter discussie te staan. Op zichzelf

549 Verhey 2014, p. 7 (voetnoten in citaat zijn verwijderd, GJAG).

550 Verhey 2014, p. 7-8.

551 Verhey 2014, p. 18. Verhey lijkt zich in dit kader op de definitie van Dicey te hebben gebaseerd. Vgl. par. II.2.1.

hoeft dat volgens deze opvatting niet problematisch te zijn, omdat de gelding van de conventie niet voortspuit uit een (geformaliseerde) rechtsregel. In dat licht rijst de vraag waarom ambten of organen wel tot de naleving van conventies over zouden gaan, als hun schending niet in strijd met het staatsrecht is. Verhey geeft voor de bindende werking van de conventie de volgende verklaring:

‘Conventies kunnen door de meerderheid niet straffeloos worden genegeerd. Op korte termijn levert het je misschien voordeel op, in een volgende periode echter krijg je de rekening gepresenteerd als je concurrent als hij eenmaal aan de macht is, hetzelfde doet. De dader van vandaag is het slachtoffer van morgen.’⁵⁵²

Hoewel deze verklaring voor de bindende kracht van conventies wellicht een andere is dan die voor de bindende kracht van het (ongeschreven) staatsrecht, verschillen staatsrecht en conventie op dit punt nauwelijks van elkaar. Als sprake is van een schending van een staatsrechtelijke regel is de hier genoemde idee van wederkerigheid immers evenzeer relevant; er bestaat geen (rechterlijk) orgaan dat voorschriften uit de Grondwet met betrekking tot politieke verhoudingen kan interpreteren,⁵⁵³ laat staan een orgaan dat eenzijdig een schending van dergelijke voorschriften kan vaststellen. Dat betekent dat de keuze van de betrokken politieke ambten om al dan niet over te gaan tot de naleving van een intern werkend grondwettelijk voorschrift eveneens nauw samenhangt met de hier gepresenteerde gedachte van wederkerigheid.

In dat licht rijst de vraag op welke manier de afbakening van de conventie ten opzichte van het (ongeschreven) staatsrecht wel mogelijk is. In het verlengde daarvan, aangenomen dat er een verschil tussen recht en conventie bestaat, zijn nadere criteria nodig om vast te stellen in welke gevallen sprake is van een conventie in plaats van een rechtsregel. Voor wat betreft de beantwoording van de vaststellingsvraag zoekt Verhey aansluiting bij de zogeheten Jennings-test.⁵⁵⁴ Volgens deze test zijn de volgende drie vragen bepalend voor de vaststelling van het bestaan van een conventie:

1. Zijn er precedënten op grond waarvan een conventie kan worden aangenomen?
2. Achten de betrokken actoren zich aan de regel gebonden?
3. Is er een goede reden voor de conventie?’⁵⁵⁵

552 Verhey 2014, p. 8. Verhey baseert zich op het werk van Jaconelli, die een vergelijkbare verklaring voor de binding aan conventies in het Verenigd Koninkrijk geeft. Zie par. II.3.3.3.2.

553 Zie voor een uitwerking van het begrip ‘interne werking’ par. III.3.2.

554 Zie nader over de Jennings-test par. II.3.3.2.

555 Ik baseer mij hier op de formulering van de Jennings-test in Verhey 2016, p. 147. Zij stemt in essentie overeen met die uit zijn oratie. Vgl. Verhey 2014, p. 11.

Volgens Verhey hoeft een bepaalde regel niet aan al deze criteria tegelijkertijd te voldoen om als conventie te kunnen worden aangemerkt.⁵⁵⁶ In de kern is de vaststelling van het bestaan van een conventie vooral een graduele kwestie. In die lijn is het bijvoorbeeld denkbaar dat een praktijk waarvan voor de navolging een (zeer) goede reden bestaat maar die op relatief weinig precedents kan steunen toch geldt als een conventie. Verhey licht verder niet toe of tussen die criteria een hiërarchische verhouding bestaat en, voor zover dat het geval is, welk criterium bij de vaststelling van het bestaan van een conventie het zwaarst zou moeten wegen.

Verhey stelt verder dat het bestaan van een conventie in een concreet geval steeds afhankelijk is van het aantal precedents en de mate waarin de betrokken ambten zich aan de conventie gebonden achten: hoe meer precedents en hoe sterker de overtuiging van gebondenheid, hoe aannemelijker het is dat er in dat geval een conventie bestaat.⁵⁵⁷ Voor het derde criterium ligt dat volgens Verhey anders. De onverkorte toepassing van die eis heeft volgens Verhey het nadeel dat het de vaststelling van het bestaan van een conventie in handen legt van 'degenen voor wie ze bedoeld zijn', waardoor er op dit punt een gelijkenis zou lijken te bestaan met 'de slager die zijn eigen vlees keurt'.⁵⁵⁸ Hij stelt daarom een nadere objectivering van het derde criterium voor. In dat kader sluit hij aan bij een, nog nader te bespreken, door Hirsch Ballin geformuleerde, maatstaf voor de aanneming van ongeschreven recht op basis waarvan 'de te aanvaarden regel inpasbaar moet zijn in het constitutionele recht'.⁵⁵⁹ Verhey herformuleert deze eis voor de vaststelling van de conventie in die zin dat, wil een conventie bestaan, zij 'moet beantwoorden aan de eisen van constitutionele logica'.⁵⁶⁰

Die herformulering doet de vraag rijzen hoe de conventie zich dan verhoudt tot het ongeschreven staatsrecht; meer precies is niet geheel duidelijk op welke manier het criterium van de inpasbaarheid in het constitutionele recht (het criterium voor de vaststelling van ongeschreven staatsrecht) precies verschilt van de eis dat een regel dient te beantwoorden aan de eisen van de constitutionele logica (het criterium voor de vaststelling van een conventie). Het lijkt erop dat een regel eerder zal beantwoorden aan de constitutionele logica dan dat hij inpasbaar is in het constitutionele recht,⁵⁶¹ maar of dat ook daadwerkelijk zo is, laat Verhey in het midden.

Elders suggereert Verhey wel dat het verschil tussen recht en conventie zou kunnen berusten in de ruimte die de betreffende regel laat voor een flexibele toepassing:

556 Verhey 2014, p. 17.

557 Vgl. in dit kader ook Verhey 2016, p. 147.

558 Verhey 2014, p. 14.

559 Hirsch Ballin 1982, p. 82-83. Deze benadering van Hirsch Ballin wijkt af van de 'heersende leer' voor de aanneming van het ongeschreven staatsrecht. Zie nader over deze benadering par. III.5.3.3.2.

560 Verhey 2014, p. 15.

561 Vgl. Verhey 2014, p. 17.

‘Conventies zijn geen vrijblijvende regels; zij zijn bindend. Die binding vindt [haar] oorsprong echter niet in het recht maar in beginselen van constitutionele moraliteit. Schending van een conventie is dan ook niet onrechtmatig maar wel inconstitutioneel. Flexibiliteit blijft nodig. Daarom wil ik niet uitsluiten dat in bijzondere gevallen van een conventie kan worden afgeweken. De institutie of functionaris die afwijkt, moet zich echter publiekelijk verantwoorden. Hij of zij heeft iets uit te leggen. Het is een kwestie van “comply or explain”. Hoe zwaar de bewijslast is hangt af van aard en inhoud van de betreffende conventie. Hier ligt tot op zekere hoogte een parallel met de beleidsregel in het bestuursrecht. Conventies zou men staatsrechtelijke beleidsregels kunnen noemen.’⁵⁶²

In essentie is de hoofdregel van een conventie volgens Verhey bindend, maar in een uitzonderlijke omstandigheid is afwijking van de conventie, net als bij de beleidsregel (vgl. art. 4:84 Awb),⁵⁶³ toelaatbaar. In dat kader zou de schending van een conventie inconstitutioneel zijn, hetgeen volgens Verhey minder ernstig is dan de onrechtmatigheid die het resultaat is van de schending van het harde staatsrecht.

Aan het slot van zijn betoog merkt Verhey op dat hij zijn rede vooral beschouwt als een eerste aanzet tot gedachtevorming over het conventiebegrip. Hij acht het dan ook niet onwaarschijnlijk dat er het nodige tegen zijn betoog is in te brengen.⁵⁶⁴ Inderdaad heeft zijn kritiek bij sommigen de pen in beweging doen brengen.

III.5.3.2 *De kritiek*

De benadering van Verhey heeft aanleiding gegeven tot kritiek van Kummeling en Eijsbouts. Interessant genoeg loopt hun commentaar op Verheys rede sterk uit elkaar: volgens Kummeling trekt Verhey de conventie ten onrechte te veel in het domein van het recht, terwijl Eijsbouts juist van oordeel is dat Verhey ten onrechte de conventie van het recht isoleert. Ik bespreek beide bezwaren.

III.5.3.2.1 *De kritiek van Kummeling: Verhey trekt de conventie te veel in het domein van het recht*

In zijn beschouwing over conventies uit 2016 is Kummeling op zichzelf te spreken over Verheys pleidooi voor nader onderzoek naar conventies, omdat deze regels volgens hem ‘cruciaal [zijn] voor het functioneren van het

⁵⁶² Verhey 2014, p. 18.

⁵⁶³ Later nuanceert Verhey deze parallel overigens in het licht van de scherpe scheiding die hij aanbrengt tussen conventies en recht. De door hem getrokken parallel tussen conventies en beleidsregels acht Verhey bij nader inzien in zoverre ongelukkig, dat beleidsregels volgens het arrest HR 28 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258, AB 1990/306, m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1991/118, m.nt. M. Scheltema (*Leidraad administratieve boeten*) kunnen gelden als recht in de zin van art. 79 Wet RO. Zie Verhey 2016, p. 155.

⁵⁶⁴ Verhey 2014, p. 18.

constitutionele bestel'.⁵⁶⁵ Net als Verhey is Kummeling van oordeel dat conventies een nuttige rol kunnen vervullen met het oog op de ordening van het staatsbestel en de bescherming van minderheden. Toch verschilt Kummelings benadering van de conventie aanmerkelijk van die van Verhey. Kummeling betoogt dat

'binnen een onveranderd staatsrechtelijk kader transitie worden gemaakt naar nieuwe praktijken [bedoeld zijn conventies, GJAG] die op enig moment door de actoren in het staatsbestel als wenselijk(er) worden ervaren. Kenmerkend is dat het hier [opnieuw is bedoeld op conventies, GJAG] niet gaat om rechtsregels, waarvan de naleving immers te allen tijde zal moeten zeker worden gesteld. Juist in deze unieke combinatie van factoren moet de eigenstandige, toegevoegde waarde van het begrip constitutionele conventie worden gezocht. Het gaat hier om gedragsregels, niet zijnde rechtsregels, die onmisbaar zijn voor het functioneren van de instituties in de wereld van het staatsrecht. (...) Ik zie niet in wat dan nog het nut zou kunnen zijn van het gebruik van het begrip conventie, nu immers voor dat soort gevallen de veel duidelijker aanduiding "ongeschreven staatsrecht" beschikbaar is'.

In dit fragment ligt de kern van het verschil van opvatting tussen Kummeling en Verhey besloten: de eerstgenoemde auteur veronderstelt dat een bindende regel per definitie een *rechtsregel* is,⁵⁶⁶ waardoor Verheys omschrijving van de conventie als een bindende regel die geen deel uitmaakt van het recht een *contradictio in terminis* zou zijn.

Kummeling heeft verder kritiek op de neiging van Verhey om de conventie 'te veel in het domein van het recht te trekken of tegen dat recht aan te laten schuren' en met andere (rechts)figuren te vergelijken.⁵⁶⁷ Hoewel Verhey volgens Kummeling 'vanzelfsprekend' gelijk heeft met zijn stelling dat een conventie inpasbaar moet zijn in het recht,⁵⁶⁸ benadrukt hij dat de conventie geen rechtsregel is. In dat licht heeft hij bezwaar tegen Verheys opvatting dat de bindende kracht van de conventie voortspuit uit beginselen van constitutionele moraliteit. Kummeling is van mening dat de conventie hoogstens in sociaal opzicht een behoren kan opleggen aan de betrokken ambten, 'in de zin dat binnen een groep een bepaald gedrag wordt verwacht'. Hij acht het bovendien bezwaarlijk om de bindende kracht van conventies in verband te brengen met de term 'moraliteit', omdat in de afweging van de betrokken organen om een conventie al dan niet na te leven de notie van goed en kwaad geen enkele betekenis zou spelen. In de sfeer van de politiek

565 Kummeling 2016, p. 67, ook voor het volgende citaat (op p. 69).

566 Vgl. in die zin ook Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 22-23.

567 Kummeling 2016, p. 71-72, ook voor de volgende twee citaten.

568 Hier zij aangetekend dat Verhey strikt genomen iets anders betoogt; hij herformuleert de inpasbaarheidseis, die oorspronkelijk betrekking heeft op het ongeschreven staatsrecht, zodanig dat een conventie bestaat als zij beantwoordt aan de constitutionele logica. Zie par. III.5.3.1. Voor het punt dat Kummeling wil maken, doet dat echter niet ter zake.

ligt het volgens Kummeling meer voor de hand ervan uit te gaan dat politieke organen conventies naleven uit politieke berekening.

Hij heeft ook moeite met Verheys opvatting dat de conventie tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met de beleidsregel, omdat beide categorieën regels verschillende functies vervullen.⁵⁶⁹ Hij merkt op dat de beleidsregel is gericht op de bewerkstelling van zorgvuldigheid in het afwegen van belangen, de vaststelling van feiten en het gebruik van bevoegdheden door bestuursorganen. Op dit punt is de beleidsregel volgens Kummeling slechts te vergelijken met de conventie in de zin dat de laatstgenoemde groep regels zowel mogelijkheden tot afwijking biedt als betrekking heeft op het gebruik van bevoegdheden. Hij meent dat beide soorten regels verder ook niet met elkaar te vergelijken zijn; de conventie heeft eerder betrekking op de bestendigheid van het gebruik van bevoegdheden dan op de zorgvuldigheid ervan.

In de ogen van Kummeling is een beter begrip van de conventie mogelijk door haar te beschouwen als een eigenstandig fenomeen, een *'curiosum'*.⁵⁷⁰ De conventie bindt de betrokken politieke organen volgens Kummeling hoogstens bij wijze van zelfbinding, welke organen vooral *'een argumentatief voordeel'* zouden hebben *'in die zin dat ze degenen die van de conventie willen afwijken of zelfs geheel van de conventie af willen in de positie plaatsen dat ze daarvoor overtuigende argumenten zullen moeten aandragen'*. Toch ligt afwijking van een conventie volgens Kummeling niet altijd voor de hand, althans niet in het geval van *'de uiterst nuttige conventie dat de Koning wetten ondertekent [ex art. 47 jo. 87, eerste lid Grondwet, GJAG], zodra deze hem worden voorgelegd'*.⁵⁷¹ Hij merkt daarover op:

'Weigeren is in theorie mogelijk, maar kan hooguit een incident zijn, in een uitzonderlijke situatie, waarmee de rest van de regering moet kunnen leven, want gegeven de ontwikkeling van ons staatsbestel in democratische zin is het onacceptabel dat de Koning als permanente hindermacht zou gaan functioneren.'

In het licht van deze passage is de afwijking van een conventie in bepaalde gevallen volgens Kummeling toch problematischer dan hij eerder suggereerde. Het is aldus toch minder eenvoudig om te komen tot de door Kummeling voorgestane scherpe afbakening tussen de zelfbinding van conventies enerzijds en de juridische binding van (on)geschreven staatsrecht anderzijds dan op het eerste gezicht mogelijk lijkt. Daardoor rijst de vraag of Kummelings oordeel over een eventuele weigering van de koning een wetsvoorstel te ondertekenen verenigbaar is met zijn eerdere stellingname over de conventie als *curiosum*. Het is immers niet duidelijk hoe het niet-normatieve karakter van de conventie als zodanig in overeenstemming kan

569 Kummeling 2016, p. 72.

570 Kummeling 2016, p. 67, ook voor het volgende citaat (op p. 79).

571 Kummeling 2016, p. 73, ook voor het volgende citaat.

worden gebracht met de opvatting dat de niet-naleving van deze conventie in het licht van de ontwikkeling van het staatsbestel in democratische zin 'onacceptabel' is. In bepaalde gevallen kan de benadering van Kummeling op problemen met betrekking tot de afbakening tussen normatieve en niet-normatieve regels stuiten, hetgeen precies is wat hij aan Verheys conceptualisering van de conventie bezwaarlijk acht.

Het is echter niet op voorhand zeker of het ontbreken van een concreet criterium voor het maken van een onderscheid tussen recht en conventie ook echt zo problematisch is. Volgens Eijsbouts is het juist verkieslijk om de conventie niet te veel te isoleren van het recht.

III.5.3.2.2 De kritiek van Eijsbouts: Verhey isoleert de conventie te veel van het recht
De kritiek van Eijsbouts is gericht op de stelling van Verhey dat recht en conventie niet op één lijn met elkaar staan. In zijn beschouwing over conventies uit 2016 volgt Eijsbouts Verhey 'geheel' in 'zijn kritiek op de geringe vitaliteit van het positieve staatsrecht en zijn beoefening, op zoek naar de vernieuwing die conventie kan bieden', maar zijn betoog is 'met een paar tandjes bijgezet'.⁵⁷² Hoewel de beschouwing van Eijsbouts vooral is gericht op het belang van de bestudering van conventies in de context van het constitutionele recht van de EU, is zij ook relevant voor de conceptualisering van de conventie in de Nederlandse constitutie.⁵⁷³ De benadering van Eijsbouts wijkt af van die van Verhey in de zin dat hij juist uitdrukkelijk recht en conventie wil 'integreren in het begripsinstrumentarium van de staat en de constitutie'.⁵⁷⁴ Volgens Eijsbouts is op die manier een beter begrip van de constitutie mogelijk. Zijn betoog is er vooral op gericht een aantal aspecten rond het conventiebeprip en zijn relatie tot het recht te verduidelijken. In dat kader beschouwt hij Verheys opvatting dat conventies gericht zijn op de ordening van het staatsbestel en op de bescherming van minderheden bijvoorbeeld als 'niet zo erg definiërend voor conventie'.⁵⁷⁵ Volgens Eijsbouts bestaan er eveneens rechtsregels die over deze functies beschikken.

Deze meer specifieke kritiek sluit aan bij Eijsbouts algemene these dat de verschillen tussen recht en conventie minder groot zijn dan Verhey zou doen voorkomen.⁵⁷⁶ Hij meent dat recht en conventie gemeen hebben dat zij regels, instellingen of feiten met een normatieve werking creëren in de zin dat hun gelding een moeten, mogen of zijn constitueert.⁵⁷⁷ Hij duidt

572 Eijsbouts 2016, p. 101.

573 Vgl. Eijsbouts 2016, p. 101.

574 Eijsbouts 2016, p. 106.

575 Eijsbouts 2016, p. 107.

576 Eijsbouts 2016, p. 107.

577 Volgens Eijsbouts is het mogelijk dat een conventie een concreet ambt schept; in dat kader wijst Eijsbouts op het ambt van de Prime Minister in het Verenigd Koninkrijk dat louter bij de gratie van conventie bestaat. Overigens gold dit ook tot 1945 voor het Nederlandse ambt van de minister-president, omdat pas in dat jaar dit ambt een plaats zou krijgen in het RvOMR. Zie nader par. IV.3.3.3. Hoewel Eijsbouts dit niet expliciet benoemt in zijn betoog, had het daarin niet misstaan. Vgl. Eijsbouts 2016, p. 101.

deze overeenkomst aan met de overkoepelende term ‘publiek gezag’. Hij beschouwt deze term als de ‘sleutel’ voor de samenhang tussen recht en conventie in de constitutie:

‘Zowel conventie als recht is gezaghebbend, ook al noemt men dat gezag vaak anders. Het gezag van recht heet doorgaans zijn binding. Zonder binding heb je geen recht. Het gezag van conventie heeft niet zo’n vaste term. Je kunt conventie ook bindend noemen, of dwingend. Maar de term is lossier, net als het verschijnsel, en hij maakt niet zoveel uit. Belangrijk is dat conventie, net als recht, normatief is, gezaghebbend.’⁵⁷⁸

Daarnaast maken recht en conventie ook allebei deel uit van wat Eijsbouts het ‘bedrijf’ van gezag noemt:

‘Zowel conventie als recht komt tot stand en wordt gevormd in ontmoetingen tussen in beginsel twee partijen, elk gewapend met haar belangen, opvattingen en waarden, en gericht op een uitkomst. De jurist zijn die ontmoetingen bekend uit de rechtspraak. Maar ook wetgeving draait uiteindelijk om een krachtmeting tussen meerderheid en minderheid.’⁵⁷⁹

Eijsbouts beschrijft het ontstaan van het gezag, zoals dat tot uiting komt in zowel recht als conventie, als volgt:

‘[E]erst is er een aanspraak, een claim of initiatie; dan ofwel acceptatie, weigering ofwel wederaanspraak. Bij gebrek aan acceptatie is er eerst een kort of langer heen-en-weer. Als het lukt, is er ten slotte een akkoord of gezaghebbend oordeel als een wet, het trekken van een grens, het ontstaan van een regel of een instantie.’⁵⁸⁰

In het ontstaan van de conventie als uiting van dit gezag speelt daarbij volgens Eijsbouts ook het machtselement een belangrijke rol. In zijn ogen heeft de aanwezigheid van dit element tot gevolg dat het ontstaan van de acceptatie van de gelding van de conventie onder de betrokken partijen vaak asymmetrisch verloopt:

‘Acceptatie bestaat vaak eenvoudig uit slikken.’⁵⁸¹

De wijze waarop deze acceptatie tot stand komt staat echter volgens Eijsbouts los van het gezag van de conventie. In het licht van deze overeenkomsten meent hij dat de conventie als ‘de regeling van het politieke leven’ hetgeen is wat de rechtspraak is voor de ‘regeling van het rechtsleven’.⁵⁸²

578 Eijsbouts 2016, p. 107-108 (cursiveringen verwijderd, GJAG).

579 Eijsbouts 2016, p. 108 (cursivering verwijderd, GJAG).

580 Eijsbouts 2016, p. 109.

581 Eijsbouts 2016, p. 110, nt. 18.

582 Eijsbouts 2016, p. 111.

Hoewel Eijsbouts vooral tot doel heeft om inzichtelijk te maken dat conventies in tal van opzichten meer overeenkomsten met het recht vertonen dan Verhey volgens hem zou suggereren, heeft hij ook oog voor wat hij als het grote verschil tussen beide grootheden beschouwt. Het ontstaan en de erkenning van de binding aan het recht zijn gereguleerd via een idealiter sluitend stelsel. De conventie kent een dergelijk stelsel echter niet. In dat licht is het verschil tussen recht en conventie volgens Eijsbouts te begrijpen aan de hand van het contrast tussen systeem en structuur:

‘Rechtsregels krijgen al gauw het detail en het systeem, én de geslotenheid, die het denken en het papier toestaan. Die kenmerken van detail en systeem maken recht onmisbaar voor ontwikkelde samenlevingen. In vergelijking met recht is conventie doorgaans eenvoudig en meer zichtbaar, meer open. Op de tast vindt men namelijk niet regels of instellingen met de nuance en ingewikkeldheid van op schrift uitonderhandelde rechtsregels en documenten. Dat maakt conventie opmerkelijk genoeg aan de ene kant oppervlakkiger, maar aan de andere kant vaak ook meer fundamenteel, meer gehecht aan de hoofdzaken van een politiek verband. (...) Terwijl recht dus neigt naar *systeem*, dat in het denken en op papier leeft en dus grenzeloos complex kan worden, neigt conventie naar *structuur*, die in de levende werkelijkheid bestaat en waarvan de ingewikkeldheid daarom snel op grenzen stuit.’⁵⁸³

Volgens de benadering van Eijsbouts is het niet op voorhand vast te stellen of een bepaalde ongeschreven regel deel uitmaakt van het recht of als een conventie zou moeten gelden. In zijn ogen is die grens afhankelijk van de ‘plaatselijke gebruiken’ van het betreffende rechtstelsel; waar die grens precies ligt, is van weinig belang omdat dat praktisch weinig verschil zou maken.

In de kern komt Eijsbouts’ opvatting erop neer dat rechtsregels en conventies in mindere mate van elkaar verschillen dan Verhey zou suggereren. Eijsbouts laat de vraag naar het precieze onderscheid tussen conventie en ongeschreven staatsrecht verder onbeantwoord, omdat dit onderscheid hoogstens van theoretisch belang zou zijn. Voor de context van de Nederlandse constitutie is de beantwoording van die vraag echter wel degelijk van belang, omdat het anders niet mogelijk is inconstitutioneel gedrag te onderscheiden van handelen (of nalaten) dat wel geoorloofd is. In dit verband is het van belang om vast te stellen wat op dit punt het ‘plaatselijke gebruik’ in Nederland is.

III.5.3.2.3 *Balans*

De kritiek van Kummeling en Eijsbouts op de benadering van Verhey is uiteenlopend: de eerste auteur meent dat Verhey de conventie te dicht in het domein van het recht trekt, terwijl Eijsbouts juist meent dat Verhey de conventie te veel van het recht isoleert. Opvallend is dat binding volgens

583 Eijsbouts 2016, p. 113, ook voor het volgende citaat (cursiveringen in origineel, GJAG).

Kummeling alleen kan voortvloeien uit min of meer vaststaande, in het recht vastgelegde normen, terwijl Verhey en Eijsbouts van mening zijn dat binding ook kan voortkomen uit normen met een flexibeler karakter.

Naast de invulling van het begrip 'binding' roept de precieze verhouding tussen de conventie en het begrip 'ongeschreven staatsrecht' vragen op. Volgens Eijsbouts is het rechtsbegrip afhankelijk van plaatselijke gebruiken. De Nederlandse definitie van 'recht' zou dan, de benaderingen van Verhey en Kummeling volgend, een vaststaande, onveranderlijke regel zijn. In dat geval rijst echter opnieuw de vraag in hoeverre zoiets als 'ongeschreven staatsrecht' überhaupt kan bestaan, omdat ongeschreven regels nooit volledig kunnen vaststaan.

De begrippen 'binding' en 'recht' zoals die in Nederland worden gehanteerd, verdienen daarom nadere aandacht.

III.5.3.3 *Eigen benadering*

Zowel in de Leidse rede van Verhey als in de besproken beschouwingen van Kummeling en Eijsbouts zijn waardevolle opmerkingen over het karakter van de conventie te vinden. Ik onderschrijf Verheys opvatting dat het nuttig is binnen de staatsrechtswetenschap een categorie normen te onderscheiden die de werking van het staatsbestel nader bepaalt maar niet noodzakelijkerwijs gelijkstaat aan het ongeschreven staatsrecht zoals dat in de 'heersende leer' wordt benaderd. Ik ben het echter ook met Kummeling eens dat Verheys benadering vragen oproept over de afbakening tussen (on)geschreven staatsrecht en conventie; het ontbreken van duidelijkheid op dat punt kan verwarring scheppen over de vraag of bepaald gedrag van de betrokken organen al dan niet (constitutioneel) geoorloofd is.

Ten slotte acht ik Eijsbouts' nuancering van het verschil tussen recht en conventie eveneens van waarde; daaruit volgt immers dat het verschil tussen recht en conventie hoogstens schuilt in de vorm van de regel in plaats van in de functies die zij vervullen. Ondanks de waarde van deze beschouwingen over de conventie in de Nederlandse constitutie is in geen daarvan een antwoord te vinden op de vraag waarin het verschil tussen conventie en (on)geschreven staatsrecht schuilt of, om het in de termen van Eijsbouts te zeggen, welk plaatselijk gebruik er in Nederland geldt om beide fenomenen uit elkaar te houden. In ieder geval is dat niet, zoals in het Verenigd Koninkrijk, de handhaafbaarheid voor de rechter, omdat dat criterium te ruim is; de rechter is immers ook niet bevoegd zuiver binnen politieke verhoudingen geldende voorschriften te handhaven.⁵⁸⁴ Op die vraag is wel een antwoord

584 Tegen die achtergrond is het ook niet verrassend dat conventies in rechterlijke beslissingen een weinig geprononceerde rol vervullen, zoals Vetzo constateert. Zie Vetzo 2018, m.n. p. 150-154. Het lijkt erop dat conventies hoogstens een rol kunnen spelen in de rechterlijke besluitvorming als een zuiver binnen politieke verhoudingen geldend voorschrift. Zie nader par. III.3.2.

nodig om een onderscheid tussen inconstitutioneel respectievelijk constitutioneel handelen te kunnen maken.

Op deze plaats volgt mijn voorstel voor een operationalisering van het conventiebegrif in het Nederlandse staatsrecht. In dat kader bespreek ik (i) hoe het begrip 'binding' kan worden begrepen, (ii) hoe de conventie zich verhoudt tot het (on)geschreven staatsrecht en (iii) onder welke voorwaarden een conventie deel kan uitmaken van het staatsrecht.

III.5.3.3.1 Het begrip 'binding': algemene versus bijzondere normen

In de discussie over het ongeschreven staatsrecht neemt het rechtsbegrip logischerwijs een belangrijke plaats in. Daarmee valt de discussie over de eisen voor de aanneming van ongeschreven rechtsregels min of meer samen met de zoektocht naar een algemeen aanvaard rechtsbegrip: als een potentiële norm als recht kan worden aanvaard, dan kan die ook deel uitmaken van het ongeschreven staatsrecht.

Helaas heeft de zoektocht naar een algemeen aanvaard rechtsbegrip nauwelijks tot vruchtbare resultaten geleid. Daarom worden praktijken of precedentes volgens de huidige, dominante, terughoudende benadering slechts als recht aanvaard als zij aan zeer strenge rechtszekerheidseisen voldoen.⁵⁸⁵ Volgens die benadering bindt een norm pas, als hij aan die strenge rechtszekerheidseisen beantwoordt. Dan staat de binding van een norm gelijk aan een volledig *vaststaande* norm. Als dat inderdaad het geval is, dan kan een conventie nooit bindend zijn. Zij staat immers, althans in de benadering van Verhey, niet gelijk aan een rechtsregel, omdat afwijking van een conventie onder omstandigheden mogelijk is. De conventie wordt daarom gedefinieerd als een informele gedragsregel die slechts bestaat *zolang* de betrokken organen de betreffende norm in de praktijk blijven navolgen. In het licht van dit informele karakter van de conventie, is de definitieve vastlegging van de inhoud van een conventie niet mogelijk.⁵⁸⁶ Een conventie kan daarmee, als de heersende leer wordt gevolgd, nooit aan de strenge rechtszekerheidseisen van het (on)geschreven staatsrecht voldoen.

Het is echter de vraag of *alleen* de normen die aan deze strenge rechtszekerheidseisen voldoen, kunnen binden. Om die vraag te kunnen beantwoorden, is het raadzaam het begrip 'binding' *als zodanig* aan een beschou-

585 Zie par. III.3.4.3.1.

586 Dat neemt niet weg dat het in de praktijk wel degelijk voorkomt dat de gelding van een conventie in een verklaring wordt afgekondigd dan wel dat de inhoud van een conventie in een geschreven document wordt opgetekend. Voor het *bestaan* en de precieze *inhoud* van een conventie is die afkondiging c.q. optekening echter niet beslissend, omdat deze beide elementen slechts afhankelijk zijn van de vraag of een conventie wordt nageleefd (en zo ja, op welke wijze). Zie nader par. II.3.3.2.2. Ook voor de Nederlandse context is het van belang dit onderscheid in het achterhoofd te houden. Dat geldt vooral ten aanzien van de normen in de Reglementen van Orde van beide Kamers, die vaak ook conventies zijn. Dat is echter niet het geval voor zover een norm uit het RvO niet in de praktijk wordt nagevolgd. Zie nader, ook over het belang van het maken van dit onderscheid, par. IV.4.3 en par. IV.5.5.2.1.

wing te onderwerpen. Volgens Kummeling en Verhey is voor het bestaan van binding van primair belang dat het bestaan van een rechtsregel met een relatief grote mate van objectiviteit kan worden *vastgesteld*: het recht bindt dan, omdat het deel uitmaakt van een gesloten rechtsstelsel dat ook de naleving van die regels zelf beoogt te garanderen (het geschreven staatsrecht) ofwel omdat buiten dat systeem een noodzaak tot naleving van een bepaalde norm is ontstaan die de erkenning van die norm als onderdeel van het (vaststaande) recht rechtvaardigt (het ongeschreven staatsrecht).⁵⁸⁷

Aan de bovengenoemde karakterisering van het ongeschreven staatsrecht ligt de veronderstelling ten grondslag dat het mogelijk is om een scherp onderscheid te maken tussen feiten en normen. Die veronderstelling bleek echter eerder al onhoudbaar, omdat geen enkele constitutie in een normatief vacuüm geldt, ook niet volgens de traditionele rechtspositivistische benadering.⁵⁸⁸ Toch is het niet altijd mogelijk om objectief vast te stellen of een norm (feitelijk gezien) *wordt* gevolgd of (normatief gezien, op basis van het recht) *moet worden* gevolgd.⁵⁸⁹ Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de reeds door Kummeling besproken conventie ten aanzien van de bekrachtiging van wetsvoorstellen door de koning: de vorst heeft weliswaar ex artikel 47 jo. 87, eerste lid Grondwet de bevoegdheid de bekrachtiging van een aan hem voorgelegd wetsvoorstel te weigeren, maar bij conventie zal hij dat in beginsel niet doen.⁵⁹⁰

Er kunnen grofweg twee typen redenen voor naleving van deze conventie door de koning worden onderscheiden. Het eerste type reden is primair feitelijk van aard: als de koning inderdaad de vrijheid zou nemen om de bekrachtiging van ieder hem onwelgevallig wetsvoorstel tegen te houden, zal het draagvlak voor de monarchie in Nederland vermoedelijk snel afbrokkelen. Op basis daarvan is te verklaren waarom de koning zich feitelijk genooddaakt voelt om deze conventie na te leven. Het tweede type reden is constitutioneel (normatief) van aard: in het licht van de ontwikkeling van de Nederlandse parlementaire democratie zou het, zoals Kummeling terecht stelt, *onacceptabel* zijn als de koning deze conventie consequent niet zou naleven. Tegen die achtergrond *dient* de koning deze conventie in beginsel na te leven. Hoewel de Grondwet uitdrukkelijk aan de koning de bevoegdheid geeft om de bekrachtiging van een door de beide Kamers aangenomen wets-

587 De hier verdedigde definitie van 'recht' wijkt enigszins af van het rechtsbegrip dat Kummeling en Verhey aanhangen; beide auteurs beschouwen als definiërend voor het recht dat dit ongeacht de opvattingen van de adressaten geldt. Dat lijkt echter niet geheel zuiver, omdat de gelding van het *ongeschreven* staatsrecht in ieder geval in theorie wél afhankelijk is (althans, zou moeten zijn) van het gedrag van de betrokken ambten. Zie ook par. III.3.4.2.1.

588 Zie par. III.4.4.2.

589 Het onderscheid tussen een praktijk die *wordt* gevolgd en een norm die *moet worden* gevolgd loopt tot op zekere hoogte parallel met het door Van den Berg ontwikkelde onderscheid tussen 'spelregel' en 'stelregel'. Zie par. III.5.4.1.

590 Hier wordt volstaan met een korte bespreking van deze conventie. Zie voor een nadere uitwerking par. IV.3.2.2.

voorstel te weigeren, bestaat er overeenstemming over onder de betrokken organen die deel uitmaken van de formele wetgever (de regering en de Staten-Generaal) dat de koning in beginsel geen gebruik mag maken van die ruimte.

Daarmee is echter nog niet gezegd dat *ieder* geval van niet-naleving van de conventie gelijkstaat aan inconstitutioneel handelen. Verhey wijst er bijvoorbeeld op dat zich 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' kunnen voordoen die een weigering van de bekrachtiging van een wetsvoorstel door de koning kunnen rechtvaardigen.⁵⁹¹ Dat betekent dat deze conventie niet bindt, in de zin dat haar naleving onder *alle* omstandigheden zeker moet worden gesteld. Voor deze regel geldt alleen dat hij niet structureel mag worden overtreden in plaats van dat iedere afwijking ongeoorloofd is. Dat betekent dat deze conventie noch een gewoonte is die alleen maar *wordt* gevolgd, noch een regel is die onder alle omstandigheden *moet worden* gevolgd.

Deze constatering over de bevoegdheid van de koning om een wetsvoorstel al dan niet te bekrachtigen sluit daarmee niet goed aan bij de wijze waarop het ongeschreven staatsrecht in de 'heersende leer' wordt geoperationaliseerd. Deze leer gaat immers uit van de aanneming van concrete, gefixeerde regels waarvan, althans in de woorden van Kummeling, de naleving te allen tijde zeker moet worden gesteld. Volgens die benadering zou de koning óf een vrije bevoegdheid hebben ondertekening van wetsvoorstellen te weigeren (er is geen ongeschreven staatsrecht, maar louter een 'blote' praktijk) óf in geen enkel geval tot een dergelijke weigering mogen overgaan (er is wel ongeschreven staatsrecht). Geen van beide conclusies is echter bevredigend.

In dat licht is de conclusie onvermijdelijk dat de criteria voor de vaststelling van ongeschreven staatsrecht zélf bijstelling verdienen. In dat kader is het behulpzaam terug te grijpen naar de omschrijving die Van der Hoeven in zijn oratie uit 1960 gaf aan het probleem. De toen kersverse Amsterdamse hoogleraar betoogde in die rede dat

'uitbouw van het constitutionele recht, wanneer deze geschiedt door de formulering van allerlei ongeschreven regels, die aan de constitutionele praktijk worden ontleend, het inzicht niet bevordert, omdat datgene wat zich als "regel" voordoet, wellicht is het produkt van de gelding van een veel *algemener norm*, welke algemene constitutionele norm echter bij toepassing in een gewijzigde constellatie ook tot een geheel ander resultaat zal leiden'.⁵⁹²

Veel auteurs hebben uit deze terechte constatering van Van der Hoeven afgeleid dat er *dus* niet of nauwelijks ruimte voor het ongeschreven staatsrecht

591 Verhey 2014, p. 12.

592 Van der Hoeven 1960, p. 16-17 = Van der Hoeven 1984, p. 34-35 (cursivering toegevoegd, GJAG).

in de Nederlandse constitutie bestaat, althans zou moeten bestaan.⁵⁹³ Bij nadere beschouwing is dat een wel erg rigoureuze gevolgtrekking van de door Van der Hoeven betrokken stelling. Als een concrete regel, zoals Van der Hoeven dat noemt, 'het product van de gelding van een veel algemener norm' is, betekent dat nog niet dat er in het geheel *geen* norm is.⁵⁹⁴ Als de niet-naleving van de hoofdregel van een ongeschreven norm in een concreet geval geen schending van het staatsrecht oplevert, betekent dat immers nog niet automatisch dat *iedere* afwijking van die regel geoorloofd is.⁵⁹⁵ Of de niet-naleving van een bepaalde norm in een concreet geval inconstitutioneel is, kan immers afhankelijk zijn van de inhoud van een algemenere norm dan de (vermeende) norm die in de betreffende kwestie aan de orde is. Dat betekent dat een ongeschreven norm die (onvoorziene) uitzonderingen toelaat, in zijn algemeenheid nog wel deel kan uitmaken van het (staats)recht.

Tegen die achtergrond is de binding van een ongeschreven norm afhankelijk van zijn formulering: als hij als *algemene* norm wordt gedefinieerd, zal hij per definitie afwijking toelaten en kan hij nooit binden, terwijl hij in de formulering van een *bijzondere*, in een concrete situatie geldende, norm op zichzelf wel degelijk bindende kracht kan hebben. Het is echter nog niet duidelijk in welke gevallen een conventie bindt en in welke gevallen niet.

III.5.3.3.2 Ongeschreven normen en rechtszekerheid: intra legem versus contra legem
Of aan de navolging van een bepaalde praktijk een rechtsopvatting ten grondslag ligt, kan niet van de notie van rechtszekerheid *alleen* afhankelijk zijn. Anders zou een regel alleen een rechtsregel kunnen zijn als hij geen afwijking toelaat. In dat geval kan echter geen recht worden gedaan aan het eerder besproken onderscheid tussen algemene en bijzondere normen. Een norm verliest immers op zichzelf nog niet zijn bindende karakter als hij uitzonderingen toelaat.

Illustratief is de inhoud van een van de weinige als zodanig aanvaarde regels van ongeschreven staatsrecht, de vertrouwensregel, die kan worden gezien als een uitvloeisel van de conventie van 1868.⁵⁹⁶ Over de kern van deze regel, namelijk dat een minister (of kabinet) zijn ontslag moet aanbieden als de Tweede Kamer het vertrouwen in hem opzegt, bestaat relatief

593 Zie par. III.3.4.3.1.

594 Vgl. in dit verband het eerder aangehaalde citaat van Hart: 'A rule that ends with the word "unless" is still a rule.' Zie par. II.3.3.3.1.

595 Overigens is het ook mogelijk om een ongeschreven norm zo te formuleren dat bepaalde (onvoorziene) uitzonderingen reeds in die norm besloten liggen; als zich een van die uitzonderingen voordoet, wordt weliswaar niet de (algemene) hoofdregel gevolgd, maar wordt nog wel gehandeld in overeenstemming met de (specifiekere) norm waarin de genoemde uitzondering is verdisconteerd. Zie nader over deze terminologische kwestie par. II.3.3.3.1.

596 Zie par. IV.2.4.1.

weinig discussie.⁵⁹⁷ Maar daarbuiten, bijvoorbeeld voor de vraag of de vertrouwensregel ook geldt in de relatie tussen Eerste Kamer en kabinet⁵⁹⁸ of voor de vraag onder welke voorwaarden een Kamermotie precies als een wantrouwensvotum kan worden aangemerkt,⁵⁹⁹ ligt dat al anders.

In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 erkende de regering ook dat de precieze betekenis van de vertrouwensregel niet vastligt. Zij meende zelfs dat deze regel niet moest worden vastgelegd in de Grondwet, omdat dit de volgens haar wenselijke souplesse in de verhouding tussen regering en parlement in gevaar kan brengen.⁶⁰⁰ Daarmee voldoet ook de enige als zodanig erkende regel van ongeschreven staatsrecht ook maar in beperkte mate aan de rechtszekerheidseisen die volgens de heersende leer voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht gelden. Daarmee is het niet duidelijk in hoeverre de vertrouwensregel zelf wel kan worden aangemerkt als een ongeschreven rechtsregel: ook van deze regel staan de precieze contouren niet vast, terwijl de criteria voor de aanneming van een regel van ongeschreven staatsrecht dat wel vereisen. Dat betekent dat ook deze regel in feite eerder het karakter heeft van een conventie dan van een ongeschreven rechtsregel. Bovendien illustreert dit opnieuw dat het onderscheid tussen recht en conventie per definitie niet alleen afhankelijk kan zijn van het bestaan van een mogelijkheid tot afwijking van de betreffende regel. Voor het maken van een onderscheid tussen beide grootheden is daarom een andere maatstaf nodig.

Daarbij biedt het reeds door Verhey aangehaalde inpasbaarheids criterium voor de vaststelling van ongeschreven staatsrecht een eerste aanknopingspunt. Hirsch Ballin, van wie dit criterium afkomstig is, licht deze eis als volgt toe:

‘Ten aanzien van de feitelijke verhoudingen die in gewoonte of precedent tot uiting komen, zal men de vraag moeten stellen of zo’n verhouding als rechtsbetrekking kan worden gezien, dat wil zeggen als een verhouding die bepaald wordt door een norm die inpasbaar is in het constitutionele recht. Het criterium van de inpasbaarheid brengt mee, dat de als rechtsnorm te aanvaarden regel in een zinvolle relatie met de andere normen van constitutioneel recht moet staan

597 Al is discussie over de inhoud van deze kern ook niet helemaal afwezig. Er bestaat bijvoorbeeld geen overeenstemming over of de vertrouwensregel in deze formulering nog ruimte laat voor een autonome toepassing van het ontbindingsrecht of niet: sommige auteurs menen dat de regering nog altijd bevoegd is om de Kamer in reactie op een wantrouwensvotum te (doen) ontbinden, waarna zij pas dient op te stappen als de nieuw gekozen Kamer vervolgens weer het vertrouwen in het kabinet opzegt, terwijl anderen (terecht) menen dat toepassing van de conventie van 1868 niet langer toegestaan is. Zie par. IV.2.4.2.

598 Zie par. IV.6.4.2.

599 Zie par. IV.2.4.3.

600 Zie par. III.3.3.1.4. Overigens is de redenering van de regering aanvechtbaar, omdat codificatie van een regel helemaal niet tot gevolg hoeft te hebben dat de betekenis van de betreffende regel dan in beton gegoten is. Zie daarover ook par. III.3.3.2.2.

en in samenhang met deze andere rechtsnormen gestalte moet geven aan de rechtsbeginselen krachtens welke de desbetreffende ordening vatbaar is voor aanvaarding als rechtsorde.⁶⁰¹

Deze inpasbaarheidseis is aanmerkelijk breder geformuleerd dan de tot nog toe gangbare rechtszekerheidseis. Dat neemt niet weg dat Hirsch Ballin ook oog heeft voor de waarde van rechtszekerheid, waar hij stelt dat niet iedere feitelijke verandering leidt tot wijziging van het recht:

‘Een verschuiving in de machtsverhoudingen leidt slechts dan tot een verandering in het constitutionele recht, indien ook de gewijzigde verhoudingen als recht worden aanvaard. Het constitutionele recht is in zijn gelding en in zijn ontwikkeling afhankelijk van een *fundamentele consensus*, die inhoudt dat de zo geconstitueerde c.q. zich her-constituerende ordening als een rechtsorde kan worden beschouwd.’⁶⁰²

Hij preciseert deze opvatting door verder uit te weiden over hoe het gegeven van feitelijke consensus de basis kan vormen voor de gelding van een norm als rechtsnorm:

‘Het *feit* van een consensus kan uit zichzelf niet als iets normatief gelden. Dat desalniettemin dit feit – anders dan het feit van een effectieve geweldsheerschappij – als een adequate grondslag van de gelding van een rechtsorde wordt gezien, wijst erop dat de consensus niet gezien moet worden als een toevallige overeenstemming van opinies, maar als uitdrukkingsvorm voor het beginsel dat het in het recht om de mensen gaat, tussen wie – in een bepaalde historische context – overeenstemming bestaat over wat als rechtsorde aanvaardbaar is. Dit betekent dat de hier besproken fundamentele consensus niet het laatste woord – een niet voor verdere reflectie vatbaar gegeven – in de oordeelsvorming over het recht kan zijn, maar principieel moet worden opgevat als *medium* waarin, in de gegeven verhoudingen, de idee van recht tot uitdrukking kan komen.’

Volgens deze benadering is het dus mogelijk nieuw ongeschreven constitutioneel recht te vinden *zonder* dat daarvoor van een te allen tijde geldende regel of plicht sprake hoeft te zijn. In deze benadering is de definitie van het recht sterk geënt op de consensus onder de betrokken organen over wat *in een concreet geval* als recht zou kunnen gelden. In dat geval is het stellen van overige, nadere eisen die volgens sommige auteurs zouden moeten gelden om de kwalificatie van rechtsregel te verdienen, zoals dat een

601 Hirsch Ballin 1982, p. 82-83 (voetnoot in citaat verwijderd; cursivering in origineel, GJAG).

602 Hirsch Ballin 1982, p. 86-87, ook voor het volgende citaat (cursiveringen in beide citaten in origineel, GJAG). Overigens vormt Hirsch Ballins these op dit punt een precisering van de opvatting van Van der Hoeven dat een verschuiving van de machtsverhoudingen alleen leidt tot een wijziging van het constitutionele recht als sprake is van een wat Van der Hoeven noemt ‘ethisch element’. Zie nader over dat ‘ethisch element’ par. III.4.3.2.

regel van ongeschreven staatsrecht de bestendigheid van het staatsbestel dient te beschermen, niet meer nodig.⁶⁰³ Dergelijke aanvullende eisen hebben immers primair tot doel de aanneming van ongeschreven recht tegen te gaan. Zolang de aanneming van ongeschreven staatsrecht afhankelijk is van het bestaan van een fundamentele consensus onder de betrokken actoren *zelf*, is het echter op zichzelf niet bezwaarlijk ongeschreven rechtsregels aan te nemen.

Daarmee rijst de vraag hoe het bestaan van een fundamentele consensus over de gelding van een regel als rechtsnorm geoperationaliseerd kan worden. Op dat punt kan worden aangesloten bij Elzinga's gedifferentieerde benadering omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht.⁶⁰⁴ Net als Elzinga meen ik dat voor het aannemen van ongeschreven, bindende normen die de Grondwet aanvullen (*intra-legem*-normen) andere eisen moeten gelden dan voor de aanneming van ongeschreven bindende normen die aan de Grondwet derogeren (*contra-legem*-normen).

Voor de aanneming van *intra-legem*-normen kan min of meer worden aangesloten bij de theorievorming over de binding van conventies in het Verenigd Koninkrijk. Voor praktijken die niet derogeren aan de Grondwet, maar de bestaande grondwettelijke ruimte hoogstens invullen, is het voor het aannemen van hun binding voldoende als zij (i) binnen de grenzen van het staatsrecht kunnen gelden en (ii) de betrokken organen zich gebonden zouden moeten achten aan de betreffende praktijk. Beide criteria verdienen toelichting.

Het eerste criterium is een uitwerking van het door Hirsch Ballin geformuleerde criterium van inpasbaarheid: de norm moet in een zinvolle relatie staan met de andere normen van constitutioneel recht en al die normen tezamen moeten vatbaar zijn voor aanvaarding als rechtsorde. Door de bank genomen⁶⁰⁵ zal dit betekenen dat de betreffende regel niet op gespannen voet mag staan met het geldende, positieve recht.

Het tweede criterium is een uitwerking van de theorievorming uit het Verenigd Koninkrijk over de aanneming van een conventie.⁶⁰⁶ Uit die theorievorming kwam al naar voren dat het bestaan van een overtuiging van gebondenheid aan een conventie moet kunnen worden geobjectiveerd. Wat in dit kader geldt voor een conventie in het Verenigd Koninkrijk, geldt ook voor het ongeschreven staatsrecht in Nederland. Immers, als de overtuiging van gebondenheid een zuiver subjectief criterium zou zijn, is het niet moge-

603 Deze laatste eis staat centraal in de zogeheten terughoudende benadering omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht. Zie par. III.3.4.3.1.

604 Zie voor een bespreking van Elzinga's benadering par. III.3.4.3.2.

605 Het is overigens niet helemaal uitgesloten dat een norm tot ontwikkeling komt die op gespannen voet staat met een grondwettelijke norm. Die mogelijkheid wordt verderop verkend.

606 Zie de bespreking over het onderscheid tussen 'role morality' en 'personal morality' in par. II.3.3.2.1.

lijk een ongeschreven rechtsregel aan te nemen die gedrag *voorschrijft*.⁶⁰⁷ Als dit anders was geweest, dan zou iedere regel van ongeschreven recht een tautologisch karakter krijgen: aan de betreffende regel komt een einde als daarmee in strijd wordt gehandeld. Bepalend voor het bestaan van een als onderdeel van het recht aan te nemen regel is of de betrokken ambten zich aan die regel gebonden achten. Derhalve moet de binding van een ongeschreven rechtsregel zijn geaccepteerd door het betrokken *ambt*, los van de *persoonlijke* opvattingen van degene die het ambt bekleedt.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat normen met een *contra-legem*-karakter tot ontwikkeling komen. Hoewel een dergelijke situatie zich, gelet op het huidige sobere karakter van de Grondwet, niet snel zal voordoen, is die mogelijkheid ook niet geheel uitgesloten. Deze situatie heeft zich al een keer voorgedaan toen aan het einde van de negentiende eeuw het parlementair stelsel tot ontwikkeling kwam. Het was namelijk niet geheel toevallig dat bindende regels in de Nederlandse constitutie voortaan zouden worden omschreven als het ongeschreven staatsrecht: de juridische erkenning van het parlementaire overwicht op de regering aan het einde van de negentiende eeuw stond namelijk haaks op het op dat moment in de Grondwet gedachte evenwicht tussen regering (koning) en volksvertegenwoordiging en de bevoegdheid van de koning om ministers 'naar welgevallen' te ontslaan (art. 86, tweede lid Grondwet 1972).⁶⁰⁸ Het ontstaan van de 'moeder' aller conventies, namelijk de in 1868 ontstane regel op basis waarvan de regering niet bevoegd is de Tweede Kamer tweemaal te ontbinden vanwege hetzelfde feit,⁶⁰⁹ is in dat kader illustratief: aanvankelijk stond deze regel op gespannen voet met het staatsrecht, maar later groeide hij uit tot onderdeel van het staatsrecht zelf.

Sinds de grondwetsherziening van 1983 kan de vertrouwensregel niet meer worden aangemerkt als een aan de Grondwet derogerende regel, omdat regering en parlement destijds het bestaan van die regel expliciet hebben bevestigd.⁶¹⁰ Bovendien kent de Grondwet sinds dat jaar niet langer bepalingen die openlijk aan de erkenning van de vertrouwensregel als bindende regel in de weg staan.⁶¹¹ De oorspronkelijke functie die het begrip

607 Dit probleem kwam reeds eerder aan de orde bij de bespreking van de 'heersende leer'. Zie par. III.3.4.2.1.

608 Zie par. III.3.4.1.1.

609 Zie nader over deze regel par. IV.2.4.2.

610 Zie par. III.3.3.1.4.

611 Dat neemt echter niet weg dat de (voorloper van de) vertrouwensregel ten tijde van zijn ontstaan in de negentiende eeuw wel degelijk op gespannen voet stond met de Grondwet. Zie nader par. III.3.4.1.1.

‘ongeschreven staatsrecht’ had,⁶¹² namelijk het mogelijk maken van de inpassing in het bredere staatsrecht van regels die aan de Grondwet derogeren, is daarmee naar de achtergrond verdwenen.

Dat neemt niet weg dat er wel een mogelijkheid bestaat dat er, bij wijze van uitzondering, nieuwe ongeschreven *contra-legem*-normen tot ontwikkeling komen. In zijn uitwerking van het inpasbaarheids criterium laat Hirsch Ballin expliciet de ruimte open voor de ontwikkeling van dergelijke normen die derogeren aan de Grondwet:

‘Consensusvorming [bedoeld is de eerder aangehaalde vorming van fundamentele consensus op basis waarvan een ongeschreven regel als rechtsnorm kan worden aanvaard, GJAG] veronderstelt een referentiekader. Dit referentiekader gaat uiteraard niet op in de bestaande constitutie of haar beginselen: juist door een consensus dat een *andere* feitelijke werkzame ordening als rechtsorde aanvaardbaar is, wordt het kader van de bestaande constitutie doorbroken. Aan die aanvaarding ligt een oriëntatie ten grondslag die aan de oriëntatie op de geldende constitutie nog voorafgaat, preciezer: zowel van deze oriëntatie als van de mogelijkheid om zich op een andere constitutie te gaan oriënteren de *voorwaarde* vormt. (...) De herleiding van de gelding van het constitutionele recht tot een fundamentele consensus over de aanvaardbaarheid van een ordening als rechtsorde mag intussen niet doen vergeten dat in die consensus wederom de bestaande constitutie en haar beginselen belangrijke – zij het niet beslissende – referentiepunten vormen. In geval van een manifeste discrepantie met de (inmiddels) aanvaarde beginselen en de feitelijke machtsverhoudingen kan het echter voorkomen dat deze referentiepunten hun betekenis verliezen.’⁶¹³

Hoewel de constitutie en de daaraan ten grondslag liggende beginselen belangrijke referentiepunten vormen voor het bestaan van consensus, kunnen zij in een uitzonderlijk geval op dat punt hun betekenis verliezen. Daarom is het onder uitzonderlijke omstandigheden denkbaar dat een praktijk, *zelfs* voor zover die de bestaande, gepositieerde constitutionele orde doorbreekt, later uitgroeit tot een bindende regel. De aanneming van een dergelijke, aan de Grondwet derogerende, praktijk als rechtsnorm is echter wel afhankelijk van zeer strenge rechtszekerheidseisen.

Op basis van die eisen zal zoveel mogelijk vast moeten staan dat de aan te nemen ongeschreven rechtsregel derogeert aan een grondwettelijke bepaling die haar relevantie op dat punt heeft verloren. Daarvan kan alleen sprake zijn, als (i) alle ambten waaruit de grondwetgever bestaat

612 Dat roept overigens ook in het algemeen de vraag op of het nog zin heeft in dit kader over een *ongeschreven* regel te spreken, omdat dat adjectief suggereert dat de vertrouwensregel louter een soort mondeling overgeleverde regel vormt. Dat is, mede gelet op de erkenning van het bestaan van de vertrouwensregel door regering en parlement bij de grondwetsherziening van 1983, niet het geval. In zoverre is het onderscheid tussen het grondwettelijke en ongeschreven staatsrecht dan ook vals. Vgl. in die zin ook Voermans 2019, p. 239.

613 Hirsch Ballin 1982, p. 87 (cursivering in origineel; voetnoot verwijderd, GJAG).

(dus zowel de regering als de beide Kamers van de Staten-Generaal) expliciet, (ii) unaniem en (iii) herhaaldelijk de overtuiging uitdragen dat (iv) de betreffende grondwettelijke bepaling definitief (al dan niet gedeeltelijk) haar bindende kracht heeft verloren en daarmee niet langer aan de aanneming van een nieuwe, aan de Grondwet derogerende, norm in de weg staat.

Uiteraard moet daarbij worden bedacht dat de opvattingen van regering en parlement niet statisch zijn, maar afhankelijk zijn van (steeds veranderende) politieke opvattingen. Wil een *contra-legem*-norm kunnen ontstaan, dan zullen de ambten waaruit de grondwetgever is opgebouwd daarom herhaaldelijk, dat wil zeggen gedurende ten minste twee kabinetsperioden, openlijk de overtuiging moeten uitdragen dat een bepaalde grondwettelijke bepaling haar betekenis (gedeeltelijk) heeft verloren. Op die manier wordt het risico op het ondergraven van de Grondwet door een (toevallige) politieke meerderheid, ook gezien de eerder geformuleerde unanimiteitseis, zoveel mogelijk voorkomen.

In het licht van deze eisen zal de aanneming van een ongeschreven *contra-legem*-norm per definitie tot de (hoge) uitzonderingen behoren. Immers, als de aanneming van een *contra-legem*-norm op basis van deze strenge eisen mogelijk is, ligt het meer in de rede voor de grondwetgever om tot grondwetsherziening over te gaan. Die herziening kan zich dan richten op het (expliciet) mogelijk maken van de betreffende praktijk, zodat die niet langer een *contra-legem*-karakter heeft. Op basis van dit onderscheid tussen ongeschreven *intra*- en *contra-legem*-normen is het reeds mogelijk het belang van rechtszekerheid te relativiseren. Voor de aanneming van ongeschreven, aan de Grondwet derogerende, normen als rechtsregels gelden immers strengere eisen dan voor de aanneming van nieuwe rechtsregels die alleen de Grondwet aanvullen.

Toch blijft voor beide soorten normen de rechtszekerheid een heikel punt. Als de betrokken organen zich aan een bepaalde praktijk gebonden achten, ongeacht of die *intra* of *contra legem* werkt, dan blijft de mogelijkheid openstaan dat zij in specifieke gevallen van die praktijk willen afwijken. Het open karakter van het staatsrecht laat daarvoor op zichzelf de ruimte, mits de afwijking of verandering van een als bindend ervaren norm niet in strijd komt met een *andere* staatsrechtelijke norm. Dat blijkt ook uit de bespreking van zowel de conventie omtrent de bekrachtiging van wetsvoorstellen door de koning als de vertrouwensregel; in beide gevallen is sprake van regels waarvan niet precies duidelijk is welke verplichtingen daaruit in concreto voortvloeien, noch onder welke omstandigheden zij afwijking toelaten.

Dat roept de vraag op hoe een bindende norm in het recht kan worden ondergebracht zonder dat die norm zijn flexibiliteit verliest. In ieder geval is het niet mogelijk om een bindende, ongeschreven norm te gieten in de vorm van een *afzonderlijke* regel van ongeschreven staatsrecht die zelf een volledig vaststaande gedraging voorschrijft. Om de openheid van het staatsrecht te waarborgen, is het nu eenmaal niet mogelijk in abstracto vast te leggen aan welke ongeschreven verplichtingen politieke organen precies zijn gebonden.

III.5.3.3.3 *Conventies in het staatsrechtelijke systeem: primaire versus secundaire regels*

Ten gevolge van het open karakter van het Nederlands staatsrecht staat zelden precies vast welke verplichtingen in politieke verhoudingen precies gelden. Deze rechtsonzekerheid bestaat tot op zekere hoogte ten aanzien van zowel de bepalingen uit de (Grond)wet⁶¹⁴ als de geldende conventies. Niettemin is het eenvoudiger voor politieke organen om vast te stellen welke precieze verplichtingen voortvloeien uit grondwettelijke bepalingen dan welke precieze verplichtingen voortkomen uit conventies. Geschreven regels maken immers deel uit van een *systeem*. De bepalingen uit de (Grond)wet tezamen kunnen daarom worden gezien als een kader op basis waarvan discussie mogelijk is over de daaruit voortvloeiende verplichtingen.

Voor conventies, die tezamen een afzonderlijke, onsamenvangende groep regels vormen,⁶¹⁵ geldt dit niet. In het Verenigd Koninkrijk kunnen zij als afzonderlijke groep regels verplichtingen opleggen aan politieke organen zonder deel uit te maken van het recht, omdat het daar vigerende rechtsbegrip alleen betrekking heeft op de vraag naar de handhaafbaarheid van een regel door de rechter. In Nederland, waar een ander rechtsbegrip geldt, is dat niet mogelijk. Een afzonderlijke conventie zal daarmee niet *als zodanig* een (altijd) bindende rechtsregel kunnen vormen. Daarom zal de conventie op een andere manier in het systeem van het Nederlandse staatsrecht moeten kunnen worden ondergebracht.

Daartoe doe ik het voorstel om in navolging van de rechtsfilosoof H.L.A. Hart drie typen secundaire regels ('secondary rules') te onderscheiden die regelen hoe de primaire regels ('primary rules') in de vorm van conventies worden erkend, gewijzigd en gehandhaafd.⁶¹⁶

In de eerste plaats verdient de erkenningsregel, in dit verband zonder twijfel het belangrijkste type secundaire regel, bespreking. Wil de conventie een plaats kunnen krijgen in het Nederlands staatsrecht, dan is het noodzakelijk de regel omtrent de erkenning van het ongeschreven staatsrecht te

614 Gelet op de open formulering van veel grondwettelijke bepalingen is het vaak lastig om hun precieze betekenis voor een concrete situatie vast te stellen. Zie par. III.3.3.2.2.

615 Vgl. in dit verband het citaat van Munro die het geheel van conventies in de constitutie 'a "discrete unconnected set"' noemde. Zie par. II.3.3.1.2. Deze term is overigens ontleend aan het werk van Hart. Zie Hart 1994 (1961), p. 95.

616 Hart omschrijft dit onderscheid tussen 'primary' en 'secondary rules' als volgt: 'Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private. Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type provide for operations which lead not merely to physical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations.' Zie Hart 1994 (1961), p. 81.

herformuleren.⁶¹⁷ Afgaande op de gangbare, 'heersende' leer voor de aan-neming van ongeschreven staatsrecht, geldt er, om in de terminologie van Hart te blijven, een erkenningsregel op basis waarvan voor het bestaan van ongeschreven staatsrecht ten minste is vereist dat sprake is van de overtuiging onder de betrokken organen dat een bepaalde praktijk rechtens moet worden gevolgd.⁶¹⁸ Inmiddels is gebleken dat deze erkenningsregel onvol-doende precies is geformuleerd, omdat – kort gezegd – de impliciet daarin besloten liggende rechtszekerheidseis geen recht kan doen aan de dynamiek van het politieke leven.

Wil het ongeschreven staatsrecht een volwaardige plaats kunnen krijgen in de Nederlandse constitutie, dan zal een *nieuwe* erkenningsregel moeten worden geformuleerd die wel recht doet aan de inherent veranderlijke poli-tieke dynamiek. Daarbij is van belang dat het bestaan van het ongeschreven staatsrecht niet primair kan afhangen van de beantwoording van de vraag of zijn inhoud in algemene zin met een (zeer) grote mate van zekerheid vast te stellen is, maar vooral of de betrokken organen zich in bepaalde gevallen aan die (aan te nemen) regel gebonden zouden moeten achten. Op het eer-ste gezicht lijkt het hier misschien om twee kanten van dezelfde medaille te gaan, maar bij nader inzien is dat niet het geval. De vraag of een orgaan zich aan een bepaalde (aan te nemen) regel in een concreet geval gebonden zou moeten achten, staat immers los van de mate waarin die regel in algemene zin vaststaat.

Het is goed mogelijk om in een concreet geval vast te stellen dat een orgaan een bepaalde (vermeende) regel al dan niet had moeten naleven, zonder daarmee iets te zeggen over de gelding van die regel in de toekomst. Politieke organen hebben immers de autonomie om binnen de grenzen van het staatsrecht hun eigen informele gedragsregels vorm te geven en die, afhankelijk van nieuwe feitelijke ontwikkelingen, te wijzigen. Als echter een-maal vaststaat *dat* in een bepaalde situatie een conventie geldt, dan is het van tweeën één: of de betrokken organen leven de betreffende conventie na of zij wijken van de conventie af met inachtneming van de daarvoor gelden-de voorwaarden. Afwijking van een conventie is slechts mogelijk als (i) alle daarbij betrokken organen c.q. ambtsdragers daarmee instemmen dan wel, in een enkel geval, (ii) als (heel) bijzondere omstandigheden die afwijking kunnen rechtvaardigen.

617 Hart noemt de erkenningsregel een 'rule of recognition': 'The simplest form of remedy for the *uncertainty* of the regime of primary rules is the introduction of what we shall call a "rule of recognition". This will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts.' Zie Hart 1994 (1961), p. 94 (cursi-vering in origineel, GJAG).

618 Vgl. in die zin ook Schutgens 2011, p. 12-13.

Een situatie waarin afwijking mogelijk is onder (heel) bijzondere omstandigheden doet zich primair voor bij conventies die de bevoegdheid van de koning inperken. In dat kader is de conventie die de koning verplicht regeringsbesluiten te bekrachtigen illustratief. De weigering van de koning om een door de Staten-Generaal aangenomen wetsvoorstel te bekrachtigen ex artikel 47 jo. 87, eerste lid Grondwet, is, zoals elders nog uitgebreider wordt toegelicht, alleen te rechtvaardigen als het staatsbestel anders niet meer normaal zou functioneren, bijvoorbeeld door een machtsgreep van de ministers of door oorzaken van buitenaf.⁶¹⁹ In een dergelijk (zeer) uitzonderlijk geval is afwijking van een conventie toch toegestaan in weerwil van het ontbreken van de instemming van de ministers en het parlement. Deze laatste mogelijkheid is overigens primair een theoretische; onder de huidige omstandigheden is het nauwelijks denkbaar dat afwijking van een conventie *zonder* instemming van alle daarbij betrokken organen toelaatbaar kan worden geacht.

In feite is dit niets anders dan een staatsrechtelijke uitwerking van het aloude adagium dat gemaakte 'afspraken' dienen te worden nagekomen (*pacta sunt servanda*). Of sprake is van een dergelijke afspraak die moet worden nagekomen, kan weer worden bepaald aan de hand van de vereisten voor de aanneming van de conventie. In zoverre staat een conventie dus niet *volledig* gelijk aan een (primaire) rechtsregel, maar zal haar naleving in veel gevallen wel door het ongeschreven recht worden gevorderd. In dat licht kan de (secundaire) regel ten behoeve van de erkenning van het ongeschreven staatsrecht als volgt komen te luiden:

De afwijking van een constitutionele conventie is inconstitutioneel (d.w.z. een schending van het staatsrecht), behalve voor zover (i) alle betrokken organen met die afwijking instemmen of als die afwijking anderszins in het licht van (heel) bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd en (ii) die afwijking in het licht van de overige normen van het staatsrecht toelaatbaar is.

Op basis van deze erkenningsregel kan een conventie slechts binnen de grenzen van de Grondwet gelden, behalve als de ambten waaruit de grondwetgever bestaat er bij wijze van uitzondering expliciet, unaniem en herhaaldelijk blijk van geven dat een bepaalde conventie als *contra-legem*-norm aan de Grondwet derogeert. De inhoud van deze geherformuleerde erkenningsregel, die de voorwaarden bevat waaronder de integratie van de conventie in het staatsrecht mogelijk is, staat wel vast. Daarmee voldoet *deze* regel, anders dan de afzonderlijke conventies, wel aan de eis van rechtsze-

619 Zie par. IV.3.2.2.

kerheid, waardoor hij als onderdeel van het ongeschreven staatsrecht kan worden erkend.⁶²⁰

De onvermijdelijke consequentie van deze benadering is dat de heersende leer omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht dient te worden verlaten.⁶²¹ Aan deze leer bleken immers twee belangrijke bezwaren te kleven.

In de eerste plaats heeft deze leer primair tot doel om ongeschreven, aan de Grondwet derogerende normen een plaats in het staatsrecht te geven. In de loop van de twintigste eeuw is deze leer echter ten onrechte ook gaan gelden voor *alle* aan te nemen ongeschreven rechtsregels, dus ook voor regels die slechts de normen van de Grondwet aanvullen. Er is geen aanleiding om aan de aanneming van *intra-legem*-regels dezelfde strenge eisen te stellen die voor de opsporing van *contra-legem*-regels gelden.

Dit had Elzinga reeds gesignaleerd in de door hem geïntroduceerde gedifferentieerde benadering omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht.⁶²² Toch is het niet mogelijk om Elzinga's benadering een-op-een over te nemen, omdat ook die benadering nadelen kent. Dat geeft aanleiding tot de benoeming van het tweede bezwaar. Net als de heersende leer, is Elzinga's gedifferentieerde benadering (impliciet) gebaseerd op de gedachte dat een ongeschreven, bindende norm een statisch karakter heeft; Elzinga expliciteert immers niet of, en onder welke omstandigheden, een *intra-legem*-norm afwijking toelaat. Aan onveranderlijke regels bestaat in het politieke leven echter maar in heel beperkte mate behoefte. De bovengenoemde erkenningsregel voor de inpassing van de conventie in het staatsrecht doet daarentegen wel recht aan de veranderlijkheid van het politieke leven door een flexibele toepassing van ongeschreven normen door politieke organen mogelijk te maken.

Verder geldt *mutatis mutandis* hetzelfde uitgangspunt voor het tweede type secundaire regel, dat betrekking heeft op de *verandering* van de conventie,⁶²³ zij het met de toevoeging dat de (grond)wetgever er ook voor kan kiezen een conventie te wijzigen door haar al dan niet in andere vorm

620 Overigens kan daartegen in worden gebracht dat deze erkenningsregel een materieel karakter houdt, waardoor het nog altijd niet mogelijk is om in abstracto vast te stellen *wanneer* nu precies van onconstitutioneel gedrag sprake is. Dat betekent dat het probleem van de erkenning van het bestaan van ongeschreven staatsrecht in zekere zin wordt verplaatst. Vgl. in die zin Schutgens 2011, p. 12-13. Die tegenwerping is terecht; inderdaad zal het antwoord op de vraag of in een concreet geval een conventie moet worden nageleefd nooit een absolute waarheid kunnen vormen. Dit bezwaar is echter inherent aan al het ongeschreven staatsrecht en tot op zekere hoogte overigens ook aan het geschreven staatsrecht in politieke verhoudingen. Zie par. III.3.3.2. Op zichzelf vormt dat dus nog geen reden om de conventie geheel ongemoeid te laten.

621 Dat geldt daarmee ook voor de zogeheten 'terughoudende' benadering, die in belangrijke mate op de heersende leer is gebaseerd. Zie par. III.3.4.3.1.

622 Zie par. III.3.4.3.2.

623 Hart noemt de veranderingsregel een 'rule of change', 'that which empowers an individual or body of persons to introduce new primary rules for the conduct of the life of the group, or of some class within it, and to eliminate old rules'. Zie Hart 1994 (1961), p. 96.

in de (Grond)wet vast te leggen. In feite vormen de regels omtrent de wijziging van de conventie daarmee steeds een variant op de hiervoor besproken erkenningsregel:⁶²⁴ of (i) de wijziging van een conventie vloeit voort uit een gewijzigde handelwijze en een daarmee corresponderende overtuiging van gebondenheid onder de betrokken organen, in welk geval het bestaan van een *nieuwe* conventie wordt erkend of (ii) er wordt een (grond)wettelijke regel vastgesteld die een reeds bestaande conventie vervangt, in welk geval wordt aangesloten bij de reeds bestaande (erkenning van de) normenhierarchie (een grondwettelijke regel heeft voorrang boven een conventie).⁶²⁵

Ten slotte bestaat er ook nog een derde type secundaire regel, namelijk de regels die de procedures bevatten aan de hand waarvan het betrokken orgaan kan vaststellen of de niet-naleving van een conventie onconstitueel is ('rules of adjudication').⁶²⁶ In feite is het nauwelijks mogelijk een dergelijke groep regels in abstracto te formuleren, omdat in het politieke proces zelden duidelijk is wie de (ongeoorloofde) schending van conventies vaststelt. Meestal zijn dit simpelweg de betrokken ambtsdragers *zelf*, die elkaar in de politieke arena over en weer aanspreken op de mate waarin zij een conventie hebben nageleefd. In een enkel geval zijn deze procesregels apart vastgelegd. Dat geldt bijvoorbeeld voor het toezicht op de naleving van de normen uit de Reglementen van Orde van beide Kamers, die, zoals elders wordt toegelicht, onder omstandigheden kunnen overlappen met conventies.⁶²⁷ Zo ziet de Kamervoorzitter erop toe dat Kamerleden via hem spreken, dat Kamerleden op een geldige manier hun stem uitbrengen en dat de door Tweede Kamerleden ingediende schriftelijke vragen aan bewindspersonen aan de daarvoor geldende procedurele eisen voldoen. Op dit punt wijkt de conventie overigens niet af van geschreven staatsrechtelijke normen in politieke verhoudingen: het proces voor de vaststelling van de schending van dergelijke geschreven staatsrechtelijke normen is immers eveneens relatief onbepaald. De formulering van een aparte 'rule of adjudication' ten behoeve van de 'berechting' van conventies is daarom niet nodig.

III.5.3.3.4 Samenvatting

Op basis van de hier besproken definitie kan een korte omschrijving van de conventie voor de Nederlandse context worden gegeven: zij vormt een bindend, informeel akkoord tussen de betrokken ambten om volgens een bepaald gedragspatroon te handelen dat constitutioneel gezien verschil maakt. De conventie kan worden gezien als een mengvorm van de (onbe-

624 Vgl. in die zin ook Schutgens 2011, p. 10, nt. 25.

625 Behoudens uiteraard de theoretische mogelijkheid van de gelding van een conventie die bij wijze van uitzondering, op basis van een uitdrukkelijke beslissing van de ambten waaruit de grondwetgever is opgebouwd, derogeert aan de Grondwet.

626 Volgens Hart legt een 'rule of adjudication' onder andere 'the procedure to be followed' vast aan de hand waarvan kan worden bepaald of in een concreet geval een regel is geschonden. Zie Hart 1994 (1961), p. 97.

627 Zie nader par. IV.4.3.2.

paalde) praktijk en het (vaststaande) recht: zij is feitelijk in de zin dat zij afhankelijk is van daarmee corresponderend gedrag van de betrokken organen en normatief in de zin dat zij niet (volledig) vrijblijvend is en binnen de grenzen van de Grondwet kan gelden. Tegelijkertijd laat de conventie daarmee ruimte voor afwijking, voor zover alle daarbij betrokken organen met die afwijking instemmen.

Het is nu mogelijk de drie componenten waaruit de conventie bestaat op een rij te zetten. De conventie is:

- a. constitutioneel, in de zin dat zij betrekking heeft op (i) het handelen van een of meer in de constitutie erkende ambten en (ii) binnen de grenzen van de (Grond)wet kan gelden (de *intra-legem*-conventie) of, als een (vermeende) conventie daaraan niet kan voldoen, de grondwetgever (dus zowel regering als parlement gedurende ten minste twee termijnen) expliciet en unaniem de overtuiging uitdraagt dat de betreffende grondwettelijke bepaling waaraan de conventie derogeert definitief (gedeeltelijk) haar bindende kracht heeft verloren (de *contra-legem*-conventie);
- b. bindend, in de zin dat onder de betrokken ambten, los van de persoonlijke opvattingen van de ambtsdragers, de overtuiging bestaat dat de naleving van de conventie een verplichting vormt, behoudens de mogelijkheid van afwijking of wijziging ervan conform de hieronder geformuleerde algemene erkenningsregel; en
- c. informeel, in de zin dat een conventie een norm is waarvan het bestaan blijkt uit een gedragspatroon dat niet reeds wordt gevorderd door de (Grond)wet.

Gelet op de centrale rol die de rechtszekerheid in de theorievorming omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht vervult, is het niet mogelijk om *afzonderlijke* conventies als ongeschreven rechtsregels aan te nemen. Daarvoor zijn de precieze contouren van de in Nederland geldende conventies te onbepaald.

In plaats daarvan is het noodzakelijk om de gelding van conventies binnen het rechtssysteem nader te laten bepalen door een algemene erkenningsregel:

De afwijking van een constitutionele conventie is onconstitutioneel, behalve als (i) alle betrokken organen met die afwijking instemmen of als die afwijking in het licht van (heel) bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd en (ii) die afwijking in het licht van de overige normen van het staatsrecht toelaatbaar is.⁶²⁸

Anders dan de *afzonderlijke* conventies (de primaire regels), staat de inhoud van deze (secundaire) erkenningsregel wel vast. Hij kan daarmee als onder-

628 *Mutatis mutandis* geldt er een veranderingsregel in dezelfde bewoordingen als deze erkenningsregel, met dien verstande dat in plaats van de term 'afwijking' dan het woord 'wijziging' moet worden gelezen.

deel van het (ongeschreven) staatsrecht worden erkend. Op die manier is het mogelijk recht te doen aan de behoefte aan rechtszekerheid zonder de mogelijkheid van een flexibele toepassing van de afzonderlijke conventies in gevaar te brengen. De consequentie daarvan is dat de huidige in de literatuur voorkomende benaderingen omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht, die alle (impliciet) zijn gebaseerd op de gedachte dat alleen onveranderlijke regels als ongeschreven recht kunnen worden erkend, moeten worden verworpen.

III.5.4 Nadere afbakening

In het licht van haar informele karakter overlapt de conventie ook met fenomenen die het onderwerp van bestudering van andere disciplines vormen. Voorbeelden daarvan zijn de ‘politieke spelregel’, welke term een object van studie in de politicologie vormt, respectievelijk het bredere, vooral door politiek historici gebruikte, begrip ‘culturele conventie’. In deze paragraaf komen deze begrippen en hun relatie met de constitutionele conventie aan de orde.

III.5.4.1 Politieke wetmatigheden of ‘spelregels’ versus constitutionele conventies

In de politicologie bestond in ieder geval in de tweede helft van de twintigste eeuw een bijzondere theoretische belangstelling voor het Nederlandse politieke bestel. Vooral in het tijdvak van grofweg 1917 tot en met 1967, dat Lijphart in zijn boek *Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek* als de bloeiperiode van de pacificatiepolitiek beschouwt,⁶²⁹ leek de inrichting van het Nederlandse staatsbestel uniek. Volgens Lijphart was dat mede⁶³⁰ te danken aan het gedrag van de ‘politieke elites’, die hij omschrijft als personen met een belangrijke politieke functie zoals Kamerlid of bestuurder van een politieke partij.⁶³¹ Ondanks het bestaan van de grote maatschappelijke verdeeldheid die er in die periode op levensbeschouwelijk en sociaaleconomisch gebied bestond, slaagden deze elites erin potentiële geschilpunten in de politieke arena zo beperkt mogelijk te houden.⁶³²

629 Lijphart 1992, p. 27.

630 Voor een ander deel dankte het politieke bestel zijn unieke karakter aan het bestaan van de verzuiling. Recent historisch onderzoek wijst echter uit dat er aanleiding is om het unieke karakter van de ‘verzuiling’ voor Nederland te nuanceren. In andere landen, zoals België, Duitsland en Zwitserland, was de verdeling van de bevolking in diverse wat Van Dam ‘zwarte gemeenschappen’ noemt een normaal verschijnsel. Zie Van Dam 2011, p. 33-36. Zie over de verzuiling nader par. III.2.7.

631 Lijphart 1992, p. 68-78. Zie nader over dit begrip Heine 2019, p. 22-23.

632 Lijphart 1992, p. 130.

Volgens Lijphart is dat te danken aan zogeheten ‘politieke spelregels’,⁶³³ die hij definieert als ‘algemene houdingen en instellingen tegenover de politiek en uit regels omtrent de werkwijze in de politieke besluitvorming’.⁶³⁴ Hij meent dat de politieke elites, gelet op de politieke verdeeldheid in het Nederlandse, verzuilde bestel, deze ‘spelregels’ navolgden om te voorkomen dat politieke spanningen zouden ontaarden in grote conflicten. In de periode van de pacificatiepolitiek (1917-1967)⁶³⁵ waren er volgens Lijphart zeven ‘spelregels’ te onderscheiden:⁶³⁶

1. *zakelijke politiek*: uiteindelijk dient het resultaat in de politieke besluitvorming een beslissende rol te spelen; voor ideologie was slechts een beperkte rol weggelegd;
2. *tolerantiereg*: het ontzien van heilige overtuigingen van de ander in het licht van het pragmatische uitgangspunt dat (levensbeschouwelijke) verschillen van inzicht nooit geheel te overbruggen waren;
3. de organisatie van *topconferenties* als instrument ter beslechting van grote conflicten tussen politieke leiders;
4. in kwesties waarbij de verdeling van subsidies of benoemingen aan de orde is, dient zoveel mogelijk het uitgangspunt van *evenredigheid* te gelden;
5. *depolitisering*: het terugbrengen van politiek gevoelige, mogelijk emoties opwekkende kwesties naar een zaak die te beoordelen is naar objectieve, wetenschappelijke maatstaven;
6. het uitgangspunt van *geheimhouding* geldt voor het voeren van onderhandelingen, omdat de vorm van het openbaar debat zich slecht leent voor het sluiten van compromissen;
7. *de regering regeert*: voor te forse kritiek op de regering door de Kamer is geen plaats, omdat de regering voldoende marge moet hebben om haar taken te kunnen uitvoeren.

633 De gedachte dat de politiek een ‘spelelement’ kent gaat verder terug. In zijn beroemde werk *Homo ludens* constateerde Huizinga dat de aanwezigheid van dit element in de politiek, althans in het Verenigd Koninkrijk van de negentiende eeuw, een belangrijk doel dient: ‘Het waarborgt een elasticiteit der verhoudingen, die spanningen toelaat, welke anders ondragelijk zouden zijn’. Zie Huizinga 1940, p. 306. Hij leek daarmee een van de eerste auteurs te zijn die ook aandacht vroeg voor de positieve connotatie van de spelmetafoor voor het politieke leven. Vgl. ook Hoetink 2016, p. 17.

634 Lijphart 1992, p. 116, ook voor het volgende citaat.

635 Althans, volgens het beeld dat Lijphart schetst. Historici twijfelen over de juistheid van de door Lijphart geponeerde stelling dat het tijdperk vanaf 1917 door pacificatiepolitiek werd gedomineerd. Van Dam bijvoorbeeld betoogt: ‘[L]ang niet ieder politiek conflict werd met behulp van topperleg en evenredigheid aangepakt. Zo kwam de sociale wetgeving ondanks haar grote belang nauwelijks van de grond. Er is met andere woorden na 1917 geen sprake van nieuwe politieke spelregels’. Zie Van Dam 2011, p. 39. Het lijkt erop dat de genoemde politieke spelregels niet alle gelijkelijk zo nauw verbonden waren met het tijdperk van de pacificatiepolitiek als Lijphart suggereert. Vgl. in die zin ook Heine 2019, p. 319-321.

636 Lijphart 1992, p. 116-130. Vgl. ook de beschrijvingen van deze spelregels in Van den Berg 1990a, p. 10-11; Heine 2019, p. 24-26. Van den Berg voegt hier overigens nog een achtste regel aan toe: het periodiek verzamelen van belangrijke problemen en het samenbrengen daarvan in *package deals*, waarvan het schoolvoorbeeld de Pacificatie van 1917 zou zijn.

Deze 'spelregels' droegen deels bij aan de bescherming van de stabiliteit van het politieke bestel uit die tijd van de pacificatiepolitiek. Deze stabiliteit was mede te danken aan twee andere factoren. In de eerste plaats gold dat voor de betrokkenheid van overlegorganen, zoals de in 1950 opgerichte Sociaal-Economische Raad (SER), bij de politieke besluitvorming waarin de verschillende 'zuilelites' waren georganiseerd. In de tweede plaats leek de bevolking de politieke besluitvorming uit die tijd met een betrekkelijk grote mate van lijdzaamheid te ondergaan. Als gevolg daarvan was het gedrag van de politieke elites uit die tijd, althans volgens het door Lijphart geschetste beeld, in sterke mate gericht op het bereiken van onderlinge consensus.

Na 1967 zouden zowel de sterke scheidslijnen tussen de verschillende bevolkingsgroepen als de bijbehorende zuilen hun scherpte verder verliezen, omdat burgers zich steeds minder passief gingen opstellen tegenover de politiek.⁶³⁷ Als gevolg daarvan zou de zakelijkheid die zo kenmerkend was voor het politieke klimaat uit het tijdperk van de pacificatiepolitiek aan kracht verliezen; politieke leiders, met name voor zover zij partijen aan de linkerkant van het politieke spectrum vertegenwoordigden, zagen voortaan in toenemende mate juist aanleiding om de tussen hen bestaande politieke verschillen te benadrukken. Vanaf het einde van de jaren zeventig en het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw leek aan deze kentering een einde te zijn gekomen, toen politieke elites in toenemende mate de tussen elkaar bestaande verschillen probeerden te overbruggen; vooral aan de maatregelen op sociaal-economisch terrein uit die tijd was dat te zien. Vanaf 2002 zou de polarisatie in de Nederlandse politiek weer toenemen, vooral op het terrein van migratie, de integratie van etnische minderheden en de plaats van Nederland in de EU. Ironisch genoeg, zo stelt Van den Berg, heeft deze polarisatie, die deels is veroorzaakt door de toenemende volatiliteit van het stemgedrag van de kiezer⁶³⁸ niet geleid tot een versterkte positie van het parlement maar, integendeel, tot een terugkeer naar een aantal belangrijke, door Lijphart geformuleerde 'spelregels' van de pacificatiepolitiek, zoals de organisatie van topconferenties, depolitisering en 'de regering regeert'.⁶³⁹ Ondanks de verschillen tussen de periode van de pacificatiepolitiek en de periode vanaf het einde van de jaren zeventig,⁶⁴⁰ lijken 'spelregels' een hardnekkige invloed te blijven uitoefenen op de politiek. Zo is de cirkel weer rond.

637 Vgl. daarover o.a. Van den Berg 1990a, p. 11-13; Heine 2019, p. 26-30, met verdere verwijzingen.

638 Zie par. III.2.7.

639 Van den Berg 2019, p. 133. Vgl. in die zin ook Te Velde & Voermans 2019, p. 162; Voermans 2021, p. 154-161.

640 Zie par. III.2.7.

Lijpharts boek vormt een centraal aangrijppingspunt voor verder politico-logisch onderzoek naar het begrip ‘spelregel’ in Nederland.⁶⁴¹ In dat kader verdient vooral Van den Bergs Leidse oratie de aandacht. Hierin poneert de auteur een, van het tijdperk van de pacificatiepolitiek abstraherend, algemene definitie van de term ‘spelregel’: ‘[G]edragregels die gedicteerd worden door politieke machtsverhoudingen’.⁶⁴² In een terugblik op deze rede uit 2016 merkt Van den Berg op dat deze definitie uitdrukkelijk niet normatief, maar zuiver empirisch was bedoeld: ‘[W]ie niet leeft in een zelfgeschapen wereld, voegt zich naar de wetmatigheden die hem door de bestaande machtsverhoudingen worden opgelegd’.⁶⁴³ Hij contrasteert deze spelregels met een categorie regels die uitdrukkelijk wel normatief geladen zijn, de zogeheten ‘stelregels’, die de gedaante kunnen aannemen van ‘hetzij rechtsregels, hetzij in bredere zin conventies’.⁶⁴⁴ In theorie is volgens hem makkelijk vast te stellen wat de consequentie van niet-naleving van ‘spelregels’ respectievelijk ‘stelregels’ is: de overtreding van een stelregel levert de kwalificatie van ‘onbetamelijk’ gedrag op, terwijl iemand die een spelregel aan zijn laars lapt zich vooral ‘onverstandig’ gedraagt. In de praktijk is het, zo betoogt Van den Berg, echter niet eenvoudig beide fenomenen van elkaar te onderscheiden:

‘Wat voor “stelregel” doorgaat blijkt bij nader toezien een kwestie te zijn van machtsverhoudingen. Omgekeerd kan, wat er uitziet als een *rule of the game* [een synoniem voor politieke spelregel, GJAG], bij nader toezien een sterke normatieve lading hebben. De regels van het spel zullen zich, wellicht met enige vertraging, onvermijdelijk wijzigen zodra de politieke machtsverhoudingen veranderen. Stelregels zullen veranderen, naarmate rechtsopvattingen en rechtspraktijken zich wijzigen, maar behoeven niet per definitie te worden vernieuwd onder gewijzigde machtsverhoudingen.’

641 De hier besproken definitie van het begrip ‘spelregel’ is sterk geënt op de context van de pacificatiepolitiek zoals die door Lijphart is omschreven. In de dissertatie van Heine zijn beschrijvingen te vinden van deze in algemener termen geformuleerde ‘spelregels van de consensuspolitiek’, die hij vervolgens contrasteert met de zogeheten ‘spelregels van de meerderheidspolitiek’. Aan de hand van deze tweedeling stelt hij vervolgens vast in hoeverre politieke leiders in concrete politieke kwesties op zoek zijn naar extra consensus in aanvulling op de vereiste gewone meerderheid voor het nemen van een concreet besluit. Zie Heine 2019, p. 56-62. De precieze inhoud van deze spelregels en de uitkomst van dit onderzoek blijven op deze plaats buiten beschouwing.

642 Van den Berg 1990a, p. 6.

643 Van den Berg 2016a, p. 43.

644 Van den Berg 1990a, p. 6, ook voor de volgende twee citaten. Opmerking verdient dat Van den Berg de term ‘conventie’ in 1990 bij nader inzien vooral leek te hebben bedoeld als een synoniem voor het begrip ‘ongeschreven staatsrecht’, waaronder hij indertijd eigenlijk alleen de vertrouwensregel schaarde. In feite sloot hij daarmee destijds aan bij een definitie van het conventiebegrip die in de eerste helft van de twintigste eeuw relatief gangbaar was in de staatsrechtswetenschap. Zie par. III.5.2. Inmiddels lijkt Van den Berg van een andere definitie van het conventiebegrip uit te gaan, in de zin dat de conventie volgens hem niet per definitie gelijkstaat aan het ongeschreven staatsrecht. Vgl. Van den Berg 2016a, p. 45-47.

Uit deze benadering blijkt hoezeer machtsverhoudingen en bindende regels op elkaar inwerken; zij overlappen deels en daarom, zo betoogt Van den Berg, is het raadzaam beide categorieën regels in onderlinge samenhang te bestuderen. In dat kader bestaat een parallel tussen Van den Bergs benadering van 'spelregels' en 'stelregels' enerzijds en de eerder besproken betekenis van het begrip 'binding' in relatie tot ongeschreven normen anderzijds.⁶⁴⁵ Een spelregel wordt op zichzelf alleen feitelijk nageleefd zonder dat daartoe een juridische noodzaak bestaat, terwijl een stelregel wel kan binden. Eerder bleek al dat het niet altijd mogelijk is om objectief vast te stellen of een ongeschreven norm zoals een conventie (feitelijk gezien) *wordt* gevolgd of (normatief gezien, op basis van het recht) *moet worden* gevolgd. De conventie houdt daarom het midden tussen de (zuivere) spelregel en de (bindende) stelregel.

De definities van de conventie en de 'spelregel' vallen daarom niet samen. Een 'politieke spelregel' vormt een zuiver empirische gedragsregelmaat die in de woorden van Heine betrekking heeft op 'de onderlinge verhouding tussen de politieke elites en partijen en hun houding ten opzichte van de politieke besluitvorming',⁶⁴⁶ terwijl de conventie een bindende norm van constitutionele aard vormt. Vooral in de sfeer van de informele verhoudingen binnen en tussen politieke partijen lijken in dat licht 'politieke spelregels' te bestaan, die vanwege het ontbreken van concrete constitutionele (grondwettelijke) normen met betrekking tot partijen niet het karakter van een conventie hebben. Hoewel het begrip 'spelregel' in een dergelijk geval niet rechtstreeks van belang is voor de staatsrechtswetenschap, kan het onder omstandigheden behulpzaam zijn voor een beter begrip van conventies; beide soorten 'regels' zijn voor hun bestaan immers in grote mate afhankelijk van machtsverhoudingen en kunnen derhalve, ook als zij niet rechtstreeks met elkaar overlappen, in elkaars verlengde liggen.⁶⁴⁷

Wel verdient het, voor zover sprake is van een zuiver feitelijke wetmatigheid, de voorkeur niet de term 'spelregel' te gebruiken. Deze term kan, zoals Van den Berg al opmerkte, de indruk wekken een bindende (normatieve) kracht te hebben, terwijl daarvan behoudens de mogelijkheid van overlap met een conventie, juist *geen* sprake is. Daarom is het beter in dit kader te spreken van een politieke 'wetmatigheid' of 'gedragsregelmaat'.

III.5.4.2 Culturele conventies versus constitutionele conventies

Het conventiebegrip kan ook los worden gezien van de constitutionele context. Illustratief is de politiek-historische benadering van deze term, waaronder bijvoorbeeld sociale gewoonten, rituelen, tradities en andere

645 Zie par. III.5.3.3.1.

646 Heine 2019, p. 51.

647 Voorbeelden van spelregels die geen conventie zijn, namelijk het non-interventiebeginsel en de wetmatigheid dat coalitiefracties in de Kamer en de collega-ministers in beginsel over en weer elkaars minister van de *andere* partij blijven steunen, zolang de betreffende minister ook steun houdt van zijn eigen partij, worden besproken in par. IV.3.3.1.

gedragscodes met een symbolisch karakter vallen. Sommige van deze culturele conventies zijn ook constitutioneel relevant, maar zij hoeven voor hun bestaan niet een aanvulling op de constitutie te vormen; eerst en vooral vormen zij de uitdrukking van de politieke *cultuur* van een bepaald orgaan.⁶⁴⁸

Een scherpe definitie van deze culturele conventies valt op deze plaats niet te geven in het licht van de grote variëteit aan normen die onder dit begrip vallen.⁶⁴⁹ In plaats daarvan licht ik twee termen uit die onder deze brede waaier van de 'culturele' conventie vallen: de politieke traditie en het ritueel.

Op het eerste gezicht lijkt de traditie een statisch gegeven waarvan het bestaan niet afhangt van concreet gedrag. Te Velde merkt echter op dat politieke tradities, in tegenstelling tot het gangbare beeld dat daarvan zou kunnen bestaan, niet 'uit het niets' worden geschapen, maar ook 'niet als een geheel in de maatschappij "gevonden" worden om vervolgens "ongeschonden" te worden doorgegeven'.⁶⁵⁰ In plaats daarvan beschouwt hij tradities als 'interactieve praktijken' met een buiten zichzelf liggend doel, waaraan de betrokkenen deelnemen volgens bepaalde regels. Aldus is de politieke traditie volgens historici iets wat de betrokken actoren *actief* in stand houden in plaats van een passief gegeven. Willen zij hun gelding behouden, dan dient hun gelding in de praktijk te worden bevestigd; anders kunnen zij geruisloos verdwijnen.

Wat het begrip van politieke tradities in Nederland niet eenvoudiger maakt, is dat zij vaak, in de woorden van Te Velde 'introvert' van aard zijn; zij vallen niet op, omdat hun bestaan in de praktijk zelden de nadruk krijgt. Een voorbeeld van een dergelijke traditie is de in de Tweede Kamer heersende spreekcultuur, waarover oud-premier Drees in 1975 het volgende opmerkte:

'Vergeleken bij verschillende andere parlementen is (...) de situatie in de volksvertegenwoordiging bij ons [ten aanzien van de mate van welsprekendheid, GJAG] bepaald rustig te noemen. Zelfs het Engelse [sic] parlement, vaak als voorbeeld geldend van democratisch optreden, geeft soms uitbarstingen te zien zoals we die niet meer kennen.'⁶⁵¹

Volgens de historicus Te Velde schemert in deze uitspraak de suggestie door dat naarmate een parlementariër zich van meer lawaai bedient, hij of zij minder respect voor de democratie heeft.⁶⁵² Hij leidt mede hieruit het bestaan van een conventie van rustige discussie af, die in ieder geval tot en met de jaren negentig van de vorige eeuw in de Tweede Kamer heeft gegolden. Te Velde betoogt dat volgens deze redeneerwijze een rustige wijze van debat-

648 Vgl. Hoetink 2016, p. 26.

649 Vgl. Hoetink 2016, p. 25.

650 Te Velde 2010, p. 10, ook voor het volgende citaat.

651 Drees 1975, p. 46. Aangehaald in Te Velde 2016, p. 35.

652 Te Velde 2016, p. 35-36.

teren de kwaliteit van het debat bevordert en daarmee ook de fundamenteen van de democratische rechtsstaat ondersteunt.⁶⁵³ Hij beschouwt deze conventie als primair cultureel van aard. Van een constitutionele conventie is in dit geval geen sprake, omdat de wijze van debatteren van een Kamerlid geen betrekking heeft op een *aanwijsbare* constitutionele norm of ambt; deze cultuurnorm ligt derhalve niet of nauwelijks in het verlengde van het geldende staatsrecht. Van het constitutionele perspectief staat deze praktijk te ver verwijderd om als *constitutionele* conventie te kunnen gelden.

Relevant is deze praktijk op zichzelf wel voor een goed begrip van politieke effectiviteit: een Kamerlid dient zich aan deze culturele conventie te committeren om politiek effectief te kunnen zijn.⁶⁵⁴ Daarin ligt een bepaalde opvatting over de legitimiteit van besluitvorming besloten: Kamerleden hebben niet tot taak om de toehoorder te ontroeren, maar om hem te overtuigen; willen zij effectief zijn, dan dienen zij zich aan de in de Kamer heersende spreekcultuur te conformeren.⁶⁵⁵ De traditie is zo bezien relevant voor een goed begrip van het functioneren van de Kamer, dus los van de constitutionele normen die in deze sfeer gelden.

Voor de tweede hier te bespreken vorm van een culturele conventie, het ritueel, geldt dat evenzeer. Tanja omschrijft het ritueel als 'gestandaardiseerde handelingen met een betekenis die de handeling zelf overstijgt'.⁶⁵⁶ Volgens haar ontlenen de betrokken deelnemers en toeschouwers duidelijkheid aan wat zij van het ritueel kunnen verwachten. Het voorbeeld bij uitstek van een ritueel in het parlement vormt Prinsjesdag dat, hoewel overgoten met een monarchaal sausje, feitelijk functioneert als feestdag van de parlementaire democratie. Al sinds 1848 leest de koning op deze dag, de derde dinsdag van september, de troonrede voor in een verenigde vergadering van de Staten-Generaal (art. 65 Grondwet). In dit ritueel komt zowel de symbolische als de feitelijke bron van de macht samen: de koning is het symbool van het staatsgezag, terwijl de Staten-Generaal het orgaan is waar het feitelijke gezag vanaf 1848 steeds meer is komen te liggen.⁶⁵⁷ Het bestaan van een ritueel als Prinsjesdag zou in ieder geval tot op zekere hoogte bijdragen aan de legitimiteit van de besluitvorming, omdat het voor een gevoel van verwantschap binnen het parlement zou zorgen. De onenigheid die in het normale

653 Te Velde wijst erop dat Kamerleden zich vroeger tevens aan deze conventie hielden uit respect voor het instituut Tweede Kamer, waarbij een zekere mate van beschaafd gedrag en beschaafde taal hoorde. Ik laat dit aspect hier verder buiten beschouwing. Zie Te Velde 2016, p. 36.

654 Vgl. o.a. Tanja 2011, p. 209-210. Het onderzoek van Tanja heeft weliswaar betrekking op wat het begrip 'goede politiek' in de Tweede Kamer in de periode 1866-1940 behelsde, maar de in de hoofdstekst geformuleerde gedachte lijkt evenzeer toepasbaar op latere tijdvakken.

655 Vgl. Te Velde 2010, p. 106-112.

656 Tanja 2011, p. 189-190.

657 Deze tweedeling is afkomstig van Bagehot die een onderscheid maakt tussen de 'dignified' en de 'efficient parts of the constitution'. Aangehaald in Tanja 2011, p. 186. Zie nader over Bagehots tweedeling par. II.2.5.

parlementaire verkeer over allerhande vraagstukken bestaat, wordt door het uitvoeren van een ritueel in ieder geval tijdelijk doorbroken.

Rituelen geven op die manier aan het handelen van de volksvertegenwoordiging iets heiligs of mystieks, in de zin dat iedereen aan het verloop ervan precies dezelfde uitleg geeft.⁶⁵⁸ De feitelijke aspecten van dit ritueel, zoals het moment van Prinsjesdag en de keuze om de koning de troonrede te laten voorlezen, maken deel uit van het staatsrecht, de overige aspecten zijn echter louter cultureel van aard. Toch geven zij desondanks aan alle deelnemers en toeschouwers van het ritueel een gemeenschappelijke basis, waardoor rituelen verbinding in zowel het parlement als de bevolking kunnen creëren. Gezien de grote betekenis van bijvoorbeeld Prinsjesdag en alle symboliek die daarbij hoort, kan bestudering van het ritueel helpen om het functioneren van (onder meer) staatsrechtelijke organen beter te begrijpen.

De relevantie van culturele conventies in brede zin voor de legitimiteit van politieke besluitvorming brengt niet mee dat hun gelding in concrete gevallen altijd positief te waarderen is. Integendeel. Volgens Te Velde zijn zij nimmer onschuldig, omdat zij politici in hun handelen beperken en als gevolg daarvan conservatisme in de hand werken.⁶⁵⁹ Hij meent echter ook dat er geen alternatief is, omdat een traditieloze politiek zou neerkomen op 'een structuurloze' of zelfs 'een despotische politiek'. Aldus zijn deze en andere (soorten) culturele conventies relevant, omdat hun grenzen vaak poreus zijn; het is niet altijd mogelijk deze bredere variant van het conventiebegrip af te bakenen van de specifiekere constitutionele conventie.⁶⁶⁰ Hoewel zij niet rechtstreeks betrekking hoeven te hebben op een concrete constitutionele norm, zijn zij ook voor de staatsrechtswetenschap relevant in de zin dat zij (het denken over) het feitelijke functioneren van (onder andere) de politiek beïnvloeden en dus ook indirect de constitutie kunnen affecteren.

III.5.4.3 *Balans*

Tussen politieke spelregels en culturele conventies enerzijds en de constitutionele variant van het conventiebegrip anderzijds bestaan duidelijke overeenkomsten. Voor al deze fenomenen geldt dat zij in meer of mindere mate (het denken over) het functioneren van de politiek beïnvloeden. In de drie besproken disciplines wordt de politiek steeds vanuit een andere invalshoek bestudeerd; de politieke spelregel vormt de weerslag van de vigerende machtsverhoudingen in een bepaalde situatie die voor de politicoloog relevant zijn, de historicus gebruikt de brede term culturele conventie voor zijn studie naar de politieke cultuur in een bepaalde periode en de staatsrechtswetenschapper

658 Hoetink 2018, p. 319.

659 Te Velde 2010, p. 12, ook voor het volgende citaat. Vergelijkbare kanttekeningen zijn te maken bij de legitimiteit van het ritueel. Volgens Hoetink gaan achter rituelen immers ook 'elementen van hiërarchie en hegemonie' schuil, die bij sommigen juist weerstand kunnen oproepen. Zie Hoetink 2018, p. 319.

660 Vgl. in die zin ook Hoetink 2016, p. 26.

bestudeert, mede met behulp van constitutionele conventies, in hoeverre bindende normen in politieke verhoudingen ontstaan en functioneren.

In het licht van deze kenmerken bestaat er een overlap tussen politieke spelregels en culturele conventies enerzijds en constitutionele conventies anderzijds: al deze begrippen hebben betrekking op het *feitelijke* (actieve) handelen en functioneren van politieke ambtsdragers. In zoverre kan de bestudering van politieke ‘spelregels’ en culturele conventies mede bijdragen aan het begrip van de verhouding tussen feiten en normen in de politiek; de meerwaarde van het zoeken van een dergelijke verbinding ligt in de mogelijkheid van het betrekken van de politieke en historische context van het staatsrecht in staatsrechtelijk onderzoek. Het staatsrecht functioneert immers niet in een vacuüm.⁶⁶¹ De jurist dient er daarbij echter wel op bedacht te zijn dat een (zuivere) ‘spelregel’ en een (zuivere) traditie niet kunnen binden.

III.5.5 Slot

De conventie is een veelzijdig begrip, waaronder veel verschillende soorten normen kunnen vallen. Wat een goed begrip van de constitutionele variant van de conventie er niet eenvoudig op maakt, is dat in staatsrechtelijke publicaties twee betekenissen van dit begrip zijn te vinden: volgens de ene definitie is de conventie een informele norm die geen deel uitmaakt van het recht, terwijl in de andere (vaak impliciet gehanteerde) definitie, die in de loop van de twintigste eeuw een aantal decennia relatief gangbaar was, de conventie juist een synoniem voor het ongeschreven staatsrecht vormt.

Nadat Van der Pot zich in 1921 afvroeg wanneer het mogelijk is om te spreken van ongeschreven *recht*, bleek na de Tweede Wereldoorlog dat het nauwelijks mogelijk is om een beslissend antwoord op die vraag te formuleren. Het gevolg daarvan was dat de staatsrechtswetenschap in Nederland zich daarna in sterke mate zou richten op de bestudering van het geldende geschreven staatsrecht. In zijn Leidse oratie uit 2014 vroeg Verhey, mede gelet op de positiefrechtelijke inslag van de Nederlandse staatsrechtswetenschap, aandacht voor de constitutionele conventie in haar oorspronkelijke betekenis als *norm*. Op die manier zou de staatsrechtswetenschap een beter zicht kunnen krijgen op ongeschreven normen in de constitutionele sfeer, ook voor zover zij onder omstandigheden afwijking toelaten.

Toch blijven ook in Verheys benadering vragen onbeantwoord, vooral ten aanzien van het verschil tussen de constitutionele conventie en het ongeschreven staatsrecht. Anders dan het (vaststaande) recht, is de conventie niet alleen normatief maar *ook* feitelijk van aard, waardoor bij het bestaan van consensus onder de betrokken ambtsdragers afwijking van de conventie in strikte zin mogelijk is; in dat laatste geval wordt een (onvoorziene) uitzondering geformuleerd die in de conventie besloten ligt. De consequentie

661 Vgl. in die zin ook Verhey 2014, p. 19.

daarvan is dat het nooit volledig mogelijk is om in abstracto vast te stellen welke precieze verplichtingen uit conventies voortvloeien. Het is ook niet wenselijk om die verplichtingen precies te willen vaststellen, omdat anders de openheid van het staatsrecht in gevaar komt.

Op zichzelf is dat geen reden om het conventiebegrip te veronachtzamen. In dat kader weegt het houvast dat de conventie biedt bij de opsporing van bindende ongeschreven regels in de constitutionele sfeer zwaar. Bovendien bestaat een dergelijk houvast bij het vaststellen van de precieze verplichtingen die voortvloeien uit het geschreven staatsrecht evenmin; ook de vaststelling van een mogelijke schending van de Grondwet is een activiteit die een beoordeling vergt van concrete, feitelijke gebeurtenissen, waardoor ook nooit met volledige zekerheid is vast te stellen welke verplichtingen in abstracto uit het geschreven recht voortvloeien.

Aan het slot van dit hoofdstuk is een voorstel geponeerd voor het onderbrengen van de conventie in de Nederlandse constitutie. Volgens dit voorstel kan de conventie een plaats krijgen in het staatsrecht door de bestaande regel ten behoeve van de erkenning van het ongeschreven staatsrecht zodanig te herformuleren dat de mogelijkheid van afwijking met instemming van alle betrokken organen (of onder andere, heel bijzondere, omstandigheden) daarin wordt verdisconteerd; op die manier hoeft de afzonderlijke conventie *zelf* geen deel uit te maken van het ongeschreven recht, maar kan in geval van niet-naleving ervan toch de conclusie worden getrokken dat van constitutioneel handelen sprake is. Dankzij deze overkoepelende erkenningsregel is het mogelijk de conventie te integreren in het staatsrecht zonder dat daarmee haar flexibiliteit in gevaar komt.

III.6 UITLEIDING

In dit deel van het boek kwam driemaal, steeds vanuit een andere invalshoek, hetzelfde verhaal aan de orde: de Grondwet, die in het politieke leven van de negentiende eeuw een centrale rol innam, verwerd in de loop van de twintigste eeuw onder invloed van tal van ontwikkelingen tot slechts één naast tal van andere (sociale en economische) factoren die politici bij de uitvoering van hun werkzaamheden in ogenschouw zijn moeten gaan nemen. Deze ontwikkeling was van grote invloed op het denken over respectievelijk de rol van de staat (hoofdstuk III.2), de voor politieke organen belangrijkste rechtsbronnen (hoofdstuk III.3) en het object en de methode van de staatsrechtswetenschap (hoofdstuk III.4). In dat licht bestaat er aanleiding voor de bestudering van de constitutionele conventie waarvan de gelding onder omstandigheden kan worden erkend als ongeschreven staatsrecht (hoofdstuk III.5).

Uit deze theoretische exercitie blijkt echter nog niet in hoeverre het conventiebegrip ook daadwerkelijk in praktische zin van toegevoegde waarde is voor de bestudering van het staatsrecht. Onder het in goed Nederlands geformuleerde motto 'the proof of the pudding is in the eating' is het daarvoor noodzakelijk een blik op de praktijk te werpen.

DEEL IV

STAATSRECHT EN

CONVENTIE:

NADERE AFBAKENING

IV.1	Inleiding	379
IV.2	Regering en Staten-Generaal	381
IV.3	De koning, de ministerraad en de staatssecretarissen	458
IV.4	De Staten-Generaal	508
IV.5	De kabinetsformatie	529
IV.6	Het tweekamerstelsel	569
IV.7	Uitleiding	603

IV.1 INLEIDING

In dit deel van het boek wordt de proef uit de voorgaande delen op de som genomen. Aan de orde komt of de begripsvorming rond de conventie zoals die in het Verenigd Koninkrijk tot ontwikkeling is gekomen (deel II), niet alleen in theoretische zin (deel III), maar ook in de toepassing van het staatsrecht toegevoegde waarde heeft of kan hebben. In de bespreking van de diverse praktijkvoorbeelden van dit deel komt steeds afzonderlijk de vraag aan de orde of de besproken gedraging voortvloeit uit een al dan niet geëigende interpretatie van een grondwetsbepaling of (ook) uit een zelfstandige conventie.

In dat kader worden de bevindingen uit het vorige deel als uitgangspunt genomen. Voor de bespreking van de interpretatie van de Grondwet betekent dat dat de uit te leggen bepaling zoveel mogelijk als een 'gewoon' wetsartikel geïnterpreteerd dient te worden.¹ Bij die uitleg dient verder, waar nodig, de context van het uit te leggen voorschrift in het licht van het voorliggende probleem een prominente rol te spelen. Een dergelijke 'contextuele' uitleg is gerechtvaardigd, voor zover die (i) kan worden geobjectiveerd op basis van de opvattingen van een 'hedendaagse' grondwetgever en (ii) die geobjectiveerde uitleg niet in strijd komt met de bewoordingen van de betreffende bepaling. In theorie is het verder nog denkbaar dat een praktijk, in uitzonderlijke gevallen, derogeert aan de (expliciete bewoordingen van de) Grondwet, maar dat is alleen mogelijk voor zover die praktijk aan zeer strenge rechtszekerheidseisen voldoet.²

Verder wordt bij de opsporing van conventies in dit deel uitgegaan van de definitie van het conventiebegrrip als een (i) constitutionele, binnen de grenzen van het staatsrecht geldende, informele gedragsregel die (ii) een verplichting in het leven roept op basis van een daartoe strekkende, bij die ambten bestaande, overtuiging, die los van de persoonlijke opvattingen van die ambten bestaat en (iii) tot uiting komt in concreet gedrag van de betrokken organen dat niet reeds wordt gevorderd door de (Grond)wet.³ Op basis van een drietal overkoepelende secundaire regels van ongeschreven staatsrecht kan de conventie een plaats in het staatsrecht krijgen.⁴ De eerste betreft de erkenningsregel op basis waarvan de incidentele afwijking van een conventie inconstitutioneel is, behalve als (i) alle betrokken organen met die afwijking instemmen (of indien zeer bijzondere omstandigheden die afwijking rechtvaardigen) en (ii) die afwijking in het licht van de overige normen van het staatsrecht toelaatbaar is. De tweede betreft de veranderingsregel waaruit volgt dat de permanente wijziging van een conventie mogelijk is, voor zover (i) zij blijkt uit een daartoe strekkende verandering van handelen

1 Zie par. III.3.3.2.

2 Zie par. III.5.3.3.2.

3 Zie par. III.5.3.3.1.

4 Zie par. III.5.3.3.3.

van alle daarbij betrokken organen (of indien zeer bijzondere omstandigheden de wijziging rechtvaardigen) en (ii) die wijziging van handelen in overeenstemming is met het overige staatsrecht. De derde betreft de procesregel die inhoudt dat de procedure voor de vaststelling van de schending van een conventie in beginsel door de betrokken organen *zelf* wordt vormgegeven. Dankzij deze drie overkoepelende, secundaire regels kan de conventie een constitutionele verplichting in het leven roepen zonder dat haar precieze inhoud volledig hoeft vast te staan.

De onderwerpen uit deze hoofdstukken zijn geselecteerd op basis van hun plaatsing in (of nauwe samenhang met de normen in) hoofdstuk 2, 3 en 5, eerste paragraaf van de Grondwet, omdat daarin de relaties binnen en tussen regering en parlement worden gereguleerd. De keuze voor het *niet* behandelen van de normen uit de overige hoofdstukken hangt samen met de (gedeeltelijke) mogelijkheid van hun toepassing door de rechter (hoofdstuk 1 en art. 93 en 94 in hoofdstuk 5, tweede paragraaf) dan wel hun (gedeeltelijke) toepasselijkheid op de relaties binnen en tussen andere organen dan regering en parlement op regionaal dan wel internationaal niveau (hoofdstuk 4, hoofdstuk 6 en 7 en art. 90-92 respectievelijk art. 95-100 in hoofdstuk 5, tweede paragraaf)⁵ of omdat zij nader worden uitgewerkt in formele wetgeving (art. 103-111), waardoor het ontstaan van conventies op die terreinen minder voor de hand ligt.

Het buiten beschouwing laten van één onderwerp verdient nadere toelichting, omdat ik daarover eerder een ander standpunt heb ingenomen: de vaststelling van de zelfstandige amvb in de wetgevingspraktijk. In ieder geval sinds de Tweede Wereldoorlog geldt de algemene opvatting dat het onwenselijk is als de regering, zonder dat daarvoor een formeelwettelijke delegatiebepaling bestaat, zelfstandig tot vaststelling van zelfstandige amvb's overgaat. De tekst van artikel 89, eerste lid Grondwet laat nog relatief veel ruimte voor de vaststelling van deze categorie regels: de regering mag volgens het tweede lid van dit artikel alleen niet een voorschrift in een zelfstandige amvb opnemen dat door straffen wordt gehandhaafd.

Hoewel de Grondwet op dit punt sinds 1887 onveranderd is gebleven, is de ruimte die zij laat in verregaande mate opgevuld door de jurisprudentie van de Hoge Raad. Inmiddels staat op grond van die jurisprudentie vast dat regeling van betrokkenen bindende maatregelen of verplichtingen, rechtens niet is toegestaan zonder specifieke formeelwettelijke grondslag.⁶ Er rest in juridisch opzicht dan nog ruimte voor de vaststelling van twee categorieën zelfstandige amvb's. Voorheen meende ik dat voor die twee categorieën zelfstandige amvb's het conventiebegrip relevant was.⁷ In de eerste plaats betreft dat maatregelen die vallen

5 Overigens is het wel denkbaar dat op die terreinen conventies gelden. Een bespreking van de daarbij relevante bepalingen blijft echter achterwege, omdat het in het kader van deze studie niet mogelijk is om recht te doen aan de bijzondere, regionale c.q. internationale, context waarin deze bepalingen functioneren. Zie par. I.2.

6 Van Ommeren 1996, p. 85-106.

7 Geertjes 2016a, p. 60-62.

onder de interne organisatie van de overheid. Hoewel zij naar hun *vorm* een zelfstandige amvb vormen, zijn zij qua *inhoud* beter te vergelijken met een beleidsregel of een richtlijn.⁸ In de tweede plaats is het mogelijk dat de regering de vorm van de zelfstandige amvb kiest als zij een uitzonderlijke situatie bij wijze van tijdelijke voorziening wil regelen (zie Ar 2.22). Vrijwel iedere mogelijke toepassing van de zelfstandige amvb valt dus al onder een (semi-)juridische categorie, die zich bovendien in grote mate leent voor toetsing door de rechter.

Anders dan ik voorheen betoogde, vind ik het conventiebegrip in dit kader daarom inmiddels van beperkte relevantie. Wel acht ik het nog altijd verdedigbaar dat de voorschriften uit de Ar over het primaat van de wetgever óók aanleiding tot de vorming van conventies in het wetgevingsbeleid geven.⁹ Ik laat het onderwerp hier verder rusten.

De eerste drie inhoudelijke hoofdstukken van dit deel zijn gewijd aan de belangrijkste relaties tussen en binnen de belangrijkste politieke organen van het staatsrecht, namelijk regering en parlement (hoofdstuk 2), de koning, de ministers en staatssecretarissen (hoofdstuk 3), de Staten-Generaal (hoofdstuk 4). De overige twee inhoudelijke hoofdstukken hebben betrekking op thema's die niet volledig tot een van de genoemde (relaties tussen deze) organen te herleiden zijn, namelijk de inrichting van de kabinetsformatieprocedure (hoofdstuk 5) respectievelijk het tweekamerstelsel (hoofdstuk 6). Ik sluit dit deel af met een korte uitleiding (hoofdstuk 7).

IV.2 REGERING EN STATEN-GENERAAL

IV.2.1 Inleiding

Sinds 1848 staan regering en parlement tot elkaar in een wederkerige verhouding, waarbij de grondwetgever van destijds meende dat aan geen van beide organen op voorhand het laatste woord toekomt. Aan dit staatsrechtelijke evenwicht tussen beide organen kwam, achteraf bezien, twintig jaar later al een einde ten tijde van het ontstaan van de 'moeder' aller conventies, de conventie van 1868. Op basis van deze regel is het de regering niet toegestaan tweemaal de Kamer te ontbinden wegens hetzelfde feit. Na die periode hebben nog tal van andere conventies die de verhouding tussen beide organen zijn gaan beïnvloeden het licht gezien, waarvan er zelfs één, zoals hierna zal blijken,¹⁰ de conventie van 1868 min of meer obsoleet heeft gemaakt.

Dit hoofdstuk bevat een korte achtergrondschets, die wordt gevolgd door een beschrijving van de ontwikkeling van de diverse ongeschreven normen in de relatie tussen regering en parlement. De aandacht gaat daarbij

8 Van Ommeren 1996, p. 177-185.

9 Vgl. in die zin ook o.a. Verhey 2014, p. 14; Van Ommeren 2015, p. 465-468; Geertjes 2016a, p. 62-65.

10 Zie par. IV.2.4.2.

vooral uit naar de parlementaire controle-uitoefening op het handelen van de regering. In dat kader komen de ontwikkeling van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid, het ontbindingsrecht en de positie van een demissionair kabinet aan bod. De wetgevende taak krijgt vervolgens de aandacht in een korte bespreking van de betekenis van de bevoegdheid van de regering om de bekrachtiging van initiatiefwetsvoorstellen te weigeren. Ik sluit het hoofdstuk af met een kort slotwoord.

IV.2.2 Achtergrond

Sinds 1814/1815 is het evenwicht tussen regering en parlement¹¹ aan diverse schommelingen onderworpen geweest. Voor de beschrijving van die schommelingen zijn de begrippen ‘monisme’ en ‘dualisme’ in zwang geraakt: van een monistische verhouding tussen regering en parlement is sprake als een van beide organen het overwicht heeft op het andere, terwijl de term ‘dualisme’ uitdrukt dat beide organen zelfstandig ten opzichte van elkaar functioneren.¹²

Tot het begin van de twintigste eeuw was het inderdaad tot op zekere hoogte mogelijk de verhouding tussen regering en parlement in die termen te vatten.¹³ Tot 1848 was vooral sprake van monisme met een sterk politiek overwicht van de regering (d.w.z. de koning). Na dat jaar trad, althans volgens de thorbeckeaanse theorie, een dualistische periode aan die zich kenmerkte door het bestaan van machtsevenwicht tussen regering en parlement.¹⁴ Reeds in 1900, toen de politiek zich steeds meer op democratische (voorkeuren van de achterban van volksvertegenwoordigers) in plaats van rechtsstatelijke elementen (de juiste uitleg van de Grondwet in een bepaalde kwestie) zou gaan richten,¹⁵ kon reeds bij Krabbe de opvatting postvatten dat Nederland inmiddels een ‘volksregering’ kende.¹⁶ Achteraf blijkt echter dat die constatering te voorbarig was, omdat de Kamer haar greep op het functioneren van het steeds complexer wordende landsbestuur weer verloor

11 Het parlement bestaat uit de Tweede en Eerste Kamer. Op deze plaats staat de positie van de Tweede Kamer centraal, omdat deze Kamer zich meer met de controle op de regering bezighoudt dan de Eerste Kamer. De positie van de Eerste Kamer ten opzichte van de regering komt aan de orde in hoofdstuk IV.6.

12 Deze definities zijn ontleend aan Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 445.

13 Deze bespreking is gebaseerd op de literatuuroverzichten uit Donner 1948, p. 337-361; s' Jacob 1962, p. 212-222.

14 Althans, volgens de thorbeckeaanse benadering die in ieder geval tot de conflicten van 1866-1868 leidend leek te zijn. Tegen het einde van de negentiende eeuw ontstond er onder regering en parlement overeenstemming over de bindende kracht van die conventie. Zie nader par. III.2.4 (voor de feitelijke beschrijving van de conflicten) en par. III.3.4.1.1 (voor een bespreking van de discussie over de bindende kracht van de norm).

15 Zie nader par. III.2.4.

16 Krabbe 1900, p. 202 = Krabbe 1927, p. 94. Negen jaar later oordeelde ook Struycken dat ‘de dualistische regeeringsvorm (...) op zoo rustige en geleidelijke wijze zich tot een praktisch monistischen, tot een democratischen [heeft] weten te ontwikkelen’. Zie Struycken 1909, p. 10 = opgenomen als afzonderlijke publicatie in Struycken 1924, aldaar, p. 10.

vanaf de twintigste eeuw. Daarbij verdienen in ieder geval drie relevante factoren vermelding: de uitbreiding van de staatstaak, de internationalisering en de wijziging van het kiesstelsel.

Vanaf het begin van de twintigste eeuw neemt, in de eerste plaats, de uitbreiding van de staatstaak, bijvoorbeeld op het gebied van de sociale zekerheid en de volkshuisvesting, een vlucht.¹⁷ Anders dan in de periode daarvoor, toen de overheidstaak nog betrekkelijk overzichtelijk was, werd het daardoor steeds lastiger alle in overheidsverband geldende regels tot in detail in formele wetgeving op te nemen.¹⁸ De formele wetgeving waarbij het parlement als medewetgever betrokken is, is daardoor in toenemende mate algemene kaders en ruime delegatiebepalingen gaan bevatten. Als gevolg daarvan verplaatste een aanzienlijk deel van de regelstellende bevoegdheid zich naar de regering en de afzonderlijke ministers, waarop het parlement over het algemeen slechts in beperkte mate greep heeft. In dat licht is het niet verwonderlijk dat het parlement het concrete regeringsbeleid intensiever is gaan proberen te beïnvloeden. Bijgevolg is de wijze van controle-uitoefening op de regering door de Kamer vooral diffuser geworden. Daarom stelt Van den Berg dat de Kamer naast controle en wetgeving het 'mederegereen' als derde taak op zich heeft genomen.¹⁹ In de praktijk controleert het parlement de regering bovendien vaak achteraf, waardoor het slechts beperkte mogelijkheden heeft om beleidsbeslissingen nog bij te sturen.

In het verlengde daarvan ligt nog een ander probleem, namelijk de specialisatie van Kamerleden. Door de uitdijning van de staatstaak is het Kamerwerk zich grotendeels gaan afspelen in vergaderingen van Kamercommissies waarin Kamerleden (voornamelijk van de grotere fracties) als een soort sectorspecialisten optreden in plaats van in de plenaire vergadering.²⁰ Tegen die achtergrond is het probleem van 'verkokering' ontstaan, dat inhoudt dat Kamerleden het zicht kwijtraken op de integrale afweging van belangen die voor de uitvoering van hun controlerende en medewetgevende taak nodig is, omdat zij zich vooral richten op de problemen die binnen hun eigen specialisme vallen. Wat hierbij zeker ook een rol heeft gespeeld, is dat het landsbestuur in toenemende mate afhankelijk is geworden van andere actoren náást het parlement. In dat kader valt te denken aan allerhande sociale groepen en organisaties²¹ en de departementale bureaucratie. Bijgevolg valt niet langer ieder maatschappelijk probleem direct in het blikveld van ieder Kamerlid.

Als gevolg van de internationalisering, in de tweede plaats, zou bovendien het overheidshandelen, bijvoorbeeld op economisch en militair gebied, in toenemende mate gaan afhangen van internationale ontwikkelingen die de rege-

17 Zie nader par. III.2.6.

18 Van den Berg 1985, p. 6; Van Schagen 1994, p. 130-135.

19 Van den Berg 1985, p. 5-8.

20 Zie o.a. Hagelstein 1991, p. 12-13; Van Schagen 1994, p. 74-78.

21 Zie o.a. Donner 1961, p. 16 = Donner 1986, p. 130; Prakke 1974, p. 11; Van den Berg 2007, p. 24. Zie in het algemeen over deze ontwikkeling ook par. III.2.7.

ring zelf ook maar in beperkte mate kon beïnvloeden. Bijgevolg bleef de ruimte voor parlementaire betrokkenheid op die terreinen per definitie beperkt.

De wijziging van het kiesstelsel, ten slotte, had ingrijpende gevolgen voor de samenstelling van zowel de Kamer als de regering. Het parlement had zijn ogenschijnlijke overwicht op de regering rond het einde van de negentiende eeuw en het begin van de twintigste eeuw mede te danken aan het toentertijd vigerende meerderheidsstelsel dat de aan de Tweede Kamerverkiezingen deelnemende partijen dwong voorafgaand aan de verkiezingen politieke akkoorden met elkaar te sluiten.²² Als gevolg daarvan resulteerden de Tweede Kamerverkiezingen steeds in een meerderheid voor ofwel een 'rechts' blok van protestanten en katholieken ofwel een 'links' blok van liberalen, vrijzinnig-democraten en socialisten. In dat stelsel was het relatief eenvoudig een kabinet te vormen met steun van het rechtse dan wel linkse blok, waardoor het er inderdaad op leek alsof de macht van de regering was afgeleid van die van het parlement. De introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1917 bracht daarin in zoverre verandering, dat partijen voor het behalen van zetels niet langer (deels) afhankelijk waren van de vooraf met elkaar gesloten akkoorden per kiesdistrict; in plaats daarvan zou hun zetelaantal voortaan afhangen van het totaal in het land uitgebrachte stemmen, waardoor vanaf dat moment ook kleinere partijen een zetel in het parlement konden bemachtigen.

De keerzijde van die ontwikkeling was echter dat de duidelijke blokvorming van voor 1917 definitief voorbij was; de Kamer bestond zowel door de toename van het aantal kleinere fracties als door het uitblijven van vooraf gemaakte stembusakkoorden, al dan niet aangevuld met programmakkoorden, niet langer uit twee min of meer tegenover elkaar staande blokken. In die nieuwe constellatie was het electoraal gezien voor partijen minder bezwaarlijk hun onderlinge verschillen te benadrukken, ook voor zover zij ideologisch relatief dicht bij elkaar lagen. De Kamers zouden mede door die ontwikkeling de bekwaamheid verliezen de eenheid te vormen die nodig was voor het uitoefenen van beslissende invloed op het regeringsbeleid.²³

22 Deze 'linkse' respectievelijk 'rechtse' politieke groeperingen sloten politieke akkoorden met elkaar, al dan niet in combinatie met een gemeenschappelijk stembusprogramma. Deze akkoorden kwamen van pas bij herstemmingen in districten waarbij geen van de deelnemende kandidaten een absolute meerderheid van de stemmen had gehaald. De akkoorden hadden tot doel bij de herstemming 'linkse' respectievelijk 'rechtse' kiezers te werven die in de eerste ronde hadden gestemd op een kandidaat die te weinig stemmen had gekregen om aan de tweede ronde te mogen meedoen. Zie nader par. III.2.5.

23 Een van de eerste auteurs die oog voor die ontwikkeling had was Scheltema. Zie Scheltema 1928, p. 218-220. In het interbellum zagen bovendien diverse conservatief-confessionele pleidooien, waartoe het betoog van Scheltema overigens uitdrukkelijk niet behoorde, voor een sterkere positie van de vorst in het staatsbestel (en dus ook van de regering ten opzichte van het parlement) het licht. Zie voor een korte bespreking van die opvattingen par. III.4.2.

Deze ontwikkeling heeft de ruimte geschapen voor het ontstaan van de partijendemocratie, die volop tot bloei kon komen, mede dankzij de keuze van de grondwetgever *niet* tot de grondwettelijke regulering van politieke partijen over te gaan.²⁴ Niettemin bleef, op grond van het thorbeckeaanse ideaal van de parlementaire democratie uit 1848, het primaat in de Staten-Generaal grondwettelijk gezien bij de *individuele* leden van beide Kamers liggen.²⁵ Zij vertegenwoordigen grondwettelijk gezien, los van eventuele wensen van de verschillende kiezersgroepen, nog altijd het gehele Nederlandse volk (art. 50 Grondwet), waarbij zij niet rechtens kunnen worden gedwongen volgens een bepaalde fractielijn te stemmen (art. 67, derde lid Grondwet). Vanaf die tijd zou de partijendemocratie grondwettelijk gezien naast het ideaal van de parlementaire democratie blijven bestaan.

Na de Tweede Wereldoorlog zou aan deze periode van dualisme weer een einde komen.²⁶ Niet langer stonden regering en parlement als twee zelfstandige organen tegenover elkaar, zoals in het interbellum in meer of mindere mate nog het geval was, maar in plaats daarvan zou de regering in toenemende mate gaan *samenwerken* met de *Kamermeerderheid*. De belangrijkste oorzaak voor die verandering vormt de centrale rol die zogeheten regeerakkoorden sinds de formatie van het kabinet-Marijnen in 1963 zijn gaan spelen in het regeringsbeleid van missionaire²⁷ kabinetten.²⁸ Een regeerakkoord

24 Boogaard 2018, p. 244.

25 Boogaard 2018, p. 243, 249. Boogaard onderscheidt naast de parlementaire democratie en de partijendemocratie ook nog een derde benadering van democratie (op p. 246) die hij de 'plebiscitaire identiteitsdemocratie' noemt, die vanaf 1983 tot stand is gekomen. Deze benadering schept volgens de auteur ruimte voor allerhande vormen van democratische vernieuwing, zoals de invoering van een raadplegend referendum. Dit democratietype blijft hier verder buiten beschouwing.

26 In die zin reeds Donner 1957, p. 202-203. Overigens bleef, zoals ook Donner onderkent, het dualisme wel de norm, ook al stemde de praktijk daarmee niet of nauwelijks overeen. Vgl. in die zin ook o.a. Andeweg 2015, p. 148-153; Koole 2018, p. 326.

27 D.w.z. ieder kabinet met uitzondering van de (formeel) demissionaire en interimkabinetten. Het enige missionaire kabinet dat na 1963 aantrad zonder dat daaraan voorafgaand een regeerakkoord was gesloten, is het kabinet-Den Uyl (1973-1977). Hoewel drie van de vijf aan dit kabinet (D'66, PvdA en PPR) deelnemende partijen het stembusakkoord *Keerpunt '72* voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen van 1972 hadden gesloten, was van een regulier regeerakkoord geen sprake; twee andere aan dit kabinet deelnemende partijen (ARP en KVP) hadden zich nooit formeel gecommitteerd aan dit stembusakkoord. Zie Bovend'Eert 1988a, p. 48. Verder liet ook de PPR bij monde van partijleider B. de Gaay Fortman na de afronding van de formatie onduidelijkheid bestaan over haar bereidheid zich tijdens de regeringsperiode aan de afspraken uit dit akkoord te houden. Vgl. o.a. Maas 1982, p. 321-328.

28 Sinds 1963 vormde een dergelijk regeerakkoord tussen de fracties (of fractievoorzitters) steeds de basis van het tussen de (in)formateur en de kandidaat-bewindslieden gesloten regeringsprogram (behalve bij het kabinet-Den Uyl (1973-1977), zie de vorige noot). Voor alle kabinetten die tussen 1926 tot 1963 tot stand kwamen, behalve het kabinet-Beel I (1946-1948), gold dat zij met geringe of zelfs geheel zonder parlementaire betrokkenheid tot stand kwamen; de kabinetten die in die jaren werden geformeerd kenden dus een regeringsprogram dat niet was gebaseerd op een regeerakkoord. Zie Bovend'Eert 1988a, p. 46-49.

bevat de afspraken die de samenwerkende Kamerfracties onder leiding van een (in)formateur met elkaar hebben gemaakt waarvan voor zowel de bewindspersonen als de samenwerkende Kamerfracties een sterke bindende kracht in politieke zin uitgaat.²⁹ De invloed van de regeerakkoorden heeft, in het licht van zowel hun relatief sterke politieke binding als hun gedetailleerde karakter,³⁰ het beeld van het parlement als staatsrechtelijk orgaan aanzienlijk veranderd: ministers respectievelijk Kamerleden identificeren zich primair met hun politieke partij in plaats van met hun ambt. In dat kader is voor de opstelling van Kamerleden jegens de regering bepalend of zij deel uitmaken van een coalitiefractie dan wel van een oppositiefractie; als zij deel uitmaken van een coalitiefractie zullen zij zich door de bank genomen welwillender opstellen jegens de bewindspersonen die zij controleren dan als zij lid zijn van een oppositiefractie.

Medebepalend voor de identificatie van politici met hun eigen partij is de toegenomen volatilititeit in het stemgedrag onder kiezers vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw, waardoor het voor hen steeds minder vanzelfsprekend werd dat zij op de steun van een vast deel van het electoraat konden rekenen.³¹ Als gevolg daarvan kregen politici in toenemende mate de behoefte aandacht te vragen voor hun politieke werk met als doel het verkrijgen van steun bij hun potentiële achterban. In hun pogingen de kiezer te bereiken hebben de grotere politieke partijen in het algemeen in toenemende mate hun politieke leider in de strijd geworpen, die zich daarbij afficheert (of als zodanig wordt geafficheerd) als kandidaat-premier. Voor de kiezers kan daardoor ten onrechte het beeld ontstaan dat zij niet primair hun volksvertegenwoordiging, maar de te vormen regering kiezen. Dit beeld wordt nog versterkt door de toegenomen oriëntatie van grotere politieke partijen op regeren in plaats van (alleen) het vertegenwoordigen van het volk, waardoor de onderscheiden functies die regering en Staten-Generaal als zelfstandige organen van oorsprong hadden uit het zicht dreigt te verdwijnen.

Niet alleen op de beeldvorming over de verhouding tussen regering en parlement heeft deze ontwikkeling een belangrijke invloed gehad, ook het daadwerkelijke functioneren van beide organen is onder de toegenomen invloed van de politieke leiders van de diverse partijen aanzienlijk veranderd. In de praktijk is het namelijk niet meer altijd goed mogelijk de invloed vanuit ofwel de regering dan wel het parlement scherp te onderscheiden,

29 In dat licht is het mogelijk een soort politieke wetmatigheid of praktijk te onderscheiden op basis waarvan zowel de Kamerfracties als bewindspersonen zich tijdens de regeringsperiode aan de gemaakte afspraken uit het regeerakkoord houden. Het gaat hier uitdrukkelijk niet om een conventie, omdat er geen constitutionele verplichting tot naleving van het regeerakkoord kan worden aangenomen. Zie nader par. IV.3.3.1.

30 Sinds 1963 is het detailkarakter van regeerakkoorden verder toegenomen. Zie o.a. Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 481-482.

31 De beschrijving van de ontwikkelingen uit deze alinea is gebaseerd op Koole 2018, p. 332-334. Zie ook par. III.2.7.

omdat de belangrijkste beslissingen van beide organen regelmatig van tevoren door een beperkt aantal Kamerleden van de coalitiefracties en bewindspersonen *tezamen* in informeel verband worden afgekaart. Een belangrijke rol is daarbij, zoals Koole schrijft, weggelegd voor de fractievoorzitters van de coalitiepartijen, omdat zij de eerste onderhandelaars namens hun partij zijn bij de kabinetsformatie en daarmee in hun fractie over het interne gezag beschikken dat nodig is voor het afdwingen van steun voor het instandhouden van de coalitie.³² Dankzij dat interne gezag beschikken zij (of, indien de politiek leider in kwestie een post in het kabinet heeft gekregen, een andere fractievoorzitter die dan in de woorden van Koole fungeert als een soort 'zetbaas') over de mogelijkheid om de leden van hun fractie binnen de door hen aangeduide grenzen, die weer mede bij diverse informele (coalitie)overleggen worden vastgesteld, aan te sturen. Bovendien beslist hij, eventueel aangevuld met een aantal andere personen uit de top van zijn partij, over het lot van de bewindspersonen uit het kabinet; als een minister of staatssecretaris in opspraak is geraakt, dan beslist de partijleider of het aanblijven van de betreffende bewindspersoon niet ten koste gaat van de geloofwaardigheid van de eigen partij.³³

Voor het verloop van kabinetsformaties is deze ontwikkeling evenzeer van belang geweest. Volgens Van Baalen & Van Kessel is er vanaf de laatste decennia sprake van een zekere 'oligarchisering' van de procedure van coalitievorming, waarbij relatief weinig 'onderhandelaars' betrokken zijn; dat is een aanmerkelijk verschil ten opzichte van de formaties die plaatsvonden aan het begin van de twintigste eeuw, toen meer leden uit de verschillende fracties daarbij een rol speelden.³⁴ Hoewel de Grondwet nog altijd ook het ideaal van de parlementaire democratie belichaamt, hebben politieke partijen door deze ontwikkelingen steeds meer feitelijke invloed op het reilen en zeilen in regering en parlement gekregen.

In dat licht is het weinig zinvol om te spreken over de verhouding tussen *de* regering en *het* parlement; veel bepalender is hoe de regering zich verhoudt tot de coalitie- respectievelijk de oppositiefracties in het parlement. Het is daarom verstandig om terughoudend te zijn met het gebruik van de begrippen 'monisme' en 'dualisme',³⁵ omdat zij nog maar in beperkte mate recht doen aan de politieke realiteit waarin regering en parlement inmiddels functioneren.³⁶ In plaats daarvan is het behulpzamer een onderscheid

32 Koole 2018, p. 333, ook voor het hiernavolgende citaat.

33 Van den Berg 1989, p. 126.

34 Van Baalen & Van Kessel 2013, p. 17-18.

35 Overigens duiken deze begrippen ook in Kamerdebatten nog altijd af en toe op. Zie o.a. par. IV.2.3.4 en par. IV.2.5.

36 Vgl. in die zin ook o.a. Van den Berg 1989, p. 126; Daalder 1990 [1957], p. 94; Andeweg 2015, p. 153; Koole 2018, p. 326-327.

te maken tussen de verschillende identiteiten van de Kamer die ook wel, in sociaalwetenschappelijke termen, de drie ‘sociologische’ instituties van de Kamer kunnen worden genoemd: de arena,³⁷ de marktplaats en het instituut.³⁸

De Kamer functioneert als een arena voor zover haar leden zich laten leiden door hun partijpolitieke loyaliteit: Kamerleden stemmen volgens duidelijke lijnen van hun fractie, waardoor hun stellingname jegens de regering in de eerste plaats afhankelijk is van de vraag of zij deel uitmaken van een coalitie- of oppositiefractie. Voor coalitiefracties is de mate waarin Kamerleden fractiediscipline moeten betrachten bovendien nog afhankelijk van de gemaakte afspraken uit het regeerakkoord die, zoals al bleek, een sterke bindende kracht in politieke zin hebben. De afspraken uit het regeerakkoord danken hun bindende kracht vooral aan de voortdurende vrees van Kamerleden uit de coalitiefracties voor een kabinetscrisis; de afspraken uit het regeerakkoord fungeren aldus als een soort lijm die de samenwerkende coalitiefracties bijeenhoudt. Zodra de lijm op ook maar één punt loslaat, wordt het verband tussen de samenwerkende fracties ook op andere terreinen kwetsbaar. In de praktijk zal een Kamerlid van de coalitie dit risico niet willen lopen, omdat dergelijk gedrag uiteindelijk tot een kabinetscrisis kan leiden en (dus) de kans op een (snel) verlies van de eigen Kamerzetel vergroot.³⁹

De afspraken uit het regeerakkoord vormen daarom een belangrijke garantie voor het bijeenblijven van de coalitie. Kamerleden uit de oppositie daarentegen zullen de controlerende bevoegdheden van de Kamer, zoals het interpellatierecht en het vragenrecht, in beginsel juist aanwenden om de regering zo kritisch mogelijk te volgen. In dat licht zijn de rechten van het parlement, zoals Van den Berg stelt, in toenemende mate de rechten van de oppositie geworden.⁴⁰ In de praktijk is het vooral het regeerakkoord dat de grenzen van het karakter van de Kamer als arena demarceert.

37 In dat kader wordt soms ook nog een variant op de ‘arena’ onderscheiden, namelijk het ‘concert’. In dit laatstgenoemde beeld staat een leidende kern van ministers en fractieleiders die gezamenlijk een politiek (coalitie- of gedoog)akkoord hebben gesloten (de solisten) tegenover alle andere deelnemers aan de parlementair-politieke besluitvorming (het ensemble). Zie Andeweg 1992a, p. 166-168 = Andeweg 2018, p. 309-312 (in dit Engelstalige artikel spreekt Andeweg in dit kader van een ‘interparty mode of operation’); Van den Berg 2019, p. 124, 133. Dit beeld blijft hier verder buiten beschouwing, omdat het in een groot deel van de andere publicaties over deze ‘sociologische’ instituties binnen de Kamer niet voorkomt.

38 Van den Berg 2007, p. 24. Vgl. reeds eerder Van den Berg 1993, p. 68-69. De termen ‘arena’ en ‘instituut’ (of institutie) zijn door Daalder in Nederland geïntroduceerd, die deze begrippen op zijn beurt heeft ontleend aan het werk van de Britse politicoloog Anthony King. Zie Daalder 1986, p. 190-191. De termen zijn evenzeer in belangrijke mate toepasbaar op het functioneren van de Eerste Kamer. Zie par. IV.6.3.1.

39 Zie nader par. IV.2.4.3.

40 Van den Berg 1989, p. 126; Van den Berg 2007, p. 26-27.

De hoedanigheid van de Kamer als marktplaats heeft vooral betrekking op de besluitvorming die zich afspeelt in commissievergaderingen waarin Kamerleden (voornamelijk van de grotere fracties) als een soort sectorspecialisten optreden.⁴¹ In dat beeld loopt de besluitvorming niet louter langs fractielijnen, maar zijn Kamerleden van verschillende fracties ook tezamen belangenbehartigers namens bepaalde deelsectoren in de maatschappij. Volgens Andeweg is de marktplaats, hoewel niet geheel verdwenen, enigszins op zijn retour in het licht van het relatief beperkte aantal Kamerleden dat openlijk zegt op te komen voor een specifieke maatschappelijke sector.⁴² Deze ontwikkeling is onder meer het gevolg van bewuste maatregelen die gericht waren op de bestrijding van de ‘verkokering’ in de Tweede Kamer, zoals het terugdringen van het aantal Kamercommissies in 1994.

De Kamer als ‘instituut’, ten slotte, dat in grote lijnen overeenkomt met het staatsrechtelijke orgaan zoals dat in de Grondwet naar voren komt, neemt als een soort eenheid beslissingen over de grenzen van de politieke partijen heen. Nog altijd komt het voor dat de Kamer een eenheid vormt en, indien nodig, ook als zodanig optreedt jegens de regering, bijvoorbeeld bij de toepassing van het enquêterecht⁴³ of in het geval van een schending van het institutionele deel van het staatsrecht aan de kant van de regering.⁴⁴ Alleen voor de gevallen waarin de Kamer als zodanig optreedt hebben de begrippen ‘monisme’ en ‘dualisme’ hun betekenis behouden.

In de hiernavolgende beschrijving van de ontwikkeling van de belangrijkste staatsrechtelijke figuren die de verhouding tussen regering en parlement nader bepalen, namelijk de ministeriële verantwoordelijkheid, het ontbindingsrecht en het recht van initiatief, is de ontwikkeling van de Kamer van primair een ‘instituut’ tot vooral een ‘arena’ duidelijk zichtbaar.

IV.2.3 Parlementaire controle op het regeringsbeleid

Een van de kerntaken van het parlement betreft het uitoefenen van controle op het functioneren van de overheidsorganisatie. Daarbij is de ministeriële verantwoordelijkheid van art. 42, tweede lid Grondwet de centrale norm.

41 Zie o.a. Hagelstein 1991, p. 12-13; Van Schagen 1994, p. 74-78.

42 Andeweg 2015, p. 156-157. Andeweg nuanceert (op p. 154) deze constatering overigens ook weer in zoverre dat Kamerleden zelden openlijk uitspreken dat zij de belangen van een bepaalde maatschappelijke sector behartigen. Op basis van die constatering is er dus enige twijfel mogelijk over de vraag of het aantal ‘kwaliteitszetels’ in de Tweede Kamer inderdaad zo beperkt is als zij zelf doet voorkomen. Zie nader over dat laatste aspect Van den Berg 2019, p. 127-128.

43 Vgl. in die zin ook o.a. Van den Berg 1989, p. 126; Bovend’Eert & Kummeling 2017, p. 403.

44 Zie par. IV.2.3.4.

Dit artikellid luidt: 'De Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk.' Deze paragraaf is gewijd aan de buitengrondwettelijke ontwikkelingen die deze norm hebben beïnvloed.⁴⁵

IV.2.3.1 Achtergrond: de politieke ministeriële verantwoordelijkheid als fundament van de parlementaire controle-uitoefening op de overheidsorganisatie

Al sinds 1848 vormt de politieke ministeriële verantwoordelijkheid⁴⁶ (art. 42, tweede lid Grondwet) de belangrijkste grondslag voor de uitoefening van parlementaire controle op het regeringsbeleid. Op het moment van zijn vaststelling markeerde deze norm eerst en vooral de transformatie van de minister, die voor 1848 louter een 'dienaar van de koning' was, tot een volwaardig ambt dat verantwoording is verschuldigd, ook voor het handelen van de koning, aan de Staten-Generaal. Inmiddels staat dit uitgangspunt niet meer ter discussie; voor ministers zijn niet langer primair de opvattingen van de koning, maar vooral die van het parlement doorslaggevend bij het afleggen van verantwoording. Dankzij de norm van de ministeriële verantwoordelijkheid vormt de minister voor het parlement het centrale aanspreekpunt voor de democratische controle op de (nationale) overheidsorganisatie. In dat licht spitst de discussie over de ministeriële verantwoordelijkheid zich sinds de twintigste eeuw vooral toe op haar *omvang*, dus op de gedragingen *waarvoor* de Staten-Generaal de minister ter verantwoording kunnen roepen. In die gewijzigde betekenis van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid is ook de sinds de twintigste eeuw toegenomen verwevenheid van regering en parlement duidelijk zichtbaar. Ondanks de veranderde betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid is de relevante grondwettelijke norm altijd ongewijzigd gebleven.

Hoewel de bewoordingen van de grondwettelijke norm van artikel 42, tweede lid Grondwet nog altijd suggereren dat ministers eerst en vooral verantwoording aan het parlement dienen af te leggen voor het handelen van de koning roept het parlement ministers in een veel groter aantal

45 Aspecten die betrekking hebben op de interne verhoudingen binnen de regering (en binnen de coalitie), zoals de homogeniteitsregel en de positie van de koning, komen aan de orde in hoofdstuk IV.3. Een belangrijk aspect van de ministeriële verantwoordelijkheid omvat tevens de plicht voor bewindslieden antwoord te geven op vragen van individuele Kamerleden ex art. 68 Grondwet. Voor 1987 was dit niet een recht van individuele Kamerleden, maar van de afzonderlijke Kamers *als geheel*. Desondanks was het al ruim voor 1987 vaste praktijk dat de Kamer individuele Kamerleden vrijwel steeds verlot gaf voor het stellen van vragen aan bewindspersonen. Deze ontwikkeling komt aan de orde in par. IV.4.4.

46 De overige (civielrechtelijke, comptabele en strafrechtelijke) vormen van ministeriële verantwoordelijkheid blijven hier buiten beschouwing. Hun bespreking zou, gelet op hun in de praktijk geringe belang, onvoldoende licht werpen op de afbakening tussen staatsrecht en conventie die in dit deel van het boek centraal staat. Om dezelfde reden blijft ook de politieke (afgeleide) ministeriële verantwoordelijkheid voor de leden van het Koninklijk Huis, niet zijnde de koning, hier verder onbesproken.

gevallen ter verantwoording voor *andere* kwesties. Vooral de uitdijning van de staatstaak, die heeft geleid tot een enorme groei van het ambtelijk apparaat, is daaraan debet. Niettemin bestond er nog tot de jaren negentig van de vorige eeuw onduidelijkheid over de precieze reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid,⁴⁷ vooral ten aanzien van het functioneren van de onder de minister ressorterende ambtelijke diensten.

Een commissie onder leiding van oud-staatssecretaris van Justitie Scheltema (D66) heeft in het op verzoek van de Tweede Kamer geschreven rapport *Steekhoudend ministerschap* op dit punt helderheid geschapen. In dit rapport betoogt de commissie dat de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid afhangt van de bevoegdheden van de minister; derhalve kan de ministeriële verantwoordelijkheid zich in beginsel uitstrekken tot het functioneren van alle overheidsorganisaties op nationaal niveau.⁴⁸ Op basis van dit uitgangspunt is het mogelijk de ministeriële verantwoordelijkheid voor het functioneren van de ambtelijke diensten te herleiden tot artikel 44, eerste lid Grondwet waarin is bepaald dat de minister als leidinggevende van een ministerie bevoegd is alle daaronder ressorterende ambtenaren instructies te geven.

In het verlengde daarvan ligt de vraag of het bestaan van ministeriële verantwoordelijkheid voor het functioneren van de ambtelijke diensten afhankelijk is van de mate waarop de minister daarop in een concreet geval invloed heeft kunnen uitoefenen. De commissie-Scheltema formuleert daarover in haar rapport als uitgangspunt dat een dergelijk feitelijk criterium *geen* rol zou moeten spelen bij het vaststellen van de reikwijdte van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Als verwijtbaarheid in dit kader wel bepalend zou zijn, zo stelt de commissie, dan kan dit voor een minister aanleiding geven zich niet goed te laten informeren over het handelen van de ambtelijke diensten, waardoor de effectiviteit van de controle van het parlement op het openbaar bestuur onder druk komt te staan.⁴⁹

47 In die zin Scheltema 2006, p. 1. Hij was voorzitter van de naar hem genoemde commissie die zich in het, hierna in de hoofdtekst nog te bespreken, rapport *Steekhoudend ministerschap* heeft gebogen over de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid.

48 Commissie-Scheltema, *Steekhoudend ministerschap = Kamerstukken II 1992/93, 21427*, nr. 40-41, p. 9, 11. De minister is tevens verantwoordelijk voor het functioneren van niet-departementale overheidsorganisaties, zoals het OM en zelfstandige bestuursorganen. De bevoegdheden die de minister ten aanzien van deze overheidsorganisaties kan uitoefenen (en die dus de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid ter zake bepalen) vloeien voort uit diverse wetten in formele zin, zoals de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en (voor het OM) de Wet RO. De ministeriële verantwoordelijkheid voor deze niet-departementale overheidsinstellingen blijft hier onbesproken. Voor de beantwoording van de afbakeningsvragen die in dit deel van het proefschrift centraal staan, zijn deze aspecten van de ministeriële verantwoordelijkheid van relatief gering belang.

49 Commissie-Scheltema, *Steekhoudend ministerschap = Kamerstukken II 1992/93, 21427*, nr. 40-41, p. 15.

De commissie meent dat het onverkort handhaven van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid zonder verwijtbaarheids criterium aldus de minister dwingt de ambtenaren op zijn departement onder controle te houden.

Volgens de commissie hangt de vraag naar de verwijtbaarheid veeleer samen met de vertrouwensregel op basis waarvan een bewindspersoon niet kan aanblijven als een Kamermeerderheid het vertrouwen in hem opzegt. Hoewel zij tot op zekere hoogte met elkaar samenhangen,⁵⁰ hebben beide normen een van elkaar te onderscheiden betekenis, omdat de inroeping van de vertrouwensregel, anders dan bij de politieke ministeriële verantwoordelijkheid het geval is, formeel ook mogelijk is op basis van zuiver feitelijke, niet-juridische criteria. Het is daarom voor het parlement juridisch gezien te allen tijde mogelijk het vertrouwen in een minister op te zeggen, ook als de bewindspersoon in kwestie zich toereikend heeft verantwoord.⁵¹

Interessant is dat de Tweede Kamer in december 1993 de kernbevindingen van de commissie-Scheltema tot de hare heeft gemaakt door de motie-Jurgens c.s. aan te nemen.⁵² De belangrijkste conclusies van de commissie zijn door deze interpretatie van het betrokken orgaan deel gaan uitmaken van het geldende staatsrecht,⁵³ namelijk door het begrip ‘verantwoordelijk’ uit artikel 42, tweede lid Grondwet (in samenhang met andere grondwetsbepalingen, zoals in dit geval art. 44, eerste lid Grondwet) voortaan conform de conclusies van dit rapport te interpreteren. Zo gezien heeft dit artikellid, dat oorspronkelijk tot doel had de bevoegdheidsverdeling tussen de koning en de ministers vast te leggen, een nieuwe interpretatie gekregen op basis van de (gewijzigde) opvattingen van een hedendaagse grondwetgever zonder dat daarbij de tekst van de bepaling werd gewijzigd. Artikel 42, tweede lid Grondwet biedt daarvoor de ruimte, want dit artikellid bevat het kader waarbinnen de discussies over de invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid een plaats krijgen.

50 Het komt immers geregeld voor dat de opzegging van het vertrouwen door de Staten-Generaal voortvloeit uit onvrede over de manier waarop de minister verantwoording aflegt jegens de Kamer. In een dergelijk geval vormt de opzegging van het vertrouwen door de Kamer in de betrokken minister, die Elzinga omschrijft als de ultieme sanctie in de sanctioneringsfase (naast een aantal andere politieke sanctiemogelijkheden, zoals het niet kunnen terugkeren in een kabinet dan wel geen promotie kunnen maken van staatssecretaris tot minister, die hier verder onbesproken kunnen blijven) als zodanig het sluitstuk van het verantwoordingsproces. Zie Elzinga 1990, p. 101 = Elzinga 1991, p. 27-28 = Elzinga 2020, p. 269.

51 Overigens lijkt er in de praktijk veeleer sprake te zijn van een quasi-juridische invulling van de vraag of een minister kan aanblijven die juist nauw samenhangt met het verantwoordingsproces door de betreffende bewindspersoon. Zie par. IV.2.3.3.

52 *Handelingen II* 1993/94, p. 3258 (22 december 1993). Zie voor de tekst van de motie *Kamerstukken II* 1993/94, 21427, nr. 69 (herdruk).

53 Twaalfeneenhalf jaar na de verschijning van het rapport kwam ook Scheltema zelf tot de conclusie dat de kernbevindingen van het rapport deel zijn gaan uitmaken van het geldende staatsrecht. Zie Scheltema 2006, p. 1. Nog altijd is er weinig reden om aan die conclusie te twijfelen. Vgl. meer recent Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 307-309.

Dankzij deze nieuwe interpretatie schept de norm van de ministeriële verantwoordelijkheid een helder kader voor parlementaire controle op het functioneren van de overheidsorganisatie: een minister⁵⁴ kan daarvoor ter verantwoording worden geroepen door de Staten-Generaal voor zover hij een wettelijke bevoegdheid uitoefent of voor zover dat anderszins uit de Grondwet voortvloeit. Uit deze norm valt echter niet altijd precies op te maken op welke *wijze* de minister aan zijn verantwoordingsplicht dient te voldoen. In dit kader springen drie kwesties in het oog: de mate waarin een minister verplicht is om uit eigen beweging informatie aan de Staten-Generaal te verstrekken, de wijze waarop een minister verantwoording jegens de Staten-Generaal aflegt voor het handelen van de onder hem ressorterende ambtenaren en de mate van afstand die Kamerleden van de coalitie moeten houden van bewindspersonen met het oog op het uitoefenen van hun controlerende taak.

IV.2.3.2 *De algemene actieve inlichtingenplicht*

Reeds ten tijde van de opname van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid in de Grondwet in 1840 impliceerde het begrip 'verantwoordelijkheid' in de woorden van Thorbecke eerst en vooral

'dat de minister antwoord geve; antwoord niet enkel voor den regter, maar bovenal aan den Statengeneraal over gouvernementzaken van zijn departement, wier verklaring zij behoeven'.⁵⁵

Thorbecke veronderstelde blijkens dit citaat dat het afleggen van verantwoording vooral een reactief proces is; ministers moeten volgens deze interpretatie van (het huidige) artikel 42, tweede lid Grondwet inlichtingen op aanvraag verstrekken. Het is onomstreden dat het afleggen van verantwoording door een bewindspersoon in ieder geval het geven van antwoord op vragen van individuele Kamerleden impliceert; sinds 1987 volgt dit ook expliciet uit artikel 68 Grondwet. Wie de redenering van Thorbecke volgt, zal artikel 68 Grondwet vooral beschouwen als een uitwerking van artikel 42, tweede lid Grondwet. Volgens die denkwijze legt de laatstgenoemde norm het *bestaan* van de ministeriële verantwoordelijkheid vast, terwijl de

54 Het navolgende geldt ook voor de staatssecretaris, waarvoor op basis van art. 46, tweede lid Grondwet (los van de verantwoordelijkheid die de minister voor 'zijn' staatssecretaris heeft) een met die van de minister vergelijkbare plicht tot het afleggen van verantwoording bestaat. Wat in deze paragraaf staat over de 'ministeriële verantwoordelijkheid', geldt dus eveneens voor de verantwoordelijkheid van staatssecretarissen tegenover de Staten-Generaal.

55 Thorbecke 1841, deel I, p. 253-254.

eerstgenoemde norm uitwerkt wat die verantwoordelijkheid inhoudt: een bewindspersoon dient inlichtingen op verzoek van individuele Kamerleden te verstrekken, tenzij het belang van de staat zich daartegen verzet.⁵⁶

Volgens deze benadering zou nog altijd het door Thorbecke geformuleerde uitgangspunt gelden dat de uit de ministeriële verantwoordelijkheid voortvloeiende verantwoordingsplicht van de minister primair reactief van aard is. De impliciete veronderstelling van deze benadering is dat er (nog altijd) geen algemene⁵⁷ plicht voor bewindspersonen bestaat om *uit eigen beweging* inlichtingen aan de Kamers te verstrekken, ook niet voor zover dat voor de parlementaire taakuitoefening van belang is.⁵⁸ Deze benadering is echter niet zonder problemen, omdat de ontkenning van het bestaan van een actieve inlichtingenplicht haaks staat op de opvatting van de grondwetgever; de regering stelde bijvoorbeeld in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1987

‘dat uit ons democratisch stelsel voortvloeit dat bewindspersonen de plicht hebben uit eigen beweging gegevens aan het parlement te verstrekken, wanneer dat in het belang van een goede en democratische bestuursvoering wenselijk is’.⁵⁹

56 In die zin Kortmann: ‘De ministeriële verantwoordelijkheid (...) is vervat in art. 42 en 68 Grondwet. Volgens art. 42 Gw is de koning onschendbaar en zijn de ministers verantwoordelijk. Art. 68 Gw geeft aan wat deze verantwoordelijkheid inhoudt. Deze bepaling verplicht bewindslieden de Kamer de door een of meer leden gevraagde inlichtingen te verstrekken. De ministers kunnen zich alleen disculperen door een beroep te doen op het belang van de staat.’ Aangehaald in Van den Driessche 2005, p. 172. Vgl. in die zin ook Kortmann/Bovend’Eert e.a. 2016, p. 312-313.

57 Naast de niet expliciet in de Grondwet vastgelegde algemene actieve inlichtingenplicht, is het ook mogelijk op specifieke terreinen een bijzondere actieve inlichtingenplicht te onderscheiden die wél uit de Grondwet (zie o.a. art. 100) voortvloeit; dergelijke bijzondere plichten blijven in dit boek buiten beschouwing. Iedere verwijzing naar een actieve inlichtingenplicht in het vervolg van deze paragraaf heeft derhalve steeds betrekking op de algemene actieve inlichtingenplicht.

58 In die zin Kortmann/Bovend’Eert e.a. 2016, p. 316: ‘[O]pgemerkt [zij] dat bewindslieden frequent ongevraagde inlichtingen aan de Kamers verstrekken. Een rechtsplicht daartoe bestaat echter niet. Het is een kwestie van politieke aard.’ Munneke stelt eveneens dat de actieve inlichtingenplicht “‘slechts’” een praktijk vormt. Zijn ontkenning van het bestaan van een plicht is gestoeld op de redenering dat het niet goed mogelijk is ‘aan te geven in welke gevallen een minister een algemene actieve inlichtingenplicht zou hebben geschonden, als niet enigszins duidelijk is waar de grenzen van die plicht precies liggen’. Zie Munneke 2006, p. 200. Op zichzelf hoeft onduidelijkheid over de precieze afbakening van een norm echter nog geen belemmering te vormen voor het aannemen van een ongeschreven norm. Als de grenzen van de reikwijdte van een norm niet geheel duidelijk zijn, dan betekent dat immers nog niet dat er in het geheel *geen* norm is. Zie nader par. III.5.3.3.1. Vgl. in die laatstgenoemde zin ook Hillebrink 2016, p. 324.

59 *Kamerstukken II* 1985/86, 19014, nr. 5, p. 6.

Bijna twintig jaar later stelde de Kamer in dezelfde lijn:

‘Buiten twijfel staat dat ministers en staatssecretarissen de plicht hebben het parlement ongevraagd zodanig te informeren dat het zijn taken naar behoren kan uitoefenen.’⁶⁰

In het licht van deze opvattingen van regering en parlement ligt het niet voor de hand dat de actieve inlichtingenplicht louter een (niet-normatieve) praktijk is.⁶¹ De concrete *invulling* van die plicht staat echter niet vast; het is steeds aan regering en parlement zelf om te bepalen in hoeverre de Kamer bepaalde informatie voor haar taakuitoefening nodig heeft. Op zichzelf is dat echter nog geen reden aan te nemen dat een actieve inlichtingenplicht niet bestaat. In het staatsrecht zijn dergelijke onbepaalde normen, voor zover zij gelden in politieke verhoudingen, immers geen zeldzaamheid; ook de ministeriële verantwoordelijkheid zelf is een voorbeeld van een dergelijke norm.

Daarmee is duidelijk dat er een actieve inlichtingenplicht voor bewindspersonen *bestaat*. Nu moet nog worden vastgesteld op basis waarvan deze verplichting geldt. In ieder geval valt zij niet te herleiden tot artikel 68 Grondwet, omdat dit laatstgenoemde artikel blijkens zijn bewoordingen alleen betrekking heeft op de verstrekking van inlichtingen *op verzoek van* individuele Kamerleden.⁶² Daarmee blijven nog twee mogelijkheden over: of deze plicht vloeit voort uit artikel 42, tweede lid Grondwet⁶³ of hij vormt een afzonderlijke conventie.⁶⁴ Het ligt voor de hand de basis van deze plicht te

60 *Kamerstukken II* 2005/06, 29283, nr. 36, p. 8. De volgende zin van deze notitie luidt overigens: ‘Het feit dat deze plicht ongeschreven is doet daaraan niet af.’ Bij nader inzien is het echter juist, zoals hierna in de hoofdtekst nog wordt betoogd, om de actieve inlichtingenplicht te herleiden tot de (geschreven) norm van de ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42, tweede lid Grondwet).

61 In die zin ook Hillebrink 2016, p. 324.

62 Dat laatste betoogt de Raad van State in een advies dat overigens niet primair betrekking heeft op de uitleg van art. 68 Grondwet. De Raad betoogt daarin zowel dat de actieve inlichtingenplicht een ‘actieve connotatie’ heeft gegeven aan art. 68 Grondwet als dat die plicht een ongeschreven karakter heeft. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 24456, C, p. 7. Het is dan ook niet mogelijk de actieve inlichtingenplicht zonder meer tot art. 68 Grondwet te herleiden. Verder koppelt de regering in een notitie over de reikwijdte van art. 68 Grondwet het bestaan van deze actieve inlichtingenplicht aan de vertrouwensregel. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr. 2, p. 3. Die koppeling is echter evenmin gelukkig. Hoewel er in bepaalde gevallen onmiskenbaar een verband tussen beide normen bestaat, hoeft dat niet altijd het geval zijn. De Kamer kan de vertrouwensregel immers ook activeren, als de minister naar het oordeel van de Kamer aan zijn actieve inlichtingenplicht heeft voldaan. Andersom kan er ook aanleiding voor een minister zijn om (uit eigen beweging informatie aan de Kamer te verstrekken, als die handeling niet voortkomt uit vrees voor activering van de vertrouwensregel. Vgl. in die zin ook (ten aanzien van de koppeling van de actieve inlichtingenplicht aan zowel art. 68 Grondwet als de vertrouwensregel) Bovend’Eert & Kummeling 2017, p. 287.

63 In die zin Bovend’Eert & Kummeling 2017, p. 287.

64 Vgl. in die zin o.a. Van Maarseveen 1965, p. 499; Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 791.

zoeken in artikel 42, tweede lid Grondwet, omdat het ongevraagd verstrekken van voor de Kamer relevante informatie in het verlengde ligt van het afleggen van verantwoording door bewindspersonen uit hoofde van dit artikellid.

Niet alle informatie die een bewindspersoon op basis van de actieve inlichtingenplicht aan de Kamer verstrekt, heeft echter betrekking op een terrein waarvoor een bewindspersoon verantwoording jegens het parlement dient af te leggen. In dat kader valt te denken aan feitelijke maatschappelijke ontwikkelingen of gebeurtenissen uit het buitenland. Toch valt ook op deze terreinen de actieve inlichtingenplicht te herleiden tot artikel 42, tweede lid Grondwet. De ministeriële verantwoordelijkheid is er immers op gericht om de uitoefening van controle door het parlement op het regeringsbeleid mogelijk te maken. Voor zover de Kamer informatie nodig heeft voor de uitoefening van haar controlerende taak, zal de minister dan ook actief aan de Kamer de betreffende inlichtingen dienen te verstrekken – ook voor zover die informatie op zichzelf geen betrekking heeft op een terrein waarop een bewindspersoon eigen bevoegdheden kan uitoefenen. In zoverre vloeit de actieve inlichtingenplicht, voor zover die bestaat, volledig voort uit de ministeriële verantwoordelijkheid van artikel 42, tweede lid Grondwet.⁶⁵ Er is geen aanleiding op dit terrein afzonderlijke conventies te onderscheiden.

IV.2.3.3 *De ministeriële verantwoordelijkheid en politiek-ambtelijke verhoudingen*

Het theoretische uitgangspunt van de ministeriële verantwoordelijkheid is helder: de minister is verantwoordelijk voor de wijze waarop hij zijn wettelijke bevoegdheden uitoefent of voor zover dat anderszins uit de (Grond-) wet volgt; bij het vaststellen van de reikwijdte van de verantwoordelijkheid in een concreet geval speelt geen rol wat de minister feitelijk heeft gedaan. Hoe helder dit uitgangspunt in theorie ook is, in de praktijk is er dermate veel gaande op een departement dat een bewindspersoon daarvan per definitie niet tot in detail op de hoogte kan zijn.

Gezien de taken die ambtenaren moeten uitvoeren met het oog op het verzekeren van een goed functionerende overheidsorganisatie, heeft de bestuurskundige Crince le Roy hun 'een sleutelpositie in het sociale krachtenspel' toegeschreven.⁶⁶ Volgens hem zou de invloed van ambtenaren op het staatsbestuur zelfs zo sterk zijn dat zij een 'vierde macht' vormen, waar-

65 Overigens betekent dat nog niet dat de Kamer ook alle door haar verlangde informatie daadwerkelijk krijgt. Een bewindspersoon beoordeelt in de praktijk zelf of de Kamer bepaalde informatie nodig heeft voor haar taakvervulling. Pas achteraf is het mogelijk vast te stellen dat een minister ten onrechte informatie aan de Kamer heeft onthouden. In dat geval kan de Kamer de betreffende minister alleen bestraffen door de vertrouwensregel te activeren, maar dat is wel een paardenmiddel. Voor de handhaving van de actieve inlichtingenplicht geldt *mutatis mutandis* hetzelfde als voor de passieve inlichtingenplicht van art. 68 Grondwet. Zie daarover par. IV.4.4.

66 Crince le Roy 1976, p. 11-12, ook voor het volgende citaat.

op de minister maar in beperkte mate controle kan uitoefenen. Als gevolg daarvan zou de ministeriële verantwoordelijkheid, mede gelet op de grote omvang van de overheidsorganisatie, een 'fictie' zijn. Het beeld van 'de ambtenaren' als significante machtsfactor in het staatsbestel vormde aanleiding voor zowel andere bestuurskundigen als juristen voor bezinning op de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid.⁶⁷ Daarbij rees zowel de vraag of zij afhankelijk zou moeten zijn van de mate waarin een bewindspersoon een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt als de vraag of de Kamer de mogelijkheid zou moeten hebben rechtstreeks inlichtingen over het geldende beleid in te winnen bij ambtenaren. In de aanloop naar de grondwets Herziening van 1983 achtte de regering de invoering van een verantwoordingsplicht van ambtenaren nog 'onnodig'.⁶⁸ In plaats van de invoering van een dergelijke plicht zou de oplossing voor eventueel 'te grote, ongecontroleerde ambtelijke macht' op ministeries volgens de regering liggen in 'een betere greep van de betrokken, politiek verantwoordelijke bewindspersoon op de uitoefening daarvan'. Volgens de regering zou het ook in de toekomst niet problematisch hoeven te zijn dat ambtenaren slechts verantwoording schuldig zijn aan de minister aan wie zij ondergeschikt zijn, omdat 'de loyale ambtenaar' voldoende rekening zou houden met de politieke verantwoordelijkheid van de minister.

Nog altijd ligt de invoering van een verantwoordingsplicht voor ambtenaren staatsrechtelijk gezien niet voor de hand, omdat de doorvoering daarvan voor zowel de Kamer als de minister onwenselijke gevolgen heeft. In dit kader verdienen twee potentiële gevaren van rechtstreeks contact tussen ambtenaren en ministers de aandacht.⁶⁹ In de eerste plaats zou een verantwoordingsplicht van ambtenaren tegenover de Kamer ertoe kunnen leiden dat de Kamers de belangrijkste ambtenaren op een departement tegen de minister uitspelen, waardoor de positie van de minister onder druk komt te staan. In de tweede plaats zou een afzonderlijke verantwoordingsplicht voor ambtenaren eveneens nadelig voor de Kamers kunnen uitpakken, omdat die door de veelheid van mogelijke ambtelijke aanspreekpunten op een minis-

67 Zie voor een bespreking van deze discussie o.a. Verhey 2001, p. 8-14, ook voor verdere verwijzingen naar de relevante oudere staatsrechtelijke en bestuurskundige literatuur. Sinds de verschijning van het rapport *Steekhoudend ministerschap* in 1992 is er inmiddels een grote mate van consensus in de staatsrechtelijke literatuur over de wenselijkheid van de handhaving van de ministeriële verantwoordelijkheid in de huidige vorm; volgens die benadering is de vermeende fictie van ministeriële verantwoordelijkheid geen onoverkomelijk probleem. Een uitzondering vormt Peters, die in zijn afscheidsrede stelt dat de ministeriële verantwoordelijkheid 'een vermolmd concept' is dat, door het creëren van een 'scherm' waarachter de ambtenaar zich kan verschuilen, 'een belemmering voor reële controle' vormt. Zie Peters 2011, p. 7.

68 *Kamerstukken II* 1980/81, 16035, nr. 8, p. 6-7, ook voor de overige citaten in deze alinea.

69 Vgl. in die zin o.a. Van der Pot/Donner 1983, p. 332; Burkens 1987a, p. 18-20; Verhey 2001, p. 14. Overigens relativeert een enkeling deze bezwaren. Zo pleitte Peters nog in 2011 voor een verdere verruiming van de mogelijkheid tot het leggen van contact tussen ambtenaren en de Kamer. Zie Peters 2011, p. 19.

terie mogelijk hun grip op het ambtelijk apparaat verliezen. In dat licht kan een fundamentele wijziging van de ministeriële verantwoordelijkheid voor het functioneren van de ambtelijke diensten alleen geschieden als dat, in de woorden van Burkens, geschiedt 'vanuit het klare bewustzijn dat men dan overgaat op een andere staatsrechtelijke structuur'.⁷⁰ Nog altijd lijkt er weinig behoefte te zijn om tot een dergelijke ingrijpende hervorming van het staatsrecht over te gaan.

Op zichzelf vormt het vasthouden aan het uitgangspunt van de 'loyale' ambtenaar, ook als een bewindspersoon op zijn ambtenaren kan en mag vertrouwen,⁷¹ nog geen garantie voor een goede werking van de ministeriële verantwoordelijkheid. In het licht van de complexiteit van de overheidsorganisatie kan het voor een ambtenaar soms moeilijk zijn om in te schatten wat een minister van hem verwacht. Daarom is het denkbaar dat hij de minister te veel informatie geeft waardoor de minister onvoldoende tijd heeft zich adequaat voor te bereiden op (bijvoorbeeld) een Kamerdebat, maar andersom is het ook goed mogelijk dat hij, anticiperend op de grote hoeveelheid informatie die een bewindspersoon toch al krijgt, bepaalde informatie juist *niet* aan de minister doorspeelt.⁷² Als achteraf blijkt dat een minister van een bepaalde kwestie niet op de hoogte was, hoeft dat nog niet het gevolg van bewust disloyaal gedrag van zijn ambtenaren te zijn.

In dat licht rijst de vraag hoe een minister in de praktijk over zijn ambtenaren dient te spreken, als het parlement de gang van zaken op zijn departement in een debat met hem ter discussie stelt. Op zichzelf is het uitgangspunt helder: de minister is het enige aanspreekpunt voor de Staten-Generaal over het handelen van de ambtelijke diensten, hetgeen meebrengt dat hij in beginsel de volle verantwoordelijkheid neemt voor zijn ambtenaren. Indien de minister, in de woorden van Verhey, 'al enig licht mag laten schijnen tussen hem en zijn ambtenaren dan toch alleen in sporadische gevallen en in zeer terughoudende bewoordingen'.⁷³ Hoewel Verhey suggereert dat deze norm deel zou kunnen uitmaken van een groep 'enigszins voor de hand liggende omgangsregels' over de verhouding tussen de ambtenaren en hun minister (waarmee hij suggereert dat deze norm een conventie zou kunnen zijn),⁷⁴ ligt het toch meer voor de hand dat dit uitgangspunt besloten ligt in artikel 42, tweede lid Grondwet.⁷⁵ De aanneming van een conventie zou alleen voor de hand liggen, als de Grondwet de ministeriële verantwoordelijkheid ongeregeld had gelaten. Dat is echter niet het geval.

70 Burkens 1987a, p. 15.

71 Aan de goede werking van de ministeriële verantwoordelijkheid ligt immers per definitie de assumptie ten grondslag dat een minister zowel kan vertrouwen op zijn ambtenaren als dat de ambtenaar het vertrouwen van de minister waard is, hetgeen niet altijd vanzelfsprekend hoeft te zijn. Vgl. in die zin Donner 1987a, p. 366; Peters 2011, p. 8-12.

72 Peters 2011, p. 13-15.

73 Verhey 2001, p. 19. Vgl. in die zin ook Peters 2011, p. 14.

74 Verhey 2001, p. 23.

75 Zie nader par. IV.2.3.1.

In dat kader vormt de eerder besproken opvatting van de regering een belangrijk aanknopingspunt, omdat zij reeds ten tijde van het debat over de totstandkoming van artikel 42, tweede lid Grondwet vooropstelde dat de parlementaire controle op de ambtelijke dienst is gebaat bij een volle werking van de ministeriële verantwoordelijkheid, dus zonder aparte verantwoordingsplicht voor ambtenaren. In die lijn passen de in 1998 uitgevaardigde⁷⁶ (en in 2020 herziene)⁷⁷ Aanwijzingen inzake externe contacten Rijksambtenaren, ook wel bekend als de ‘oekaze-Kok’.⁷⁸ Daarin is vastgelegd dat contact tussen de Staten-Generaal en ambtenaren alleen mag plaatsvinden met toestemming van de minister onder wie de betrokken ambtenaren ressorteren (aanwijzing 3, eerste lid), dat ambtenaren zich bij dit contact met de Staten-Generaal beperken tot het verstrekken van feitelijke informatie (aanwijzing 4) en dat een verzoek van een Kamerlid om toezending van feitelijke informatie wordt behandeld door de daartoe door de minister aangewezen parlementair contactpersoon (aanwijzing 5, eerste lid). In de door toenmalig minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties Nicolai (VVD) opgestelde *Leidraad* ten behoeve van de toepassing van deze Aanwijzingen, komt expliciet tot uitdrukking wat dit uitgangspunt betekent voor de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid:

‘De minister is (...) verantwoordelijk, niet zijn ambtenaren. Hij is het aanspreekpunt voor Kamerleden. Hij legt verantwoording af over gemaakte keuzes, gevoerd beleid en genomen beslissingen. Het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid brengt dit met zich mee.’⁷⁹

-
- 76 Besluit van de minister-president, handelende in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad van 19 mei 1998, *Stcrf.* 1998, 104. Deze nieuwe Aanwijzingen vervingen zowel de Aanwijzingen inzake ambtelijk optreden (extern), betrekking hebbend op de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren, vastgesteld bij besluit van de Minister-President van 21 juli 1972 (*Kamerstukken II 1972/72*, 11925, nr. 1) als de Aanwijzingen inzake contacten tussen Kamercommissies en ambtenaren respectievelijk regeringsadviescolleges vastgesteld bij besluit van de Minister-President, in overeenstemming met het gevoelen van de Raad van Ministers, van 14 juli 1980 (*Kamerstukken II 1979/80*, 15848, nr. 3).
- 77 Regeling van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken van 18 december 2020, kenmerk 4177136, tot vaststelling van de Aanwijzingen voor de externe contacten van rijksambtenaren, *Stcrf.* 2020, 68088. Deze herziening had volgens minister van Binnenlandse Zaken Ollongren (D66) een beperkt karakter. Volgens de minister was deze herziening vooral bedoeld (i) om een einde te maken aan ‘mogelijke onduidelijkheden’ over de toepassing van de tekst van de Aanwijzingen en (ii) ‘om het strenge imago van de Aanwijzingen weg te nemen’. Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 28844, nr. 221, p. 2.
- 78 Vanwege de beperkte inhoudelijke betekenis van de herziening van 2020 (zie de vorige noot) is de bijnaam ‘oekaze-Kok’ voor de nogal stringent geformuleerde Aanwijzingen nog altijd passend. Volgens oud-topambtenaar Bekker was deze bijnaam echter in zoverre overdreven, dat de praktische mogelijkheden na 1998 voor het leggen van contact tussen Kamerleden en ambtenaren niet wezenlijk veranderden. Zie Bekker 2021, p. 346, 349.
- 79 *Leidraad voor de toepassing van de Aanwijzingen inzake externe contacten van Rijksambtenaren bij functionele contacten met de Staten-Generaal en individuele Kamerleden (Kamerstukken II 2006/07*, 29283, nr. 46, p. 2).

De ijzeren consequentie van dit uitgangspunt is dat een minister zich niet achter zijn ambtenaren mag verschuilen als de Kamer hem ter verantwoording roept; dit uitgangspunt vloeit op basis van de opvattingen van de regering thans voort uit de (hedendaagse) uitleg van de term ‘verantwoordelijk’ in artikel 42, tweede lid Grondwet, mede in samenhang met artikel 44, eerste lid Grondwet waarin is vastgelegd dat de minister de leiding heeft over een ministerie. Als een minister zich achter zijn ambtenaren verschuilt, dan voldoet hij niet aan de eis dat hij *zelf* verantwoording aflegt voor alle zaken die onder zijn verantwoordelijkheid vallen. Dat betekent op zichzelf nog niet dat ambtenaren vrijuit zouden gaan als een bewindspersoon in het openbaar geen kritiek op hen zou mogen uiten, ook niet als hij besluit af te treden. In de woorden van Donner fungeert het aftreden van een minister, althans in theorie, als ‘een blaam, soms zelfs een zweepslag voor de betrokken ambtelijke dienst’.⁸⁰ Zo brengt hij de gedachte tot uitdrukking dat een besluit tot aftreden ertoe leidt dat zowel de opvolger van de minister weet ‘wat voor ambtelijk vlees hij in de kuip aantreft’ als dat het (betrokken deel van het) ministerie ‘zich ernstig moet herzien om voor de [nieuwe] minister, de Kamers en het Haagse wereldje weer geloof- en vertrouwenswaardig te worden’.

Overigens betekent dat niet dat de Kamer zich in het geheel niet in politiek-ambtelijke verhoudingen kan mengen. In ieder geval sinds 2008 hanteert het kabinet op aandringen van de Kamer als min of meer vaste gedragslijn dat bewindspersonen het de Staten-Generaal toestaan om in contact met ambtenaren te komen, mits dat contact is gericht op de verkrijging van inlichtingen van feitelijke aard.⁸¹ Het gaat hier echter niet om een conventie; de verruiming van de mogelijkheden tot het leggen van contact tussen ambtenaren en de Kamers is niet juridisch verplicht, omdat de ‘volle’ werking van de ministeriële verantwoordelijkheid veronderstelt dat de

80 Donner 1987a, p. 367, ook voor het volgende citaat. Inmiddels meent de Raad van State in zijn ongevraagde advies over de ministeriële verantwoordelijkheid van 15 juni 2020 (No. W04.20.0135/I) onder par. 3.6 dat de effectieve werking van deze zweepslag ‘kwestieus’ is geworden.

81 Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Ter Horst (PvdA) heeft het bestaan van deze gedragslijn namens het kabinet expliciet bevestigd in *Kamerstukken II* 2007/08, 30184, nr. 21, p. 2. In deze Kamerbrief verwoordde zij het kabinetsstandpunt hierover als volgt: ‘[D]e “welwillende en zakelijke” beoordeling moet worden opgevat als de bereidheid tot inwilliging van een verzoek [tot het in contact brengen van de Kamer met ambtenaren met het oog op het verkrijgen van inlichtingen, GJAG], mits het gaat om feitelijke informatie en met inachtneming van de wettelijke geheimhoudingsplichten.’ Later heeft Ter Horsts opvolger Spiess (CDA) het bestaan van deze gedragslijn herbevestigd. Zie *Handelingen II* 2011/12, nr. 43, item 6, p. 20 (19 januari 2012). Overigens bepleitte toenmalig Kamerlid Berndsen (D66) toen een wijziging van de Aanwijzingen in overeenstemming met – kort gezegd – deze gedragslijn. Zie voor haar motie *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 VII, nr. 111. De Kamer verwierp deze motie echter. Zie *Handelingen II* 2011/12, nr. 44, item 18, p. 32 (24 januari 2012).

Kamers voor het verkrijgen van de gewenste inlichtingen te rade gaan bij de betrokken minister. Als zij in afwijking van deze gedragslijn weigeren de Kamer met ambtenaren in contact te brengen, dan is dat in het licht van de gangbare interpretatie van artikel 42, tweede lid Grondwet geoorloofd.

Op zichzelf is de theorie helder. Toch doet de praktijk niet altijd recht aan dit uitgangspunt. De belangrijkste verklaring daarvoor is dat de persoonlijke rol van de minister weliswaar niet van belang is voor het verantwoordingsproces ex artikel 42, tweede lid Grondwet, maar in de praktijk wel degelijk de opstelling van de Kamer jegens de minister in het verantwoordingsproces beïnvloedt.⁸² Hoewel het verantwoordingsproces staatsrechtelijk gezien losstaat van de vraag of een minister verwijtbaar heeft gehandeld, speelt die kwestie in de praktijk in het licht van de sluimerende vertrouwensvraag vaak toch een rol. Of de minister het vertrouwen van de Kamer nog verdient, onderzoekt de Kamer vaak al in het verantwoordingsproces.⁸³ Voor de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid is dat echter niet zonder gevolgen. In dit kader stelt Scheltema:

‘Doordat het in het parlementaire debat van zoveel belang is geworden na te gaan wat de rol van de minister persoonlijk is geweest, en wat ambtenaren hebben bijgedragen, worden daaraan ook consequenties verbonden. De minister “komt goed weg” [bij het afleggen van verantwoording ex artikel 42, tweede lid Grondwet, GJAG] indien hij een fout kan neerleggen bij een hem persoonlijk niet verwijtbaar disfunctioneren van een dienst.’⁸⁴

Het is inderdaad niet ondenkbeeldig dat bewindspersonen zich soms in het openbaar beroepen op het disfunctioneren van hun ambtenaren, zoals blijkt uit respectievelijk een Kamerdebat uit 2009 waarin toenmalig minister-president Balkenende (CDA) het niet-informereren door zijn ambtenaren van hem over een concept-TNO-rapport over een brand in 2004 bij werkzaamheden aan het Catshuis ‘onzorgvuldig, onjuist en onvolledig’ noemde,⁸⁵ een

82 Vgl. in die zin ook o.a. Scheltema 2000, p. 1863; Verhey 2001, p. 18-19, 35; Broeksteeg 2004, p. 352-354; Van den Berg 2006a, p. 26-27.

83 Vgl. in die zin Van den Berg 2006a, p. 29.

84 Scheltema 2000, p. 1863.

85 De brand, die uitbrak op 15 mei 2004, eiste het leven van een schilder. In het debat in 2009 tussen de Tweede Kamer en de minister-president kwam onder meer de vraag aan de orde of de minister-president een passage in een concept-TNO-rapport over de brand kende, waarin als mogelijke oorzaak voor de brand brandbare wandbekleding werd genoemd. Jacqueline Cramer, de toenmalige minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu (PvdA), was wel van het bestaan van het conceptrapport op de hoogte. De kritiek van Balkenende richtte zich vooral op Wim Kuijken, de toenmalige secretaris-generaal van zijn ministerie, omdat die wel van het bestaan van het concept-TNO-rapport op de hoogte was maar Balkenende daarover ten onrechte niet zou hebben geïnformeerd. Zie voor het citaat van Balkenende *Handelingen II 2008/09*, p. 7793 (23 juni 2009).

Kamerdebat uit 2013 waarin toenmalig minister van Infrastructuur en Milieu Schultz van Haegen (VVD) en haar staatssecretaris Mansveld (PvdA) openlijk hun ambtenaren bekritiseerden in een debat met de Kamer over het ‘achterhouden’ van een kritisch rapport van de Inspectie Leefomgeving en Transport over het functioneren van ProRail,⁸⁶ een uitlating van minister van Justitie en Veiligheid Grapperhaus (CDA) uit 2019 die het in de pers ‘onacceptabel’ noemde dat de toenmalige plaatsvervangend secretaris-generaal op zijn ministerie een intern onderzoek was gestart naar de identiteit van de klokkenluider in de zogeheten WODC-affaire⁸⁷ en, ten slotte, de (unieke) beslissing van staatssecretaris van Financiën Van Huffelen (D66) in 2020 om

86 De Tweede Kamer riep zowel de staatssecretaris als de minister ter verantwoording, omdat een kritisch rapport van de Inspectie voor Leefomgeving en Transport (een onder het ministerie van beide bewindspersonen ressorterende dienst) over ProRail niet naar de Kamer was gestuurd. In het debat beklagde de staatssecretaris zich erover dat ook zij ‘bij verschillende gelegenheden niet geïnformeerd [was] door het ambtelijk apparaat’, waardoor zij niet in staat was de Kamer te informeren. Zij voegde daaraan toe dat zij ‘rechtspositionele maatregelen’ tegen de betrokken ambtenaren niet uitsloot. De minister stelde zelfs dat het niet-verzenden van het rapport ‘onvergeeflijk’ was en dat er op haar ministerie ‘intern slecht werk’ was geleverd. Zie *Handelingen II* 2012/13, nr. 47, item 10, p. 65-66 respectievelijk p. 85 (31 januari 2013).

87 De ‘WODC-affaire’ heeft betrekking op de nasleep van een reportage van het tv-programma *Nieuwsuur* van 7 december 2017 over de vermeende beïnvloeding van wetenschappelijk onderzoek in opdracht van het WODC, een onder het ministerie van Justitie en Veiligheid ressorterende, maar verder onafhankelijke, dienst. Op 6 december 2017 stelde *Nieuwsuur* dat ambtenaren van het ministerie actief hadden geprobeerd de uitkomsten van een WODC-onderzoek naar het drugsbeleid in Nederland te beïnvloeden, waardoor de onafhankelijkheid van het WODC ter discussie kwam te staan. *Nieuwsuur* baseerde deze berichtgeving op een interne klacht van (naar later bleek) Marianne van Ooyen, een medewerker van het WODC. Daarop volgde de benoeming van drie onderzoekscommissies door Grapperhaus, de aankondiging van het ministerie van Justitie en Veiligheid aangifte te zullen doen tegen het lek aan *Nieuwsuur* (waarover Grapperhaus overigens later verklaarde dat niet te hebben gewild) en het bericht dat Van Ooyen door het OM was getapt ten behoeve van het strafrechtelijk onderzoek. Nadat deze meldingen naar buiten kwamen, berichtte Grapperhaus zowel ‘groot respect’ te hebben voor Van Ooyen als dat hij zich niet met het strafrechtelijk onderzoek had willen bemoeien omdat het een kwestie van het OM zou zijn. Zie ‘OM opent strafzaak om Nieuwsuurbronnen bij Justitie te achterhalen’, *NRC Handelsblad* 13 juni 2019. Pas later werd naar buiten gebracht dat plaatsvervangend secretaris-generaal Barendse op het ministerie daarnaast ook intern zou hebben geprobeerd de identiteit van de klokkenluider te achterhalen om met die klokkenluider het gesprek aan te gaan, opnieuw (althans volgens de minister) buiten het medeweten van de minister om. In een daaropvolgende reactie stelde Grapperhaus het handelen van Barendse ‘onacceptabel’ te vinden. Kort daarna besloot Barendse zijn functie neer te leggen. Zie ‘Tweede man ministerie Justitie en Veiligheid stapt op’, *NRC Handelsblad* 5 juli 2019.

wegens de misstanden in de zogeheten Toeslagenaffaire⁸⁸ aangifte te doen van 'knevelarij' en 'beroepsmatige discriminatie'⁸⁹ tegen de Belastingdienst.

Voor de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid is, zo betoogt Scheltema, dergelijk handelen door een bewindspersoon echter problematisch:

'De verschuiving in de richting van het onderscheid maken tussen het handelen van de minister en de ambtelijke dienst scheidt een tegenstelling tussen beide. Aangezien bewindspersoon en ambtenaar in het proces van verantwoording in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid een verschillende positie innemen – de minister voert het woord, de ambtenaar zwijgt – kan de beoordeling van het optreden van minister en ambtenaar in hun onderlinge verhouding daarin ook niet goed gestalte krijgen.'⁹⁰

88 De Toeslagenaffaire heeft o.a. betrekking op de stopzetting in september 2014 van het voorschot kinderopvangtoeslag 2014 dat verschillende ouders maandelijks ontvingen na een onderzoek van het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF; de betreffende ouders zijn later 'CAF-11-ouders' genoemd naar het zaaknummer van de groep ouders waarbij een vermoeden van fraude door het CAF werd onderzocht). Veel van deze ouders werden zwaar gedupeerd door de stopzetting van de toeslag en de terugvordering van de bedragen die zij reeds hadden ontvangen. Nadat bleek dat de stopzetting van dit voorschot onrechtmatig was geweest, werd de zogeheten Adviescommissie stopzetting toeslagen, die naar haar voorzitter ook wel de commissie-Donner werd genoemd, ingesteld. Deze commissie oordeelde in haar op 14 november 2019 aan toenmalig staatssecretaris Menno Snel (D66) aangeboden interimrapport *Omzien in verwondering* (bijlage bij *Kamerstukken 2019/20*, 31066, nr. 546) dat deze ouders het slachtoffer waren geworden van het vermoeden bij de uitvoerende dienst Belastingdienst/Toeslagen dat de betreffende ouders fraude hadden gepleegd. Volgens de commissie was dit vermoeden niet veroorzaakt door het handelen van de ouders, maar doordat zij het voorwerp van onderzoek van het dossier-CAF-11 waren. Zij oordeelde daarom dat er sprake was van 'institutionele vooringenomenheid' bij de dienst Toeslagen. Zie *Omzien in verwondering*, p. 43-44. In mei 2020 bevestigde Alexandra van Huffelen (D66), die Snel in december 2019 als staatssecretaris had opgevolgd, dat het bezit van een dubbel paspoort van de ouders een indicator was om tot een extra controle bij die ouders over te gaan. Zie *Kamerstukken II 2019/20*, 31066, nr. 613, p. 19. In het eindadvies *Omzien in verwondering 2* (bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31066, nr. 608) stelde de commissie-Donner geen uitsluitel te kunnen geven over de vraag of in andere CAF-dossiers van een vergelijkbare institutionele vooringenomen handelwijze van Toeslagen sprake is geweest. Wel meende zij dossiers te kunnen aanwijzen waarin dit 'waarschijnlijk' dan wel 'mogelijk' het geval is geweest.

89 Aanvankelijk had toenmalig staatssecretaris Snel (D66) geweigerd om aangifte te doen tegen de ambtenaren van de Belastingdienst, omdat hij meende dat er geen aanwijzingen voor waren dat zij ambtsmisdrijven hadden gepleegd. Nadat Snel was afgetreden, zegde minister van Financiën Hoekstra (CDA), die op dat moment de taken van de staatssecretaris van Financiën tijdelijk overnam, aan de Tweede Kamer toe een *second opinion* aan te vragen bij een juridisch expert over de vraag of het doen van aangifte tegen de Belastingdienst toch opportuun is. Zie *Handelingen II 2019/20*, nr. 40, item 4, p. 1 (14 januari 2020). Nadat de daarvoor gevraagde expert, de advocaat H.J. Biemond, op 19 mei 2020 zijn advies naar buiten bracht om van deze misstand aangifte te doen, besloot Snels opvolger Van Huffelen (D66) nog diezelfde dag conform dit advies aangifte te doen. Zie 'Aangifte tegen Belastingdienst slaat in als een bom', *NRC Handelsblad* 19 mei 2020. Op 7 januari 2021 maakte het OM echter bekend geen strafrechtelijk onderzoek te starten naar het handelen van de betrokken ambtenaren. Zie 'OM: geen vervolging in toeslagenaffaire', *de Volkskrant* 7 januari 2021.

90 Scheltema 2000, p. 1863.

Meer concreet ontstaat door deze ontwikkeling het gevaar dat de minister zich achter een ambtenaar verschuilt, welke ontwikkeling op haar beurt weer kan leiden tot een uitholling van de ministeriële verantwoordelijkheid. Immers, als een minister zich verschuilt achter het handelen van een ambtenaar, welke laatste zich niet ten overstaan van de Kamer kan verdedigen, dan raakt de politieke verantwoordelijkheid 'zoek'.⁹¹ Er is, zoals al bleek, onder de huidige staatsrechtelijke structuur ook geen aanleiding om een inlichtingenplicht voor ambtenaren in te voeren, omdat ook op die manier een verbetering van de parlementaire controle niet dichterbij komt.

Een voor de hand liggender manier om een dergelijk 'zoekraken' van de ministeriële verantwoordelijkheid te voorkomen zou kunnen liggen in een verandering van het gedrag bij de betrokken organen, namelijk zowel de ministers en de departementen als de Kamer. Zo is het de taak van de minister om ervoor te zorgen dat de informatievoorziening aan de Tweede Kamer op orde is. In hoeverre daarvan sprake is, is niet helemaal duidelijk. Wel hebben zich geregeld incidenten voorgedaan die ervoor hebben gezorgd dat de Kamer niet beschikte over de informatie en mogelijkheden om een minister effectief te kunnen controleren.⁹² Voor een adequaat functioneren van de ministeriële verantwoordelijkheid is uiteraard van eminent belang dat de Tweede Kamer steeds over de informatie beschikt die effectieve controle op de regering mogelijk maakt.

De Tweede Kamer zou echter ook kritisch op haar eigen gedrag moeten reflecteren. Het is immers dit orgaan dat bepaalt op welke wijze het de minister ter verantwoording roept, waardoor het relatief eenvoudig een bewindspersoon tot de orde kan roepen als die zijn verantwoordelijkheid probeert te ontlopen. In dat kader speelt vooral de manier waarop de Kamer het verantwoordingsproces kleurt door het laten sluimeren van de vertrouwensvraag een belangrijke rol; pas als zij tot het oordeel komt dat de minister in de relevante kwestie inderdaad heeft gefaald, zal dat reden zijn voor het vertrek van de minister.

Volgens Verhey is dat tekenend voor wat hij 'de afrekencultuur' in de Kamer noemt, die hij omschrijft als de 'sterke neiging om met de wetenschap van nu vast te stellen wie de fout heeft begaan en welke gevolgen dat voor betrokkene zou moeten hebben'.⁹³ Als gevolg daarvan komt het ver-

91 De formulering is ontleend aan Van den Berg 2006a, p. 27.

92 De Raad van State signaleert in zijn ongevraagde advies over de ministeriële verantwoordelijkheid van 15 juni 2020 bijvoorbeeld dat er nog 'veel' valt te verbeteren op het gebied van de correcte en tijdige informatievoorziening aan de Kamers. Zie het advies (No. W04.20.0135/I), par. 3.4.

93 Verhey 2001, p. 35. Verhey is verder ook kritisch (op p. 31-35) over de neiging van de Kamer zich te laten leiden door incidenten als zij bewindspersonen controleert, waardoor de parlementaire controle op de regering een nogal willekeurig karakter zou krijgen. Dat punt blijft hier verder buiten beschouwing. Zie in die zin ook het ongevraagde advies van de Raad van State over de ministeriële verantwoordelijkheid van 15 juni 2020 (No. W04.20.0135/I), par. 3.4.

antwoordingsproces alsnog in het teken te staan van de vraag of de minister in de relevante kwestie verwijtbaar heeft gehandeld, terwijl die vraag juridisch gezien nou juist geen rol dient te spelen bij het door hem afleggen van verantwoording. In de praktijk krijgt het verantwoordingsproces door deze impliciete rol van de verwijtbaarheidsvraag een 'quasi-juridisch karakter', waarbij de Kamer als een pseudo-rechterlijke instantie onderzoekt (dan wel afhankelijk stelt van nog af te wachten, onafhankelijk onderzoek) of de bewindspersoon in een bepaalde kwestie verwijtbaar heeft gehandeld. Een dergelijke gang van zaken past echter niet goed bij het juridische karakter van het verantwoordingsproces, noch bij het bij uitstek politieke karakter van de vertrouwensregel, zoals Van den Berg opmerkt:

'Vast staat tenslotte dat deugdelijk onderzoek zal leiden tot de conclusie dat er, onder veler en dus diffuse verantwoordeijkheid, vele en veelsoortige fouten en nalatigheden hebben plaatsgevonden. De paradox van de politieke verantwoordelijkheid is juist dat onderzoek de vraag naar de verantwoordelijkheid alleen maar compliceert, terwijl zij voorafgaand aan onderzoek vaak (zij het niet altijd) glashelder valt te beantwoorden.'⁹⁴

Daarom moet het verantwoordingsproces vooral zijn gericht op wat er in een bepaalde situatie feitelijk *is gebeurd* in plaats van op de wenselijke *consequenties* van het gebeurde voor de betrokken ministers en ambtenaren.

Een complicerende factor in dit kader is de politieke realiteit waarin de Kamer bij dit soort kwesties eerst en vooral een 'arena' is voor het uitvechten van partijpolitieke tegenstellingen. Van den Berg merkt daarover op:

'Partijgenoten van de minister zien zijn vertrek al gauw als aantasting van het gezag van hun partij; coalitiegenoten worden van de weeromstuit eveneens terughoudend. De parlementaire oppositie hoeft dan niet op steun uit het regeringsgezinde kamp te rekenen.'

Pas als niet langer in de rede ligt dat de bewindspersoon in kwestie zijn ministerie nog onder controle kan krijgen, ligt zijn aftreden, meestal op instigatie van de voorzitter van de Tweede Kamerfractie van zijn partij,⁹⁵ voor de hand. Het verantwoordingsproces heeft tegen die achtergrond dan ook primair een *politiek* doel: op basis van schijnbaar objectieve gegevens vaststellen of het laten aanblijven van een minister al dan niet politiek oppor-

94 Van den Berg 2006a, p. 29, ook voor het volgende citaat (op p. 31).

95 Van den Berg 1989, p. 126-127; Van den Berg 2006a, p. 28. Zie ook par. IV.3.3.1. Dit sluit overigens niet de mogelijkheid uit dat een bewindspersoon onafhankelijk van het oordeel van de fractievoorzitter tot de conclusie komt dat hij niet langer kan of wil aanblijven.

tuun is. Tegen die achtergrond hebben de coalitiefracties, in het bijzonder de fractie van de partij van de in opspraak geraakte bewindspersoon, er vaak ook *belang* bij dat een minister in een debat met de Kamer 'goed wegkomt'. Er bestaat daarom een risico dat de coalitiefracties het een bewindspersoon minder zwaar zullen aanrekenen als hij zich in het verantwoordingsproces achter zijn ambtenaren verschuilt.

Al met al kan het karakter van de Kamer als 'arena' eraan bijdragen dat een bewindspersoon in het verantwoordingsproces gemaakte fouten toeschrijft aan het handelen van zijn ambtenaren. Vanwege de potentiële uitholling van de ministeriële verantwoordelijkheid die daarvan het gevolg kan zijn, is het zaak voor de Kamer erop toe te zien dat de *handhaving* van de ministeriële verantwoordelijkheid in overeenstemming is met het uitgangspunt dat alleen de bewindspersoon politieke verantwoordelijkheid draagt voor de gang van zaken op zijn ministerie. In dit kader is vooral een taak weggelegd voor de fracties van de oppositiepartijen, omdat zij geen partijpolitiek belang hebben bij het aanblijven van de bewindspersoon in kwestie. Het is daarvoor echter wel van belang dat zij het proces van verantwoording voldoende weten te scheiden van de vraag naar de mate waarin van verwijtbaar handelen door de bewindspersoon sprake is.

IV.2.3.4 *Monisme versus dualisme in de casus-Van der Steur*

Voor de werking van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid en de vertrouwensregel heeft het belangrijke gevolgen dat de Tweede Kamer bij tijd en wijle als een arena functioneert: in beginsel zullen de coalitiepartijen, die in de regel een Kamermeerderheid hebben in het verantwoordingsproces, een bewindspersoon niet te streng aanpakken, noch het vertrouwen in hem opzeggen. Toch zijn er grenzen, ook buiten die van het regeerakkoord, aan het karakter van de Kamer als arena; het is in een enkel geval óók een instituut waarvan de leden soms abstraheren van hun partijpolitieke loyaliteit als zij een bewindspersoon ter verantwoording roepen.

Illustratief voor de rol van de Kamer als zowel arena als instituut, is de casus rond voormalig Tweede Kamerlid Van der Steur (VVD) als souffleur van toenmalig minister van Veiligheid en Justitie Opstelten (VVD) uit het kabinet-Rutte II (2012-2017) van VVD en PvdA. Van der Steur vervulde deze rol in mei 2014, toen hij een achttiental kanttekeningen plaatste bij een con-

ceptbrief van Opstelten aan de Kamer over de zogeheten ‘Teevendeal’.⁹⁶ In de aanloop naar het Tweede Kamerdebat over het rapport van de commissie-Oosting II waarin deze kwestie ter sprake kwam, deelde Van der Steur – inmiddels als opvolger van Opstelten, die in maart 2015 was opgestapt – de opmerkingen die hij als Kamerlid bij een conceptbrief van minister Opstelten van 27 mei 2014 had gemaakt.⁹⁷ De aanpassingen en opmerkingen die Van der Steur in die conceptbrief had gemaakt en deels door Opstelten zouden worden overgenomen in zijn definitieve Kamerbrief van 3 juni 2014, hadden duidelijk tot doel om Opstelten te behoeden voor nieuwe Kamervragen over de zoektocht naar het precieze bedrag van de deal (‘het bonnetje’).

In het plenaire debat waren Kamerleden van de oppositie unaniem in hun afwijzing van deze handelwijze van Van der Steur. Twee van hen brachten in dit kader het staatsrecht in stelling: volgens Segers (CU) was het handelen van Van der Steur ‘staatsrechtelijk onzuivere koffie’ en Van Tongeren (GL) sprak van ‘een staatsrechtelijk novum’.⁹⁸ Segers lichtte zijn stelling als volgt toe:

‘Het erge is dat de minister net doet alsof het gewoon is dat Kamerleden brieven tikken aan zichzelf bij dit soort kwesties. Dat is niet gewoon. Bovendien heeft Kamerlid Van der Steur de teksten over de zoektocht naar het bonnetje minder stellig gemaakt. Dat vind ik onbestaanbaar. Als hij zich afvroeg of er wel goed was gezocht, dan had hij daar in 2014 direct wat van moeten zeggen, niet in de kantlijn van een brief maar in de Kamer. Hij werd immers betaald om de regering te controleren.’⁹⁹

96 De ‘Teevendeal’ is een schikking die het OM in de jaren 2000-2001 met de drugshandelaar Cees H. sloot. De deal is genoemd naar de toenmalige officier van justitie en latere staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Fred Teeven (VVD) die voor het sluiten van de deal met H. verantwoordelijk was. Veel aspecten van deze deal bleven geheim, waaronder het precieze bedrag van de schikking en de constructie waarbij het OM miljoenen guldens aan zwart geld aan H. liet terugstorten buiten de Belastingdienst om. In 2002 had de toenmalige minister van Justitie Korthals (VVD), die evenmin van de precieze details van de schikking op de hoogte was, in reactie op Kamervragen laten weten dat het OM met H. onderhandelingen had gevoerd zonder de juiste hoogte van de bedragen en andere relevante details te vermelden. Pas in 2014 zou de kwestie na een uitzending van *Nieuwsuur* opnieuw de aandacht van de Kamer trekken, ditmaal omdat – naar later bleek – de minister van Veiligheid en Justitie Opstelten (VVD) hierover onjuiste informatie aan de Kamer had verstrekt. Toen in maart 2015 alsnog het precieze bedrag van de schikking opdook en bleek dat Opstelten de Kamer onjuist over deze kwestie had geïnformeerd, was dat voor zowel Opstelten als Teeven aanleiding om af te treden. Ik verwijs voor nadere informatie over de achtergrond van deze kwestie naar de twee rapporten die onder voorzitterschap van Marten Oosting over de affaire tot stand zijn gekomen. Zie *Het rapport van de onderzoekscmissie ontnemingsschikking* (rapport van de commissie-Oosting I), opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16*, 34362, nr. 1 en *Het rapport van het nader onderzoek naar de reconstructie van de ontnemingsschikking* (rapport van de commissie-Oosting II), opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16*, 34362, nr. 16.

97 *Kamerstukken II 2015/16*, 34362, nr. 18, inclusief bijlage.

98 *Handelingen II 2015/16*, nr. 93, item 8, p. 2, 4 (8 juni 2016).

99 *Handelingen II 2015/16*, nr. 93, item 8, p. 2-3 (8 juni 2016).

De hiervoor geciteerde Kamerleden verweten Van der Steur dus niet zozeer dat hij contact had onderhouden met Opstelten, maar wel dat hij door zijn betrokkenheid bij de opstelling van de aan de Kamer gezonden brief de controle-uitoefening van de Kamer op de regering moeilijker had gemaakt. Segers merkte daarover op dat een Kamerlid in een plenair debat niet meer vrijuit zal spreken over het handelen van een minister, als hij daarvoor al commentaar op een brief heeft geleverd die de basis vormt voor een debat over het handelen van de betrokken minister. Elders zegt Segers daar nog over:

‘Als hier omgerekend 76 of 77 Kamerzetels [de hoeveelheid Kamerzetels die destijds toebehoorden aan de coalitiefracties VVD en PvdA, GJAG] hebben mogen meekijken [naar de brief van Opstelten, GJAG] en hebben gezegd “zo kan die brief weg”, dan is het parlement toch zeker monddood? (...) Dan kan de meerderheid, hoe kritisch ze ook is, toch zeker niet meer zeggen dat die brief anders moet? Nee, dat kan niet, want die brief is al goedgekeurd en meegelezen door de woordvoerders van de twee regeringsfracties, die omgerekend een meerderheid in de Kamer aan hun zijde hebben.’¹⁰⁰

De coalitie leek zich in ieder geval gedeeltelijk in deze kritiek te kunnen vinden. Tweede Kamerlid Van Oosten (VVD) verklaarde:

‘Als het gaat om mijn beoordeling van de redactionele slag, om het zo te zeggen, die het Kamerlid inderdaad heeft gelegd op die brief, zeg ik de minister na – het toenmalige Kamerlid is immers nu de minister [in beide gevallen dus Van der Steur, GJAG] – dat de grenzen niet goed in het oog zijn gehouden. Ik ben daar heel klip-en-klaar over.’¹⁰¹

Uit die bevestiging van Van Oosten dat er kennelijk enige juistheid in de kritiek van de oppositie op Van der Steur school, volgt dat hier ook in de ogen van de coalitie sprake was van de schending van een norm: een Kamerlid dient als hij in het kader van een informeel vooroverleg contact met een bewindspersoon heeft, een zekere afstand tot hem te bewaren in het licht van de controlerende taak van de Kamer, óók als het betreffende Kamerlid afkomstig is uit de gelederen van de coalitie. Van Oosten verklaarde namelijk ook dat de wijze van handelen door Van der Steur op zichzelf niet uniek is:

‘Ik blijf daar alleen wel bij zeggen: jongens, kijk even een beetje uit. Wij [bedoeld zijn de coalitiefracties in de Kamer en het kabinet, GJAG] hebben ook buiten deze zaal weleens contact met elkaar. Dat hoort ook bij ons werk. Wij zijn met elkaar het landsbestuur. We hebben dualisme: we hebben een parlement en we hebben een kabinet, maar we hebben het ook met elkaar te rooien. Laten we ons

100 *Handelingen II* 2015/16, nr. 93, item 8, p. 17 (8 juni 2016).

101 *Handelingen II* 2015/16, nr. 93, item 8, p. 9 (8 juni 2016).

dus niet heiliger voordoen dan menigeen misschien werkelijk is. Dat wil ik in ieder geval niet doen. Ik doe mijn werk. Dat doe ik hier. Ik ben transparant en open (...), maar ik wil niet in een kramp schieten.¹⁰²

Naar het oordeel van de Kamer, inclusief de coalitiefracties, had Van der Steur in dit specifieke geval een grens overschreden.

Overigens had Van der Steur zelf ook toegegeven een fout te hebben gemaakt. Hoewel hij zijn rol bij de advisering over de conceptbrief enigszins probeerde te bagatelliseren door te stellen dat zijn opmerkingen bij de brief slechts adviserend van karakter zouden zijn geweest, stak hij ook de hand in eigen boezem. Van der Steur verklaarde:

‘Ik [vind] dat ik eerder de grens had moeten trekken van betrokkenheid van een Kamerlid bij advisering op verzoek van een minister, zoals dat in dit geval plaatsvond.’¹⁰³

Iets later voegde Van der Steur daar, in reactie op een vraag van Tweede Kamerlid Van Nispen (SP), nog aan toe dat

‘ik dus eerder had moeten zeggen: ik stop met de advisering [aan minister Opstelten, GJAG] en ik zal er niet op ingaan. Het herschrijven van de brief aan mezelf [d.w.z. de Kamer, GJAG], die semantische discussie, [dat] geef ik onmiddellijk de heer Van Nispen toe [dat hij dat niet had moeten doen, GJAG]’.¹⁰⁴

In dit concrete geval ligt het daarom voor de hand dat sprake van constitutioneel handelen is geweest. Zowel de Kamerleden uit de coalitie als Van der Steur deelden immers het oordeel van de Kamerleden uit de oppositie dat er in dit geval een grens was overschreden. Daarmee blijft echter de vraag staan in hoeverre deze concrete casus duidt op het bestaan van een norm op basis waarvan Kamerleden *in het algemeen* afstand moeten bewaren tot de ministers die zij controleren.

Daarbij is van belang dat door een bijzondere samenloop van omstandigheden aan het licht kwam dat Van der Steur in dit bijzondere geval wel erg ver was gegaan met het souffleren van Opstelten. Het is niet uitgesloten dat Kamerleden vaker op een dergelijke manier ‘hun’ minister tot dienst zijn geweest en op die manier de uitoefening van controle door het parlement

102 *Handelingen II* 2015/16, nr. 93, item 8, p. 9 (8 juni 2016). Tijdens dit debat liet Tweede Kamerlid Recourt van coalitiepartij PvdA zich in vergelijkbare zin uit als Van Oosten. Op dat moment bestond de coalitie uit PvdA en VVD. Zie par. I.1.

103 *Handelingen II* 2015/16, nr. 93, item 8, p. 41 (8 juni 2016). Deze verklaring komt min of meer overeen met wat Van der Steur schreef in de brief die hij voorafgaand aan het hier besproken debat aan de Kamer had gestuurd. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34362, nr. 18, p. 2.

104 *Handelingen II* 2015/16, nr. 93, item 8, p. 42 (8 juni 2016).

op het kabinet hebben bemoeilijkt. Meestal zal dan echter niet achteraf duidelijk worden in hoeverre ministers ‘hulp’ hebben gehad van Kamerleden uit de coalitie. Een passage uit de brief die Van der Steur tezamen met zijn commentaar op de conceptbrief van Opstelten van mei 2014 aan de Kamer had gestuurd is in dat kader illustratief. In die brief stelde minister Van der Steur dat er ‘(zwaarwegende) belangen’ bestaan die ertoe nopen de opmerkingen van Kamerlid Van der Steur bij de brief niet te delen met de Kamer.¹⁰⁵ De contacten die een minister voorafgaand aan een Kamerdebat met andere personen heeft zijn volgens hem vertrouwelijk. De Kamer wordt, zo betoogde Van der Steur, immers geïnformeerd via het officiële standpunt van de bewindspersoon, omdat zij in het licht van de doctrine van de ministeriële verantwoordelijkheid alleen de bewindspersoon op het gevoerde beleid dient aan te spreken.

Op zichzelf is dat standpunt juist.¹⁰⁶ Dat betekent dat slechts bij toeval aan het licht kan (en in beginsel ook: dient te) komen met wie en waarover bewindspersonen voorafgaand aan een Kamerdebat informele contacten hebben onderhouden. Het is daarom onwaarschijnlijk dat er een norm geldt op basis waarvan het onderhouden van dergelijke informele contacten tussen bewindspersonen en Kamerleden is verboden. In de Kamer werd er tijdens het debat nauwelijks een probleem van gemaakt dat een dergelijke gang van zaken *in het algemeen* vrij gangbaar is. De verontwaardiging van de verschillende Kamerleden uit de oppositie spitste zich vooral toe op de gang van zaken in dit *specifieke* geval. Kennelijk ging het ‘souffleren’ door Van der Steur in dit geval dermate ver, dat *hier* een grens was overschreden. Deze grens bestaat uit een zekere, uit de notie van het dualisme voortvloeiende, terughoudendheid die Kamerleden in acht dienen te nemen als zij informele contacten met bewindspersonen onderhouden.

Het bestaan van deze notie van dualisme kan worden afgeleid uit (het samenstel van) diverse grondwettelijke bepalingen. Uit de politieke ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42, tweede lid Grondwet) en de controlerende bevoegdheden van het parlement (o.a. het inlichtingenrecht van art. 68 Grondwet en het begrotingsrecht van art. 105 Grondwet) volgt immers dat het bij uitstek de taak van de Staten-Generaal is om de regering te controleren. Om deze taakstelling naar behoren te kunnen uitoefenen, is een zekere mate van dualisme in de verhouding tussen regering en parlement nodig.¹⁰⁷ Hoewel deze institutionele tegenstelling door de toegenomen dominantie van partijpolitieke belangen in belangrijke mate aan het vervagen is,¹⁰⁸ stelt het dualisme aan deze vervaging een zekere grens.

105 *Kamerstukken II* 2015/16, 34362, nr. 18, p. 1.

106 Al past daarbij wel de kanttekening dat de Kamer in beginsel alleen een bewindspersoon op zijn beleid kan aanspreken, omdat een verantwoordingsplicht tussen de Kamer en *ambtenaren* over beleidskwesties onwenselijk wordt geacht. Zie par. IV.2.3.3.

107 Vgl. in deze zin o.a. Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 447. Zie over de opvattingen van deze auteurs par. I.1.

108 Zie par. IV.3.3.1.

Het praktische belang van deze grens moet echter niet worden overschat. Bij de handhaving van deze grens spelen overwegingen van politieke opportuniteit immers vaak een belangrijke rol. Door de bank genomen kan de coalitie immers rekenen op de steun van een meerderheid in het parlement. Daardoor zal het zelden voorkomen dat een Kamermeerderheid tijdens een Kamerdebat openlijk de conclusie trekt dat een Kamerlid in een concreet geval geen informele contacten met een minister had mogen onderhouden. Zolang deze gang van zaken als zodanig niet door een Kamermeerderheid wordt geproblematiseerd, is het niet mogelijk precies vast te stellen aan welke grenzen Kamerleden zich dienen te houden bij de bejegening van bewindspersonen. Daarom zal de notie van dualisme in de praktijk altijd een relatief onbepaald karakter houden.

Hoewel uit deze casus niet valt af te leiden welke plichten het dualisme oplegt aan de minister of de Kamer, blijkt daaruit wel dat het parlement als controleur van de regering ook weer niet geheel te reduceren is tot enkel een arena (of een marktplaats). Het kan onder bijzondere omstandigheden nog altijd ook een staatsrechtelijk 'instituut' vormen dat een onafhankelijke positie inneemt tegenover de regering: de argumenten van de hier aangehaalde Kamerleden en Van der Steur zelf hebben immers betrekking op de vraag hoe een Kamerlid *als zodanig*, dus los van partijpolitieke grenzen, zich als controleur van de regering zou moeten opstellen.

IV.2.3.5 *Balans*

Hoewel de tekst van artikel 42, tweede lid Grondwet sinds 1848 ongewijzigd is gebleven, heeft hij de ruimte geboden voor de ontwikkeling van de ministeriële verantwoordelijkheid tot een centraal aangrijppingspunt voor de parlementaire controle op het functioneren van de nationale overheidsorganisatie.

Uit de huidige invulling van het begrip 'verantwoordelijk' in dat artikel, mede in samenhang met artikel 44, eerste lid Grondwet, blijkt dat de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid afhankelijk is van de bevoegdheden van de minister. Als het parlement de minister ter verantwoording roept, is daarbij staatsrechtelijk gezien niet van belang in hoeverre de minister feitelijke invloed heeft uitgeoefend (of kunnen uitoefenen) op de gang van zaken binnen zijn ministerie. Dat betekent dat een minister zich niet achter zijn ambtenaren mag verschuilen, als hij jegens het parlement verantwoording aflegt voor de gang van zaken in een bepaalde kwestie. Deze invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid vloeit voort uit het rapport *Steekhoudend ministerschap* van de commissie-Scheltema, dat inmiddels al bijna twintig jaar leidend is bij de interpretatie van de ministeriële verantwoordelijkheid. Er is daarom geen aanleiding in dit kader aparte conventies te onderscheiden.

Daarnaast valt uit artikel 42, tweede lid Grondwet, mede in samenhang met een aantal andere bepalingen (o.a. art. 68 en 105 Grondwet), af te leiden dat de Staten-Generaal tot op zekere hoogte onafhankelijk van de regering

dienen te functioneren om hun controlerende taak naar behoren uit te oefenen. Van een concrete norm is in dit verband echter geen sprake. Zolang bewindspersonen en Kamerleden regelmatig informele contacten met elkaar onderhouden en de Kamer deze gang van zaken *als zodanig* niet problematiseert, is het niet mogelijk op dit punt een concrete *norm* aan te nemen. Daarom zal de notie van dualisme in de praktijk altijd een relatief onbepaald karakter houden. In dit kader kan het conventiebegrip ook geen rol vervullen, omdat alleen van conventies kan worden gesproken als de naleving daarvan niet reeds wordt gevorderd door de Grondwet.

Tot op zekere hoogte is het conventiebegrip wel van betekenis voor de aanduiding van de algemene actieve inlichtingenplicht die bewindspersonen tegenover de Kamer hebben. Op basis van deze plicht dienen bewindspersonen het parlement ongevraagd zodanig te informeren dat het zijn taken naar behoren kan uitoefenen. Voor deze plicht geldt dat zijn reikwijdte niet met volledige precisie kan worden vastgesteld. Niet duidelijk is immers wanneer precies sprake is van informatie die de Kamer nodig heeft om haar taken goed te kunnen uitoefenen. Toch leidt dat niet tot de conclusie dat hier van een norm geen sprake is. In dit geval hebben regering en parlement immers uitgesproken dat er sprake is van een *algemene* verplichting van bewindspersonen om de Kamer ook ongevraagd naar behoren te informeren, zodat de Kamer haar werk naar behoren kan uitoefenen. In dat kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het ongevraagd verstrekken van informatie over bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen of over gebeurtenissen in het buitenland. Dat over de precieze reikwijdte van een norm discussie kan ontstaan, brengt nog niet mee dat er helemaal *geen* norm is. De basis voor de actieve inlichtingenplicht ligt in artikel 42, tweede lid Grondwet. Het ongevraagd verstrekken van voor de Kamer relevante informatie ligt immers in het verlengde van het afleggen van verantwoording door bewindspersonen aan het parlement.

Rondom de uitoefening van parlementaire controle op het functioneren van de nationale overheidsorganisatie is op dit moment daarom slechts in beperkte mate aanleiding voor het onderscheiden van conventies. Anders ligt dat ten aanzien van de norm die van oorsprong aan de regering de mogelijkheid geeft controle op het parlement uit te oefenen: het ontbindingsrecht.

IV.2.4 Het recht van Kamerontbinding en zijn toepassingsbeperkingen

Ten tijde van zijn opname in de Grondwet van 1848 kon het recht van Kamerontbinding worden gezien als een soort tegenhanger van de ministeriële verantwoordelijkheid: de laatste norm gaf het parlement de mogelijkheid controle uit te oefenen op de regering, terwijl de eerste een instrument was waarmee de regering kon proberen het parlement weer in het gareel te krijgen. Overigens was het nooit vanzelfsprekend dat het parlement zich na een ontbindingsbeslissing per definitie zou voegen naar de opvattingen

van de regering.¹⁰⁹ Het nemen van een ontbindingsbeslissing heeft slechts tot doel na te gaan of de Tweede dan wel de Eerste Kamer er inderdaad nog aanspraak op kan maken het volk te vertegenwoordigen; de nieuw gekozen Kamer kon in de eerdere ontbinding dan ook juist aanleiding zien het de regering nog lastiger te maken dan de Kamer die daarvoor door de regering was ontbonden.

In die tijd lag het politieke landschap er, gelet op het slechts beperkt aanwezige stemrecht, de relatief beperkte staatstaak op nationaal niveau, de aanwezigheid van een ander kiesstelsel en (in de eerste decennia na 1848) het ontbreken van politieke partijen, heel anders bij dan thans het geval is; regering en parlement hadden toen ieder een eigen identiteit, waardoor toen in de woorden van Donker Curtius nog het ontstaan van een conflict mogelijk was 'van dien aard, dat of het Gouvernement of de Vertegenwoordiging behoort te wijken'.¹¹⁰ Een ontbindingsbeslissing, die leidt tot vernieuwing van het mandaat van de leden van de Kamer, kon onder die omstandigheden helpen het staatsbestel weer op gang te brengen als dat zou vastlopen. In het huidige politieke landschap, waarin politici zich meer identificeren met hun eigen partijpolitieke achtergrond dan met hun ambt, is van die oorspronkelijke benadering weinig meer over; door deze ontwikkeling, die een exponent vormt van het ontstaan van het huidige constitutioneel-democratische bestel aan het einde van de negentiende eeuw, ligt aan een beslissing tot Kamerontbinding vrijwel steeds een conflict tussen verschillende coalitiefracties ten grondslag dat losstaat van de tegenstelling tussen regering en parlement.

In de tussentijd zijn diverse conventies ontstaan die de toepassingsmogelijkheden van het ontbindingsrecht aanmerkelijk hebben ingeperkt. Na een kort overzicht van de ontwikkeling van dit recht komen zij in deze paragraaf aan de orde.

IV.2.4.1 Achtergrond

Het recht van Kamerontbinding gold ten tijde van zijn opname in de Grondwet van 1848 als een zuiver autonoom recht van de regering, waarmee zij eventuele tegenstand van het parlement kon beteugelen. Ongeveer twintig jaar later deden de kwesties-Mijer en -Luxemburg zich voor die achteraf bezien de ongeschreven regel hebben gevestigd op basis waarvan de regering niet tweemaal de Kamer mag ontbinden vanwege hetzelfde feit.¹¹¹ Deze regel zou, naar het jaar van zijn totstandkoming, de conventie van 1868 gaan heten. Volgens Oud had deze conventie op haar beurt haar betekenis verloren, toen het kabinet-Mackay in 1891 na het verliezen van de steun van

109 Vgl. in die zin ook De Kwaadsteniet 1968, p. 245-246.

110 *Kamerstukken II 1847/48, XLIX, nr. 6, p. 341.*

111 Zie nader par. III.2.4 (voor de feitelijke beschrijving van de conflicten) en par. III.3.4.1.1 (voor de ontwikkeling van de gedachte dat de betreffende regel deel uitmaakt van het ongeschreven *recht*).

de Tweede Kamer besloot af te treden 'zonder een nieuwe uitspraak van de nieuwe Kamer af te wachten'.¹¹² Oud stelt in het licht van deze gebeurtenis het volgende:

'Men mag van dit ogenblik af constateren, dat deze regel [voor een kabinet om af te treden na een wantrouwensvotum van de Kamer, GJAG] constitutioneel recht is geworden. Het zou voortaan als inconstitutioneel worden ondervonden, indien anders [d.w.z. als het kabinet aanblijft na de aanneming van een motie van wantrouwen door de Kamer, GJAG] werd gehandeld.'

Het uitgangspunt van de conventie van 1868, op basis waarvan de regering na een wantrouwensvotum van de Kamer nog kon overgaan tot Kamerontbinding om een nieuwe uitspraak van de (nieuwe) Kamer af te wachten, was daarmee volgens Oud verlaten. In plaats daarvan dient het kabinet volgens hem meteen af te treden na een wantrouwensvotum van de Kamer.

Vanaf 1891 zou het inderdaad steeds onwaarschijnlijker worden, zij het niet geheel uitgesloten, dat zich een 'klassieke' conflictsituatie tussen regering en parlement voordoet.¹¹³ Daarmee lag toepassing van het ontbindingsrecht volgens de oorspronkelijke gedachte van de grondwetgever steeds minder in de rede. Vooral de invoering van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging van 1917 was daarbij bepalend, omdat het nieuwe kiesstelsel de bloei van landelijk georganiseerde politieke partijen in gang zette die tot een groei van het aantal fracties leidde. Aanvankelijk leidde deze ontwikkeling tot een verzwakking van het karakter van de Kamer als eenheid, die de kans op parlementaire tegenstand jegens de regering op zichzelf al verminderde. Minstens zo belangrijk was het ontstaan, vijf jaar later, van de conventie van 1922 op basis waarvan alle bewindspersonen aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen hun ontslag dienen aan te bieden, dus zonder de uitslag van de verkiezingen af te wachten.¹¹⁴ Vanaf dat moment was inroeping van het ontbindingsrecht door de regering in een conflictsituatie ook *feitelijk* nauwelijks nog denkbaar, omdat een ontbin-

112 Oud 1967, p. 281, ook voor het volgende citaat.

113 Na 1891 deden zich nog wel twee (zuivere) conflictsituaties voor, de eerste deed zich voor in 1894 en had betrekking op de relatie tussen het kabinet en de Tweede Kamer, de tweede vond plaats in 1904 en had betrekking op de relatie tussen het kabinet en de Eerste Kamer. In 1894 deed het kabinet-Tak van Poortvliet de Kamer ontbinden, nadat dit kabinet zijn voorstel tot wijziging van de Kieswet zag stranden; nadat de nieuw verkozen Kamer dit voorstel opnieuw had verworpen, trad het kabinet af. Zie nader o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 479-488. In 1904 deed het kabinet-Kuyper de Eerste Kamer ontbinden nadat die Kamer een voorstel tot wijziging van de Hoger-onderwijswet had verworpen, waarna de nieuw gekozen Eerste Kamer alsnog het wijzigingsvoorstel van het kabinet steunde. Zie nader o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 517-518. Aan de juistheid van de uitspraak van Oud verandert dat op zichzelf niets, omdat in beide gevallen geen sprake was van een expliciet wantrouwensvotum van de Kamer.

114 Zie over de bindende kracht respectievelijk de totstandkoming van deze conventie par. IV.2.4.2 en par. IV.5.3.2.

dingsbeslissing van de regering in feite is gaan neerkomen op het tekenen van het eigen 'doodvonnis'.¹¹⁵ Niet de conventie van 1868, maar de zogeheten vertrouwensregel, die nog altijd de enige volledig onomstreden regel van ongeschreven staatsrecht (en dus ook een onomstreden conventie) vormt,¹¹⁶ beheerste vanaf toen de verhouding tussen kabinet en parlement: een bewindspersoon of voltallig kabinet dient af te treden na opzegging van het vertrouwen door een Kamermeerderheid.¹¹⁷ Het is dan ook niet verwonderlijk dat na 1917 geen ontbinding van de Kamer meer heeft plaatsgevonden, afgezien die van 1933 wellicht,¹¹⁸ die het gevolg was van een conflict tussen kabinet en parlement.¹¹⁹

Hoewel de archetypische situaties waarvoor de grondwetgever in 1848 het ontbindingsrecht had geschreven zich toen eigenlijk al niet meer konden voordoen, bleef de regering, door het antiparlementaire karakter van dit recht, er een zeker ontzag voor houden. Pas vanaf de tweede helft van de jaren vijftig van de vorige eeuw zou het ontbindingsrecht in toenemende mate zijn omstreden karakter verliezen. Niet de tegenstand van het parlement jegens het kabinet, maar een conflict *binnen* de coalitie zou voortaan de belangrijkste reden voor de oproeping van dit recht vormen. Als gevolg daarvan verschoof het oogmerk van Kamerontbinding van het oplossen van een conflict tussen regering en parlement naar een vernieuwing van de *partijpolitieke* verhoudingen in de Kamer, waardoor het ontbindingsrecht een steeds 'technischer' karakter kreeg.¹²⁰ De gebeurtenissen na de val van het kabinet-Drees IV (1956-1958), die een definitief einde aan de zogeheten

115 Van der Pot/Donner 1983, p. 430-431.

116 Volgens de (bewerkers van het handboek van) Kortmann kent de Nederlandse constitutie slechts twee regels van ongeschreven staatsrecht: de vertrouwensregel en de conventie van 1868. Zie Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 28-29. Er lijkt echter sinds de invoering van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging geen noodzaak meer te bestaan aan de conventie van 1868 nog enige praktische betekenis toe te kennen. Zie nader par. IV.2.4.2.

117 Al aan het begin van de jaren twintig van de vorige eeuw waren de eerste trekken van de vertrouwensregel in de huidige vorm al zichtbaar. Reeds toen was de gedachte dat 'in gewone omstandigheden (...) het vertegenwoordigend karakter van de Tweede Kamer van de ééne verkiezing tot de andere wel niet mogen worden betwijfeld', waardoor er dan geen reden voor ontbinding bestaat. In die zin Kranenburg 1924, p. 157; Scheltema 1928, p. 211.

118 Het is mogelijk de ontbinding van 1933 op initiatief van het kabinet-Ruijs de Beerensbrouck te zien als een conflictontbinding in de traditionele zin, omdat aan die ontbinding een conflict tussen regering en parlement over een in feite onbelangrijk bezuinigingsvoorstel van die regering ten grondslag heeft gelegen. Er ging aan deze ontbinding van de Kamer ook geen (formele) instemming van een Kamermeerderheid vooraf. Vgl. o.a. Vis 1987, p. 62; Van den Berg 2004, p. 6; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 457. Toch lijkt deze ontbinding vooral te zijn ingegeven door de wens van de regering om de Tweede Kamerverkiezingen met enkele maanden te vervroegen, waardoor van een 'echt' conflict in de traditionele zin al geen sprake meer was. In die zin ook Van den Berg & Vis 2013, p. 648-649; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 454-455.

119 Zie nader over die ontwikkeling par. III.3.3.2.3.

120 In die zin reeds Van der Hoeven 1958, p. 147-157; De Kwaadsteniet 1968, p. 194.

rooms-rode samenwerking tussen KVP en PvdA maakte, vormden daarvan een duidelijk teken. Na de val van dit kabinet in 1958 ontstond immers het gebruik dat een besluit tot Kamerontbinding vergezeld gaat van zowel de ontslaaanvraag van een kabinet als consultaties van de voorzitters van de Tweede Kamerfracties door de koning.¹²¹ Voor die tijd waren dergelijke consultaties van de fractievoorzitters uit de Tweede Kamer, gelet op het karakter van het ontbindingsrecht als een instrument om de Kamer als zodanig in het gareel te krijgen, immers ondenkbaar geweest.

In dat jaar gaf koningin Juliana uiteindelijk aan Beel, de toenmalige vice-president van de Raad van State, de opdracht tot de vorming van een kabinet dat naast de bevordering van de ontbinding van de Tweede Kamer en de behartiging van nog lopende zaken tot taak had die aangelegenheden in behandeling te nemen 'waarvan uitstel niet in 's lands belang of dat van het Koninkrijk is te achten'.¹²² Aan het interimkabinet-Beel is wel een bijzonder karakter toegeschreven, omdat dit de eerste keer was dat het *aantreden* van een kabinet gepaard ging met het gebruik van deze demissionaire 'formule'.¹²³ Uit de benoeming van een apart interimkabinet dat het nemen van een beslissing tot Kamerontbinding op zich zou nemen, blijkt ook dat er op dat moment nog een relatief groot ontzag voor het ontbindingsrecht bestond; in die tijd overheerste nog de gedachte dat een 'gewoon' demissionair kabinet niet een zo ingrijpend besluit als dat tot het doen ontbinden van de Kamer kon nemen.

Na die tijd zou het ontzag voor het ontbindingsrecht relatief snel verder afnemen, hetgeen voor Vis aanleiding vormde in dit kader van een 'soort afdalende reeks in gewichtigheid' van dit recht te spreken.¹²⁴ Het kabinet-Zijlstra (1966-1967), het daaropvolgende interimkabinet, had al een veel ruimer geformuleerde opdracht dan dat van Beel. Nieuw aan de twee volgende interimkabinetten, dat van Biesheuvel (1972-1973)¹²⁵ en het derde van Van Agt (1982), is dat beide onder leiding van de minister-president stonden die ook het bewind voerde in het direct daarvoor zittende kabinet; Beel en Zijlstra waren allebei oudere politici die al ruimschoots hun sporen binnen en buiten de politiek hadden verdiend, terwijl Biesheuvel en Van Agt in feite het beleid dat zij als premier hadden gevoerd in een kabinet met gewijzigde samenstelling voortzetten. In 1977 volgde een nieuwe wijziging in de toe-

121 Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 457.

122 *Handelingen II* 1958/59, p. 525-526 (23 december 1958). Ten tijde van de benoeming van dit interimkabinet gold nog 'vrij dwingend' de gedachte dat alleen een 'volwaardig' (dus niet-demissionair) kabinet tot ontbinding van de Kamer kan overgaan. In die zin o.a. De Graaf 1983, p. 511. Zoals verderop blijkt, is van die gedachte inmiddels nog weinig over.

123 In die zin Prakke 1975, p. 27; Vis 2003a, p. 13.

124 Vis 2003a, p. 14.

125 Voor de volledigheid zij hier er nog op gewezen dat sommige auteurs geen onderscheid maken tussen het eerste en het tweede kabinet-Biesheuvel, omdat de ministers uit het kabinet-Biesheuvel de terbeschikkingstelling van hun portefeuilles hebben teruggenomen. Als gevolg daarvan heeft de koningin na de kabinetscrisis van 1972 geen nieuwe benoemingsbesluiten hoeven nemen. Zie o.a. Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 309.

passingspraktijk van het ontbindingsrecht, omdat toen voor het eerst een kabinet met een demissionaire status, het kabinet-Den Uyl, overging tot de ontbinding van de Kamer in plaats van een apart aangesteld interimkabinet.

Voor 1977 was de ontbinding van de Kamer door een demissionair kabinet nog niet voorgekomen, vermoedelijk vanwege het eerder besproken ontzag van regering en Kamer voor het ontbindingsrecht. De ontbinding van 1977 had overigens wel een bijzonder karakter. Het kabinet-Den Uyl viel in dat jaar slechts een aantal maanden voordat het de rit van vier jaar zou hebben uitgezet. Het was de bedoeling van het kabinet om de Kamer te ontbinden met het oog op de eerste lezing van de aanhangige herziening van de Grondwet (vgl. thans art. 137, derde lid Grondwet), maar de Eerste Kamer was niet bereid de eerste lezing van de aanhangige grondwetsherziening af te handelen met een demissionair kabinet. In hun adviezen aan de Kroon bleken de fractievoorzitters van de Tweede Kamer te adviseren over te gaan tot ontbinding van de Tweede Kamer op grond van (het huidige) artikel 64, eerste lid Grondwet. Op die manier kon het kabinet via de weg van de politieke ontbinding alsnog bereiken wat het eerder, voor het uitbreken van de kabinetscrisis, wilde bewerkstelligen met een herzieningsontbinding.¹²⁶ In 1977 oordeelde Prakke dat deze gang van zaken geoorloofd was.¹²⁷ Overigens leidde deze ontbinding niet tot vervroegde verkiezingen. Volgens Vis vond de eerste 'echte' ontbinding door een demissionair kabinet plaats in 1989, toen de Kamerontbinding door het demissionaire kabinet-Lubbers II wel tot vervroegde Tweede Kamerverkiezingen leidde.¹²⁸

Het voorbeeld van het kabinet-Den Uyl in 1977 werd gevolgd door het tweede kabinet-Lubbers (1989), het eerste (2003) en vierde (2010) kabinet-Balkenende en het eerste (2012) en derde (2021) kabinet-Rutte, die alle eveneens in demissionaire staat ontbinding van de Kamer mogelijk maakten.¹²⁹ Aan de ontbindingsbesluiten van 2012 en 2021 ging zelfs ook geen formatieprocedure meer vooraf,¹³⁰ zoals voor die tijd altijd wel het geval was geweest. Voorlopig is dit het sluitstuk van een ontwikkeling waarin de toepassing van het ontbindingsrecht een steeds minder omstreden karakter krijgt.

Het in de loop van de twintigste eeuw afgenomen ontzag voor het ontbindingsrecht hangt in belangrijke mate samen met het veranderde perspectief op de verhouding tussen regering en parlement. Sinds het ontstaan van de conventie van 1922 is de betrokkenheid van de Tweede Kamer bij het nemen van een ontbindingsbesluit steeds verder toegenomen. In dit kader spreekt Vis van de 'parlementarisering' van het ontbindingsrecht of zelfs

126 Vis 1987, p. 97-99.

127 Prakke 1977, p. 406-407.

128 Vis 2003a, p. 13.

129 Een uitzondering op deze ontwikkeling vormt het kabinet-Balkenende III dat in 2006 weer als interimkabinet de verantwoordelijkheid voor Kamerontbinding nam. Zie o.a. Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 456-457.

130 Ik kom daar nog op terug in par. IV.2.4.2.

van ‘zelfontbinding’ door het parlement.¹³¹ Hij wijst erop dat in 1958 nog ‘een substantiële minderheid’ van de Tweede Kamer tegen het gebruik van het ontbindingsrecht was, terwijl daarvan in 1982 ‘nog nauwelijks enkele tegenstanders’ over waren. De belangrijkste oorzaak van deze verandering van opvatting onder de leden van de Tweede Kamer ligt in de toegenomen inspraak die zij in het recente gebruik van het ontbindingsrecht hebben gehad. Als de regering overgaat tot een te overhaaste toepassing van het ontbindingsrecht, dan zal de Tweede Kamer daarvoor in beginsel zélf medeverantwoordelijkheid dragen. Tegen die achtergrond is het verdedigbaar dat het ontbindingsrecht in de praktijk een steeds technischer karakter heeft gekregen.

Deze ontwikkeling vormt de aanleiding voor een beschouwing over de vraag of het ontbindingsrecht alleen een technisch karakter *heeft* gekregen of inmiddels ook tot op zekere hoogte als zodanig zou *moeten* worden toegepast. In dat licht komt de vraag aan de orde of er een verplichting voor het kabinet bestaat om voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen zijn ontslag aan te bieden respectievelijk of er een regeringswisseling mag volgen zonder tussentijdse Tweede Kamerverkiezingen uit te schrijven.

IV.2.4.2 *Een kabinet dient voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen zijn ontslag aan te bieden*

Sinds 1983 bepaalt artikel 64, eerste lid Grondwet: ‘Elk der kamers kan bij koninklijk besluit worden ontbonden.’ In het licht van die formulering heeft het kabinet dat zich geconfronteerd ziet met een wantrouwenstotum van de Kamer op zichzelf nog de mogelijkheid om de Kamer te doen ontbinden in plaats van af te treden. Het kabinet zou dan ook geen toestemming van de Kamer zelf nodig hebben voor het nemen van een beslissing tot het doen ontbinden van de Kamer.¹³² Hoewel het gangbaar is dat de Kamer zelf ook instemt met een dergelijke beslissing, zou dit slechts een praktijk in plaats van een norm zijn. Bovend’Eert, die deze opvatting aanhangt, stelt dat een andere interpretatie afbreuk zou doen aan het karakter van het ontbindingsrecht als autonoom recht van de regering. Volgens hem zou het onjuist zijn aan te nemen dat deze praktijk voortvloeit uit een staatsrechtelijke norm. Hij acht het

131 Vis 1987, p. 99-100 respectievelijk p. 84. Overigens volgt uit deze terminologie niet dat de Tweede Kamer zélf overgaat tot ontbinding. Het ontbindingsrecht blijft formeel gezien aan (alleen) de regering toebehoren.

132 In die zin o.a. Kortmann 1987a, p. 221; Koekkoek 1989a, p. 879; Bovend’Eert 1991, p. 59; Bovend’Eert & Kummeling 2017, p. 458-459. Overigens maakt Koekkoek wel het voorbehoud dat het kabinet dat de ontbindingsbeslissing voorbereidt alsnog moet aftreden als de Kamer het kabinet voor die beslissing ter verantwoording roept en die beslissing afkeurt. Zie Koekkoek 1989a, p. 879-880; Koekkoek 1989b, p. 1214.

'ten zeerste de vraag of deze feitelijke ontwikkeling [d.w.z. de ontwikkeling waarbij Kamerontbinding niet meer voortvloeit uit een klassiek conflict tussen Kamer en kabinet, GJAG] aanleiding moet zijn tot wijziging van het constitutionele recht, zodanig dat instemming van een kamermeerderheid met ontbinding vereist is. Een overwegend bezwaar tegen dit vereiste is dat het evenwicht in de verhouding tussen regering en parlement ernstig verstoord wordt. Het leidt ertoe dat het kabinet niet langer een pressiemiddel – dreigen met ontbinding – bezit om te trachten zijn wil op te leggen aan de kamer. Indien een conflict met de kamer uitbreekt, wordt het kabinet elke keuze bij de oplossing ervan ontnomen. Het kabinet moet passief toezien, op welke wijze de fractievoorzitters over zijn lot beslissen. Het resultaat hiervan is dat het primaat in de verhouding tussen regering en parlement bij het parlement gelegd wordt. Het kabinet vervult een min of meer ondergeschikte rol. Het wordt gedegradeerd tot een soort van commissie van een kamermeerderheid, die haar wil uitvoert'.¹³³

Overigens betekent dit volgens Bovend'Eert niet dat de regering onder iedere omstandigheid tot Kamerontbinding kan overgaan. Volgens hem beperkt de conventie van 1868 de uitoefening van het ontbindingsrecht, in de zin dat de regering niet bevoegd is opnieuw tot Kamerontbinding over te gaan vanwege hetzelfde feit. Als een nieuw gekozen Kamer zich dus op hetzelfde punt keert tegen het kabinet, dan verplicht de genoemde conventie het kabinet zijn ontslag aan te bieden, zo betoogt Bovend'Eert.¹³⁴

Hoewel deze redenering recht doet aan de tekst van artikel 64, eerste lid Grondwet, gaat zij voorbij aan de (gewijzigde) opvattingen van Kamer en regering over het oogmerk van Kamerontbinding. In het huidige politieke landschap, waarin een 'klassieke' conflictsituatie tussen regering en parlement als twee tegenover elkaar staande eenheden nauwelijks nog denkbaar is, draagt het ontbindingsrecht nauwelijks nog bij aan het verzekeren van een evenwicht tussen deze twee organen.¹³⁵ Niet zozeer de verhouding tussen regering en parlement als zodanig, maar de partijpolitieke verhoudingen *binnen* die organen zijn daardoor in de praktijk bepalend voor het handelen van beide organen. Als er een conflict tussen beide organen ontstaat,

133 Bovend'Eert 1991, p. 58. Het citaat is ook vrijwel woordelijk terug te vinden in Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 458.

134 Bovend'Eert 1991, p. 59-60.

135 Dit staat overigens nog los van de vraag of een verhouding tussen regering en parlement waarbij het feitelijke overwicht bij het parlement berust, *staatsrechtelijk* gezien ook op problemen stuit. De suggestie van Bovend'Eert dat het onwenselijk is als het kabinet een ten opzichte van de Kamer ondergeschikte rol vervult, berust op een normatieve vooronderstelling over hoe institutioneel-dualistisch die verhouding *idealiter* dient te zijn, niet op hoe die verhouding daadwerkelijk staatsrechtelijk geregeld *is*. Het Nederlands staatsrecht schrijft immers slechts in beperkte mate voor hoe dualistisch de verhouding tussen de regering en het parlement dient te zijn en staat dan ook op zichzelf niet aan een niet-autonome toepassing van het ontbindingsrecht in de weg. Vgl. in die zin o.a. Rijpperda Wierdsma 1961, p. 7-9; Dölle 1980, p. 498-500 = Dölle 2014, p. 18-22; Van den Berg 1985, p. 7; Prins 1986a, p. 5.

zal dat veelal neerkomen op een conflict binnen de coalitie dat zich in *zowel* de regering *als* de Kamer zal afspelen.

Zelfs als het kabinet een eenheid vormt in een conflict met de Kamer, zoals toen de Kamer op instigatie van de KVP-fractie onder leiding van Schmelzer het kabinet van KVP-premier Cals (1965-1966) ten val bracht, is het niet goed denkbaar dat het kabinet de Kamer doet ontbinden *zonder* zelf ook zijn ontslag aan te bieden.¹³⁶ Als de betrokken bewindslieden uit die partij toch zouden afzien van de aanbieding van ontslag, wordt de kans op een scheuring in hun partij groot. Slechts weinig politici zullen voor dergelijk handelen de verantwoordelijkheid willen dragen. Het gevaar van een mogelijke verstoring van het evenwicht tussen regering en parlement is dan ook nauwelijks nog reëel. De suggestie dat het wegvallen van de mogelijkheid van conflictontbinding betekent dat het kabinet wordt gedegradeerd 'tot een soort van commissie van een Kamermeerderheid' is bovendien ook wat overdreven. Het kabinet beschikt, ook nu een conflictontbinding geen reële optie meer is, immers nog wel degelijk over een pressiemiddel jegens de Kamer: het kan immers nog de kabinetstekwestie stellen. In het licht van de bij veel Kamerleden bestaande wens om een kabinetscrisis te voorkomen uit angst hun zetel te verliezen,¹³⁷ is dit een voldoende zwaar middel om de Kamer mee onder druk te zetten.

In het verlengde daarvan heeft de conventie van 1868 haar relevantie in het huidige politieke landschap verloren. Deze regel is inmiddels vervangen door de zogeheten 'conventie van 1922' die voorschrijft dat een kabinet (uiterlijk) aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen zijn ontslag aanbiedt. Op grond van deze conventie zal een beslissing tot het doen ontbinden van de Tweede Kamer per definitie ook leiden tot het ontslag van het kabinet, waardoor Kamerontbinding zonder parlementaire instemming voor de regering niet langer zin heeft. Er is dan ook voor de regering geen reden over te gaan tot ontbinding van de Kamer *zonder* voorafgaande parlementaire instemming. Volgens Bovend'Eert hoeft dat echter niet het geval te zijn, omdat de gelding van de conventie van 1922 louter afhankelijk zou zijn van partijpolitieke verhoudingen; in zijn ogen kan een kabinet ook ontbinding bevorderen zonder parlementaire instemming, omdat het niet per se zijn ontslag zou hoeven aan te bieden aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen.¹³⁸ In zijn ogen is deze conventie daarom niet meer dan een niet-bindende, feitelijke praktijk. Niet de conventie van 1922, maar slechts de conventie van 1868 stelt volgens die redenering een grens aan de toepassing van het ontbindingsrecht.

Een andere benadering van de verhouding tussen beide conventies, waarin juist de conventie van 1922 als bindende regel een conflictontbinding

136 In die zin ook Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 653.

137 Zie nader par. IV.2.4.3.

138 Bovend'Eert 1991, p. 59. In die zin ook Prakke 1977, p. 403-404, nt. 12; Kortmann 1987a, p. 219-220; Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 133; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 467.

(en dus eventuele toepassing van de conventie van 1868) voorkomt, heeft echter betere papieren. Van doorslaggevend belang daarbij is de introductie in 1917 van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging, dat in de plaats kwam van het voor die tijd vigerende meerderheidsstelsel met districten. Op basis van het oude kiesstelsel konden kandidaten voor de Kamer een plaats in het parlement bemachtigen als zij een absolute meerderheid van de stemmen in hun district behaalden, terwijl het volgens het nieuwe kiesstelsel voor het behalen van een zetel in de Tweede Kamer voldoende was om de kiesdrempel te halen op basis van de *in het hele land* uitgebrachte stemmen, dus los van het district waar de stemmen zijn uitgebracht. Tot 1917 kon op basis van de verkiezingsuitslag vrijwel meteen worden vastgesteld wat de politieke machtsverhoudingen waren: ofwel een confessioneel 'rechts' blok ofwel een liberaal 'links' blok had dan een meerderheid van het aantal Kamerzetels die het directe uitgangspunt zou worden van de samenstelling van de regering.

Na 1917 kwam aan die duidelijkheid een einde: door het loslaten van het districtenstelsel is het tot nu toe onhaalbaar gebleken voor welke partij dan ook om een absolute meerderheid van het aantal zetels in de Tweede Kamer te bemachtigen.¹³⁹ In toenemende mate zou de keuze voor de bewindslieden in de regering daardoor afhankelijk worden van nadere tijdens de kabinetsformatie gemaakte afspraken in een regeringsprogram, al dan niet op basis van een regeerakkoord. Tegen die achtergrond is autonome toepassing van het recht van Kamerontbinding nauwelijks nog een reële optie. Een conflictontbinding is alleen zinvol als de Kamer wordt gekozen op basis van een meerderheidsstelsel: alleen in zo'n stelsel ligt de werkelijke politieke tegenstelling tussen regering en parlement *als zodanig*, waardoor het voorstelbaar is dat een nieuw gekozen Kamer de zittende regering beter gezind is dan de ontbonden Kamer. In een kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging is dat niet meer het geval: dan ligt de werkelijke politieke tegenstelling tussen het kabinet en de coalitiefracties enerzijds en de oppositiefracties anderzijds.¹⁴⁰ De consequentie daarvan is dat de verversing van de Kamer op zichzelf nog niets zegt over de volgens die Kamer wenselijke samenstelling van het kabinet: die zal immers steeds¹⁴¹ afhankelijk zijn van nadere afspraken in een kabinetsformatieprocedure.

Dit alles betekent dat de conventie van 1868 haar betekenis verloren heeft: zij verbiedt immers alleen een *tweede* conflictontbinding. Na de introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging behoort een

139 Zie par. III.2.5.

140 Dat blijkt ook uit de ontwikkeling die het recht van Kamerontbinding na 1917 heeft ondergaan: na de introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging heeft dit recht een steeds 'neutraler' of 'technischer' karakter gekregen. Zie par. III.3.3.2.3.

141 Dat zal *ook* het geval zijn als de partijen van de bewindslieden in de zittende regering gezamenlijk na de Tweede Kamerverkiezingen opnieuw een meerderheid behalen. Zie daarover nader verderop in deze subparagraaf.

conflictontbinding echter überhaupt niet meer tot de mogelijkheden.¹⁴² Na de introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging heeft de conventie van 1868 immers plaatsgemaakt voor een nieuwe bindende regel: de conventie van 1922.¹⁴³ Dat blijkt ook uit de praktijk, die erop duidt dat er nauwelijks nog feitelijke ruimte voor de regering bestaat om in weerwil van de conventie van 1922 zonder instemming van een parlementaire meerderheid tot Kamerontbinding over te gaan. Illustratief is de beslissing van Lubbers het ontslag van zijn kabinet aan te bieden in de aanloop naar de Tweede Kamerverkiezingen van 1986,¹⁴⁴ ondanks de expliciet door CDA en VVD uitgesproken voorkeur voor voortzetting van het kabinet-Lubbers I. Tijdens het debat over de regeringsverklaring in 1986 verklaarde Lubbers:

‘Ik moet zeggen dat ik de dag na de verkiezingen aan Ruijs de Beerenbrouck in 1922 moest denken en dat ik de neiging had, precies hetzelfde te doen als hij heeft gedaan [d.w.z. de verkiezingsuitslag af te wachten, voordat hij het ontslag van zijn kabinet zou aanbieden, GJAG]. Het duurde slechts 24 uur voordat ik net als hij met de neus op de politieke realiteit werd gedrukt.’¹⁴⁵

Na de verkiezingen zou het kabinet-Lubbers II worden gevormd met bewindspersonen van dezelfde partijen als het kabinet-Lubbers I, zij het met een andere portefeuilledverdeling.¹⁴⁶ Dit illustreert wat er gebeurt als twee partijen hun samenwerking in het kabinet na de verkiezingen willen voort-

142 In het Verenigd Koninkrijk daarentegen, waar nog altijd wel een meerderheidsstelsel geldt, is conflictontbinding op zichzelf nog wel mogelijk. In 2011 is de bevoegdheid van de regering om de House of Commons te ontbinden wel in vergaande mate ingeperkt door de Fixed-term Parliaments Act 2011. Zie par. II.2.6.

143 Vanaf dat moment ontstond ook de vertrouwensregel in de huidige vorm: de regel op basis waarvan een bewindspersoon direct dient af te treden, indien de Tweede Kamer blijf geeft geen vertrouwen meer in hem te hebben. Zie nader par. III.3.4.1.3 en IV.2.4.4.

144 De Tweede Kamerverkiezingen van 1986 waren reguliere en geen ontbindingsverkiezingen. Dat neemt niet weg dat de gang van zaken na deze verkiezingen goed de bindende kracht van de conventie van 1922 (en daarmee de onmogelijkheid van conflictontbindingen) illustreert.

145 *Handelingen II* 1985/86, p. 5391 (31 juli 1986). Zie nader over het voorval waarnaar Lubbers verwijst par. IV.5.3.2.

146 Een ander goed voorbeeld vormt de gang van zaken na de Tweede Kamerverkiezingen van 2021: de partijen in de zittende coalitie van het kabinet-Rutte III (VVD, CDA, D66 en CU) behaalden bij deze verkiezingen gezamenlijk per saldo een hoger zetelaantal dan in 2017. Toch gaf D66 vrijwel meteen te kennen niet direct een voorkeur te hebben voor een doorstart van de coalitie van het kabinet-Rutte III: deze partij behaalde een relatief grote winst bij de verkiezingen (van 19 naar 24 zetels) en wil daarom een groter stempel drukken op het regeerakkoord. In een nieuwe coalitie met de CU zou dat niet kunnen ten aanzien van medisch-ethische kwesties, die voor D66 belangrijk zijn. Zie ‘En nu de formatie: VVD en D66 plus... wie?’, *NRC Handelsblad* 18 maart 2021. Op het moment dat de laatste wijzigingen in dit manuscript zijn ingevoegd (1 mei 2021) moest de kabinetsformatie in feite nog beginnen. Wel illustreert dit voorbeeld nu al dat een kabinet na Tweede Kamerverkiezingen eigenlijk alleen bij wijze van hoge uitzondering in *precies dezelfde samenstelling* zal aan blijven.

zetten. In zo'n situatie is het op zichzelf denkbaar dat zij het beleid van hun kabinet tot inzet van de Tweede Kamerverkiezingen maken, maar niet dat zij ook de *precieze samenstelling* van het kabinet bij een positieve uitslag van de Tweede Kamerverkiezingen volledig onveranderd willen laten.

Daarvoor zijn twee redenen aan te wijzen. In de eerste plaats zullen vrijwel alle aan de Tweede Kamerverkiezingen deelnemende partijen de opties voor kabinetssamenwerking willen openhouden omdat er vaak meerdere partijen zijn waarmee zij in een kabinet kunnen samenwerken.¹⁴⁷ In de tweede plaats is, ook in geval van winst van alle regeringspartijen, bijstelling van de coalitieverhoudingen, bijvoorbeeld ten aanzien van de verdeling van portefeuilles voor bewindspersonen tussen partijen, immers vrijwel altijd politiek noodzakelijk.¹⁴⁸ In dit licht is het begrijpelijk dat er vrijwel altijd fracties, ook van de coalitie, zullen zijn die behoefte hebben om de nieuwe zetelverdeling in de Tweede Kamer te verdisconteren in de samenstelling van het kabinet.

Er zal dus vrijwel per definitie een meerderheid in de Kamer te vinden zijn die na Tweede Kamerverkiezingen bereid is om nieuwe onderhandelingen over (de precieze samenstelling van) een kabinet te starten. Zelfs in het theoretische geval waarin een kabinet zichzelf wél met precies dezelfde ministers en staatssecretarissen tot inzet van de verkiezingen wil maken, is er overigens voor dat kabinet geen enkel beletsel de conventie van 1922 te volgen. De koning kan de ontslagaanvraag van een kabinet voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen in beraad houden en haar weigeren te honoreren, als het kabinet weer kan rekenen op de steun van een Kamermeerderheid en – na overleg met de Kamer – aan de koning laat weten graag in dezelfde samenstelling aan te blijven. In dat geval ligt het primaat na de verkiezingen echter wel bij de (nieuw gekozen) *Kamer*.

Tot 2012 was het gebruikelijk dat er na de val van een kabinet een consultatieprocedure volgde, waarbij de vorst inlichtingen inwon bij de fractievoorzitters van de Tweede Kamer over de wenselijkheid van Kamerontbinding. De laatste maal waarbij Kamerontbinding (uiteindelijk) tot vervroegde verkiezingen leidde,¹⁴⁹ namelijk na de val van het kabinet-Rutte I in 2012, bleven dergelijke consultaties echter achterwege.¹⁵⁰ Het achterwege laten van deze consultaties sluit goed aan bij de parlementarisering van de kabinetsformatie die sinds 2012 een nieuwe fase is ingegaan: niet langer de vorst, maar de Tweede Kamer heeft nu de regie

147 Van der Pot/Donner 1983, p. 431, nt. 1.

148 Vis 2003a, p. 12. Vgl. in die zin ook reeds Duynstee 1960, p. 61.

149 De val van het kabinet-Rutte III in 2021 leidde niet tot vervroegde verkiezingen, omdat er reeds reguliere Tweede Kamerverkiezingen waren gepland op 15, 16 en 17 maart 2021. Wel werd de Tweede Kamer na de val van dit kabinet ontbonden, overigens zonder dat daaraan voorafgaand een consultatieprocedure plaatsvond. Zie Besluit van 22 januari 2021, houdende de ontbinding van de Tweede Kamer der Staten-Generaal 2021 (*Stb.* 2021, 34).

150 Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 457.

over de kabinetsformatie.¹⁵¹ Tegen die achtergrond wordt de eerder genoemde consultatieprocedure niet meer doorlopen.¹⁵²

Wil er echter sprake zijn van een conventie, dan moet er ook sprake zijn van een norm die regering en parlement, los van de persoonlijke opvattingen van de specifieke ambtsdragers, bindend *zouden moeten achten*. Ook daarvan is sprake. In het licht van de huidige verhoudingen tussen kabinet en parlement is het onacceptabel als het kabinet aanstuurt op een (tweede) conflict met de Kamer.¹⁵³ In een dergelijke situatie, waarin de regering de Kamer ontbindt zonder voorafgaande parlementaire instemming, blijven de bewindspersonen uit die regering in missionaire status aan; pas na een nieuw wantrouwensvotum van de Kamermeerderheid dienen zij hun ontslag aan te bieden, waarna alsnog een nieuwe kabinetsformatieprocedure van start gaat.

Voor de nieuw gekozen Kamer is het echter bezwaarlijk aan te sturen op een (tweede) conflict met het kabinet, omdat de Kamer daarbij vrijwel per definitie niet als een eenheid optreedt; aan conflicten tussen regering en parlement ligt steeds een verschil van inzicht tussen verschillende Kamerfracties en/of de betrokken bewindspersonen uit de regering ten grondslag, dat vrijwel per definitie niet los kan worden gezien van de vigerende partijpolitieke verhoudingen in die organen. Voor de formatieprocedure die volgt op het (tweede) conflict tussen kabinet en Kamermeerderheid zijn de machtsverhoudingen tussen de diverse politieke partijen minstens zo bepalend, omdat die procedure tot doel heeft samenwerkende Kamerfracties bijeen te brengen met het oog op het sluiten van een regeerakkoord ten behoeve van kabinetssamenwerking. Als de Kamer (opnieuw) het vertrouwen in het

151 Zie par. IV.5.5.2.2.

152 Dat betekent ook dat de koning bij de consultatieprocedures niet meer geconfronteerd kan worden met een tweestrijd tussen Kamer en kabinet, waarbij het kabinet pleit voor Kamerontbinding en de Kamer tegen. Voor 2012 bestond volgens Bovend'Eert nog het gevaar 'dat de Koning in een onmogelijke positie gebracht zou worden als een Kamermeerderheid zich [in zo'n consultatieprocedure] tegen Kamerontbinding uitsprekt, terwijl het kabinet overweegt de Kamer te ontbinden. De vereiste eenheid van de regering zou doorbroken worden als de Koning tegen de zin van het kabinet gehouden zou zijn om de wil van de Kamermeerderheid te volgen'. Zie Bovend'Eert 2020, p. 103. Al voor 2012 was het nauwelijks denkbaar dat een dergelijk scenario zich daadwerkelijk zou voordoen: de conventie van 1922 brengt immers mee dat de ontbinding van de Kamer op termijn ook leidt tot het verplichte ontslag van ministers en staatssecretarissen voorafgaand aan de verkiezingen. Nu deze consultatieprocedure na de val van een kabinet voortaan achterwege kan blijven, kan de koning überhaupt niet meer in een situatie als deze terechtkomen. Daarmee heeft het door Bovend'Eert geschetste scenario definitief zijn relevantie verloren.

153 Vgl. in die zin ook o.a. Duynstee 1960, p. 61; Oud 1967, p. 272; Beekman 1973, p. 398-399; Besselink 1989, p. 1207. Andere auteurs onderschrijven deze stelling niet op basis van de (impliciete) veronderstelling dat de noodzaak tot de navolging van de conventie van 1922 vooral een politieke kwestie zou zijn. Vgl. in die zin o.a. Prakke 1975, p. 8-9; Kortmann 1987a, p. 219-220; Kummeling 2016, p. 71-72.

kabinet dient op te zeggen om überhaupt een kabinetsformatieprocedure in gang te zetten, dan kan dat de verhoudingen tussen de regeringsfracties enerzijds en de overige fracties anderzijds onder druk zetten. Als het (missionaire) kabinet niet uit eigen beweging zijn ontslag wil indienen, kunnen bepaalde fracties voor een dilemma komen te staan: zij zullen het kabinet enerzijds willen wegsturen om een formatieprocedure te starten waaraan zij als potentiële onderhandelaar mee kunnen doen, maar anderzijds ook de druk voelen om de relatie met (een potentiële onderhandelingspartner uit) dat kabinet niet te veel op de spits drijven.¹⁵⁴

Tegen die achtergrond is het heel wel verdedigbaar dat een kabinet voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen altijd zijn ontslag *moet* aanbieden, om zo een gelijk speelveld te creëren en iedere fractie een gelijke startpositie te gunnen als de kabinetsformatieprocedure van start gaat.¹⁵⁵ Op die manier wordt zoveel mogelijk voorkomen dat de Kamer (althans, bepaalde Kamerfracties) niet voor het voornoemde dilemma komt (komen) te staan. De bindende kracht van de conventie vloeit niet alleen voort uit de bestaande partijverhoudingen, maar ook uit een voor alle fracties bestaand belang om een gelijk speelveld voor alle nieuwe fracties in de Tweede Kamer te creëren. Er is immers geen aanleiding om aan te nemen dat de fracties die deel uitmaken van de (vorige) coalitie mogen worden bevoordeeld ten opzichte van fracties waarvoor dat niet geldt. In dat licht is de conventie van 1922, zoals de gangbare aanduiding reeds deed vermoeden, een volwaardige, bindende, conventie.

Toch is de kous daarmee nog niet af. De formulering van artikel 64, eerste lid Grondwet als een discretionaire bevoegdheid voor de regering illustreert ook de open verhouding tussen regering en parlement; door die verhouding niet op te vullen, laat de grondwetgever voldoende ruimte voor nieuwe feitelijke ontwikkelingen die deze verhouding kunnen beïnvloeden en in potentie een einde aan het bestaan van de conventie van 1922 maken.¹⁵⁶

154 Hoezeer deze gedachte een rol kan spelen, bleek tijdens de aanloop naar de kabinetscrisis van december 2006. Toen nam een meerderheid van de Tweede Kamer een motie van wantrouwen aan tegen Rita Verdonk, waarop Verdonk op basis van de vertrouwensregel had moeten aftreden. Hoewel Verdonk in weerwil van de activering van de vertrouwensregel ten onrechte weigerde af te treden, liet de Kamer haar uiteindelijk met een gewijzigde portefeuille aanblijven. Vermoedelijk zal de lopende kabinetsformatie, waarbij de betrokken onderhandelaars een politiek belang hebben om niet te gauw met elkaar het conflict op te zoeken, daarbij een belangrijke rol hebben gespeeld. Tegen die achtergrond kan worden verklaard waarom de Kamer uiteindelijk niet tot de handhaving van de vertrouwensregel overging en Verdonk toch liet aanblijven. Toen ging het weliswaar om het aanblijven van een bewindspersoon in een (toen reeds formeel) demissionair kabinet, maar ten aanzien van het aanblijven van een bewindspersoon in een missionair kabinet zal dit argument evenzeer (en misschien nog wel in sterkere mate) een rol spelen. Zie par. IV.2.4.4.

155 In zoverre is de gelding van de conventie van 1922 ook van belang voor een goed verloop van de kabinetsformatieprocedure, waarin de notie van *fair play* een belangrijke rol speelt. Zie par. IV.5.2.

156 Vgl. in die zin o.a. Bovend'Eert 1991, p. 58; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 458.

Er is dan ook geen aanleiding aan te nemen dat voor een autonome toepassing van het ontbindingsrecht door de regering nimmer plaats is. Daarom is hier sprake van een conventie waarvan afwijking met instemming van zowel regering als parlement mogelijk is.

Afwijking van de conventie van 1922 is echter slechts denkbaar in een situatie waarin de verhoudingen tussen politieke partijen en hun fracties in de Kamer niet of nauwelijks de relatie tussen kabinet en parlement beïnvloeden. Hirsch Ballin noemt een scenario waarin een dergelijke afwijking denkbaar is:

‘Als op geen enkele manier, zelfs niet voor een kabinet met de beperkte taak nieuwe verkiezingen mogelijk te maken, een vertrouwensbasis bij een parlementaire meerderheid kan worden gevonden, moet het tot de verantwoordelijkheid van het parlement worden gerekend, het verder functioneren van het parlementair stelsel na nieuwe verkiezingen toch mogelijk te maken. Zo’n gang van zaken is echter eerder te karakteriseren als een impasse-ontbinding dan als een conflictontbinding.’¹⁵⁷

De impasseontbinding zal volgens Hirsch Ballin in de praktijk voor de regering primair een laatste redmiddel zijn, omdat zij niet tot de politieke realiteit zou moeten behoren. Immers, zo betoogt hij, een Kamermeerderheid ‘maakt stevast ofwel de vorming van een kabinet, ofwel nieuwe verkiezingen met het oog op de vorming van een nieuw kabinet mogelijk’. De achtergrond daarvan is dat een kabinet dat de beslissing heeft genomen om de Tweede Kamer te ontbinden niet meer volledig kan rekenen op het ver-

157 Hirsch Ballin 1989, p. 322 = Hirsch Ballin 1991, p. 525, ook voor de twee hierna geciteerde uitspraken. Anders Beekman 1973, p. 401-402. Volgens Beekman staat de conventie van 1868 aan een dergelijke ontbinding in de weg in het licht van de door hem aan Kamerontbinding toegedichte functie: het mogelijk maken van de vorming van een nieuw kabinet (overigens zijn ook periodieke verkiezingen daarop gericht; in dit kader geldt er dus volgens Beekman geen verschil tussen periodieke verkiezingen en ontbindingsverkiezingen). Pas als het nieuwgevormde kabinet de eerste confrontatie met de Kamer heeft overleefd, waarvan sprake is als de Kamermeerderheid na de presentatie van de regeringsverklaring niet een wantrouwensvotum afgeeft, is de kabinetsformatie volgens Beekman afgerond. Als het kabinet, geformeerd na ontbindingsverkiezingen, direct bij zijn eerste confrontatie door de Kamer wordt heengezonden, dan is de formatie nog niet afgerond. Daarom zou een ontbinding van die Kamer, zo redeneert Beekman, betrekking hebben ‘op hetzelfde feit’ omdat die ontbinding is gericht op de vorming van een nieuw kabinet; de kabinetsprocedure die met de eerste ontbindingsbeslissing (dan wel periodieke verkiezingen) in gang was gezet, is ten tijde van de tweede ontbindingsbeslissing immers nog niet afgerond. Hoe creatief de redenering van Beekman ook is, zij doet inmiddels onvoldoende recht aan de sterke verwevenheid tussen het kabinet en de coalitiefracties in het parlement. Bovendien is het moeilijk situaties te bedenken waarin een dergelijke revitalisering van de conventie van 1868 een concreet probleem kan oplossen (afgezien wellicht van de situatie waarin een nieuw geformeerd *minderheids*kabinet dat de eerste confrontatie met de Kamer niet overleeft misbruik wil maken van het ontbindingsrecht door het ‘conflict’ opnieuw aan de kiezer voor te leggen; van een impasseontbinding is dan echter geen sprake).

trouwen waarop het aantreden en aanblijven van het in een conflict verzeild geraakte kabinet aanvankelijk berustte.¹⁵⁸ Een kabinet zou daarom in beginsel alleen kunnen overgaan tot het doen ontbinden van de Kamer als ook de Kamer zelf van oordeel is dat ontbinding tot de missie van het kabinet behoort.

De conclusie van Hirsch Ballin is juist. Van een harde staatsrechtelijke eis tot instemming van het parlement met het nemen van een ontbindingsbesluit hoeft daarom in een uitzonderlijk geval als dit geen sprake te zijn. Het is in theorie denkbaar dat de verhouding tussen regering en parlement zich in de toekomst wijzigt, waardoor de conventie van 1922 een andere betekenis krijgt of zelfs haar bindende karakter verliest, bijvoorbeeld als het vertrouwen van het parlement in de regering niet langer voortvloeit uit een (gedetailleerd) regeerakkoord. In de huidige constellatie, waarbij partijbindingen en partijafspraken een essentiële invloed hebben op het (voort)bestaan van een kabinet, ligt een dergelijke verandering echter niet voor de hand. Zolang zowel het huidige kiesstelsel gehandhaafd blijft als de kabinetsformatieprocedure afhankelijk blijft van de vigerende partijpolitieke verhoudingen, zal de conventie van 1922 een bindende regel blijven. Dat betekent dat het, afgezien van de theoretische mogelijkheid van een impasseontbinding, nauwelijks mogelijk is om situaties te bedenken waarin toepassing van het ontbindingsrecht zonder parlementaire instemming gerechtvaardigd zou kunnen zijn.

IV.2.4.3 *Geen regeringswisseling zonder tussentijdse verkiezingen*

In 1966 ontstond een praktijk met betrekking tot de toepassing van het ontbindingsrecht, die sindsdien stevast is nagevolgd: na de val een kabinet wordt stevast de Kamer ontbonden en vinden Tweede Kamerverkiezingen plaats, waarna in het licht van de nieuwe samenstelling van de Kamer een nieuw kabinet wordt geformeerd. Deze praktijk is volgens sommige auteurs bindend, om welke reden zij deze praktijk ook wel aanduiden, naar zijn jaar van totstandkoming, als de 'conventie van 1966'.¹⁵⁹ Van een echte conventie, in de betekenis van een bindende regel, is echter geen sprake: de regering is in het licht van de grondwettelijk vastgelegde zittingsduur van de Tweede Kamer niet verplicht tot Kamerontbinding over te gaan na de val van een kabinet. In deze subparagraaf wordt deze stelling toegelicht.

158 Sinds 1983 is de beslissing tot ontbinding altijd een ontbinding op termijn (art. 64, derde lid Grondwet). Na de ontbindingsbeslissing zal de Kamer dus nog blijven zitten, meestal tot een datum vlak na de Tweede Kamerverkiezingen.

159 1966 is het jaar waarin, zoals hieronder nog aan de orde komt, het kabinet-Cals ten val kwam en de politieke partij D'66 werd opgericht. Zie Boogaard 2012, p. 41-43. Boogaard meent als een van de weinige auteurs dat hier sprake is van een bindende regel. Andere auteurs onderschrijven de stelling van Boogaard niet, maar duiden deze praktijk niettemin aan als de 'conventie' van 1966. In die zin o.a. Qoubbane 2012, p. 389-394; Sillen 2012, p. 44-45.

De nieuwe denkwijze over de wenselijkheid van tussentijdse kabinetswisselingen zonder voorafgaande Tweede Kamerverkiezingen ontstond in betrekkelijk korte tijd. Tussen 1963 en 1967 was het nog onomstreden dat een kabinetsformatie kon plaatsvinden zonder dat daaraan voorafgaand de Kamer werd ontbonden: in deze periode hebben op basis van een en dezelfde verkiezingsuitslag drie opeenvolgende kabinetten opgetreden: het centrumrechtse kabinet-Marijnen (1963-1965), het centrumlinkse kabinet-Cals (1965-1966) en het centrumrechtse interimkabinet-Zijlstra (1966-1967).

De val van het kabinet-Cals in de nacht van 13 op 14 oktober 1966, bekend als de Nacht van Schmelzer, vormt het moment waarop het denken over de toelaatbaarheid van tussentijdse coalitiëwisselingen zonder daaraan voorafgaande verkiezingen is veranderd.¹⁶⁰ Vrijwel letterlijk valt deze gewijzigde benadering te herleiden tot de Nacht van Schmelzer, want op 14 oktober 1966 werd de nieuwe politieke partij D'66 (toen nog met apostrof) opgericht. Een van de speerpunten van deze partij was dat de Tweede Kamerverkiezingen een kabinet van slechts één politieke signatuur zou mogen voortbrengen. De voortijdige val van een kabinet zou daarom altijd gepaard moeten gaan met Kamerontbinding en vervroegde verkiezingen, zo was de gedachte.

Vanaf 1967, toen D'66 met zeven fractieleden debuteerde in de Tweede Kamer, maakte deze opvatting snel school. Zo stelde de PvdA-fractie in de Tweede Kamer bij monde van fractievoorzitter Den Uyl reeds in hetzelfde jaar dat 'zonder grondwetwijziging' kan worden voorzien 'in de wenselijkheid dat geen regeringswisseling optreedt zonder kiezersuitspraak'.¹⁶¹ Andere partijen zouden deze opvatting snel overnemen. Van alle aan de Tweede Kamerverkiezingen van 1971 deelnemende partijen sprak alleen de VVD zich in haar verkiezingsprogramma niet expliciet uit voor de omarming van dit adagium.¹⁶² Illustratief voor de vanzelfsprekendheid van navolging van dit gebruik is volgens Vis dat de regering afzag van publicatie van de voordracht tot ontbinding van de Kamer na de val van het eerste kabinet-Biesheuvel in 1972, zoals daarvóór gebruikelijk was.¹⁶³ Tot op de dag van vandaag zijn kabinetscrises steevast gepaard gegaan met Kamerontbinding en vervroegde verkiezingen.

Tijdens de behandeling van het grondwetsherzieningsvoorstel over de verkiezing, werkwijze en samenstelling van de Staten-Generaal in

160 Er gingen ook geen verkiezingen vooraf aan de vorming van het kabinet-Zijlstra. Dit kabinet had anders dan de twee andere kabinetten uit de periode 1963-1967 het karakter van een interimkabinet dat tot doel had de lopende zaken en enkele spoedeisende dossiers af te handelen. Het kabinet-Cals was derhalve het laatste 'reguliere' kabinet dat het resultaat was van een tussentijdse formatieronde zonder voorafgaande verkiezingen. Vgl. De Graaf 1983, p. 510-511.

161 *Handelingen II* 1967, p. 48 (19 april 1967). Aangehaald in Van Baalen 2003, p. 20, nt. 3.

162 Vis 1987, p. 82 met verwijzingen naar de relevante partijprogramma's. Zie ook Bootsma 2017, p. 286-287.

163 Vis 1987, p. 83.

1979 kwam duidelijk naar voren dat er aan de kant van de grondwetgever geen eensgezindheid bestond over de staatsrechtelijke betekenis van dit gebruik.¹⁶⁴ In de memorie van antwoord toonde de regering zich op dit punt ambivalent: hoewel zij het niet waarschijnlijk vond dat een nieuwe regeringscombinatie zou optreden zonder dat daaraan voorafgaand verkiezingen hebben plaatsgevonden, was er in haar ogen geen sprake van een staatsrechtelijke regel.¹⁶⁵ In de Tweede Kamer bestond er eveneens verdeeldheid over de staatsrechtelijke kwalificatie van dit gebruik. De fracties van de PvdA en D'66 waren van mening dat deze gewoonte zonder enige twijfel deel uitmaakt van het ongeschreven staatsrecht.¹⁶⁶ Daarentegen stelde de CDA-fractie dat Kamerontbinding en vervroegde verkiezingen niet bij wijze van 'automatisme' na iedere val van een kabinet dienen plaats te vinden.¹⁶⁷ Het zou daarom volgens deze fractie onjuist zijn dit gebruik aan te duiden als een ongeschreven rechtsregel. De VVD-fractie sloot zich aan bij het standpunt van de regering.¹⁶⁸ De behandeling in de Eerste Kamer gaf eenzelfde beeld te zien.¹⁶⁹

Hoewel deze praktijk sinds 1972 (toen de eerste kabinetscrisis na 1966 plaatsvond) navolging heeft gekregen, weigeren veel auteurs, net als de regering in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983, de betreffende praktijk als bindend te beschouwen.¹⁷⁰ Zij komen tot deze conclusie, omdat de tussentijdse wisseling van een kabinet in toekomstige situaties mogelijk wel geoorloofd zou kunnen zijn.¹⁷¹ Wil er sprake zijn van een bindende norm, zo is de gedachte, dan dienen de betrokken organen de over-

164 Zie voor een uitgebreidere weergave van de opvattingen van regering en Staten-Generaal over de staatsrechtelijke kwalificatie van dit gebruik tijdens de debatten over de herziening van de Grondwet Kortmann 1987a, p. 191-194; Vis 1987, p. 110-112.

165 *Kamerstukken II 1978/79*, 14222, nr. 7, p. 4-5. In de nota naar aanleiding van het eindverslag merkte de regering op dat het optreden van een interimkabinet een uitzondering op het uitgangspunt zou kunnen rechtvaardigen. Zie *Kamerstukken II 1979/80*, 14222, nr. 12, p. 4. Het ligt echter voor de hand dat deze uitzondering reeds in dit gebruik is verdisconteerd. Van een 'echte' signatuurwisseling is bij het optreden van een interimkabinet geen sprake, omdat een dergelijk kabinet slechts tot doel heeft om de lopende en spoedeisende zaken tot de dag van de verkiezingen af te handelen.

166 Zie voor het standpunt van de PvdA-fractie bij monde van Van Thijn *Handelingen II 1979/80*, p. 1922 (12 december 1979) en voor dat van de D'66-fractie bij monde van Brinkhorst *Handelingen II 1979/80*, p. 2063 (18 december 1979).

167 Bij monde van De Kwaadsteniet in *Handelingen II 1979/80*, p. 1935 (12 december 1979).

168 Bij monde van Kappeyne van de Coppello in *Handelingen II 1979/80*, p. 1957 (12 december 1979).

169 Al stelde de D'66-fractie in de Eerste Kamer zich terughoudender op dan haar zusterfractie in de Tweede Kamer. Eerste Kamerlid Vis kenschetste het volgen van het gebruik namens zijn fractie als een kwestie van 'democratisch fatsoen' in plaats van als een staatsrechtelijke verplichting. Zie *Handelingen I 1979/80*, p. 43 (28 oktober 1980).

170 Slechts een enkeling durft de stelling aan dat hier sprake is van een bindende norm. In die zin Koekkoek 1978, p. 283 (die de praktijk aanduidt als regel van ongeschreven staatsrecht) en Boogaard 2012, p. 43 (die de praktijk aanduidt als conventie).

171 In die zin o.a. Kortmann 1987a, p. 193; Vis 1987, p. 115; Qoubbane 2012, p. 394; Sillen 2012, p. 45.

tuiging te hebben dat aan de vorming van een nieuw regulier kabinet te allen tijde Kamerontbinding en vervroegde verkiezingen vooraf dienen te gaan. Als de regering na een kabinetscrisis besluit in overeenstemming met dit gebruik te handelen, zo besluit de redenering, dan is dat vooralsnog echter steeds primair een *politieke* keuze.

Toch heeft noch de regering, noch de Tweede Kamer de navolging van deze praktijk recentelijk fundamenteel ter discussie gesteld. Het is veelzeggend dat na de val van het kabinet-Rutte I (2010-2012), tot dusver de laatste keer in de parlementaire geschiedenis dat een kabinetscrisis leidde tot zowel Kamerontbinding als vervroegde Tweede Kamerverkiezingen, navolging van het gebruik nauwelijks ter discussie stond. Voor de regering was het, blijkens de regeringsverklaring die premier Rutte (VVD) naar aanleiding van de val van zijn kabinet uitsprak, een vanzelfsprekendheid dat er vervroegde Tweede Kamerverkiezingen zouden plaatsvinden. De tekst van de verklaring bevatte de volgende passage:

‘Het woord is nu aan de Kamer en straks aan de kiezer, zoals dat hoort in een democratisch bestel.’¹⁷²

Vrijwel alle fracties die aan het debat in de Tweede Kamer over deze verklaring deelnamen zagen ervan af dit uitgangspunt ter discussie te stellen. Alleen SGP-fractievoorzitter Van der Staaij dacht daar anders over. In zijn ogen zou er

‘veel tijd en duidelijkheid worden gewonnen als op basis van het bestaande kiezersmandaat een nieuwe politieke samenwerking van CDA en VVD met andere partijen kan worden gevormd’.¹⁷³

Hij wees daarbij uitdrukkelijk op de recessie van destijds¹⁷⁴ die een dergelijk handelen zou rechtvaardigen. Rutte antwoordde daarop als volgt:

‘[Het is] eigenlijk usance geworden dat een kabinetscrisis leidt tot nieuwe verkiezingen. (...) In de jaren zestig was het heel gebruikelijk [dat op de val van een kabinet direct, dus zonder daaraan voorafgaande verkiezingen, een formatieronde volgt, GJAG]. Er is in 1963 een parlement gekozen en op basis van die uitslag zijn er drie kabinetten geformeerd. Dat kan, en de Kamer gaat er zelf over. [Het

172 *Handelingen II* 2011/12, nr. 80, item 4, p. 6 (24 april 2012).

173 *Handelingen II* 2011/12, nr. 82, item 14, p. 65 (26 april 2012).

174 De oorzaak van de val van het kabinet-Rutte I was onenigheid tussen de coalitiepartners over een pakket bezuinigingsmaatregelen met het oog op het terugdringen van het begrotingstekort van Nederland in het licht van het Europees Semester. Nadat de PVV de steun aan het kabinet had ingetrokken, bereikten CDA en VVD een akkoord met D66, GL en de CU (de zogeheten Kunduz-coalitie, genoemd naar de partijen die eerder een Nederlandse politietrainingsmissie in de gelijknamige provincie in Afghanistan hadden gesteund) over deze bezuinigingen. Zie Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 812-813.

ligt] volgens mij zeer voor de hand dat wij verkiezingen hebben. Daar vraag ik dus geen discussie over (...).¹⁷⁵

Hoewel Rutte toegeeft dat de Grondwet de ruimte biedt om in een geval als dit zonder voorafgaande verkiezingen een nieuw kabinet te formeren, ziet hij geen reden van die ruimte gebruik te maken, ook niet in het licht van de economische crisis van destijds. In de Tweede Kamer werd het standpunt van de premier niet ter discussie gesteld. Niet alleen is hier sprake van een bestendige gewoonte die sinds 1966 stevast is nagevolgd, ook bestaat er volgens regering en parlement een *noodzaak* die bestaat uit de eerbiediging van de ‘democratiegedachte’. In dat licht is het op zichzelf verdedigbaar deze regel als bindend te beschouwen.

Toch betekent dat niet automatisch dat hier sprake is van een conventie, omdat zij niet binnen de grenzen van de Grondwet kan gelden. Op zichzelf is het best aannemelijk dat regering en parlement het als een verplichting *ervaren*, dus zonder dat sprake van een verplichting *is*, om na de val van een kabinet ontbinding van de Kamer mogelijk te maken. In dat kader is van belang dat het ontstaan van deze praktijk in de woorden van Vis ‘het meer en meer in vergetelheid raken van het representatie-principe’ markeert.¹⁷⁶ Hij vervolgt:

‘Want juist in de afgelopen twee decennia zien we het kamerlidmaatschap veranderen van een primair vertegenwoordigende functie in een min of meer gewone betrekking die men, zoals iedere andere betrekking, naar believen op ieder moment kan inruilen voor iets anders. Het primaat van de representatie maakte plaats voor het primaat van de machtsvorming.’

In het licht van de bescherming die het staatsrecht biedt aan dit representatieprincipe bestaan er bezwaren tegen het aanmerken van deze praktijk als een conventie. Hoewel het staatsrecht op zichzelf de ruimte biedt om de val van een kabinet stevast door Kamerontbinding en vervroegde verkiezingen te laten volgen, is het niet mogelijk aan deze praktijk ook een verplichtend karakter toe te schrijven.

Het belangrijkste argument daarvoor ligt besloten in de grondwettelijke vastlegging van de vaste zittingsduur van de beide Kamers der Staten-Generaal (art. 52, eerste lid Grondwet) dat strekt tot de bescherming van de positie van de Kamer; in dat licht vormt toepassing van het ontbindingsrecht een uitzonderlijke situatie waarvan het gebruik, ter bescherming van de vaste zittingstermijn van de Kamer, telkens een afzonderlijke beoordeling vergt van de noodzaak om tot Kamerontbinding over te gaan.¹⁷⁷ Zelfs

175 *Handelingen II* 2011/12, nr. 82, item 14, p. 69 (26 april 2012). Ruttes uitspraak vormt overigens ook een mooie illustratie van de in de vorige paragraaf besproken ‘parlementarisering’ van het ontbindingsrecht. Zie daarover par. IV.2.4.2.

176 *Vis* 2003a, p. 14, ook voor het volgende citaat.

177 In die zin ook *De Kwaadsteniet* 1968, p. 208-212; *Vis* 1987, p. 179.

als de meerderheid van de Kamer in een concreet geval instemt met ontbinding, betekent dat volgens Vis nog niet per definitie dat een Kamerlid van die bescherming afstand heeft willen doen.¹⁷⁸ De ontbinding van de Kamer leidt tot de beëindiging van het mandaat van ieder individueel Kamerlid, waardoor het, ervan uitgaande dat de Kamer op enigerlei wijze betrokken is bij de ontbindingsbeslissing, in ieder geval in theorie denkbaar is dat de meerderheid van de Kamer aan een minderheid een ontbindingsbeslissing kan opdringen.

Dit klemt volgens Vis temeer, omdat Tweede Kamerleden over het algemeen Kamerontbinding en extra verkiezingen willen vermijden, ook als zij dat niet expliciet uitspreken.¹⁷⁹ Voor sommige Kamerleden komt dat voort uit een vaak reële angst hun zetel te verliezen, in het bijzonder als de partij van het betreffende Kamerlid in de peilingen op verlies staat. Vis vergelijkt een Kamerlid dat een crisis creëert daarom met 'de laatste vlucht van een kamikazepiloot'.¹⁸⁰ Anders dan een kamikazepiloot wil een Kamerlid echter overleven. Hij zal daarom doorgaans liever niet verantwoordelijk gehouden willen worden voor de veroorzaking van een kabinetscrisis. Vooral voor regeringsgezinde Kamerleden is dit in de ogen van Vis een belangrijk gegeven: zij zullen meer dan andere Kamerleden bereid zijn zoveel mogelijk te doen om een eventuele kabinetscrisis te vermijden, bijvoorbeeld door beleid van de regering waarin zij zich niet kunnen vinden toch te steunen. Volgens Vis heeft dat weliswaar als voordeel dat coalities stabielere zullen worden, maar het heeft ook als nadeel dat dit de positie van individuele Kamerleden ten opzichte van de regering verzwakt.¹⁸¹ Weliswaar heeft het ontbindingsrecht op zichzelf uitdrukkelijk *tot doel* om de zittingsduur van de Kamer te verkorten, een te veelvuldige toepassing ervan zou volgens die gedachtegang op den duur kunnen leiden tot een te groot verloop van Kamerleden.

Volgens Vis kwam daar bovendien nog bij dat vervroegde Tweede Kamerverkiezingen met het oog op de samenstelling van een nieuwe coalitie betrekkelijk weinig nut hadden. Hij schreef in 1995 nog dat de verandering van politieke kleur van een kabinet vrijwel altijd het gevolg was van een conflict tussen coalitiepartners waarna vervroegde verkiezingen plaatsvonden die de nieuwe coalitiesamenstelling legitimeerden.¹⁸² In het licht van dit door Vis genoemde verschijnsel van 'de "coalitiekruik"', die zolang te water gaat

178 Vis 1987, p. 179.

179 Vis 1995a, p. 18-19. Vgl. in die zin ook Vis 1987, p. 176-177.

180 Vis 2003b, p. 293.

181 Vgl. in die zin ook Van der Pot/Donner 1983, p. 432.

182 Het gaat om de wisselingen in 1958, 1965, 1966/67, 1973, 1977, 1982 en 1989. Zoals hiervoor al bleek, was de kleurwisseling van 1965 de laatste maal dat een nieuw regulier kabinet optrad zonder dat daaraan verkiezingen voorafgingen. Er zijn twee kleurwisselingen na reguliere verkiezingen geweest, namelijk in 1981 en 1994. Volgens Vis is de oorzaak van die kleurwisseling dat D66 in beide gevallen de coalitie weigerde te steunen die door de kiezers in minderheid was gebracht. Deze precedenter versterken zijn theorie dan ook in plaats van haar te verzwakken, zo betoogt hij. Zie Vis 1995a, p. 16-17.

tot zij barst',¹⁸³ heeft het weinig zin om vervroegde verkiezingen te houden na de val van een kabinet. De kiezer kan in het stemhokje immers niet uitmaken wie de beoogde coalitiepartners zijn, zo vervolgt hij. Dat bleek ook steevast na de verkiezingen, want aan de hand van de verkiezingsuitslag was het steevast mogelijk om een kabinet te formeren waarvan de samenstelling al min of meer voor de hand lag. Tegen die achtergrond bestond er volgens Vis derhalve geen principiële noodzaak om na de val van een kabinet tot Kamerontbinding en de uitschrijving van vervroegde verkiezingen over te gaan.

Van den Berg, die zich in 2004 aansloot bij de stellingname van Vis, wijst erop dat het standaard laten uitlopen van een kabinetscrisis op vervroegde verkiezingen alleen aan het beoogde doel beantwoordt als de 'ijzeren consequentie' wordt getrokken dat de kiezer zich daadwerkelijk over de samenstelling van de coalitie kan uitspreken.¹⁸⁴ Hij stelt daarom voor om na de val van een kabinet eerst een nieuwe coalitie met een nieuw programma en nieuwe ministers te vormen die vervolgens de Kamer ontbindt en actief probeert steun te verwerven bij het electoraat. De coalitie dient volgens Van den Bergs voorstel slechts haar ontslag in te dienen, als haar fracties na de verkiezing niet een Kamermeerderheid hebben behaald.

Sinds het moment dat beide auteurs hun kritiek op deze regel op papier hebben gezet, is de coalitievorming in Nederland zonder twijfel complexer geworden. Dat hangt nauw samen met het veranderde karakter van de Tweede Kamerverkiezingen, waarvan twee aspecten vermelding verdienen. In de eerste plaats zijn deze verkiezingen in toenemende mate, zoals Vis hiervoor al aanstipte, in het teken gaan staan van de samenstelling van het daarna te formeren kabinet: machtsvorming is soms belangrijker dan representatie. In de tweede plaats zijn de uitslagen van de Tweede Kamerverkiezingen door de toegenomen volatiliteit van het stemgedrag van de kiezers vanaf het begin van deze eeuw steeds onvoorspelbaarder geworden, waardoor partijen in het aangaan van een kabinetssamenwerking zich steeds meer zijn gaan laten leiden door de vermeende wens van 'de' kiezer. De theorie van de coalitiekruik is mede daardoor definitief gelogenstraft in 2017, toen voor het eerst sinds 1998 (!) Tweede Kamerverkiezingen plaatsvonden die niet het gevolg waren van een besluit tot ontbinding van de Kamer. In dat jaar verloor de zittende coalitie van VVD en PvdA maar liefst 38 zetels.

Interessant is ook de wijziging van de positie die de traditioneel 'grote' partijen CDA, PvdA en VVD bij Tweede Kamerverkiezingen sinds 2010 hebben ondergaan. Bij de Tweede Kamerverkiezingen van 2017 behaalden deze partijen tezamen slechts 61 zetels (waarvan er na de Tweede Kamerverkiezingen van 2021 nog maar 58 over waren), terwijl zij daarvoor tezamen altijd over een (zeer) ruime Kamermeerderheid beschikten. Bovendien behaalde de 'winnende' partij bij de verkiezingen sinds 2010 relatief minder zetels dan

183 Vis 1995a, p. 17.

184 Van den Berg 2004, p. 8.

partijen die voordien de grootste werden. Zo had de VVD na de verkiezingen in 2010 met 31 zetels, in 2017 met 33 zetels en in 2021 met 34 zetels in de Tweede Kamer respectievelijk de kleinste, een-na-kleinste en twee-na-kleinste 'grootste' fractie ooit. Als gevolg daarvan lijken coalities van ten minste vier partijen, willen zij op een Kamermeerderheid kunnen steunen, eerder regel dan uitzondering te gaan worden. In het licht van de daardoor toegenomen complexiteit van de formatieonderhandelingen is het minder reëel geworden dat voorafgaand aan de verkiezingen een nieuwe coalitie ervoor kiest zich aan de kiezer te presenteren en haar voortbestaan van de uitslag van de verkiezingen te laten afhangen.¹⁸⁵ Het is dan ook onwaarschijnlijk dat de door Van den Berg gewenste voortijdige binding van partijen aan een concrete coalitie in de nabije toekomst daadwerkelijk zal plaatsvinden.

Tegen die achtergrond is het begrijpelijk dat sommige auteurs het wel degelijk wenselijk vinden als een kabinetscrisis uitloopt op vervroegde verkiezingen. Van den Braak betoogt bijvoorbeeld dat een eventuele weigering deze regel te blijven volgen het wantrouwen van de burger in de politiek mogelijk vergroot.¹⁸⁶ Anders ontstaat, zo betoogt hij, bij de kiezer het beeld 'dat ze daar maar doen in Den Haag'. Bovendien kan het vasthouden aan deze regel in zijn ogen ook wenselijk zijn voor partijen, omdat de val van een kabinet mogelijk aanleiding geeft tot wijzigingen in hun partijprogramma en hun kandidatenlijst.¹⁸⁷ In het licht van de toegenomen wisselingen in de partijvoorkeuren van het electoraat in de Tweede Kamerverkiezingen is hiervoor op zichzelf iets te zeggen. Hoewel het electoraat geen directe invloed heeft op de samenstelling van de coalitie, is het goed denkbaar dat de kiezer na de val van een kabinet uiting wil geven aan een al dan niet gewijzigde partijvoorkeur.

Toch kleven er aan die benadering ook bezwaren. Wat immers niet is veranderd, is de invloed van de kiezer op de samenstelling van de coalitie die onverminderd klein is gebleven. Vis' theorie van de coalitiekruike mag dan niet meer gelden, zijn constatering dat de kiezer maar een beperkte invloed op de coalitiesamenstelling heeft is nog onverminderd actueel. Illustratief is

185 Waarbij zij aangetekend dat het probleem van die benadering is dat de formatie van het kabinet, en dan vooral de portefeuilleverdeling, in belangrijke mate afhankelijk is van de zetelverdeling in de Tweede Kamer. Zie par. IV.2.4.2. Het is daarom de vraag of dit voorstel in de praktijk goed werkbaar is. Vgl. in die zin ook Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 653.

186 Van den Braak 2012, p. 387-388.

187 In zekere zin vormt dit echter ook een argument *tegen* het vasthouden aan deze regel, omdat de greep van politieke partijen op de samenstelling van de Tweede Kamer als gevolg hiervan groter wordt. Zittende Kamerleden die opnieuw verkozen willen worden, zullen zich immers laten leiden door de wensen van het bestuur van hun politieke partij. Elke keer als er (vervroegde) verkiezingen worden gehouden, krijgt het partijbestuur weer invloed op de kansen van zittende Kamerleden om herkozen te worden. Dat verklaart weer eens te meer waarom vervroegde verkiezingen voor een substantieel aantal Kamerleden onwenselijk te achten zijn. Zie Vis 1987, p. 187.

het verloop van de kabinetsformaties van 2017 en 2021.¹⁸⁸ De versnippering van het politieke landschap was na de verkiezing van de Tweede Kamer in dat jaar groot; extra problematisch was bovendien dat verschillende partijen elkaar over en weer uitsloten.¹⁸⁹ Bijgevolg konden toen op basis van de verkiezingsuitslag slechts een beperkt aantal coalities met een relatief groot aantal deelnemende partijen (minimaal vier) worden gevormd. De kabinetsformatie leidt in dit versnipperde politieke landschap vrijwel per definitie tot wat Elzinga een ‘hutsputkabinet’ noemt, een kabinet dat slechts in beperkte mate ruimte heeft zich een duidelijk politiek profiel aan te meten.¹⁹⁰

In die constellatie bestaat een kabinet uit bewindspersonen van een groot aantal deelnemende partijen met onderling grote verschillen. Het gevolg daarvan is dat een kabinet dan alleen nog tot stand kan komen als tussen die verschillende partijen een groot aantal, soms vergaande, compromissen wordt gesloten. Het wordt daardoor voor de afzonderlijke, aan de coalitie deelnemende, partijen steeds lastiger om hun eigen identiteit in het kabinet te bewaken. Dat maakt het voor de kiezer op zijn beurt weer lastig de verkiezingsbeloftes van de diverse partijen in het kabinetsbeleid te herkennen. Als dit versnipperde politieke landschap blijft bestaan, dan zal een daaropvolgend kabinet zich met hetzelfde probleem geconfronteerd zien. Het is daarom twijfelachtig of het volgen van de praktijk op basis waarvan de val van een kabinet wordt gevolgd door nieuwe verkiezingen daadwerkelijk een constructieve bijdrage levert aan het wegnemen van wantrouwen in de politiek bij de kiezer.

Daar komt nog bij dat het begrip ‘democratie’ zoals dat door de Grondwet wordt gewaarborgd, niet eenduidig is. De gedachte van Van den Braak dat navolging van deze praktijk bijdraagt aan het wekken van vertrouwen bij de kiezer, vormt in feite de uitdrukking van slechts één conceptie van democratie, namelijk de partijendemocratie, die sinds 1917 deel uitmaakt van het staatsrecht.¹⁹¹ Voor die tijd, namelijk ten tijde van de totstandkoming van de Grondwet van 1848, ging de grondwetgever echter nog uit van een vorm van democratie waarbij de volksvertegenwoordiging besluiten neemt in het algemeen belang, los van de wensen van de kiezer: de parlementaire democratie. De Grondwet schrijft noch de partijendemocratie, noch de par-

188 Zie in dit kader over de kabinetsformatie van 2017 Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatie kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19, 34700*, nr. 64, p. 5-31.

189 Het is natuurlijk ook verdedigbaar dat de uitsluiting van partijen over en weer voor kiezers duidelijkheid schept over de te vormen coalitie na de verkiezingen. Het versnipperde landschap heeft echter tot gevolg dat deze uitsluitingen alleen naar alle waarschijnlijkheid slechts leiden tot een zeer beperkt aantal mogelijk te vormen coalities. Het ligt daarom in de rede dat slechts weinig kiezers na de val van een kabinet expliciet een van het beperkte aantal overgebleven coalitiopties willen en daarom tussentijdse Tweede Kamerverkiezingen wensen. Het is echter steeds de vraag of op basis van de zetelverdeling na tussentijdse verkiezingen de vorming van een kabinet mogelijk is dat een meerderheid van de kiezers wel wenst.

190 D.J. Elzinga, ‘Politieke hutsput voor kiezer’, *Binnenlands Bestuur* 7 oktober 2016.

191 Deze typen democratie zijn ontleend aan het werk van Boogaard. Zie nader par. IV.2.2.

lementaire democratie, als 'de' blauwdruk van democratie voor. Ook daarom biedt het staatsrecht geen ruimte voor de conclusie dat er een conventie geldt die in geval van een kabinetscrisis dwingt tot Kamerontbinding en het uitschrijven van nieuwe verkiezingen.

IV.2.4.4 *De vertrouwensregel en de casus-Verdonk*

Sinds de introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1917 vormt de ongeschreven vertrouwensregel, waarvan de bindende kracht onomstreden is, de kernregel van het parlementaire stelsel. Hoewel deze regel inmiddels onafhankelijk functioneert van het ontbindingsrecht, hangt hij nauw samen met de conventie van 1922.¹⁹² Op basis van deze conventie dienen de bewindspersonen van een kabinet aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen hun ontslag aan te bieden. Dat betekent dat een kabinet dat zich geconfronteerd ziet met een wantrouwensvotum van de Kamer niet meer de keus heeft om de Tweede Kamer te doen ontbinden zonder zelf af te treden; activering van de vertrouwensregel leidt dan ook altijd tot aftreden van de bewindspersonen tegen wie het wantrouwensvotum van de Kamer is gericht. Gelet op deze nauwe samenhang met de conventie van 1922, wordt de vertrouwensregel op deze plaats besproken.

Deze regel vormt een belangrijke leidraad bij de formatie van een nieuw kabinet: in ieder geval sinds de jaren zestig van de vorige eeuw is een coalitie steeds een samenwerkingsverband geweest tussen partijen die tezamen een meerderheid in de Tweede Kamer hebben; het te vormen kabinet zoekt de steun van de meerderheid in de Kamer om te voorkomen dat de Kamer onverwacht tot de activering van de vertrouwensregel overgaat. Dankzij deze ontwikkeling komt activering van de vertrouwensregel nog zelden voor; meestal beslissen bewindspersonen uit eigen beweging, al dan niet na overleg met de top van de partij waaruit zij afkomstig zijn, af te treden als hun positie om wat voor reden dan ook is beschadigd.¹⁹³

Pas als de partijen van de bewindspersonen in het kabinet niet meer een meerderheid in de Kamer bezitten, kan de vertrouwensregel een prominere rol op het politieke toneel spelen. Dat was het geval in december 2006, toen minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Verdonk (VVD) in het (formeel) demissionaire kabinet-Balkenende III (2006-2007) zich geconfronteerd zag met een motie van afkeuring van de Tweede Kamer. Er bestaan grote verschillen tussen de opvattingen die over deze kwestie in de literatuur te vinden zijn. De discussie in de literatuur over de kwestie-Verdonk toont aan dat er ook in meer algemene zin onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de vertrouwensregel. Daarom is een uitgebreide bespreking van deze kwestie hier op haar plaats.

De feiten in de casus-Verdonk waren als volgt. Na de Tweede Kamer-

192 Zie par. IV.2.4.2.

193 Zie par. IV.3.3.1.

verkiezingen van 22 november 2006 was een meerderheid van de Tweede Kamer, anders dan de Kamer in de samenstelling van voor die tijd, voorstander van een generaal pardon voor asielzoekers. Op 12 december 2006 nam een meerderheid van de Tweede Kamer naar aanleiding van deze veranderde politieke situatie een door het Kamerlid Dijsselbloem (PvdA) ingediende motie aan met betrekking tot het beleid van demissionair minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Verdonk (VVD).¹⁹⁴ De aanleiding voor de aanneming van deze motie was de weigering van Verdonk om gehoor te geven aan de eerder uitgesproken wens van de Kamer om de uitzetting van asielzoekers op te schorten in afwachting van de uitkomst van de formatiebesprekingen die op dat moment gaande waren. De Kamer sprak daarin uit 'dat de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie bij herhaling weigert uitvoering te geven aan Kameruitspraken' en bevatte het dictum 'keurt deze handelwijze van de minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie af'.¹⁹⁵ Volgens verschillende auteurs en Kamerleden¹⁹⁶ vormde de aanneming van een dergelijke motie, die zij betitelden als een motie van afkeuring, onmiskenbaar een wantrouwensvotum van de Kamer. Daarom had Verdonk, zo betogen zij, na de aanneming van deze motie moeten aftreden.

Verdonk leek zich echter van de aanneming van de motie weinig aan te trekken en weigerde op te stappen. Zij bleef zich bovendien, net als de overige VVD-ministers in het demissionaire kabinet, verzetten tegen de opschorting van de uitzetting van asielzoekers. Op 13 december 2006 stelde toenmalig minister-president Balkenende (CDA) namens het kabinet het volgende compromis voor: minister Verdonk zou aanblijven met een gewijzigde portefeuille en de uitzetting van asielzoekers die onder de categorie van schrijnende gevallen vielen, zou worden stopgezet.¹⁹⁷ Minister van Financiën Zalm, die zich net als de overige VVD-ministers niet kon verenigen met de beslissing tot opschorting van het uitzettingsbeleid, nam in een persverklaring afstand van de verklaring van Balkenende.¹⁹⁸ In de motiveering van Balkenende van het gesloten compromis komt de onvrede van het VVD-deel binnen het kabinet over het genomen besluit tot opschorting van het asielbeleid ook terug. Balkenende stelde:

'De VVD-bewindspersonen konden zich niet verenigen met dit besluit. Daarop heeft de minister-president een dringend beroep op hen gedaan aan te blijven

194 *Handelingen II* 2006/07, nr. 25, p. 1766-1767 (12 december 2006).

195 *Kamerstukken II* 2006/07, 19637, nr. 1113. De motie is met 75 tegen 72 stemmen aangenomen tijdens een debat op 12 december 2006. Zie *Handelingen II* 2006/07, nr. 25, p. 1771 (12 december 2006). De Kameruitspraken waarop in de motie wordt gedoeld zijn de motie-Bos c.s. en de (eerste) motie-Dijsselbloem c.s. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 19637, nr. 1106 respectievelijk *Kamerstukken II* 2006/07, 19637, nr. 1111.

196 Zie verderop in deze subparagraaf.

197 Minister van Justitie Hirsch Ballin (CDA) zou de taken van Verdonk op het terrein van het Vreemdelingenbeleid overnemen. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30800-VI, nr. 34.

198 'Kabinet levert na 12 uur "gedrocht" af', *NRC Handelsblad* 14 december 2006.

vanwege het landsbelang. De VVD-bewindspersonen hebben daarin bewilligd vanwege de regeerbaarheid van het land.¹⁹⁹

Volgens Zalm speelde voor hem en de overige VVD-bewindslieden het volgende dilemma:

‘[O]f wij gaan als VVD-ministers allen weg en maken het land onbestuurbaar of wij blijven in het kabinet en dan zijn wij staatsrechtelijk gebonden aan het beleid en een besluit dat tegen onze zin is genomen’.²⁰⁰

Uiteindelijk nam de Kamer genoegen met deze gang van zaken. In dat kader rijst de vraag of de weigering van Verdonk om af te treden staatsrechtelijk toelaatbaar was en, als dat niet het geval was, wat dat betekent voor de status van de vertrouwensregel als bindende norm in algemene zin.

Verschillende auteurs menen dat de weigering van Verdonk om af te treden verdedigbaar was. Deze conclusie baseerden zij op twee verschillende argumenten, namelijk (i) dat de Kamer ondanks de indiening van de motie niet tot de activering van de vertrouwensregel was overgegaan en (ii) dat de demissionaire status van het kabinet een uitzonderlijke omstandigheid vormde die het aanblijven van Verdonk rechtvaardigde. Beide argumenten verdienen bespreking.

Het eerste argument, dat in dit geval van een activering van de vertrouwensregel geen sprake was, is verdedigd door De Jongh met onder anderen Kummeling in zijn kielzog.²⁰¹ Dit argument komt erop neer dat in dit geval van activering van de vertrouwensregel geen sprake was, omdat Dijsselbloem na een daarop gerichte vraag van Kamerlid Van der Staaij (SGP) zou hebben geweigerd toe te lichten of zijn motie op het aftreden van Verdonk was gericht. De vraag van Van der Staaij luidde:

‘Is het uw bedoeling dat er een nieuwe minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie komt die het standpunt dat het kabinet heeft ingenomen, niet uitvoert?’²⁰²

199 *Kamerstukken II* 2006/07, 19637, nr. 1114. In het Kamerdebat naar aanleiding van deze verklaring stelde Balkenende zelfs dat hij het landsbelang en de regeerbaarheid ‘als belangrijkste maatstaf voor de beslissing’ had genomen. Zie *Handelingen II* 2006/07, nr. 27, p. 1798 (14 december 2006). Aangehaald in Kortmann 2009, p. 16-17.

200 *Handelingen II* 2006/07, nr. 27, p. 1804-1805 (14 december 2006).

201 De Jongh 2008, p. 1478; De Jongh 2009, p. 38; Kortmann/Bovend’Eert e.a. 2016, p. 302; Kummeling 2016, p. 75-76; Bovend’Eert & Kummeling 2017, p. 437-438. Deze stellingname in het door anderen bewerkte handboek van Kortmann is opvallend, omdat Kortmann in een (enkel door hemzelf geschreven) eerdere druk de gang van zaken in deze kwestie nog ‘inconstitutioneel’ noemde. Zie Kortmann 2008, p. 305. Bovend’Eert was aanvankelijk van oordeel dat hier sprake was van ‘het verkrachten van het parlementair stelsel’. Zie ‘Het parlementair stelsel is verkracht’, *de Volkskrant* 15 december 2006.

202 *Handelingen II* 2006/07, nr. 25, p. 1768 (12 december 2006), ook voor het hierna geciteerde antwoord van Dijsselbloem.

Het antwoord van Dijsselbloem daarop was:

'Ik stel voor dat wij dit soort dingen stap voor stap doen. Op dit moment spreken wij onze afkeuring over de handelwijze van de minister uit. Wat daaruit volgt van de zijde van het kabinet, zullen wij afwachten.'

Het is echter niet zeker of uit deze reactie van Dijsselbloem op zichzelf al kan worden afgeleid dat de indiening van deze motie van afkeuring *dus* niet tot doel had om Verdonk tot aftreden te bewegen. In het antwoord laat Dijsselbloem immers zijn precieze intenties in het midden.

Voordat het mogelijk is om op basis van deze uitspraak tot de conclusie te komen dat de door Dijsselbloem ingediende motie, gelet op zijn uitlating, niet tot doel had Verdonk tot aftreden te bewegen, is het eerst noodzakelijk vast te stellen wat in algemene zin de precieze betekenis van een aangenomen motie van afkeuring is. In dat kader zijn twee opties mogelijk: of (i) zij vormt in beginsel een motie van wantrouwen die tot het aftreden van de betrokken bewindspersoon moet leiden, tenzij uit de omstandigheden het tegendeel blijkt of (ii) zij vormt in beginsel een gewone Kameruitspraak, tenzij het betrokken Kamerlid expliciet uitsprekt dat de aanneming van de betreffende motie moet leiden tot het aftreden van de bewindspersoon aan wie de motie is gericht. De Jongh c.s. gaan, door te stellen dat Verdonk alleen had moeten aftreden als Dijsselbloem dat in zijn reactie op de vraag van Van der Staaij expliciet had uitgesproken, er impliciet van uit dat optie (ii) de juiste benadering weergeeft. *Waarom* dit alternatief te verkiezen is boven optie (i) maken De Jongh c.s. echter niet duidelijk.

In ieder geval is duidelijk dat er geen vaste vorm bestaat waarop de Tweede Kamer haar wantrouwen jegens een minister kenbaar kan maken. In de parlementaire geschiedenis is het tot dusverre nog niet voorgekomen dat de Kamer een motie aannam waarin zij blijkens het dictum expliciet het vertrouwen in een minister (sploeg) heeft opgezegd.²⁰³ Dat gegeven vormt echter nog geen bewijs voor de juistheid van de stelling dat een motie van afkeuring alleen bij wijze van uitzondering als wantrouwensvotum kan gelden. In ieder geval is deze stelling niet onomstreden. Op het moment waarop deze kwestie speelde waren Syrier, Kortmann en Elzinga klip-en-klaar over de status van een dergelijke motie van afkeuring: zij is in begin-

203 In die zin ook o.a. Prins 1986b, p. 144; Syrier 2009, p. 41.

sel²⁰⁴ gericht op het aftreden van de bewindspersoon aan wie de motie is gericht.²⁰⁵ Toen de Kamer de motie-Dijsselbloem c.s. aannam, was gelet op haar karakter als motie van afkeuring in de woorden van Elzinga ‘ieder mui-zengaatje afgesloten’: de minister die met een dergelijke motie wordt geconfronteerd, moet dan aftreden. Volgens deze opvatting ligt het meer voor de hand dat de aanneming van een motie van afkeuring op zichzelf geen nadere toelichting behoeft. Alleen als de indiener expliciet kenbaar maakt dat de motie *niet* hoeft te leiden tot het aftreden van de bewindspersoon tegen wie zij is gericht, is van een wantrouwensvotum geen sprake.

Deze laatstgenoemde opvatting over de status van de motie van afkeuring heeft betere papieren dan de stellingname hierover van De Jongh c.s. De aanneming door de Kamer van de motie-Deckers in 1939, de laatste maal vóór 2006 dat de Kamer een motie van afkeuring aannam, had destijds onmiskenbaar tot doel het zittende kabinet, in dit geval het kabinet-Colijn V, tot aftreden te bewegen.²⁰⁶ Sindsdien heeft de motie waarin de Kamer blijkens het dictum haar afkeuring uitspreekt over het handelen van een bewindspersoon doorgaans het karakter van een wantrouwensvotum.²⁰⁷ Dat betekent dat de aanneming van motie-Dijsselbloem c.s. een verplichting voor Verdonk in het leven riep om af te treden, tenzij uit de omstandigheden kan worden afgeleid dat deze Kameruitspraak uitdrukkelijk een andere bedoeling had.

204 Daarmee blijft overigens de mogelijkheid openstaan dat de Kamer een motie van afkeuring aanneemt die *niet* op het aftreden van een bewindspersoon is gericht. Zo nam de Eerste Kamer op 23 juni 2020 de derde motie-Kox c.s. aan, waarin zij haar afkeuring uitsprak jegens de weigering van minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Ollongren (D66) om de jaarlijkse wettelijke huurverhoging wegens de coronacrisis stop te zetten. In dit geval kon van een wantrouwensvotum van de Eerste Kamer geen sprake zijn, omdat (nog los van de vraag of de Eerste Kamer überhaupt over de mogelijkheid beschikt om een minister tot aftreden te verplichten) Kox voorafgaand aan de stemming expliciet naar voren had gebracht dat zijn motie niet tot doel had Ollongren tot aftreden te bewegen. Zie par. IV.6.3.3. Een ander voorbeeld betreft de motie-Kaag/Hoekstra die de Tweede Kamer in de nacht van 1 op 2 april 2021 aannam. In deze motie sprak de Tweede Kamer haar afkeuring uit over de handelwijze van ‘VVD-fractieleider Rutte, die tevens de rol van minister-president vervult’, welke handelwijze eruit bestond dat hij ‘de waarheid niet sprak in de media dat hij bij [de] oud-verkenners niet heeft gesproken over de positie van de heer Omtzigt’. Deze motie gold niet als een motie van wantrouwen, omdat zij primair was gericht op Rutte in zijn hoedanigheid van leider van de VVD-fractie in de Tweede Kamer. Zie nader par. IV.5.5.2.3.

205 Syrier 2008, p. 266 met verwijzing naar C.A.J.M. Kortmann, ‘150 jaar staatsrecht in prullenbak’, *NRC Handelsblad* 15 december 2006 respectievelijk D.J. Elzinga, ‘De burgemeester van Naarden debiteert staatsrechtelijke onzin’, *Binnenlands Bestuur* 2006-51/52, p. 19.

206 In die zin ook Oud 1967, p. 369; Prins 1986b, p. 144. De tekst van deze motie luidde, voor zover relevant, als volgt: ‘De Kamer, overwegende, dat de Kabinetsformatie niet heeft geleid tot het optreden van een Kabinet, dat de noodige waarborgen biedt voor een deugdelijke behartiging van ‘s Lands belang in gemeen overleg met de Staten-Generaal, keurt het optreden van dit Kabinet af (...).’ Zie *Handelingen II* 1938/39, p. 2229 (27 juli 1939).

207 In die zin ook Syrier 2008, p. 266-267; Kortmann 2009, p. 15-19; Bovend’Eert & Kummeling 2017, p. 370.

Dat doet de vraag rijzen of zich in dit geval omstandigheden hebben voorgedaan waaruit blijkt dat de motie-Dijsselbloem c.s. niet als een motie van wantrouwen moet worden begrepen. De Jongh meent dat dat inderdaad het geval is. Hij leidt dat af uit het eerder aangehaalde antwoord van Dijsselbloem op de vraag van Van der Staaij. Toen Dijsselbloem stelde dat hij de reactie van het kabinet op de aanneming van de motie van afkeuring zou afwachten, had hij, zo betoogt De Jongh, tot uitdrukking willen brengen 'dat zijn motie [moest] worden opgevat als een laatste waarschuwing aan minister Verdonk en het kabinet om nu toch echt zijn eerdere motie uit te voeren'.²⁰⁸

Het is echter twijfelachtig of de opmerking van Dijsselbloem zo moet worden opgevat. Twee redenen kunnen daarvoor worden aangevoerd. In de eerste plaats is het de vraag of Dijsselbloem in zijn reactie voldoende expliciet onder woorden had gebracht dat zijn woorden als een laatste waarschuwing aan het adres van Verdonk moesten worden beschouwd. Als Dijsselbloem zijn motie niet had bedoeld als een wantrouwensvotum had het, gelet op het karakter van een motie van afkeuring, voor de hand gelegen dat hij dat uitdrukkelijker tijdens het debat had gezegd.²⁰⁹ In de tweede plaats wekken ook de omstandigheden in de aanloop naar de aanneming van de motie niet de indruk dat Dijsselbloem met de indiening van de motie 'slechts' een laatste waarschuwing aan Verdonk had willen geven. Vlak voordat Dijsselbloem tot de indiening van de motie overging, verklaarde hij in de Tweede Kamer:

'Wij hebben ons in het debat van vandaag en de afgelopen dagen in het werk gesteld om hier op een ordentelijke en vredige manier uit te komen. Wij moeten nu constateren dat dat ons niet is gelukt. Het heeft geen zin om het debat en de argumenten opnieuw te wisselen. Ik ga daarom over tot het indienen van een motie.'²¹⁰

Uit deze bewoordingen valt duidelijk af te leiden dat de indiening van deze motie het sluitstuk was van het debat met Verdonk. Er lijkt dan ook geen sprake van te zijn dat de minister na de aanneming van de motie *nog* een kans zou krijgen om gehoor te geven aan de eerdere Kameruitspraken.

208 De Jongh 2008, p. 38. De auteur verwijst naar *Kamerstukken II 2006/07*, 19637, nr. 1111. In deze (aangenomen) motie had de Kamer al eerder aan de regering verzocht om de uitzetting van asielzoekers op te schorten.

209 Syrier meent dat de vraag van Van der Staaij aan Dijsselbloem vermoedelijk betrekking heeft gehad op wat het kabinet in de ogen van Dijsselbloem *na het aftreden van Verdonk* ten aanzien van het te voeren vreemdelingenbeleid zou moeten doen. Zie Syrier 2009, p. 41. Deze interpretatie werpt een ander licht op de bedoeling die Dijsselbloem zou kunnen hebben gehad met zijn antwoord op de vraag van Van der Staaij. Dijsselbloem zou volgens die interpretatie slechts tot uitdrukking hebben willen brengen dat het aan het kabinet en niet aan de Kamer is om te bepalen hoe het vreemdelingenbeleid dient te worden vormgegeven.

210 *Handelingen II 2006/07*, nr. 25, p. 1767 (12 december 2006). Zie voor een vergelijkbare interpretatie van deze uitspraak Syrier 2009, p. 41.

Daar komt nog bij dat over de bedoeling van de overige ondertekenaars geen twijfel kan bestaan. De Kamerleden Azough (GL) en Huizinga-Heringa (CU) noemden de motie expliciet een ‘motie van wantrouwen’.²¹¹ Het Kamerlid De Wit (SP) stelde: ‘Deze minister dienen wij dan ook weg te sturen.’ Ook het Kamerlid Pechtold (D66) stelde een mogelijk vertrek van Verdonk in zijn bijdrage aan het debat aan de orde. Nadat Balkenende had gesteld dat uitvoering van de motie-Dijsselbloem c.s. niet mogelijk was, refereerde Pechtold in het debat aan een gesprek dat hij eerder met een staatsrechtsgeleerde had gehad. Deze geleerde zou, zo verklaarde Pechtold, hebben gezegd ‘dat ook een demissionair minister gewoon kan aftreden’. Als Pechtold echt van mening was geweest dat de motie-Dijsselbloem c.s. niet op het aftreden van Verdonk was gericht, zou hij zich niet in die zin hebben uitgelaten. Uit de berichtgeving in de pers bleek bovendien dat nota bene ook Balkenende zelf volgens ingewijden had aangedrongen op het vertrek van Verdonk, omdat hij vond dat de aanneming van een motie van afkeuring door de Kamer een gevolg moest krijgen.²¹² Er is dan ook geen aanleiding om aan te nemen dat de motie-Dijsselbloem c.s. *niet* op het aftreden van Verdonk was gericht.

Verhey verdedigde het tweede argument over de ‘uitzonderlijke omstandigheden’ die het aanblijven van Verdonk in dit geval zouden rechtvaardigen.²¹³ Volgens hem lagen die in zowel de demissionaire status van het kabinet als de situatie dat het aftreden van Verdonk ook tot het opstappen van de overige VVD-ministers had geleid, hetgeen onwenselijk zou zijn geweest. Er is echter ook reden om te twijfelen aan de juistheid van deze redenering.

De demissionaire status van het kabinet vormde namelijk op zichzelf geen enkel beletsel voor Verdonk om gehoor te geven aan de uitspraak van de Kamer dat zij moest aftreden: de Kamer kan een demissionair kabinet weliswaar niet meer in zijn geheel wegsturen, maar individuele ministers uit een dergelijk kabinet dienen na de aanneming van een motie van wantrouwen gewoon heen te gaan.²¹⁴ Ook de gedachte dat het aftreden van de overige VVD-ministers het functioneren van het reeds demissionaire kabinet sterk zou hebben bemoeilijkt, kan niet gelden als rechtvaardiging voor het aanblijven van Verdonk. Niet alleen bleef Verdonk na het kwijtraken van de portefeuille Vreemdelingenbeleid in het licht van de ministeriële verantwoordelijkheid staatsrechtelijk verantwoordelijk voor de beslissing om het

211 *Handelingen II* 2006/07, nr. 25, p. 1769 (12 december 2006), ook voor de volgende citaten van De Wit (op p. 1769) en Pechtold (op p. 1770).

212 ‘Verdonk blijft aan met uitgekleden portefeuille’, *de Volkskrant* 13 december 2006.

213 Verhey 2014, p. 9-10. Inmiddels lijkt hij op dit punt van gedachten te zijn veranderd. Vgl. Verhey 2018, p. 101.

214 Er was bovendien in dit geval geen reden voor de Kamer om zich in deze kwestie terughoudend op te stellen. De Kamer vroeg immers niet om het ontwikkelen van nieuw beleid, maar om de opschorting van bestaand beleid in afwachting van de uitkomst van de lopende kabinetsformatie. Zie Syrier 2008, p. 264-265. Volgens Kortmann bestaat er überhaupt geen terughoudendheidsplicht voor de Tweede Kamer in haar bejegening van een demissionair kabinet. Zie Kortmann 2009, p. 15-16.

generaal pardon in te voeren, ook was de verklaring van Zalm waaruit zijn onvrede (en die van zijn VVD-collega's) bleek over de uitzetstop regelrecht in strijd met de eis van de homogeniteit van de ministerraad.²¹⁵ Als de VVD-ministers zich inderdaad niet met het kabinetsbesluit hadden kunnen verenigen, was ook hun aftreden passend geweest.

Het is bovendien twijfelachtig of het kabinet na het aftreden van alle VVD-ministers niet langer had kunnen functioneren. Er zouden nog voldoende ministers, zij het louter van CDA-huize, overblijven die het noodzakelijke bestuur van het land voor hun rekening hadden kunnen nemen. Als de CDA-ministers tezamen niet alle overgebleven taken voor hun rekening hadden kunnen nemen, had benoeming van een aantal aanvullende ministers van een andere partij of het CDA zelf voor de hand gelegen.²¹⁶ Het is dan ook de vraag of het aanblijven van de VVD-bewindspersonen in het kabinet-Balkenende III noodzakelijk was met het oog op de regeerbaarheid van het land.

In het verlengde daarvan heeft Verhey ter verdediging van het handelen van Verdonk nog aangevoerd dat een meerderheid van de Kamer heeft geaccepteerd dat deze minister met een gewijzigde portefeuille zou aanblijven.²¹⁷ In dat licht zou er van een echte schending van de vertrouwensregel geen sprake zijn, omdat het demissionair kabinet met de portefeuillevijziging van Verdonk in feite tegemoetkwam aan de wensen van de meerderheid van de Kamer.

Hoewel de vertrouwensregel in het licht van zijn ongeschreven karakter op zichzelf ruimte laat voor (een onvoorziene) afwijking met instemming van de betrokken organen, is er reden te twijfelen aan de juistheid van deze redenering. Op het moment dat de Kamer de motie van afkeuring aannam, had Verdonk moeten besluiten om af te treden. Door te weigeren aan de Kameruitspraak gehoor te geven, *schond* Verdonk de vertrouwensregel. Van een afwijking van de vertrouwensregel, waarvoor een beslissing tot afwijking met instemming van alle betrokkenen vereist is, was in dit geval dan ook geen sprake.

In plaats daarvan verdient een andere benadering van de acceptatie van het aanblijven van Verdonk de voorkeur. Het ligt meer voor de hand dat de Kamer, die op grond van de vertrouwensregel uiteindelijk het laatste woord heeft over de vraag of een minister (sploeg) kan aanblijven, slechts had besloten de vertrouwensregel (uiteindelijk) niet te *handhaven* door het compromis van de portefeuillevisseling te accepteren. Die beslissing was in deze

215 In die zin ook Kortmann 2009, p. 16-17 en, alleen ten aanzien van de homogeniteit van de ministerraad, Syrier 2008, p. 267-268.

216 Vgl. Syrier 2008, p. 267-268. In het publieke debat nam Kortmann de stelling in dat er voor het functioneren van een kabinet slechts één minister nodig is 'om de [toen nog, GJAG] koningin te dekken tegen de ministeriële verantwoordelijkheid'. Tegen die achtergrond was er geen staatsrechtelijk bezwaar tegen het vertrek van de VVD-ministers uit het kabinet. Zie 'Crisis in Haagse politiek', *de Volkskrant* 14 december 2006.

217 Verhey 2014, p. 10.

context te begrijpen tegen de achtergrond van de op dat moment lopende kabinetsformatie: een meerderheid van de fracties in de Tweede Kamer had er politiek belang bij om de verhouding met het kabinet zo goed mogelijk te houden.²¹⁸ De beslissing van de Kamer om Verdonk in het zadel te houden is vergelijkbaar met die van een politieagent om uit coulance een bekeuring voor te hard rijden te verscheuren: dat de overtreder de bekeuring niet hoeft te betalen maakt het op zichzelf nog niet rechtmatig om het verbod op de overschrijding van de maximumsnelheid te overtreden.²¹⁹

De gebeurtenissen van de kabinetscrisis in december 2006 hebben dan ook niet de status van de vertrouwensregel als bindende regel beïnvloed.

IV.2.4.5 *Balans*

Het ontbindingsrecht heeft zich van een autonoom recht van de regering ontwikkeld tot een recht dat in feite alleen nog met parlementaire instemming kan worden toegepast. De belangrijkste oorzaak van deze ontwikkeling is de introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1917 die tot een grote bloei van landelijk georganiseerde politieke partijen heeft geleid. Vanaf die tijd, in het bijzonder vanaf de jaren zestig van de twintigste eeuw, werd de samenstelling van de regering in toenemende mate afhankelijk van de zetelverdeling in de Tweede Kamer. Al in 1922 ontstond de naar dat jaar genoemde conventie op basis waarvan de bewindspersonen uit de regering hun ontslag (uiterlijk) aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen dienen aan te bieden. Daardoor is een autonome toepassing van het ontbindingsrecht sinds die tijd niet meer goed denkbaar; Kamerontbinding leidt immers per definitie tot het ‘doodvonnis’ van het kabinet dat de ontbinding heeft bevorderd. In dat licht is het ontbindingsrecht vrijwel onherkenbaar van karakter veranderd: het groeide uit van een antiparlementair recht dat de regering ten dienste stond om na te gaan of de Tweede dan wel Eerste Kamer inderdaad nog aanspraak kan maken het volk te vertegenwoordigen tot een recht dat in dienst staat van vooral de partijdemocratie.

In het licht daarvan is te verklaren waarom de belangrijkste toepassingsbeperking van het ontbindingsrecht niet langer de conventie van 1868 vormt op basis waarvan de regering niet mocht overgaan tot herhaalde ontbinding

218 Het belangrijkste argument voor Balkenende om de VVD-ministers in zijn kabinet te willen laten aanblijven was gelegen in het voorkomen van gezichtsverlies; als na de LPF en D66 ook nog de VVD zou wegllopen uit een kabinet onder zijn leiding zou dat zijn prestige geen goed hebben gedaan. De PvdA-fractie in de Tweede Kamer stelde zich op haar beurt tijdens het debat over het compromis mild op in de richting van het CDA, om de relatie met Balkenende, de belangrijkste onderhandelingspartner in de lopende kabinetsformatie op dat moment, goed te houden. Zie Reiding 2016, p. 412-415.

219 Ik gebruikte dit voorbeeld eerder in mijn blogpost ‘Aard en handhaving van het ongeschreven staatsrecht: de vertrouwensregel na de kwestie-Verdonk’, *de Hofvijver* 25 april 2016, tekst beschikbaar op montesquieu-instituut.eu.

van de Kamer voor hetzelfde feit. Deze regel kon een nuttige functie vervullen onder het tot 1917 bestaande kiesstelsel. Tot die tijd waren politieke partijen nog niet volledig tot wasdom gekomen, waardoor toen inderdaad een duidelijke institutionele tegenstelling tussen regering en parlement bestond. Deze tegenstelling heeft vanaf 1917 in toenemende mate plaatsgemaakt voor die tussen coalitie en oppositie; de Tweede Kamerverkiezingen richtten zich in toenemende mate óók op de keuze voor de partijen die gaan samenwerken in een coalitie in plaats van primair op de leden die in de Tweede Kamer het volk gaan vertegenwoordigen.

Aldus heeft het primaat van representatie in toenemende mate plaatsgemaakt voor het primaat van machtsvorming. Deze ontwikkeling verklaart waarom de conventie van 1868 geen functie meer kan vervullen in een partijendemocratie: zij gaat nog uit van een scheidslijn tussen regering en parlement die inmiddels nog maar beperkte relevantie heeft. Vandaar dat de conventie van 1868 als bindende regel heeft plaatsgemaakt voor de conventie van 1922; de eerstgenoemde regel waarborgt dat na de Tweede Kamerverkiezingen er een gelijk speelveld bestaat waarin iedere Kamerfractie, los van de verkiezingsuitslag, op zichzelf evenveel kans maakt om te kunnen onderhandelen met een of meer andere fracties over eventuele kabinetssamenwerking. Zolang de samenstelling van het kabinet nauw verbonden is met de zetelverdeling in de Kamer, bestaat er dus een *noodzaak* tot naleving van de conventie van 1922. Deze regel kan daarom gelden als een conventie.

Het ontstaan van de praktijk om een regeringswisseling alleen na nieuwe Tweede Kamerverkiezingen te laten plaatsvinden, is evenzeer te verklaren tegen de achtergrond van het ontstaan van dit primaat van machtsvorming; er bestaat echter geen verplichting deze praktijk na te volgen, mede in het licht van de grondwettelijk vastgelegde zittingsduur van de Tweede Kamer. Bovendien waarborgt de Grondwet nog altijd naast de partijendemocratie ook de parlementaire democratie, door de positie van individuele Kamerleden, los van hun partijpolitieke achtergrond, te erkennen. Er bestaat daarom geen aanleiding deze praktijk aan te merken als een conventie.

De vertrouwensregel, ten slotte, heeft zich in het licht van de ontwikkeling van de partijendemocratie ontwikkeld tot een norm die weliswaar in het parlementair stelsel nog altijd een belangrijke ordenende functie vervult, maar nog zelden in de praktijk toepassing vindt. In feite ligt de activering van deze regel alleen nog in de rede als de in het kabinet vertegenwoordigde partijen niet langer tezamen over een absolute meerderheid van het aantal zetels in de Tweede Kamer beschikken. Een dergelijke situatie deed zich voor in december 2006, toen een Kamermeerderheid een motie van wantrouwen tegen demissionair minister voor Vreemdelingenzaken Verdonk (VVD) aannam uit onvrede met haar vreemdelingenbeleid. Op dat moment ontstond er weer een tegenstelling tussen regering en parlement als zodanig, omdat de Kamermeerderheid anders dan Verdonk voorstander was van opschorting van de uitzetting van asielzoekers. In dit geval was sprake van activering van de vertrouwensregel; de weigering van Verdonk om na het wantrouwensvotum van de Kamer af te treden was dan ook inconsti-

tutioneel. De beslissing van de Kamer om Verdonk te laten aanblijven met een gewijzigde portefeuille is in feite een beslissing de vertrouwensregel bij nader inzien niet te *handhaven*; de casus-Verdonk zegt dan ook op zichzelf niets over de rechtsgeldigheid van de vertrouwensregel.

Al met al betekent dit dat, mede door de ontwikkeling van de partijdemocratie, er twee conventies zijn ontstaan die de mogelijkheden tot toepassing van het ontbindingsrecht beperken: de vertrouwensregel en de regel op basis waarvan de leden van een kabinet hun ontslag moeten aanbieden aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen.

IV.2.5 De positie van een demissionair kabinet

Een kabinet krijgt de demissionaire status op het moment van de val van het kabinet²²⁰ of, als er van een kabinetscrisis geen sprake is, aan de vooravond van de (periodieke) Tweede Kamerverkiezingen als de bewindspersonen uit het kabinet conform de conventie van 1922 hun ontslag aanbieden.²²¹ Na de aanbieding van het ontslag door de bewindspersonen neemt de koning hun ontslagaanvraag in beraad totdat hij ex artikel 48 Grondwet hun opvolgers kan benoemen. De opvolging van de bewindspersonen is afhankelijk van het verloop van de kabinetsformatie, die na de Tweede Kamerverkiezingen van start gaat. Zolang de kabinetsformatieprocedure loopt en nog niet bekend is wie de zittende ministers zal opvolgen, blijft de demissionaire status van deze ministers voortduren.

De positie van een kabinet in demissionaire staat verdient aparte aandacht, omdat die staat het evenwicht tussen zowel regering en parlement als die tussen coalitie en oppositie enigszins verstoort. Het parlement beschikt

220 De demissionaire status van een kabinet valt dus niet noodzakelijkerwijs samen met de lopende kabinetsformatieprocedure. Dat is bijvoorbeeld niet het geval na een kabinetscrisis die niet resulteert in de benoeming van een interimkabinet (zie daarover de volgende noot), want dan worden de bewindspersonen uit het kabinet al ruim voor de Tweede Kamerverkiezingen demissionair. Deze situatie deed zich bijvoorbeeld voor na de val van de kabinetten-Den Uyl (1977), -Lubbers II (1989), -Kok II (2002), -Balkenende I (2002), -Balkenende IV (2010), -Rutte I (2012) en -Rutte III (2021). Andersom is er tijdens een lopende kabinetsformatieprocedure wel altijd een (formeel) demissionair kabinet aan het bewind.

221 Vgl. de definitie in Prakke 1975, p. 5. Deze definitie heeft betrekking op *formeel* demissionaire kabinetten. Prakke onderscheidt daarnaast zogeheten *materieel* demissionaire kabinetten, die ook wel bekendstaan als interimkabinetten. Een interimkabinet heeft, zoals al eerder bleek, tot doel te bevorderen dat vervroegde Tweede Kamerverkiezingen plaatsvinden. Omdat de bewindspersonen van een kabinet in deze categorie toch al van plan waren om op termijn hun ontslag aan te bieden, is de status van een interimkabinet (tot het moment waarop zij hun ontslag aanbieden) materieel gezien vergelijkbaar met die van een formeel demissionair kabinet. Inmiddels is het zelfs niet meer nodig een verschil te maken tussen beide soorten kabinetten, omdat een demissionair kabinet inmiddels ook bevoegd wordt geacht de Kamer te ontbinden. Vgl. Vis 2003a, p. 14.

niet meer over de mogelijkheid het vertrouwen in het voltallige²²² kabinet op te zeggen en andersom beschikt het kabinet niet meer over de mogelijkheid de kabinetskwestie te stellen. Evengoed krijgt de relatie tussen coalitie en oppositie een bijzonder karakter. Op het moment dat een missionair kabinet aantreedt, beschikt de coalitie in vrijwel alle gevallen over een meerderheid in de Tweede Kamer, maar vanaf het moment dat bewindspersonen demissionair worden is dat minder vanzelfsprekend. De relatie tussen coalitie en oppositie wordt daardoor diffuser, in het bijzonder vanaf het moment dat de nieuwe kabinetsformatieprocedure gaat lopen, omdat het dan voor de (nieuw gekozen) fracties in de Tweede Kamer vaak nog niet duidelijk is welke partijen regeringsverantwoordelijkheid zullen dragen.²²³ Fracties die deel uitmaken van de oppositie kunnen daarin aanleiding zien hun kruit droog te houden in hun bejegening van het demissionaire kabinet, omdat zij de relatie met een mogelijk toekomstige regeringspartner niet onnodig onder druk willen zetten.²²⁴ Hetzelfde zal overigens ook kunnen gelden voor de bewindspersonen uit het demissionaire kabinet, waarvan de deelnemende partijen ook baat kunnen hebben bij een goede relatie met andere (oppositie)partijen in het licht van de lopende kabinetsformatie. De relatie tussen regering en parlement enerzijds en coalitie en oppositie anderzijds is dan ook niet volledig uit balans, maar wordt wel diffuser.

In dit licht is het aannemelijk dat het handelen van een demissionair kabinet aan meer grenzen is gebonden dan dat van een missionair kabinet. Niettemin voert een demissionair kabinet in vergelijking met een missionair kabinet nog altijd relatief veel taken uit, zoals de indiening of intrekking van (niet-controversiële) wetsvoorstellen, indiening van nota's en zelfs de instelling van adviescolleges.²²⁵ In het licht van die variëteit aan taken komt Prakke tot de conclusie dat de taakopvatting van een demissionair kabinet in feite nog zo ruim is dat zij ook goed op die van een missionair kabinet betrekking zou kunnen hebben.²²⁶ Toch zullen er, zo geeft ook Prakke toe, altijd verschillen bestaan tussen de bevoegdheden van een demissionair kabinet ten opzichte van die van een missionair kabinet.

Een demissionair kabinet is minder vrij in zijn handelen dan een missionair kabinet in de zin dat zijn bewindspersonen zijn gebonden aan het bijzondere verzoek van de koning 'al datgene te blijven verrichten, wat zij

222 De Kamer is wel bevoegd het vertrouwen op te zeggen in *individuele* demissionaire bewindspersonen. Zie o.a. Prakke 1975, p. 42; Syrier 2008, p. 267-268.

223 Prakke 1975, p. 22.

224 Illustratief in dat kader is de beslissing van de Kamermeerderheid om uiteindelijk akkoord te gaan met het aanblijven van Rita Verdonk als minister met een gewijzigde portefeuille in december 2006, hoe problematisch die situatie staatsrechtelijk gezien ook was. Zie ook par. IV.2.4.4.

225 Prakke 1975, p. 46-47.

226 Prakke 1975, p. 44. Vgl. ook Kortmann 2009, p. 18.

in het belang van het Koninkrijk noodzakelijk achten'.²²⁷ Uit de formulering van deze opdracht kan worden afgeleid dat bewindspersonen zich dienen te onthouden van het nemen van beslissingen die aanleiding geven tot controversen van politieke aard, tenzij deze geen uitstel dulden.²²⁸ Deze controversen worden uitgewerkt in het door de Tweede Kamer opgestelde besluit om de behandeling van nader te noemen 'controversiële onderwerpen' uit te stellen tot het moment dat het nieuwe, missionaire, kabinet is aangetreden.²²⁹ Daarmee is echter niet gegarandeerd dat een demissionair kabinet zich niet hoeft in te laten met onderwerpen die aanleiding kunnen geven tot politieke controversen. In dat kader valt vooral te denken aan beleidsthema's die weliswaar nog op de agenda van het demissionaire kabinet staan, bijvoorbeeld in het kader van de behandeling van de begroting, maar ook het voorwerp van de gelijktijdig plaatsvindende formatiebesprekingen vormen; het demissionaire kabinet kan niet goed met de Kamer discussiëren over het in de (verdere) toekomst te voeren beleid, omdat het nog te benoemen (missionaire) kabinet daarover zal gaan.²³⁰

Er is daarom ruimte voor de aanneming van een conventie met een soort 'restfunctie' op basis waarvan bewindspersonen zich ook in dergelijke gevallen zoveel mogelijk dienen te onthouden van het nemen van dergelijke politiek omstreden beslissingen.²³¹ De aanleiding voor de aanneming van een verplichting schuilt in de veranderde relatie tussen regering en parlement enerzijds en coalitie en oppositie anderzijds die meebrengt dat reguliere, in politieke verhoudingen geldende voorschriften niet optimaal functioneren. Hoewel het niet goed mogelijk is om op voorhand de maatregelen te omkaderen die inderdaad te politiek controversieel zijn voor behandeling door een demissionair kabinet, is dat op zichzelf nog geen reden om in dit kader de mogelijkheid van het bestaan van een conventie uit te sluiten. In een concrete situatie kan het immers wel degelijk duidelijk zijn dat er van een dergelijke omstreden maatregel sprake is.

227 Dit is altijd de tekst geweest van het verzoek van de koning of koningin aan bewindspersonen die hun portefeuille ter beschikking hebben gesteld. Zie Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 492. Alleen de tekst van het verzoek van 15 mei 1963 dat de koningin na de aanbidding van het ontslag van het kabinet-De Quay aan de aftredende ministers deed, week af van deze standaardformulering. Toen deed de koningin het verzoek 'inmiddels de lopende zaken te blijven behandelen, benevens zodanige aangelegenheden die geen uitstel gedogen'. Zie Duynstee 1966, p. 444. Materieel verschilde deze opdracht niet wezenlijk van de opdrachten aan aftredende bewindslieden in de standaardformulering. Vgl. Prakke 1975, p. 13.

228 Oud 1967, p. 332; Prakke 1975, p. 18-20.

229 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 147-148.

230 Prakke 1975, p. 44.

231 Vgl. in die zin ook Van der Vlies 2002, p. 1977; Dölle 2003, p. 2-6 = Dölle 2014, p. 59-66. Mogelijk in die zin ook Prakke, waar hij schrijft dat 'verschil van mening over de (...) *constitutionaliteit* van met of door demissionaire kabinetten verrichte activiteiten alleszins mogelijk is'. Zie Prakke 1975, p. 48 (cursivering toegevoegd, GJAG). Anders Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 492.

Zo'n situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij de jaarlijkse begrotingsbehandeling, zowel omdat die doorgaans geen uitstel duldt en dus ook voor rekening van een demissionair kabinet kan komen als omdat daarbij bij uitstek een gedachtewisseling met de Kamer plaatsvindt over toekomstig beleid. Illustratief is het in 2017 gehouden debat over de onderwijsbegroting van 2018 tussen Tweede Kamerlid Rog (CDA) en demissionair minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen Bussemaker (PvdA) in het demissionaire kabinet-Rutte II. Toen probeerde toenmalig vicepremier (en op dat moment tevens Tweede Kamerlid) Asscher (PvdA) een loonsverhoging voor leraren in het basisonderwijs in de onderwijsbegroting op te nemen, een maatregel die allerminst onomstreden was. Hij dreigde zijn medewerking aan de indiening van de begroting te weigeren, als daarin geen ruimte voor de gevraagde loonsverhoging zou worden vrijgemaakt. In een debat met de Tweede Kamer verdedigde toenmalig minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen Bussemaker (PvdA) het handelen van Asscher onder verwijzing naar de toen al lange duur van de kabinetsformatie:

'Je bent demissionair. Dat betekent dat je moet doen wat goed is voor het land. Er staat nergens dat je alleen maar op de winkel mag passen. Naarmate je langer demissionair bent, dus naarmate het langer duurt voordat andere partijen of degenen die bezig zijn met formeren erin slagen om tot resultaat te komen, word je minder demissionair. Als je dan in een situatie komt dat je een halfjaar na de verkiezingen de begroting voor het jaar daarop moet maken, mag je daar dan alsjeblieft ook wat van vinden? Dat lijkt mij niet heel onredelijk.'²³²

Het Tweede Kamerlid Rog (CDA) reageerde vervolgens op de uitspraak van Bussemaker. Hij verklaarde:

'Het is natuurlijk [klinkklare] kolder dat een demissionair kabinet minder demissionair wordt naarmate het langer demissionair is. Het is en blijft een demissionair kabinet, tenzij de Partij van de Arbeid op enig moment aan de onderhandelingstafel was aangeschoven en was gaan meeonderhandelen en uiteindelijk in het nieuwe kabinet zou hebben gezeten. Maar dat [heeft] de Partij van de Arbeid (...) niet gedaan. Dat is een keuze. Maar nu doet de minister alsof zij nog wel missionair is. Zij probeert een PvdA-plannetje door te zetten om de salarissen van [primair onderwijs en voortgezet onderwijs] verder uit elkaar te laten groeien in de komende begrotingsbehandeling. Ik vind dat eerlijk gezegd tamelijk ongepast. Ik vind dat de minister (...) daar in deze zaal afstand van moet nemen.'

232 *Handelingen II 2016/17*, nr. 94, item 9, p. 18 (29 juni 2017), ook voor de volgende twee citaten.

Bussemaker repliceerde daarop als volgt:

[H]et spijt me dat ik het echt niet met u eens ben. Als je standpunten hebt in een demissionaire periode en die periode steeds langer duurt, is dat geen kolder. Je wordt minder demissionair omdat er gewoon dingen op je af komen die opgelost moeten worden. In het eventuele geval dat anderen er niet in slagen de formatie vlot te trekken en af te ronden, is dat misschien wel het maken van een nieuwe begroting. Als je dan al een half jaar demissionair bent en je moet zo iets beleidsinhoudelijks doen als het opstellen van een begroting, dat is altijd beleidsinhoudelijk, vraag dan niet van degenen die dat doen dat ze alleen maar tekenen bij het kruisje.'

In dit geval lijkt er, hoewel de jaarlijkse begrotingsbehandeling op zichzelf niet op een lijst van controversiële onderwerpen stond, sprake te zijn van een politiek omstreden beslissing die niet door een demissionair kabinet zou moeten worden behandeld.

Het is, anders dan Bussemaker betoogde, immers twijfelachtig of de noodzaak voor het demissionaire kabinet om tot de behandeling van de begroting over te gaan ook de opnemng van nieuwe posten op die begroting rechtvaardigt, zeker niet als dergelijk handelen op weerstand stuit van een aanzienlijk deel van de Kamer. De stelling van Bussemaker dat een kabinet 'minder' demissionair wordt naarmate de kabinetsformatie langer voortduurt is in ieder geval onjuist. Wellicht bedoelde de minister dat een lange demissionaire periode tot gevolg heeft dat zich op termijn controversiële zaken zullen aandienen die vanaf een bepaald moment niet langer uitstel dulden, zoals de indiening van een begroting. Hoewel dat op zichzelf juist is, vormt dat gegeven nog geen rechtvaardiging voor de verhoging van de lerarensalarissen die als mogelijke beleidsbeslissing op dat moment op tafel lag bij de op dat moment lopende formatiebesprekingen.²³³ Rog had hier dan ook een punt.

Opvallend is ook dat Bussemaker deze taakopvatting baseerde op het ontbreken van een harde (grondwettelijke) norm die duidelijke regels voorschrijft ten aanzien van het handelen van demissionaire kabinetten. Toch vormt dat nog geen rechtvaardiging voor haar nogal vrijmoedige handelen. Hoewel het niet goed mogelijk is *in abstracto* vast te stellen tot welke gevallen het handelen van demissionaire bewindslieden zich uitstrekt, is dat *in concreto* op basis van de achterliggende context wel degelijk mogelijk. Daarbij kunnen de uitlatingen in een debat, zoals in dit geval die van Rog, een duidelijke aanwijzing vormen voor de politieke omstredenheid van de beslissing. Bussemaker lijkt het vermoeden over de controversialiteit van de beslissing met haar reactie ook niet weggenomen te hebben; eerder bevestigt haar

233 Vgl. in die zin Prakke 1975, p. 44.

reactie dat dit handelen haar vooral politiek gezien goed uitkwam.²³⁴ Het is dan ook verdedigbaar dat zij in dit geval in strijd met een conventie, en dus onconstitutioneel, heeft gehandeld.

IV.2.6 Het recht van initiatief en de mogelijkheden voor de regering bekrachtiging te weigeren

Sinds 1815 kent de Grondwet aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal het recht van initiatief toe (zie thans art. 82, eerste lid).²³⁵ Met dit instrument kan de Tweede Kamer op ieder terrein, afgezien van een beperkt aantal door de grondwetgever uitgesloten onderwerpen (zie art. 82, tweede lid), zelf een wetsvoorstel indienen. Naar verhouding komt het gebruik van het recht van initiatief relatief weinig voor; veruit de meeste ingediende wetsvoorstellen zijn afkomstig van de regering. De achtergrond daarvan ligt mede in het grote verschil in ambtelijke bijstand waarop de Kamer in vergelijking met de regering kan bogen: in het licht van de relatief beperkte ambtelijke bijstand waarover de Kamer beschikt, is het voor een Kamerlid lastiger dan voor de regering of een minister om een kwalitatief goed wetsvoorstel in te dienen.²³⁶ In dat licht heeft het initiatiefrecht een enigszins incidenteel karakter, waarvan het gebruik voornamelijk afhankelijk is van Kamerleden die ten aanzien van een bepaald onderwerp hun stempel willen drukken op de geldende wetgeving.

Als de Tweede en Eerste Kamer een door de Tweede Kamer ingediend wetsvoorstel goedkeuren en de regering vervolgens tot bekrachtiging ervan overgaat, komt een nieuwe wet tot stand. Het is voor de regering niet mogelijk zich geheel afzijdig te houden in de behandelingsprocedure van een initiatiefwetsvoorstel. Zij dient een standpunt in te nemen over de vraag of zij al dan niet tot bekrachtiging van een wetsvoorstel overgaat (art. 87, eerste

234 Overigens treft het verwijt van opportunistisch handelen ook eerdere demissionaire kabinetten. Als voorbeeld kan het handelen van toenmalig minister van Binnenlandse Zaken Spies (CDA) in het demissionaire kabinet-Rutte I gelden. Spies weigerde met een beroep op haar demissionaire status iets te veranderen aan de status van weigererambtenaren, hoewel een meerderheid van de Tweede Kamer daarop aandrong. Zij zette daarentegen een bezuiniging op het budget van de Kamers door, hoewel daartegen juist grote bezwaren van de beide Kamers bestonden. Zie J.Th.J. van den Berg, 'Hoezo: demissionair?', column parlement.com, 10 augustus 2012. Een ander voorbeeld heeft betrekking op de zogeheten kwestie-Verdonk. In december 2006 verdedigde Balkenende het aanblijven van toenmalig minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Verdonk (VVD) na een door de Kamer aangenomen motie van afkeuring onder meer met het argument dat zijn derde kabinet demissionair was. De demissionaire status van het kabinet vormde echter op zichzelf geen beletsel voor Verdonk om gehoor te geven aan de Kameruitspraak en af te treden. Zie par. IV.2.4.4.

235 Het initiatiefrecht is nog een jaar ouder. Op grond van art. 69 Grondwet van 1814 hadden de Staten-Generaal reeds, voor de introductie van de Eerste Kamer in de Grondwet van 1815, de beschikking over dit recht.

236 Engels & Knol 1994, p. 36-37; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 237.

lid Grondwet).²³⁷ In het licht van de veranderde verhouding tussen regering en parlement, die tegenwoordig doorgaans beslissend wordt beïnvloed door de verhouding tussen coalitie en oppositie, rijst de vraag in hoeverre deze bekrachtigingsbevoegdheid van de regering nog staatsrechtelijke betekenis heeft.

In de negentiende en het begin van de twintigste eeuw bestond er nog een duidelijke tegenstelling tussen regering en parlement in plaats van tussen coalitie en oppositie. Het was toen nog goed verdedigbaar dat de regering bekrachtiging van initiatiefwetsvoorstellen zou mogen weigeren, omdat zij een eigen verantwoordelijkheid heeft op het gebied van de totstandkoming van wetgeving.²³⁸ In het licht van de beperkte hoeveelheid wetsvoorstellen die de Tweede Kamer had ingediend, was het moeilijk om te beoordelen of de stelselmatige bekrachtiging door de regering van initiatiefwetsvoorstellen enige rechtsvormende betekenis had.²³⁹ Uit die stelselmatige bekrachtiging leidde Kranenburg aanvankelijk af dat zich op dit punt een regel van 'constitutioneel gewoonterecht' aan het ontwikkelen was, maar hij veranderde van mening nadat de regering in 1917 bekrachtiging weigerde van het door Tweede Kamerlid Marchant (VDB) ingediende initiatiefwetsvoorstel inzake de verhoging van lerarensalarissen – de eerste maal dat de regering van deze bevoegdheid gebruikmaakte.²⁴⁰ In het parlement bestond nauwelijks protest tegen deze weigering van de bekrachtiging van het wetsvoorstel, hetgeen volgens Kranenburg de indruk wekte dat het parlement het handelen van de regering in dit kader niet beschouwde als de overtreding van een rechtsregel. Elf jaar later kwam een dergelijke weigering van de bekrachtiging opnieuw voor, ditmaal ten aanzien van het door Tweede Kamerlid A. Zijlstra (ARP) ingediende initiatiefwetsvoorstel inzake de verandering van de leerlingenschaal van scholen op het platteland.

Oud verklaarde beide weigeringen tot de verlening van bekrachtiging tegen de achtergrond van de wetsvoorstellen die de regering ten aanzien

237 Hoewel het hier volgens de bewoordingen van art. 87, eerste lid Grondwet gaat om een bevoegdheid van de koning, is hier wel degelijk sprake van een regeringsbesluit. Zie *Kamerstukken II 1979/80*, 15047 (R 1099), nr. 8, p. 19.

238 In die zin o.a. Thorbecke 1841, deel I, p. 308-309; Buys 1883, p. 626; Van der Pot 1921, p. 17-20; Scheltema 1928, p. 212-213. Al aan het begin van de twintigste eeuw betoogde Krabbe daarentegen dat zich een regel van ongeschreven recht had gevormd op basis waarvan de bevoegdheid van de koning tot weigering van de bekrachtiging van initiatiefwetsvoorstellen was vervallen. Zie Krabbe 1915, p. 71.

239 Van der Pot verklaarde de afwezigheid van het bindende karakter van deze praktijk tegen de achtergrond van het relatief beperkte aantal gevallen waarin de Tweede Kamer gebruikmaakte van het initiatiefrecht. Op basis van dat geringe aantal precedentes zou het niet goed mogelijk zijn een bindende norm af te leiden omtrent de bekrachtiging van initiatiefwetsvoorstellen door de regering. Zie Van der Pot 1921, p. 17-18.

240 Kranenburg 1958, p. 196-197. In deze passage gebruikt hij het begrip 'convention' als synoniem voor de term 'constitutioneel gewoonterecht', hetgeen illustreert dat beide begrippen in de Nederlandse doctrine van oorsprong dicht tegen elkaar aanlagen. Zie daarover par. III.5.2.

van beide kwesties later alsnog indiende.²⁴¹ Na de totstandkoming van beide regeringsvoorstellen zou het parlement daardoor alsnog in grote lijnen de doelstelling van het initiatiefwetsvoorstel-Marchant (1917) respectievelijk -Zijlstra (1928) gerealiseerd zien. De achtergrond van deze opstelling van de regering hing samen met het inmiddels verlaten gebruik dat de regering zich pas inhoudelijk over een initiatiefwetsvoorstel uitliet na aanneming ervan door de Eerste Kamer.²⁴² Als de regering wel aan de beraadslaging over de beide initiatiefwetsvoorstellen in de Tweede Kamer had kunnen deelnemen, dan had zij volgens Oud waarschijnlijk kunnen bereiken dat de inhoud van beide voorstellen conform de inzichten van de Kamer was gewijzigd. In beide gevallen heeft de regering gemotiveerd waarom zij de bekrachtiging van het initiatiefwetsvoorstel heeft geweigerd.²⁴³ Daarom is het verdedigbaar dat de regering niet inconstitutioneel in relatie tot de Tweede Kamer handelde, toen zij de bekrachtiging van deze twee initiatiefwetsvoorstellen weigerde.

In de periode tussen 1928 en de herziening van de Grondwet in 1983 is het niet opnieuw voorgekomen dat de regering de bekrachtiging van een initiatiefwetsvoorstel weigerde. In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 kwam daarom de toegevoegde waarde van de bekrachtigingsbevoegdheid van de regering bij initiatiefwetsvoorstellen ter sprake. Tweede Kamerlid Van der Spek (PSP) betoogde toen dat hij een voorstander is van automatische bekrachtiging door de regering, omdat het 'vanuit democratisch oogpunt' voor de hand ligt dat de opvatting van de Staten-Generaal over het initiatiefwetsvoorstel de doorslag geeft.²⁴⁴ Toenmalig minister van Binnenlandse Zaken Wiegel (VVD) repliceerde daarop:

'Het zal de Kamer duidelijk zijn dat ik de visie van de geachte afgevaardigde [Wiegel bedoelt Van der Spek, GJAG] niet deel. Het dualistisch stelsel, dat wij in Nederland op centraal niveau kennen, brengt mee dat de Regering een eigen verantwoordelijkheid heeft voor concrete wetgevingsprodukten. Dat neemt niet weg dat in veel gevallen het oordeel van de Staten-Generaal de doorslag kan geven. Indien een minister weigert de verantwoordelijkheid te nemen voor

241 Oud 1970, p. 147-148.

242 Verderop in deze paragraaf komt de juridische betekenis van dit gebruik nog aan de orde.

243 Op zichzelf is dit nog geen bewijs voor de juistheid van de stelling dat er toen al een regel bestond die de weigering van de bekrachtiging van een initiatiefwetsvoorstel door de regering verbiedt. Het is immers niet ondenkbaar dat een Kamerlid in het verleden heeft afgezien van de indiening van een wetsvoorstel, omdat hij vreesde dat de regering de bekrachtiging van dat voorstel zou weigeren. Hetzelfde geldt, andersom, voor de mogelijkheid dat de regering de weigering van bekrachtiging niet nodig achtte, maar wel vond dat zij de bevoegdheid had om bekrachtiging van een wetsvoorstel te weigeren. Tegen die achtergrond is het mogelijk dat de regering nooit in de situatie terecht is gekomen waarin zij om politiek-inhoudelijke redenen van de bekrachtiging van een door de Staten-Generaal aangenomen initiatiefwetsvoorstel heeft afgezien. In die situatie hoeft geen conventie te bestaan die de regering verplicht tot bekrachtiging van een initiatiefwetsvoorstel. Vgl. Engels & Knol 1994, p. 104.

244 *Handelingen II 1979/80*, p. 4962 (28 mei 1980).

de bekrachtiging van een wetsontwerp kan hij overigens door middel van een motie van wantrouwen naar huis worden gestuurd.²⁴⁵

Hoewel Wiegel dat niet expliciet vermeldt, blijkt uit zijn reactie dat afschaffing van de bevoegdheid van de regering tot (weigering van) de bekrachtiging in veel gevallen niet nodig is; de betekenis van de oorspronkelijk (institutioneel) dualistische verhouding is door de toegenomen invloed van regeerakkoorden en fractiediscipline vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw immers sterk verminderd. Over het algemeen zullen politiek-inhoudelijke meningsverschillen niet zozeer meer lopen langs de lijnen van regering en parlement als zodanig, maar langs die van coalitie en oppositie.

Als gevolg daarvan is de verwevenheid tussen regering en Kamermeerderheid, die onder meer tot uiting komt in informele coalitieoverleggen, sterk toegenomen. Het is daarom aannemelijk dat bewindspersonen hun bezwaren tegen een initiatiefvoorstel in een relatief vroeg stadium tijdens (bijvoorbeeld) een coalitieoverleg op tafel kunnen leggen. Als de regering zich op politieke gronden niet kan vinden in een bepaald initiatiefwetsvoorstel, dan kan dit voor de coalitiefracties aanleiding zijn tegen het betreffende voorstel stemmen. In dat geval hoeft de regering het niet meer op een weigering van de bekrachtiging aan te laten komen. Van een volwaardige, dualistische tegenstelling tussen regering en parlement is dan, net zomin als van de dreiging dat de Kamer tot activering van de vertrouwensregel overgaat, in feite geen sprake meer.

Toch is dat nog niet het hele verhaal. Het blijft uiteraard mogelijk dat de behandeling van een initiatiefwetsvoorstel niet aan de orde komt tijdens een informeel coalitieoverleg, bijvoorbeeld als een (gedeeltelijk) andere partijcombinatie dan die van de coalitiefracties steun verleent aan het initiatiefwetsvoorstel. In een dergelijk geval kan zich alsnog de situatie voordoen dat de regering, als zij fundamentele bezwaren heeft tegen het wetsvoorstel, van plan is te weigeren om tot de bekrachtiging van het initiatiefwetsvoorstel over te gaan. In een dergelijk geval herleeft de mogelijkheid van een dualistische opstelling tussen regering en parlement, inclusief een dreigende activering van de vertrouwensregel.

In een dergelijk geval zou de regering, zo betoogt Van Maarseveen, echter ook niet zomaar de bekrachtiging van een wetsvoorstel mogen weigeren, omdat zij niet het recht heeft de wil van de volksvertegenwoordiging te doorkruisen.²⁴⁶ Volgens hem geldt er dus een norm die de regering verbiedt de bekrachtiging van een initiatiefwetsvoorstel te weigeren. Een dergelijk standpunt valt ook in politiek opzicht te verklaren aan de hand van de toegenomen verwevenheid van regering en parlement ten aanzien van de toepassing van het initiatiefrecht.

Deze veranderde verhouding tussen regering en parlement kreeg voor wat betreft de regeling van het initiatiefrecht een formele bevestiging na de

245 *Handelingen II 1979/80*, p. 5314 (11 juni 1980).

246 Van Maarseveen 1976, p. 1294. Vgl. voorzichtiger Dölle 1988, p. 280.

wijziging van de Grondwet in 1983. Na die wijziging hoefde de regering zich er niets meer aan gelegen te laten om meer betrokkenheid te tonen ten aanzien van de behandeling van initiatiefwetsvoorstellen in de Tweede en Eerste Kamer. Voor 1983 wilde de minister onder wiens departement het te behandelen initiatiefwetsvoorstel viel zich naar verluidt in beginsel niet inhoudelijk uitlaten over het betrokken voorstel, omdat het voor die tijd niet mogelijk was de Raad van State over dat voorstel te horen voordat de Eerste Kamer het betreffende voorstel had aangenomen (art. 84 Grondwet 1972). Een minister achtte het niet gepast om zijn eigen opvatting over het voorstel naar buiten te brengen, voordat de Raad van State daarover advies zou uitbrengen.²⁴⁷ Inmiddels is de procedure in die zin gewijzigd, dat een adviesaanvraag over een initiatiefwetsvoorstel bij de Raad van State ook door de Tweede Kamer kan c.q. moet worden gedaan (art. 73, eerste lid Grondwet; art. 18, eerste en tweede Wet op de Raad van State). Bovendien hebben Kamerleden sinds die wijziging de beschikking over meer ambtelijke bijstand ten aanzien van de voorbereiding van de indiening van een initiatiefwetsvoorstel.²⁴⁸ Als gevolg daarvan is de afstand tussen regering en parlement ten aanzien van de toepassing van het initiatiefrecht verder verkleind.

In het licht van die ontwikkeling is het in politiek opzicht moeilijk voorstelbaar dat de regering 'zomaar' de bekrachtiging van een wetsvoorstel zal weigeren. Toch betekent dat niet dat de bekrachtigingsbevoegdheid van de regering ten aanzien van initiatiefwetsvoorstellen betekenisloos is geworden. Illustratief in dat verband is de laatste weigering van de bekrachtiging van een initiatiefwetsvoorstel die zich tot nog toe heeft voorgedaan. In 1994 namen beide Kamers van de Staten-Generaal het initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamerleden Vermeend (PvdA) en Vreugdenhil (CDA) aan dat de realisering van een lastenverlichting voor het midden- en kleinbedrijf tot doel had. In de Eerste Kamer verklaarde staatssecretaris van Financiën Van Amelsvoort (CDA), onder wiens beleidsterrein het betrokken wetsvoorstel viel, dat hij niet direct tot bekrachtiging van het wetsvoorstel wilde overgaan. In plaats daarvan besloot hij namens de regering opnieuw advies over het voorstel aan te vragen bij de Raad van State, onder andere om nieuwe inlichtingen over de juridische houdbaarheid van het voorstel in te winnen.²⁴⁹

247 De regering voerde ter verdediging van deze opstelling aan dat zij de Raad van State niet voor de voeten wilde lopen door reeds voor een adviesaanvraag bij de Raad van State haar oordeel over het betrokken wetsvoorstel uit te spreken. Van een consistente praktijk op dit punt leek echter geen sprake te zijn geweest. Het leek er eerder op dat de regering oordeelde dat zij zich terughoudend diende op te stellen, als dat haar politiek gezien goed uitkwam. Zie Engels & Knol 1994, p. 71-73.

248 Zie in dat kader ook Ar 7.23 tot en met 7.25, waarover (onder de oude nummering) Engels & Knol 1994, p. 73-80. Zie over de verhouding tussen geschreven documenten, zoals de Ar, en het conventiebegrip par. IV.4.3.2.

249 Zie voor de redenen die volgens de staatssecretaris een nieuwe adviesaanvraag over dit initiatiefwetsvoorstel bij de Raad van State rechtvaardigden *Kamerstukken II 1993/94*, 23071, nr. 27, p. 3.

Het nieuwe advies van de Raad van State over het initiatiefwetsvoorstel was dermate kritisch, dat Van Amelsvoorts opvolger Vermeend – nota bene een van de initiatiefnemers van het oorspronkelijke voorstel – definitief afzag van het bekrachtigen van het wetsvoorstel. Vermeend stelde echter nog wel achter de inhoudelijke doelstelling van het voorstel, namelijk de realisering van lastenverlichting van het midden- en kleinbedrijf, te staan.²⁵⁰ Hij kwam daarom met een regeringsvoorstel dat alsnog aan de bezwaren van de Raad van State tegemoet zou komen. Tegen die achtergrond is de weigering van de bekrachtiging van het voorstel verdedigbaar. De weigering van de bekrachtiging leek immers voornamelijk tot doel te hebben om te voorkomen dat juridisch gebrekkige wetgeving het *Staatsblad* haalt.

Er bestaat echter geen *verplichting* voor de regering om ieder door de Staten-Generaal aangenomen wetsvoorstel te bekrachtigen. De grondwetgever heeft immers aan de regering expliciet de ruimte willen toekennen om, op basis van haar eigen institutionele verantwoordelijkheid, de bekrachtiging van een initiatiefwetsvoorstel te weigeren. Sterker nog, de mogelijkheid van de weigering van de bekrachtiging door de regering kan ook tegenwoordig juist van toegevoegde waarde zijn in bijzondere omstandigheden. Met behulp van een dergelijke weigering kan de regering immers voorkomen dat gebrekkige initiatiefwetgeving het *Staatsblad* haalt. In normale gevallen zal de regering echter, gelet op de verkleinde afstand tussen regering en parlement met betrekking tot de toepassing van het initiatiefrecht, van deze bevoegdheid nauwelijks gebruikmaken.

Uit dit voorbeeld blijkt dat ook het uitdrukkelijk *openlaten* door de grondwetgever van een bepaalde bevoegdheid, zoals in dit geval de bevoegdheid tot weigering van bekrachtiging van initiatiefwetsvoorstellen door de regering, aan het aannemen van een conventie in de weg kan staan; er is geen aanleiding aan te nemen dat er fundamentele consensus bestaat over een vaste invulling van deze grondwettelijke ruimte. In dit geval is van een conventie dan ook geen sprake.

IV.2.7 Slot

De verhouding tussen regering en parlement is vanaf het begin van de twintigste eeuw in toenemende mate in het teken gaan staan van de ontwikkeling van de partijdemocratie. Vooral de introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1917 is daarbij bepalend geweest. Dit nieuwe kiesstelsel maakte immers de bloei van landelijk georganiseerde partijen mogelijk, die in toenemende mate de oorspronkelijke (institutionele) tegenstelling tussen regering en parlement deed vervagen. Met name sinds de jaren zestig van de vorige eeuw, is er niet zozeer sprake van een tegenstelling tussen beide organen maar primair tussen de diverse politieke partijen

250 *Handelingen II 1994/95*, p. 577 (25 oktober 1994).

die in de Kamer (en deels ook in het kabinet) zijn vertegenwoordigd; bepalend is dan niet zozeer de verhouding tussen Kamer en regering maar die tussen coalitie en oppositie, welke laatste verhouding met name sinds de jaren zestig van de vorige eeuw wordt beïnvloed door vaak gedetailleerde regeerakkoorden. Binnen de demarcatielijnen van het regeerakkoord is het daardoor niet meer goed mogelijk regering en parlement als geheel zelfstandige, tegenover elkaar staande organen te beschouwen. Bijgevolg zullen Kamerleden van de coalitie over het algemeen welwillender tegenover het handelen van de regering staan dan Kamerleden van de oppositie. In dat licht zijn de rechten die het parlement heeft ten behoeve van de controle op de regering van extra groot belang voor de Kamerleden van de oppositie.

Deze verandering heeft vrijwel volledig buiten de Grondwet om plaatsgevonden; de belangrijkste grondwetsbepalingen die betrekking hebben op de verhouding tussen regering en parlement, zoals de ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42, tweede lid Grondwet) en het ontbindingsrecht (art. 64, eerste lid Grondwet) hebben sinds 1848 in feite ongewijzigd gegolden. Ondanks hun onafgebroken gelding in min of meer dezelfde vorm, hebben zij wel door een gewijzigde interpretatie een andere betekenis gekregen, zoals vooral de ontwikkeling van de ministeriële verantwoordelijkheid voor het handelen van de ambtelijke dienst heeft laten zien.

Niettemin heeft het geschreven staatsrecht op belangrijke terreinen ruimte opengelaten die regering en parlement naar eigen inzicht kunnen invullen. Deels is die ruimte opgevuld door conventies die voorwaarden creëren voor een eerlijk verloop van de strijd in de politieke arena: uit de vertrouwensregel volgt dat het kabinet dient af te treden na een wantrouwensvotum van de Kamer; de regel op basis waarvan bewindspersonen (uiterlijk) aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen hun ontslag aanbieden creëert een gelijk speelveld tussen coalitie- en oppositiefractionen tijdens de kabinetsformatie; de regel die voorschrijft dat demissionaire kabinetten zich dienen te onthouden van politiek controversiële beleidsbeslissingen beschermt het evenwicht in de verhouding tussen het demissionair kabinet en het parlement in het licht van de lopende kabinetsformatie; en de actieve algemene inlichtingenplicht, ten slotte, waarborgt dat ieder Kamerlid, los van de fractie waarvan hij deel uitmaakt, de relevante informatie van bewindspersonen krijgt die hij nodig heeft om zijn taken uit te oefenen. Er zijn daarentegen ook grondwettelijke normen die juist door hun open formulering geen ruimte laten voor het ontstaan van conventies. Illustratief is de ruimte die artikel 87, eerste lid Grondwet laat aan de regering om de bekrachtiging van een initiatiefwetsvoorstel te weigeren. Hoewel het zelden voorkomt dat de regering bekrachtiging weigert, is er nog geen (fundamentele) consensus over dat deze ruimte dwingend wordt ingevuld door een conventie.

De ontwikkeling van de verschillende conventies in de verhouding tussen regering en parlement toont, ten slotte, aan dat de ontwikkeling van de partijendemocratie tevens in toenemende mate tot een focus van grotere partijen op het verkrijgen van macht in een kabinet in plaats van op represen-

tatie heeft geleid; het gevolg daarvan is dat de institutionele grenzen tussen regering en parlement steeds diffuser zijn geworden. De ontwikkeling van de praktijk op basis waarvan een regeringswisseling alleen na vervroegde Tweede Kamerverkiezingen mag plaatsvinden vormt daarvan de belangrijkste exponent. Hoewel regering en parlement deze gedragsregelmaat als bindend lijken te beschouwen, is het constitutioneel toelaatbaar om daarvan af te wijken.

IV.3 DE KONING, DE MINISTERRAAD EN DE STAATSSECRETARISSEN

IV.3.1 Inleiding

Niet alleen de verhouding tussen de regering en het parlement, ook het functioneren van beide afzonderlijke organen is in een periode van ruim tweehonderd jaar ingrijpend veranderd. Dit hoofdstuk gaat over de verhoudingen binnen en tussen de belangrijkste ambten in de executieve: de koning, de ministerraad, met inbegrip van de afzonderlijke ministers inclusief de minister-president, en de staatssecretarissen. Elk van deze onderwerpen komt in een aparte paragraaf, met een afzonderlijke achtergrondschets, aan bod.

IV.3.2 De koning

Deze paragraaf gaat over de positie van de koning in de Nederlandse constitutie. Na een korte achtergrondschets komen op deze plaats achtereenvolgens de rol van de koning als samenstellend deel van de regering, het 'geheim van Noordeinde' en de inhuldiging en beëdiging van de koning aan bod.

IV.3.2.1 *Achtergrond*

Sinds 1814 heeft Nederland een koning als staatshoofd.²⁵¹ Vanaf dat jaar bepaalt de Grondwet in (het huidige) artikel 24 dat het koningschap erfelijk wordt vervuld door de wettige opvolgers van koning Willem I, prins van

251 Al voor die tijd, tussen 1806 en 1810, was het huidige Nederland kortstondig een monarchie met koning Lodewijk Napoleon aan het hoofd. In 1810 werd het 'Koninkrijk Holland' opgeheven en geannexeerd, waarna het tot 1814 onderdeel van het Franse Keizerrijk was. Zie nader o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 123-168.

Oranje-Nassau.²⁵² Vanaf dit jaar is het koningschap langzaam maar zeker ingrijpend van karakter veranderd. In ieder geval tot de invoering van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid in 1840 fungeerden de hoofden van de ministeriële departementen, die later kortweg ministers zouden worden genoemd, primair als dienaren van de koning. Daarna kwam daar al langzamerhand verandering in, omdat koning Willem II, die in 1840 de troon besteeg, na de invoering van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid al meer aan zijn ministers overliet.²⁵³ Vanaf 1848, toen zowel de politieke ministeriële verantwoordelijkheid als de koninklijke onschendbaarheid²⁵⁴ een plaats in de Grondwet kreeg, verschoof het zwaartepunt binnen de regering naar de ministers.

Het ontstaan van het parlementair stelsel vanaf de periode 1866-1868 markeerde het begin van een nieuwe ontwikkeling. Vanaf die periode zou in de verhouding tussen Kroon en Staten-Generaal de volksvertegenwoordiging, zoals Donner het noemt, 'het richtinggevende element' gaan vormen.²⁵⁵ Bijgevolg was rond het einde van de negentiende eeuw en het begin van de twintigste eeuw in de literatuur de gedachte leidend geworden dat de Nederlandse regeringsvorm niet langer strikt monarchaal van karakter is.²⁵⁶ In die tijd sprak Krabbe van 'een representatieve volksregering' met de koning als een soort adviseur en de ministers als 'mede-Koning' in ondergeschiktheid aan het parlement.²⁵⁷ In zijn ter gelegenheid van de geboorte van prinses Juliana in Amsterdam gehouden college karakteriseerde Struycken het koningschap als 'het geweten der partijregering ter verzekering van een eerlijk democratisch bewind', waarbij de koning de ministers dwingt 'tot een zelfonderzoek, dat eene eerlijke, gezonde volksregering' ten goede dient te komen.²⁵⁸ Hoewel de koning in die tijd nog een zelfstandige rol binnen de regering te vervullen had, was zijn positie volgens de literatuur ondergeschikt aan die van de ministers en derhalve indirect ook aan die van het parlement. Weliswaar waren er enkele auteurs die in de periode tot vlak voor de Tweede Wereldoorlog versterking van het koninklijk gezag wense-

252 Tot 1983 was het bedoelde artikel (dat in de voorgaande versies van de Grondwet onder verschillende nummeringen een plaats had in de Grondwet) als volgt geformuleerd: 'De Souvereiniteit der Vereenigde Nederland is en blijft opgedragen aan Zijne Koninklijke Hoogheid WILLEM FREDERIK *Prins van Oranje-Nassau*, om door Hem en Zijne wettige nakomelingen te worden bezeten erfelijk, overeenkomstig de na te melden bepalingen.'

253 Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 487.

254 De koninklijke onschendheid bestond overigens al voor 1848. Voor 1848 achtte de grondwetgever het bestaan van de koninklijke onschendbaarheid kennelijk als zoiets vanzelfsprekends, dat hij opname ervan in de Grondwet niet nodig achtte. Zie o.a. Elzinga 2006, p. 8-9 = Elzinga 2020, p. 184-185.

255 Van der Pot/Donner 1983, p. 426 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 645.

256 Overigens waren er ook auteurs uit de confessioneel-conservatieve hoek die nog aan het begin van de twintigste eeuw het standpunt verdedigden dat het zwaartepunt in de regering bij de koning berust. Vgl. o.a. De Savornin Lohman 1926, p. 102-104.

257 Krabbe 1900, p. 224 = Krabbe 1927, p. 126-127.

258 Struycken 1909, p. 14-15 = opgenomen als afzonderlijke publicatie in Struycken 1924, aldaar, p. 14-15.

lijk achtten,²⁵⁹ maar na 1945 bestond in de literatuur algauw overeenstemming over hoe de verhoudingen binnen de regering zouden moeten liggen: het oordeel van de vorst dient uiteindelijk ondergeschikt te zijn aan dat van de ministers.

Het was vanaf die periode dat, zoals Elzinga het noemt, ‘het politiek-neutrale koningschap’ ontstond, waarbij ‘de onschendbare Koning zich op geen enkele wijze afficheert als partij- of belangengebonden’.²⁶⁰ Bij de grondwetsherziening in 1983 kwam dat in zoverre tot uitdrukking dat het ambt ‘regering’ toen zijn intrede in de Grondwet deed; vanaf dat moment was het begrip ‘koning’ niet langer (geheel) synoniem aan (wat toen werd genoemd) de regering, zoals daarvoor nog gebruikelijk was.²⁶¹ De grondwetgever heeft bij de herziening van 1983 tot doel gehad een helder onderscheid aan te brengen tussen de koning als persoon, dus als drager van het gelijknamige ambt, enerzijds en de koning als samenstellend deel van de regering anderzijds.²⁶² In grondwetsbepalingen die doelen op de drager van het ambt ‘de koning’ gebruikt de grondwetgever de term ‘Koning’ (met hoofdletter),²⁶³ terwijl hij in voorschriften die betrekking hebben op de koning als samenstellend deel van de regering de begrippen ‘regering’ of ‘koninklijk besluit’ gebruikt.

IV.3.2.2 *De positie van de koning als samenstellend deel van de regering*

Grondwettelijk gezien is de koning nog altijd een essentiële spil in de regering. De regering kan immers vrijwel geen enkel besluit nemen zonder de medewerking van de koning. In dit opzicht is artikel 47 Grondwet van belang, waaruit volgt dat voor de totstandkoming van alle regeringsbesluiten het contraseign van zowel de koning als ten minste één minister vereist is. In dit kader valt te denken aan de benoeming en het ontslag van ministers en staatssecretarissen (art. 43 en 46, eerste lid Grondwet), de vaststelling van algemene maatregelen van bestuur (art. 89, eerste lid Grondwet) en de vernietiging van besluiten van gemeente- en provinciebesturen (art.

259 In die zin o.a. Kamphuisen 1935b, p. 64-67; Romme 1937, p. 21-22; Van der Pot 1939, p. 363-364.

260 Elzinga 2006, p. 15 = Elzinga 2020, p. 191.

261 Zie nader over de (formeel nog bestaande) bevoegdheden van de koning van voor 1983 par. III.3.3.1.

262 Van een zuivere doorvoering van dit onderscheid in de grondwettelijke terminologie is echter geen sprake. Zie in dit verband o.a. Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 135-137. Ik kom daar verderop in deze subparagraaf nog op terug. Tevens is het mogelijk om een derde hoedanigheid van de koning in de Grondwet te onderscheiden, namelijk als staats-hoofd, bijvoorbeeld in de bepaling over de troonrede (art. 65 Grondwet). Vgl. o.a. Efty-miou 2012, p. 30-32; Hirsch Ballin 2013b, p. 59.

263 Daarmee wijkt de grondwetgever af van het taaladvies om ‘koning’ met kleine letter te schrijven. Zie het lemma ‘Koning / koning Willem-Alexander’ op onzetaal.nl.

132 Grondwet).²⁶⁴ Een gedeeltelijke rechtvaardiging voor de keuze om de koning deel te laten blijven uitmaken²⁶⁵ van de regering, ligt in het bestaan van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42, tweede lid Grondwet). Volgens de regering zal de koning

‘zich uiteraard voortdurend bewust (...) zijn van het gegeven, dat uitsluitend ministers verantwoordelijk zijn, en daarnaar ook (...) handelen. Dit bewustzijn zal de ontwikkeling van de “balance of power” binnen de regering *in de normale praktijk* (...) bepalen; de Koning zal zich daarbij beperken tot uitoefening van zijn taak overeenkomstig de door Bagehot voor de Engelse [sic] Koning geformuleerde “rights to be consulted, to encourage, to warn”’.²⁶⁶

Inmiddels vormt de twee-eenheid van koning en ministers volgens de regering een formele bevestiging van de gedachte dat het handelen van de koning altijd onder de ministeriële verantwoordelijkheid valt. Toch is daarmee niet uitgesloten, zoals ook uit het citaat blijkt, dat de koning invloed uitoefent op het regeringsbeleid. Dat de koning deel uitmaakt van de regering betekent slechts dat de ministers bereid moeten zijn voor ieder regeringsbesluit, ook voor zover de koning bij de voorbereiding van dat besluit betrokken is geweest, politieke verantwoordelijkheid te dragen; anders kan de minister zich voor dat besluit, zoals de politieke ministeriële verantwoordelijkheid eist, niet verantwoorden jegens de Staten-Generaal. Het is dan ook denkbaar dat de koning in concrete gevallen ministers overtuigt tot het nemen van een ander besluit dan zij aanvankelijk van plan waren.

Volgens sommigen bestaat er echter een staatsrechtelijke norm die aan de uitoefening van invloed van de koning op het regeringsbeleid in de weg staat, namelijk artikel 45, derde lid Grondwet. In het genoemde artikellid is bepaald dat de ministerraad beraadslaagt en *besluit* over het algemeen regeringsbeleid. Daaruit leiden de (gewezen) minister-presidenten Kok (PvdA) en Rutte (VVD) af dat de beslissingsbevoegdheid over het regeringsbeleid exclusief, met uitsluiting van de koning, bij de ministerraad berust.²⁶⁷ Op basis van deze interpretatie zou de koning niet langer het *recht* hebben om invloed uit te oefenen op het regeringsbeleid.

264 Zie voor een overzicht van bevoegdheden waarbij medewerking van de koning is vereist Bovend'Eert 2000, p. 4.

265 Strikt genomen is geen sprake van een lidmaatschap van de koning van de regering, omdat de regering geen college is dat in gezamenlijkheid besluiten neemt waarbij de meerderheid van de leden de doorslag geeft. Daarom kan de koning beter worden aangeduid als (samenstellend) deel van de regering. Zie Bovend'Eert 2020, p. 71.

266 *Kamerstukken II* 1980/81, 16035, nr. 8, p. 2 (cursivering toegevoegd, GJAG). Recenter bevestigingen van deze gedachte zijn terug te vinden in beschouwingen over het koningschap van de (toenmalige) minister-presidenten Kok en Rutte. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27409, nr. 1, p. 2-3 respectievelijk *Kamerstukken II* 2010/11, 32791, nr. 1, p. 3-4. Zie nader over de door Bagehot geformuleerde drieslag ten aanzien van de monarch in het Verenigd Koninkrijk par. II.2.5.

267 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27409, nr. 1, p. 3; *Kamerstukken II* 2010/11, 32791, nr. 1, p. 3-4. In die zin ook Van der Vlies 2000, p. 1108-1109.

Deze interpretatie van artikel 45, derde lid Grondwet staat echter haaks op de toelichting die de grondwetgever tijdens de behandeling ervan heeft verdedigd. Volgens De Kwaadsteniet, een van de twee indieners van het amendement waaruit het genoemde artikellid is voortgekomen, had dit artikellid slechts betrekking op de interne taakverdeling tussen de ministers en de ministerraad, niet op de relatie tussen de bewindspersonen en de koning.²⁶⁸ De Kwaadsteniet was van oordeel dat het immers de regering is, en niet de ministerraad, die regeert. De grondwetgever had met de opname van artikel 45, derde lid in de Grondwet dan ook niet zozeer tot doel om de verhouding tussen de koning en de ministers te reguleren, maar om, in de woorden van Van den Berg, ‘het primaat van de ministerraad over de particuliere voorkeuren van individuele ministers te vestigen en aldus een verweermiddel te bieden tegen departementale verkokering’.²⁶⁹ Gelet op de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever verwerpen verschillende auteurs de opvatting dat artikel 45, derde lid Grondwet betrokkenheid van de koning bij de inhoud van het regeringsbeleid uitsluit.²⁷⁰

Op zichzelf is de oorspronkelijke opvatting van de grondwetgever nog niet allesbeslissend voor de uitleg van de grondwetsbepalingen. Het is in bepaalde gevallen denkbaar dat een artikel uit de Grondwet in de loop der tijd een andere, van de originele bedoeling van de grondwetgever afwijkende, betekenis krijgt.²⁷¹ Het ligt echter niet voor de hand dat de uitleg van artikel 45, derde lid Grondwet op een dergelijke manier is veranderd. Nog altijd geldt immers als uitgangspunt, zoals ook Kok en Rutte onderkennen,²⁷² dat de koning het recht heeft om te worden geraadpleegd, aan te moedigen en te waarschuwen. Daaruit blijkt dat de koning nog altijd een zekere betrokkenheid bij het regeringsbeleid heeft. Tegen die achtergrond kan artikel 45, derde lid Grondwet dus niet een betekenis hebben gekregen op basis waarvan besluitvorming over het regeringsbeleid exclusief is voorbehouden aan de ministerraad, met uitsluiting van de koning.

De invloed van de koning op het regeringsbeleid gaat echter niet zover dat hij de bekrachtiging of ondertekening van een regeringsbesluit kan weigeren. In een debat met de Tweede Kamer over het koningschap stelde toenmalig minister-president Kok:

‘In het licht van de ministeriële verantwoordelijkheid en de in 1983 vastgelegde regels en de zich sindsdien ontwikkelde praktijk is de Koning zich zeer bewust van de onmogelijkheid om van de bevoegdheid tot weigering gebruik te maken.

268 *Handelingen II* 1980/81, p. 2440-2441 (21 januari 1981); *Handelingen II* 1980/81, p. 2644 (28 januari 1981).

269 Van den Berg 2001, p. 59 = Van den Berg 2016b, p. 50.

270 Bovend'Eert 2000, p. 10-11; Vermeulen e.a. 2005, p. 56; Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 516-517; Bovend'Eert 2020, p. 72-73.

271 Zie par. III.3.3.2.2.

272 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27409, nr. 1, p. 3; *Kamerstukken II* 2010/11, 32791, nr. 1, p. 3-4.

Dat is materieel een feit. Als gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid om niet te tekenen, *zelfs als dat constitutioneel zou zijn*, is er sprake van een crisis.²⁷³

De praktijk waarnaar Kok in dit citaat verwijst, vormt een goed aanknopingspunt voor de aanneming van een conventie op dit punt. Niemand durft immers nog openlijk de stelling in te nemen dat de koning een algemene bevoegdheid zou moeten hebben om door de regering genomen besluiten tegen te houden.²⁷⁴ In dit geval kan van grondwetsinterpretatie geen sprake zijn, omdat de tekst van de Grondwet de koning op zichzelf niet belet om de bekrachtiging van een regeringsbesluit te weigeren.

In het verlengde daarvan rijst de vraag of zich in de praktijk omstandigheden kunnen voordoen die een koninklijke weigering tot ondertekening of bekrachtiging van een regeringsbesluit zouden kunnen rechtvaardigen, dat wil zeggen: of de niet-naleving van deze conventie door de koning de kwalificatie van onconstitutioneel gedrag verdient. Het bestaan van een conventie ten aanzien van de relatie tussen koning en ministers brengt immers nog niet mee dat de koning *altijd* zijn handtekening onder de hem voorgelegde besluiten hoeft te zetten. Interessant in dat verband is de door Kok betrokken stelling dat zelfs in het geval dat die koninklijke weigering constitutioneel zou zijn, er sprake van een crisis is. Als een dergelijk (onwaarschijnlijk) scenario zich voordoet, dienen de ministers ofwel te buigen door het standpunt van de koning alsnog te accepteren ofwel voet bij stuk te houden.²⁷⁵ Als in het laatste geval de koning van geen wijken weet, komt het systeem van de constitutionele monarchie onder grote druk te staan en brengt hij vooral zijn eigen ambt in gevaar. Toch valt niet geheel uit te sluiten dat de koning zijn medewerking aan de totstandkoming van een regeringsbesluit kan, of misschien zelfs moet, weigeren. Van der Hoeven wijst er bijvoorbeeld op dat een dergelijke weigering op haar plaats is

‘wanneer het bestel niet meer normaal zou functioneren, hetzij door een ongrondwettige machtsgreep der ministers, hetzij door oorzaken van buitenaf.

273 *Handelingen II* 2000/01, nr. 9, p. 580 (5 oktober 2000) (cursiveringen toegevoegd, GJAG). Hoewel minister-president Rutte deze visie niet expliciet herhaalt in zijn ‘Visie op het koningschap’, lijkt het erop dat ook hij dit standpunt nog altijd onderschrijft. Vgl. *Kamerstukken II* 2010/11, 32791, nr. 1, p. 3-4; Efthymiou 2012, p. 42.

274 Een voor de hand liggend argument voor het bestaan van een dergelijke conventie is dat een dergelijke bevoegdheid van de koning op gespannen voet staat met de democratiegedachte. Vgl. in die zin o.a. Bovend’Eert 2000, p. 12-15.

275 Vermeulen e.a. 2005, p. 57-58. Deze auteurs merken op dat als in het laatste geval de koning van geen wijken weet, de ministers twee keuzes hebben. In de eerste plaats kunnen zij ervoor kunnen kiezen om de koning conform art. 35 Grondwet buiten staat te verklaren, waardoor medewerking van de koning niet langer is vereist bij de totstandkoming van het betrokken regeringsbesluit. In de tweede plaats kunnen zij zelf hun ontslag aanbieden, waarna de koning zelf nieuwe ministers zal moeten aanzoeken. In dat laatste geval komt de koning tegenover het parlement te staan zonder onder de ministeriële verantwoordelijkheid te kunnen handelen, waardoor het in dat scenario in ieder geval met deze koning is afgelopen.

Men mag in zulk een situatie de persoon des konings (...) het recht en zelfs de plicht niet ontzeggen te handelen in overeenstemming met de op de grondwet afgelegde eed (...). In zulke buitengewone (nood)situaties zal het staatshoofd mede persoonlijke verantwoordelijkheid dragen voor behoud of herstel van de democratische orde en naar die verantwoordelijkheid moeten handelen'.²⁷⁶

Het gaat hier echter om zeer uitzonderlijke situaties, die zich sinds de Tweede Wereldoorlog niet meer hebben voorgedaan.²⁷⁷ Het is dan ook een veilige aanname dat van de weigering van de ondertekening van een regeringsbesluit door de koning onder de huidige omstandigheden nooit sprake mag zijn.²⁷⁸

De belangrijkste reden voor de aanneming van een conventie ligt in de bescherming van zowel het democratische als, paradoxaal genoeg, het monarchale karakter van de Nederlandse constitutie: als de koning zich vergaand zou gaan bemoeien met het regeringsbeleid, dan zullen vermoedelijk nog maar weinigen de Nederlandse monarchie accepteren. In geval van niet-naleving van deze conventie zal de koning dan ook zelf uiteindelijk het grootste slachtoffer van zijn eigen handelen worden; het ligt dan ook niet voor de hand dat hij lichtvaardig met zijn weigeringsbevoegdheid zal omgaan.

IV.3.2.3 *Het 'geheim van Noordeinde'*

Wat de beoordeling van het functioneren van het koningschap binnen de Nederlandse constitutie niet eenvoudig maakt, is dat over de wijze waarop de koning aan zijn positie als samenstellend deel van de regering invulling geeft per definitie weinig tot niets bekend is. Regelmatig vinden gesprekken, onder de noemer van het zogenaamde Kroonberaad,²⁷⁹ plaats tussen de koning en zijn ministers, waarbij de vorst gebruik kan maken van zijn rechten om in relatie tot zijn ministers te worden geraadpleegd, aan te moe-

276 Van der Hoeven 1973, p. 444 = Van der Hoeven 1984, p. 104; instemmend aangehaald in Hirsch Ballin 2013b, p. 44.

277 Al is het daarna in ieder geval nog wel een drietal keren voorgekomen dat de koningin (in alle drie de gevallen betrof het Juliana) weigerde om haar medewerking te leveren aan de totstandkoming van een regeringsbesluit. Dat was het geval bij een koninklijk besluit dat strekte tot de afwijzing van de gratieverzoeken van de Drie van Breda aan het eind van de jaren veertig en het begin van de jaren vijftig en het besluit tot benoeming van de burgemeester van Utrecht in 1948. Ten slotte weigerde zij begin jaren zeventig mee te werken aan de indiening van een wetsvoorstel over het lidmaatschap van het Koninklijk Huis, omdat zij vond dat het aantal leden van het Koninklijk Huis in het wetsvoorstel te ver werd teruggebracht. Zie Bovend'Eert 2020, p. 66-67.

278 In die zin ook Verhey 2014, p. 11-12; Kummeling 2016, p. 73. Jurgens noemt de betreffende praktijk een regel van 'constitutioneel gewoonterecht'. Zie Jurgens 2014, p. 59.

279 Zie voor uiteenzettingen over de betekenis van het Kroonberaad Van der Hoeven 1965, p. 720 = Van der Hoeven 1984, p. 720; Van Raalte 1975, p. 69-71; Hirsch Ballin 2013b, p. 44-45; Van den Berg 2016b, p. 143.

digen en te waarschuwen.²⁸⁰ Op die manier is het voor de koning mogelijk invloed uit te oefenen op zijn ministers. Hoever die invloed strekt, is echter onbekend. Dit hangt in belangrijke mate samen met de eis van de zogeheten ‘eenheid van de Kroon’, waaruit volgt dat de regering naar buiten toe geen blijk dient te geven van (gewezen) meningsverschillen tussen koning en ministers.²⁸¹

Voor zover de regering publiekelijk een standpunt inneemt, zal zij dat altijd als een eenheid dienen te doen. Wat binnen de regering besproken is en welke verschillen van opvatting tussen koning en ministers bij die besprekingen (hebben) bestaan, valt onder het zogeheten ‘geheim van Noordeinde’. Als dit geheim niet zou bestaan, zo stelt de regering in 1980 in de parlementaire stukken bij (onder andere) artikel 42 Grondwet, dan ontstaat het risico dat de koning in weerwil van de koninklijke onschendbaarheid toch op zijn opvattingen wordt aangesproken en ligt het gevaar van uitholling van de monarchie op de loer.²⁸² Zo bezien zou het geheim van Noordeinde een noodzakelijk uitvloeisel zijn van de koninklijke onschendbaarheid en de ministeriële verantwoordelijkheid en dus, mede met behulp van de grondwetsgeschiedenis, in artikel 42, tweede lid Grondwet kunnen worden gelezen.²⁸³ Andere auteurs beschouwen het geheim van Noordeinde daarentegen als een aanvulling op de grondwettelijke bepalingen over de koninklijke onschendbaarheid in de vorm van ongeschreven staatsrecht,²⁸⁴ wat betekent dat deze regel zou kunnen doorgaan voor een conventie.

De enige auteur die het verplichtende karakter van deze norm in het algemeen ter discussie stelt is Engels. Hij betoogt dat naleving van de op de ministers rustende geheimhoudingsplicht met betrekking tot de opvattingen van de vorst niet meer is

‘dan een *feitelijke* gedraging, die zich via regelmatige en herhaalde toepassing tot een vaste gewoonte of praktijk heeft ontwikkeld. In die zin zou doorbreking van het Kroongehheim niet onrechtmatig zijn, omdat het doorbreken van een feitelijke gewoonte geen normschending is. (...) Steeds opnieuw zal in een

280 Deze drieslag is ontleend aan het werk van Bagehot, die ook in Nederland invloedrijk is geweest. Zie par. IV.3.2.2.

281 De term komt voor in de parlementaire geschiedenis bij art. 68 Grondwet, waaruit blijkt dat het bewaren van de eenheid van de Kroon een weigering van een minister rechtvaardigt om inlichtingen aan de Kamer te verstrekken ex art. 68 Grondwet. Zie *Kamerstukken II 1976/77*, 14225 (R 1051), nr. 4, p. 10-11. Volgens art. 10, eerste lid onder a Wob vormt het bewaren van de eenheid van de Kroon ook een rechtvaardiging voor een weigering van de overheid om bepaalde informatie te verstrekken.

282 *Kamerstukken II 1980/81*, 16035, nr. 8, p. 5.

283 Vgl. in die zin o.a. Donner 1982b, p. 76 = Donner 1986, p. 182; Engels 1986, p. 609; Munneke 2006, p. 120; Hirsch Ballin 2013b, p. 44-45; Bovend'Eert 2020, p. 36-37.

284 In die zin o.a. Oud 1967, p. 240; Elzinga 2003, p. 16-17. In een notitie over de reikwijdte van art. 68 Grondwet beschouwde toenmalig minister van Binnenlandse Zaken De Vries (PvdA) ‘het geheim van de Kroon’ eveneens als een ‘ongeschreven staatsrechtelijke regel’. Zie *Kamerstukken II 2001/02*, 28362, nr. 2, p. 8.

concreet geval de onrechtmatigheid van onthullingen uit het Kroonberaad bepaald moeten worden aan de hand van het beginsel van koninklijke onschendbaarheid.²⁸⁵

Volgens deze redenering is het mogelijk om in gevallen waarin deze plicht niet is nageleefd tot de conclusie te komen dat een geoorloofde afwijking van de norm heeft plaatsgevonden. Volgens Engels doet een dergelijk geval zich voor, als oud-ministers uit de school klappen over hun vroegere samenwerking met de koning die losstaat van wat destijds tijdens het Kroonberaad aan de orde is gekomen. In een dergelijk geval is van een reële bedreiging van de koninklijke onschendbaarheid immers geen sprake.²⁸⁶ Deze redenering is echter niet houdbaar. Als een bepaalde uitlating over het doen en laten van de koning inderdaad niet de koninklijke onschendbaarheid in gevaar brengt, bijvoorbeeld omdat de betrokken oud-minister geen mededelingen heeft gedaan over de inhoudelijke opvattingen van de koning uit het Kroonberaad, dan is de uit het geheim van Noordeinde voortvloeiende norm simpelweg *niet van toepassing*. Van een (al dan niet toelaatbare) afwijking van de norm is in een dergelijk geval geen sprake.

Ten slotte rest nog de vraag of het 'geheim van Noordeinde' rechtstreeks uit de koninklijke onschendbaarheid van artikel 42, tweede lid Grondwet voortvloeit of beter kan worden gezien als een aparte, los van de Grondwet staande, conventie. In het licht van de grote verwevenheid tussen het geheim van Noordeinde en de koninklijke onschendbaarheid, die ook als zodanig door de regering in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 is erkend, is de conclusie gerechtvaardigd dat dit geheim direct voortvloeit uit artikel 42, tweede lid Grondwet. Nu de Grondwet dit thema al bestrijkt, is er geen aanleiding om het geheim van Noordeinde als een aanvullende conventie te beschouwen.

IV.3.2.4 *Balans*

De tekst van de Grondwet kent een grote mate van autonomie toe aan de koning. Als samenstellend deel van de regering kan hij, zolang de ministers bereid zijn om voor de besluiten van de regering verantwoording af te leggen jegens de Staten-Generaal, een zekere invloed uitoefenen op het regeringsbeleid. Gelet op de huidige opvattingen over de rol die de vorst in het staatsbestel behoort in te nemen, is het niet verwonderlijk dat er een conventie tot stand is gekomen op basis waarvan de koning geen gebruik mag

285 Engels 1986, p. 611, 612 (cursivering in origineel, GJAG).

286 De aanleiding voor de beschouwing van Engels vormden de uitlatingen van oud-minister van Defensie Vredeling (PvdA) in een interview met de *Haagse Post* uit 1985. De laatstgenoemde weidde daarin uit over zijn contact met koningin Juliana en prins Bernhard ten aanzien van hoe in 1973 een militaire parade in een civiele manifestatie werd omgezet. In het interview zou Vredeling Juliana 'een huilende moe' en Bernhard 'een typische mof' hebben genoemd. Zie Engels 1986, p. 609.

maken van zijn bevoegdheid ex artikel 47 Grondwet om de bekrachtiging van regeringsbesluiten te weigeren. Van grondwetsinterpretatie is in dit geval geen sprake. Als de Grondwet een open bevoegdheid toekent aan een bepaald orgaan, kan daaruit nog niet worden afgeleid hoe het betreffende orgaan van die bevoegdheid gebruik moet maken.

Daarentegen vloeit het 'geheim van Noordeinde' voort uit de in artikel 42, tweede lid Grondwet vastgelegde koninklijke onschendbaarheid. Om de koninklijke onschendbaarheid goed te laten werken, is het van belang dat naar buiten niet blijkt welke meningsverschillen tussen de koning en de ministers (hebben) bestaan. Aangezien de koninklijke onschendbaarheid (uitputtend) in de Grondwet is geregeld, is er geen aanleiding meer om het 'geheim van Noordeinde' als een aparte, aanvullende conventie te beschouwen.

IV.3.3 De ministerraad

Sinds 1983 legt de Grondwet expliciet de taakverdeling binnen de executieve vast. De regering bestaat uit de koning en de ministers (art. 42, eerste lid), de ministers vormen tezamen de ministerraad (art. 45, eerste lid), waarvan de minister-president de voorzitter is (art. 45, tweede lid). Volgens de versies van de Grondwet van voor 1983 ontleende de regering haar bevoegdheden nog louter aan de koning: volgens de grondwettelijke terminologie had de koning toen de bevoegdheid ministers te benoemen en 'naar welgevallen' te ontslaan (art. 86, tweede lid Grondwet 1972).²⁸⁷

Tegen die achtergrond oordeelde Van Maarseveen in zijn oratie uit 1969 dat de Nederlandse constitutie van destijds deels uit 'sprookjesrecht' bestond, waarbij de volgens hem vertrouwenwekkende vorm van de monarchie toedekt dat het werkelijke gezag in de executieve bij de ministerraad berust.²⁸⁸ Hij vervolgt:

'Voor de gezamenlijke ministers kennen we een specifiek college, met eigen reglementen, een eigen status ook. Het is de ministerraad die de gezamenlijke ministers in een formeel kader bijeenvoegt. In dat kader vindt hun besluitvorming plaats, waarvan de resultaten als beslissingen van de ministerraad effect en

287 Zie nader over deze inmiddels vervallen bepaling par. III.3.4.1.1.

288 Van Maarseveen 1969, p. 5, 10-15. Overigens ging Van Maarseveen nog veel verder. Hij meende dat in Nederland zelfs de 'heerschappij', een oud-vaderlands begrip dat in feite zoets betekent als soevereiniteit, bij de ministerraad berust. Op die stelling valt het nodige af te dingen. In zijn bespreking van de oratie van Van Maarseveen onder de omineuze titel 'Beeldenstorm te Rotterdam' stelde Donner dat het betoog van Van Maarseveen 'een ketterij van formaat' was. Volgens Donner kenmerkt de bevoegdheidsverdeling in het Nederlandse staatsrecht zich niet zozeer door de 'heerschappij van de ministerraad', maar veeleer door de 'soevereiniteit van de wet'. Zie Donner 1969, p. 137, 141 = Donner 1986, p. 157, 162.

rechtsgevolg hebben. (...) Het is een orgaan met een van de personen onafhankelijke permanentie, dat onafgebroken blijft fungeren, een college met een traditie, een instituut, een ambt in de volle zin van het woord.²⁸⁹

Met zijn oratie vestigde Van Maarseveen opnieuw de aandacht op de centrale positie die de ministerraad in de executieve reeds toen vervulde. Hij signaleerde een gebrek aan interesse in dit orgaan, dat volgens hem voortvloeide 'uit de verborgenheid waarin de ministerraad werkt'. Niet zozeer de nog altijd bestaande verplichting tot langdurige geheimhouding van de notulen van dit orgaan,²⁹⁰ maar 'de vormen waarin de raadsbeslissingen uiteindelijk worden gekleed' waren volgens Van Maarseveen debet aan die verborgenheid. Volgens hem hingen die vormen deels samen met de verouderde grondwettelijke regeling van destijds, deels met een zekere 'aanhankelijkheid met het vertrouwde'. Na 1983 is deze situatie in ieder geval in zoverre veranderd dat de ministerraad inmiddels als zodanig grondwettelijke erkenning heeft gekregen.

In deze paragraaf komen de belangrijkste ontwikkelingslijnen in de geschiedenis van de ministerraad aan de orde. Daarbij gaat de aandacht uit naar de toegenomen politisering van de ministerraad, de status van het Reglement van orde voor de ministerraad en de positie van de minister-president. Aan het slot van deze paragraaf wordt ten slotte gereflecteerd op de stellingen van Van Maarseveen.

IV.3.3.1 *Achtergrond: tweërlei ministerraad*

Hoewel het bestaan van de ministerraad als orgaan in 1983 grondwettelijke erkenning heeft gekregen (art. 45, eerste lid Grondwet), is dit college *als zodanig* niet bevoegd tot het nemen van extern werkende beslissingen. Alleen de individuele ministers respectievelijk de regering dragen een dergelijke bevoegdheid en in dat licht zijn alleen zij op grond van de doctrine van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42, tweede lid Grondwet) verplicht verantwoording af te leggen jegens de Kamers voor hun handelen. Uit de homogeniteitsregel vloeit voort dat de ministeriële verantwoordelijkheid van individuele ministers ook geldt voor beslissingen die de ministers gezamenlijk in de ministerraad hebben genomen.²⁹¹ Het staat de Kamers vrij om te bepalen welke minister(s) zij voor een beslissing van de ministerraad ter verantwoording roepen. De ministerraad heeft op zijn beurt de vrijheid

289 Van Maarseveen 1969, p. 14-15, ook voor de overige citaten in deze alinea (alle op p. 58).

290 Deze verborgenheid hangt samen met de geheimhoudingsplicht die geldt ten aanzien van hetgeen in de vergaderingen van de ministerraad en de onderraden wordt besproken (art. 25 RvOMR). Na twintig jaar kunnen notulen beschikbaar worden gesteld voor wetenschappelijk onderzoek. Na 50 jaar zijn de notulen volledig, zonder beperkingen, openbaar (aanwijzing G16 van de Algemene aanwijzingen inzake aangelegenheden van de ministerraad en de onderraden).

291 Het rechtskarakter van de homogeniteitsregel verdient afzonderlijke bespreking. Zie daarvoor par. IV.3.3.2.1.

te bepalen welke politieke gevolgtrekkingen hij als collectief uit het handelen van de Kamers trekt. In zoverre is de homogeniteitsregel te herleiden tot de doctrine van de individuele politieke ministeriële verantwoordelijkheid: iedere minister²⁹² is gelijkelijk verantwoordelijk voor een gezamenlijk besluit van de ministerraad, omdat hij van zijn bevoegdheid om ontslag aan te bieden geen gebruik heeft gemaakt.²⁹³

Of de Kamer een minister ter verantwoording roept primair op basis van zijn aandeel in een beslissing van de ministerraad of vooral vanwege een andere, meer directe verantwoordelijkheid, is afhankelijk van een politieke afweging. In dit kader merkt Van Maarseveen op:

‘De staatsrechtelijke dogmatiek geeft voor de vraag wanneer de norm [van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid] individueel uitwerkt, wanneer collectief, geen aangrijpingspunt. Het wordt telkens in het concrete politieke proces bepaald en de variatiebreedte van de politiek is ook in dit opzicht groot. In dat proces speelt niet alleen het parlement een rol, maar ook het ministerscollectief.’²⁹⁴

Op zichzelf ligt deze observatie voor de hand. Het parlement beslist immers welke minister het ter verantwoording roept voor hetzij een individueel besluit, hetzij zijn aandeel in het nemen van een besluit door de ministerraad. Het is verder aan de gezamenlijke ministers om te beslissen in welke gevallen zij besluiten om politieke consequenties uit een oordeel van de Kamer te trekken.²⁹⁵ Deze gang van zaken wekt echter de indruk dat regering en parlement als geheel zelfstandig van elkaar functionerende organen ieder een eigen politieke strategie bepalen. Van invloed op het handelen van de regering zijn echter niet alleen departementale, maar ook partijpolitieke belangen.²⁹⁶ Als gevolg daarvan bestaat een grote verwevenheid tussen de regering (en dus ook de ministerraad) en de coalitiefracties in het parlement. In dat kader gelden twee belangrijke politieke ‘krachten’ die het functioneren van de ministerraad in belangrijke mate beïnvloeden. Andeweg spreekt tegen die achtergrond van ‘tweeërlei ministerraad’:

‘Ministers zijn in de ministerraad (...) tegelijkertijd vertegenwoordiger van het departement, van de portefeuille die zij beheren, en representant van de politieke stroming die hen heeft afgevaardigd. De ministerraad wordt zo verdeeld

292 Zie over de positie van de minister-president in de ministerraad par. IV.3.3.3.

293 Commissie-Scheltema, *Steekhoudend ministerschap = Kamerstukken II 1992/93, 21427, nr. 40-41, p. 10.*

294 Van Maarseveen 1991b, p. 155.

295 De gezamenlijke ministers hebben die vrijheid overigens ook als de betreffende aangelegenheid deel uitmaakt van het algemeen regeringsbeleid; het staatsrecht dwingt ministers niet om uit een oordeel van de Kamer over het algemeen regeringsbeleid politieke consequenties te trekken. In die zin ook Kortmann 1987a, p. 180. Dat ligt uiteraard anders als sprake is van een wantrouwensvotum van de Kamer. Zie daarover par. IV.2.4.4.

296 Zie ook par. IV.2.2.

door divergerende departementale belangen, maar ook door uiteenlopende politieke visies. Het gedrag van ministers in de collectieve besluitvorming door het kabinet wordt, gezien vanuit een institutioneel perspectief, bepaald door deze twee, wat wij zouden kunnen noemen, centrifugale krachten.²⁹⁷

Of een minister nu zijn eigen departement of politieke stroming vertegenwoordigt, in beide gevallen spelen machtsverhoudingen een belangrijke rol. Op basis van zowel een analyse van de notulen van de ministerraad uit 1968 als gesprekken met ministers die in dat jaar de ministerraadvergaderingen bijwoonden komt Andeweg tot de conclusie dat in ieder geval tot dat jaar de departementale belangen belangrijker waren dan de politieke belangen. In dat kader wijst hij op de gelding van het zogeheten 'non-interventiebeginsel' op basis waarvan ministers (de minister-president en de minister van Financiën uitgezonderd) 'slechts geacht worden aan de beraadslagingen deel te nemen wanneer hun departement belang heeft bij het betreffende agendapunt'. De gelding van dit 'beginsel' hangt volgens Andeweg niet alleen samen met een mogelijk gebrek aan dossierkennis van ministers over wat er op andere departementen gebeurt, maar ook met

'een onuitgesproken reciprociteit: wanneer ik de collega niet voor de voeten loop op zijn beleidsterrein, laat hij mij ook mijn eigen gang gaan binnen mijn portefeuille'.²⁹⁸

Ministers volgen dit 'beginsel' niet op basis van een daartoe strekkende plicht maar primair op basis van eigenbelang: het veiligstellen van hun eigen departementale belangen. De naleving ervan valt louter en alleen te verklaren aan de hand van de heersende machtsverhoudingen. Daarom kan dit 'non-interventiebeginsel' goed worden omschreven als een politieke wetmatigheid. In 1968 was deze categorie belangen nog de dominante factor in de besluitvorming van de ministerraad.

Hoewel Andeweg op het moment dat hij deze constatering deed nog niet kon beschikken over de notulen van de ministerraad uit latere jaren,

297 Andeweg 1990, p. 25 = Andeweg 2018, p. 264-265, ook voor het volgende citaat (op p. 27 respectievelijk p. 267).

298 Andeweg 1990, p. 27 = Andeweg 2018, p. 267. Het citaat is afkomstig van een oud-minister die Andeweg voor zijn onderzoek sprak. Niet alleen *tussen*, maar ook *binnen* departementen kan dit beginsel een rol spelen. Engels wijst er in zijn dissertatie op dat, hoewel een minister die hoofd van een departement is regelmatig overleg heeft met zijn collega-minister zonder portefeuille, het niet vanzelfsprekend is dat het departementshoofd zich bij vergaderingen van de ministerraad met het beleid van 'zijn' minister van portefeuille bemoeit. In de relatie tussen minister van Onderwijs Van Kemenade (PvdA) en minister voor Wetenschapsbeleid Trip (PPR) in het kabinet-Den Uyl (1973-1977) leek het non-interventiebeginsel een belangrijke rol te spelen: voor Van Kemenade was dit beginsel belangrijker dan het streven naar eenheid en beleid op zijn departement. Ook de positie van latere ministers voor Wetenschapsbeleid ten opzichte van hun departementshoofd werd in sterke mate door de werking van het non-interventiebeginsel beïnvloed. Zie Engels 1987, p. 131, 144.

ligt het volgens hem voor de hand dat in latere jaren politieke belangen in de ministerraad een belangrijker rol zijn gaan vervullen.²⁹⁹ Volgens Andeweg hebben zich vanaf het einde van de jaren zestig twee ontwikkelingen voorgedaan die duiden op een toegenomen dominantie van partijpolitieke belangen in de besluitvorming van de ministerraad, door Andeweg aangeduid als 'partijpolitieke kolonisatie'.³⁰⁰ Een eerste ontwikkeling betreft de toegenomen gedetailleerdheid van regeerakkoorden. Voor de vorming van het kabinet-Marijnen in 1963 speelden fractieafspraken in een regeerakkoord slechts een beperkte rol in de vergaderingen van de ministerraad. Na die tijd nam de gedetailleerdheid van regeerakkoorden sterk toe. Het verloop van de formatie van 2017 met het oog op de vorming van het kabinet-Rutte III (VVD, CDA, D66, CU), wijst erop dat deze constatering nog altijd actueel is. De nauwe betrokkenheid van de deelnemende Tweede Kamerfracties bij het in 2017 gesloten regeerakkoord heeft tot een relatief grote mate van detail van dat akkoord geleid.³⁰¹ Als gevolg van deze ontwikkeling raakt het algemeen regeringsbeleid steeds verder afhankelijk van partijpolitieke beslissingen die tijdens de kabinetsformatie zijn uitonderhandeld. De tweede ontwikkeling betreft het toegenomen belang van zogeheten informele 'coalitieoverleggen'.³⁰² Kwam het in de jaren vijftig nog incidenteel voor dat bewindslieden met Kamerleden van 'hun' partij overleg hadden, vanaf de jaren zestig werd dat steeds gebruikelijker. Volgens Andeweg hebben dergelijke informele overleggen onder meer tot doel om te bewerkstelligen dat een minister die een departementaal geïnspireerde opvatting heeft op een bepaald beleidsterrein weer in de partijpolitieke pas gaat lopen.

Tegen die achtergrond is het mogelijk een belangrijk verschil te verklaren tussen de individuele, departementale en de uit de homogeniteitsregel voortvloeiende (collectieve) ministeriële verantwoordelijkheid: de laatstgenoemde verantwoordelijkheid hangt nauwer samen met de interne coalitieverhoudingen dan de eerstgenoemde. Hoe de precieze departementale

299 Andeweg 1990, p. 22 = Andeweg 2018, p. 261-262.

300 Andeweg 1990, p. 29-32 = Andeweg 2018, p. 269-274. Andeweg wijst ook nog op een derde ontwikkeling: de gewijzigde rekrutering van bewindslieden. Uit die wijziging van het aantrekken van nieuwe ministers zou blijken dat politieke ervaring belangrijker is geworden dan kennis van het beleidsterrein van het aan te sturen departement. Ik laat dit punt verder buiten beschouwing.

301 Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19, 34700, nr. 64*, p. 97.

302 Zie meer recent in die zin Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 278. Als de berichtgeving hierover in de pers juist is, dan zijn dergelijke informele overleggen voor het functioneren van het kabinet-Rutte III belangrijker dan voor welk eerder kabinet dan ook. Volgens *NRC*-journalist Tom-Jan Meeus 'zijn het vaak de fractievoorzitters van de coalitiepartijen die ook de beleidsdetails vaststellen – waar ze het in de Trêveszaal mee hebben te doen'. Hij vervolgt: 'Dit is geen monisme meer, laat staan dualisme – dit is supermonisme. De controlerende macht zit nu aan de knop, en de uitvoerende macht is gedegradeerd tot knechtenvolk. Totale rolverwarring.' Zie 'Ben je minister. Zit je in die hoge toren. Blijkt dat jij de beslissingen niet neemt', *NRC Handelsblad* 12 oktober 2019.

en de politieke belangen in de ministerraad altijd tegenover elkaar staan of elkaar juist ook kunnen versterken, kan hier verder in het midden blijven.³⁰³ Op deze plaats is vooral de constatering van belang dat partijpolitieke belangen in de vergaderingen van de ministerraad een rol spelen en, in bepaalde omstandigheden, aan de behartiging van departementale belangen in de weg kunnen staan. De twee genoemde ontwikkelingen staan tot op zekere hoogte op gespannen voet met de gelding van het non-interventiebeginsel: door de toegenomen gedetailleerdheid van het regeerakkoord en de toegenomen verwevenheid tussen ministers en coalitiefracties, neemt de ruimte voor ministers om hun departementale belangen te behartigen af. Volgens Andeweg heeft dit tot een veranderde verhouding tussen de individuele en de uit de homogeniteitsregel voortvloeiende, collectieve verantwoordelijkheid van ministers geleid:

‘In het verleden kon het verantwoordelijk stellen van een individuele minister in laatste instantie leiden tot [de aanneming in de Kamer van] een motie van wantrouwen en het vertrek van de bewindsman. Dat was mogelijk, juist omdat de collectieve verantwoordelijkheid in feite ontbrak. Ook de partij waartoe de heengezonden minister behoorde kon zulks accepteren omdat zij weinig binding voelde met die minister en tevoren nauwelijks bij de besluitvorming over de contentieuze beleidskwestie betrokken was geweest.’³⁰⁴

In het licht van de twee hiervoor beschreven ontwikkelingen is het vertrek van een bewindspersoon volgens Andeweg vanuit partijpolitiek perspectief minder wenselijk dan voorheen, want het

‘desavoueren van een minister [betekent dan] ook het desavoueren van zijn partij. Die partij zal dus meer dan vroeger geneigd zijn zich, met de heengezonden minister, uit het kabinet terug te trekken. Dat gevaar dwingt de coalitie-partner dan te kiezen tussen de kritiek op een individuele minister en het voortbestaan van het kabinet. Het resultaat van die afweging is voorspelbaar’.

Als gevolg van de toegenomen dominantie van partijpolitieke belangen in de ministerraad ligt het dus voor de hand dat een ministerploeg en de coalitiefracties in de Kamer niet snel genegen zullen zijn een individuele minister zomaar heen te (laten) zenden; als een coalitiepartner (hetzij in de ministerraad, hetzij in de Kamer) daartoe wel overgaat, ontstaat het risico dat ook de positie van de ministers van de eigen partij onder druk komt te staan. Opnieuw komt hier een onuitgesproken, op wederkerigheid gebaseerde, praktijk aan de oppervlakte: coalitiepartners in regering en parlement steunen in beginsel over en weer elkaars individuele ministers, ook als door hen gemaakte fouten aan het licht komen, omdat zij daar over en weer politiek voordeel van hebben.

303 Zie Andeweg 1990, p. 32-34 = Andeweg 2018, p. 274-279.

304 Andeweg 1991, p. 104, ook voor het volgende citaat.

De beste illustratie van de werking van dit mechanisme is misschien wel het debat in de Tweede Kamer over de zogeheten Menten-affaire in 1977, waarbij de PvdA-fractie toenmalig minister van Justitie Van Agt (KVP) ter verantwoording riep over de vlucht van de van oorlogsmisdaden verdachte Pieter Menten.³⁰⁵ Van Agt maakte op dat moment deel uit van het (op dat moment nog net missionaire) kabinet-Den Uyl waarin de KVP en de PvdA coalitiepartners waren. Nadat het PvdA-Kamerlid Kosto flinke kritiek op Van Agt had geuit, stelde hij:

‘Er is twijfel gerezen aan de bekwaamheid van de minister om dit departement te leiden. Maar wij zouden het politiek onverantwoordelijk vinden om op die grond het werk, dat nog staande deze kabinetsperiode moet worden gedaan, in gevaar te brengen. Ziedaar onze afweging. In het openbaar! Wij bedrijven het politieke métier. De heer Van Agt zal verder moeten leven met zijn aversie [van het politieke métier, waarvan Van Agt eerder in het debat blijkt gaf, GJAG]. En wij met hem.’³⁰⁶

Het antwoord van Van Agt luidde als volgt:

‘Ik nodig de Partij van de Arbeid, indien zij werkelijk vindt dat ik onbekwaam zou zijn om mijn vak te doen (...) dat tot uiting te brengen op de enig eerlijke manier die daarvoor staat. Dat hoort een motie van afkeuring te zijn. Ik wil dan wel horen of die eruit komt. Als het om [redenen] van halfhartigheid niet mogelijk is een dergelijke motie te produceren – wij willen de Minister eigenlijk niet, maar om politieke redenen moet hij maar blijven zitten – als dat behoort tot de regels van ware politiek, dan is mijn aversie tegen politiek vandaag verhevigd.’

Kosto liet duidelijk blijken waarom hij niet tot de indiening van die motie overging:

‘Wij hebben de Minister beoordeeld in zijn kwaliteit als Minister van Justitie. Hij is meer. Hij is vice-premier. Hij is lid van dit kabinet. Hij is daarbij partner in compromissen die in deze Kamer voorliggen. Ziedaar onze afweging. Dat ligt in de schaal. Als wij die schaal zien en wij wegen, komen wij tot geen andere conclusie dan die welke wij hier vanmiddag onder woorden hebben gebracht.’

De PvdA-fractie bleef Van Agt slechts steunen, omdat de KVP nu eenmaal een coalitiepartner is die zij uit politiek oogpunt niet zomaar kon (of wilde) afvallen. De door de fractie geuite kritiek was slechts onderdeel van het politieke spel, die geen concrete gevolgen voor Van Agts positie mocht hebben.

305 Zie over de achtergrond van de Menten-affaire Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 350-354.

306 *Handelingen II 1976/77*, p. 3394 (23 februari 1977), ook voor de volgende twee citaten (op p. 3418). Al deze citaten worden ook aangehaald in Andeweg 1991, p. 105.

Treffend noemt Andeweg tegen die achtergrond de individuele ministeriële verantwoordelijkheid dan ook 'het badwater, waarin het kind van de macht wel ritueel gewassen mag worden, maar waarin het niet mag verdrinken'.³⁰⁷ Deze ontwikkeling past bij de invloed van de coalitie zelf, die vaak in informeel verband beslist of een in opspraak geraakte bewindspersoon kan aanblijven of niet.³⁰⁸ Bij die beslissing vervult de eigen partij van de bewindspersoon een belangrijke rol.

Tegen die achtergrond is te verklaren waarom een expliciet wantrouwenstotum van de Kamer jegens een bewindspersoon nog slechts zelden voorkomt.³⁰⁹ Niet de Kamer als eenheid, maar de coalitie in informeel verband beslist, al dan niet na ruggespraak met de bewindspersoon zelf, uiteindelijk over het lot van de betrokken minister of staatssecretaris. Bijgevolg zal een bewindspersoon wiens positie volgens zijn partij onhoudbaar is geworden, steeds (formeel) *zelf* beslissen op te stappen om te voorkomen dat de Kamer in het openbaar een wantrouwenstotum op tafel zal moeten leggen; in dat laatste geval loopt zowel de bewindspersoon in kwestie als zijn partij immers nog meer schade op. Op dat punt is dus ook een zekere mate van reciprociteit aanwezig: coalitiegenoten vallen elkaar niet in het openbaar af op basis van de gedachte dat zij elkaar over en weer op dit punt kunnen vertrouwen. Opnieuw gaat het hier niet om een (uit een conventie voortvloeiende) plicht, maar om een praktijk die het gevolg is van de vigerende machtsverhoudingen: een politieke wetmatigheid dus.

Illustratief zijn drie verschillende casus waarin bewindspersonen uit het kabinet-Rutte II (2012-2017), bestaande uit coalitiepartners PvdA en VVD, besloten ofwel aan te blijven dan wel hun ontslag aan te bieden.

In de eerste plaats kon staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Teeven (VVD) in 2013 aanblijven na de indiening van een motie van wantrouwen door de SP-fractie naar aanleiding van de zelfdoding van activist en asiel-

307 Andeweg 1991, p. 108.

308 Van den Berg 1989, p. 126-127; Van den Berg 2006a, p. 28, 31. Zie over dit mechanisme ook par. IV.2.3.3.

309 Zelfs in het zeldzame geval waarin de Kamer *wel* een expliciet wantrouwenstotum jegens een bewindspersoon uitspreekt, blijkt dit mechanisme nog te gelden. Na de aanneming van een motie van afkeuring in december 2006 jegens demissionair minister voor Vreemdelingenzaken Verdonk (VVD) besloot een meerderheid van de Kamer van handhaving van de vertrouwensregel af te zien door te accepteren dat zij met een gewijzigde portefeuille zou aanblijven. Daarbij woog zwaar dat in ieder geval de PvdA-fractie, die op dat moment met CDA-leider Balkenende onderhandelde over kabinetssamenwerking tijdens de op dat moment lopende kabinetsformatie, de relatie met de *toekomstige* coalitiepartner Balkenende niet onder druk wilde zetten; er was Balkenende naar verluidt namelijk veel aan gelegen het gezichtsverlies te voorkomen dat het resultaat zou zijn geweest van het aftreden van Verdonk, omdat het aftreden van Verdonk ook zou hebben geleid tot het vertrek van de overige VVD-ministers in zijn (op dat moment formeel) demissionaire kabinet-Balkenende III. Zie nader par. IV.2.4.4.

zoeker Alexander Dolmatov in een Nederlandse gevangenis; de PvdA-fractie in de Tweede Kamer weigerde die motie te steunen.³¹⁰

Een tweede voorbeeld heeft betrekking op de positie van toenmalig minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Plasterk (PvdA) die in opspraak kwam, nadat hij – naar later bleek ten onrechte – in een uitzending van *Nieuwsuur* op 30 oktober 2013 had meegedeeld dat de Nederlandse inlichtingendiensten geen betrokkenheid hadden bij de verzameling van 1,8 miljoen metadata over Nederlandse telefoongesprekken door de Amerikaanse inlichtingendienst NSA. Nadat de D66-fractie tijdens een debat een motie van wantrouwen tegen Plasterk had ingediend, bleef de VVD-fractie in de Tweede Kamer de minister echter steunen.³¹¹

Staatssecretaris Van Rijn (PvdA) is een derde bewindspersoon uit het kabinet-Rutte II die geregeld in opspraak kwam, in zijn geval vanwege uitvoeringsproblemen bij de uitbetaling van het persoonsgebonden budget door de onder zijn verantwoordelijkheid vallende Sociale Verzekeringsbank. Uiteindelijk besloot de coalitie Van Rijn, ondanks de door hem gemaakte fouten, te blijven steunen. Volgens Van den Braak & Van den Berg is de coalitie tot dat besluit gekomen, omdat zij een gedeelde verantwoordelijkheid voelde voor het door hen gezamenlijk overeengekomen beleid ten aanzien van het pgb.³¹² Als de staatssecretaris voortijdig was vertrokken, had dat de bestaande problemen nog niet opgelost, zo concludeerden de gezamenlijke coalitiepartners.

Als een bewindspersoon wel aftrad, dan besloot hij dat weliswaar (formeel) uit eigen beweging te doen, maar meestal werd die beslissing (ook) ingegeven door het verlies van steun vanuit de coalitie, inclusief de eigen partij. Tegen die achtergrond is het vertrek van staatssecretaris van Economische Zaken Verdaas (PvdA) in 2012³¹³ respectievelijk dat van staats-

310 Zie de bijdrage aan het debat van toenmalig Kamerlid Recourt (PvdA) in *Handelingen II* 2012/13, nr. 77, item 6, p. 71 (18 april 2013). In maart 2017 moest Teeven overigens alsnog aftreden vanwege zijn betrokkenheid bij de zogeheten 'Teevendeal'. Zie par. IV.2.3.4.

311 Zie de bijdrage van toenmalig VVD-fractievoorzitter in de Tweede Kamer Halbe Zijlstra in *Handelingen II* 2013/14, nr. 52, item 18, p. 63 (11 februari 2014).

312 Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 906-907.

313 Verdaas trad af nadat was gebleken dat hij als provinciebestuurder onjuiste informatie had verstrekt over zijn feitelijke woonplaats en op basis van die gegevens meer geld declareerde dan waarop hij feitelijk recht had. Hoewel de keuze om af te treden een eigen keuze van Verdaas lijkt te zijn geweest, bestond er weinig treurnis bij de PvdA-fractie over zijn aftreden. In het debat over het aftreden van Verdaas verklaarde toenmalig PvdA-fractievoorzitter in de Tweede Kamer Samsom dat 'je na dat handelen [bedoeld is het declaratiegedrag van Verdaas, GJAG] niet verder kunt functioneren als staatssecretaris'. Later voegde hij daaraan toe dat 'op het moment dat je [als staatssecretaris] helaas niet meer van onbesproken gedrag bent, je daar [politieke] consequenties aan moet verbinden'. Zie *Handelingen II* 2012/13, nr. 32, item 6, p. 73 (6 december 2012).

secretaris van Financiën Weekers (VVD) in 2014³¹⁴ te verklaren: beide politici kwamen in opspraak over integriteitskwesaties, die de beide coalitiepartijen ieder voor zich deed besluiten om niet langer achter hun staatssecretaris te blijven staan. Andere bewindspersonen uit het kabinet-Rutte II die besloten af te treden, staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu Mansveld (PvdA) in 2015 en (toen reeds demissionair) minister van Defensie Hennis-Plasschaert (VVD) in 2017, deden dat na de verschijning van kritische onderzoeksrapporten over beleid c.q. handelen dat onder hun verantwoordelijkheid is gevoerd c.q. heeft plaatsgevonden.³¹⁵ De verschijning van dergelijke onafhankelijke rapporten vormt voor de eigen partij soms aanleiding om de eigen bewindspersoon te laten vallen, althans niet langer te verdedigen, hetgeen in beide gevallen is gebeurd.³¹⁶

In feite laat het politieke lot van de voortijdig opgestapte bewindspersonen uit het missionaire kabinet-Rutte III (2017-2021) een vergelijkbaar patroon zien: steeds beslisten zij *zelf* om af te treden. Dat geldt voor het aftre-

314 Weekers moest zich in mei 2013 verantwoorden in de Tweede Kamer naar aanleiding van berichtgeving in de media over toeslagenfraude door verschillende Bulgaarse bendes. De Kamer verwierp toen echter een door het Kamerlid Pieter Omtzigt (CDA) ingediende motie van wantrouwen. Zie *Handelingen II* 2012/13, nr. 81, item 14, p. 87 (14 mei 2013). In januari 2014 kwam Weekers' positie opnieuw ter discussie te staan in de Tweede Kamer, ditmaal nadat bleek dat de Belastingdienst de uitbetaling van zorg- en huurtoeslagen voor honderdduizenden rechthebbenden onterecht had stopgezet. Dit was het gevolg van het besluit van de Belastingdienst om voortaan slechts nog toeslagen uit te keren op één rekening in de hoop om zo nieuwe fraudegevallen te voorkomen. Aanvankelijk verklaarde Weekers dat het stopzetten van de betalingen te wijten was aan de gedupeerden zelf, maar later bleek dat grotendeels onjuist te zijn. Tijdens het debat over deze kwestie in de Tweede Kamer leek een groot deel van de oppositie nog maar weinig vertrouwen in de staatssecretaris te hebben, waarna Weekers zelf het besluit nam om af te treden. Zie *Handelingen II* 2013/14, nr. 47, item 9, p. 52 (29 januari 2014). Hij genoot naar verluidt echter ook nog weinig steun binnen de VVD-top, omdat hij met geld van de in opspraak geraakte Jos van Rey tijdens de campagne voor de Tweede Kamerverkiezingen van 2012 een reclamezuil langs de A73 had geplaatst. Hoewel hij formeel net als Verdaas een eigen keuze had gemaakt om af te treden, zal het gebrek aan steun binnen zijn eigen partij voor zijn aanblijven ook van invloed zijn geweest op het nemen van de beslissing om af te treden. Vgl. Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 903.

315 Het ging respectievelijk om de verschijning van het rapport van de parlementaire enquêtecommissie over de Fyra en een rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid over een dodelijk mortierongeluk tijdens een oefening van het Nederlandse leger in Mali. Deze gang van zaken is illustratief voor het toegenomen belang dat de Kamer is gaan hechten aan de vraag of een minister verwijtbaar heeft gehandeld als zij de betreffende minister op grond van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid ter verantwoording roept, niettegenstaande dat beide kwesties staatsrechtelijk gezien geheel los van elkaar staan. Zie nader par. IV.2.3.3.

316 Mansveld besloot pas af te treden, nadat zij overleg had gepleegd met de PvdA-top. Zie Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 905. Kamerlid Ten Broeke (VVD) was tijdens het debat over het rapport over het mortierongeval in Mali kritisch over het optreden van minister Hennis-Plasschaert. Ten Broeke stelde dat onder de verantwoordelijkheid van Hennis-Plasschaert 'een aaneenschakeling van vermijdbare fouten [is] gemaakt'. Zie *Handelingen II* 2017/18, nr. 7, item 18, p. 2 (3 oktober 2017).

den van respectievelijk Halbe Zijlstra als minister van Buitenlandse Zaken (VVD) in 2017,³¹⁷ Mark Harbers als staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (VVD) in 2017,³¹⁸ Menno Snel als staatssecretaris van Financiën (D66) in 2019³¹⁹ en Bruno Bruins als minister voor Medische Zorg (VVD) in 2020.³²⁰ Afgezien van Bruins, die om persoonlijke (gezondheids)redenen zijn ministerschap beëindigde, zijn al deze bewindspersonen vertrokken omdat zij zich in de Tweede Kamer moesten verantwoorden voor een concrete ‘fout’ van henzelf of hun departement.

Hoewel in geen van deze gevallen het voortijdige vertrek van een bewindspersoon voortvloeide uit een informele beslissing van de gezamenlijke coalitiepartners, lijkt het eerder besproken mechanisme van wederkerigheid nog wel te gelden. Illustratief is de berichtgeving in de pers naar aanleiding van het vertrek van Snel als staatssecretaris van Financiën in 2019. Uit die berichtgeving blijkt dat de coalitiepartners van D66 in het kabinet-Rutte III, CDA, VVD en CU, het vertrek van Snel niet nodig vonden, omdat het intrekken van de steun aan Snel ook de positie van hun eigen

-
- 317 Zijlstra trad af, nadat naar buiten was gekomen dat hij had gelogen over een vermeende ontmoeting die hij met Poetin in het buitenhuis van de Russische president zou hebben gehad. Tijdens die ontmoeting zou Poetin volgens Zijlstra hebben gezegd dat de Russische president streeft naar een ‘Groot-Rusland’. Uit berichtgeving van *de Volkskrant* bleek echter dat Zijlstra niet zelf bij dat gesprek was geweest, maar de bewering over ‘Groot-Rusland’ van voormalig Shell-topman Jeroen van der Veer had gehoord. Zijlstra had niet eerlijk verteld dat hij niet zelf bij dit gesprek aanwezig was geweest om de identiteit van Van der Veer te beschermen. Nadat Van der Veer later in de media had verklaard dat Zijlstra deze opmerking onjuist had geïnterpreteerd (Poetin zou slechts in historische zin over Groot-Rusland hebben gesproken), werd voor Zijlstra duidelijk dat zijn positie onhoudbaar was geworden. Het was zijn eigen beslissing geweest om af te treden. Zie ‘De ontploffing van een leugendatsja’, *NRC Handelsblad* 16 februari 2018.
- 318 De aanleiding voor zijn aftreden was dat Harbers de Kamer onjuist had geïnformeerd over crimineel gedrag van asielzoekers. In de cijfers die hij daarover naar buiten bracht kwam een restcategorie ‘overig’ voor, waarachter, zonder dat deze categorie nader werd gespecificeerd, zware geweldsmisdrijven, aanrandingen en pogingen tot moord en doodslag schuil bleken te gaan. Nadat Harbers de Kamer per brief had laten weten dat de cijfers onbedoeld op deze manier tot stand waren gekomen, kwam hij erachter dat ambtenaren op het ministerie al ruim voor het informeren van de staatssecretaris hadden onderkend dat de genoemde zware delicten onder de restcategorie ‘overig’ aan hem zouden worden gepresenteerd. Hij nam daarop zelf de beslissing om af te treden. Zie ‘Mark Harbers: “Ik had het idee dat ik net lekker op stoom was”’, *de Volkskrant* 24 december 2019.
- 319 De aanleiding voor het aftreden van Snel vormde de Toeslagenaffaire, waarbij honderden ouders ten onrechte werden aangemerkt als fraudeurs met de kinderopvangtoeslag. De Tweede Kamer verweet Snel vooral dat hij de Kamer niet juist zou hebben geïnformeerd over deze kwestie. Zie ‘Staatssecretaris Snel stapt op om Toeslagenaffaire’, *NRC Handelsblad* 18 december 2019.
- 320 Bruins legde zijn ministerschap neer wegens oververmoeidheidsklachten die mede waren veroorzaakt door de uitbraak van de coronacrisis. Zie ‘Afggetreden Bruno Bruins had als “chef corona” een loodzware portefeuille’, *NRC Handelsblad* 19 maart 2020.

bewindspersonen kwetsbaar zou hebben gemaakt.³²¹ Als een coalitiepartner de steun voor de bewindspersoon van een *andere* partij intrekt, kan daarmee ook de positie van bewindspersonen van de *eigen* partij eerder ter discussie komen te staan.

Het is met name deze laatstgenoemde politieke realiteit, waarin het verzekeren van wederkerigheid tussen de verschillende coalitiepartners centraal staat, die een belangrijke invloed heeft op de binnen de ministerraad geldende normen.

IV.3.3.2 *Het Reglement van orde voor de ministerraad*

Het Reglement van orde voor de ministerraad bevat de belangrijkste regels omtrent het functioneren van de ministerraad. Voor een beoordeling van de vraag of het functioneren van dit orgaan vooral wordt bepaald door geschreven rechtsregels dan wel conventies, is een nadere blik op dit Reglement vereist. Daartoe bevat deze paragraaf een ontwikkelingsschets van het Reglement, gevolgd door een beschouwing over zijn rechtskarakter.

IV.3.3.2.1 *Ontwikkeling*

Ondanks het min of meer in de woorden van Van Maarseveen ‘verborgen’ karakter van de ministerraad, kent dit orgaan al een lange voorgeschiedenis: hoewel het bestaan van de ministerraad als zodanig pas in 1887 grondwettelijke erkenning kreeg,³²² stelde koning Willem I al in 1823 bij KB het Reglement van Orde voor de Raad van Ministers (hierna: RvOMR) vast, waarmee hij formeel gezien het orgaan in het leven riep dat nu bekendstaat als de raad

321 ‘Toeslagen zijn stresstest voor kabinet’, *NRC Handelsblad* 18 december 2019. In het bericht staat: ‘De steun intrekken voor Snel zou betekenen dat VVD, CDA en ChristenUnie hun eigen bewindspersonen óók kwetsbaar maken. Dan zou zomaar de positie van Ank Bijleveld (CDA) [de minister van Defensie, wier positie meerdere malen in 2019 en 2020 door de Kamer ter discussie is gesteld, omdat zij de Kamer onjuist zou hebben geïnformeerd over de burgerdoden na een luchtaanval in juni 2015 van twee Nederlandse F16’s in de Iraakse stad Hawija, GJAG] in gevaar kunnen komen.’

322 Tussen 1887 en 1983 bepaalde art. 38, tweede lid Grondwet dat ‘de hoofden der ministerieele departementen, in rade vereenigd’ dienen te beslissen over de bijeenroeping van de verenigde vergadering van de Staten-Generaal met het oog op de buitenstaatverklaring van de koning. Sommige auteurs leidden uit de formulering van die grondwetsbepaling een introductie van de ministerraad in de Grondwet af. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Grondwet van 1887 valt niet op te maken of de grondwetgever inderdaad een expliciete grondslag in de Grondwet heeft willen opnemen voor de introductie van de ministerraad. Volgens Dooyeweerd vormde deze grondwettelijke bepaling echter de erkenning van een *reeds bestaand* college in plaats van de schepping van een nieuw orgaan. Hij leidde dat onder meer af uit de summiere toelichting die de grondwetgever op de genoemde zinsnede uit art. 38, tweede lid Grondwet (oud) heeft willen geven. Zie Dooyeweerd 1917, p. 179-196; Hoekstra 1983, p. 13.

van ministers.³²³ Van dit college maakten aanvankelijk naast de hoofden van ministeriële departementen ook onder anderen de vicepresident van de Raad van State deel uit.³²⁴ Op dat moment – de ministeriële verantwoordelijkheid moest nog worden ingevoerd – fungeerden ministers nog primair als dienaren van de Kroon. Volgens Thorbecke zag de koning de ministerraad daarom feitelijk als ‘een eerste Raad van State’ die tot doel had de Raad van State zelf ‘op zijde te schuiven of zijne werking te verzwakken’.³²⁵

In 1842 bepaalde de nieuwe koning Willem II bij KB dat de raad voortaan enkel uit de ministers zou bestaan.³²⁶ Volgens Dooyeweerd was de verandering van samenstelling van de ministerraad noodzakelijk geworden tegen de achtergrond van de invoering van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid met de bijbehorende eis van het contraseign in 1840. In de ogen van Dooyeweerd bracht deze grondwetswijziging de noodzaak mee van overleg tussen ministers ‘zonder inmenging van vreemde elementen’, waarvan ook de considerans van het RvOMR uit 1842 blijkt gaf.³²⁷ Tegen die achtergrond beschouwt hij de vaststelling van de nieuwe versie van het RvOMR in 1842 als ‘stichtingsacte van ons Nederlandsch Staatsministe-

323 Bij KB van 19 september 1823, no. 132. De tekst van dit KB is te raadplegen in Dooyeweerd 1917, p. 398-401. Sinds 1994 staat het RvOMR overigens bekend als het Reglement van orde voor de ministerraad.

324 Art. 2 RvOMR 1823. Zie over de verschillen tussen de versies van het RvOMR van respectievelijk 1823 en van (de hierna te bespreken versie van) 1842 ook Dooyeweerd 1917, p. 127-129.

325 Thorbecke 1841, deel I, p. 187-188.

326 Tot 1938 was er discussie mogelijk over de vraag of de terminologie van ‘hoofden van ministeriële departementen’ uit het RvOMR per definitie een aanduiding vormde van *alle* leden van de ministerraad. Deze discussie was relevant voor de beantwoording van de vraag of ook ministers zonder portefeuille zitting zouden kunnen nemen in de ministerraad. Door art. 79 in de Grondwet van 1938 op te nemen, waarin was bepaald dat de koning ook ministers kon benoemen die ‘niet belast zijn met de leiding van een ministerieel departement’, maakte de grondwetgever een einde aan die discussie. Zie Engels 1987, p. 12-19.

327 Dooyeweerd 1917, p. 129. De considerans van het in 1842 vastgestelde RvOMR luidde: ‘Overwegende, dat de *geest der Grondwet* medebrengt, dat alleen de Hoofden der departementen van Algemeen Bestuur gewone leden van den Raad van Ministers zijn (...)’ (cur-sivering toegevoegd, GJAG). Overigens was de inmenging van de koning (nog los van de instelling van de hierna te bespreken kabinetsraad) na de wijziging van het RvOMR in 1842 nog niet geheel verdwenen. Art. 2 RvOMR maakte het tussen 1842 en 1850 voor de koning tevens mogelijk om zogeheten ‘ministers van Staat’ als buitengewoon lid bij de behandeling van een bepaald onderwerp bij een tijdelijke zitting van de raad van ministers aanwezig te laten zijn. Hoewel de ministeriële verantwoordelijkheid niet op hen van toepassing was, kregen deze ministers van Staat toch de kans om invloed uit te oefenen in de ministerraad. Indirect behield de koning zo toch een vinger in de pap van de ministerraad. Zie nader Dooyeweerd 1917, p. 129-130. De wijziging van het RvOMR in 1850 maakte een einde aan die ontwikkeling, waardoor het ministerschap van Staat uitsluitend nog betekenis als eretitel zou houden. Zie Engels 1987, p. 9-11.

rie'.³²⁸ Tegelijkertijd achtte Dooyeweerd de invloed van deze wijziging van het RvOMR op de organisatie van het staatsbestel beperkt, omdat die wijziging gepaard ging met de instelling van een ander orgaan door Willem II, de kabinetsraad, die onder voorzitterschap van de koning zelf stond. De belangrijkste beslissingen over het te voeren regeringsbeleid werden in de kabinetsraad genomen, waardoor de ministerraad in de woorden van Dooyeweerd 'feitelijk in een hoek geschoven' werd.³²⁹ De formele erkenning van de ministerraad als zelfstandig orgaan naast de koning vond plaats in 1850, twee jaar na de opname van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid in de Grondwet, toen koning Willem III bij KB een nieuwe versie van het RvOMR vaststelde.³³⁰ Twee bepalingen van deze versie van het RvOMR, die in de kern nog altijd te vinden zijn in het Reglement, zijn voor de ontwikkeling van de ministerraad beslissend geweest: artikel 12, eerste lid van deze versie van het Reglement bepaalde dat de ministerraad bevoegd was 'bij meerderheid van stemmen' 'besluiten' te nemen en artikel 13, eerste lid schreef voor dat geen lid mocht handelen 'tegen zoodanig besluit der meerderheid'.³³¹ Hier ligt de oorsprong van de homogeniteitsregel: vanaf dit moment ging de eenheid van het regeringsbeleid over van de persoon van de koning op de gezamenlijke ministers. De regel dat geen minister tegen een besluit van de ministerraad mag handelen symboliseert die eenheid.

Na het ontstaan van de conventie van 1868 werd de noodzaak voor de ministers om vast te houden aan de homogeniteitsregel alleen maar groter, omdat het vanaf die tijd duidelijk werd dat de gezamenlijke ministers zich na een (herhaaldelijk) wantrouwensvotum van de Kamer niet langer achter de persoonlijke opvattingen van de koning konden verschuilen.³³² Naast de homogeniteitsregel kregen ook andere belangrijke regels omtrent de ministerraad, bijvoorbeeld ten aanzien van de positie van de minister-president respectievelijk de staatssecretaris in relatie tot dit orgaan, een plaats in het RvOMR.

328 Dooyeweerd 1917, p. 128. De koning vaardigde deze nieuwe versie van het RvOMR uit bij KB van 31 maart 1842. De tekst ervan is voor het eerst gepubliceerd in de dissertatie van Dooyeweerd. Zie Dooyeweerd 1917, p. 404-408.

329 Dooyeweerd 1917, p. 132.

330 Bij KB van 21 juni 1850, later nog gewijzigd bij KB van 26 augustus 1850. De tekst van het gewijzigde RvOMR uit 1850 is te vinden in Dooyeweerd 1917, p. 408-411.

331 Aanvankelijk gold die regel nog niet voor alle besluiten, omdat het RvOMR toen nog een onderscheid maakte tussen zaken waarover de raad zelf een besluit kon nemen en zaken die de raad in overweging aan de koning kon geven. Art. 9, tweede lid RvOMR bevatte de toevoeging 'waarbij de eenparigheid in de toepassing der Regeringsbeslissingen betrokken is'. Zie in dit verband Dooyeweerd 1917, p. 143. Dooyeweerd stelt overigens per abuis dat deze toevoeging al in 1854 plaatsvond, dit moet echter 1862 zijn. Zie in dit verband ook Hoekstra 1983, p. 4. Zie voor de teksten van het RvOMR uit 1854 respectievelijk 1862 Dooyeweerd 1917, p. 411-417.

332 Vgl. in die zin reeds Dooyeweerd 1917, p. 147 met verwijzing naar Struycken 1913, p. 126-127 = Struycken 1924, opgenomen als afzonderlijk onderdeel, aldaar, p. 126-127.

IV.3.3.2.2 Rechtskarakter

In het licht van het belang van de regels die een plaats hebben in het RvOMR, is het interessant om te bezien of die regels rechtskarakter hebben. De beantwoording van deze vraag is afhankelijk van de vraag of de vaststelling van het RvOMR bij KB sinds 1823³³³ meebrengt dat de daarin opgenomen regels enige juridische betekenis hebben.

In zijn dissertatie uit 1917 betoogde Dooyeweerd als eerste dat het RvOMR inderdaad deel uitmaakt van het staatsrecht. Volgens hem was die conclusie gerechtvaardigd vanaf het moment dat de ministerraad, ergens in de tweede helft van de negentiende eeuw, binnen de regering een zelfstandige positie naast de koning wist te verwerven. Vanaf dat moment, zo betoogde hij, 'moest dit interne, huishoudelijke karakter van het reglement, gesteld al, dat het dit ooit bezeten had, verdwijnen en de daarin geregelde materie een stuk *staatsrecht* worden, door den drang der parlementaire practijk geschapen'.³³⁴ Niet alleen de individuele ministers tezamen, maar ook de ministerraad *als college* verdiende volgens hem staatsrechtelijke erkenning; de noodzaak van staatsrechtelijke erkenning van het bestaan van dit orgaan vloeide, zo betoogde Dooyeweerd, voort uit 'de verzekering der ministerieele homogeniteit' dat 'een hoofdbeginsel van onze Grondwet' vormde. Volgens hem was in dat licht ook de conclusie gerechtvaardigd dat het RvOMR een *rechtskarakter* heeft.³³⁵

Hoewel de argumenten van Dooyeweerd voor de staatsrechtelijke erkenning van de ministerraad als orgaan zonder meer overtuigend waren, rechtvaardigde dit nog niet meteen de conclusie dat het RvOMR als zodanig deel uitmaakt van het staatsrecht. De staatsrechtelijke erkenning van een orgaan brengt nog niet mee dat het RvO van dat orgaan uit rechtsregels bestaat; de Tweede en Eerste Kamer, bijvoorbeeld, worden al sinds 1814 respectievelijk 1815 in de Grondwet erkend, maar de Reglementen van beide organen maken tot op de dag van vandaag geen deel uit van het geschreven staatsrecht.³³⁶

Of het RvOMR deel uitmaakt van het recht hangt nog af van de vraag of het RvOMR naar zijn vorm erkenning verdient als een verzameling rechtsregels. Daarbij is van belang dat de vaststelling van nieuwe versies van het RvOMR altijd bij 'klein' KB is geschied, waarover de Raad van State niet wordt gehoord (vgl. art. 73, eerste lid Grondwet). Of een 'klein' KB als het

333 In de negentiende eeuw werden niet alle versies van het RvOMR bij KB vastgesteld. Bovendien zijn niet alle versies van het Reglement die wel bij KB waren vastgesteld gepubliceerd. Zie Dooyeweerd 1917, p. 164-176.

334 Dooyeweerd 1917, p. 390, ook voor het volgende citaat (op p. 177-178). Zie nader over de verhouding tussen ministerraad en regering par. IV.3.2.1.

335 Overigens beschouwde Dooyeweerd de aanduiding van het RvOMR als 'Reglement van orde' als misleidend omdat de daarin opgenomen bepalingen volgens hem beter vergelijkbaar waren met die uit organieke wetten zoals de Wet op de Raad van State, de Gemeentewet en de Provinciewet. Zie Dooyeweerd 1917, p. 178.

336 Zie par. IV.4.3.2.

RvOMR rechtsregels kan bevatten, is afhankelijk van de vraag of het Nederlandse recht een formeel dan wel een materieel amvb-begrip kent: volgens een materieel amvb-begrip kunnen in een KB opgenomen algemeen verbindende voorschriften alleen gelden, als zij bij amvb zijn vastgesteld (d.w.z. bij een KB waarover de Raad van State wordt gehoord). Aanhangers van die benadering zullen stellen dat 'kleine' KB's zoals het RvOMR ondanks hun mogelijke praktische betekenis onverbindend zijn, omdat zij niet bij amvb zijn vastgesteld. Wie de gelding van een formeel amvb-begrip verdedigt, zal van mening zijn dat het RvOMR inderdaad algemeen verbindende voorschriften kan bevatten, omdat het begrip 'amvb' slechts een aanduiding is voor KB's die aan bepaalde vormvoorschriften voldoen. Bijgevolg bestaat er binnen deze formele opvatting ook ruimte voor de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften die op andere wijze dan bij amvb worden vastgesteld, zoals in dit geval het RvOMR. Inmiddels staat wel min of meer vast dat in Nederland een formeel amvb-begrip geldt.

Het arrest HR 27 maart 1922, ECLI:NL:HR:1922:22, NJ 1922, p. 385 (*Onverbindendheid binnenscheepvaartregeling*) gaf steun aan de opvatting dat er een materieel amvb-begrip geldt, maar de Hoge Raad heeft de lijn van dat arrest in ieder geval gedeeltelijk verlaten in HR 4 juni 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC3796, NJ 1974/332, m.nt. W.F. Prins (*Verbindendheid van KB houdende de inwerkingstelling van enige artikelen van de Distributiewet 1939*).³³⁷ Op basis van een materieel amvb-begrip kan het RvOMR vanwege het ontbreken van externe werking als een (niet-bindende) richtlijn worden beschouwd.³³⁸ Dat de homogeniteitsregel in het RvOMR is opgenomen, maakt dan voor zijn binding niet uit. Voor auteurs die een materieel amvb-begrip aanhingen, kon de homogeniteitsregel daarom worden aangemerkt als een regel van *ongeschreven* staatsrecht.³³⁹ Bij mijn weten heeft geen enkele auteur recentelijk nog verdedigd dat in Nederland een materieel amvb-begrip geldt.³⁴⁰ Tegen die achtergrond ligt het nauwelijks nog voor de hand om aan te nemen dat de homogeniteitsregel een regel van ongeschreven staatsrecht is.

De toelichting bij Ar 2.18 geeft inmiddels expliciet steun aan de gedachte dat regelgeving van interne aard bij 'klein' KB kan worden vastgesteld. Daarmee kan een 'klein' KB ook *rechtsregels* bevatten. Het Nederlandse staatsrecht kent immers een formeel rechtsbegrip, waarbij ieder voorschrift dat is opgesteld door een orgaan met een algemene regelgevende bevoegdheid

337 Zie nader Hirsch Ballin 1979, p. 604-605.

338 Dit standpunt werd door de regering verdedigd in *Kamerstukken II* 1980/81, 16036 (R 1139), nr. 9, p. 5. Ook in de literatuur werd deze benadering aangehangen tot in de jaren tachtig van de vorige eeuw. In die zin o.a. Van der Pot/Donner 1983, p. 344; Hoekstra 1988, p. 20-22.

339 Van der Pot/Donner 1983, p. 157.

340 De latere bewerkers van het handboek van Van der Pot verdedigden evenmin nog een materieel amvb-begrip: Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 535. Tegen die achtergrond komen zij ook niet meer tot de conclusie dat de homogeniteitsregel een regel van ongeschreven staatsrecht is. Vgl. Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 186.

op zichzelf al geldt als een rechtsregel. Of de inhoud van het betreffende voorschrift van interne of externe aard is, doet voor zijn karakter als rechtsregel niet ter zake. Dat betekent dat ook de voorschriften uit het RvOMR regels van *geschreven* staatsrecht bevatten. Er bestaat dus geen aanleiding om de homogeniteitsregel (art. 12, tweede lid RvOMR), dan wel andere voorschriften uit het RvOMR, als conventie aan te duiden.³⁴¹ De naleving van de voorschriften uit het Reglement door de betrokken ministers is simpelweg een kwestie van interpretatie van de in het Reglement opgenomen normen.

Op zichzelf is daarmee nog niet gezegd dat regering en parlement het RvOMR ook als verzameling rechtsregels *erkennen*. De uitlating van oud-premier Van Agt (CDA), die als minister-president tussen 1977 en 1982 volgens (het huidige) artikel 27 van het RvOMR toezag op de inachtneming van het Reglement, is in dit kader illustratief. Van Agt verklaarde steeds 'naar de ingevingen des harten' aan de vergaderingen van de ministerraad leiding te hebben gegeven; hij zou zich toen nooit in de voorschriften uit het RvOMR hebben verdiept, noch zich daaraan ooit hebben onderworpen.³⁴² In het verlengde daarvan merkte Rein Jan Hoekstra, die in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw werkzaam was als raadsadviseur bij het ministerie van Algemene Zaken, daarover op:

'De indruk moet (...) worden vermeden dat alleen het Reglement van Orde bepalend is voor wat individuele ministers zich kunnen veroorloven. Er moet in de praktijk ruimte blijven – en deze is er altijd geweest – voor de ontwikkeling van nieuwe regels en gebruiken, waaraan ministers zich krachtens daartoe gemaakte afspraken houden. Deze regels kunnen ad hoc gelden, kunnen dus worden afgesproken door het kabinet dat aan het bewind is. Het kunnen ook regels zijn die de pretentie hebben ook voor de toekomst te gelden. In het laatste geval worden deze te geleger tijd in het Reglement van Orde opgenomen.'³⁴³

Zowel de opmerking van Van Agt als de observatie van Hoekstra is interessant, omdat zij beide de indruk wekken dat de werking van het RvOMR niet wezenlijk verschilt van het functioneren van de Reglementen van beide Kamers der Staten-Generaal, welke laatste op zichzelf niet een rechtskarakter hebben.³⁴⁴ In dat licht is het niet uitgesloten dat in de ministerraad conventies gelden in aanvulling op het bepaalde in het RvOMR. In hoeverre daarvan sprake is, valt helaas niet te beoordelen tegen de achtergrond van het besloten karakter van de vergaderingen van de ministerraad. In de rest van deze paragraaf wordt er daarom van uitgegaan dat de voorschriften van het RvOMR rechtsregels zijn.

341 In die zin ook Kummeling 2016, p. 73. Anders Verhey 2014, p. 13.

342 Rehwinkel 1991, p. 107. Rehwinkel baseert deze uitlating op een gesprek dat hij destijds met Van Agt heeft gehad.

343 Hoekstra 1988, p. 21.

344 Zie daarover par. IV.4.3.2.

IV.3.3.3 *De minister-president*

Een belangrijke spil in de handhaving van de homogeniteit van de ministerraad, waarvan het belang gelet op de in de vorige paragraaf beschreven ontwikkeling sinds de jaren zestig van de vorige eeuw alleen maar is toegenomen, is de minister-president. Hoewel het bestaan van deze figuur pas in 1945 definitief erkenning kreeg in het RvOMR en pas in 1983 in artikel 45, tweede lid van de Grondwet, bestaat hij al veel langer. Van Raalte merkte in de inleiding van zijn in 1917 (!) verschenen proefschrift reeds op:

‘In grove trekken den ontwikkelingsgang weergevende, kan men zeggen dat de rechtsfuncties vroeger door den absoluten vorst bekleed, der Kroon langzamerhand ontvallen zijn: de koning is ontroond door het parlement, dat zich feitelijk van de voornaamste rechten van den vorst heeft meester gemaakt, of deze als conventions in handen van het kabinet legde, van waar ze veelal overgingen op den primus inter pares, door dit meerhoofdig orgaan op den voorgrond gebracht.’³⁴⁵

Na de formele erkenning van de ministerraad als zelfstandig orgaan, was het allerm minst vanzelfsprekend dat de minister-president daarbinnen een centrale positie zou gaan innemen. Vanaf 1842 kreeg de raad een tijdelijke voorzitter, een functie bij toerbeurt door de verschillende ministers te vervullen.³⁴⁶ In afwijking van het bepaalde in het RvOMR, kreeg de ministerraad reeds in 1848 kortstondig een permanente voorzitter,³⁴⁷ hetgeen vanaf 1874 de vaste praktijk zou worden.³⁴⁸ Pas vanaf 1901 kreeg het voorzitterschap van de ministerraad ook op basis van het RvOMR een permanent karakter

345 Van Raalte 1917, p. 1. Op deze plaats gebruikt Van Raalte de term ‘convention’ als synoniem voor wat vaak wordt aangeduid als ‘ongeschreven staatsrecht’, hetgeen in die tijd niet ongebruikelijk was. Zie nader par. III.5.2.

346 Zie art. 2 RvOMR 1842 in Dooyeweerd 1917, p. 405.

347 Het betrof Gerrit graaf Schimmelpenninck, die bereid was het ministerschap van koning Willem II te aanvaarden, als hij ook als formateur van het kabinet zou mogen optreden. Het was de bedoeling van Schimmelpenninck om daarbij op te treden als eerste minister naar Brits voorbeeld. De grondwetscommissie adviseerde, hoewel Thorbecke daartegen fel protest aantekende, de eisen van Schimmelpenninck in te willigen. Zo kon Schimmelpenninck materieel gezien de eerste minister-president van Nederland worden. Zie nader Van den Berg & Vis 2013, p. 317-325.

348 In 1860 had ook Van Hall aan de koning voorgesteld om hem niet alleen te benoemen tot formateur van ‘zijn’ kabinet, maar hem daarbij ook permanent voorzitter van de ministerraad te maken. Na een jaar bleek de ministerraad handhaving van het tijdelijke voorzitterschap van de ministerraad verkieslijker te vinden, vermoedelijk omdat Van Hall zich te dominant opstelde. Zie Van den Berg & Vis 2013, p. 383-384. Tegen die achtergrond beschouwen Van den Berg & Vis niet Van Hall, maar Jan Heemskerk, die in 1874 tot formateur van zijn kabinet werd benoemd, als de tweede materiële premier na Schimmelpenninck. Anders dan Van Hall, trad Heemskerk gedurende de hele periode van zijn kabinet op als voorzitter van de ministerraad. Zie Van den Berg & Vis 2013, p. 413.

(art. 2 RvOMR 1901).³⁴⁹ Tegen die achtergrond zou Kuyper de eerste zijn die zich ook formeel naar buiten mocht presenteren als de permanente voorzitter van de ministerraad.³⁵⁰ Hoewel de ministerraad op grond van het RvOMR tussen 1905 en 1922 formeel gezien ieder jaar tot de benoeming van een tijdelijke voorzitter moest overgaan, bleek de praktijk opnieuw sterker dan de leer: in feite trad ook in die periode steeds de formateur van het kabinet op als voorzitter van de ministerraad.³⁵¹ De positie van de minister-president zou vanaf 1918 alleen maar verdere versterking krijgen.³⁵² In dat jaar werd bij apart KB bepaald dat ministers over zaken 'bij welke het algemeen regeringsbeleid betrokken kan zijn' overleg moeten plegen met de minister-president.³⁵³

De grondwetgever had in 1938 oog voor de wijzigingen die zich ten aanzien van de feitelijke positie van de minister-president voordeden. In dat jaar nam hij in de Grondwet een bepaling op die de benoeming van ministers zonder portefeuille mogelijk maakte (art. 79 Grondwet 1938). Voor die tijd was de minister-president ook tevens een vakminister, meestal van Binnenlandse Zaken. De grondwetgever sloeg in de aanloop naar de herziening van de Grondwet in 1938 acht op 'de steeds toenemende staatsbemoeiing', als gevolg waarvan het noodzakelijk werd 'dat de Voorzitter van den Ministerraad zich bepaalt tot de algemeene leiding van het staatsbestuur en dat hij in de daarvoor noodige vrijheid van beweging niet wordt belemmerd door den dagelijkschen arbeid als hoofd van een ministerieel departement'.³⁵⁴ Deze wijziging van de Grondwet viel min of meer samen met de oprichting van het ministerie van Algemene Zaken in 1937 dat anders dan reguliere departementen een beperkt takenpakket had; slechts de zorg van een aantal aangelegenheden van algemene aard, waaronder de Rijksvoorlichtingsdienst en het Kabinet van de Koning, zouden onder dit ministerie gaan vallen.³⁵⁵ Als gevolg daarvan hoefde de premier niet langer nog een 'volwaardig' departement te bestieren. Door de oprichting van het ministerie van Algemene

349 Zie art. 2 RvOMR 1901 in Dooyeweerd 1917, p. 425. In 1905 kwam aan deze Kroonbenoeming van de voorzitter van de ministerraad overigens al een eind. Bovendien werd het RvOMR in die zin gewijzigd dat de raad uit zijn midden de voorzitter van de ministerraad slechts kiest voor een jaar, maar wel met de mogelijkheid voor de reeds verkozen voorzitter om zich opnieuw verkiesbaar te stellen. Zie art. 2, eerste lid RvOMR 1905 in Dooyeweerd 1917, p. 429.

350 Vgl. ook Van den Berg & Vis 2013, p. 513.

351 De enige uitzondering op dit uitgangspunt was De Meester, die tussen 1905 en 1908 minister-president was, maar niet de formatie van het kabinet voor zijn rekening had genomen. De formateur van dit kabinet was Goeman Borgesius. Zie Van den Berg & Vis 2013, p. 526.

352 Zie voor de ontwikkeling van het ambt van de minister-president vanaf deze periode o.a. Van den Berg 1990b, p. 106-107; Rehwinkel 1991, p. 97-100.

353 Sinds 1945 is dit vastgelegd in het RvOMR (zie thans art. 5 RvOMR). Zie Rehwinkel 1991, p. 17.

354 *Kamerstukken II 1936/37*, 105, nr. 1, p. 15. Aangehaald in Engels 1987, p. 17 (met correctie van het ondernummer).

355 Zie o.a. Van den Berg 1990b, p. 106.

Zaken heeft de minister-president nooit de status van een minister zonder portefeuille hoeven hebben, maar had hij wel zijn handen vrij voor coördinerende taken binnen de ministerraad.

In 1922 kwam ook formeel een einde aan de jaarlijkse herbenoeming van de voorzitter van de ministerraad door de ministers, waardoor de duur van een premierschap definitief zou gaan samenvallen met de periode waarin het bijbehorende kabinet aan het bewind is.³⁵⁶ Wel was het in 1922 nog gebruikelijk dat de ministerraad tot een officiële benoeming van zijn voorzitter overging, totdat in 1933 ook die procedure, als ware het een overbodige formaliteit,³⁵⁷ in feite zou verdwijnen. Sinds 1945 schrijft het RvOMR voor dat de benoeming van de minister-president bij KB geschiedt.³⁵⁸ In 1954 schreef Van Raalte over deze wijziging van het Reglement:

‘In de hier bedoelde in 1945 aangebrachte verandering moet en kan men vooral zien een legalisatie van de staatsrechtelijke conventie, die reeds lang wilde, dat de voorzitter van de Ministerraad meer was dan één van de, overigens volkomen gelijkwaardige bewindslieden, meer dus dan een al dan niet tijdelijk, in de bijeenkomsten van de Ministerraad de presidentshamer hanterende minister. In de *praktijk* was (...) de voorzitter in feite al een minister-president, bezat hij al die bijzondere kwaliteit.’³⁵⁹

Op het moment dat Van Raalte dit schreef, was de ontwikkeling van het ambt van de minister-president nog niet voltooid. De legalisatie, of conversie,³⁶⁰ van een reeds bestaande conventie zou ook op latere momenten weer plaatsvinden.

Bij de laatste herziening van het RvOMR in 1994 was dit bijvoorbeeld het geval.³⁶¹ De daarin opgenomen bevoegdheid om een aangelegenheid in de vergadering van de ministerraad te agenderen indien niet reeds een

356 Bij KB van 26 september 1922, no. 18. Zie daarover Van Raalte 1954, p. 5-6.

357 In een aan Van Raalte persoonlijk gerichte brief uit 1934 deelde toenmalig premier Colijn (ARP) sub rosa mee dat de ministerraad hem nooit als voorzitter had aangewezen, simpelweg omdat dit nooit in een vergadering van de raad aan de orde was gekomen. De brief van Colijn wordt geciteerd in Van Raalte 1954, p. 10-11.

358 De benoeming van premier Schermerhorn (VDB/PvdA) was de eerste die bij KB geschiedde en vond plaats voordat het Reglement op dit punt werd aangepast (in art. 1 RvOMR 1945). Zie Rehwinkel 1991, p. 17. De in 1945 vastgestelde versie van het RvOMR werd ook in het *Staatsblad* gepubliceerd (*Stb.* 1945, 270).

359 Van Raalte 1954, p. 26 (cursivering in origineel, GJAG).

360 De term ‘legalisatie’ suggereert dat de bestaande praktijk op dit punt eerder niet legaal was, hetgeen slechts juist is voor zover legaal ‘niet in de wet geregeld’ betekent. Gelet op de verwarring die het gebruik van deze term kan veroorzaken geef ik de voorkeur aan het neutralere begrip ‘conversie’.

361 Van den Berg 2005, p. 48. Van Schagen stelde in 1995 dat de agenderingsbevoegdheid van de premier zich tot ‘machtig wapen in de handen van de minister-president kan ontwikkelen’, dus de minister-president nog een sterkere positie in de ministerraad kon geven dan hij op dat moment al had. Zie Van Schagen 1995, p. 249. De versie van het RvOMR uit 1994 (*Stb.* 1994, 203) is laatstelijk gewijzigd op 5 november 2011 (*Stb.* 2011, 495).

andere daarvoor verantwoordelijke minister daartoe is overgegaan (art. 7)³⁶² en de taak van de premier om toezicht te houden op de totstandkoming van een samenhangend regeringsbeleid (art. 16, eerste lid) zijn daarvan duidelijke voorbeelden. Het RvOMR was, voor zover het betrekking had op de positie van de premier, dan ook bij uitstek een codificerende in plaats van een modificerende regeling. Deze ontwikkeling is overigens niet alleen in de hand gewerkt door de politisering van de ministerraad. Zij had ook een andere oorzaak, namelijk de verwevenheid tussen de beleidsterreinen van de verschillende ministeries die het belang van coördinatie en de behoefte onder ministers aan het bewaren van eenheid in de ministerraad heeft vergroot.³⁶³ Volgens Andeweg is het voor vakministers over het algemeen weinig bezwaarlijk dat de premier als gevolg van deze ontwikkelingen meer op de voorgrond is gaan treden, ook niet voor zover zij uit de gelederen van een andere partij afkomstig zijn.³⁶⁴ In de huidige coalitiecultuur hebben immers de zogeheten 'vicepremiers' de taak om de overige partijen uit de coalitie een partijpolitiek profiel te geven.

Sinds de minister-president als ambt erkenning in de Grondwet heeft gekregen, is zijn invloed in de ministerraad gegroeid. De belangrijkste oorzaken daarvan zijn vooral extern van aard, waarvan vermoedelijk de belangrijkste zijn lidmaatschap van de Europese Raad is, omdat dat hem in feite de status van Nederlandse regeringsleider geeft (vgl. art. 15, tweede lid VEU).³⁶⁵ In het licht van de grote hoeveelheid beleidsterreinen die tegenwoordig in meer of mindere mate geëuropeaniseerd zijn, is het vrijwel onvermijdelijk dat hij in die hoedanigheid tot op zekere hoogte invloed heeft op de werkzaamheden van zijn collega-ministers. Vaststaat dat de minister-president in de ministerraad inmiddels een centrale figuur is, die, zoals Don-

362 Het gaat hier om een aanvulling op de, toen reeds bestaande, algemene agenderingsbevoegdheid van art. 9 RvOMR.

363 Vgl. reeds Van Raalte 1954, p. 84-85. Van den Berg wijst in dit kader op de zogeheten 'Wet van Ringnalda', die is genoemd naar een oud-secretaris-generaal van het ministerie van Algemene Zaken. Volgens deze wet wint de positie van de premier aan belang naarmate de noodzaak van beleidscoördinatie groter wordt. Zie Van den Berg 1990b, p. 116. Van den Berg noemt daarnaast nog andere interne factoren die in de hand hebben gewerkt dat de premier in de ministerraad een meer geprononceerde positie is gaan innemen. In dat kader is ook van betekenis dat de minister-president in beginsel voorzitter is van de onderraden die zich alle bezighouden met bepaalde delen van het algemeen regeringsbeleid (art. 18, eerste lid RvOMR). Op die manier blijft de premier bij alle aspecten van het regeringsbeleid betrokken. Dit punt blijft verder buiten beschouwing.

364 Andeweg 1990, p. 33.

365 Ik laat de Europeesrechtelijke dimensie van de positie van de minister-president buiten beschouwing. Een heldere bespreking daarvan is te vinden in Duchateau & Nap 2016, m.n. p. 313-315. Naast de reeds genoemde toegenomen invloed van politieke partijen en de EU hebben ook andere factoren het belang van het ambt opgestuwd. In dat kader noemen Dölle & Engels de opmars van de media en een toegenomen behoefte aan integraliteit van bestuur. Zie Dölle & Engels 1984, p. 413. Ten slotte betoogt Bovend'Eert dat het wekelijkse overleg van de premier met de koning eveneens van invloed is op de leidinggevende positie van de minister-president. Zie Bovend'Eert 2005, p. 30. Ook deze factoren blijven buiten beschouwing.

ner het uitdrukt, ‘voor het oog wel dirigent, maar in werkelijkheid vaker concertmeester of eerste viool’ is.³⁶⁶

Nog altijd is deze beschrijving accuraat. Afgezien van het voorzitterschap van de ministerraad en de reeds genoemde, in het RvOMR opgenomen coördinerende bevoegdheden, beschikt de minister-president nauwelijks over formele bevoegdheden die hem een sterkere, leidinggevende positie ten opzichte van zijn collega-ministers geven. De premier is bijvoorbeeld niet bevoegd om bindende aanwijzingen aan ministers te geven of om zelfstandig ministers te ontslaan. Dat is ook uitdrukkelijk de bedoeling van de grondwetgever geweest, toen hij slechts vastlegde dat de minister-president de voorzitter van de ministerraad is (art. 45, tweede lid Grondwet). De regering merkte op dat de vraag of

‘het vanouds en ook thans prevalerende collegiale element – waarbij de minister-president optreedt als *primus inter pares* – al dan niet aan gelding inboet ten behoeve van het zelfstandige element in de functie van minister-president, een zaak primair afhankelijk van ontwikkelingen [is], samenhangend met de aard en inhoud van het regeringsbeleid en van de politieke verhoudingen’.³⁶⁷

Zij voegde daar later uitdrukkelijk nog aan toe de kwalificatie ‘regerings-leider’ voor de premier in het licht daarvan ‘constitutioneel niet juist’ te vinden.³⁶⁸ In het licht van eerder besproken factoren, waaronder het lidmaatschap van de minister-president van de Europese Raad, is het steeds moeilijker geworden om dit vol te houden.³⁶⁹ Dat bleek ook bij de meest recente herziening van het RvOMR in 1994, toen de premier een aantal bescheiden coördinerende bevoegdheden erbij kreeg.

In dat licht rijst de vraag of formele versterking van de bevoegdheden van de minister-premier in dat licht wenselijk is,³⁷⁰ maar de beantwoording daarvan kan op deze plaats achterwege blijven. Wel is het op basis van het voorgaande mogelijk te concluderen dat het belang van deze vraag minder groot is dan het op het eerste gezicht misschien lijkt. Het sturende vermogen van het staatsrecht (de relevante regels uit zowel de Grondwet als het RvOMR) blijkt immers relatief beperkt te zijn; formele wijzigingen ervan vormen meestal slechts de weerslag van reeds eerder ontstane praktijken.

Deze gang van zaken is te verklaren in het licht van de politieke cultuur van Nederland, welk land Van den Berg ‘een land van “doen alsof”’ noemt: de minister-president ‘is in Nederland al geruime tijd de “chef” in het kabinet, van wie ook daadwerkelijk door zijn collegae leiding wordt ver-

366 Donner 1987b, p. 36.

367 *Kamerstukken II* 1980/81, 16036 (R 1139), nr. 7, p. 3.

368 *Kamerstukken II* 1980/81, 16036 (R 1139), nr. 9, p. 5.

369 In 1995 constateerde Van Schagen al dat de minister-president zich feitelijk had ontwikkeld tot regeringsleider. Zie Van Schagen 1995, p. 255.

370 Zie o.a. Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 324-325.

wacht, maar wij doen alsof hij slechts *primus inter pares* is'.³⁷¹ Interessant is bovendien dat hier volgens Van den Berg sprake is van *doelbewust* opgehouden schijn; een sterke minister-president past niet goed, zo betoogt hij, bij de Nederlandse cultuur die wars is van hiërarchie. In een coalitieland als Nederland is het vooral van belang dat de minister-president zijn collega-ministers op één lijn krijgt en bij unanimitieit laat beslissen. Op die manier voorkomt hij zoveel mogelijk dat formele stemmingen in de ministerraad moeten plaatsvinden, waardoor de verhoudingen in de coalitie goed blijven.³⁷² Het is deze 'fictie van de collegialiteit', zoals Van den Berg het treffend noemt, die het feitelijke leiderschap van de premier in een land als Nederland adequaat werkzaam maakt.³⁷³

IV.3.3.4 *Balans*

Nog altijd vormt de ministerraad het centrale orgaan van de executieve. In die zin is er sinds de in de inleiding van deze paragraaf aangehaalde oratie van Van Maarseveen uit 1969 weinig veranderd, zij het dat na de grondwettelijke erkenning van dit orgaan in 1983 van 'sprookjesrecht' geen sprake meer is. Reeds voor 1983 waren de belangrijkste regels die betrekking hebben op dit orgaan te vinden in het RvOMR. Dankzij zijn status als 'klein' KB, maakt dit Reglement formeel deel uit van het recht.

Ondanks de afwezigheid van conventies die het functioneren van dit orgaan normeren, kan het belang van dit orgaan nog altijd niet aan de hand van het geldende staatsrecht alleen worden begrepen. Evenzeer van groot belang zijn politieke wetmatigheden, zoals het 'non-interventiebeginsel' op basis waarvan ministers (de minister-president en de minister van Financiën uitgezonderd) slechts geacht worden deel te nemen aan de beraadslagingen van de ministerraad wanneer hun departement belang heeft bij het betreffende agendapunt. Hoewel hierbij geen sprake is van een juridische verplichting, is deze politieke wetmatigheid wel van invloed op het functioneren van de ministerraad.

Toch is de stelling van Van Maarseveen over het belang van de ministerraad als orgaan inmiddels ook voor een belangrijk deel verouderd. De politisering van de ministerraad heeft er ook toe geleid dat niet alleen de besluiten van dit orgaan als zodanig, maar ook de daarbinnen heersende coalitie- en partijverhoudingen van invloed zijn op het functioneren van dit orgaan. In hoeverre dit inderdaad het geval is, blijft echter, gelet op de nog altijd geldende plicht tot geheimhouding van de notulen van de vergaderingen van dit orgaan, voor een belangrijk deel gissen.

371 Van den Berg 2005, p. 48.

372 In die zin ook Van den Berg 1990b, p. 100.

373 Van den Berg 1990b, p. 121.

IV.3.4 De staatssecretaris

In deze paragraaf komt de positie van de staatssecretaris aan de orde. Na een korte achtergrondschets bespreek ik de ontwikkeling van de wijze van benoeming van de bekleeders van dit ambt respectievelijk de vaststelling van hun takenpakket in het licht van het geldende staatsrecht.

IV.3.4.1 Achtergrond

Nadat de Tweede Kamer het voorstel tot introductie van de staatssecretaris bij de herziening van de Grondwet van 1938 in de tweede lezing verwierp,³⁷⁴ deed dit ambt in 1948 alsnog zijn intrede in de Grondwet. De grondwetgever had drie motieven met de introductie van de staatssecretaris: het verlichten van de taak van ministers, het tegengaan van de toename van het aantal departementen en het bieden van de mogelijkheid aan jongere politici om hun bestuurlijke talenten tentoon te spreiden zonder meteen als minister te moeten worden benoemd.³⁷⁵ De grondwettelijke regeling van de positie van de staatssecretaris is sinds 1948 in de kern hetzelfde gebleven.³⁷⁶ Artikel 46, tweede lid Grondwet, dat in dat kader relevant is, luidt als volgt:

374 In 1936 had een aantal Kamerleden in een minderheidsnota, die werd gevoegd bij het in hetzelfde jaar verschenen rapport van de staatscommissie ter voorbereiding van de herziening van de Grondwet die twee jaar later zou plaatsvinden, gepleit voor de invoering van de figuur van de staatssecretaris. Nadat de regering het voorstel uit deze nota niet overnam, had een aantal leden van de Tweede Kamer introductie van de staatssecretaris in de Grondwet bij amendement in een zogeheten 'verzamelontwerp' voorgesteld. Het voorstel werd in 1937 in tweede lezing door de Tweede Kamer verworpen. Zie *Handelingen II 1937/38*, p. 62 (20 oktober 1937). Aan het betreffende voorstel kleefde als belangrijkste bezwaar dat zowel de politieke als de administratieve verantwoordelijkheid bij de figuur van de staatssecretaris zou komen te rusten; de Kamer vond het wenselijk als de ambtelijke leiding bij een niet-politieke functionaris zou blijven rusten en zag alleen heil in een staatssecretaris met een politieke verantwoordelijkheid. Zie voor de achtergronden van dit voorstel o.a. Kan 1951, p. 130-131; Van den Berg 1961, p. 32-35; Oud 1967, p. 434-436; Groeneveld 1989, p. 5-17.

375 Zie *Kamerstukken II 1947/48*, 775, nr. 7, p. 19 (voor het eerste en tweede motief) en *Kamerstukken I 1947/48*, 775, nr. 775, p. 6 (voor het derde motief). Zie over die motieven nader Van den Berg 1961, p. 57-78; De Graaf & Versteeg 1985, p. 31-32; Groeneveld 1989, p. 19-33.

376 In 1948 luidde het toen geldende art. 79, tweede lid Grondwet: '[De Koning] kan voor een departement een of meer Staatssecretarissen benoemen, die in alle gevallen waarin de Minister, hoofd van het departement, zulks nodig acht en met inachtneming van diens aanwijzingen in diens plaats als Minister optreden. De Staatssecretaris is uit dien hoofde verantwoordelijk, onverminderd de verantwoordelijkheid van de Minister, hoofd van het departement (...).' Tussen 1953 en 1983 zou de regeling van de staatssecretaris in deze bewoordingen te vinden zijn in art. 86, tweede lid Grondwet. Het enige inhoudelijke verschil tussen de huidige regeling en die van voor 1983 betreft de explicitering van de optie een staatssecretaris onder de verantwoordelijkheid van een minister zonder portefeuille te laten vallen. Zie *Kamerstukken II 1979/80*, 16035, nr. 3, p. 9; *Kamerstukken II 1980/81*, 16035, nr. 8, p. 15.

‘Een staatssecretaris treedt in de gevallen waarin de minister het nodig acht en met inachtneming van diens aanwijzingen, in zijn plaats als minister op. De staatssecretaris is uit dien hoofde verantwoordelijk, onverminderd de verantwoordelijkheid van de minister.’

In de memorie van antwoord lichtte de regering de positie van de staatssecretaris ten opzichte van zijn minister als volgt toe.³⁷⁷ De staatssecretaris is binnen het kabinet een hiërarchisch ondergeschikte van de minister die niet lid is van de ministerraad, maar naar buiten toe oefent hij zijn bevoegdheden als minister uit en draagt als zodanig (ook) zelf politieke verantwoordelijkheid jegens het parlement voor zijn handelen. In het verlengde van de gedachte dat de minister de aangewezen persoon is om een staatssecretaris aan te stellen, ging de regering er in beginsel van uit dat de staatssecretaris dezelfde politieke kleur als zijn minister heeft. Als gevolg daarvan hoeft de staatssecretaris geen aanwijzingen van zijn minister op te volgen ‘voor welke uitvoering hij de politieke verantwoordelijkheid niet kan dragen’. De relatie tussen minister en staatssecretaris was dan ook op onderling vertrouwen in plaats van op een hiërarchische verhouding gebaseerd.³⁷⁸ Dat blijkt ook uit de wijze waarop de taakverdeling tussen beiden is geregeld. Hoewel sinds 1951 bij formele wet is voorgeschreven dat de taakverdeling tussen minister en staatssecretaris in de *Staatscourant* wordt gepubliceerd, kan de minister te allen tijde, los van de vastgelegde taakverdeling, ervoor kiezen de staatssecretaris te laten optreden.³⁷⁹

Voor de precieze invulling van het ambt achtte de regering het verstandig verdere ontwikkelingen af te wachten. Zij merkte op:

‘Het instituut zal echter in elk geval met voorzichtigheid en stap voor stap moeten worden ingevoerd. Vooreerst is het immers zo, dat zich bij de toepassing van het instituut een [sic] staatsrechtelijk gewoonterecht zal ontwikkelen en dat men slechts door een zeer geleidelijke en beleidvolle toepassing kan voorkomen, dat in den beginne, door onbekendheid met de werking van het instituut, moeilijkheden ontstaan.’³⁸⁰

377 *Kamerstukken II 1947/48, 775, nr. 10, p. 25-26, ook voor het volgende citaat.*

378 Ook Kan sprak die verwachting drie jaar na de introductie van het ambt uit. Zie Kan 1951, p. 138. In een terugblik op zijn eerdere artikel over het staatssecretariaat constateerde Kan, zelf lange tijd als ambtenaar bij het ministerie van Binnenlandse Zaken werkzaam geweest, dat minister en staatssecretaris doorgaans constructief met elkaar samenwerken. ‘Maar’, zo betoogde hij, ‘er liggen hier vele voetangels en klemmen, die, als de zaak maar even scheef komt te liggen, tot ernstige moeilijkheden aanleiding kunnen geven’. Zie Kan 1959, p. 112. De ontwikkelingen die daarna plaatsvonden rond het ambt, bevestigden zijn gelijk.

379 Art. 3 Wet houdende nadere voorzieningen in verband met de invoering van de ambten van minister zonder portefeuille en staatssecretaris. De betekenis van deze bepaling komt verderop in deze subparagraaf nog aan de orde.

380 *Kamerstukken II 1947/48, 775, nr. 10, p. 25.*

De voorspelling van de regering dat het ambt zich in de praktijk nog verder zou ontwikkelen is meer dan uitgekomen.

IV.3.4.2 *De benoeming van de staatssecretaris en de vaststelling van zijn takenpakket*

Hoewel de staatssecretaris formeel nog altijd een ondergeschikte van de minister is zonder beslissende stem in de ministerraad, is de huidige praktijk rond de benoeming van nieuwe staatssecretarissen na ruim zeventig jaar ver verwijderd geraakt van de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever.³⁸¹ De benoeming van de eerste staatssecretarissen na de introductie van het ambt correspondeerde nog in redelijke mate met de bedoeling van de grondwetgever: de aanstelling van de tussen 1948 en 1952 benoemde staatssecretarissen had inderdaad voornamelijk tot doel om de minister te ontlasten en om jong politiek talent een kans te geven.³⁸² Bij die benoemingen lag het initiatief tot aanstelling van de staatssecretaris bovendien nog bij de betrokken minister. Op het moment van de formatie van het kabinet-Drees III (bestaande uit bewindslieden van PvdA, KVP, ARP en CHU) in 1952 trad op dit punt al een bescheiden kentering op.³⁸³ Na deze formatie bleek dat twee zaken rond de benoeming van de staatssecretarissen, namelijk zowel het totale aantal staatssecretarissen als de precieze personen die het ambt zouden bekleden, bij de onderhandelingen een rol hadden gespeeld. Deze gang van zaken stuitte op felle kritiek bij een aantal fracties in de Kamer, die meenden dat bij de benoeming van een staatssecretaris politieke belangen ten onrechte zwaarder zijn gaan wegen dan het belang van de benoeming van een deskundige staatssecretaris. De oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever raakte toen echter nog niet geheel ondergesneeuwd: ook na de onderhandelingen met het oog op de vorming van dit kabinet werd nog een aantal staatssecretarissen benoemd ter ontlasting van een bewindspersoon.

De vorming van het kabinet-Drees IV (bestaande uit bewindslieden van PvdA, KVP, ARP en CHU) in 1956 vormde een kantelpunt in de ontwikkeling van de praktijk rond de benoeming van staatssecretarissen.³⁸⁴ Tijdens de formatieonderhandelingen die in dat jaar plaatsvonden (het zou de langst durende formatie tot dan toe worden), waren de te benoemen staatssecretarissen voor het eerst het voorwerp van de onderhandeling-

381 Eerder kwamen Vis en Van Rossem & Van der Woude al tot die conclusie. Zie Vis 1994, p. 146; Van Rossem & Van der Woude 2015, p. 3085.

382 Zie voor de achtergrond van de in die periode benoemde staatssecretarissen Groeneveld 1989, p. 34-41 respectievelijk p. 72-74.

383 Zie nader over de benoeming van de staatssecretarissen in dit kabinet Groeneveld 1989, p. 88-92.

384 Vis 1994, p. 131.

en werd het ambt dus al politieker van karakter.³⁸⁵ Nadat de betrokken onderhandelaars op verschillende momenten tevergeefs aan elkaar staatssecretariaten in het vooruitzicht hadden gesteld met het oog op een voor alle onderhandelende partijen aanvaardbare portefeuillevreiding, bleek de toekenning van een staatssecretariaat aan Schmelzer (KVP) een van de sleutels tot de voltooiing van de onderhandelingen te zijn.³⁸⁶ Tijdens het Tweede Kamerdebat over de regeringsverklaring verdedigde informateur Burger (PvdA) zijn keuze om evenredigheid te betrachten ten aanzien van de politieke machtsverhoudingen bij de aanstelling van staatssecretarissen.³⁸⁷ Hij vond het wenselijk het uitgangspunt te verlaten dat ministers en staatssecretarissen op een departement dezelfde politieke kleur hebben.³⁸⁸ KVP-fractievoorzitter Romme bekritiseerde deze voorgestelde verandering. Hij stelde:

‘De vraag, of ergens een Staatssecretaris nodig is, is uiteraard alleen te beantwoorden naar het zakelijke criterium van de behoefte. En wanneer er ergens een Staatssecretaris nodig is, dan lijkt het mij in het algemeen – natuurlijk kunnen zich altijd uitzonderingsgevallen voordoen – wenselijk, dat de politieke kleur van die Staatssecretaris in overeenstemming is met die van de Minister, die in het bijzonder met de Staatssecretaris politieke verantwoordelijkheid draagt op hetzelfde terrein. Wanneer men de Staatssecretaris zou gaan inschakelen in de legkaart van een Kabinetssamenstelling, dan vrees ik enerzijds, dat er weleens een keertje een minder nodige zou kunnen komen, en anderzijds, dat wij heel spoedig zullen zitten met de figuur, dat tal van zaken behandeld worden door een Minister van de ene kleur en door een Staatssecretaris van de andere kleur, wat aan de behandeling van de zaken, dunkt mij, in het algemeen niet ten goede zal kunnen komen.’³⁸⁹

Hoewel Romme dat hier niet expliciet naar voren bracht, is zijn kritiek op het voorstel van Burger duidelijk geïnspireerd door de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever met het ambt. Veel effect sorteerde de waarschuwing van Romme niet. Bij de vorming van de twee daaropvolgende kabinetten, die van De Quay in 1959 en Marijnen in 1963, kwam de verdeling van staatssecretariaten slechts kort aan de orde, maar zelfs daarbij leken – hoe

385 Groeneveld 1989, p. 107-114.

386 Duynstee 1966, p. 151; Groeneveld 1989, p. 108. Schmelzer werd staatssecretaris van Binnenlandse Zaken, Bezitsvorming en Publiekrechtelijke Bedrijfsorganisaties. De KVP hechtte veel waarde aan de kwestie van de bezitsvorming, dat een heikel punt vormde tijdens de onderhandelingen, zoals uit de beschrijving van de formatie van 1956 in het reeds aangehaalde werk van Duynstee blijkt.

387 *Handelingen II 1956/57*, p. 51 (24 oktober 1956).

388 *Handelingen II 1956/57*, p. 86 (25 oktober 1956).

389 *Handelingen II 1956/57*, p. 64-65 (24 oktober 1956).

kort ook – coalitiebelangen zwaarder te wegen dan de drie motieven voor de introductie van het ambt van de staatssecretaris.³⁹⁰

De formatie van het kabinet-Cals (bestaande uit bewindslieden van KVP, PvdA en ARP) in 1965 vormde in dit opzicht de definitieve trendbreuk: in dat jaar had informateur Vondeling (PvdA) geëist dat de verdeling van de hoeveelheid staatssecretariaten over de partijen zou corresponderen met de verdeling van de ministersportefeuilles.³⁹¹ En zo geschiedde. Voor het eerst was de positie van staatssecretarissen voorwerp van onderhandeling tussen de formateur en de fractievoorzitters, nog voordat duidelijk was welke ministersportefeuilles naar welke partijen zouden gaan, laat staan voordat zekerheid bestond over welke personen het ministersambt zouden gaan bekleden. Van aanstelling van een staatssecretaris op initiatief van een minister kon daardoor per definitie geen sprake meer zijn; tijdens de formatieonderhandelingen kwam immers het takenpakket en de partijpolitieke affiliatie van de te benoemen staatssecretarissen al vast te staan. Het gevolg van deze ontwikkeling was dat instelling van nieuwe staatssecretariaten ter ontlasting van de minister *gedurende* de kabinetsperiode feitelijk niet meer tot de mogelijkheden zou behoren; benoeming van een nieuwe staatssecretaris na afronding van de coalitieonderhandelingen zou immers de tijdens de formatie tot in detail uitonderhandelde portefeuilleverdeling weer doorbreken en daarmee de verhoudingen in de coalitie compliceren.

Van het geluid dat Romme in 1956 in de Tweede Kamer liet horen, klonken tijdens het debat over de regeringsverklaring in 1965 nog enige echo's. CHU-fractievoorzitter Beernink vroeg zich bijvoorbeeld retorisch af of het grote aantal nieuwe staatssecretarissen voortkwam uit 'politieke overwegingen, omdat ieder van de drie coalitiegenoten aan zijn trek moest komen' of in plaats daarvan echt te maken had met de verlichting van het takenpakket van bepaalde ministers.³⁹² VVD-fractievoorzitter Geertsema had al minder moeite met deze gang van zaken. Volgens hem was het in het licht van

390 Bij de formatie van het kabinet-De Quay had de CHU, wilde zij genoegen nemen met slechts een minister in het kabinet, eenmaal de eis op tafel gelegd dat een staatssecretaris van CHU-huize zou worden benoemd, die zich met de Nieuw-Guineaproblematiek ging bezighouden. Uiteindelijk kwamen de onderhandelaars tijdens de onderhandelingen niet meer toe aan de benoeming van staatssecretarissen. Zie Duynstee 1966, p. 224. Tijdens de formatie van het kabinet-Marijnen was afgesproken dat de vier te benoemen bewindspersonen (een minister en drie staatssecretarissen) op het ministerie van Defensie allen een andere politieke kleur moesten hebben. Hoewel de staatssecretarissen pas na de coalitieonderhandelingen zijn benoemd, hebben de verschillende partijen zich en elkaar inderdaad aan deze afspraak gehouden. Minister van Defensie werd Piet de Jong (KVP), staatssecretarissen werden Van Es (ARP, Marine), Haex (CHU, Landmacht) en Den Toom (VVD, Luchtmacht). Zie Duynstee 1966, p. 320-321 en (over de benoeming van de staatssecretarissen na beide formaties) Vis 1994, p. 132.

391 Zie de beschrijving van de laatste fase van deze formatie in Duynstee 1966, p. 423-432; Vis 1994, p. 132-133.

392 *Handelingen II 1965/66*, p. 178 (12 oktober 1965). Zie voor een samenvatting van de gewisselde standpunten over de positie van de staatssecretarissen tijdens het debat over de regeringsverklaring in 1965 Groeneveld 1989, p. 202-205.

het politieke karakter van het ambt niet meer dan logisch 'dat de politieke samenstelling van dit gezelschap een zekere afspiegeling is van de politieke verhoudingen in het kabinet'.³⁹³ Wel vond hij het bedenkelijk als politieke overwegingen tot de benoeming van in zijn ogen overbodige staatssecretarissen zouden leiden. Hij noemde als voorbeeld het onder het ministerie van Binnenlandse Zaken huizende staatssecretariaat voor Agglomeraties en Grenswijzigingen. Volgens Geertsema zijn deze beleidsterreinen zo onbeduidend dat het 'voor ieder weldenkend mens een raadsel' is 'hoe een vitaal man daar zijn dag mee kan vullen'.³⁹⁴ Tevens beklagde hij zich over de wijze van toekenning van een staatssecretariaat bij het ministerie van Buitenlandse Zaken aan de PvdA, nadat deze partij eerder de toekenning van een staatssecretariaat bij het ministerie van Defensie had geweigerd. Hij suggereerde daarmee dat deze weigering voortkwam uit het verzet van de partij tegen het defensiebeleid van het kabinet.³⁹⁵ Volgens Geertsema was hier sprake van 'een staatsrechtelijk ondeugdelijke poging van de PvdA om zich van het regeringsbeleid in defensie-aangelegenheden te distantiëren'.³⁹⁶

Heel principieel was deze kritiek al niet meer; Geertsema riep het staatsrecht in deze kwestie vooral in om een politiek punt te maken. Toch legde hij ook staatsrechtelijk gezien de vinger op de zere plek: de introductie van het ambt van staatssecretaris had niet tot doel om coalitiebelangen veilig te stellen door over te gaan tot de benoeming van een staatssecretaris met een al dan niet omvangrijk takenpakket, maar primair om de taken van ministers te verlichten. Niet politieke, maar departementale belangen zouden volgens de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever dus voorop moeten staan.

PvdA-Kamerlid Nederhorst stelde in zijn bijdrage aan het debat over de benoeming van de staatssecretarissen juist primair *politieke* belangen centraal; het staatsrecht kwam in zijn betoog slechts zijdelings, als ware het slechts een bijzaak, aan de orde. Hij beklagde zich er vooral over dat het zolang had geduurd totdat de onderhandelaars overeenstemming hadden bereikt over de te benoemen staatssecretarissen. Weliswaar was tijdens de

393 *Handelingen II 1965/66*, p. 163 (12 oktober 1965), waar ook de volgende twee citaten te vinden zijn.

394 Premier Cals zou hierop later antwoorden dat deze staatssecretaris ook belast was met ruimtelijke-ordeningsvraagstukken. Zie *Handelingen II 1965/66*, p. 245 (14 oktober 1965).

395 De PvdA had een aangeboden staatssecretariaat voor Luchtmachtzaken geweigerd, omdat deze partij op dit punt niet met minister De Jong (KVP) tot overeenstemming kon komen over de organisatie van de departementale leiding van het ministerie van Defensie. Zie Duynstee 1966, p. 431.

396 Geertsema kreeg bijval van Duynstee, die in zijn verhandeling over de formatie van het kabinet-Cals opmerkte: 'Men krijgt uit de gang van zaken de indruk, dat de neiging van de partijen staatssecretarissen als elementen in te schakelen in een soort machtsverdeling is toegenomen; staatsrechtelijk ware een dergelijke ontwikkeling bedenkelijk.' Zie Duynstee 1966, p. 432. Het hierna in de hoofdtekst ook aangehaalde Kamerlid Nederhorst verklaarde later uitdrukkelijk dat zijn partij het defensiebeleid van het kabinet wel degelijk steunde. Zie *Handelingen II 1965/66*, p. 187 (12 oktober 1965).

formatie al wel op hoofdlijnen duidelijk welke staatssecretariaten er zouden komen, maar noch de aangewezen personen voor de vervulling van die posities, noch hun taken stonden toen al vast.

Daarbij kwam dat de nog zittende staatssecretarissen pas hun ontslag dienden aan te bieden, als bleek dat de minister ervoor koos iemand anders in hun plaats aan te stellen als staatssecretaris; het kwam in die tijd namelijk geregeld voor dat de nieuwe minister besloot de reeds zittende staatssecretaris aan te laten blijven, waardoor het toen niet nodig werd geacht iedere staatssecretaris te verplichten om zijn ontslag aan te bieden bij een wisseling van een kabinet. Nederhorst merkte in zijn bijdrage tegen die achtergrond het volgende op:

'Zoals het nu gegaan is, deed het mij denken aan een stoelendans, waarbij bij het staken van de muziek alle vroegere staatssecretarissen zo spoedig mogelijk hun stoel trachtten te bemachtigen en eventuele nieuwe kandidaten gevaar liepen op hun schoot of op de vloer terecht te komen. Ware het niet wenselijk geweest met een volkomen schone lei te beginnen? En met de benoeming van de vroegere staatssecretarissen te wachten tot er over het gehele patroon van de indeling van staatssecretariaten overeenstemming zou hebben bestaan? Zeker, ik weet, dat hieraan staatsrechtelijke problemen vastzitten, die nadere studie vragen. Er zijn trouwens meer punten, de positie van de staatssecretarissen rakende, die eens rustig bekeken zouden moeten worden.'³⁹⁷

De achterliggende oorzaak daarvan was echter niet per se gelegen in een bewuste keuze van de onderhandelaars, zoals Nederhorst suggereerde, maar in het toen nog vigerende uitgangspunt dat het aan de *minister* was om tot de benoeming (of de wisseling) van een staatssecretaris over te gaan. Het pleidooi van Nederhorst om in dit kader 'met een schone lei te beginnen', zou de onderhandelaars bij de formatie namelijk de vrijheid geven om afspraken over de verdeling van de staatssecretariaten te maken. Dit pleidooi stond echter haaks, zoals Nederhorst zelf ook toegeeft, op het door de grondwetgever geformuleerde uitgangspunt dat de minister na zijn benoeming zelf kan bepalen of de zittende staatssecretaris kan aanblijven.

Op het constitutionele aspect van de ministeriële autonomie rond de benoeming van de staatssecretarissen ging hij verder niet in. Dat is niet verwonderlijk, omdat dit aspect rond de benoeming van staatssecretarissen juist afbreuk deed aan de overtuigingskracht van het betoog van Nederhorst. Premier Cals bracht dit in zijn reactie ook bij Nederhorst in herinnering:

'De grootste moeilijkheid om hierover reeds bij de kabinetsformatie te beslissen is, dat de Minister ten slotte zelf moet beslissen *of* hij een staatssecretaris wil, *wie* hij als staatssecretaris wil en welke *taak* hij hem geeft. Wanneer men nieuwe kandidaten voor minister aanzoekt, die op hun departement nog moeten thuis-

397 *Handelingen II 1965/66*, p. 186 (12 oktober 1965).

raken, dan zou dat bijzonder veel tijd vergen. (...). Ik ben het met de geachte afgevaardigde de heer Nederhorst eens, dat wij, nu wij een aantal jaren ervaring met het instituut van staatssecretaris hebben opgedaan, zeker enkele aspecten nader kunnen bezien. Een grondwetswijziging zou daarvoor een goede gelegenheid zijn.³⁹⁸

Ondanks de noodzaak die zowel Nederhorst als Cals zag in een evaluatie van de grondwettelijke regeling rond de staatssecretaris, is alles op dit punt formeel gezien hetzelfde gebleven.

Na de formatie van het kabinet-De Jong in 1967 (bestaande uit bewindslieden van KVP, ARP, CHU en VVD) en dat van Biesheuvel (bestaande uit bewindspersonen van KVP, VVD, CHU, ARP en DS'70) in 1971 bleek opnieuw dat de verdeling van de staatssecretariaten was geregeld volgens een verdeling die min of meer overeenkwam met het aantal te verdelen ministersposten. Kwam een partij er bij de verdeling van ministersportefeuilles bekaaid af, dan gold grofweg als uitgangspunt dat zij er een staatssecretaris bij kreeg.³⁹⁹ Na de formatie van het kabinet-Biesheuvel nam het aantal te benoemen staatssecretarissen sterk toe – een gang van zaken waarop verschillende Tweede Kamerfracties later kritiek zouden uitoefenen.⁴⁰⁰ Nieuw aan de kabinetswisseling in 1971 was bovendien dat aan alle staatssecretarissen, ongeacht of ze later nog als zodanig zouden terugkeren, ontslag werd verleend.⁴⁰¹ Wel vond de benoeming van de nieuwe staatssecretarissen toen nog plaats na afronding van de constituerende vergadering van het kabinet en op voorspraak van de betrokken minister. Na de afronding van de formatie van het kabinet-Den Uyl in 1973 (bestaande uit bewindslieden van PvdA, D66, PPR, KVP en ARP) kwam echter ook aan die praktijk een einde; beslissend voor de benoeming van een staatssecretaris was slechts nog of de betrokken minister de te benoemen staatssecretaris 'acceptabel'

398 *Handelingen II* 1965/66, p. 246 (14 oktober 1965; cursiveringen in origineel, GJAG).

399 CHU-fractievoorzitter Beernink nam uiteindelijk genoegen met de toekenning van een CHU-minister voor Ontwikkelingshulp, waarbij hij de verwachting uitsprak dat hij bij de toekenning van het aantal staatssecretariaten compensatie zou krijgen. Op die manier heeft Beernink een belangrijke bijdrage aan het slagen van de formatieonderhandelingen geleverd. Zie Maas 1982, p. 247-248; Groeneveld 1989, p. 220-222.

400 D'66-fractievoorzitter Van Mierlo was van mening dat tijdens deze formatie 'handel in staatssecretarissen' had plaatsgevonden, die het beeld opriep van 'een Romeinse slavenmarkt en een Amerikaanse goldrush'. GPV-fractievoorzitter Jongeling stelde, iets milder, dat de benoeming van staatssecretarissen fungeerde als 'het politieke wisselgeld', 'het kleingeld dat erbij moet om de rekening te vereffenen, opdat ieder van de vijf partners toch maar precies zijn eigen deel krijgt'. Zie *Handelingen II* 1971, p. 165 respectievelijk p. 191 (4 augustus 1971). Aangehaald in Groeneveld 1989, p. 260-261.

401 Groeneveld 1989, p. 254-257.

achte.⁴⁰² Voor het eerst had niet alleen de verdeling van de staatssecretariaten over de partijen al voor het plaatsvinden van de constituerende vergadering plaatsgevonden, maar waren ook de ambtsbekleders en hun precieze takenpakket op dat moment al bekend. Als gevolg van deze ontwikkeling was het allang niet meer vanzelfsprekend dat een minister en 'zijn' staatssecretaris uit dezelfde partijpolitieke gelederen afkomstig zijn. Verschillende staatssecretarissen hebben vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw de status van 'waakhond' gehad, die eufemistisch gezegd aan 'kruisbestuiving' deden, hetgeen wil zeggen: het houden van toezicht op het reilen en zeilen van de minister van een andere politieke kleur.⁴⁰³

Niet langer vond aanstelling van de staatssecretaris plaats op initiatief van de minister met het oog op het verlichten van het takenpakket van de minister. In plaats daarvan is de verdeling van staatssecretariaten een onderdeel geworden van het spel om invloed in de tijdens de formatiebesprekingen uit te onderhandelen coalitie te vergaren. Nog sterker blijkt dat wanneer ook de taakverdeling tussen minister en staatssecretaris nader wordt gezien. In dit verband is artikel 3 van de Wet houdende nadere voorzieningen in verband met de invoering van de ambten minister zonder portefeuille en staatssecretaris⁴⁰⁴ van belang. Volgens deze bepaling dient de minister in de *Staatscourant* bekend te maken met welke taak de staatssecretaris in het bijzonder is belast. Enige juridische betekenis heeft deze bepaling niet, omdat een staatssecretaris ook mag optreden in de 'overige gevallen waarin de minister het nodig acht'.⁴⁰⁵ Bovendien heeft deze publicatie geen gevolgen voor de juridische bevoegdheidsverdeling tussen beide functionarissen.⁴⁰⁶

Het juridische belang van deze bepaling moge dan beperkt zijn, vanuit *politiek* oogpunt is deze verplichting niet zonder betekenis. Als van tevoren,

402 De onderhandelingen over de verdeling van de staatssecretariaten waren debet aan de lange duur van de formatie. Vooral het geschuif met Van Dam (PvdA), die 'moeilijk plaatsbaar' was, zoals Maas dat eufemistisch noemt, had veel tijd gekost. Uiteindelijk zou Van Dam staatssecretaris van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening worden, nadat de minister op dat departement, Gruijters (D'66), hem acceptabel bleek te achten. Zie Maas 1982, p. 359-360; Groeneveld 1989, p. 279-281.

403 Deze term dook voor het eerst op tijdens de mislukte onderhandelingen tussen CDA en PvdA over het tweede te vormen kabinet-Den Uyl in 1977. Meer precies noemde men in CDA-kringen de PvdA-staatssecretarissen 'socialistische waakhonden' bij confessionele ministers, terwijl in PvdA-kringen in dit kader over 'kruisbestuiving' werd gesproken. Zie Groeneveld 1989, p. 320; Van Merriënboer 2016, p. 56-57. Overigens is de gedachte dat tussen minister en staatssecretaris kruisbestuiving kan plaatsvinden geen gekke, zo betoogt Vis, naarmate partijen een gelijker aandeel in de ministerschappen hebben. Zie Vis 1994, p. 134.

404 Wet van 25 januari 1951, houdende nadere voorzieningen in verband met de invoering van de ambten van minister zonder portefeuille en van staatssecretaris, *Stb.* 1951, 24.

405 De regering stelde in de nota naar aanleiding van het verslag bij deze bepaling dat de taak van de staatssecretaris 'te allen tijde zowel voor inkrimping als voor uitbreiding vatbaar' is (cursivering in origineel, GJAG). Zie *Kamerstukken II 1949/50*, 1472, nr. 9.

406 Althans, dat betoogde minister-president a.i. Witteveen (VVD) in een brief uit 1969 aan de Tweede Kamer. Zie *Kamerstukken II 1969/70*, 10351, nr. 1, p. 1.

met het oog op de wettelijk verplichte publicatie, al moet vaststaan wat de precieze taken van een staatssecretaris zullen zijn, dan zullen die taken ook uitgebreid uitonderhandeld moeten worden gedurende de coalitieonderhandelingen.⁴⁰⁷ Dit speelt te meer, omdat het vanaf de jaren zeventig steeds vaker zou voorkomen dat een minister en een staatssecretaris uit verschillende politieke partijen afkomstig zijn. De wetgever zal in 1951 deze consequentie van de invoering van de publicatieverplichting van de taakverdeling vermoedelijk niet hebben voorzien.

In het licht van de huidige benoemingspraktijk van de staatssecretaris is maar één conclusie mogelijk: de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever met het staatssecretariaat correspondeert niet meer met de hedendaagse praktijk inzake de benoeming en vaststelling van de taakomschrijving van staatssecretarissen. Hoogstens draagt de instelling van staatssecretariaten nog bij aan de doelstelling van het opleiden van jonge politici, maar dat leek altijd slechts een bijzaak te zijn geweest.

IV.3.4.3 *De positie van de staatssecretaris en de bedoeling van de grondwetgever*

Op zichzelf is het niet zo bijzonder dat de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever inzake de positie van de staatssecretaris is veranderd; dat komt bij meer normen voor. Interessanter is dat de praktijk rond de benoeming van de staatssecretaris openlijk in strijd is met de oorspronkelijke bedoeling die de grondwetgever had met het criterium van de behoefte van de minister aan ondersteuning; deze bedoeling komt nog duidelijk tot uitdrukking in de bewoordingen van artikel 46, tweede lid Grondwet, dat bepaalt dat een staatssecretaris optreedt 'in de gevallen waarin de minister dat nodig acht en met inachtneming van diens aanwijzingen'. Inmiddels bepaalt niet zozeer de betrokken minister wie op welk departement met welk takenpakket als staatssecretaris tot het kabinet toetreedt, maar wordt die afweging in de praktijk gemaakt door (vooral) de fractievoorzitters en de formateur tijdens de kabinetsformatie.

Uit de tekst van artikel 46, tweede lid leidde Kortmann reeds in 1982 af dat zowel de benoemingspraktijk als de vaststelling van de taakomschrijving van de staatssecretaris in de kabinetsformatie ook *in strijd met* de Grondwet is, die immers duidelijk vastlegt dat de eindverantwoordelijkheid in de verhouding tussen minister en staatssecretaris bij de minister ligt.⁴⁰⁸ Kortmann heeft een punt; het is in dit geval immers niet zomaar mogelijk een hedendaagse, meer op de huidige praktijk toegesneden interpretatie van artikel 46, tweede lid Grondwet voor de oorspronkelijke uitleg van dit artikelid in de plaats te stellen; een dergelijke gewijzigde interpretatie van een

407 Vis 1994, p. 136.

408 Kortmann 1982, p. 75-76. Zie in die zin ook Kortmann 1987a, p. 187. In zijn handboek heeft Kortmann deze stelling echter niet meer betrokken, hoewel de tekst van de bepaling noch de praktijk op dit punt is veranderd. Vgl. Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 155.

grondwettelijke bepaling is slechts verdedigbaar, voor zover die niet in strijd met de bewoordingen van die bepaling is.

Hoewel Kortmann zonder meer gelijk heeft dat er op dit punt grondwettelijke bezwaren bestaan, hoeft er van directe *strijd* met de Grondwet echter niet direct sprake te zijn. Er bestaat immers een verschil tussen *bevoegdheden* enerzijds en *verplichtingen* anderzijds. Artikel 46, tweede lid Grondwet kent de minister de bevoegdheid toe om na de afronding van de kabinetsformatie nog een (extra) staatssecretaris te doen benoemen en/of de taakomschrijving van de staatssecretaris vast te stellen c.q. te veranderen, maar verplicht de minister niet van die bevoegdheid gebruik te maken. Als een minister zijn grondwettelijke bevoegdheden op dit punt niet inroept om de coalitieverhoudingen in evenwicht te houden, dan handelt hij, formeel gesproken, niet inconstitutioneel. Er ontstaat pas echt een inconstitutionele situatie als een minister wordt tegengehouden als hij van zijn bevoegdheden op dit punt gebruik wil maken.

Inmiddels is het dermate gebruikelijk dat ministers zich conformeren aan de beslissingen over de benoeming en de taakomschrijving van staatssecretarissen zoals die tijdens de kabinetsformatie zijn afgesproken,⁴⁰⁹ dat er eerder sprake is van een soort praktijk of politieke wetmatigheid die de bevoegdheid van de minister van artikel 46, tweede lid Grondwet in sterke mate heeft geneutraliseerd. Op basis van deze praktijk maken (kandidaat-) ministers geen gebruik van de grondwettelijke bevoegdheid om, op basis van hun eigen persoonlijke voorkeuren, een staatssecretaris te benoemen en zijn takenpakket vast te stellen, omdat zij weten dat hun collega-ministers, ook die van andere partijen, daarop evenmin aanspraak zullen maken; op die manier voorkomen zij dat de coalitieverhoudingen niet (verder) verstoord raken. Van een staatsrechtelijke verplichting om conform deze praktijk te handelen is uiteraard geen sprake, omdat zij op gespannen voet staat met de bewoordingen van artikel 46, tweede lid Grondwet. Er bestaat dan ook geen conventie op dit punt. Weliswaar blijft er zo hoogstens nog een soort vetorecht voor de betrokken kandidaat-minister over ten aanzien van de uiteindelijke positie van 'zijn' staatssecretaris. Ook de praktische betekenis van dat 'recht' zal beperkt zijn, omdat de uitoefening daarvan evenzeer het verloop van de verdere formatieonderhandelingen bemoeilijkt. Van de ministeriële autonomie in relatie tot de staatssecretaris die voortvloeit uit artikel 46, tweede lid Grondwet, zoals de grondwetgever die in 1948 heeft bedoeld, is dan ook weinig meer over.

Tegen die achtergrond valt ook het oordeel van de staatscommissie-Biesheuvel over de omgang met de staatssecretaris te plaatsen. In 1982 was deze commissie door het kabinet-Van Agt II bijeengeroepen om voorstellen te doen met het oog op de vergroting van de kiezersinvloed op de beleidsvorming van de regering. In haar interimrapport uit 1984 besteedde zij eni-

409 Vgl. in die zin ook Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 487.

ge aandacht aan de staatssecretaris. Zij maakte in het rapport de volgende opmerking:

‘Het komt meer en meer voor dat tussen fractievoorzitter en formateur (...) vergaande afspraken worden gemaakt over de staatssecretariaten en de aan de staatssecretarissen toe te bedelen werkzaamheden. Deze handelwijze staat op gespannen voet met [artikel 46, tweede lid van] de Grondwet. (...) Met name de inhoudelijke invulling van de staatssecretariaten voordat de personen van de kandidaat-ministers bekend zijn, laat staan benoemd, acht de commissie onconstitutioneel. De commissie pleit er dan ook voor tijdens de formatie hoogstens een politieke verdeling te maken van de staatssecretariaten en eerst nadat de ministers zijn benoemd, de staatssecretarissen ter benoeming voor te dragen en hun primair beleidsterrein vast te stellen. De aanwijzing van de kandidaat-staatssecretarissen zou dienen te geschieden in overleg tussen de fractievoorzitters, de betrokken minister en de minister-president.’⁴¹⁰

Het voorstel van de commissie was er niet zozeer op gericht de werkelijkheid geheel in overeenstemming met de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever te brengen, maar wel om de door de grondwetgever vastgelegde autonomie van de minister inzake de benoeming en taakomschrijving van de staatssecretaris in de praktijk te vergroten.

In de reactie op het rapport die premier Lubbers (CDA) en minister van Binnenlandse Zaken Rietkerk (VVD) namens het kabinet-Lubbers I hebben gegeven, stellen zij de aanbevelingen van de staatscommissie ten aanzien van de benoeming en taakverdeling van de staatssecretarissen in beginsel te onderschrijven.⁴¹¹ Naar aanleiding van vragen van de CDA-fractie in de Tweede Kamer over het gebruik van de woorden ‘in beginsel’ merkten beide bewindspersonen op

‘dat wij [gedoeld is op de regering, GJAG] meer in het algemeen enige aarzeling hebben om de door de commissie aanbevolen gedragsregels als juridische norm te gaan beschouwen. Naar ons oordeel zijn omstandigheden denkbaar waarin het toch wellicht wenselijk is om in een incidenteel geval, uiteraard binnen de grenzen van artikel 46, tweede lid, van de Grondwet, nog andere overwegingen mede te doen gelden, dan die welke in de aanbeveling van de staatscommissie zijn vervat’.⁴¹²

Opvallend is dat het kabinet enerzijds aarzelingen heeft bij de aanbevelingen

410 *Relatie kiezers-beleidsvorming* 1984, p. 106. Aangehaald in Groeneveld 1989, p. 386. De commissie merkt in een noot bij deze passage op dat zij ervan uitgaat dat, anders dan tegenwoordig doorgaans wordt aangenomen, de staatssecretarissen geen deel uitmaken van een kabinet. Volgens haar is de kabinetsformatie dan ook afgerond als de ministers zijn benoemd. Dat het inmiddels gebruikelijk is om onder de leden van een kabinet ook de staatssecretarissen te scharen, is een duidelijke indicatie voor het veranderde karakter van het ambt.

411 *Kamerstukken II* 1984/85, 18807, nr. 2, p. 14.

412 *Kamerstukken II* 1984/85, 18807, nr. 4, p. 14.

van de staatscommissie op dit punt en ruimte wil houden voor handhaving van de praktijk rond de benoeming en vaststelling van de taakomschrijving van de staatssecretaris, maar daarbij anderzijds binnen de grenzen van artikel 46, tweede lid Grondwet wil blijven. Deze twee doelstellingen zijn echter moeilijk met elkaar te verenigen, omdat uit artikel 46, tweede lid Grondwet van oorsprong juist volgde dat de minister een rol van betekenis dient te spelen bij de benoeming en de vaststelling van de taakomschrijving van de staatssecretaris.

Nu is het op zichzelf verdedigbaar dat er inmiddels 'fundamentele consensus' over bestaat dat de oorspronkelijk in artikel 46, tweede lid Grondwet vastgelegde ministeriële autonomie ten opzichte van de staatssecretaris niet langer geldt. Op dat punt biedt het bovengenoemde citaat van de grondwetgever nu juist geen uitsluitel, omdat het slechts verwijst naar 'de grenzen' van dat artikellid. Dat wijst er eerder op dat de regering zonder het te beseffen niet de ruimte had om de aanbevelingen van de staatscommissie niet over te nemen.

Hoe het ook zij, aan de praktijk rond de benoeming en de vaststelling van de taakomschrijving van de staatssecretaris is weinig veranderd. Zonder te veel in detail te treden over hoe de benoemingen van staatssecretarissen na de verschijning van het interimrapport van de staatscommissie-Biesheuvel in 1984 zijn verlopen, is het mogelijk daarvoor twee indicaties aan te wijzen. In de eerste plaats waren de namen van de staatssecretarissen en hun taken na afloop van de formaties die sinds 1984 hebben plaatsgevonden vrijwel steeds al bekend.⁴¹³ Het is daarom moeilijk voorstelbaar dat de betrokken ministers wezenlijke, zelfstandige invloed hebben kunnen uitoefenen op de personen die het ambt zouden gaan bekleden en/of op hun takenpakket. In de tweede plaats is het inmiddels uitzonderlijk als een staatssecretaris uit dezelfde politieke partij afkomstig is als zijn minister. In het kabinet-Rutte III (bestaande uit bewindslieden van VVD, CDA, D66 en CU) stemt de politieke geleiding van geen enkele staatssecretaris overeen met de minister op zijn departement. Maar ook in de eerste twee kabinetten-Rutte, waarin slechts twee partijen bewindspersonen afvaardigden (respectievelijk VVD en CDA en VVD en PvdA), was het een uitzondering als een ministerie een minister en staatssecretaris van dezelfde politieke kleur kende.⁴¹⁴ Deze ontwikkeling versterkt het beeld dat de staatssecretaris in feite een ambt is geworden

413 Dat gold ook voor de benoeming van de staatssecretarissen na afloop van de kabinetsformatie van 2017. Zie *Kamerstukken II 2017/18*, 34700, nr. 44.

414 In het kabinet-Rutte I was dit het geval bij drie van de acht staatssecretariaten (staatssecretaris De Krom en minister Kamp (Sociale Zaken en Werkgelegenheid) waren beiden lid van de VVD, staatssecretaris Bleker en minister Verhagen (Economische Zaken) waren beiden lid van het CDA en staatssecretaris Teeven en minister Opstelten (Veiligheid en Justitie) waren beiden lid van de VVD). In het kabinet-Rutte II gold dit slechts voor twee van de zeven staatssecretariaten (de staatssecretarissen Teeven en Dijkhoff en de ministers Opstelten, Van der Steur en Blok (Veiligheid en Justitie) waren allen lid van de VVD, staatssecretaris Klijnsma en minister Asscher (Sociale Zaken en Werkgelegenheid) waren beiden lid van de PvdA).

waarvan de bekleeders en hun takenpakket in belangrijke mate worden aangewezen en vastgesteld door de formateur en de onderhandelende fractievoorzitters.⁴¹⁵ De betrokken minister kan daarbij in het beste geval wellicht over in de formatie gemaakte keuzes zijn veto uitspreken. Veel meer invloed zal hij vermoedelijk, mede gelet op de complexiteit van de formatieonderhandelingen, niet kunnen uitoefenen.

Leidend bij de benoeming van een staatssecretaris is dus niet zozeer de vraag of een minister de benoeming van een staatssecretaris volgens een door hem vast te stellen taakomschrijving nodig acht, maar wat de tijdens de formatie onderhandelende fractievoorzitters over die benoeming met de formateur daarover hebben afgesproken. Niet de minister zelf, maar vooral de onderhandelaars bij de formatie beslissen over de invulling van het ambt. Het gaat hier duidelijk om een door machtsverhoudingen ontstane (zuiver feitelijke) wetmatigheid die directe invloed heeft op de verhouding tussen de minister en de staatssecretaris. Als gevolg van de eerder besproken ontwikkelingen is het ambt van staatssecretaris veeleer verworden tot een soort onderminister die op een ministerie 'een eigen toko' runt.⁴¹⁶

IV.3.4.4 De benoeming van de staatssecretaris en overige staatsrechtelijke normen

De veranderde verhouding tussen minister en staatssecretaris heeft tevens consequenties gehad voor twee andere normen, namelijk de regel dat een minister die aftreedt, wordt gevolgd door het aftreden van 'zijn' staatssecretaris en de homogeniteitsregel. De ontwikkeling van deze beide normen verdient een korte toelichting.

IV.3.4.4.1 Als een minister aftreedt, dient de staatssecretaris die onder zijn verantwoordelijkheid valt ook zijn ontslag aan te bieden

Tijdens de behandeling van de voorstellen met het oog op de herziening van de Grondwet van 1983 betoogde de regering nog dat het voor de hand lag 'de regel van gewonterecht' te handhaven op basis waarvan 'de staatssecretaris zijn functie ter beschikking stelt bij het heengaan van zijn minister, teneinde de opvolgende minister de gelegenheid te geven zelf invloed uit te oefenen op de keuze van diens staatssecretaris'.⁴¹⁷ In het licht van de reeds geschetste ontwikkeling van het ambt van staatssecretaris heeft het nog weinig zin om aan deze regel vast te houden. Weliswaar is het nog altijd gebruikelijk voor een staatssecretaris om zijn ontslag aan te bieden na het vertrek van diens minister, maar veel meer dan een formaliteit lijkt dit niet te zijn.⁴¹⁸ Sinds 1975 is het slechts eenmaal voorgekomen dat een staatssecretaris daadwerkelijk opstapte nadat diens minister plaats had gemaakt voor een ander, namelijk

415 In die zin ook Van Rossem & Van der Woude 2015, p. 3084; Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 155.

416 De term is ontleend aan De Graaf & Versteeg 1985, p. 37.

417 *Kamerstukken II* 1979/80, 16035, nr. 3, p. 9 (cursivering toegevoegd, GJAG).

418 In die zin ook Van Rossem & Van der Woude 2015, p. 3086.

toen staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Fred Teeven (VVD) zijn minister Ivo Opstelten (VVD) volgde.

De achtergrond van deze casus was bijzonder.⁴¹⁹ Opstelten stapte op, omdat hij de Kamer niet goed had geïnformeerd over een in 2001 door het OM afgesloten overeenkomst met een drugs crimineel, waarbij Teeven als officier van justitie betrokken was geweest (de 'Teevendeaal'). Hoewel Rutte Teeven had aangeboden om aan te blijven als staatssecretaris, stapte Teeven op. Niet alleen speelde in dit kader een rol dat het aftreden van Opstelten ook op Teeven terug sloeg, maar ook bestonden er geruchten dat Teeven zelf Opstelten had willen opvolgen. In de gegeven omstandigheden was dat voor de betrokken coalitiepartijen een brug te ver. Het aftreden van Teeven hield dan ook geen verband met de gedachte dat het terugtreden van een staatssecretaris de opvolgende minister de kans geeft zelf invloed uit te oefenen op de keuze van een staatssecretaris, maar met een persoonlijke afwijging van Teeven zelf. Deze regel heeft daarom nauwelijks nog betekenis.

IV.3.4.4.2 De homogeniteitsregel

Volgens de grondwettelijke regeling neemt de staatssecretaris slechts op uitnodiging deel aan vergaderingen van de ministerraad. Aanvankelijk had hij daarbij geen stemrecht, maar al vanaf 1950 werd bij KB vastgesteld dat de bij de vergadering aanwezige staatssecretarissen met raadgevende stem aan de vergaderingen kunnen deelnemen.⁴²⁰ Tijdens de behandeling van de tweede lezing van het voorstel tot introductie van de staatssecretaris in de Grondwet stelde Tweede Kamerlid Hoogcarspel (CPN) zich juist ten aanzien van dat punt kritisch op. Hij beschouwde invoering van het ambt als de introductie van 'de onoplosbare moeilijkheid, dat politieke personen verantwoordelijkheid dragen voor een onderdeel van het Departement, terwijl zij ten aanzien van politieke beslissingen, die voor dat Departement moeten worden genomen, zonder enige invloed blijven'.⁴²¹ Drees achtte het echter niet bezwaarlijk dat de staatssecretaris afwezig is bij de vergaderingen van de ministerraad, omdat de besprekingen in de ministerraad beter tot hun recht komen als daarin niet te veel leden zitting nemen. Later voegde Drees daar in de Eerste Kamer aan toe dat van de staatssecretaris

'veel minder dan van de Ministers, die aan de Kabinetsberaadslagen deelnemen, gevergd moet worden homogeniteit met het Kabinet ten aanzien van het gehele beleid [in acht te nemen], omdat de Staatssecretaris niet in algemene zin

419 De weergave van de verhouding tussen Opstelten en Teeven na het aftreden van Opstelten is ontleend aan Van Rossem & Van der Woude 2015, p. 3086-3087.

420 Bij KB van 24 april 1950 (*Stb.* 1950, 160) werd formeel in art. 1, vierde lid RvOMR vastgelegd dat staatssecretarissen met raadgevende stem kunnen deelnemen aan het ministerieel overleg in de raad, in de vaste colleges en in de bijzondere commissies uit de raad (zie thans art. 3, eerste lid onder b RvOMR). Zie nader Groeneveld 1989, p. 55-58.

421 *Handelingen II* 1948, p. 136 (19 augustus 1948), ook voor de reactie van Drees.

aan de beraadslagingen behoeft deel te nemen en niet het geheel behoeft te verantwoorden, maar moet verantwoorden een deel van het beleid'.⁴²²

Bovendien zou het werkterrein van de staatssecretaris beperkt zijn, waardoor het voor deze functionaris in beginsel ook niet nodig was om bij vergaderingen van de ministerraad aanwezig te zijn.

In het licht van de oorspronkelijke benadering van het staatssecretariaat was deze opvatting nog wel verdedigbaar, maar in het licht van de ontwikkeling die het ambt heeft ondergaan is zij problematischer geworden. Naast het verschil in partijpolitieke achtergrond tussen minister en staatssecretaris speelt daarbij de taakverdeling tussen beide functionarissen een rol. De benoeming van staatssecretarissen met een beperkt takenpakket, waar Geertsema in 1965 nog vraagtekens bij plaatste, komt ruim vijftig jaar later niet meer voor. Eerder is het omgekeerde het geval: het aantal staatssecretarissen in een kabinet is sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw drastisch gedaald: telden de kabinetten-Den Uyl en -Van Agt I elk nog zeventien staatssecretarissen, de kabinetten-Rutte tellen (telden) er (bij hun aantreden) slechts zeven (Rutte II) of acht (Rutte I en Rutte III); de hoeveelheid ministers in de genoemde kabinetten steeg niet substantieel. Het lijkt er dan ook op dat het takenpakket van de staatssecretarissen omvangrijker is geworden. In 2015, toen het kabinet-Rutte II nog aan het bewind was, leek het er volgens Van Rossem & Van der Woude op dat er in Den Haag 'een kabinet van staatssecretarissen zetelt'.⁴²³ Hoewel het kabinet-Rutte III vier ministers meer telt dan de voorgaande kabinetten van deze premier, is het nog altijd een veilige veronderstelling dat de staatssecretarissen in dit kabinet betrokken zijn bij een belangrijk deel van het kabinetsbeleid.

Deze constatering roept de vraag op of de grondwettelijke regeling van het ambt van staatssecretaris wel voldoende is toegesneden op die verantwoordelijkheid. Het gaat dan met name om de vraag of het nog altijd wenselijk is dat staatssecretarissen slechts op uitnodiging en met raadgevende stem aan de vergaderingen van de ministerraad mogen deelnemen. In 1948 achtte de grondwetgever bij monde van Drees deze constructie weinig problematisch, omdat de staatssecretaris zich met slechts een beperkt aantal taken bezighield en daarom niet standaard bij de vergaderingen van de ministerraad aanwezig hoefden te zijn. Nog altijd is een staatssecretaris niet standaard bij de vergaderingen van de ministerraad aanwezig.⁴²⁴ In zoverre sluit Drees' opvatting dat de homogeniteitsregel slechts in beperkte mate voor staatssecretarissen geldt nog altijd aan bij de huidige inrichting van het staatssecretariaat. De gewichtigheid van de dossiers waarmee staatssecretarissen in de kabinetten-Rutte II en -Rutte III zich bezighouden (bezig-

422 *Handelingen I* 1948, p. 38 (3 september 1948).

423 Van Rossem & Van der Woude 2015, p. 3083. Hoewel zij die stelling elders nuanceren (op p. 3086), waren de staatssecretarissen in het kabinet-Rutte II inderdaad betrokken bij een aanzienlijk deel van het regeringsbeleid.

424 Vgl. Van Rossem & Van der Woude 2015, p. 3088, ook voor het hiernavolgende citaat.

hielden), zoals het spoor (staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu), de Participatiewet (staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), asiel en immigratie (in het kabinet-Rutte II staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, respectievelijk die van Justitie en Veiligheid in het kabinet-Rutte III) en de Belastingdienst (staatssecretaris van Financiën), geeft echter aanleiding daaraan te twijfelen. In het licht van het omvangrijke takenpakket van de staatssecretarissen in het kabinet-Rutte II beantwoorden Van Rossem & Van der Woude die vraag ontkennend. Hoewel het niet zeker is dat zich op dat moment onoverkomelijke problemen voordeden, zijn deze auteurs van mening dat de recente ontwikkelingen rond dit ambt 'geen enkele waarborg tegen onsamenhangend regeringsbeleid in de toekomst bieden'.

In dat kader wijzen beide auteurs op het aftreden van staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu Mansveld (PvdA) na de verschijning van het rapport van de Fyra-enquêtecommissie in 2015. Tijdens het debat in de Tweede Kamer naar aanleiding van haar aftreden, uitten verschillende Kamerleden ook hun zorgen over de taakverdeling tussen Mansveld en haar verantwoordelijke minister Schultz van Haegen (VVD). Verschillende Kamerleden vonden dat de staatssecretaris in verhouding tot haar minister relatief veel taken op haar bordje had en vroegen zich af of de taakverdeling tussen minister en staatssecretaris wel evenwichtig was.⁴²⁵ Hoewel Rutte ontkende dat de taakverdeling tussen beiden problematisch was, moest hij toegeven dat de portefeuille van Mansveld uit 'heel grote onderdelen' bestond en stelde hij de Kamer in het vooruitzicht dat de minister en de nieuwe staatssecretaris 'zich zullen beraden' op een nieuwe portefeuilleverdeling.⁴²⁶ Sharon Dijksma (PvdA), de nieuwe staatssecretaris, zou echter precies dezelfde taken krijgen als haar voorgangster.

IV.3.4.5 *Balans*

De positie van de staatssecretaris heeft een opmerkelijke ontwikkeling ondergaan. Oorspronkelijk was hij geïntroduceerd als een functionaris die vooral tot taak had de minister in zijn ambtsuitoefening te ondersteunen. Van die doelstelling is inmiddels weinig meer over. In plaats daarvan beslissen de betrokken onderhandelaars al tijdens de kabinetsformatie wie het ambt van de staatssecretaris zal bekleden en welke taken hij zal uitvoeren.

Hoewel het inmiddels nauwelijks nog wordt geproblematiseerd dat de praktijk rond de benoeming van de staatssecretaris zich in deze zin heeft ontwikkeld, staat deze ontwikkeling op gespannen voet met de bewoordingen van artikel 46, tweede lid Grondwet. Dit artikellid stelt immers, conform de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever, dat het aan de *minister*

425 Vergelijk de bijdrage van o.a. D66-fractievoorzitter Pechtold en CDA-Kamerlid Van Helvert tijdens het plenaire debat over het aftreden van Mansveld in de Tweede Kamer. Zie *Handelingen II* 2015/16, nr. 17, item 8, p. 1-2 (28 oktober 2015). Vgl. ook Van Rossem & Van der Woude 2015, p. 3084.

426 *Handelingen II* 2015/16, nr. 17, item 8, p. 5 (28 oktober 2015).

is om te bepalen wie op zijn departement staatssecretaris wordt en welke taken hij daarbij zal uitoefenen. Deze beslissingen worden tegenwoordig al tijdens de kabinetsformatie genomen, dus vaak nog voordat überhaupt duidelijk is wie de minister zal zijn die met de betreffende staatssecretaris zal samenwerken. Van de oorspronkelijke taakverdeling tussen de minister en de staatssecretaris, zoals de grondwetgever die voor ogen had, is daarom weinig meer over. Het ligt niet voor de hand dat er een conventie bestaat die de huidige grondwettelijke regeling opzijzet. Een conventie kan alleen *contra legem* werken, voor zover de grondwetgever uitdrukkelijk verklaart dat de (Grond)wet geen obstakel voor de gelding van de conventie vormt. Aan die voorwaarde voldoet deze praktijk niet.

Het is daarmee van tweeën één: of de huidige praktijk rond de benoeming van de staatssecretaris en de vaststelling van zijn taakomschrijving wordt gewijzigd in overeenstemming met de grondwettelijke eisen of artikel 46, tweede lid Grondwet wordt dusdanig gewijzigd dat de huidige praktijk zonder grondwettelijke obstakels kan worden gevolgd.

IV.3.5 Slot

Sinds 1814 is het karakter van de organen van de executieve in Nederland aanmerkelijk veranderd. De in dat kader belangrijkste verandering heeft zich voorgedaan rond de koning, die feitelijk een steeds neutralere positie in de regering is gaan innemen. Ruim tweehonderd jaar later vormt onevenredige invloed van de koning op het regeringsbeleid nauwelijks nog een reëel gevaar. De inperking van die macht van de vorst is vanaf de negentiende eeuw in belangrijke mate van conventies afhankelijk geweest.

In de verhoudingen binnen het kabinet gelden daarentegen geen conventies. Wel zijn in die verhoudingen niet-normatieve praktijken in de vorm van politieke wetmatigheden te onderscheiden waarvan de gelding wijst op het belang van evenredigheid in het politieke bedrijf. Het evenwicht binnen de executieve, die in de praktijk in toenemende mate verweven is geraakt met de verhoudingen binnen een coalitie, wordt in belangrijke mate verzekerd door een grote mate van wederkerigheid tussen de verschillende ministers. Duidelijke illustraties daarvan vormen het (zuiver empirische) 'non-interventiebeginsel' en de praktijk op basis waarvan het aanblijven van bewindspersonen afhankelijk is van een beslissing van de top van de verschillende coalitiepartijen.

Een variant op die laatstgenoemde wetmatigheid is de praktijk op basis waarvan een kandidaat-minister geen gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om, op basis van zijn persoonlijke voorkeuren, over te gaan tot de benoeming en de vaststelling van de taakomschrijving van de staatssecretaris. Een minister volgt deze praktijk, omdat hij ervan uitgaat dat de andere ministers dat ook zullen doen. Interessant aan die laatstgenoemde praktijk is dat die uitdrukkelijk op gespannen voet staat met de in artikel 46, tweede lid

Grondwet vastgelegde ministeriële autonomie. Daarom kan die praktijk geen conventie zijn.

Dit betekent dat grondwettelijke bepalingen en mogelijk ook de voorschriften uit het RvOMR in sommige gevallen slechts een beperkte betekenis hebben, voor zover hun doelstelling niet voldoende correspondeert met wat in politiek opzicht aangewezen is.

IV.4 DE STATEN-GENERAAL

IV.4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt het interne functioneren van beide Kamers der Staten-Generaal aan bod.⁴²⁷ In dat kader gaat bijzondere aandacht uit naar zowel de heersende cultuur als de normen uit de Reglementen van Orde van beide Kamers. Aan het slot van dit hoofdstuk bespreek ik in hoeverre zij in elkaars verlengde liggen.

IV.4.2 Achtergrond: parlementaire cultuur in Nederland

Een dimensie die in de beschrijving van de normen uit de voorgaande hoofdstukken onderbelicht is gebleven, is *cultureel* van aard: vooral in de parlementaire context is deze dimensie van belang. Zij valt te begrijpen tegen de achtergrond van het geldende kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging, dat immers bewerkstelligt dat geen enkele politieke groepering over een absolute meerderheid van de zetels in de Kamer beschikt. Als gevolg gelden bepaalde conventies,⁴²⁸ die het mogelijk maken dat iedere minderheid haar stem in de Kamer kan laten horen.

Bij het toezicht op de naleving van die conventies speelt de Kamer-voorzitter een belangrijke rol. Voormalig Tweede Kamervoorzitter Dolman (PvdA) omschrijft de rol van de Kamervoorzitter als volgt:

427 In dit hoofdstuk gaat de aandacht voornamelijk uit naar de positie van de Tweede Kamer, omdat die Kamer de bedrijvigste is van de twee. Zowel de positie van het parlement in relatie tot de regering als het tweekamerstelsel blijven buiten beschouwing. Voor een behandeling van die twee onderwerpen zij verwezen naar hoofdstuk IV.2 respectievelijk IV.6.

428 Het is eventueel ook mogelijk deze conventies aan te duiden als 'culturele' conventies die het resultaat vormen van 'de institutionele geschiedenis van het parlement, meer dan van de constitutionele of machtspolitieke geschiedenis', zoals Hoetink schrijft. Zie Hoetink 2016, p. 26. Zij zijn echter ook constitutioneel van aard in de zin dat zij op de toepassing van een constitutionele norm betrekking hebben. Het culturele aspect van de hier besproken conventies wordt op deze plaats vooral besproken voor een goed begrip van de werking van deze regels. Zie over de afbakening tussen culturele en constitutionele conventies par. III.5.4.2.

‘Hij blijft als lid functioneren. Hij stemt; als er iemand is die zich niet aan de stemming kan onttrekken is het de voorzitter. Terwijl hij op de stoel zit tijdens de debatten moet hij natuurlijk wel onpartijdig zijn. Maar men weet tot welke partij hij behoort, en buiten de vergaderzaal mag men hem niet kwalijk nemen wanneer hij partijdige uitspraken doet. Dat gebeurt wel met mate, met terughoudendheid. Maar bijvoorbeeld in verkiezingstijd is de voorzitter ook weer kandidaat, net als iedereen.’⁴²⁹

Het bestaan van deze neutraliteit van de voorzitter valt niet of nauwelijks af te leiden uit het geschreven recht.⁴³⁰ Toch bestaat er wel een impliciete norm die de Kamervoorzitter in bepaalde gevallen verplicht een neutrale houding aan te nemen. In dit kader maakt Hoetink een verhelderend onderscheid tussen de positie van de voorzitter binnen en buiten de vergadering.⁴³¹ Binnen de vergadering dient de voorzitter zich neutraal op te stellen in het contact tussen respectievelijk de Kamer en bewindslieden enerzijds en de Kamerleden onderling anderzijds. Buiten de vergadering kan hij binnen zekere grenzen wel als lid van zijn fractie stelling innemen over bepaalde politieke kwesties. De Kamer straft een voorzitter die zich dan onvoldoende terughoudend opstelt echter ook af. Hoetink stelt in dit kader:

‘Bij onvoldoende terughoudendheid echter brachten fracties onmiddellijk de geloofwaardigheid als hoeder van de héle Kamer in het geding. Dat maakte politieke afzijdigheid toch tot een tamelijk dwingende conventie, wilde de voorzitter bij alle leden gezag genieten als verbindende schakel en als scheidsrechter in conflictsituaties.’

De werking van deze conventie, die weliswaar bij Hoetink de betekenis van een culturele (sociale) regel heeft maar ook goed als een constitutionele conventie kan worden gezien, is subtiel. Zij hangt in de eerste plaats nauw samen met de taak van de voorzitter als vertegenwoordiger van de gehele Kamer. Bij een dergelijke vertegenwoordigende positie past een neutrale opstelling tijdens het voorzitten van vergaderingen. In de tweede plaats spelen ook de in de Kamer vigerende machtsverhoudingen een rol. Aangezien de Kamer in feite bestaat uit verschillende groepen politieke minderheden, zal iedere minderheid zeker willen stellen dat de voorzitter haar voldoende in staat stelt om haar geluid te kunnen laten horen. Het eerste aspect verklaart de bindende kracht van de conventie, terwijl het tweede aspect wijst op het bestaan van een handhavingsmechanisme in de vorm van het waakzame oog van diverse Kamerfracties die voortdurend in de gaten houden of de voorzitter zich wel voldoende neutraal opstelt tijdens debatten.

429 Hoetink 2018, p. 166 met verwijzing naar *Handelingen II 1978/79*, p. 6037 (30 augustus 1979).

430 In het RvO ontbreken expliciete bepalingen over de inhoudelijke opstelling van de voorzitter tijdens een vergadering. Vgl. o.a. Franssen & Van Schagen 1990, p. 42-47; Hoetink 2018, p. 166.

431 Hoetink 2018, p. 166, ook voor de volgende twee citaten.

Hoe dwingend de regel is die een terughoudende opstelling van de voorzitter tijdens de vergadering voorschrijft, blijkt duidelijk uit zijn opstelling als een motie wordt ingediend. Het is namelijk zeer uitzonderlijk als een voorzitter zijn naam onder de tekst van een motie plaatst. Toen toenmalig Tweede Kamervoorzitter Khadija Arib (PvdA) dat in 2019 bij wijze van hoge uitzondering deed, werd dat in de pers als iets uitzonderlijks betiteld; en terecht, want het was voor het eerst sinds in ieder geval 1925 dat de voorzitter dit deed.⁴³² De strekking van deze door het Kamerlid Van der Molen (CDA) ingediende motie was dat de Kamer 'de handelwijze om Kamerleden vanwege hun afkomst uit te kiezen en hen gericht via sociale media te intimideren ten stelligste afwijst'.⁴³³ Aanleiding voor de indiening van de motie was de ergernis onder veel Kamerleden over door de politieke partij DENK naar buiten gebrachte filmpjes op 'social' media. Bij de andere fracties in de Tweede Kamer bestond daarover een breed ongenoegen, omdat verschillende Kamerleden de filmpjes als intimiderend hadden ervaren.

Hoewel het hier in feite om een uitzondering op de regel van niet-ondertekening van moties door de Kamervoorzitter gaat, kan de ondertekening van deze motie door Arib juist ook als een bevestiging van de neutrale rol-opvatting van de Kamervoorzitter worden gezien. Het gaat hier in feite om een motie die betrekking heeft op het functioneren van de Kamer en individuele Kamerleden als zodanig, niet om een omstrede, politieke kwestie die daar los van staat.⁴³⁴ Illustratief is dat de motie door alle fractievoorzitters in de Kamer op die van DENK na is ondertekend en dat zij met algemene stemmen, dus ook door de leden van de DENK-fractie, is aangenomen.⁴³⁵ Dit voorbeeld vormt dus een indicatie van de Kamercultuur waarin de bescherming van politieke minderheden een belangrijke rol speelt.

De kracht van die cultuur in de Kamer blijkt niet alleen uit de positie van de Kamervoorzitter, maar ook uit de manier van handelen van de overige leden van de Kamer. Reeds aan het begin van de twintigste eeuw, toen de heterogeniteit in de samenstelling van de Kamer langzamerhand begon toe te nemen, ontstond in de Kamer het besef dat partijpolitieke verschillen geen rol mogen spelen bij de herziening van de regels uit het Reglement. Illustratief is de volgende waarschuwing van het katholieke Tweede Kamerlid De Stuers uit 1910 aan het adres van zijn confessionele collega's in de Kamer die probeerden te voorkomen dat leden van de toen nog relatief kleine SDAP-fractie in de Tweede Kamer het woord voerden tijdens Kamerdebatten over bepaalde verzekeringswetten:

432 'Haatmails en dreigementen voor Nederlands-Turkse Kamerleden? Selçuk Öztürk (DENK) voelt zich niet aangesproken: "Als iemand wordt bedreigd ben ik dat"', *de Volkskrant* 14 maart 2019. Het bericht vermeldt dat het Kamerarchief voor 1925 zich niet eenvoudig laat raadplegen. Het is daarom goed mogelijk dat het nog langer niet is voorgekomen dat een Kamervoorzitter zijn handtekening onder een motie plaatste.

433 *Kamerstukken II* 2018/19, 30950, nr. 173 (herdruk).

434 Vgl. Hoetink 2018, p. 165-166.

435 *Handelingen II* 2018/19, nr. 64, item 15, p. 1 (19 maart 2019).

'Ik vind het erg pijnlijk, wanneer een minderheid bij een meerderheid moet komen soebatten en bedelen om in de gelegenheid te worden gesteld nog eens iets te zeggen. (...) Er is hierbij ook eenig eigenbelang in het spel. Ik denk hieraan: het is een slecht praecedent als het een minderheid door de meerderheid – tenzij er kennelijke obstructie in het spel is – moeilijk en onmogelijk wordt gemaakt, zich nog eens te doen hooren. (...) De meerderheid moet bedenken, dat zij ook minderheid kan worden, en dan wel eens betaald kan worden met dezelfde onaangename munt.'⁴³⁶

Uit deze uitspraak blijkt dat reeds aan het begin van de twintigste eeuw het besef bestond dat in de Tweede Kamer alle daarin vertegenwoordigde politieke groeperingen van zich moeten kunnen laten horen. De uitspraak van De Stuers is zo treffend, omdat daaruit expliciet naar voren komt dat de bescherming van rechten van parlementaire minderheden door de Kamer zelf niet louter door altruïstische overwegingen hoeft te zijn ingegeven. In dit kader speelt ook het eigen belang van grotere fracties een rol, omdat zij in de toekomst afhankelijk kunnen raken van oorspronkelijk kleine fracties die later tot grote fracties kunnen uitgroeien. In de geciteerde uitspraak ligt zodoende een andere belangrijke verklaring voor de naleving van de voorschriften uit het RvO besloten. Hoewel eigenbelang bij de naleving van conventies in het parlement zonder twijfel van groot belang is, lijkt het voor de Kamer als geheel een principekwestie te zijn dat *alle* Kamerleden, ongeacht uit welke fractie zij afkomstig zijn, de mogelijkheid krijgen hun opvattingen in de Kamer naar voren te brengen.

Hoe sterk dat besef in de Tweede Kamer geldt, blijkt uit de wijze waarop ook omstreden Kamerleden een podium in de Kamer krijgen, ook als daar voor Kamerleden van andere fracties evident geen eigenbelang mee gemoeid is.⁴³⁷ Een mooi voorbeeld daarvan vormt de toepassing van de tot 31 maart 2021 geldende eis op basis waarvan een Kamerlid voor de indiening van een motie in ieder geval de steun van vier andere Kamerleden nodig heeft (art. 66, eerste lid RvO II (oud)); deze norm had oorspronkelijk tot doel de al te lichtvaardige indiening van moties te voorkomen.⁴³⁸

In dat licht is het in theorie denkbaar dat de indiening van moties door Kamerleden van fracties van onder de vijf leden wordt geblokkeerd door grotere fracties. Toch gebeurde dat in het licht van de gedachte van parlementaire minderhedenbescherming eigenlijk nooit. In de Kamer bestond in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw de overtuiging dat zelfs het Tweede Kamerlid Janmaat van verscheidene nationalistische fracties,⁴³⁹ wiens gedachtegoed toentertijd kamerbreed werd afgekeurd, gebruik moest kunnen maken van het recht om een motie in te dienen. Het toenmalige

436 *Handelingen II* 1909/10, p. 1568 (16 maart 1910). Aangehaald in Tanja 2011, p. 102.

437 Hoetink 2018, p. 248. Vgl. ook Prins 1986b, p. 134.

438 *Kamerstukken II* 1887/88, 10, nr. 7, p. 21. Zie nader Pippel 1950, p. 316.

439 Hans Janmaat was fractievoorzitter in de Tweede Kamer voor de Centrumpartij (1982-1984), de Groep Janmaat (1984-1986) en de Centrumdemocraten (1989-1998).

Kamerlid Van Middelkoop (GPV), die de herverkiezing van Janmaat in de Tweede Kamer in 1989 meemaakte, merkte in een latere terugblik op die periode op dat in de Kamer een dilemma ontstond toen Janmaat een motie indiende:

‘Dat was wel even spannend, omdat twee dingen met elkaar botsten: één: de collegiale loyaliteit, die ertoe leidde dat je je hand opsteekt, en twee: de politieke aversie, zo niet persoonlijke aversie, tegen Janmaat. Toen heb ik voor mezelf geredeneerd: deze motie zullen wij straks met 149 tegen 1 verwerpen, maar hij moet wel de kans krijgen om [die] verworpen te [laten] worden, evenals wij dat allemaal hebben. Dat is een gevoel dat je als kleine fractie heel sterk hebt. Dus heb ik ook mijn hand opgestoken, met een collega van het CDA, de VVD en nog iemand. De PvdA kon dat niet, daarvoor was hun aversie te groot. Daar heb ik alle soorten van begrip voor, maar puur professioneel gezien, had ik het chiquer gevonden als die ook hun hand hadden opgestoken.’⁴⁴⁰

Langzaam maar zeker is de praktijk om ieder Kamerlid de kans te geven een motie in te dienen verworpen tot een *norm*. Hoewel nog tot het moment van zijn afschaffing de theoretische mogelijkheid bestond dat Kamerleden de eis van artikel 66 RvO II (oud) tegengeworpen kregen, was hij al ruim voor die tijd verworpen tot een formaliteit. Een werkgroep van acht Tweede Kamerleden onder leiding van Van der Staaij (SGP) die zich had gebogen over de herziening van het RvO II stelde daarom in 2019 voor deze eis te laten vervallen.⁴⁴¹ Inmiddels is dat voorstel ook verdisconteerd in het nieuwe artikel 8.20 RvO II, op basis waarvan Kamerleden voor het indienen van een motie niet langer de steun van vier andere Kamerleden hoeven te hebben. Zo is een gedragsregelmaat in de Kamer die primair het uitvloeisel vormde van de parlementaire minderhedencultuur inmiddels uitgegroeid tot een *constitutionele* conventie.

Dit voorbeeld illustreert dat ondanks de gelding van normen uit het RvO II ruimte bestaat voor aanvullende praktijken, zolang die door de Kamer als geheel worden gesteund.

IV.4.3 De Reglementen van Orde van beide Kamers

IV.4.3.1 Achtergrond

De beide Reglementen van Orde (hierna: RvO) van beide Kamers, die sinds 1815 van kracht zijn, bevatten de belangrijkste interne regels die betrekking

440 Aangehaald in Hoetink 2018, p. 248. De uitspraak is ontleend aan een achtergrondgesprek dat Hoetink met Van Middelkoop heeft gevoerd.

441 *Kamerstukken II 2019/20, 35322*, nr. 5, p. 8. Wel houdt de Tweede Kamervoorzitter volgens het voorstel de mogelijkheid in te grijpen als bij de indiening van een motie beledigende uitspraken worden gedaan of op een andere manier ongeoorloofd gedrag plaatsvindt.

hebben op het functioneren van beide Kamers.⁴⁴² Het RvO bevat voorschriften over de organisatie en de werkwijze van de Kamer in de breedste zin. De onderwerpen waarover het Reglement normen bevat, betreffen onder meer de Kamervoorzitter, de griffier, de commissies, de afdelingen, het verloop van plenaire vergaderingen, de wijze waarop de Kamer haar bevoegdheden, zoals het recht van interpellatie en het recht van enquête, uitoefent en de publicatie van stukken. De voorschriften uit het RvO zijn voor Kamerleden in beginsel bindend, tenzij zij in strijd zijn met het Statuut, de Grondwet of een andere wet (art. 16.3 onder b RvO II; art. 179 RvO I).

Sinds 1983 ligt de grondslag van de bevoegdheid tot vaststelling van het RvO zelfs besloten in de Grondwet, en wel in artikel 72, dat volgens de regering mede de zelfstandige positie van beide Kamers in het staatsbestel tot uitdrukking brengt.⁴⁴³ Dankzij deze grondslag in de Grondwet is het nu klip-en-klaar dat de Kamer ook bevoegd is via het RvO *individuele* Kamerleden te binden, dus ook voor zover die leden niet met de vaststelling of wijziging van het RvO hebben ingestemd.⁴⁴⁴ Voordien werd de binding in de literatuur gestoeld op de gedachte dat het parlement in zijn taakuitoefening autonoom dient te zijn en derhalve de bevoegdheid dient te hebben om zijn eigen voorschriften op te stellen.⁴⁴⁵ Ondanks het bestaan van een grondwettelijke grondslag voor de vaststelling van het RvO, is de idee van parlementaire autonomie nog altijd van invloed op de bindende kracht van het RvO. Het is immers nog altijd mogelijk voor de Kamer om in een incidenteel geval van een voorschrift uit het RvO af te wijken, mits geen der leden zich daartegen verzet.⁴⁴⁶ Het achterliggende doel van deze unanimiteitseis ligt nog altijd in de bescherming van parlementaire minderheden.⁴⁴⁷ In het licht van deze omschrijving is het niet verwonderlijk dat de binding van het RvO louter *intern* van aard is. De Kamer is niet bevoegd in haar eigen Reglement andere organen te binden.⁴⁴⁸

In het licht van die interne binding is het goed denkbaar dat ook buiten het kader van het Reglement regels gelden die de Kamer als bindend beschouwt. In de rest van deze paragraaf besteed ik daarom ook aandacht

442 Als ik de termen 'Kamer' en 'RvO' gebruik, dan doel ik op beide Kamers van de Staten-Generaal respectievelijk hun beider Reglementen van Orde. Als ik enkel doel op het RvO van de Tweede dan wel Eerste Kamer gebruik ik de afkorting 'RvO II' respectievelijk 'RvO I'. Ik laat het RvO voor de Verenigde Vergadering der Staten-Generaal buiten beschouwing.

443 *Kamerstukken II* 1976/77, 14224, nr. 3, p. 8.

444 In die zin ook Schutgens 2009, p. 291.

445 Vgl. o.a. Coopman 1939, p. 101; Pippel 1950, p. 175; Hagelstein 1991, p. 61.

446 Sinds 1966 valt ook dat uit de tekst van het RvO op te maken (zie thans art. 16.3 onder a RvO II respectievelijk art. 179 RvO I). Ook voor die tijd kwamen afwijkingen van het RvO echter voor. Zie o.a. Hagelstein 1991, p. 67-68.

447 In die zin ook Hagelstein 1991, p. 68.

448 Dat neemt overigens niet weg dat het RvO ook voorschriften bevat die mede betrekking hebben op bewindspersonen en anderen die in de Kamer te gast zijn. Ik kom daarop in par. IV.4.3.2 nog terug.

aan conventies die niet direct samenhangen met de in het RvO opgenomen voorschriften.

IV.4.3.2 *De conventie als bevestiging van of aanvulling op een in het RvO opgenomen norm*

Voor wat betreft hun bindende karakter bestaat een zekere overlap tussen de voorschriften uit het RvO en de conventie: in beide gevallen is sprake van buiten(grond)wettelijke normen zonder rechtskarakter⁴⁴⁹ die een orgaan vaststelt om zichzelf te binden, waarvan in voorkomende gevallen afwijking mogelijk is. Op zichzelf is het goed mogelijk dat een norm uit het RvO ook het karakter van een conventie heeft of krijgt, omdat deze laatste categorie regels niet per definitie ongeschreven hoeft te zijn.⁴⁵⁰ Toch betekent dat niet dat beide begrippen stevast samenvallen.⁴⁵¹ Immers, voor het bestaan van een conventie is niet haar formulering in een geschreven document, maar haar naleving in de praktijk leidend.

Het komt wel geregeld voor dat bepaalde gewoonten, die op den duur het karakter van een conventie krijgen, door de Kamer in het RvO worden opgenomen. Dat geldt bijvoorbeeld voor het voorschrift op grond waarvan een Kamerlid in een plenaire vergadering slechts het woord mag voeren nadat hij het aan de voorzitter heeft gevraagd en verkregen (art. 8.9, eerste lid RvO II; art. 85, eerste lid RvO I)⁴⁵² en voor de beperkte mogelijkheden

449 In de literatuur is ook wel betoogd dat de voorschriften uit het RvO '*de facto*' het karakter van een *rechtsregel* 'van lagere orde' hebben, vermoedelijk vanwege hun in beginsel bindende karakter. In die zin Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 18-21. Die conclusie is echter niet geheel zuiver, omdat niet zozeer de voorschriften uit het RvO leidend zijn voor het handelen van de Kamer, maar uiteindelijk het handelen van de Kamer *zelf*; het is voor de Kamer dan ook steeds geoorloofd een beslissing te nemen in afwijking van het geregelde in het RvO. Noch uit de opvatting van de grondwetgever tijdens de herziening van de Grondwet in 1983, noch uit de opvattingen van de Kamers blijkt bovendien expliciet dat de normen uit het RvO als rechtsregels moeten worden gezien. Vgl. voor het RvO II *Kamerstukken II* 1992/93, 22590, nr. 5, p. 5-6. Het is daarom enigszins verwarrend het RvO als een verzameling rechtsnormen te beschouwen. In plaats daarvan heeft het RvO primair het karakter van een regeling *sui generis*. Vgl. in die zin ook o.a. Coopman 1939, p. 110; Franssen & Van Schagen 1990, p. 21-22.

450 In die zin ook Verhey 2014, p. 13-14.

451 Zie par. III.5.3.3.1.

452 Coopman 1939, p. 108; Hagelstein 1991, p. 94.

die een Tweede Kamerlid heeft om een vergissing bij het uitbrengen van een stem te herstellen (art. 8.27 RvO II).⁴⁵³ Verder komt het voor dat *veranderingen* ten aanzien van een gewoonte later hun weerslag in het Reglement krijgen, hetgeen geschiedde ten aanzien van de bepaling op basis waarvan de Tweede Kamer een informateur kan uitnodigen met het oog op het verkrijgen van inlichtingen over zijn werkzaamheden. Hoewel het toepasselijke reglementsvoorschrift, artikel 11.2 RvO II, bepaalde dat informateurs slechts na afronding van hun informatieopdracht in de Kamer konden worden uitgenodigd, kwam het een aantal malen voor dat een informateur al in de Kamer verscheen op het moment dat hij zijn opdracht nog niet had afgerond. Pas later werd deze wijziging verdisconteerd in het genoemde reglementsvoorschrift.⁴⁵⁴ In deze gevallen konden de praktijken rond de toepassing van deze voorschriften reeds worden beschouwd als een conventie voordat zij een plaats in het Reglement van Orde kregen.

Andere voorschriften uit het RvO vinden hun oorsprong daarentegen juist niet in de praktijk, maar hadden tot doel om een nieuwe conventie te *creëren*. Een goed voorbeeld van een dergelijk voorschrift vormt de invoering in 1906 van het mondelinge en schriftelijke vragenrecht in de Tweede Kamer (thans geregeld in art. 12.1 tot en met 12.5 RvO II). Volgens de initiatiefnemers van het voorstel zou het voor de Kamer met behulp van een dergelijk vragenrecht eenvoudiger zijn om informatie van bewindslieden te verkrijgen, omdat voor het gebruik van dat recht, anders dan bij het recht van interpellatie, geen verlov van de Kamer nodig is.⁴⁵⁵ Pas *nadat* (de procedure voor de gebruikmaking van) het vragenrecht een plaats in het RvO II had gekregen, konden conventies rond het gebruik van dat recht ontstaan.

Een andere noodzaak voor het maken van een conceptueel onderscheid tussen het conventiebegrip en de gelding van voorschriften uit het RvO ligt in het bestaan van bepalingen die betrekking hebben op de relatie tussen de Kamer en *andere* organen. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is artikel 12.2, eerste lid RvO II, dat als volgt luidt:

453 Coopman 1939, p. 108; Pippel 1950, p. 367; Hagelstein 1991, p. 94. In het RvO I ontbreekt een dergelijke bepaling.

454 Tussen 1993 en 2012 werd dit bepaald in art. 139a RvO II, tussen 2012 en 2021 in art. 139b RvO II en thans in art. 11.2 RvO II. De evaluatiecommissie van de kabinetsformatie 2012 oordeelde dat het de Kamer vrijstond een informateur nog voor de afronding van diens opdracht een uitnodiging te sturen, omdat zij bij unanimititeit van bepalingen uit het Reglement kan afwijken. De commissie pleitte er echter wel voor op dit punt het Reglement weer in overeenstemming te brengen met de praktijk. Zie Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15*, 33410, nr. 72, p. 74. Deze aanbeveling heeft de Kamer opgevolgd. Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 34187, nr. 2. Inmiddels bepaalt art. 11.2 van het RvO II dat de informateur ook 'tijdens de uitvoering' van zijn informatieopdracht door de Kamer kan worden uitgenodigd.

455 *Kamerstukken II 1905/06*, 214, nr. 3, p. 2. Het vragenrecht in relatie tot het grondwettelijke inlichtingenrecht komt aan de orde in par. IV.4.4.

‘Indien een minister niet in staat is om een schriftelijke vraag binnen drie weken te beantwoorden, dan laat hij de Voorzitter dit onder opgave van redenen weten.’

Op het eerste gezicht lijkt het vreemd dat dit voorschrift is opgenomen in een interne regeling als het RvO II, omdat een dergelijke regeling geen organen buiten de Kamer kan binden. Toch is het verdedigbaar om in dit kader van een bindende regel te spreken zolang de minister zich eraan committeert. Als de minister zich aan de norm uit het voorschrift houdt, schuilt de bindende kracht van die norm echter niet in het reglementsvoorschrift, maar in de eigen *overtuiging* van de betrokken minister dat hij die norm moet naleven. In dit geval is dus geen sprake van rechtstreekse binding van de minister door de Kamer door middel van het RvO II, maar van *zelfbinding* van de minister aan een informele gedragsregel, die ook wel kan worden aangeduid als een conventie. Het is ook voor een minister belangrijk om duidelijke afspraken met de Kamer te hebben over de vervulling van de grondwettelijke plicht tot verstrekking van de door een of meer Kamerleden verlangde inlichtingen (art. 68 Grondwet).

Een andere vraag die rijst is in hoeverre handhaving van de voorschriften uit het RvO mogelijk is. Hoewel het hier om zelfbinding gaat, is in de Kamer wel degelijk een zekere mate van toezicht op de naleving van de in het RvO opgenomen voorschriften georganiseerd. Deels berust dit toezicht bij de Kamer zelf, die bij unanimititeit kan besluiten van het RvO af te wijken (art. 16.3 onder a RvO II; art. 179 RvO I), deels berust de verantwoordelijkheid voor het toezicht op de naleving van het RvO bij de Kamervoorzitter. Het is bijvoorbeeld de voorzitter die erop toeziet dat Kamerleden via hem spreken, dat Kamerleden op een geldige manier hun stem uitbrengen en dat de door Tweede Kamerleden ingediende schriftelijke vragen aan de voorwaarden van artikel 12.1 RvO II voldoen. De voorzitter beschikt over handhavingmechanismen om ervoor te zorgen dat Kamerleden deze en andere voorschriften naleven, zoals een Kamerlid bij een debat het woord ontnemen, het opnieuw laten plaatsvinden van een stemming of (bij schriftelijke stemmingen) het ongeldig verklaren van een door een Kamerlid uitgebrachte stem en zodoende die stem niet laten meetellen (art. 8.34 RvO II; art. 114 RvO I) en ingestuurde schriftelijke vragen niet doorzenden aan een bewindspersoon. Het is derhalve mogelijk dat een Kamerlid inconstitutioneel handelt door een bepaald voorschrift uit het RvO c.q. een daaruit voortvloeiende conventie niet na te leven. In een dergelijk geval beschikt de voorzitter over de mogelijkheid om dat te constateren en, indien nodig, een sanctie jegens het betrokken Kamerlid uit te vaardigen.

IV.4.3.3 *De conventie als een van het RvO afwijkende norm*

In de voornoemde voorbeelden bestond er een duidelijke overlap tussen het RvO en het bestaan van de conventie, omdat in deze gevallen simpelweg van naleving van de hoofdregel uit het betreffende ordevoorschrift sprake

is. In de praktijk is het echter voorgekomen dat niet de hoofdregel uit het RvO, maar een daarvan afwijkende praktijk leidend was voor het handelen van een van beide Kamers. Een treffend voorbeeld van een dergelijk voorschrift is artikel 108 RvO I, zoals dat tot 12 december 2017 gold:

‘Stemmen geschiedt bij hoofdelijke oproeping, tenzij de Kamer op voorstel van de Voorzitter of van één der overige leden tot stemmen bij zitten en opstaan besluit. Indien de uitslag van een stemming bij zitten en opstaan naar het oordeel van de Voorzitter of dat van een der leden onduidelijk is, wordt hoofdelijk herstemd.’

Anders dan de tekst van het geciteerde voorschrift suggereert, komen hoofdelijke stemmingen in de Eerste Kamer echter al ruim een decennium slechts bij wijze van uitzondering voor.⁴⁵⁶ In plaats daarvan bestaat in de Eerste Kamer het gebruik dat, ingeval een voorstel niet bij algemene stemmen wordt aangenomen of verworpen, bij zitten en opstaan wordt gestemd. In dit geval heeft de tekst van de genoemde bepaling derhalve eigenlijk geen betekenis voor de vaststelling van het bestaan van een bepaalde conventie. Voor het bestaan van een conventie is slechts relevant of het betrokken orgaan zich aan de betreffende conventie in de praktijk gebonden acht.⁴⁵⁷ Sinds 12 december 2017 geldt de uitzondering uit de genoemde bepaling op grond van het toen gewijzigde artikel 108 RvO I dan ook als hoofdregel.⁴⁵⁸

Met deze wijze van stemming is iets bijzonders aan de hand, omdat daarbij in de praktijk wordt uitgegaan van de fictieve aanwezigheid van alle

456 *Veelzijdig in deeltijd* 2015, p. 124-125. Eerder behandelde ik dit voorbeeld in Geertjes 2016b, p. 186-188.

457 Illustratief in dit kader is ook de aanneming van de motie-Kolfschoten door de Tweede Kamer in 1971. Deze motie had tot doel om de invloed van de Kamer op de benoeming van de formateur te vergroten. De aanneming van deze motie ging destijds gepaard met een aantal wijzigingen van het toentertijd geldende RvO II (zie art. 125 RvO II (oud)). Zie *Kamerstukken II 1970/71*, 11213, nr. 3. Desondanks hebben de motie en de bijbehorende wijzigingen in het RvO II geen enkele invloed gehad op het verloop van de daaropvolgende formatieprocedures. Zie o.a. Maas 1982, p. 14-15; Bootsma 2017, p. 307-309; Hoetink 2018, p. 65. De wijziging van het RvO II naar aanleiding van de aanneming van de motie-Kolfschoten had dan ook niet tot het ontstaan van een conventie geleid. Het zou nog tot 2012 duren voor de Tweede Kamer ook echt zelf een besluit zou gaan nemen over de benoeming van (in)formateurs. In dat jaar kreeg de relevante bepaling uit het RvO (zie thans art. 139a) een dwingendere formulering. Strikt genomen was die wijziging van het Reglement echter niet nodig; de Kamer had, bij ontstentenis van een grondwettelijke bepaling op dit punt, immers al de mogelijkheid om de benoeming van de (in-)formateur(s) naar zich toe te trekken. Zie ook par. IV.5.5.1.

458 Deze aanpassing was gedaan naar aanleiding van een advies van de Tijdelijke commissie werkwijze Eerste Kamer om het RvO I aan te passen aan de bestaande praktijk. Zie *Kamerstukken I 2017/18*, CXXIV, A, p. 9. Tegenwoordig luidt art. 108 RvO I als volgt: ‘Stemmen geschiedt bij zitten en opstaan, tenzij de Kamer op verzoek van een van de leden tot stemmen bij hoofdelijke oproeping overgaat. Indien de uitslag van een stemming bij zitten en opstaan naar het oordeel van de Voorzitter of dat van een van de leden onduidelijk is, wordt hoofdelijk herstemd.’

leden. In dat systeem brengt een Eerste Kamerlid namens zijn hele fractie een stem uit.⁴⁵⁹ Als een fractie uit dertien leden bestaat waarvan er slechts tien aanwezig zijn, wordt het stemmende lid van de betreffende Eerste Kamerfractie toch geacht dertien stemmen te hebben uitgebracht.⁴⁶⁰ Boogaard & Dragstra verdedigen de stelling dat het mogelijk is deze werkwijze 'een breed gedragen conventie' binnen de Eerste Kamer te noemen, omdat ieder Kamerlid in beginsel van deze werkwijze voordeel kan hebben.⁴⁶¹ Vrijwel ieder Eerste Kamerlid zal immers weleens afwezig zijn en in het betreffende systeem is het in beginsel niet nodig om elkaars afwezigheid op te vangen.⁴⁶² Deze praktijk draagt zo gezien bij aan het snelle en efficiënte verloop van stemmingen. Bij de meeste stemmingen in de Eerste Kamer zal het weinig uitmaken of er een of meer Kamerleden afwezig zijn, omdat de Eerste Kamer de meeste voorstellen zonder stemming aanneemt. Het komt echter uiteraard ook voor dat de Eerste Kamer over (omstreden) voorstellen of andersoortige besluiten gaat stemmen waarbij iedere stem telt, hetgeen relevant wordt als het erom zal spannen of het betreffende voorstel steun krijgt van een meerderheid in de Eerste Kamer of niet.

Illustratief is het verloop van de stemprocedure over het voorstel tot herziening van de Elektriciteits- en Gaswet op 22 december 2015.⁴⁶³ Dit wetsvoorstel werd met 37 stemmen voor en 38 stemmen tegen verworpen. Er werd over dit wetsvoorstel conform de heersende praktijk met zitten en

459 *Veelzijdig in deeltijd* 2015, p. 125. In de Eerste Kamer worden daarnaast, in het geval waarin hoofdelijke stemming over een voorstel plaatsvindt, ook pairingsafspraken gemaakt, waarbij Kamerleden die op tegengestelde wijze over een bepaald voorstel zullen stemmen elkaars (onvoorziene) afwezigheid opvangen door bij een stemming afwezig te blijven. Volgens het jubileumboek van de Eerste Kamer uit 2015 dragen dergelijke afspraken het karakter van een herenakkoord. Ten aanzien van (de handhaving van) deze afspraken komen geen bepalingen voor in het RvO I. Zie *Veelzijdig in deeltijd* 2015, p. 103. Ook in de Tweede Kamer waren dergelijke pairingsafspraken lange tijd geen onbekend fenomeen. Zie o.a. Hoetink 2018, p. 399.

460 Deze praktijk is alleen al opmerkelijk in het licht van de quorumeis van art. 67, eerste lid Grondwet jo. art. 74 en 75 RvO I. Afwezige Eerste Kamerleden tellen niet mee voor het quorum, maar kunnen kennelijk wel een geldige stem uitbrengen. Deze praktijk vormt dan ook een duidelijk bewijs voor de juistheid van de stelling van Van der Hoeven dat de formele voorschriften, zoals de eis van het quorum, in het constitutioneel recht 'het strengst naar de letter in acht genomen worden'. Zie Van der Hoeven 1958, p. 103, nt. 90. Weliswaar is het inmiddels reeds voldoende voor het behalen van het quorum dat Kamerleden voor aanvang van de vergadering in de Kamer hun handtekening zetten (zij hoeven dus niet fysiek aanwezig te zijn bij de stemming, zie art. 74, eerste lid RvO I), maar volledig verdwenen is de quorumeis niet.

461 Boogaard & Dragstra 2019, p. 3.

462 Aantekening verdient wel dat de gedachte van de fictieve aanwezigheid alleen opgaat voor fracties waarvan ten minste één lid in de Kamer aanwezig is. Voor kleinere fracties die uit slechts één of twee leden bestaan, hoeft de praktijk van fictieve aanwezigheid derhalve niet noodzakelijkerwijs voordelig te zijn. Zie ook Boogaard & Dragstra 2019, p. 3.

463 *Handelingen I* 2015/16, nr. 15, item 22, p. 1 (22 december 2015). Zie voor meer voorbeelden van stemmingen waarin de fictieve aanwezigheid van Kamerleden beslissend voor de uitslag is geweest Boogaard & Dragstra 2019, p. 3-6.

opstaan gestemd. Volgens de handelingen hadden dus alle 75 leden van de Eerste Kamer over het wetsvoorstel gestemd. Opmerkelijk is echter dat het lid Niko Koffeman (PvdD), zoals ook uit de *Handelingen* blijkt, bij de stemming afwezig was. Desondanks werd zijn stem meegeteld volgens het uitgangspunt dat een fractie in beginsel unaniem over een wetsvoorstel stemt, waarop in dit geval geen uitzondering werd gemaakt. Er was immers geen Kamerlid dat gebruik wenste te maken van de mogelijkheid die artikel 108 RvO I bood (en biedt) om een hoofdelijke stemming aan te vragen.

Als Koffeman wel aanwezig was geweest bij de stemming en het betreffende voorstel had gesteund, dan hadden de stemmen gestaakt. In dat geval had in overeenstemming met artikel 110, tweede lid RvO I in een latere vergadering een herstemming moeten plaatsvinden. In dit geval houdt de fictieve aanwezigheid van een Eerste Kamerlid dus rechtstreeks verband met een stemming die in de Kamer heeft plaatsgevonden. Het ligt niet direct voor de hand dat Koffeman over het genoemde voorstel afwijkend van zijn fractiegenoten zou hebben gestemd. In dat licht is de hier beschreven praktijk dan ook niet direct bezwaarlijk. Dit geldt temeer, omdat uit artikel 67, eerste lid Grondwet en artikel 108 RvO I volgt dat er reeds een hoofdelijke stemming over een voorstel of een besluit dient plaats te vinden, indien één Kamerlid daarom vraagt (art. 67, vierde lid Grondwet). Aangezien geen Kamerlid tegen het verloop van de stemming bij zitten en opstaan bezwaar heeft gemaakt, is dit geval praktisch gezien weinig problematisch.

Toch is het bestaan van deze praktijk grondwettelijk gezien wel bezwaarlijk.⁴⁶⁴ Uit artikel 67, derde lid Grondwet volgt klip-en-klaar dat stemmen slechts zonder last worden uitgebracht door de *leden* van (en dus niet de fracties in) de Staten-Generaal. Een voorstel tot herziening van de Grondwet met het oog op het mogelijk maken van de overdracht van stemmen van een Kamerlid dat wegens internationale verplichtingen een stemming niet kan bijwonen, sneuvelde dan ook in 1952 in de Eerste (!) Kamer tijdens een debat over de aanstaande herziening van de Grondwet. Tijdens het debat over het genoemde voorstel merkte het Eerste Kamerlid Moleenaar (VVD) op dat de mogelijkheid van stemoverdracht in strijd is met 'de eigen verantwoordelijkheid' die ieder Kamerlid voor zijn eigen stemgedrag

464 Boogaard & Dragstra noemen hetzelfde bezwaar. Zie Boogaard & Dragstra 2019, p. 7-8. Een ander mogelijk bezwaar is dat het stelsel van de fictieve aanwezigheid tot willekeur leidt, omdat het grote fracties bevoordeelt. Kleine fracties, met name die slechts uit één lid bestaan, hebben minder voordeel van dit systeem, omdat van iedere fractie ten minste één lid aanwezig dient te zijn om een geldige stem uit te brengen. Verder vormt het rechterlijke toetsingsverbod van formele wetten aan de Grondwet (art. 120 Grondwet) een bezwaar, omdat daar gelet op het arrest HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens (*Prof. Van den Bergh/Staat*) mede uit volgt dat het voor een derde niet mogelijk is om een fout van de Kamer voor wat betreft de aanneming van formele wetgeving te laten corrigeren door de rechter. In dat licht zou de Eerste Kamer de stemmingsprocedure over de aanneming van formele wetgeving zo zorgvuldig mogelijk vorm moeten geven. Vgl. in die zin ook Boogaard & Dragstra 2019, p. 10.

dient te hebben.⁴⁶⁵ Het lid Martina Tjeenk Willink (PvdA) uitte tijdens hetzelfde debat haar zorgen over de mogelijkheid die het voorstel bood om een Kamerlid een stem te laten uitbrengen door een ander Kamerlid bij wijze van instructie. Zij oordeelde dat het voorstel daarmee haaks stond op de gedachte dat de uitslag van een eindstemming moet afhangen van de argumenten die tijdens een openbaar debat in de Kamer zijn gewisseld. Hieruit volgt dat de grondwetgever de gedachte van het laten uitbrengen van stemmen door een ander dan het betrokken Kamerlid zelf niet toelaatbaar acht.⁴⁶⁶ Immers, de huidige praktijk rond de fictieve aanwezigheid van Kamerleden bij stemmingen staat per definitie haaks op de gedachte dat bij de eindstemming alleen de stemmen van de aan het openbare debat deelnemende leden meetellen.

Er is dan ook in dit geval geen sprake van een verplichting (en dus ook niet van een conventie, zoals Boogaard & Dragstra betogen), omdat deze praktijk in strijd is met de bewoordingen van artikel 67, derde lid Grondwet. In dit geval blijkt niet van een fundamentele consensus onder de beide Kamers en de regering dat de praktijk van de fictieve aanwezigheid van de leden van de Eerste Kamer aan dit artikellid derogeert. De praktijk van de fictieve aanwezigheid vloeit vooral voort uit een praktische behoefte, niet uit een principiële, staatsrechtelijke afweging.

IV.4.4 De ontwikkeling van het inlichtingenrecht van de Staten-Generaal tot een recht van een Kamerminoriteit

De invloed van de parlementaire minderhedencultuur op de toepassing van grondwettelijke normen gaat terug tot het einde van de negentiende eeuw, zoals blijkt uit de langdurige toepassingspraktijk die inhield dat de Tweede Kamer steeds verlof gaf aan individuele Kamerleden voor het doen van inlichtingenverzoeken aan bewindspersonen. Deze paragraaf gaat over de ruimte die in de periode 1848-1987 tussen het recht en de praktische toepas-

465 *Handelingen I* 1952/53, p. 2006 (31 juli 1952), ook voor de hierna genoemde bijdrage van Tjeenk Willink (op p. 2011). Tijdens een debat met de Tweede Kamer in 1994 maakte ook toenmalig minister van Binnenlandse Zaken Van Thijn (PvdA) duidelijk dat voor het mogelijk maken van stemoverdracht in de Staten-Generaal 'grondwetsherziening nodig is'. Hij achtte het ook onwenselijk de Grondwet in die zin te wijzigen, want 'stemoverdracht heeft iets weg van de reductie van een volksvertegenwoordiging'. Volgens Van Thijn is de volksvertegenwoordiging toch meer 'dan "stemvee", een woord dat ik ver van de gebeurtenissen op het Binnenhof weleens heb opgevangen'. Zie *Handelingen II* 1993/94, p. 3399 (26 januari 1994).

466 Tot die conclusie komen ook Boogaard & Dragstra, die daarbij ook nog in ogenschouw nemen dat de grondwetgever expliciet ruimte heeft willen laten voor politieke partijen in het staatsbestel. Er bestaat volgens hen een spanning tussen de partijdemocratie en de parlementaire democratie (waarover ook par. IV.2.2). Toch achten ook zij de fictieve afwezigheid van Eerste Kamerleden constitutioneel gezien nog altijd ontoelaatbaar. Zie Boogaard & Dragstra 2019, p. 8.

sing van het huidige artikel 68 Grondwet in de Tweede Kamer heeft bestaan. In dat kader gaat het om de vraag of er in die periode reeds een conventie was ontstaan die van het inlichtingenrecht van de Kamer als zodanig feitelijk het recht van een Kamerminderheid maakte.

Sinds 1987 bepaalt artikel 68 Grondwet dat de ministers en staatssecretarissen de Kamers elk afzonderlijk en in verenigde vergadering mondeling of schriftelijk de door *een of meer* leden van de Kamers verlangde inlichtingen geven waarvan het verstrekken niet in strijd is met het belang van de staat. Voor 1987 was dit inlichtingenrecht formeel niet een recht van individuele Kamerleden, maar van de afzonderlijke Kamers als geheel. Tot dat jaar leek het derhalve, gelet op de tekst van de Grondwet, mogelijk dat een meerderheid van de Kamer verzoeken om inlichtingen van een minderheid kon blokkeren. Niettemin was het vrijwel direct na de invoering van het inlichtingenrecht in 1848 al min of meer gebruikelijk dat individuele Kamerleden de door hen verlangde inlichtingen van bewindspersonen ontvingen.

In 1848 kreeg het inlichtingenrecht van de Kamers, net als de politieke ministeriële verantwoordelijkheid, een plaats in het toenmalige artikel 89, tweede lid Grondwet. Dit artikellid luidde als volgt:

‘Zij [bedoeld zijn de ministers, GJAG] geven aan de Kamers, het zij mondeling, het zij schriftelijk, de verlangde inlichtingen, waarvan het verleenen niet strijdig kan worden geoordeeld met het belang en de zekerheid van het Rijk, de koloniën en bezittingen van het Rijk in andere werelddeelen.’⁴⁶⁷

Enkele auteurs veronderstellen dat opname van het inlichtingenrecht in de Grondwet nooit echt noodzakelijk is geweest. Volgens Postma impliceert het bestaan van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid reeds sinds 1848 het bestaan van een vragenrecht.⁴⁶⁸ In deze benadering zou een afzonderlijke grondslag voor een inlichtingenrecht in de Grondwet overbodig zijn. Wat Postma betreft, heeft de regeling van het inlichtingenrecht alleen tot doel om de reikwijdte van de antwoordplicht nader te regelen: ministers kunnen alleen weigeren inlichtingen aan het parlement te verstrekken als die weigering in overeenstemming ‘met het belang en de zekerheid van het Rijk (...)’ dan wel, volgens de grondwettelijke formulering sinds 1922, ‘met het belang van de staat’ is.

Op zichzelf is deze opvatting verklaarbaar tegen de achtergrond van de introductie van de (strafrechtelijke) ministeriële verantwoordelijkheid in de Grondwet van 1840. Thorbecke stelde in 1841 dat het bestaan van ‘ver-

467 Tussen 1922 en 1983 had het artikel de volgende redactie: ‘Zij geven aan de Kamers, hetzij mondeling, hetzij schriftelijk, de verlangde inlichtingen, waarvan het verleenen niet strijdig kan worden geoordeeld met het belang van den Staat.’ Tussen 1983 en 1987 luidde het artikel zoals het nu nog steeds luidt, zij het dat toen nog niet in de bepaling was verdisconteerd dat een Kamerminderheid het recht op inlichtingen van bewindspersonen heeft.

468 Postma 1985, p. 63.

antwoordelijkheid' primair betekent dat de minister antwoord geeft op de vragen van de Staten-Generaal.⁴⁶⁹ Als de term 'verantwoordelijkheid' in die zin wordt geïnterpreteerd, dan vormt het inlichtingenrecht primair een uitwerking van de ministeriële verantwoordelijkheid; het geven van antwoord op de vragen van de Staten-Generaal is voor een minister dan voldoende om aan zijn verplichtingen uit hoofde van zowel de ministeriële verantwoordelijkheid als de inlichtingenplicht te voldoen.

Toch lag het zelfs al in 1848 niet voor de hand dat het inlichtingenrecht louter tot doel had de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid vast te leggen. De invoering van deze bepaling was namelijk ook gericht op de verduidelijking van de bestaande taken en bevoegdheden van het parlement, waarover de Kamer en de koning tussen 1816 en 1840 al verwoede discussies hadden gevoerd.⁴⁷⁰ Voor de invoering van het inlichtingenrecht onderhield het parlement alleen contact met de regering naar aanleiding van ingediende wetsvoorstellen. Dankzij de introductie van het interpellatierecht in de Grondwet, stond voortaan vast dat het parlement ook de bevoegdheid had om ministers te ondervragen over aangelegenheden die niet primair op wetgeving betrekking hadden. Daarmee was het ook mogelijk voor de Staten-Generaal om een vraag te stellen aan een minister over een typisch bestuurlijke taak waarover het parlement geen (mede)beslissingsbevoegdheid heeft, zoals oorlogsvoering of het sluiten van verdragen.

In zoverre heeft het inlichtingenrecht al vanaf zijn introductie in de Grondwet van 1848 een van de ministeriële verantwoordelijkheid te onderscheiden betekenis gehad. Nog altijd is er reden om het inlichtingenrecht van artikel 68 Grondwet en de ministeriële verantwoordelijkheid van artikel 42, tweede lid Grondwet, ondanks de aanwezige overlap, uit elkaar te houden: voor een minister is het voldoen aan de inlichtingenplicht een zuiver reactief proces (het geven van antwoord op *gestelde* vragen), terwijl het afleggen van verantwoording tegenover de Staten-Generaal ook impliceert dat hij *uit eigen beweging* informatie aan de Kamers verstrekt voor zover dat in het belang van een goede en democratische bestuursvoering is.⁴⁷¹

Bepalend voor de staatsrechtelijke reikwijdte van het inlichtingenrecht zijn derhalve altijd de bewoordingen van de voorlopers van het huidige artikel 68 Grondwet geweest, op basis waarvan bewindspersonen behoorden over te gaan tot verstrekking van de gevraagde inlichtingen aan de Kamers *alleen* in plaats van ook aan individuele Kamerleden. Deze gedachte stemt uitdrukkelijk overeen met de bedoeling van de grondwetgever in 1848. Het was derhalve uitdrukkelijk mogelijk dat een minister kon weigeren om te voldoen aan een verzoek van de Kamer tot het verstrekken van inlichtingen, als het verzoek niet afkomstig was van een Kamermeerderheid. In dat geval

469 Thorbecke 1841, deel I, p. 253-254. Zie voor het volledige citaat par. IV.2.3.2.

470 Zie nader de analyses van de opvattingen van de grondwetgever van 1848 in o.a. Buys 1883, p. 478-482; Van der Hoeven 1958, p. 137-138; Munneke 2006, p. 64-66.

471 Zie ook par. IV.2.3.2.

was het voor een bewindspersoon niet nodig om de weigering met redenen te omkleden; een minister hoefde een informatieverzoek alleen te weigeren met een beroep op de (huidige) grond 'het belang van de staat' als het betreffende verzoek afkomstig was van een Kamermeerderheid.⁴⁷²

Interessant aan het karakter van het inlichtingenrecht is dat het vrijwel direct na de invoering ervan aan een geheel eigen dynamiek onderhevig is geweest, dus ook los van de vraag of uitoefening van dit recht door een Kamerminderheid mogelijk is. Illustratief daarvoor is de uitwerking van het inlichtingenrecht in het RvO II van 1849. Deze bepaling, voor zover relevant, luidde als volgt:

'Indien een lid ten aanzien van een bepaald door hem aangeduid onderwerp, dat vreemd is aan de orde van den dag, inlichtingen van een der Hoofden van Departementen van Algemeen Bestuur [bedoeld zijn ministers, GJAG] verlangt, vraagt hij verlof aan de Kamer tot het doen van vragen. De Kamer, dat verlof verleende, bepaalt een dag, waarop de vragen gedaan zullen worden. (...)'⁴⁷³

Vrijwel direct na de opname van het interpellatierecht in de Grondwet was dus duidelijk dat het initiatief tot uitoefening van dit recht uitging van een *individueel* Kamerlid. Volgens de formulering van de bepaling uit het Reglement was het nog altijd mogelijk voor een Kamermeerderheid om de verlening van het verlof op basis van *de inhoud* van het verzoek te weigeren. In 1906 ging de Kamer nog een stap verder door het individuele vragenrecht een plaats in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer te geven. Op basis van het vanaf dat moment geldende artikel 89a van het Reglement kon ieder Kamerlid, ook '*zonder speciaal verlof der Kamer*', vragen 'doen', mits die niet de agenda van de Kamer doorbraken.⁴⁷⁴

Op basis van de formulering van de bepaling heeft de Kamer daarmee uitdrukkelijk de praktijk geformaliseerd op basis waarvan zij voor ieder inlichtingenverzoek van individuele Kamerleden verlof verleent. Aan het karakter van het grondwettelijke inlichtingenrecht veranderde dat echter op zichzelf niets, omdat het Reglement van Orde als interne regeling van de Kamer geen nieuwe rechten kan scheppen; daarvoor is een wijziging van de Grondwet nodig. Wel had de Kamer, door deze praktijk in het RvO II te

472 Ik beperk mij in deze paragraaf tot een bespreking van de vraag of de regering ook informatieverzoeken van minderheden in de Kamer mag weigeren *zonder* daarbij een beroep te doen op de weigeringsgrond van het 'belang van de staat'. De reikwijdte van de weigeringsgrond laat ik buiten beschouwing, omdat de weigeringsgrond zonder enige twijfel deel uitmaakt van het positieve staatsrecht en daarom geen aanleiding geeft tot het stellen van vragen over de afbakening tussen conventie en staatsrecht.

473 Aangehaald in Postma 1985, p. 15. Sinds 1849 is het artikel verscheidene malen omgenummerd en van redactie veranderd. Deze wijzigingen kunnen verder buiten beschouwing blijven. Thans is de uitwerking van het interpellatierecht voor de Tweede Kamer te vinden in art. 12.6 RvO II.

474 *Kamerstukken II* 1905/06, 214, nr. 3, p. 2 (cursivering toegevoegd, GJAG).

formaliseren, voor zichzelf een verplichting in het leven geroepen; zij was aan deze nieuwe in het Reglement opgenomen procedure immers gebonden, behoudens de mogelijkheid van afwijking van het RvO II als zodanig.

Vanaf 1906 leek dus al een conventie te gelden op basis waarvan, zolang van een doorbreking van de agenda geen sprake was, *individuele* Kamerleden het recht op inlichtingen van bewindspersonen hebben. Juist doordat de Kamer dit recht in het RvO II formaliseerde, was het nauwelijks meer denkbaar dat dit recht zou verdwijnen; afschaffing van de betreffende bepaling in het RvO II zou immers de steun vereisen van een Kamermeerderheid die een reglementswijziging wil doorvoeren. In het licht van de heersende parlementaire minderheidscultuur was het al moeilijk voorstelbaar dat de Kamer een dergelijk voorstel voor de wijziging van het Reglement zou doen.

In de praktijk was het echter al gauw *ook* gangbaar dat het verlenen van het verlot voor de indiening van een interpellatieverzoek, dus een verzoek om informatie dat de agenda van de Kamer *wel* doorbreekt, louter afhing van *procedurele* aspecten, bijvoorbeeld of het informatieverzoek niet van alle belang is ontbloot dan wel niet onbetamelijk is. In 1958 merkte Van der Hoeven daarover op:

‘Reeds vanaf het eerste begin is de interpellatie veel meer geweest een, onder voorwaarde dat de Kamer verlot verleent, door individuele leden uit te oefenen recht, dan een optreden van de [K]amer-zelf. Noch het onderwerp der interpellatie, noch de strekking ervan, kan geacht worden de instemming van de [K]amer te hebben, terwijl de vragen-zelf aan de [K]amer van te voren niet eens bekend zijn. Dat aldus de situatie is, wordt door geen enkele auteur ontkend.’⁴⁷⁵

De Tweede Kamer ging toen echter nog niet zover te spreken van een *recht* van individuele Kamerleden op de verkrijging van alle inlichtingen, zoals zij een jaar later bevestigde door twee moties te verwerpen met de strekking dat er een grondwettelijke plicht voor ministers bestond *alle* inlichtingen te verstrekken die Kamerleden binnen het kader van het Reglement van Orde verlangden, behalve voor zover dat in strijd was met het belang van de staat.⁴⁷⁶

475 Van der Hoeven 1958, p. 138. Vanaf 1966 zijn de procedurele vereisten voor het houden van een interpellatie gelijkgetrokken met die voor het gebruik van het vragenrecht. Sindsdien bepaalt het RvO II (thans in art. 12.6, vierde lid) dat een lid dat verlot heeft gekregen voor het houden van een interpellatie de door hem te stellen vragen aan de Kamervoorzitter zendt. De Kamervoorzitter zendt de vragen dan aan de betrokken minister en stelt de andere Kamerleden in kennis van de vragen, tenzij bij hem, wegens vorm of inhoud van die vragen, daartegen overwegend bezwaar bij hem bestaat (vgl. voor het vragenrecht thans art. 12.1, tweede en derde lid RvO II). Zie nader over die bevoegdheid van de voorzitter ten aanzien van alleen het vragenrecht Pippel 1950, p. 499-501 en ten aanzien van het inlichtingenrecht als geheel Franssen & Van Schagen 1990, p. 168-173; Van Schagen 1994, p. 252-255.

476 *Handelingen II* 1959/60, p. 152, 163 (voor de tekst van beide moties) en 165 (voor de verwerping van de moties) (15 oktober 1959).

De aanleiding voor de indiening van de motie betrof de interpellatie van de voorzitter van de PvdA-fractie in de Tweede Kamer Burger over de vraag of oud-minister van Buitenlandse Zaken Stikker (VVD) was gepolst om de opvolger van Sidney van den Bergh (VVD) als minister van Defensie te worden.⁴⁷⁷ Voorafgaand aan de interpellatie had de Kamer zonder hoofdelijke stemming aan Burger het verlof voor de interpellatie verleend. Toenmalig minister-president De Quay (KVP), aan wie het interpellatieverzoek was gericht, leidde daaruit af dat de vraag van Burger slechts van één individueel Kamerlid afkomstig was en daarom niet als een vraag van de gehele Kamer kon gelden, hetgeen volgens hem betekende dat hij niet tot antwoorden verplicht was.⁴⁷⁸ Hij weigerde zich daarbij te beroepen op het belang van de staat. De Kamermeerderheid nam daar toen genoegen mee, zoals blijkt uit de verwerping van de twee genoemde moties.

Een precedent was echter toen al zeldzaam; ook in die periode was het al niet meer gangbaar dat een Kamermeerderheid het stelselmatig individuele Kamerleden onmogelijk maakt om een informatieverzoek aan een bewindspersoon voor te leggen.⁴⁷⁹ De eerder genoemde conventie leek zich dan ook uit te strekken tot ieder interpellatieverzoek van een individueel Kamerlid aan een bewindspersoon, waarvoor de Kamer immers stelselmatig verlof verleende. Zelfs de interpellatie-Burger illustreert dat de conventie deze reikwijdte heeft, omdat de weigering tot de verstrekking van informatie door De Quay niet het gevolg was van een verlofweigering door de Kamer jegens Burger. Burger kwam uiteindelijk alsnog met lege handen te staan, omdat de Kamer besloot de weigering van De Quay om de informatie te verstrekken te accepteren. De norm zelf, die zich slechts uitstrekt tot de verlening van verlof voor de indiening van een inlichtingenverzoek, bleek in dit geval dus wel te gelden, maar de Kamer weigerde Burger te steunen toen De Quay besloot niet aan Burgers verzoek te voldoen; op zichzelf had de Kamer wel dergelijke steun aan Burger kunnen verlenen door (te dreigen met) het activeren van de vertrouwensregel.

In de jaren zestig van de vorige eeuw bevestigde een Kamermeerderheid, blijkens de *Nota inzake de zgn. antwoordplicht van de Regering*, nogmaals dat bewindspersonen op basis van het grondwettelijke inlichtingenrecht niet de verplichting hadden om aan informatieverzoeken van een Kamerminoriteit te voldoen.⁴⁸⁰ Aan de praktijk waarin de Kamer, behoudens enkele

477 *Handelingen II 1959/60*, p. 143 (15 oktober 1959). Tijdens de Algemene Beschouwingen die ruim twee weken eerder plaatsvonden, had Burger deze vraag al eerder aan De Quay gesteld. Toen weigerde De Quay daarop te antwoorden. Zie *Handelingen II 1959/60*, p. 71 (30 september 1959). Voor Burger was dat aanleiding het interpellatiedebat aan te vragen.

478 *Handelingen II 1959/60*, p. 147 (15 oktober 1959).

479 In die zin reeds Van Raalte 1960, p. 185; Van Raalte 1971, p. 233-235. Van Raalte noemt in zijn stuk uit 1960 (op p. 181-182) nog een vergelijkbare casus uit 1915 waarin van een informatieweigering door een bewindspersoon om dezelfde reden sprake was.

480 *Kamerstukken II 1965/66*, 8525, nr. 1, p. 2-3. Dat de praktijk toen al een andere was, wordt ook bevestigd op p. 4 van de genoemde Nota.

uitzonderingen,⁴⁸¹ vrijwel steevast tot de verlening van verlof aan individuele Kamerleden tot de indiening van informatieverzoeken overging, veranderde dat echter niets. Van der Hoeven zoekt de oorzaak van deze veranderde betekenis van het inlichtingenrecht in het ontstaan van

[een] geheel andere verhouding tussen parlement en ministers dan door de vroegere constitutie-bouwers werd voorzien. De werkelijke scheidslijn bleek bijna nimmer tussen regering en kamer te lopen. Naar achteraf als een voor de hand liggend gevolg van de constitutionele regeringsvorm moet worden gezien, is de binding van sommige (dikwijls, maar niet altijd meerderheids-)groeperingen in het parlement aan het kabinet in de regel veel groter dan die van de parlementsleden onderling als leden van één college'.⁴⁸²

Inderdaad treedt het parlement niet meer alleen op als een staatsrechtelijk orgaan dat als een eenheid tegenover de regering staat, maar zijn het steeds *individuele* Kamerleden van verschillende Kamerfracties die telkens om verschillende redenen belang hebben bij het doen van inlichtingenverzoeken aan bewindspersonen. In dat licht hebben Kamerleden er belang bij om elkaars aanvragen tot het verkrijgen van informatie van bewindspersonen te steunen, omdat zij dan ervan uit kunnen gaan dat partijpolitieke tegenstellingen nooit aan het verkrijgen van inlichtingen van ministers in de weg staan.

Bij nader inzien echter blijkt de gewijzigde verhouding tussen regering en parlement in dit verband slechts in beperkte mate een rol te spelen. Van der Hoeven constateerde in de eerste van hem geciteerde uitspraak terecht dat het interpellatierecht reeds vanaf het prille begin in feite functioneerde als een recht van een Kamerminderheid. In de beginperiode liep de scheidslijn nog enigszins de regering en het parlement *als zodanig*, die als aparte, van elkaar te onderscheiden, organen functioneerden. Vanaf de jaren twintig van de vorige eeuw zou dat definitief veranderen. Maar zelfs vlak na de introductie van het interpellatierecht in 1848, dus nog vóór de invoering van het algemeen kiesrecht, de wijziging van het kiesstelsel en de bijbehorende toenemende invloed van politieke partijen, hadden Kamerleden belang bij het steunen van elkaars aanvragen om informatie van bewindspersonen. Er lijkt dan ook al snel na 1848 een conventie te zijn ontstaan op basis waarvan het inlichtingenrecht in feite is gaan functioneren als een recht van een

481 Ook de Kamer weigerde weleens verlof te verlenen voor een interpellatie. Met name in de jaren veertig en vijftig kwam een verlofweigerings weleens voor bij door de CPN aangevraagde interpellaties. Hoewel de Kamer veel aanvragen van deze partij niet vond passen bij 'een goede parlementaire taakvervulling', honoreerde zij verreweg de meeste aanvragen van ook die partij overigens wél. Als de Kamer niet tot honorering van een interpellatieaanvraag van de kant van de CPN overging, had dit juist weer een ander doel, namelijk het dwingen van de CPN zich te conformeren aan de dominante parlementaire cultuur in de Kamer. Zie Hoetink 2018, p. 311-318. Vgl. ook Van den Berg 2007, p. 27.

482 Van der Hoeven 1958, p. 139.

Kamerminderheid, ondanks de andere strekking van de tot 1987 geldende voorlopers van artikel 68 Grondwet. Hoogstens hebben de feitelijke ontwikkelingen die zich vanaf de jaren twintig van de vorige eeuw hebben voorgedaan de gelding van de conventie nog verder *versterkt*. Van een nieuwe regel leek toen al geen sprake meer te zijn.

In de jaren zeventig van de vorige eeuw was deze conventie kennelijk zo hardnekkig geworden, dat de regering daarover een ander standpunt is gaan innemen. In de memorie van toelichting bij het voorstel voor herziening van de grondwettelijke regeling van het inlichtingenrecht betoogde zij:

‘Het stellen van vragen met gebruikmaking van dit recht geschiedt niet in het kader van een door de kamer aan de orde gesteld onderwerp en de gevraagde inlichtingen worden ook niet aan de kamer verstrekt. Wel kan men zeggen dat de grondwettelijke inlichtingenplicht indirect haar invloed doet gelden op de wijze waarop het individuele vragenrecht functioneert. In de praktijk is het immers zo dat bij de beantwoording van individuele kamervragen in wezen geen andere maatstaf wordt aangelegd dan bij de beantwoording van vragen in het kader van een wetsontwerp dat in de kamer aan de orde is. Men mag in ieder geval wel stellen dat de regering *naar ongeschreven staatsrecht* in beginsel verplicht is de door een individueel kamerlid gevraagde inlichting te verstrekken.’⁴⁸³

Toch is ook niet helemaal duidelijk wat de kwalificatie als ‘ongeschreven staatsrecht’ precies betekende. Elders stelde de regering namelijk dat

‘het te ver zou gaan de regering [bedoeld zijn vermoedelijk de ministers en staatssecretarissen, GJAG] te verplichten op *alle* vragen van individuele kamerleden – ongeacht de omstandigheden waaronder zij zijn gesteld, de vorm waarin zij zijn gegoten, en het onderwerp waarop zij betrekking hebben – te antwoorden. Zij ziet dan ook geen reden een bepaling in de Grondwet op te nemen, inhoudende een verplichting op individuele vragen van kamerleden te antwoorden’.

Hoewel de regering in het eerste citaat expliciet liet blijken dat er in dit verband sprake was van ongeschreven staatsrecht, blijkt uit het tweede citaat dat zij eigenlijk van mening was dat het hier eerder om een *conventie* gaat. Volgens de regering was er immers weliswaar sprake van een verplichtende praktijk, maar wel een die in voorkomende gevallen afwijking toelaat. De regering betoogde voorts:

‘De bepaling [in de Grondwet waarin het inlichtingenrecht van de Kamers is vastgelegd, GJAG] ontleent (...) – getuige de ruime staatkundige praktijk, zoals die zich op basis van de bestaande grondwettelijke bepaling heeft ontwikkeld – ook hieraan haar belang dat daarin een *zeker recht* van een kamerminderheid op informatie opgesloten [sic] kan worden geacht.’

483 *Kamerstukken II 1976/77, 14225 (R 1051), nr. 3, p. 4-5, ook voor de volgende twee citaten (cursiveringen in alle citaten toegevoegd, GJAG).*

Naar aanleiding van dit standpunt stelden verschillende fracties in de Tweede Kamer vervolgens het wenselijk te achten in de Grondwet vast te leggen hoe groot de minderheid in de Kamer zou moeten zijn om met succes een inlichtingenverzoek te kunnen richten aan de betrokken minister, ook om in de toekomst discussie te voorkomen over de precieze reikwijdte van het inlichtingenrecht.⁴⁸⁴ Daarop ging de regering overstap en stelde zij voor formeel te erkennen dat ook individuele Kamerleden onder omstandigheden recht hebben op inlichtingen van bewindspersonen.⁴⁸⁵ Wel bleef zij het voorbehoud maken dat dergelijke individuele verzoeken niet dezelfde status zouden moeten hebben als andere inlichtingenverzoeken.⁴⁸⁶ De Eerste Kamer verwierp in 1983 in tweede lezing het genoemde voorstel tot wijziging van de redactie van de bepaling over het inlichtingenrecht, omdat zij bezwaren had tegen het gelijktijdig voorgestelde minderheidsenquêterecht.⁴⁸⁷

In 1987 trad artikel 68 Grondwet alsnog in zijn huidige vorm in werking. Zowel het interpellatierecht als het vragenrecht vloeide vanaf dat moment rechtstreeks voort uit dat grondwetsartikel.⁴⁸⁸ De ontwikkeling van het inlichtingenrecht als recht van een Kamerminoriteit was daarmee *geconverteerd* van een conventie in een geschreven rechtsregel. De opname van het recht van een of meer Kamerleden om inlichtingen van bewindspersonen te verkrijgen was primair een bevestiging van de reeds bestaande praktijk.

Toch heeft deze formalisering van het recht van minderheden wel iets aan het karakter van dit recht veranderd; was weigering van een van een Kamerminoriteit afkomstig verzoek om informatie door een bewindspersoon aanvankelijk mogelijk *zonder* dat daarvoor formele vereisten golden, inmiddels is dat niet meer het geval. Het gevolg daarvan is dat een principiële weigering, zoals die van De Quay bij de interpellatie-Burger, niet langer mogelijk is om de enkele reden dat het informatieverzoek van een individueel Kamerlid afkomstig is. Er bestaat voor ministers en staatssecretarissen echter nog altijd wel de mogelijkheid een inlichtingenverzoek te weigeren door een beroep te doen op 'het belang van de staat'. In zoverre is er dus sinds 1987 niet veel veranderd aan het karakter van het inlichtingenrecht in vergelijking met de situatie van daarvoor.

In 2004 was er een zekere kentering te bespeuren in de ontwikkeling van het inlichtingenrecht. Vanaf dat jaar bepaalt (het huidige) artikel 12.6, tweede lid RvO II dat de Kamer dient over te gaan tot het verlenen van verlof

484 *Kamerstukken II* 1979/80, 14225 (R 1051), nr. 11, p. 1-4.

485 *Kamerstukken II* 1979/80, 14225 (R 1051), nr. 12, p. 4.

486 Zie nader Kortmann 1987a, p. 226-227 met verwijzingen naar de relevante parlementaire stukken.

487 *Handelingen I* 1981/82, p. 443 (11 mei 1982).

488 Wel bestaan er nog verschillen ten aanzien van de grootte van de minderheden die een beroep op dit recht kunnen doen. De Kamer verleent verlof voor het houden van een interpellatie als dertig leden het betreffende verzoek steunen. Voor het gebruik van het individueel vragenrecht geldt een dergelijke eis niet, al moeten individuele Kamerleden nog wel aan procedurele vereisten voldoen om van dit recht gebruik te kunnen maken. Vgl. art. 12.1-12.4 en 12.7 RvO II.

voor een interpellatieverzoek als het verzoek steun heeft van ten minste dertig leden; dezelfde eis geldt overigens ook voor de aanvraag van de in dat jaar ingevoerde ‘spoeddebatten’ die sinds 2011 dertigledendebatten heten (thans geregeld in art. 12.7 RvO II).⁴⁸⁹ Aan de parlementaire minderheidscultuur heeft dat overigens weinig veranderd, omdat de Kamer – ondanks de gelding van deze eis – er sindsdien nog altijd geen been in ziet verlot te geven aan kleine oppositiepartijen voor het houden van interpellaties en dertigledendebatten.⁴⁹⁰ Opnieuw bevestigt dat dat de parlementaire minderhedencultuur vaak sterker is dan de gestelde normen in het RvO.

IV.4.5 Slot

In ieder geval al sinds het einde van de negentiende eeuw weegt de bescherming van de rechten van individuele Kamerleden in het parlement zwaar. Interessant is dat deze ontwikkeling nog ruim voor de invoering van de introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1917 op gang is gekomen. Anders dan de conventies en praktijken die in de voorgaande hoofdstukken aan de orde zijn geweest, gaat het bij de hier besproken conventies in het parlement niet louter om de evenredigheid tussen partijen en fracties maar (ook) om iets principiëlers: ieder Kamerlid moet de gelegenheid krijgen van zich te kunnen laten horen. De conventies in het parlement danken hun gelding dus opnieuw aan evenredigheid in de meest zuivere vorm. Ondanks dit verschil is het echter evenzeer mogelijk de werking van de conventies in het parlement te verklaren aan de hand van de gedachte van wederkerigheid: Kamerleden respecteren de rechten van andere Kamerleden die voortvloeien uit de in het parlement geldende conventies, omdat zij weten dat zij daar uiteindelijk zelf ook baat bij hebben. Opnieuw blijkt de gelding van dit uitgangspunt zo sterk, dat dit ten koste kan gaan van in de Grondwet of in het RvO vastgelegde normen.

IV.5 DE KABINETSFORMATIE

IV.5.1 Inleiding

Het Nederlandse electoraat beschikt niet over de mogelijkheid rechtstreeks een regering of regeringsleider te kiezen. De personen die deel gaan uitmaken van de executieve dienen dan ook op een andere manier te worden aangewezen, hetgeen in Nederland gebeurt via vaste procedures van coalitievorming na de Tweede Kamerverkiezingen. De ervaren oud-informateur Herman Tjeenk Willink (PvdA) gaf misschien wel op de beste manier uit-

489 Zie over de verschillen tussen interpellaties en dertigledendebatten Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 337-338.

490 Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 336-337.

drukking aan het belang van de kabinetsformatieprocedure, toen hij stelde dat het echte politieke gevecht niet tijdens de verkiezingscampagne maar tijdens de kabinetsformatieprocedure na afloop van de verkiezingen plaatsvindt.⁴⁹¹

De kabinetsformatieprocedure dankt zijn grote belang aan het Nederlandse kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging; hoe groot het aantal zetels ook was dat een partij tijdens de Tweede Kamerverkiezingen verwierf, sinds de invoering van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1917 behaalde nog nooit één partij de meerderheid van het aantal zetels in de Kamer. Als vertegenwoordigers van een partij op den duur verantwoordelijkheid voor regeringsbeleid willen dragen, dan zullen zij hoe dan ook moeten samenwerken met vertegenwoordigers van een of meer *andere* partijen. In het licht van de standpunten van die partijen die vaak sterk van elkaar kunnen afwijken, is het niet verwonderlijk dat de tussen hen plaatsvindende onderhandelingen complex zijn en tot verrassende uitkomsten kunnen leiden.

Wat het niet eenvoudiger maakt om de kabinetsformatie te begrijpen, is dat zij maar in heel beperkte mate staatsrechtelijk is genormeerd. Alleen ten aanzien van het sluitstuk van de formatie geeft de Grondwet houvast: uit artikel 43 en 46, eerste lid Grondwet valt op te maken dat ministers en staatssecretarissen bij koninklijk besluit dienen te worden benoemd en op basis van artikel 48 Grondwet dient de minister-president deze besluiten te contrasigneren. Verder schrijft artikel 49 Grondwet de beëdiging van de ministers en de staatssecretarissen voor, die het definitieve einde van de formatie inluit. Het positieve staatsrecht biedt dan ook nauwelijks houvast bij het verkrijgen van begrip over het verloop van de formatie. De enige regel die daarbij wel van dienst is, is juist ongeschreven gebleven: op grond van de vertrouwensregel is tegenwoordig het doel van het doorlopen van de formatieprocedure in de kern steeds om een kabinet te formeren dat kan rekenen op de steun van een meerderheid van de Staten-Generaal.

In dit hoofdstuk zie ik de relevantie van het conventiebegrip voor de formatieprocedure. Ik bespreek daarbij de ontwikkeling van de procedure tot 2012, toen de koning nog de regie over het proces voerde, en die van daarna, toen de Tweede Kamer deze taak van de vorst overnam. Ik vang aan met een korte schets van de huidige staatsrechtelijke doctrine ten aanzien van de formatieprocedure.

IV.5.2 Achtergrond

De kerngedachte achter de formatieprocedure is eenvoudig. Er geldt daarbij in de woorden van Van den Berg slechts één uitgangspunt, dat, enigszins

491 Aangehaald in M. Sommer, 'Volgens Rutte gingen de verkiezingen niet over personen; volgens de kiezer wel', *de Volkskrant* 31 mei 2019.

gechargeerd, luidt: '[E]r zij een kabinet, en wel zo spoedig mogelijk'.⁴⁹² In dat licht is het niet vreemd dat het staatsrecht in het proces van coalitievorming een betrekkelijk geringe rol speelt. Staatsrechtelijke normen lijken de flexibiliteit en de sturende kracht te missen om het verloop van een kabinetsformatie in goede banen te leiden. Belangrijker dan juridische normen lijken dan ook vooral de wetmatigheden van de politiek te zijn. Hoewel de kabinetsformatie uit verschillende vaste praktijken bestaat die al decennia lang worden nageleefd, bestaan er in de staatsrechtelijke literatuur aarzelingen om daaraan een rechtskarakter toe te schrijven. Leidend is nog altijd de oratie van Van der Hoeven uit 1960, waarin de toen kersverse Amsterdamse hoogleraar betoogde dat wat zich als regel voordoet, vaak het product is van een veel algemenere norm waarvan de toepassing onder verschillende omstandigheden ook tot verschillende uitkomsten leidt.⁴⁹³ In dat licht is het nauwelijks mogelijk concrete, bindende regels te formuleren rond de kabinetsformatieprocedure: afwijking van de bestaande praktijken is, bij ontstentenis van concrete, vastgelegde staatsrechtelijke normen, immers steeds toegestaan.

Voor het verloop van de formatieprocedure geldt dit bij uitstek: het gaat hier immers om een procedure die primair tot doel heeft te bewerkstelligen dát op den duur een nieuw kabinet wordt gevormd dat op de steun van een meerderheid van de Tweede Kamer kan rekenen.⁴⁹⁴ De inrichting van de formatieprocedure is daarom voor een belangrijk deel gericht op de uitsluiting van partijen, zodat alleen de onderhandelaars van de partijen die daadwerkelijk met elkaar een coalitie willen gaan vormen overblijven. In de verkennende fase van de formatieprocedure geldt dan ook volgens Van den Berg dat formeren primair *eliminieren* is.⁴⁹⁵ Voor een tevredenstellend verloop van een kabinetsformatie zijn politici dan ook eerst en vooral aangewezen op hun eigen politieke strategie; het staatsrecht is daarop slechts in beperkte mate van invloed.⁴⁹⁶ Sterker nog, een vaste, door het staatsrecht voorgeschreven procedure zou de betrokkenen bij een formatie zelfs kunnen *belemmeren* in het kiezen van hun tactieken om een zo goed mogelijk resultaat te bereiken en derhalve aan de formatie van een nieuw kabinet in de weg kunnen staan.⁴⁹⁷

Toch is dat niet het hele verhaal. Het verloop van de formatie is ook niet geheel van regels gespeend. Naast elimineren is het, naar het woord

492 Van den Berg 1990a, p. 15.

493 Van der Hoeven 1960, p. 16-17 = Van der Hoeven 1984, p. 34-35. Het integrale citaat van Van der Hoeven waarop hier wordt gerefereerd is te vinden in par. III.5.3.3.1.

494 Vgl. Van der Hoeven 1971, p. 951-952 = Van der Hoeven 1984, p. 93-94.

495 Van den Berg 2003, p. 69. In die zin ook Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 74-75.

496 Vgl. Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 28.

497 Vgl. Van Baalen 2003, p. 15-16.

van Tjeenk Willink, evenzeer van belang om te *faseren*.⁴⁹⁸ In die fasering zijn tegenwoordig⁴⁹⁹ de volgende zeven stappen te herkennen:

- 1) ontslaaganvraag van het kabinet ter gelegenheid van Tweede Kamerverkiezingen;
- 2) consultaties van de beoogde voorzitters van de Tweede Kamerfracties door een door de Tweede Kamer aangewezen verkenner;
- 3) aanwijzing van een of meer informateurs die de vaststelling van een regeerakkoord in overleg tussen fractievoorzitters en fracties ter hand nemen;
- 4) aanwijzing van een formateur (tevens kandidaat-minister-president) belast met de zetelverdeling en personenkeuze in overleg met de fractievoorzitters en fracties;
- 5) constituerende vergadering van formateur en kandidaat-ministers;
- 6) benoeming en beëdiging;
- 7) optreden van het kabinet met een regeringsverklaring en debat in de Tweede Kamer.⁵⁰⁰

Deze stappen van de formatieprocedure kunnen (na stap 1) worden onderverdeeld in drie fasen: een verkennende fase die tot doel heeft de partijen bijeen te brengen die willen onderhandelen over een coalitie (stap 2), een construerende fase die erop is gericht de onderhandelende partijen te laten onderzoeken of zij daadwerkelijk met elkaar een kabinet willen vormen en met het oog daarop een regeerakkoord kunnen sluiten en (stap 3) de definitieve formatiefase waarin de ministers en staatssecretarissen voor het kabinet worden aangezocht (stap 4, 5 en 6). Iedere fase kenmerkt zich dus primair door het doel dat daarin centraal staat; is het genoemde doel bereikt, dan is de betreffende fase tot een einde gekomen. De kernfase van de formatie is de construerende fase. Als deze fase eenmaal aanvangt, is het geenszins vanzelfsprekend dat zij ook slaagt. Als zij niet slaagt, breekt de verkennende fase weer aan.

Deze constatering is ook vanuit constitutioneel oogpunt van belang. De fasering van de formatieprocedure maakt het tot op zekere hoogte mogelijk om het verloop van de procedure inzichtelijk te maken en gemaakte keuzes te rechtvaardigen. Tegen die achtergrond onderscheidt Van Baalen drie 'spelregels' die, afgezien van de basisregels die de democratische orde en

498 Aangehaald in Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 104-105.

499 Deze stappen zijn in ieder geval te herkennen in de kabinetsformaties van 2012 en 2017. Tussen 1989 en 2012 zag stap 2 er net iets anders uit: toen consulteerde de koningin (in plaats van een door de Kamer aangewezen verkenner) de fractievoorzitters van de Tweede Kamer en de drie vaste adviseurs (de vicepresident van de Raad van State en de beide Kamervoorzitters) (stap 2a), waarna zij overging tot de aanwijzing van een of meer informateurs met een verkennende opdracht (stap 2b). Voor 2012 werden de (in)formateurs aangewezen door de koningin, na dat jaar door de Tweede Kamer. Zie nader over het ontstaan van de consultatieprocedure bij de koning par. IV.5.3 respectievelijk over de wijzigingen in de formatieprocedure na 2012 par. IV.5.5.

500 Vgl. Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15, 33410, nr. 72, p. 8.*

de grondwettelijke verhouding tussen regering en parlement beheersen, het verloop van de kabinetsformatie beheersen:

- 1) *fair play*, eerlijk spel: niemand mag op onheuse gronden worden buitengesloten of de voet worden dwarsgezet;
- 2) het landsbelang gaat boven het partijbelang (een héle moeilijke spelregel, dat zal niemand verbazen) en
- 3) voortvarendheid: immers, het land is niet gebaat bij een lange periode van demissionair bestuur.⁵⁰¹

Hoewel deze spelregels niet een-op-een kunnen worden vertaald naar concrete normen, zijn vooral de eerste twee vanuit constitutioneel oogpunt van belang. In het licht van de gedachte dat iedere uitgebrachte stem bij de Tweede Kamerverkiezingen en dus ook iedere zetel in de Kamer even zwaar telt is het van belang dat iedere fractie eerlijke kansen krijgt om een plaats aan de onderhandelingstafel voor de vorming van een nieuw kabinet te bemachtigen. De eerste twee door Van Baalen genoemde spelregels lijken in het verlengde van die gedachte te liggen.

Het belang van deze spelregels staat niet op zichzelf. Wie aanvaardt dat de formatie in zekere zin óók een spel is, moet ook accepteren dat de inrichting van de formatieprocedure nooit geheel vrijblijvend kan zijn. Het belang van *fair play* en het in het oog houden van het landsbelang is te groot om kabinetsformaties geheel zonder procedurele normen te laten verlopen. Deze belangen vormen dan ook de basis voor de vorming van procedurele *conventies* die het verloop van de formatieprocedure bepalen. De gedachte dat in een kabinetsformatie *alleen* de wetmatigheden van de politiek gelden, is dan ook onjuist. Vooral in de verkennende fase zijn deze conventies van belang; zij hebben vooral tot doel om ervoor te zorgen dat de partijen die met elkaar over coalitievorming willen onderhandelen op een procedureel zuivere wijze bij elkaar komen. Op de inhoud van de onderhandelingen hebben conventies daarentegen niet of nauwelijks invloed. Het is wel denkbaar dat de conventies van de verkennende fase hun relevantie herkrijgen. Dat is het geval als de construerende fase niet slaagt, omdat dan de verkennende fase opnieuw begint.

Niettemin geldt daarbij wel, het geciteerde uitgangspunt van Van der Hoeven indachtig, dat deze praktijken geen rechtsregels zijn. Zij gelden 'slechts' als conventies, waarvan de afwijking met instemming van alle betrokkenen in beginsel gerechtvaardigd is.⁵⁰² Een dergelijke afwijking van een conventie ligt alleen in de rede voor zover dat vanuit het oogpunt van 'fair

501 Van Baalen 2003, p. 12.

502 Het conventiebegrip wordt ook gebruikt door Van Baalen & Van Kessel in hun beschrijving van het verloop van kabinetsformaties, maar dan wel met een andere betekenis. Beide auteurs zien het begrip (tevens) als een synoniem voor begrippen als traditie, praktijk en gewoonte. Zie Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 12. Hier wordt met het gebruik van het conventiebegrip echter slechts gedoeld op praktijken die *verplichtend* zijn.

play' van het 'formatiespel' vanuit constitutioneel oogpunt niet bezwaarlijk is; anders zullen zij immers niet met die afwijking instemmen. Als niet-naleving van een conventie van de kabinetsformatie geschiedt zonder instemming van de betrokken actoren, dan is sprake van inconstitutioneel gedrag.

Tegen die achtergrond moeten de beschrijvingen in de hiernavolgende paragrafen van de ontwikkeling van de formatieprocedure en de daarbij geldende conventies worden gezien.

IV.5.3 De rol van de koning in de kabinetsformatieprocedure tot 2012

Voor een goed begrip van de kabinetsformatieprocedure in de huidige vorm is het dienstig een blik te werpen op de ontwikkeling die hij heeft doorgemaakt. In deze paragraaf komt de inrichting van de formatieprocedure tot 2012, toen de koning daarover nog de regie voerde, aan de orde.

IV.5.3.1 De periode 1814-1913

Tussen 1814 en 1840 was de formatie van een kabinet eenvoudig: ministers waren slechts dienaren van de Kroon zonder eigen bevoegdheden, die alleen verantwoording aan de koning verschuldigd waren. In die periode kon koning Willem I geheel zelf bepalen welke ministeriële departementen er zouden zijn en welke personen aan het hoofd daarvan zouden staan (art. 75 Grondwet 1815). Hoewel de invloed van de vorst op de benoeming van ministers vanaf het einde van de negentiende eeuw steeds verder terugliep, bleef hij tot 2012 dankzij het bezit van deze bevoegdheid tot benoeming van ministers ook degene die bij de formatieprocedure de (in)formateur benoemde.⁵⁰³

Al vanaf het koningschap van Willem II (1840-1849) was het verloop van de kabinetsformatie niet langer louter afhankelijk van de beslissingen van de vorst zelf. Vooruitlopend op de herziening van de Grondwet in 1848, toen de politieke ministeriële verantwoordelijkheid werd ingevoerd, benoemde de koning Gerrit graaf Schimmelpenninck tot formateur, een functionaris die, onafhankelijk van de koning, de samenstelling van het nieuwe kabinet voor zijn rekening zou nemen. Overigens kon de benoeming van de door Schimmelpenninck uitgekozen ministers nog wel op de goedkeuring van de koning rekenen. Thorbecke, die de daaropvolgende formatie (1849) voor zijn rekening nam zou zich al niet meer louter door het oordeel van de koning laten leiden.⁵⁰⁴ Het ontstaan van de conventie van 1868 zou de keuzevrijheid

503 Al nam ook de praktische ruimte die de koning had om op deze beslissing invloed uit te oefenen steeds verder af naarmate de tijd vorderde. Zie ook Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 38.

504 Thorbecke zou nog driemaal daarna optreden als formateur, namelijk in 1862, 1868 en 1871. In 1868 zou hij echter niet plaatsnemen in zijn eigen kabinet. Zie o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 386, 401, 405-406; Van Baalen 2018, p. 49.

van de koning bij het aanstellen van ministers verder beperken: vanaf die periode ontstond onder regering en parlement de rechtsovertuiging dat het aan blijven van een ministersploeg uiteindelijk afhankelijk is van de steun van een Kamermeerderheid.

Rond die periode ligt ook de kiem van het gebruik op basis waarvan de koning voorafgaand aan de aanstelling van de formateur advies inwint bij de vicepresident van de Raad van State en de voorzitters van de beide Kamers der Staten-Generaal. In 1866 vroeg koning Willem III (1849-1890) deze drie functionarissen voor het eerst om advies.⁵⁰⁵ Hoewel hun politieke affiliatie over het algemeen steeds bekend is geweest, werden zij alle drie in het licht van hun respectieve functies geacht de koning een bovenpartijdig, neutraal advies te kunnen verstrekken. Hoewel het niet direct vanzelfsprekend was dat deze drie figuren ook bij de daaropvolgende formaties de koning van advies zouden dienen,⁵⁰⁶ nam het gebruik al onder Emma, die als regentes voor Wilhelmina optrad (1890-1898) vaste vormen aan.⁵⁰⁷ Wilhelmina, die in 1898 na het bereiken van de achttienjarige leeftijd als koningin⁵⁰⁸ werd ingehuldigd, heeft gedurende haar tijd op de troon, behoudens in de periode tussen 1940 en 1946, altijd bewust aan deze gewoonte vastgehouden. Tussen 1946 en 2012 zou de koningin daarvan niet meer afwijken.⁵⁰⁹

Vanaf het einde van de jaren 1880 werd het steeds vanzelfsprekender dat kabinetten zouden optreden met dezelfde politieke kleur als de meerderheid van de Tweede Kamer. Tot 1917 lag de politieke kleur van het te vormen kabinet immers voor de hand. De belangrijkste oorzaak daarvan lag in het toen vigerende districtenstelsel, waarbij de leden van de Tweede Kamer per district met een absolute meerderheid werden verkozen. Hoewel in die periode telkens meer dan twee partijen aan de verkiezingen deelna-

505 Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 38-42. De beide auteurs vermelden daarbij dat de advisering van de vicepresident samenhangt met een bepaling in de Wet van de Raad van State van 1862, die de koning verbood de Raad van State als geheel om advies te vragen buiten de ministers om. De betreffende verplichting gold echter niet voor individuele staatsraden en voor de vicepresident. Het is daarom nog altijd gebruikelijk dat alleen de vicepresident van de Raad van State in plaats van de Raad als zodanig een adviserende functie in het kader van de kabinetsformatie vervult.

506 Het is niet duidelijk of de koning al in 1866 overging tot de consultatie van Philipse, de toenmalige voorzitter van de Eerste Kamer. In november 1867 adviseerde Philipse naast staatsraad Mutsaers en Tweede Kamervoorzitter Van Reenen de koning wel over de kabinetsformatie. De koning ging toen niet over tot het raadplegen van de vicepresident van de Raad van State Mackay. Vanaf de daaropvolgende formaties raadpleegde de koning steeds een kleine kring van politici, waartoe steeds Mackay en Van Reenen behoorden. Zie nader Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 40.

507 Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 40-41.

508 In de rest van deze paragraaf spreek ik consequent van 'koningin' in plaats van het staatsrechtelijk juistere begrip 'koning', omdat in de rest van de hier beschreven periode steeds een vrouw in Nederland als staatshoofd heeft opgetreden.

509 Van Baalen & Van Kessel merken nog wel op dat de koningin na 1946 sommige adviseurs vaker consulteerde dan andere. Dat verandert echter niets aan de bestendigheid van het gebruik. Zie Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 41-42.

men, bundelden respectievelijk de conservatieve, ‘rechtse’ en de liberale en sociaal-democratische, ‘linkse’ partijen hun krachten door voorafgaand aan de verkiezingen een akkoord te sluiten. Een dergelijk akkoord resulteerde meestal in een gemeenschappelijk ‘stembusprogram’ dat de basis vormde voor de samenwerking tussen deze partijen tijdens de daaropvolgende parlementaire periode.⁵¹⁰ Bij die samenwerking tussen de partijen speelden twee politieke kwesties een belangrijke rol: de strijd om het kiesrecht en de schoolstrijd. Als gevolg daarvan ontstonden in deze periode, die Donner ‘*la belle époque* van het parlementair stelsel’ heeft genoemd,⁵¹¹ twee concentraties van partijen: een ‘links’ en een ‘rechts’ blok.

IV.5.3.2 De periode 1913-2012

In 1913 begon aan deze overzichtelijkheid van het politieke landschap al voorzichtig een einde te komen. In dat jaar behaalde de SDAP een enorme overwinning door achttien zetels in de Tweede Kamer te verwerven (daarvoor waren het er zeven). Hoewel de Kamer dankzij de overwinning van de SDAP een ‘linkse’ meerderheid had, zag deze partij ervan af regeringsverantwoordelijkheid te nemen. In dat jaar vond vervolgens de formatie van het kabinet-Cort van der Linden, bestaande uit liberale en vrijzinnig-democratische ministers, plaats. Het genoemde kabinet had geen nauwe banden met de fracties in de Kamer en kreeg daarom ook wel de aanduiding ‘extraparlamentair’.⁵¹² Dit was de laatste kabinetsformatie onder het oude kiesstelsel; het kabinet-Cort van der Linden bleef aan tot 1918, een jaar na de invoering van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging.

De wijziging van het kiesstelsel luidde een nieuw hoofdstuk in de geschiedenis van de formatieprocedure in. Vanaf toen was het voor het verkrijgen van een Kamerzetel niet langer noodzakelijk om de absolute meerderheid van de stemmen in een district te behalen. De hoeveelheid Kamerzetels die een partij na de Tweede Kamerverkiezingen vergaarde, was vanaf dat moment afhankelijk van het halen van de kiesdrempel, hetgeen het voor kleinere partijen eenvoudiger maakte om een zetel in de Kamer te bemachtigen.

Op het verloop van de kabinetsformatie heeft deze wijziging grote invloed gehad; het sluiten van stembusakkoorden tussen ‘linkse’ en ‘rechtse’

510 Zie par. III.2.5.

511 Van der Pot/Donner 1983, p. 426 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 645.

512 De gedachte achter dit begrip was dat de parlementaire meerderheid niet in staat was om tot een formatie van dit kabinet te komen. Vanwege de beperkte betrokkenheid van de fracties bij de formatieonderhandelingen had het kabinet daarom niet een zuiver parlementair karakter. Het begrip ‘extraparlamentair’ zou tot uitdrukking brengen dat het kabinet-Cort van der Linden uitdrukking gaf aan de ‘volkswil’. Staatsrechtelijk gezien maakt het geen verschil of een kabinet parlementair of extraparlamentair is, omdat het in beide gevallen toch steun zal moeten zoeken bij een meerderheid van de Kamer, omdat het staatsrecht geen volkswil buiten de Kamer kent. Zie Oud 1967, p. 286-287.

partijen voorafgaand aan de verkiezingen zou tot de uitzonderingen gaan behoren.⁵¹³ Voortaan bepaalden partijen pas *na afloop van* de verkiezingen op basis van de uitslag in hoeverre zij met andere partijen wilden samenwerken, al dan niet door gezamenlijk regeringsverantwoordelijkheid te nemen. De vorming van een nieuw kabinet zou daardoor complexer worden. Tegen die achtergrond werd het gebruikelijk dat de koningin, naast de drie vaste adviseurs, ook de voorzitters van een aantal grote fracties in de Kamer ging raadplegen. Na de Tweede Kamerverkiezingen van 1918 consulteerde Wilhelmina daarom de voorzitters van de zes grootste fracties (de ARP, de CHU en de katholieke Kamerclub aan de 'rechterkant' en de vrij-liberalen, de VDB en de SDAP aan de 'linkerkant').⁵¹⁴ Voor de bestendinging van dit gebruik was de opstelling van de katholieke premier Ruijs de Beerenbrouck in 1921 van belang, toen de Tweede Kamer overging tot de verwerping van de ontwerp-dienstplichtwet en Ruijs' eerste kabinet (bestaande uit bewindslieden van de confessionele partijen RKSP, ARP en CHU) in een kabinet-crisis stortte. Hoewel de drie confessionele fractievoorzitters in hun advies aan de koningin een voorkeur voor voortzetting van de confessionele samenwerking uitspraken, wilde Ruijs de opdracht niet aanvaarden als de koningin niet eerst ook de voorzitters van de linkse fracties in de Tweede Kamer zou consulteren.⁵¹⁵ Nadat twee van hen, Rink (Liberale Staatspartij) en Marchant (VDB),⁵¹⁶ aan de koningin blijk hadden gegeven ook een voorkeur voor voortzetting van de confessionele samenwerking te hebben, had

513 Wel kwam het daarna nog één keer voor dat partijen voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen campagne voerden met een gezamenlijk verkiezingsprogramma. Het stembusakkoord *Keerpunt '72* dat de basis vormde voor de verkiezingscampagne van de partijen PvdA, D66 en PPR bij de Tweede Kamerverkiezingen van 1972 vormt daarvan een voorbeeld. De drie genoemde progressieve partijen zouden mede op basis van dit akkoord het kabinet-Den Uyl vormen waarin ook ministers van KVP- en ARP-huize zitting zouden nemen. Hoewel premier Den Uyl na afronding van deze formatie oordeelde dat de drie progressieve partijen water bij de wijn hadden gedaan, oordeelde hij dat de uitvoering van het gezamenlijke stembusakkoord tijdens de formatie niet was geblokkeerd. Overigens bleek na de formatie dat de PPR bij monde van fractievoorzitter B. de Gaay Fortman niet bereid was zich aan de afspraken uit *Keerpunt '72* te binden, al is het niet geheel duidelijk wat de precieze betekenis van die verklaring was. Vgl. o.a. Vis 1973, p. 11-13, 75-79; Maas 1982, p. 321-322, 327-328; Van Kessel 2016a, p. 13, nt. 14.

514 Puchinger 1970, p. 46-54. Zie ook Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 51. Dit gebruik gaat overigens terug tot 1905. In dat jaar zou de koningin voor het eerst politieke voormannen uit de Tweede Kamer consulteren over de uitslag van de Tweede Kamerverkiezingen, namelijk de leider van de vrij-antirevolutionairen De Savornin Lohman en ARP-Kamerlid Talma (geen fractievoorzitter). Volgens Van Baalen & Van Kessel leek het hier om een persoonlijke voorkeur van de vorstin te gaan, omdat zij in die periode nog geen voorzitters c.q. Kamerleden van andere fracties om advies vroeg. In 1913 zou de koningin voor het eerst ook voorzitters van de fracties uit de linkerzijde raadplegen, waartoe ook Troelstra (SDAP) hoorde. Zie verder over de voorgeschiedenis van dit gebruik Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 47-50.

515 Puchinger 1970, p. 194. Zie ook Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 51.

516 Schaper (SDAP), die Troelstra verving, sprak een voorkeur uit voor 'een burgerlijk kabinet', met de SDAP in de oppositie. Zie Puchinger 1970, p. 194.

Ruijs als formateur extra steun verworven om de partijen uit zijn eerste kabinet weer bijeen te brengen.

Na de Tweede Kamerverkiezingen van 1922, waarbij de drie confessionele partijen een grote overwinning hadden behaald, wilde Ruijs graag aanblijven als minister-president.⁵¹⁷ Van zijn medeministers had hij na de Tweede Kamerverkiezingen aan de koningin mogen berichten dat het kabinet in de huidige samenstelling zou aanblijven. De koningin vond het echter niet geraden zonder meer haar instemming te betuigen met de continuering van deze kabinetssamenwerking. Hoewel de christelijke partijen een ruime overwinning bij de verkiezingen hadden behaald, was de koningin gelet op de verkiezingsuitslag ook bevreesd voor een te grote katholieke invloed op het landsbestuur. Daarom stelde de koningin aan Ruijs voor om, voordat zij definitief met Ruijs' voorstel akkoord zou gaan, eerst de voorzitters van de zes grootste fracties te raadplegen over de politieke toestand. Zij stelde daarmee Ruijs dan ook, in het licht van het advies dat hij de vorstin na de crisis in zijn kabinet van 1921 had gegeven, voor een voldongen feit.⁵¹⁸ Nadat de drie vaste adviseurs aan de koningin hun instemming betuigden met het voorstel om de voorzitters van de zes grootste fracties over de verkiezingsuitslag te horen,⁵¹⁹ lieten Colijn en Schokking, de voorzitters van respectievelijk de ARP- en de CHU-fractie, aan de koningin blijken een voorkeur te hebben voor terbeschikkingstelling van alle portefeuilles. Volgens deze beide confessionele fractievoorzitters zou vervolgens een nieuwe kabinetsformatie kunnen plaatsvinden. Inderdaad zou, de oorspronkelijke weigering van Ruijs om het ontslag van zijn kabinet aan te bieden ten spijt, het kabinet-Ruijs vervolgens demissionair worden en een nieuwe kabinetsformatie plaatsvinden.⁵²⁰

De gebeurtenissen leverden twee nieuwe gebruiken op, die ook na 1922 steevast navolging zouden krijgen. In de eerste plaats zou een kabinet vanaf dat jaar telkens voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen zijn ont-

517 Puchinger 1970, p. 214-227; Van den Berg & Vis 2013, p. 600-603.

518 Het was voor Ruijs praktisch onmogelijk om Wilhelmina tegen te houden in de uitvoering van haar voornemen. Iedere poging daartoe zou de vorstin kunnen opvatten als een verbod om zich over de politieke toestand te laten informeren. Wel wist Ruijs nog te bedingen dat de koningin naast de zes fractievoorzitters ook de ministers Heemskerk (ARP) en De Visser (CHU) zou horen. Zie Puchinger 1970, p. 217-218; Van den Berg & Vis 2013, p. 602.

519 Naast de drie vaste adviseurs zou ook minister van Staat A.F. de Savornin Lohman als adviseur van de koningin een grote invloed uitoefenen op het verloop van deze formatie. Zie Puchinger 1970, p. 221-222. Ministers van Staat hebben in de periode tot 2012 geregeld opgetreden als adviseur. Van een vaste praktijk of verplichting was in dit kader geen sprake. Het betrof veeleer een vrije keuze van de koningin om over formaties de minister van Staat te consulteren. Ik laat dit punt daarom verder rusten. Zie o.a. Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 64-66.

520 Door zo te handelen had Wilhelmina willen voorkomen dat Nederland vanaf 1922 opnieuw een katholieke premier zou hebben. Tegen die achtergrond heeft de poging van Wilhelmina uiteindelijk geen succes gehad. Zie Puchinger 1970, p. 267-302; Van den Berg & Vis 2013, p. 603-606.

slag aanbieden, welk gebruik uitgroeide tot een verplichting; deze regel is naar het jaar waarin hij is ontstaan ook wel de ‘conventie van 1922’ gaan heten.⁵²¹ Bijgevolg zouden de Tweede Kamerverkiezingen vanaf dat jaar het startpunt van een nieuwe kabinetsformatie inluiden. In de tweede plaats zou de koningin vanaf dat moment vrijwel steeds overgaan tot de raadpleging van de voorzitters van de grootste fracties in de Tweede Kamer.⁵²² Tussen 1946⁵²³ en 2012 is de koningin, ongeacht of het Wilhelmina, Juliana of Beatrix betrof, bij iedere kabinetsformatie overgegaan tot de consultatie van alle fractievoorzitters in de Tweede Kamer over de verkiezingsuitslag, ook als deelname van hun fractie aan de coalitie onwaarschijnlijk te achten was.⁵²⁴ De

521 Zie nader par. IV.2.4.2.

522 Koningin Wilhelmina zag daarna nog tweemaal af van de raadpleging van de fractievoorzitters, namelijk in 1935 en 1939. In beide gevallen leek daarvoor een verklaring te bestaan. In 1935 was het volgens vicepresident van de Raad van State Beelaerts van Blokland ongewenst als de koningin een consultatieronde zou inplannen, gelet op de economische noodsituatie in die periode. Zie Puchinger 1993, p. 314. Na de val van het kabinet-Colijn IV in 1939 zag Wilhelmina aanvankelijk af van het consulteren van de fractievoorzitters in het licht van de oplopende internationale spanningen in de aanloop naar het ontstaan van de Tweede Wereldoorlog. Wilhelmina wilde toen dat er zo snel mogelijk een nieuw kabinet zou komen, hetgeen zij ook voor elkaar kreeg. Op 30 juni 1939 benoemde zij Colijn tot formateur. Het kabinet-Colijn V dat hij vormde viel echter al op 27 juli van hetzelfde jaar na de aanneming door de Tweede Kamer van de motie-Deckers. Deckers, de fractievoorzitter van de RKSP in de Kamer, had deze motie ingediend uit onvrede met de buitenparlementaire formatiemethode die Colijn had toegepast. Vervolgens zou de koningin wel alle fractievoorzitters raadplegen, voordat zij tot de benoeming van een formateur overging. Uiteindelijk zou die formatie leiden tot de vorming van het kabinet-De Geer II. Zie Puchinger 1993, p. 883-909. Volgens Van Baalen & Van Kessel vormde de feitelijke mislukking van het kabinet-Colijn V het bewijs voor de ‘praktisch-politieke wenselijkheid, waarschijnlijk zelfs noodzakelijkheid’ van de consultatieronde met de fractievoorzitters. Zie Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 53.

523 De eerste naoorlogse kabinetsformatie (1945), waaraan geen Tweede Kamerverkiezingen vooraf waren gegaan, had een bijzonder karakter. Toen was de keuze voor welke politieke adviseurs de koningin zou raadplegen vooral ingekleurd door haar persoonlijke voorkeuren. Zie Duynstee & Bosmans 1977, p. 63.

524 De koningin zou tussen 1965 en 2012 ook overgaan tot het horen van de fractievoorzitters bij tussentijdse kabinetscrises. Zie Maas 1982, p. 15; Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 54. Sinds 1972 is het gebruikelijk om op een kabinetscrisis altijd Tweede Kamerverkiezingen te laten volgen; pas daarna zou een nieuwe kabinetsformatieprocedure, op basis van de partijverhoudingen van de nieuw samengestelde Tweede Kamer, plaatsvinden. Zie par. IV.2.4.3.

koningin zou nooit meer van deze praktijk afwijken. Zij hoorde daarom ook de voorzitters van fracties in de Tweede Kamer waarvan het gedachtegoed omstreden was. Dat bleek bijvoorbeeld toen ook Janmaat, de leider van de Centrumdemocraten die door verschillende media als ‘extreemrechts’ werd betiteld, na zijn verkiezing in de Tweede Kamer in 1982 van koningin Beatrix net als alle andere fractievoorzitters een uitnodiging kreeg bij haar langs te komen om zijn licht te laten schijnen over de verkiezingsuitslag.⁵²⁵ Hoewel verschillende media zich in het licht van Janmaats omstreden karakter destijds openlijk afvroegen of het wel gepast zou zijn als de koningin Janmaat ten paleize zou ontvangen, was dat voor de koningin geen reden voor hem een uitzondering te maken.

Overigens is er eigenlijk nooit sprake van geweest dat de koningin ook overging tot de consultatie van de fractievoorzitters (of andere leden) van de Eerste Kamer.⁵²⁶ Bij de kabinetsformatie van 1929, de enige maal dat de koningin heeft overwogen om de Eerste Kamerfracties bij de kabinetsformatie te betrekken, zag zij daar uiteindelijk toch vanaf nadat Tweede Kamer-voorzitter Ruijs de Beerenbrouck haar dat sterk had ontraden.⁵²⁷ Ook nadien was er geen aparte rol in de kabinetsformatieprocedure voor de Eerste Kamerfracties weggelegd, hetgeen te verklaren is tegen de achtergrond van het in artikel 51, eerste lid Grondwet verdisconteerde politieke primaat van de Tweede Kamer.⁵²⁸

In het licht van de navolging die de twee beschreven consultatiepraktijken tussen 1946 en 2012 hebben gekregen, rijst de vraag of het hier om conventies ging.⁵²⁹ Het antwoord op die vraag luidt bevestigend. Afgezien van de consistente navolging van deze praktijk in de genoemde periode, was zij ook goed te verklaren. Met de raadpleging van zowel de drie vaste adviseurs als van de fractievoorzitters in de Tweede Kamer beoogde de koningin zich ervan te vergewissen dat er voldoende draagvlak in de Kamer bestond voor de beslissing die zij voornemens was te maken ten aanzien van de benoeming van de (in)formateur; anders zou de koningin mogelijk het verwijt kunnen treffen dat zij politiek bedrijft.⁵³⁰ Daarbij had de raadpleging van de vaste adviseurs het doel van depolitisering: noch de vicepresident van de Raad van State, noch de voorzitters van de beide Kamers der Staten-Generaal, bezochten de koningin als vertegenwoordiger van hun politieke partij, maar beoogden vanuit hun ambt een neutraal, bovenpartijdig advies

525 Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 54; Van Baalen 2018, p. 53.

526 Zie o.a. Bovend'Eert 2011, p. 381-391 = Bovend'Eert 2012, p. 35-49; Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 163-166.

527 Puchinger 1980, p. 774.

528 Zie nader par. IV.6.3.2.

529 Ik beperk mij in deze subparagraaf tot de beantwoording van de vraag of in de periode 1946-2012 een conventie bestond. De status van de consultatiepraktijken onder de huidige formatieprocedure komt aan de orde in par. IV.5.5.2.2.

530 In die zin ook Van den Berg 2012, p. 59 = Van den Berg 2016b, p. 118.

aan de koningin te kunnen geven.⁵³¹ De gedachte was dat de koningin op deze manier enige rust kon brengen in de formatiefase. De consultering van de fractievoorzitters gaf de koningin juist de mogelijkheid om zich zo breed mogelijk te laten informeren over de mogelijkheden die er op het gebied van mogelijke te vormen coalities bestonden. Beide conventies maakten het mogelijk dat de koningin zich als ‘constitutioneel neutrum’, dat wil zeggen als een neutrale arbiter, in de formatieprocedure kon opstellen.⁵³² De koningin kon als zodanig fungeren, omdat alle in het parlement vertegenwoordigde fracties, en bijgevolg ook alle daarin vertegenwoordigde minderheden, advies aan haar hebben kunnen geven over de benoeming van de (in)formateur. Het is dan ook verdedigbaar dat het bestaan van deze praktijk voortvloeide uit een constitutionele noodzaak die bestond uit de bescherming van minderheden.⁵³³ Ten slotte leek deze praktijk ook een verplichtend karakter te hebben gehad. Zelfs in gevallen waarin de consultatiefase als zodanig of de raadpleging van afzonderlijke politici volstrekt overbodig leek,⁵³⁴ bleef de vorstin aan deze praktijk vasthouden.

Het is daarom verdedigbaar dat deze consultatiepraktijken verplichtend waren en dus de status van conventies verdienden. Interessant aan het ontstaan van beide conventies is dat daarbij sprake is van een zekere padafhankelijkheid: was een praktijk eenmaal voor langere tijd gevestigd, dan lag verandering ervan steeds minder voor de hand.⁵³⁵ Vooral ten aanzien van de raadpleging van de drie vaste adviseurs was dit het geval. Van den Berg stelt terecht dat ook raadpleging door de koningin van anderen dan de drie vaste adviseurs goed verdedigbaar was geweest. ‘Dat dit nooit is gebeurd’, zo voegt hij daaraan toe, ‘wijst op de kracht van de conventie in de kabinetsformatie’.⁵³⁶

531 Van den Berg merkt daarbij nog op dat in de genoemde periode ook ‘een weinig opgemerkte conventie’ gold op basis waarvan de koningin na raadpleging van de fractievoorzitters opnieuw de vicepresident van de Raad van State zou ontvangen. De vicepresident kon vervolgens als klankbord dienen, voordat de koningin een informateur aanwees. Zie Van den Berg 2012, p. 60 = Van den Berg 2016b, p. 119.

532 De term is ontleend aan Elzinga 2006, p. 18-20 = Elzinga 2020, p. 194-196.

533 In die zin ook Van den Berg 2012, p. 60 = Van den Berg 2016b, p. 119; Verhey 2014, p. 8. Het oogmerk van de bescherming van minderheden is niet louter normatief. Deze gedachte is immers weer te herleiden tot de bij uitstek politieke gedachte dat een meerderheid van het heden de minderheid van de toekomst kan worden. Zo gezien hadden ook de grotere, voor de coalitievorming belangrijkere, fracties er belang bij dat *alle* fracties over de formatie van een nieuw kabinet werden gehoord. Zie par. IV.4.2.

534 Afzien van het horen van de vaste adviseurs zou in theorie bijvoorbeeld denkbaar zijn geweest als de verkiezingsuitslag al voldoende richtinggevend was ten aanzien van de politieke samenstelling van de te vormen coalitie. Verder leek het horen van afzonderlijke fractievoorzitters op zichzelf niet direct noodzakelijk, voor zover hun fracties hoe dan ook niet regeringsverantwoordelijkheid zouden nemen of – wellicht – als hun fracties zozeer omstreden gedachtegoed omarmen dat regeringssamenwerking voor hen onwaarschijnlijk te achten is.

535 Vgl. in die zin ook Vis 2003b, p. 252.

536 Van den Berg 2012, p. 59 = Van den Berg 2016b, p. 118.

Hoe bindend en krachtig deze conventies ook waren, hun gelding kon ongeregelheden tijdens de kabinetsformatieprocedure niet altijd voorkomen. Een goede illustratie van de kwetsbaarheid van deze conventies en van het belang van hun navolging bleek tijdens het verloop van de hierna te bespreken formatieprocedure van 2010.

IV.5.4 De formatieprocedure en het belang van duidelijke procedurele regels

Hoewel het staatsrecht slechts een geringe rol speelt in de formatieprocedure, geldt voor het verloop daarvan wel een aantal regels. Voor een goed verloop van het proces van coalitievorming is het van belang dat de bij de formatie betrokkenen op de hoogte zijn van de verschillende fasen die in de formatieprocedure gelden.

IV.5.4.1 *Introductie: de formatie van 1977*

De verkrijging van duidelijkheid over de geldende regels in de kabinetsformatie is echter niet een doel op zichzelf. De formulering of explicitering van deze regels heeft alleen zin, als die in het verlengde liggen van het hiervoor genoemde uitgangspunt rond de formatie: geen enkele partij mag op onheuse gronden bij voorbaat buiten de onderhandelingen worden gehouden (*fair play*), onderhandelaars dienen niet alleen oog voor hun partijbelang maar ook voor het landsbelang te hebben en de formatie dient – binnen deze grenzen – met een zekere voortvarendheid te verlopen. Illustratief in dit kader is het desastreuze verloop van de kabinetsformaties in respectievelijk 1977 en 2010, waarbij in beide gevallen het verwijt van ‘spelbederf’ de kop opstak.⁵³⁷ In beide gevallen dook daarbij de vraag op of de formulering en/of explicitering van regels in de formatieprocedure een positieve bijdrage kan leveren aan het verloop van formaties; in 1977 leek dat in mindere mate het geval dan in 2010.

In 1977 liepen de langdurige onderhandelingen tussen PvdA, CDA en D66 over de vorming van een tweede kabinet onder leiding van Den Uyl (PvdA) uiteindelijk spaak. De besprekingen tussen de drie partijen strandden na een periode van 190 dagen, waarna de onderhandelaars van de PvdA Van Agt de kans gaven zelf een kabinet te vormen zonder de PvdA. De PvdA-onderhandelaars hadden gedacht dat de onderhandelingen tussen CDA en VVD toch niet zouden slagen, waarna zij nog sterker in de onderhandelingen met Van Agt (CDA) zouden staan. Zij hadden echter een ver-

537 Voermans 2011, p. 79. Aantekening verdient overigens wel dat klagen over het verloop van de kabinetsformaties bij het debat over de regeringsverklaring van alle tijden is. Vgl. Van Baalen 2003, p. 12-13.

keerde inschatting gemaakt. Al na elf dagen slaagde Van Agt erin overeenstemming met de VVD over regeringssamenwerking te bereiken.⁵³⁸

Voor Den Uyl, wiens PvdA bij de Tweede Kamerverkiezingen van dat jaar tien zetels winst had geboekt en op 53 zetels uitkwam (vier meer dan het CDA), was het een hard gelag dat hij buitenspel kwam te staan. Afgezien van de persoonlijke tegenstellingen tussen de belangrijkste onderhandelaars, Den Uyl en Van Agt, speelde ook de opvatting bij de PvdA over de betekenis van de verkiezingsuitslag een rol: volgens Den Uyl had de kiezer een progressief kabinet gewild en dat moest tot uiting komen in het zetel-aantal, de zetelverdeling en de personele bezetting van het kabinet; er waren immers meer stemmen op de PvdA dan op het CDA uitgebracht.⁵³⁹ Hij had zich daarbij echter onvoldoende tegemoetkomend jegens Van Agt opgesteld en deze laatste zo in de armen van de VVD gedreven. De mislukte onderhandelingen tussen PvdA en CDA waren vooral het gevolg van persoonlijke tegenstellingen en van een politiek-strategische fout aan de kant van de PvdA. Van onconstitutioneel handelen was in dit geval dan ook geen sprake.

Toen Donner naar aanleiding van deze stukgelopen onderhandelingen in 1977 de vraag voorgelegd kreeg of er in het vervolg niet meer regels voor het verloop van de formatieprocedure zouden moeten gelden, was zijn antwoord ontkennend. In een artikel met de veelzeggende titel 'Nog meer regels?' betoogde hij dat de behoefte aan 'verstrakking en reglementering' van de formatieprocedure het ontstaan van een kloof tussen 'de geheel in hun spel bevangen partijpolitieke elites en het belanghebbende en belangstellende publiek' in de hand dreigt te werken.⁵⁴⁰ Over die kloof merkte hij vervolgens op:

'Het is in wezen een kloof tussen de theorie en de werkelijkheid van de parlementaire democratie. De theorie doet de landspolitiek hoe langer hoe meer opgaan in het bedrijf van de parlementaire partij- en beroepspolitiek. [In plaats] van te beseffen dat zij land en volk alleen maar "representeren", lijken de politieke partijen en de verkozenen zich, door hun eigen propaganda op een dwaalspoor gebracht, hoe langer hoe meer met land en volk te vereenzelvigen.'

Uiteindelijk komt het betoog van Donner erop neer dat politieke partijen meer oog zouden moeten hebben voor het *landsbelang* in plaats van louter hun eigen inzichten en idealen, hetgeen precies aansluit bij een van de eerder in dit hoofdstuk geformuleerde, achter de kabinetsformatie liggende,

538 In 1977 maakte Den Uyl en zijn medeonderhandelaar Van Thijn de strategische fout door het initiatief uit handen te geven aan Van Agt. De PvdA-onderhandelaars hadden gedacht dat de onderhandelingen tussen CDA en VVD toch niet zouden slagen. Zie Van Kessel 2016a, p. 76. In zoverre vormt het verloop van de formatie van 1977 dan ook het spiegelbeeld van die van 2010. Bij de laatstgenoemde formatie was het rommelige verloop ervan juist veroorzaakt door de VVD die het initiatief niet uit handen had willen geven. Vgl. Van Baalen & Van Kessel 2016, p. 526-527.

539 Van Kessel 2016a, p. 59, 73-74.

540 Donner 1978, p. 5-6 = Donner 1986, p. 173-174, ook voor het volgende citaat.

kerngedachten. De introductie van regels die de *inhoudelijke* onderhandelingen van de kabinetsformatie protocolleren aan de hand van partijpolitieke belangen staat haaks op deze gedachte. De stelling van Donner wierp haar schaduw vooruit op de kabinetsformatie van 2010, toen bleek hoezeer partijen hun eigen belangen in een kabinetsformatie kunnen laten prevaleeren boven het landsbelang.

IV.5.4.2 *De formatie van 2010: het verloop*

Het verloop van de formatie van 2010 verdient nadere bespreking, omdat hier, anders in 1977, wel van inconstitutioneel handelen sprake leek te zijn geweest. De ironie is dat het probleem hier niet een overvloed aan regels was, maar juist een *gebrek* aan (duidelijkheid over de betekenis van de geldende) procedurele regels. Niet de wijze van onderhandelen, maar de manier waarop de informateur de onderhandelaars met elkaar in contact bracht was in dit verband problematisch. De formatie van 2010 leidde tot de vorming van het kabinet-Rutte I, bestaande uit bewindslieden van VVD en CDA, die in de Kamer gedoogsteun van de PVV zou krijgen. Op basis van de uitslag van de Tweede Kamerverkiezingen van 2010 waren op zichzelf ook andere regeringscombinaties mogelijk, waaronder 'paars-plus' (VVD, PvdA, D66, GL) en een middenkabinet (VVD, PvdA, CDA). De procedure begon met onderhandelingen over de paars-plusvariant, maar die strandden vroegtijdig.⁵⁴¹

Op 21 juli 2010 benoemde de koningin vervolgens minister van Staat Lubbers (CDA)⁵⁴² tot informateur met de opdracht

'haar op zeer korte termijn te informeren over de mogelijkheden die thans reëel aanwezig zijn voor de vorming van een kabinet dat mag rekenen op een vruchtbare samenwerking met de Staten-Generaal en die daarom inhoudelijk nader onderzocht dienen te worden en daarbij aan te geven op welke wijze deze mogelijkheden kunnen worden beproefd'.⁵⁴³

Lubbers verklaarde in het eindverslag van zijn informatieronde van 3 augustus dat hij het brede onderzoek uit de formatieopdracht niet had kunnen uitvoeren in het licht van de opstelling van de PvdA. Deze partij verklaarde zich bij monde van haar fractievoorzitter Cohen pas bereid te onderhandelen over een middenkabinet, nadat de optie van een rechts kabinet (VVD,

541 Ik laat het verloop van deze onderhandelingen buiten beschouwing. Zie daarover o.a. Ten Napel 2011, p. 393-397; Van Kessel 2016b, p. 462-467.

542 De keuze voor Lubbers als informateur was in die zin opmerkelijk, dat geen enkele fractievoorzitter tot zijn benoeming had geadviseerd. Zie Van Kessel 2016b, p. 467.

543 *Kamerstukken II* 2009/10, 32417, nr. 7.

CDA en PVV) was beproefd.⁵⁴⁴ Tot een reguliere samenwerking met de PVV was het CDA echter niet bereid. Wel stond het CDA ervoor open om te praten over een samenwerking waarbij de VVD en het CDA bewindslieden voor het kabinet zouden leveren, waaraan de PVV vervolgens gedoogsteun zou verlenen.⁵⁴⁵ Lubbers was blijkens zijn eindverslag van mening dat een dergelijk onderzoek niet onder de opdracht viel die hij van de koningin had gekregen.⁵⁴⁶ Hij had daarop naar eigen zeggen overwogen de opdracht aan de koningin terug te geven, maar hij besloot dat toch niet te doen. In plaats daarvan vroeg hij op 23 juli aan de fractievoorzitter van het CDA of hij bereid zou zijn onderlinge gesprekken aan te gaan met de fractievoorzitters van VVD en PVV over mogelijke regeringssamenwerking, maar zonder daarbij zelf aanwezig te zijn.⁵⁴⁷ Hij had daarop, ook op 23 juli, een conceptpersbericht opgesteld waarin hij dit besluit wereldkundig maakte.

Na afloop van de informele besprekingen tussen VVD, CDA en PVV, waarbij Lubbers dus niet aanwezig was, verklaarden de fractievoorzitters van deze partijen 'voluit perspectief' te zien voor een regeringssamenwerking met een gedoogconstructie. Zij stelden vervolgens voor om, na het uitbrengen van het eindverslag door Lubbers, het prominente VVD-lid Opstelten tot informateur te benoemen. Vervolgens kreeg Opstelten, nadat de onderhandelaars van VVD, CDA en PVV daarvoor een voorkeur hadden uitgesproken, op 4 augustus een informatieopdracht met de strekking 'een onderzoek in te stellen naar de spoedige totstandkoming van een stabiel kabinet van VVD en CDA dat met de steun van de PVV kan rekenen op een vruchtbare samenwerking met de Staten-Generaal'.⁵⁴⁸

544 Cohen stond hierin niet alleen; GL-fractievoorzitter Halsema achtte een onderzoek naar deze rechtse combinatie eveneens 'onvermijdelijk'. Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32417, nr. 8, p. 3-4. In wezen bestaat hier een parallel met de situatie van 1977, toen Den Uyl het initiatief in de formatie uit handen gaf aan Van Agt. Cohen heeft waarschijnlijk gedacht dat de onderhandelingen tussen VVD, CDA en PVV niet zouden slagen, mede gelet op de afkeer van de PVV waarvan VVD-fractievoorzitter Rutte eerder jegens Cohen blij had gegeven. Vgl. Van Kessel 2016b, p. 493. De opstelling van Cohen was echter begrijpelijk, zoals hierna nog aan de orde komt, omdat hij ervan uitging en ook ervan uit mocht gaan dat Lubbers in zijn verkenning alleen onderzoek deed naar de vorming van volwaardige meerderheidskabinetten. De inschatting van Cohen dat het CDA niet te porren was voor een reguliere regeringssamenwerking met de PVV was volkomen juist geweest.

545 In het licht van het zetelaantal van de drie partijen was ook de vorming van een 'gewoon' meerderheidskabinet mogelijk, waarin ook bewindspersonen van de PVV zitting hadden kunnen nemen. Voor het CDA is die optie echter nooit reëel geweest. Zie Van Kessel 2016b, p. 457.

546 *Kamerstukken II 2009/10*, 32417, nr. 8, p. 4-5.

547 Naast het gegeven dat een gedoogvariant niet onder de informatieopdracht van Lubbers viel (althans volgens de interpretatie die Lubbers zelf aan die opdracht gaf), was er volgens Lubbers nog een andere verklaring voor zijn afwezigheid bij de informele gesprekken tussen Rutte, Verhagen en Wilders: de drie fractievoorzitters deelden Lubbers' wens tot het in toom houden van Wilders niet en wilden Lubbers daarom op afstand houden. Rutte ontkende later dat hij had gepleit voor Lubbers' afwezigheid bij de gesprekken tussen de drie fractievoorzitters. Zie Van Kessel 2016b, p. 470.

548 *Kamerstukken II 2009/10*, 32417, nr. 9, p. 2.

Tijdens het debat in de Tweede Kamer over het eindverslag van Lubbers op 4 augustus klonk flinke kritiek op het handelen van de oud-informateur. D66-fractievoorzitter Pechtold was van mening dat Lubbers, ‘een grove inschattingfout’ had gemaakt ‘door het proces uit zijn handen te laten vallen en vervolgens een week op zijn handen te gaan zitten’.⁵⁴⁹ Hij was bovendien van mening dat Lubbers zijn opdracht niet juist had geïnterpreteerd:

‘De opdracht tot het onderzoeken van een vruchtbare samenwerking, die u ook nu nog duidt als het zoeken naar meerderheidskabinetten, lag bij u en niet bij de drie fractievoorzitters. Mijn stelling is dus dat u op die vrijdagochtend óf uw opdracht terug had moeten geven of had moeten laten verbreden, óf – maar daar hebt u ook niet voor gekozen – de opdracht had moeten uitvoeren door er zelf bij te gaan zitten om te constateren of Rutte naar de meerderheids- of de minderheidsvariant aan het zoeken was. U hebt noch het een noch het ander gedaan. Ruim een week later constateert u dat je het tijdens het informateurschap van Lubbers mocht duiden als een minderheidsvariant, maar dat u bent weggegaan en dat dit eruit is gekomen. Ik houd mijn stelling dus staande: óf u had de opdracht moeten laten verbreden, óf u had er zelf bij moeten gaan zitten. Ú had de opdracht, niet de drie fractievoorzitters.’⁵⁵⁰

Lubbers verklaarde daarop dat hij de formatieopdracht niet had willen teruggeven aan de koningin, omdat hij naar eigen zeggen niet ‘de scherven’ wilde ‘terugleggen op het bordes, maar doorgaan’. Hij reageerde bovendien gepikeerd op het verwijt van Pechtold dat hij zijn informatieopdracht uit handen zou hebben gegeven:

‘Niet ik heb de opdracht op een andere manier niet uitgevoerd! Nee, de ene na de andere fractievoorzitter die niet wilde praten over andere varianten voordat deze onderzocht werd! Dat is de realiteit.’

In feite kaatste Lubbers nu de bal naar de fractievoorzitters van de partijen die vonden dat eerst een onderzoek moest worden gedaan naar een kabinet van VVD, CDA en PVV, voordat zij opnieuw wilden gaan onderhandelen. Een van hen was PvdA-fractievoorzitter Cohen. Hij veronderstelde toen hij met Lubbers sprak dat deze laatste alleen onderzoek deed naar de vorming van een meerderheidskabinet. Tijdens hetzelfde Tweede Kamerdebat ontspan zich de volgende gedachtewisseling tussen Cohen (C) en Lubbers (L):⁵⁵¹

C: ‘U bent begonnen – en dat is ook logisch – met het uitgangspunt “vruchtbare samenwerking is meerderheidskabinet”.’

L: ‘Ja.’

549 *Handelingen II* 2009/10, p. 7857 (4 augustus 2010).

550 *Handelingen II* 2009/10, p. 7868 (4 augustus 2010), ook voor de twee daaropvolgende citaten van Lubbers.

551 *Handelingen II* 2009/10, p. 7869 (4 augustus 2010).

C: 'U hebt nog aan mij gevraagd of ik mij realiseerde dat het dan mogelijk was dat er ook nog iets anders gebeurde. Ik heb daarop geantwoord dat ik ervan uitging, omdat het uw opdracht was, dat uitsluitend de meerderheidsvariant zou worden onderzocht. Nadat ik met u had gesproken, de volgende dag, is dat veranderd. Betekent dat eigenlijk niet dat tijdens het spel de spelregels zijn veranderd?'

L: 'Nee, dat geloof ik niet. Daarover kun je natuurlijk discussiëren. Ik vind van niet, want ik tel wat er gebeurd is. Ik houd in de gaten de vruchtbare samenwerking, waarvan ik zeg dat die ook besproken moet worden. Dan kan daarover gerapporteerd worden. Ik heb net (...) gezegd dat ik in die zin mijn opdracht niet heb kunnen uitvoeren. De vraag is echter of je een onderzoek kunt bevorderen waarbij nog tussen die drie partijen de eerste variant is een meerderheidskabinet, terwijl zij erop wijzen naar mijn gevoel dat er een risico in zit. Ik schrijf het ook op. Ik maak de afweging dat het toch beter is dat het onderzoek plaatsvindt. Er is ook niets gebeurd in de zin van beslissend of dramatisch. Er is niemand bedonderd of zo. Wij komen met resultaten. Ik schrijf een tussentijds rapport over alles wat nog moet gebeuren. Ik zeg ook dat het mij niet is gelukt om tot een meerderheidsvariant te komen. Dat is het. Ik vind dit volstrekt juist. Ik had geen aarzeling. Ik zeg tegen degenen die nu zeggen dat het iets totaal anders is, dat dit niet is ontstaan in het eindverslag maar die ochtend. Nu komt de Kamer bijeen om over dit eindverslag te praten. Zij had dan onmiddellijk kunnen samenkomen om te zeggen dat het zo niet gaat, dat er in het land iets aan de gang is wat niet kan. Dat is niet gebeurd, absoluut niet.'

Later in het debat verklaart GL-fractievoorzitter Halsema dat haar advies om eerst de vorming van een kabinet van VVD, CDA en PVV te onderzoeken niet was gebaseerd op onwil om zelf mee te onderhandelen over eventuele regeringssamenwerking. Naar eigen zeggen was zij nog altijd bereid te praten over deelname aan een kabinet. Tegen die achtergrond speelt zich de volgende dialoog tussen Halsema (H) en Lubbers (L) af:⁵⁵²

H: 'Ik heb toch nog een vraag over de beslissing die u nam voorafgaand aan het doen uitgaan van de verklaring [gedoeld wordt op het persbericht, waarin Lubbers naar buiten bracht dat hij de onderhandelaars van de drie partijen zou laten onderhandelen buiten zijn aanwezigheid, GJAG], na overleg met als eerste de heer Verhagen en daarna de andere twee fractievoorzitters. Waarom hebt u niet, toen u zelf zo in dubio verkeerde, een uitnodiging doen uitgaan naar de fractievoorzitters van de vijf partijen uit het brede midden [gedoeld wordt op VVD, CDA, PvdA, D66 en GL, GJAG], om met elkaar aan tafel te gaan zitten?'

L: 'Ja, ik moet naar waarheid antwoorden. Omdat ik die avond, de beelden zijn nog te zien, daar wat moe vandaan kom. De mensen zeggen: hoe is het gegaan. Ik antwoord: ik ben moe, ik ga thuis met mijn vrouw een borrel drinken. Ik schrijf op wat er dan gebeurt. Ik overwoog: dit is toch om moedeloos van te worden, men wil niet praten over varianten, er is alleen dit, huppelakee. Dus daarom is dat gebeurd. Zo simpel is het.'

552 *Handelingen II 2009/10*, p. 7870 (4 augustus 2010).

H: 'Voorzitter. Het blijft mij toch aanzienlijk verbazen. Als je bijvoorbeeld kijkt naar de citaten van mij die zijn opgenomen in het verslag, dan lees je dat ik nog steeds hoop op Paars-plus, dat zal niet verbazen, dat ik de Roemervariant [SP-fractievoorzitter Roemer stelde in de eerste informatieronde voor een 'snelle pre-informatiefase' op te starten, waarna de Kamer zou debatteren over de uitkomsten van die fase, GJAG] serieus neem en dat dit ook geldt voor de brede variant van het midden [een combinatie van VVD, CDA, PvdA, D66 en GL, GJAG]. De vraag is natuurlijk wie er zou hebben geblokkeerd als de heer Lubbers vijf voorzitters aan tafel had gezet. Hij weet dat voor mijn fractie geldt dat wij niets blokkeren. Hij heeft er welbewust voor gekozen om die stap niet te zetten.'

L: 'Dat is een stelling en geen verzoek om een inlichting.'⁵⁵³

Op dat moment waren de onderhandelingen tussen VVD, CDA en PVV al in volle gang. Na een maand concludeerde Opstelten echter dat de vorming van een samenwerking tussen deze partijen niet mogelijk was gebleken.⁵⁵⁴ Wilders had geen vertrouwen in een succesvolle afloop van de onderhandelingen, nadat in de openbaarheid was gekomen dat de drie CDA-fractieleden Klink, Ferrier en Koppejan moeite hadden met een samenwerking met de PVV.⁵⁵⁵ Vervolgens brachten de fractievoorzitters op basis van die situatie opnieuw advies uit aan het staatshoofd. Rutte stelde toen voor zelf een proeve van het regeerakkoord te schrijven, aan welk voorstel CDA-fractievoorzitter Verhagen en PVV-fractievoorzitter Wilders steun gaven.⁵⁵⁶

Al vrij snel daarna kreeg de procedure een verrassende wending.⁵⁵⁷ Op 7 september 2010, nog voordat het debat over het eindverslag van de werkzaamheden van Opstelten in de Kamer plaatsvond, verklaarden de drie rechtse partijen in de media toch voldoende perspectief te zien hun onderhandelingen onder leiding van Opstelten te hervatten. De directe aanleiding daarvoor was het terugtreden van de dissident Klink, beoogd fractievoorzitter als Verhagen tot het kabinet zou toetreden,⁵⁵⁸ uit de Kamer.⁵⁵⁹ Het gevolg daarvan was dat de strekking van het verslag van de informatiewerkzaam-

553 Het genoemde debat vond plaats op grond van art. 139b RvO II (oud; zie thans art. 11.2 RvO II), op basis waarvan de Kamer de (in dit geval) oud-informateur kon uitnodigen en verzoeken inlichtingen te verschaffen over het verloop van de kabinetsformatie. De oud-informateur hoefde op dat moment geen verantwoording af te leggen, omdat hij de opdracht van het staatshoofd had gekregen. Sinds 2012 is dat anders, omdat de informateur inmiddels door de Tweede Kamer wordt aangewezen. Zie ook Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 120.

554 *Kamerstukken II* 2009/10, 32417, nr. 10, p. 3-4.

555 Van den Berg 2010, p. 17; Van Kessel 2016b, p. 491.

556 *Kamerstukken II* 2009/10, 32417, nr. 11, p. 3, 5-6.

557 Naar het woord van SGP-fractievoorzitter Van der Staaij, die erbij vermeldde dat hij deze term al op papier had gezet toen deze laatste wending (de verandering van de politieke situatie) nog niet eens had plaatsgevonden. Zie *Handelingen II* 2009/10, p. 7880 (7 september 2010).

558 Van Kessel 2016b, p. 472.

559 Ten Napel 2011, p. 402; Van Kessel 2016b, p. 494.

heden van Opstelten niet langer strookte met de heersende politieke situatie, noch met de adviezen die de fractievoorzitters van de drie partijen aan de koningin hadden uitgebracht.

In het licht van de discrepantie tussen de adviezen van de fractievoorzitters en de nieuw ontstane politieke situatie verstreekte de koningin een informatieopdracht aan Tjeenk Willink om 'haar op de kortst mogelijke termijn te informeren over de thans ontstane situatie en de stappen die genomen moeten worden'.⁵⁶⁰ Hij heeft vervolgens de, in zijn eigen woorden, twee procedurele 'gaten' gedicht die de fractievoorzitters VVD, CDA en PVV hadden achtergelaten. In de eerste plaats ging het daarbij om de door hen in de media afgelegde verklaring op 7 september 2010 die niet correspondeerde met hun uitlatingen in het eindverslag van Opstelten van drie dagen eerder. In de tweede plaats bracht hun gewijzigde standpunt, dat ook door hen naar voren werd gebracht tijdens een Tweede Kamerdebat op 7 september, mee dat een Kamermeerderheid inmiddels voorstander was van een hereniging van de informatiewerkzaamheden door Opstelten in plaats van, zoals de drie fractievoorzitters op 6 en 7 september nog aan de koningin hadden geadviseerd, van een benoeming van de voorzitter van de VVD-fractie tot informateur. Tjeenk Willink adviseerde de koningin aan Opstelten te verzoeken zijn onderzoek naar de mogelijkheden tot de vorming van een kabinet van VVD en CDA, met gedoogsteun van de PVV, voort te zetten, nadat hij had geconstateerd dat de geconstateerde 'gaten' daarvoor geen (verdere) belemmering vormden.⁵⁶¹ Een kleine maand nadat Opstelten zijn opdracht had gekregen, kon hij zijn eindverslag aanbieden. Hij kwam tot de conclusie dat de vorming van het gedoogkabinet mogelijk was en adviseerde Rutte tot formateur te benoemen.⁵⁶²

Tallose Kamerleden uitten in het debat over het eindverslag van Opstelten hun onvrede over deze gang van zaken, onder andere omdat de onderhandelaars van VVD, CDA en PVV zich onhoffelijk hadden gedragen jegens het staatshoofd.⁵⁶³ Belangrijker nog was het verwijt van toenmalig CU-fractievoorzitter Rouvoet, die zich juist verbaasde over het vreemde verloop van de procedure. Hij verklaarde:

'Het gaat erom dat wij ordentelijke procedures hebben. Als een bepaalde fase in de formatie wordt afgesloten, gaan wij allemaal naar de koningin en bieden wij onze adviezen aan. Het is aan het staatshoofd om dan een keuze te maken voor het vervolg. Ik kijk er oprecht van op dat, terwijl de laatste adviseurs nog bij de koningin zijn, de heer Rutte met twee handen aangrijpt dat de heer Wilders weer

560 *Kamerstukken II 2009/10, 32417, nr. 12, p. 2, ook voor het volgende citaat.*

561 *Kamerstukken II 2009/10, 32417, nr. 12, p. 5-6.*

562 *Kamerstukken II 2009/10, 32417, nr. 15, p. 2-4.*

563 SGP-fractievoorzitter Van der Staaij sprak van 'een verbazende en onhoffelijke gang van zaken' jegens Hare Majesteit en SP-fractievoorzitter Roemer oordeelde dat Rutte het staatshoofd door zijn handelen had gedegradeerd tot 'eigenlijk niet meer dan een speler in een slecht toneelstuk'. Zie *Handelingen II 2009/10, p. 7881, 7885 (7 september 2010)*.

wil – jullie mogen weer aanschuiven, kom maar weer meedoen – en naar buiten brengt dat zijn advies van gisteren aan de koningin nu weer van de baan is. Wat moet ik met zijn vermogen tot een zogenaamde brede blik [Rutte had in zijn advies aan de koningin om zelf een regeerakkoord te schrijven, gemeld dat hij dat met een open, brede blik wilde doen, GJAG]? Hij heeft zelf direct weer aan blikverenging gedaan'.⁵⁶⁴

Rutte riposteerde daar als volgt op:

'Ik had gisteren te wirtschaften met de ontwikkelingen zoals die zich sinds vrijdag hadden voorgedaan. Dat spreekt voor zich. Sinds vanochtend is de door mij gewenste rechtse politieke samenwerking weer mogelijk. Ik zou toch een spelletje spelen als ik vandaag zou zeggen: ik merk dat de PVV weer wil onderhandelen, maar daar reageer ik niet op want er is iets anders aan de gang. Iedereen weet dat de VVD groot voorstander is van die rechtse politieke samenwerking, waarvan ik tot vanochtend moest aannemen dat die van de baan was.'

Op 14 oktober bood formateur Rutte vervolgens het eindverslag van zijn werkzaamheden als formateur aan. Hij legde op 26 oktober namens zijn kabinet in de Tweede Kamer de regeringsverklaring af, waarmee de formatieprocedure ten einde was gekomen.

IV.5.4.3 De formatie van 2010: de beoordeling van het verloop

Hoewel het verloop van deze formatie zowel binnen als buiten de Kamer als 'ongebruikelijk' is bestempeld, was het algemene gevoel in de staatsrechtsbeoefening dat daarbij niets onoirbaars was gebeurd. Broeksteeg & Qoubbane zijn van mening dat, bij ontstentenis van vaststaande staatsrechtelijke regels die het eigenlijke verloop van de kabinetsformatieprocedure reguleren, geen gedrag heeft plaatsgevonden dat inconstitutioneel van aard was.⁵⁶⁵ Hoogstens was, zo meenden zij, sprake van onfatsoenlijkheid of onhoffelijkheid in de bejegening van de koningin. De genoemde auteurs hadden daarmee de kern van de zaak echter niet geraakt. De kritiek van de Kamer had niet alleen betrekking op het gebrek aan hoffelijkheid van de onderhandelaars, maar ook (vooral) op het niet in acht nemen van de voor de formatie geldende *procedure*. In het verloop van de formatieprocedure is in ieder geval onjuist gehandeld door informateur Lubbers. Hij had het niet mogen toestaan dat de onderhandelaars van VVD, CDA en PVV buiten zijn aanwezigheid met elkaar over een te vormen kabinet zouden spreken.

Op zichzelf kon Lubbers de woorden 'vruchtbare samenwerking met de Staten-Generaal' in zijn informatieopdracht zo begrijpen, dat daaronder ook de vorming van een kabinet met een gedoogconstructie viel. De formulering van (in)formatieopdrachten is immers nooit erg duidelijk geweest. In het

⁵⁶⁴ *Handelingen II* 2009/10, p. 7885 (7 september 2010), ook voor het volgende citaat van Rutte.

⁵⁶⁵ Broeksteeg & Qoubbane 2012, p. 306-309. Vgl. in die zin ook Ten Napel 2011, p. 409-412.

wat verdere verleden hebben informateurs het begrip ‘vruchtbare samenwerking’ soms zo gelezen dat daaronder alleen een meerderheidskabinet kon vallen, maar soms ook juist niet.⁵⁶⁶ Het is op zichzelf dan ook begrijpelijk dat dit begrip tot verwarring aanleiding gaf. Daar komt nog bij dat de gedoogconstructie weliswaar een minderheidskabinet zou vormen, maar in feite ook een meerderheidscoalitie was.⁵⁶⁷

Het is echter van tweeën één: óf het onderzoeken van de vorming van een coalitie van VVD en CDA, met gedoogsteun van de PVV, viel wel onder de opdracht, in welk geval Lubbers bij de onderhandelingen aanwezig had moeten zijn, óf de opdracht stond een dergelijk onderzoek niet toe, in welk geval Lubbers de opdracht terug had moeten geven aan de koningin of bij haar om verbreding van de opdracht had moeten verzoeken.⁵⁶⁸ Lubbers had van tevoren moeten bepalen hoe hij zijn opdracht las, dat kenbaar moeten maken aan de fractievoorzitters en daarnaar moeten blijven handelen. Een informatieopdracht is dus niet geheel vrijblijvend. Hij geeft onder geen beding de ruimte om de regie over het onderzoek naar de vorming van een nieuw kabinet uit handen te geven.

In dit geval is Lubbers steeds duidelijk geweest over hoe hij zijn opdracht tot en met het moment van het verantwoordingsdebat in de Kamer interpreteerde: hij begreep dat slechts het doen van onderzoek naar de vorming van een regulier meerderheidskabinet daaronder viel. Hij heeft dat, zo gaf hij zelf tijdens het einddebat ook toe, in ieder geval ook zo meegegeeld aan Cohen. De fractievoorzitters van de andere partijen hadden op die mededeling moeten kunnen vertrouwen. De beslissing van Cohen om eerst te adviseren tot de vorming van een kabinet van VVD, CDA en PVV is dan niet zozeer een strategische fout, maar vooral een verkeerde inschatting van de wijze waarop Lubbers met zijn opdracht om zou gaan. Het is niet vreemd dat Cohen erop vertrouwde dat Lubbers zich aan de door hemzelf gestelde kaders van zijn opdracht zou houden. Op basis daarvan ging Cohen ervan uit dat Lubbers alleen de vorming van een regulier meerderheidskabinet van VVD, CDA en PVV onderzocht – een optie die nooit erg reëel is geweest. Toen Lubbers later alsnog van zijn eerdere mededeling over de interpretatie van zijn opdracht afweek, wijzigde hij, zoals Cohen hem ook in de Tweede Kamer verweet, inderdaad de ‘spelregels tijdens het spel’.

De inhoud van deze ‘spelregel’ is duidelijk: een informateur dient zich te houden aan de rol van procesbegeleider, inclusief de aan hem toegekende informatieopdracht, waarbij in ieder geval als uitgangspunt geldt dat hij de regie over de onderhandelingen houdt. Ook dit is een constitutionele conventie: het is al sinds jaar en dag gebruikelijk dat onderhandelingen onder

566 Prakke 1979, p. 244-245.

567 In die zin ook Ten Napel 2011, p. 411-412; Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 79.

568 In het laatste geval was het ook nog denkbaar dat Lubbers met de vijf fractievoorzitters om tafel was gaan zitten, zoals Halsema Lubbers in de Tweede Kamer had voorgehouden (zie hiervoor in de hoofdstekst). Lubbers heeft echter niet het initiatief genomen om een dergelijke ontmoeting te laten plaatsvinden.

leiding van een informateur staan, die binnen de kaders van een informatieopdracht handelt. Alle fractievoorzitters mochten erop vertrouwen dat Lubbers zich aan deze rol zou houden. De achterliggende gedachte van deze conventie is duidelijk: de leidende rol van de informateur in het formatieproces heeft tot doel te verzekeren dat de betrokken partijen of fracties een eerlijke kans krijgen om deel te nemen aan de formatieonderhandelingen. Bovendien dient de informateur ervoor te waken dat een kabinet wordt gevormd dat kan rekenen op voldoende steun van de Tweede Kamer.⁵⁶⁹ De inrichting van deze procedure dient mede om de belangen van minderheden voldoende te beschermen. Het bestaan van deze regel is ook weer in het belang van de meerderheid, omdat de meerderheid van het heden in de toekomst mogelijk weer een minderheid is.

Juist op dat punt had Lubbers niet direct de garantie dat onderhandelingen tussen VVD, CDA en PVV kansrijk zouden zijn. De drie partijen beschikten tezamen over de kleinst mogelijke meerderheid van 76 zetels in de Tweede Kamer.⁵⁷⁰ Belangrijker nog was dat de CDA-fractie naast de vertrokken Klink nog altijd twee ‘dissidenten’ of ‘bezwaarden’ kende: Ferrier en Koppejan.⁵⁷¹ Beide Kamerleden hadden – voorzichtig gezegd – nooit veel enthousiasme getoond voor samenwerking met de PVV. Lubbers heeft bovendien geweten dat een minderheidscoalitie met gedoogsteun van de PVV binnen zijn partij tot hoogoplopende discussies had geleid. Als Lubbers toch vond dat deze optie eerst beproefd moest worden, had hij van tevoren moeten laten weten aan de koningin en alle fractievoorzitters dat hij Rutte, Verhagen en Wilders wilde laten overleggen over regeringssamenwerking buiten zijn aanwezigheid. Dat heeft hij echter nagelaten.

Het verweer van Lubbers dat de Kamer aan de bel had kunnen trekken na de beslissing om de regie uit handen te geven, overtuigt niet. In de eerste plaats hangt dit samen met de positie die de informateur in 2010 had: hij had geen verantwoordingsrelatie met de Kamer, maar diende te handelen naar een informatieopdracht die hij van het staatshoofd had gekregen.⁵⁷² Alle fracties hadden erop mogen vertrouwen dat Lubbers zich aan die opdracht zou houden. In de tweede plaats was het kwaad al geschied op

569 Vgl. Van den Berg 2012, p. 62 = Van den Berg 2016b, p. 120.

570 Ik laat dan nog buiten beschouwing dat de drie partijen op dat moment niet over een meerderheid in de Eerste Kamer beschikten. CDA en VVD (de PVV was er nog niet vertegenwoordigd) hadden daar tijdens de onderhandelingen tezamen 35 zetels. Zie daarover Van Kessel 2016b, p. 486 (waar vermoedelijk een tyfout staat; Van Kessel stelt dat de drie partijen tezamen 52 zetels in de Eerste Kamer hadden, hetgeen juist een heel ruime meerderheid was geweest).

571 Tot op het laatste moment hebben beide Kamerleden zich verzet tegen de samenwerking met de PVV. Uiteindelijk gingen zij onder voorbehoud akkoord met de samenwerking. In een verklaring meldde Verhagen uiteindelijk dat Ferrier en Koppejan ‘bij de uitwerking van het regeerakkoord – in het bijzonder voorstellen in het gedoogakkoord – op hun uitwerking beoordelen of zij recht doen aan de intenties van het CDA bij het sluiten van het regeerakkoord’. Zie Van Kessel 2016b, p. 505.

572 Vgl. Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 120.

het moment dat Lubbers het persbericht had doen uitgaan. Als hij dan op instigatie van de Kamer de informele onderhandelingen tussen VVD, CDA en PVV alsnog had geblokkeerd, had dat niet alleen voor verwarring in de procedure gezorgd maar had hij vermoedelijk ook het verwijt van partijdigheid gekregen. Het was Lubbers' verantwoordelijkheid om zelf het initiatief in de formatie te houden. De schending van deze conventie was onder deze omstandigheden inconstitutioneel. Op zichzelf laten de procedurele conventies van de kabinetsformatie ruimte voor de betrokken partijen om binnen ruime marges naar bevind van zaken te handelen. Zij staan echter niet toe dat de kerngedachte achter de formatie – er moet een gelijk speelveld bestaan waarin alle partijen op basis van duidelijke procedurele regels een eerlijke kans moeten hebben om aan de onderhandelingen deel te kunnen nemen – wordt ondergraven. Dat is hier echter wel gebeurd.

Daarmee was de kous nog niet af. De fractievoorzitters van VVD, CDA en PVV handelden evenzeer in strijd met de geldende procedurele conventies van de kabinetsformatie door nog voor het debat in de Kamer over het eerste eindverslag van de werkzaamheden van informateur Opstelten te verklaren de onderhandelingen met elkaar te willen hervatten. De verklaring van deze drie politici week af van de adviezen die zij aan de koningin hadden uitgebracht. De koningin moest zich bij het zetten van een nieuwe stap in de formatieprocedure houden aan de adviezen die de Kamer aan haar had verstrekt. Als zij Rutte nu in weerwil van die adviezen haar zin zou geven om direct Opstelten als informateur te benoemen, zou zij het verwijt hebben kunnen krijgen een politieke keuze te hebben gemaakt. Van den Berg merkte daarover terecht op: 'Veel gevoel voor zorgvuldige procedures, van zulk belang voor de democratie die vaak breekbaarder is dan verwacht, bleek er op dat moment niet te wezen.'⁵⁷³

Na de aanvankelijke mislukking van de informele onderhandelingen tussen de drie partijen, hadden zij moeten afwachten totdat de koningin – zij was tenslotte de procesbegeleider – opnieuw een informateur zou benoemen. Door tijdens het debat over het (eerste) eindverslag van informateur Opstelten openlijk een ander standpunt in te nemen dan zij hadden verkondigd tijdens de consultatieronde, hebben zij de geldende procedure op basis van oneigenlijke gronden doorkruist. De aanleiding voor het omstre-den handelen van de drie partijen, het terugtreden uit de Kamer van PVV-criticaster Klink, rechtvaardigde niet om de koningin voor het blok te zetten door een, van hun oorspronkelijke advies afwijkende, standpunt over regeringssamenwerking met elkaar naar buiten te brengen. Niet alleen was Klink niet de enige CDA-parlementariër die zich kritisch opstelde jegens samenwerking met de PVV, ook was duidelijk dat hier niet het landsbelang, maar alleen het (vermeende) belang van de drie partijen centraal stond. Op het moment dat de politieke situatie veranderde, begon echter opnieuw een ver-

573 Van den Berg 2010, p. 18.

kennende fase waarin het speelveld weer openlag. In procedureel opzicht hebben Rutte, Verhagen en Wilders dan ook inconstitutioneel gehandeld.

Toegegeven, het is onwaarschijnlijk dat deze wending beslissend is geweest voor de uiteindelijke uitkomst van de formatieonderhandelingen. De adviezen die Rutte, Verhagen en Wilders aan de koningin hadden uitgebracht waren oorspronkelijk al unisono: zij hadden alle drie aan de koningin laten weten dat Rutte een proeve van een regeerakkoord moest schrijven. De eensgezindheid die er op dat moment kennelijk al tussen de drie fractieleiders bestond gaf in de consultatieronde voldoende ruimte om de koningin de beslissing te laten nemen deze drie politici een serieuze poging te laten ondernemen om overeenstemming over een regeer- en gedoogakkoord te bereiken. De aanstelling van Tjeenk Willink als tweede informateur had dan ook vooral tot doel om de plooiën in de procedure weer glad te strijken, niet om de onderhandelingen een andere kant op te sturen. Tegen die achtergrond moet het belang van de wijziging van hun standpunt voor de *uitkomst* van de onderhandelingen niet worden overdreven. De drie partijen konden immers sowieso al, gelet op hun meerderheid in de Kamer, iedere andere mogelijke regeringscombinatie blokkeren totdat zij zelf overeenstemming over samenwerking hadden bereikt. Dat neemt niet weg dat een schending van procedurele normen, ook als achteraf blijkt dat dezelfde inhoudelijke uitkomst was bereikt als de procedure wel ordentelijk was verlopen, wel degelijk inconstitutioneel is. Juist het volgen van de geldende procedurele regels maakt de uitkomst van die formatie ook achteraf te rechtvaardigen voor de partijen die uiteindelijk *niet* aan de regering zijn gaan deelnemen.

IV.5.4.4 *Balans*

Uit het verloop van de casus uit 2010 blijkt dat de kabinetsformatieprocedure niet geheel zonder duidelijke procedurele regels in de verkennende fase kan. Anders doet het partijpolitieke belang van politici het zicht ontneemen op het meer algemene belang dat ook met de vorming van een kabinet gemoeid is. Donner waarschuwde daar al in 1977 voor, zij het dat die waarschuwing in het teken stond van de spiegelbeeldige situatie in de construerende fase waarin juist de gelding van een *teveel* aan regels onwenselijk is. Een meerderheid van de Tweede Kamer moet zich dat hebben gerealiseerd toen zij in 2012 besloot de kabinetsformatieprocedure anders in te richten.

IV.5.5 De Tweede Kamer en de kabinetsformatieprocedure na 2012

In 2012 vond een grote wijziging in de kabinetsformatieprocedure plaats: vanaf dat jaar zou niet de koning, maar de Tweede Kamer het voortouw nemen bij het doorlopen van het proces tot de vorming van een nieuwe coalitie, inclusief de bijbehorende bevoegdheid om tot de benoeming van de (in)formateur(s) over te gaan. Vanuit staatsrechtelijk oogpunt was dit op zichzelf niet bezwaarlijk, maar vrijblijvend was deze wijziging niet. Na 2012

zou de Tweede Kamer een nieuwe verantwoordelijkheid op zich nemen; zij moet er niet alleen voor zorgen dat de formatieprocedure goed zou blijven verlopen, maar ook dat alle in de Kamer vertegenwoordigde fracties voldoende gelegenheid krijgen hun stem tijdens de consultatiefase in de procedure te laten horen. De gevolgen van deze wijziging in de procedure voor het belang van een ordelijk verloop van deze procedure, komt in deze paragraaf aan de orde. De bevindingen in deze paragraaf zijn hoofdzakelijk⁵⁷⁴ gebaseerd op het verloop van de kabinetsformaties van 2012 en 2017.

IV.5.5.1 De ontwikkeling van de toegenomen parlementaire invloed op de formatieprocedure

De wijziging van de procedure in 2012, die in de literatuur wel het voorlopige sluitstuk van de toegenomen parlementaire invloed (of 'parlementarisering') op de kabinetsformatie is genoemd,⁵⁷⁵ is het (voorlopige) resultaat van een ontwikkeling die al veel langer gaande is. De Tweede Kamer ging in feite al een rol in de kabinetsformatieprocedure spelen vanaf het moment dat het parlementair stelsel tot ontwikkeling kwam.⁵⁷⁶ Gelet op de gelding van de vertrouwensregel, de kernregel van het parlementair stelsel, is het van belang dat alle betrokkenen bij een kabinetsformatie zich ervan vergewissen dat het te vormen kabinet kan rekenen op de steun van ten minste een meerderheid van de leden van de Tweede Kamer. Een volgende stap in deze ontwikkeling werd gezet in 1963, toen de zogeheten parlementaire formatiemethode haar intrede had gedaan. Vanaf dat jaar zou het regeringsprogramma niet langer, zoals daarvoor gebruikelijk was, zelfstandig door de formateur opgesteld worden, maar het uitvloeisel zijn van een in samenspraak met (in ieder geval) de fractievoorzitters van de onderhandelende partijen uitonderhandeld regeerakkoord.⁵⁷⁷

In 1971 nam de Tweede Kamer een motie van het KVP-Kamerlid Kolf-schoten aan, die het mogelijk maakte dat de Kamer desgewenst in een open-

574 De laatste wijzigingen in dit manuscript zijn ingevoegd op 1 mei 2021. Daarom wordt in deze paragraaf slechts aandacht besteed aan het verloop van de kabinetsformatie van 2021 voor zover het de turbulente gebeurtenissen van de eerste zes weken daarvan betreft.

575 Vgl. o.a. Van Baalen 2012, p. 15; Ten Napel, Heine & Veldwijk 2013, p. 320; Bovend'Eert 2016, p. 116.

576 Zie par. IV.2.4.2.

577 In 1963 kwam het zogeheten Akkoord van Wassenaar (niet te verwarren met het gelijknamige, door de sociale partners gesloten akkoord uit 1982) tot stand, dat de basis zou vormen voor de regeringssamenwerking tussen KVP, ARP, CHU en VVD in het kabinet-Marijnen (1963-1965). Zie voor de tekst van het akkoord *Handelingen II* 1963, p. 122-124 (31 juli 1963). Al voor 1963 kwamen dergelijke parlementaire kabinetten voor, namelijk in 1918, 1922, 1925 en 1946. In 1972/1973 werd bovendien nog eenmaal een kabinet geformeerd met de zogeheten extraparlamentaire formatiemethode. Het gebruikelijker worden van de parlementaire formatiemethode is dan ook het resultaat van een geleidelijke ontwikkeling. Vgl. Bovend'Eert 1988a, p. 46-48; Van Baalen 2012, p. 20-22.

bare beraadslaging kon ‘onderzoeken of een oordeel kan worden uitgesproken omtrent een door het staatshoofd te benoemen kabinetsformateur’.⁵⁷⁸ Veel effect heeft de aanneming van deze motie niet gesorteerd. Slechts eenmaal, namelijk op 12 mei 1971, heeft de Kamer naar aanleiding van de aanneming van deze motie gedebatteerd over een mogelijke voordracht van een kabinetsformateur aan de koningin.⁵⁷⁹ Het lukte de Kamer toen niet om tot een gezamenlijke voordracht te komen, waarna ook in latere jaren geen gebruik meer werd gemaakt van de mogelijkheid om in het openbaar over de verkiezingsuitslag te beraadslagen, laat staan van de optie om een kabinetsformateur aan de koningin voor te dragen. De laatste stap die aan het voorlopige sluitstuk van de parlementarisering van de kabinetsformatie voorafging, vond plaats in 1993, toen de Tweede Kamer de motie-Jurgens/Mateman aannam.⁵⁸⁰ Op basis van deze motie zou de Kamer de informateur na afronding van de informatieopdracht kunnen uitnodigen voor een debat, hetgeen ook in het RvO II werd vastgelegd.⁵⁸¹

In het licht van deze al langer durende ontwikkeling is het niet verwonderlijk dat de Tweede Kamer de rol van procesbegeleider in de kabinetsformatie in 2012 naar zich toe heeft getrokken. Vermoedelijk hangt het moment waarop die wijziging in de procedure plaatsvond samen met het verloop van de formatie van 2010 waarover in de Tweede Kamer nogal wat controverse heeft bestaan.⁵⁸² Deze formatie verliep niet geheel volgens het vaste verwachtingspatroon, waardoor potentiële onderhandelaars het gevoel had-

578 Zie voor de volledige tekst van de motie *Kamerstukken II 1970/71*, 10993, nr. 9. Zie voor het debat dat leidde tot de aanneming van de motie *Handelingen II 1970/71*, p. 2886-2935 (18 februari 1971).

579 *Handelingen II 1971*, p. 11-45. Zie nader over dat debat Van Baalen 2012, p. 22-25. Wel onderzocht de Tweede Kamervoorzitter bij iedere kabinetsformatie tussen 1971 en 2010 of er behoefte aan een dergelijk debat bij een Kamermeerderheid bestond. Dat bleek nimmer het geval te zijn. Zie Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 26-29.

580 Van Baalen 2012, p. 26-27. Zie voor de tekst van de motie *Kamerstukken II 1993/94*, 21427, nr. 98 (herdruk). Zie voor de stemming over de motie *Handelingen II 1993/94*, p. 3261 (22 december 1993). Tot 2012 was deze mogelijkheid terug te vinden in art. 139a RvO II, tussen 2012 en 2021 kreeg zij een plaats in art. 139b RvO II en tegenwoordig is zij geregeld in art. 11.2 RvO II.

581 Van groot belang leek de invoering van deze mogelijkheid op zichzelf nog niet te zijn, omdat de informateur slechts inlichtingen kan verstrekken over zijn werkzaamheden en geen verantwoording daarvoor hoeft af te leggen. Inmiddels is dat, in het licht van de veranderde rol van de Kamer na 2012, anders geworden. Ook de invoering van deze mogelijkheid in (thans) art. 11.2 RvO II is op zichzelf niet nodig geweest, omdat de Kamer ook zonder die bepaling in het Reglement tot de uitnodiging van de informateur kon overgaan. In die zin ook Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 152. Overigens was Vis positiever over de introductie van deze mogelijkheid. Over de keer dat hij zelf als informateur in juni 1994 over zijn werkzaamheden als informateur verantwoording aflegde – de eerste keer dat dit überhaupt gebeurde – sprak hij het vermoeden uit dat het debat, hoewel het ‘niets nieuws’ bracht, ‘voor de achterbannen van de onderhandelaars nogal verhelderend moet zijn geweest’ en in dat licht misschien ‘van gunstige invloed is geweest op het vervolg van de formatie’. Zie Vis 2003b, p. 298.

582 *Kamerstukken II 2010/11*, 32759, nr. 2, p. 3. Vgl. in die zin ook Ten Napel, Heine & Veldwijk 2013, p. 308; Bovend'Eert 2020, p. 27-28.

den al in een vroeg stadium buitenspel te zijn gezet. Had de neutrale rol van de koningin bij de formatie tot 2010 niet of nauwelijks ter discussie gestaan, in dat jaar werd zij kwetsbaar door de – terechte – onvrede over hoe de formatie was verlopen. De wijziging van de procedure was dan ook niet zozeer een kwestie van toevalligheid, maar vooral een manier voor de Kamer om meer greep te krijgen op de procedure met het oog op voorkoming van herhaling van de gang van zaken in 2010.

IV.5.5.2 De parlementarisering van de kabinetsformatie

Na een korte bespreking van de implicaties van de regeling van de formatieprocedure bij Reglement van Orde, komt in deze subparagraaf aan de orde wat de parlementarisering van de kabinetsformatie heeft betekend voor de (veranderde) positie van de koning respectievelijk die van (onveranderd gebleven) andere bij de formatieprocedure betrokken organen.

IV.5.5.2.1 Niet het Reglement als zodanig, maar de daaruit voortvloeiende conventie bindt de betrokken organen

De nieuwe rol van de Tweede Kamer kreeg een plaats in het huidige artikel 11.1, eerste lid RvO II (voorheen art. 139a, eerste lid RvO II). Het genoemde artikellid luidt sinds 31 maart 2021 als volgt:

‘De Kamer beraadslaagt na aanvang van een nieuwe zitting zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk na een week, over de verkiezingsuitslag. Het doel van de beraadslaging is een of meer informateurs onderscheidenlijk formateurs aan te wijzen en de door hen uit te voeren opdracht vast te stellen. Indien dat doel niet in de vergadering wordt bereikt, besluit de Kamer daarover zo spoedig mogelijk in een volgende vergadering.’⁵⁸³

Geheel nieuw was dit voorschrift niet. Tussen 2010 en 2012 bepaalde artikel 139a, eerste lid RvO II dat de Kamer ‘in de eerste vergadering na haar verkiezing (...) kan beraadslagen om de betekenis van de verkiezingsuitslag vast te stellen en zo richting te geven aan de kabinetsformatie’.⁵⁸⁴ De Kamer zou echter nooit van die mogelijkheid gebruikmaken, wellicht omdat het woord ‘kan’ in dit voorschrift te vrijblijvend was. Aan die vrijblijvendheid heeft de Kamer in de formulering van dit voorschrift een einde gemaakt, al bevat het artikellid in de huidige formulering een mogelijkheid tot afwij-

583 Tussen 2015 en 2021 luidde het toen relevante art. 139a RvO II als volgt: ‘Onverwijld na de installatie van een nieuw verkozen Tweede Kamer, maar uiterlijk een week na de installatie beraadslaagt de Kamer in plenaire zitting over de verkiezingsuitslag. Het doel van de beraadslaging is een of meer informateurs onderscheidenlijk formateurs aan te wijzen en de door hen uit te voeren opdracht vast te stellen. Indien dat doel niet in de desbetreffende vergadering kan worden bereikt, besluit de Kamer daarover in een volgende vergadering, zo spoedig als dat mogelijk is.’ Tussen 2012 en 2015 had dit artikellid een iets andere formulering. In 2015 werd het werkwoord ‘wijst aan’ uit het artikellid vervangen door ‘benoemt’. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34700, nr. 13.

584 *Kamerstukken II* 2009/10, 30698, nr. 10 (cursivering toegevoegd, GJAG).

king: het voorschrift schrijft slechts voor dat de Kamer *beraadslaagt* over de verkiezingsuitslag,⁵⁸⁵ niet dat zij *verplicht* is tot de aanwijzing van een (in)formateur over te gaan.⁵⁸⁶

Vanuit constitutioneel perspectief is de introductie van het genoemde voorschrift, laat staan de wijziging ervan in 2012, echter van beperkt belang. Ook als artikel 11.1, eerste lid RvO II (en voorheen art. 139a, eerste lid RvO II) niet had gegolden, was de Kamer bevoegd geweest zelf tot de beraadslaging over de benoeming van een of meer (in)formateurs over te gaan. Bovendien is het RvO II slechts een intern werkende regeling van de Kamer, die de Kamer bij meerderheid kan wijzigen. In zoverre is het besluit van de Kamer om na een kabinetsformatie de procedure uit het reglementsvoorschrift te volgen, zoals de evaluatiecommissie van de kabinetsformatie van 2012 terecht stelt, ‘afhankelijk van een parlementaire meerderheid in de Tweede Kamer’.⁵⁸⁷ In het theoretische geval waarin een meerderheid van de Kamer geporteerd zou zijn voor een terugkeer naar de formatieprocedure van voor 2012, zou zij daar eenvoudig toe kunnen overgaan door het Reglement opnieuw aan te passen of door simpelweg met unanimititeit van het Reglement af te wijken ex artikel 16.3 onder a RvO II. Dat zij bij de laatste twee formaties wel de procedure van het Reglement heeft gevolgd, vloeit dan ook voort uit een sinds 2012 geldende *conventie*.⁵⁸⁸ De genoemde regeling drukt dan ook vooral een intentie van de Kamer uit om volgens de daarin voorgeschreven procedure, binnen de daarbij geldende termijnen, te handelen; wijkt zij van die procedure en/of de daarbij geldende termijnen af, dan is dat staatsrechtelijk gezien niet problematisch. Als intentieverklaring is de regeling echter wel van belang; als een verandering in de formatieprocedure heeft plaatsgevonden, wordt zij immers slechts zelden weer teruggedraaid.⁵⁸⁹

Een benadering waarin de naleving van de regeling van artikel 11.1 RvO

585 Overigens bestrijkt art. 11.1 RvO II niet alle fasen van de kabinetsformatieprocedure. Bij de kabinetsformaties van 2012, 2017 en 2021 werd al overgegaan tot de benoeming van een verkenner (in 2021 waren dat er tot tweemaal toe zelfs twee) voor de installatie van de nieuw verkozen Kamer. Zie par. IV.5.5.2.2.

586 In die zin ook Bovend'Eert 2016, p. 117.

587 Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15*, 33410, nr. 72, p. 10. Dat neemt uiteraard niet weg dat de regeling van art. 11.1 RvO II op zichzelf natuurlijk wel bindend is, zolang een meerderheid van de Kamer niet overgaat tot de wijziging van dit voorschrift uit het Reglement.

588 Zie meer in het algemeen over het onderscheid tussen voorschriften uit het RvO II en het conventiebegrip par. IV.4.3.

589 De evaluatiecommissie die het verloop van de formatie van 2012 onderzocht, maakte uit interviews met betrokkenen bij die formatie op dat terugkeer naar de oude procedure over het algemeen ‘niet wenselijk’ wordt geacht. ‘Als de fracties en fractievoorzitters er politiek niet zouden uitkomen’, zo vervolgden de geïnterviewden, ‘dan was het nog maar de vraag of het inschakelen van het staatshoofd bij de formatie wel tot een oplossing van de gerezen problemen zou kunnen leiden’. Zie Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15*, 33410, nr. 72, p. 39. De evaluatiecommissie die onderzoek deed naar het verloop van de formatie van 2017 bevestigde dit beeld. Zie Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatie kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19*, 34700, nr. 64.

II wordt herleid tot de geldende informele gedragsregels in plaats van tot het Reglement zelf heeft als voordeel dat daarin de mogelijkheid van invloed van *andere* eventueel bij de formatie te betrekken organen, zoals de koning of de Eerste Kamer, zichtbaar wordt. Artikel 11.1 RvO II *als zodanig* kan alleen de Tweede Kamer binden, maar op de daaruit voortvloeiende informele gedragsregels kunnen andere organen desgewenst wel degelijk invloed uitoefenen; tijdens de kabinetsformatie opereert de Tweede Kamer als procesbegeleider niet in een vacuüm. In dat licht verdient het weleens geopperde bezwaar tegen deze regeling dat artikel 11.1 RvO II als regeling van de verkennende fase van de kabinetsformatie feitelijk andere staatsmachten bindt of zelfs uitsluit⁵⁹⁰ dan ook relativering. Hoewel de Tweede Kamer inmiddels het overwicht in de formatieprocedure heeft,⁵⁹¹ brengt de regeling van de verkennende fase in artikel 11.1 RvO II op zichzelf nog niet mee dat de Tweede Kamer feitelijk ook haar wil aan andere organen oplegt. Hoogstens is sprake van verschillende uit het Reglement voortvloeiende conventies die, gelet op hun feitelijke navolging in de praktijk, door andere staatsinstellingen dan de Tweede Kamer al dan niet met tegenzin zijn geaccepteerd.

IV.5.5.2.2 De parlementarisering van de kabinetsformatie en de positie van de koning

De veranderde inrichting van de formatieprocedure die in deze regeling was vastgelegd had een belangrijk gevolg voor de aan het begin van dit hoofdstuk beschreven conventies in de consultatiefase: de raadpleging van de vaste adviseurs en van de fractievoorzitters door de koning.⁵⁹² Hoewel de (nieuwe) koning Willem-Alexander tijdens de beide formaties die onder het nieuwe regime hebben plaatsgevonden nog wel de drie⁵⁹³ vaste adviseurs ontving, zou dit gebruik niet langer de functie hebben die het voor 2012 had.⁵⁹⁴ Voor een goed verloop van de formatie is de consultatie van de drie vaste adviseurs door de koning minder belangrijk geworden. In het licht van

590 Dit bezwaar tegen de huidige regeling van de verkennende fase in art. 11.1 RvO II uit de huidige vicepresident van de Raad van State. Zie De Graaf 2019, p. 238-239 met instemming van Bovend'Eert 2020, p. 100. Volgens de vicepresident is een wet in formele zin over de kabinetsformatie een panacee voor de regeling van het RvO II die zou 'knellen' en andere staatsorganen feitelijk zou binden en zelfs uitsluiten. Zijn voorstel doet echter de vraag rijzen of het middel van de 'formatiewet' niet erger is dan de kwaal van de vermeende uitsluiting van andere organen dan de Tweede Kamer in deze procedure.

591 Waarvoor in de relatie tussen de Tweede en Eerste Kamer ook een goede reden aan te wijzen is, namelijk het in art. 51, eerste lid Grondwet verdisconteerde politieke primaat van de Tweede Kamer. Zie par. IV.5.5.2.3, par. IV.6.2.2 en par. IV.6.4.1.

592 In deze paragraaf bezig ik het begrip 'koning', waarbij ik ook doel – voor zover ik de situatie uit 2012 bespreek – op de rol van toenmalig koningin Beatrix.

593 In 2017 ontving de koning alleen nog tweemaal advies over de formatie van de vicepresident van de Raad van State en de Eerste Kamervoorzitter. De Tweede Kamervoorzitter achtte het toen niet meer opportuun om als vaste adviseur van de koning op te treden. Zie Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatie kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19, 34700, nr. 64*, p. 70.

594 In die zin ook Bovend'Eert 2020, p. 99.

de veranderde rol van de vorst, die immers niet langer de procesbegeleider van de formatie is, is het belang van depolitisering dat met de navolging van deze conventie gepaard ging immers grotendeels verdwenen.

Niettemin hechten de bij de formatie betrokkenen⁵⁹⁵ eraan dat de vorst bij de formatie betrokken blijft. Volgens de commissies die de formaties van 2012 en 2017 evalueerden, sluit de betrokkenheid van de koning bij de kabinetsformatie aan bij zijn positie als samenstellend deel van de regering (art. 42, eerste lid Grondwet).⁵⁹⁶ Uit deze positie kan het recht van de koning worden afgeleid om ministers aan te moedigen, te waarschuwen en zich door hen te laten informeren, welk recht volgens de evaluatiecommissies meebrengt dat de koning op de hoogte moet worden gehouden over de voortgang van de kabinetsformatie.⁵⁹⁷ Verder voeren deze evaluatiecommissies aan dat de blijvende betrokkenheid van de koning bij de formatie wordt gerechtvaardigd door zijn bevoegdheid tot het tekenen van de ontslagbesluiten van de vertrekkende demissionaire bewindslieden (art. 43 Grondwet) en de benoemingsbesluiten van de nieuwe bewindspersonen (art. 48 Grondwet).

De consultaties van de fractievoorzitters door de koning zouden vanaf 2012 achterwege blijven. In plaats daarvan voert de Tweede Kamervoorzitter op de dag na de verkiezingen overleg met de (beoogde) voorzitters van de fracties in de Tweede Kamer over de benoeming van een verkenner.⁵⁹⁸ In beide gevallen kon de voorzitter vervolgens op instigatie van de beoogde

595 De opvattingen van de betrokkenen bij de kabinetsformatie van 2012 waren hierover volgens de evaluatiecommissie van die formatie nog 'sterk verdeeld', terwijl de betrokkenen bij de kabinetsformatie van 2017 in ruime meerderheid wel de meerwaarde inzagen van de blijvende betrokkenheid van de koning bij de formatie. Zie de in de volgende voetnoot vermelde evaluatierapporten, ook voor de bijbehorende paginanummers.

596 Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15, 33410, nr. 72*, p. 42 respectievelijk Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatie kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19, 34700, nr. 64*, p. 69-70. De bedoelde passages zijn in ingekorte vorm ook vrijwel woordelijk terug te vinden in Bovend'Eert 2020, p. 98. In deze publicaties wordt ook nog aangevoerd dat de functie van de koning als staatshoofd zijn betrokkenheid bij de formatie rechtvaardigt. Dat aspect blijft hier buiten beschouwing.

597 Zie par. IV.3.2.2.

598 Zie Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15, 33410, nr. 72*, p. 33 respectievelijk Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatie kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19, 34700, nr. 64*, p. 33. In 2012 werd de rol van voorzitter overigens vervuld door Verbeet (PvdA) (de eerste acht dagen), Bosma (PVV), in afwachting van de benoeming van de nieuwe voorzitter, en ten slotte na haar verkiezing door Van Miltenburg (VVD). Zie Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15, 33410, nr. 72*, p. 35, nt. 128. Tijdens de gehele duur van de kabinetsformatie van 2017 trad Arib (PvdA) op als Tweede Kamervoorzitter. Bij de kabinetsformatie van 2021 trad Arib (PvdA) op als Tweede Kamervoorzitter, totdat de Tweede Kamer Vera Bergkamp (D66) op 7 april 2021 verkoos als haar opvolger. Zie 'Op de namen moet Vera Bergkamp nog even oefenen', *NRC Handelsblad* 7 april 2021.

voorzitter van de grootste Tweede Kamerfractie en met instemming van de andere beoogde fractievoorzitters een verkenner benoemen.

De benoeming van de verkenner staat los van artikel 11.1 RvO II. Deze bepaling wordt pas relevant vanaf het moment na de installatie van *een nieuw verkozen Kamer*.⁵⁹⁹ Na de Tweede Kamerverkiezingen duurt het meestal nog minimaal een week voordat de Kamer in nieuwe samenstelling wordt geïnstalleerd. Bij de kabinetsformaties van 2012, 2017 en 2021 consulteerde de Tweede Kamervoorzitter al voor de installatie van de nieuwe Kamer de beoogde voorzitters van de nieuwe Tweede Kamerfracties over de benoeming van de verkenner. De relatie van de verkenner tot de Tweede Kamer wordt evenmin door het RvO II geregeld.

Na de benoeming van de verkenner beperkte de voorzitter zich in de formaties van 2012, 2017 en 2021 tot een procedurele opstelling, omdat in de Kamer de algemene gedachte heerst dat de voorzitter zich terughoudend dient op te stellen.⁶⁰⁰ De achtergrond daarvan was dat de voorzitter weliswaar zoveel mogelijk een onpartijdige rol in de Kamer dient te vervullen, maar als lid van een Kamerfractie per definitie niet onpartijdig *is*. De evaluatiecommissie van de kabinetsformatie 2012 stelt daarover:

‘Uitgangspunt bij deze gevolgde werkwijze was dat de voorzitter [bedoeld is de Tweede Kamervoorzitter, GJAG] zoveel mogelijk alle fractievoorzitters raadpleegde over de vervolgstappen. Daarmee bevorderde de voorzitter zoveel mogelijk een ‘gelijk speelveld’ (*level playing field*) voor de Kamerfracties. Daarnaast waren de consultaties van de fractievoorzitters erop gericht voldoende draagvlak, en in ieder geval draagvlak van een parlementaire meerderheid, te verwerven voor de te nemen procedurele stappen in de formatie.’⁶⁰¹

De Tweede Kamervoorzitter heeft vooral de taak om ervoor te waken dat iedere fractie voldoende mogelijkheden heeft om bij het verloop van de formatie betrokken te blijven en, indien gewenst, zich daarover uit te spreken. Hieruit blijkt dat, hoe ingrijpend de wijziging in de kabinetsformatieprocedure van 2012 ook moge lijken, de nieuwe procedure net zozeer als de oude is ingericht op het verzekeren van *fair play* tussen de ‘spelers’ die het ‘spel’ van de formatie spelen. In de praktijk bleek het ook in de nieuwe procedure mogelijk aan die gedachte tegemoet te komen; bij de formatie van zowel

599 Vgl. Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15, 33410*, nr. 72, p. 29 respectievelijk Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatie kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19, 34700*, nr. 64, p. 34.

600 Zie nader over de rol van de voorzitter bij beide formaties Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15, 33410*, nr. 72, p. 33-36 respectievelijk Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatie kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19, 34700*, nr. 64, p. 63-65. Zie ook par. IV.4.2.

601 Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15, 33410*, nr. 72, p. 33.

2012 als 2017 slaagde dat in zoverre dat in beide gevallen onderhandelingen over regeringssamenwerkingen zijn beproefd die naar omstandigheden steeds voor een ruime meerderheid van de Kamerfracties acceptabel waren.⁶⁰²

Uit dit overzicht blijkt dan ook dat de inrichting van de formatieprocedure een andere *feitelijke* invulling heeft gekregen, maar nog altijd hetzelfde achterliggende doel dient, namelijk het creëren van een gelijk speelveld in de formatieonderhandelingen. In zoverre is de wijziging in de procedure dan ook vooral een nieuwe manier om hetzelfde doel te bereiken. De consultatie van de fractievoorzitters is dan ook nog altijd een ‘stap’ in de formatieprocedure, zij het dat die nu wordt uitgevoerd door de Tweede Kamervoorzitter in plaats van door de koning. Dat betekent dat deze stap kan worden gezien als een conventie die in aangepaste vorm gehandhaafd is gebleven. De flexibiliteit van het conventiebegrip maakt het immers mogelijk dat de norm een ander karakter kan krijgen en toch, als daarover overeenstemming onder de betrokken organen blijft bestaan, verplichtend van aard is.

IV.5.5.2.3 De parlementarisering van de kabinetsformatie en de positie van andere bij de formatie betrokkenen

De parlementarisering van de kabinetsformatie heeft weliswaar de positie van de koning aanzienlijk veranderd, maar heeft voor het overige minder ingrijpende gevolgen gehad. Twee aspecten daarvan verdienen nadere aandacht.

Het eerste aspect is de afzijdigheid van de Eerste Kamerfracties in de formatieprocedure. In het licht van het veranderde politieke landschap zou er op zichzelf wel iets voor te zeggen zijn om de Eerste Kamerfracties meer invloed op het verloop van de formatieprocedure te geven, omdat het sinds 2010 niet langer vanzelfsprekend is dat de onderhandelende fracties van het te vormen kabinet in de Eerste Kamer tezamen over een meerderheid beschikken. Toch is de Eerste Kamer ook sinds 2012 niet bij de kabinetsformatie betrokken geweest. De evaluatiecommissie van de kabinetsformatie 2012 raadde af de Eerste Kamerfracties bij de formatie te betrekken, omdat dat op gespannen voet zou staan met het in artikel 51, eerste lid Grondwet

602 In 2012 verklaarden bijna alle Tweede Kamerfracties aan toenmalig verkenner Kamp (VVD) dat ‘het onderzoek naar de vorming van een coalitie eerst gericht moet worden op een coalitie die in ieder geval bestaat uit VVD en PvdA’. Zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33410, nr. 1, p. 2. In 2017 sprak een meerderheid van de fractievoorzitters tijdens het overleg direct na de verkiezingen een voorkeur uit voor een coalitie van VVD, CDA, D66 en GL. Toen de onderhandelingen tussen deze vier partijen strandden, bleek na een inventarisatie van informateur Tjeenk Willink dat alleen een coalitie van VVD, CDA, D66 en CU tot de mogelijkheden bleef behoren. Veel andere mogelijkheden voor de vorming van een coalitie bestonden er, door het versnipperde politieke landschap en door de weigering van bepaalde partijen om met andere partijen samen te werken, niet. Zie Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatie kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19*, 34700, nr. 64, p. 8, 19-20.

verdisconteerde politieke primaat van de Tweede Kamer en ook overigens de inrichting van de formatieprocedure verder zou compliceren.⁶⁰³

Het tweede aspect is dat, conform een vanaf 1977 onafgebroken nagevolgde conventie, de grootste fractie het initiatief bij de kabinetsformatie krijgt door de eerste (in)formateur, en sinds 2012 de eerste verkenner, te mogen leveren.⁶⁰⁴ Toen in 2012 en 2017⁶⁰⁵ de formatieprocedure onder leiding van de Kamer plaatsvond, maakten de andere fractievoorzitters geen bezwaar toen de voorzitter van de grootste fractie in de Kamer na beide verkiezingen, Rutte (VVD), voorstelde een VVD'er als verkenner te benoemen.⁶⁰⁶ Van Baalen & Van Kessel leidden uit die praktijk tot 2012 al af dat de andere fractievoorzitters kennelijk van mening waren dat Rutte als leider van de 'grootste' Tweede Kamerfractie het 'recht' had het initiatief te nemen in de formatie.⁶⁰⁷ In dat licht is het mogelijk het bestaan van een conventie met die strekking aan te nemen.

Deze 'conventie van 1977' blijft echter slechts gelden, zolang zij volgens de betrokken (grotere) partijen⁶⁰⁸ als een ordeningsprincipe in de verkennende fase van de formatieprocedure kan blijven functioneren. Vooralsnog is dat weliswaar het geval, maar in het licht van de verdere versnippering van het politieke landschap is het niet ondenkbaar dat deze conventie op den duur aan belang gaat inboeten. Als het verschil tussen het aantal zetels van de 'winnaar' van de verkiezingen ten opzichte van de 'tweede' partij en eventuele andere

603 Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15, 33410*, nr. 72, p. 58-59. De commissie pleitte ervoor om door te gaan op de voet van de huidige praktijk, waarbij een coalitie indien nodig steun zoekt in de Eerste Kamer door deelakkoorden met oppositiefracties te sluiten. In die zin ook Bovend'Eert 2016, p. 122. Zie nader over het politieke primaat van de Tweede Kamer par. IV.6.2.2.

604 De evaluatiecommissie van de kabinetsformatie 2017 geeft dezelfde kwalificatie aan deze regel. Zie Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatie kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19, 34700*, nr. 64, p. 34. Vis noemt deze regel een 'objectieve norm'. Zie Vis 2003b, p. 301. Overigens kreeg deze praktijk ook al navolging tussen 1946 en 1965. In zijn studie naar de kabinetsformaties die in die periode hadden plaatsgevonden opperde Duynstee al: 'De eerste formatie- of informatieopdracht na verkiezingen behoort misschien wel te gaan naar een figuur uit die partij die als sterkste uit de bus komt.' Voorzichtig was hij wel, want hij achtte het 'niet zonder bedenkingen' om deze 'richtlijn' als een verplichting te zien. Zie Duynstee 1966, p. xlv. Bij de kabinetsformaties van 1967, 1971 en 1972 zou de eerste informateur niet geleverd worden door de grootste partij. In 1971 was dat Steenkamp, die afkomstig was uit de een-na-grootste partij (KVP). In 1967 en 1972 waren dat Zijlstra respectievelijk Ruppert, die allebei uit de ARP – een partij die nog kleiner was dan de een-na-grootste partij in het destijds gevormde kabinet – afkomstig waren. Zie Van Baalen & Van Kessel 2016, p. 527.

605 Zie over de bijzondere start van de kabinetsformatie van 2021 verderop in de hoofdttekst.

606 Bovend'Eert, Van Baalen & Van Kessel, *Evaluatierapport kabinetsformatie 2012 = Kamerstukken II 2014/15, 33410*, nr. 72, p. 17-18; Bovend'Eert, Bootsma & Van Kessel, *Evaluatie kabinetsformatie 2017 = Kamerstukken II 2018/19, 34700*, nr. 64, p. 7.

607 Van Baalen & Van Kessel 2016, p. 526.

608 Meer precies bindt deze conventie de dragers van de *ambten* die namens die partijen in het parlement worden verkozen. Een conventie kan immers, wil zij kunnen gelden, slechts een in de (Grond)wet erkend ambt binden. Zie par. III.5.3.3.2.

partijen nog kleiner wordt dan het nu al is,⁶⁰⁹ is het denkbaar dat alle betrokken partijen gezamenlijk besluiten niet langer aan deze regel vast te houden.

Hoe het ook zij, op dit moment is het nogal ongewis hoe de toekomst van het startmoment van de kabinetsformatie eruit zal zien. Dat is zo'n beetje het enige wat op dit moment met zekerheid kan worden gesteld naar aanleiding van de gang van zaken direct na de Tweede Kamerverkiezingen van 15, 16 en 17 maart 2021. Op de dag na deze verkiezingen leverden, anders dan in 2012 en 2017, de *twee* grootste partijen, namelijk de VVD (34 zetels) en D66 (24 zetels), een verkenner: Annemarie Jorritsma (VVD) en Kajsja Ollongren (D66). Zij zouden echter al heel snel daarna deze functie weer neerleggen. Op 25 maart bleek dat Ollongren positief was getest op het coronavirus. Na het horen van dat nieuws liep zij snel van het Tweede Kamergebouw naar haar dienstauto om naar huis te kunnen vertrekken; op dat moment werd Ollongren gefotografeerd door een persfotograaf. Op de foto van haar was de bovenste bladzijde leesbaar van de notities die Ollongren in haar hand hield. Daarop bleek onder meer de tekst 'Positie Omtzigt, functie elders'⁶¹⁰ te staan. Dit gegeven leidde tot veel ophef in de Tweede Kamer. Daarop besloten Jorritsma en Ollongren per direct te stoppen als verkenner, omdat zij naar hun eigen oordeel na de publicatie van de foto 'hun werk niet meer onbevangen en onbevooroordeeld [konden] voortzetten'.⁶¹¹

Daarmee was de kous nog niet af. Na de publicatie van de foto had premier Mark Rutte (VVD) in een interview met *Nieuwsuur* gesteld dat hij en D66-partijleider Sigrid Kaag het in hun gesprekken met de verkenner 'niet hadden gehad over Pieter Omtzigt'.⁶¹² Op de vraag van de *Nieuwsuur*-verslaggever of nog iemand verantwoording zou afleggen over de inhoud van de uitgelekte notitie, antwoordde Rutte ontkennend; hij meende dat dat niet mogelijk was, omdat Jorritsma en Ollongren inmiddels al waren gestopt als verkenner en Tamara van Ark (VVD) en Wouter Koolmees (D66) als hun opvolgers waren aangewezen.⁶¹³ De Kamer nam daar echter geen genoegen

609 Zo had de VVD na de Tweede Kamerverkiezingen in 2010 met 31 zetels, in 2017 met 33 zetels en in 2021 met 34 zetels in de Tweede Kamer respectievelijk de kleinste, de een-na-kleinste en de twee-na-kleinste 'grootste' Tweede Kamerfractie ooit. Zie par. IV.2.4.3.

610 Bedoeld wordt Tweede Kamerlid Pieter Omtzigt (CDA), die samen met zijn collega Renske Leijten (SP) een belangrijke rol heeft vervuld bij het blootleggen van de omvang van de Toeslagenaffaire; deze affaire leidde uiteindelijk tot de val van het kabinet-Rutte III in januari 2021.

611 'Ollongren en Jorritsma stoppen als verkenner', nrc.nl, 25 maart 2021.

612 *Nieuwsuur*, NOS/NTR, NPO2, 26 maart 2021.

613 Technisch gezien was deze opmerking van Rutte overigens niet onjuist, omdat de positie van de verkenner nergens is geregeld: noch in de (Grond)wet, noch in het RvO II. Achteraf gezien hebben verschillende deskundigen in de media dan ook – terecht – opgemerkt dat de afwezigheid van een verplichting voor de verkenner om verantwoording af te leggen aan de Kamer over de uitvoering van zijn werkzaamheden een 'weeffout' is. Zie o.a. "Rol van verkenner moet strakker, maar niet té", *NRC Handelsblad* 5 april 2021. In dit geval maakte dat overigens niet zoveel uit, omdat Jorritsma en Ollongren ook bij ontstentenis van een dergelijke regeling bereid waren een toelichting aan de Tweede Kamer te geven over hun verkennende werkzaamheden.

mee en eiste opheldering van de twee oud-verkenneren, waarna Jorritsma en Ollongren zich bereid verklaarden die in een debat met de Tweede Kamer te geven.

Tijdens de regeling van werkzaamheden op 31 maart besloot de Tweede Kamer dat alle gespreksverslagen van de fractievoorzitters met de verkenneren openbaar moesten worden gemaakt.⁶¹⁴ Na de publicatie van het gespreksverslag van Rutte, bleek hij – anders dan hij in het eerder genoemde *Nieuwsuur*-interview had verklaard – wel degelijk met de verkenneren over de positie van Omtzigt te hebben gesproken. Daardoor kwam Rutte zelf flink onder vuur te liggen in de Tweede Kamer. In het debat met de verkenneren op 1 april, waaraan Rutte deelnam als voorzitter van de VVD-fractie (en niet als minister-president), verklaarde Rutte dat hij ‘naar eer en geweten’ de pers te woord had gestaan en dat hij zich tijdens het interview het gesprek met de verkenneren achteraf gezien ‘verkeerd’ had herinnerd.⁶¹⁵ Met die verklaring nam geen van de Tweede Kamerfracties buiten die van de VVD genoegen. Het debat, dat tot diep in de nacht zou duren, mondde uit in de aanneming van de motie-Kaag/Hoekstra waarin de handelwijze van de VVD-fractie leider werd afgekeurd.⁶¹⁶ De motie-Wilders/Baudet over het opzeggen van vertrouwen in de minister-president werd echter verworpen door de coalitiefracties (VVD, D66, CDA en CU) en daarmee door een Kamermeerderheid.⁶¹⁷

Vooral van belang op deze plaats is dat dit debat ook het einde inluidde van het verkennerchap van Van Ark en Koolmees, die op dat moment feitelijk nog niet eens begonnen waren met hun verkennende werkzaamheden. Tijdens het debat nam de Tweede Kamer namelijk met algemene stemmen de (gewijzigde) motie-Kaag c.s. aan.⁶¹⁸ Daarin overwoog de Kamer ‘dat de ontstane politieke situatie vraagt om een gezaghebbende, onafhankelijke informateur met een grotere afstand tot de actuele politiek en de partijen’ en sprak zij uit ‘een informateur aan te zoeken, die in gesprekken met vertegenwoordigers van alle fracties verkent op welke wijze de vorming van een coalitie kan plaatsvinden’. Tijdens het daaropvolgende debat, op 6 april,

614 *Handelingen II 2020/21*, nr. 63, item 7, p. 1-3 (31 maart 2021).

615 *Handelingen II 2020/21*, nr. 64, item 3, p. 3 (1 april 2021).

616 *Handelingen II 2020/21*, nr. 64, item 6, p. 1 (1 april 2021). Zie voor de tekst van de motie *Kamerstukken II 2020/21*, 35788, nr. 13. De aanneming van de motie van afkeuring leidde niet tot een plicht voor Rutte om af te treden, omdat zij uitdrukkelijk was gericht op de positie van Rutte als *fractie leider* van de VVD en niet op zijn rol van minister-president. Zie nader over het verschil tussen de motie van afkeuring en motie van wantrouwen par. IV.2.4.4.

617 *Handelingen II 2020/21*, nr. 64, item 6, p. 1 (1 april 2021). Zie voor de definitieve tekst van de motie *Kamerstukken II 2020/21*, 35788, nr. 12.

618 *Handelingen II 2020/21*, nr. 64, item 6, p. 1 (1 april 2021). Zie voor de definitieve tekst van de motie *Kamerstukken II 2020/21*, 35788, nr. 18.

nam de Tweede Kamer de motie-Kaag aan waarin Herman Tjeenk Willink werd aangewezen als informateur.⁶¹⁹

Mogelijk zal het debat van 1 april ook betekenis hebben voor de positie van de verkenner bij toekomstige kabinetsformaties, omdat de Kamer toen eveneens de motie-Van der Staaij/Segers aannam.⁶²⁰ In deze motie overwoog de Kamer dat in de verkennende fase ‘de grootst mogelijke zorgvuldigheid betracht dient te worden om het vertrouwen niet al bij voorbaat te schaden’ en dat ‘het daarom grote voordelen heeft die “aftrap” van de formatie in handen te geven van personen die door hun functie en/of hun persoonlijkheid wat verder af staan van het politieke strijdgewoel’. In deze motie verzocht de Kamer daarom om de kabinetsformatie van 2021 te evalueren en in die evaluatie ‘uitdrukkelijk in te gaan op de mogelijkheid om een “externe partij” te belasten met de eerste stappen in de kabinetsformatie, en daarbij uitdrukkelijk mee te nemen een mogelijke rol voor het boven de partijen staande staatshoofd’.

In die motie ligt de suggestie besloten dat de in 2021 aangewezen verkenner (Jorritsma, Ollongren, Van Ark en Koolmees) toch een te sterk partijpolitiek profiel hadden om als verkenner te kunnen optreden. Als het de Kamer echt menens is en zij werk gaat maken van de uitvoering van deze motie, dan is het goed denkbaar dat de figuur van de verkenner verdwijnt of, als dat niet gebeurt, dat voor het vervullen van die functie een heel ander type persoon zal worden aangezocht dan in bijvoorbeeld 2021 het geval was.

IV.5.5.3 *Balans*

De kabinetsformatie bestaat ook na 2012 in de kern uit drie fasen: de eerste fase is verkennend van aard en komt ten einde als duidelijk is welke partijen met elkaar willen onderhandelen over de samenstelling van een nieuw kabinet. Daarna breekt de tweede, construerende fase aan waarin partijen onder leiding van een informateur⁶²¹ met elkaar om de tafel gaan zitten met het oog op een onderzoek naar de mogelijkheden om tezamen een coalitie te vormen. De derde en laatste, relatief korte, fase is de formatiefase waarin de precieze personele bezetting van de ministersposten en staatssecretariaten wordt vastgesteld.

In de kern is, afgezien van de veranderde taken van de koning respectievelijk de Tweede Kamer, aan het verloop van die fasen niet veel gewijzigd. Het doel van de formatieprocedure blijft, ook na de veranderingen van 2012, dat de Kamerfracties die in de tweede en derde fase onderhandelen over en besluiten tot kabinetssamenwerking op een ordentelijke wijze in de eerste

619 *Handelingen II 2020/21*, nr. 65, item 9, p. 1 (6 april 2021). Zie voor de tekst van de motie *Kamerstukken II 2020/21*, 35788, nr. 20.

620 *Handelingen II 2020/21*, nr. 64, item 6, p. 1 (1 april 2021). Zie voor de tekst van de motie *Kamerstukken II 2020/21*, 35788, nr. 17.

621 Gezien de tekst van art. 11.1, eerste lid RvO II kan dit ook een formateur zijn. Sinds 1989 is dit echter steevast een informateur geweest. Zie Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 105.

fase bij elkaar worden gebracht. De conventies van de kabinetsformatie, die betrekking hebben op het verloop van de eerste fase, blijven dus hetzelfde achterliggende doel behouden. Na 2012 is wel het verloop van de formatieprocedure veranderd. Niet langer de koning, maar de Tweede Kamer heeft daarover nu de regie. Zo wijst de Tweede Kamervoorzitter (na de consultatie van de nieuwe beoogde fractievoorzitters) een verkenner aan, die alvast de mogelijkheden voor de vorming van een nieuwe coalitie onderzoekt voordat de nieuwe Kamer wordt geïnstalleerd. Als de verkenner zijn werkzaamheden heeft afgerond, gaat de (nieuwe) Kamer over tot de formulering van een formatieopdracht en de aanwijzing van een of meer formateurs, ofwel als de informatieopdracht is afgerond (art. 11.1, tweede lid RvO II) ofwel als de informateur de opdracht aan de Kamer teruggeeft (art. 11.1, derde lid RvO II).

Toch is de praktijk van kabinetsformaties door de versterkte rol van de Tweede Kamer wel enigszins veranderd. Dat is vooral zichtbaar in de figuur van de verkenner: in 2012, 2017 en 2021 is die positie vrijwel steeds bekleed door personen met een sterk partijprofiel. Alle personen die sinds 2012 zijn aangewezen als verkenner waren ofwel vertrouwelingen van VVD-partijleider Rutte (namelijk Kamp (2012), Schippers (2017), Jorritsma en Van Ark (2021)) ofwel als demissionair D66-minister nauw betrokken bij de actuele Haagse politiek (Ollongren en Koolmees (beiden 2021)). Voor 2012 was het echter de koningin die direct na de verkiezingen met alle fractievoorzitters (en de drie vaste adviseurs) sprak; dankzij haar institutionele positie kon zij relatief eenvoudig de rol van 'onafhankelijke' arbiter op zich nemen en vanuit die rol de eerste informateur benoemen.

Na het debacle met de verkenners bij de kabinetsformatie van 2021 heeft de Kamer zich al hardop afgevraagd of een verkenner in de toekomst niet een wat minder geprononceerd partijpolitiek profiel zou moeten hebben. Als dat inderdaad de wens van de Kamer is, hoeft dat echter nog niet te betekenen dat een terugkeer naar de procedure van voor 2012 met een sterkere rol voor de koning onvermijdelijk is. Wel is van belang dat de Tweede Kamer zich dan bij de uitoefening van haar regiefunctie misschien voortaan kritischer opstelt voordat zij akkoord gaat met de benoeming van een verkenner. In het verleden ging de Kamer meestal vrijwel meteen akkoord met de benoeming van de door de grootste partij(en) voorgestelde verkenner(s). Ook in 2021 was dat het geval: ondanks de stevige kritiek die de Tweede Kamer had op het optreden van oud-verkenners Jorritsma en Ollongren, mede in het licht van hun partijpolitieke profiel (welke kritiek daarmee indirect ook Van Ark en Koolmees raakte), hadden de beoogde fractievoorzitters hun benoeming als verkenner immers wel geaccordeerd. In de toekomst kan de Kamer op dit punt dus ook andere keuzes maken, zeker omdat alle fractievoorzitters sinds 2012 daarover hun zegje kunnen doen bij de Tweede Kamervoorzitter.

In zoverre vormt de kabinetsformatieprocedure nog altijd een weerslag van de Nederlandse minderhedencultuur: iedere fractie, hoe klein ook, moet de kans krijgen zich tijdens de verkennende fase uit te laten over het gewenste verloop van de daaropvolgende twee fasen.

IV.5.6 Slot

Vanuit constitutioneel perspectief is de inrichting van de kabinetsformatieprocedure nogal paradoxaal. Enerzijds is zij van fundamenteel belang voor het functioneren van het politieke bestel, omdat juist politici in die procedure essentiële invloed op het landsbestuur kunnen vergaren. Niet voor niets stelde Tjeenk Willink daarom dat de verkiezingsstrijd pas echt tijdens de formatie, dus na de Tweede Kamerverkiezingen, losbaarst. Anderzijds is dit juist bij uitstek een procedure waarin, afgezien van de relevante benoemingsbesluiten, harde, staatsrechtelijke regels een beperkte rol spelen. Het verloop van de formatie is echter allerm minst een kwestie van *anything goes*. Integendeel. Vanuit constitutioneel perspectief vallen er twee algemene opmerkingen over de inrichting van de formatieprocedure te maken.

In de eerste plaats is, ondanks het ontbreken van vastgelegde rechtsregels die betrekking hebben op het verloop van de procedure, een normatieve, op de procedurele rechtvaardigheid toegesneden blik op de verkennende fase van de formatie wel degelijk mogelijk. In die fase speelt evenredigheid een essentiële rol: alle nieuw gekozen fracties in de Kamer moeten een naar rato van hun grootte gelijke kans krijgen om mee te kunnen doen aan de onderhandelingen over een nieuw kabinet. Op die manier is het wel degelijk mogelijk om meer begrip te krijgen van het verloop van een formatie, zonder dat de openheid van het politieke proces daarbij wordt verstoord. Niet de nogal formalistische vraag of er in de procedure een vastgelegde rechtsregel is geschonden speelt daarbij een rol, maar de vraag of in het verloop van de procedure recht wordt gedaan aan het achterliggende belang van *fair play* in de formatieprocedure. Daarbij geldt dat afwezigheid van een vastomlijnde rechtsplicht niet gelijkstaat aan een normatief vacuüm. De beschrijving van het verloop van de kabinetsformatie van 2010 en de procedurele fouten die daarbij zijn gemaakt, illustreert dat belang.

In de tweede plaats blijkt dat het uitgangspunt van *fair play* niet voor alle betrokkenen bij de kabinetsformatie altijd vanzelfsprekend is. Was het tot het begin van de eenentwintigste eeuw vanzelfsprekend dat de koningin de regiefunctie over de kabinetsformatieprocedure had, na de eeuwwisseling nam die vanzelfsprekendheid af. Dat blijkt op zichzelf al uit de parlementarisering van de formatie, die in feite al vanaf het begin van de twintigste eeuw een aanvang nam. Na de formatie van 2010, waarbij op allerlei manieren 'spelbederf' had plaatsgebonden, zou de Tweede Kamer de rol van procesbegeleider over de formatie overnemen. Daarbij nam de Tweede Kamer voorzitter vanaf de formatie van 2012 de taak van constitutioneel neutrum van de vorst over. In zoverre lijkt er op het eerste gezicht weliswaar veel veranderd aan de inrichting van de formatieprocedure, maar het uitgangspunt daarvan blijft gelijk: het verzekeren van een gelijk speelveld voor alle Kamerfracties.

IV.6 HET TWEEKAMERSTELSEL

IV.6.1 Inleiding

Al ruim tweehonderd jaar bestaan de Staten-Generaal uit de Tweede en Eerste Kamer (art. 51, eerste lid Grondwet). In de geschiedenis van het tweekamerstelsel valt een grote mate van continuïteit te ontwaren, omdat de rechten en taken van beide Kamers in hun geschiedenis nagenoeg hetzelfde zijn gebleven. Desondanks is het tweekamerstelsel vrijwel nooit echt een rustig bezit geweest. In 1883 uitte Buys in zijn grondwetscommentaar kritiek op de in de memorie van toelichting geformuleerde functie van de Eerste Kamer als een tegen overijling wakende 'dam' binnen de volksvertegenwoordiging.⁶²² Buys beschouwde een orgaan met een dergelijke functie als

'de quadratuur van den cirkel: een lichaam dat te gelijk volksvertegenwoordiging en dam tegen de volksvertegenwoordiging zijn moest. Het een scheen het ander uit te sluiten: wie (...) vooral vasthielden aan den eisch, dat de Eerste Kamer volksvertegenwoordiging zijn moest, maakten van den dam een papieren dijk; wie den dam op den voorgrond stelden vernietigden de volksvertegenwoordiging'.⁶²³

Nog altijd is dit citaat relevant voor de positie van de Eerste Kamer in het staatsbestel. Tot ver in de twintigste eeuw uitten staatsrechtswetenschappers zich min of meer in gelijke zin als Buys.⁶²⁴ Ook in recentere literatuur komt de dubbelzinnige positie van de Eerste Kamer terug: enigszins gechargeerd figureert dit orgaan binnen de tegenstelling tussen een meestal onwenselijk geachte doublure van de Tweede Kamer enerzijds en een orgaan dat de Tweede Kamer in politiek opzicht (onnodig) voor de voeten loopt anderzijds.⁶²⁵

Inmiddels ligt daarbij vooral de nadruk op de vraag of de Eerste Kamer zich inmiddels niet te veel dreigt te ontpoppen als een soort tweede volksvertegenwoordiging, dat wil zeggen als een directe politieke concurrent van de Tweede Kamer. Vooral sinds 2010, vanaf welk jaar het niet langer vanzelfsprekend is dat een kabinet beschikt over een meerderheid in de Eerste Kamer, is dat niet langer denkbeeldig. Het is dan ook nog maar de vraag of een Eerste Kamer die zich alleen nog als volksvertegenwoordiging opwerpt louter een 'papierenen dijk' in plaats van een 'dam' vormt. Als de beide Kamers voor wat betreft hun politieke samenstelling te sterk van elkaar

622 *Kamerstukken II 1847/48, XLIX, nr. 7, p. 344.*

623 Buys 1883, p. 307.

624 Zie o.a. Krabbe 1910, p. 48-49 = Krabbe 1927, p. 127-128; Van den Bergh 1948, p. 61-62 = Van den Bergh 1949, p. 37-41; Kranenburg 1958, p. 169-174; Oud 1967, p. 501-503.

625 Treffend is de tegenstelling tussen 'doublure en dwarsdrijverij' die Andeweg in dit verband heeft geformuleerd. Zie Van den Berg 2016c, p. 142 met verwijzing naar Andeweg 1992b, p. 129-157.

gaan verschillen, dan ontstaat het risico dat de ene Kamer de andere Kamer voor de voeten gaat lopen. Dat roept de vraag op of een dergelijke situatie niet evenzeer risico's voor het functioneren van de volksvertegenwoordiging meebrengt.

Wat de staatsrechtelijke analyse van de positie van de Eerste Kamer er niet eenvoudig op maakt, is dat de Grondwet niet precies voorschrijft hoe de Eerste Kamer in concrete gevallen van haar bevoegdheden gebruik dient te maken. Duidelijk is slechts dat de Eerste Kamer rekening moet houden met het zogeheten 'politieke primaat van de Tweede Kamer', op basis waarvan de Eerste Kamer een zekere mate van terughoudendheid op politiek-ideologisch terrein in acht dient te nemen.

In dit hoofdstuk bespreek ik de belangrijkste aspecten omtrent de staatsrechtelijke positie van de Eerste Kamer. In dat kader komen de belangrijkste opvattingen van de grondwetgever, literatuur en (oud-)leden van de Eerste Kamer zelf aan bod. Zowel de vraag of afschaffing van de Eerste Kamer wenselijk is, als de merites van in het verleden gedane voorstellen tot aanpassing van de positie van de Eerste Kamer, zoals de invoering van een terugzendrecht, blijven buiten beschouwing.⁶²⁶

IV.6.2 Achtergrond

Voor een goed begrip van de staatsrechtelijke positie van de Eerste Kamer, zoals die in de volgende paragrafen aan de orde komt, is het nuttig een blik te werpen op haar ontwikkelingsgeschiedenis. Daarnaast komt aan de orde in hoeverre het politieke primaat in de Staten-Generaal bij de Tweede Kamer ligt, omdat deze notie een belangrijke rol speelt in veel debatten over de staatsrechtelijke positie van dit orgaan.

IV.6.2.1 *Ontwikkelingsgeschiedenis van de Eerste Kamer*

Al sinds 1798, met een onderbreking tussen 1801 en 1815, kent (het huidige) Nederland een tweekamerstelsel.⁶²⁷ In 1815 kwam de huidige Eerste Kamer tot stand. Het ontstaan van deze Kamer is vooral te danken aan het initiatief van uit de zuidelijke Nederlanden afkomstige leden van de commissie die het ontwerp van de Grondwet van 1815 voorbereidde. Deze Kamer zou aanvankelijk bestaan uit door de koning voor het leven benoemde 'aanzienlijken'. Zij vormde destijds primair een 'bolwerk rondom de troon' waarop

626 Tevens blijven de procedureregels in de Eerste Kamer op deze plaats buiten beschouwing. Zij hebben voornamelijk invloed op de verhoudingen *binnen* de Eerste Kamer, niet op de positionering van de Eerste Kamer naast de Tweede Kamer en de regering. Dit onderwerp komt aan de orde in par. IV.4.3.3.

627 Zie over deze eerste fase van het tweekamerstelsel in Nederland Van den Berg 2016c, p. 126-129.

de vorst grote invloed kon uitoefenen.⁶²⁸ Hoewel er na de afscheiding van de zuidelijke Nederlanden in 1830, net als later in 1831 en 1840, stemmen opgingen om de Eerste Kamer af te schaffen, kwam het er toen niet van.⁶²⁹

Bij de herziening van de Grondwet van 1848 klonk de roep om afschaffing van de Eerste Kamer luider. Beroemd is de uitspraak van Thorbecke die toen oordeelde dat deze Kamer 'zonder grond en zonder doel' is en 'ondienstig tot rijper onderzoek der voorstellen van wet'.⁶³⁰ De regering onder leiding van minister Donker Curtius handhaafde het tweekamerstelsel echter met de nogal zuinige motivering dat 'het nut eener Eerste Kamer, hoe ook zamengesteld, meer gelegen is in het voorkomen van het kwaad dan in het stichten van het goede'.⁶³¹ Na de voltooiing van de herziening van de Grondwet in 1848 kwam wel een formeel einde aan de bolwerkfunctie van de Eerste Kamer. In dat jaar maakte het benoemingsrecht van de leden van deze Kamer door de koning in de Grondwet plaats voor een verkiezing door de leden van provinciale staten.⁶³² De regering achtte het voortbestaan van 'een tweede deel der volksvertegenwoordiging' naast de Tweede Kamer wenselijk 'om alle overijling voor te komen, om tijd van beraad, welke steeds tot bedaarde overweging leidt, te winnen'.⁶³³

In aanmerking voor het lidmaatschap van de Eerste Kamer kwamen zij die het hoogst aangeslagen waren in de meeste directe belastingen. De provinciale staten werden rechtstreeks verkozen door kiezers die ook gerechtigd waren een stem uit te brengen bij de Tweede Kamerverkiezingen. Verder werd de zittingsduur van de Eerste Kamer vastgesteld op negen jaar, waarbij iedere drie jaar vervanging van de leden plaatsvond. Op die manier werd de Eerste Kamer een soort plutocratische zusterinstelling van de Tweede Kamer.⁶³⁴ In dat jaar maakte de grondwetgever ook bewust de keuze om een aantal aan de Tweede Kamer toegekende rechten, zoals het recht van amendement, niet aan de Eerste Kamer toe te kennen. Het recht van initiatief, dat de Tweede Kamer al sinds 1814 had, zou de Eerste Kamer ook niet toegekend krijgen. De Eerste Kamer kreeg in 1848 wel het recht van interpellatie toebedeeld. Bovendien zou het sinds 1814 bestaande recht van beide Kamers om zich uit te laten over de begroting voortaan jaarlijks uitgeoefend worden.⁶³⁵

In de eerste periode na 1848 bleef de koning aanvankelijk nog flinke invloed uitoefenen op het reilen en zeilen van de Eerste Kamer. Hoewel de Eerste Kamer zich nog een enkele keer opstelde als de steunpilaar van de

628 Zie o.a. Van den Braak 1998, p. 37; De Vries 2000, p. 21.

629 Zie o.a. Van den Braak 1998, p. 48-50; Van den Berg 2016c, p. 132.

630 Thorbecke 1948 (1848), p. 46.

631 *Kamerstukken II 1847/48, XLIX, nr. 27, p. 567.*

632 Zie o.a. Van den Braak 1998, p. 52-54; De Vries 2000, p. 27.

633 *Kamerstukken II 1847/48, XLIX, nr. 7, p. 344.*

634 Van den Braak 1998, p. 51.

635 Tussen 1814 en 1840 werd de begroting tienjaarlijks aan het parlement voorgelegd. Tussen 1840 en 1848 gebeurde dit tweejaarlijks. Zie Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 346.

koning, zoals in 1860 toen haar verwerping van een spoorwegwet tot het opstappen van het kabinet-Rochussen/Van Bosse leidde,⁶³⁶ bestond er tot 1887 betrekkelijke rust rond haar functioneren.⁶³⁷ Bij de herziening van de Grondwet in 1887 kreeg de Eerste Kamer het recht van enquête en werd de toegang tot deze Kamer ook opengesteld voor mannen die hoge openbare ambten hadden.⁶³⁸ Na die tijd begonnen kleurverschillen tussen beide Kamers, die mede door de opkomst van politieke partijen waren ontstaan, een bron van mogelijke conflicten te worden. In 1904 besloot de regering onder leiding van Abraham Kuyper (ARP) na een conflict met de liberale meerderheid in de Eerste Kamer over een voorstel tot wijziging van een wet over het hoger onderwijs zelfs tot ontbinding van deze Kamer over te gaan, de enige keer dat dat in de parlementaire geschiedenis gebeurde.⁶³⁹ Het kwam in de negentiende eeuw, net als in de twintigste eeuw overigens, vaker voor dat individuele bewindspersonen in het oordeel van de Eerste Kamer aanleiding tot aftreden zagen of dat bewindspersonen de kabinetstekwestie in de Eerste Kamer stelden.⁶⁴⁰

In de aanloop naar de herziening van de Grondwet in 1917 pleitten verschillende politici, voornamelijk uit katholieke, socialistische en liberale gelederen, opnieuw voor opheffing van de Eerste Kamer.⁶⁴¹ Maar zonder succes. Wel bracht deze grondwetsherziening een gelijkschakeling van de verkiesbaarheidsvereisten voor beide Kamers en de afschaffing van de lidmaatschapsvereisten voor Eerste Kamerleden.⁶⁴² Vanaf dat moment bestond er geen grondwettelijk onderscheid meer tussen de samenstelling van de Tweede en die van de Eerste Kamer.⁶⁴³ De herziening van de Grondwet in 1922 bracht de invoering van een zesjaarstermijn voor leden van de Eerste Kamer en de invoering van de evenredige vertegenwoordiging voor de gehele Staten-Generaal. De verandering van het kiesstelsel maakte een einde aan het bestaan van de directe band tussen de uitslag van de Tweede Kamerverkiezingen en de samenstelling van het kabinet. Deze wijziging verkleinde de kans op politieke tegenstellingen tussen de meerderheden in beide Kamers, waarvan in de periode tussen 1887 en 1917 geregeld sprake was.⁶⁴⁴

Na die tijd vonden er weliswaar vele discussies plaats over de plaats van de Eerste Kamer in het staatsbestel, maar tot daadwerkelijke grond-

636 Zie o.a. Van den Braak 1998, p. 103; Van den Berg & Vis 2013, p. 381-382.

637 Zie o.a. Van den Braak 1998, p. 131-132; Van den Berg 2016c, p. 135.

638 Zie o.a. Van den Braak 1998, p. 113; Van den Berg 2016c, p. 135.

639 Zie nader over dit ontbindingsbesluit en de implicaties daarvan o.a. Van den Braak 1998, p. 146-148; De Vries 2000, p. 38-39, 44.

640 Het voert te ver om al die gevallen hier te memoreren. Zie voor een recent overzicht Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 43-44.

641 Van den Braak 1998, p. 191-192; Van den Berg 2016c, p. 136.

642 Zie nader over de betekenis van de herzieningen van de Grondwet in 1917 en 1922 o.a. De Vries 2000, p. 48-49.

643 Overigens betekende dat niet dat er feitelijk veel veranderde ten aanzien van de samenstelling van deze Kamer. Zie Van den Braak 1998, p. 221-222.

644 Van den Braak 1998, p. 204; De Vries 2000, p. 48-49.

wettelijke veranderingen leidden de meeste daarvan niet.⁶⁴⁵ Wel stelde de Eerste Kamer geregeld haar eigen taak in het staatsbestel aan de orde. Een van de belangrijkste naoorlogse beelden over de positie van deze Kamer was dat van de 'chambre de réflexion' dat in 1964 tijdens een Eerste Kamerdebat opdook. Van Meeuwen, Eerste Kamerlid voor de KVP, ontleende deze omschrijving aan een artikel over de Franse Senaat in *Le Monde*. Hij beschouwde deze term als een beter synoniem voor de Eerste Kamer dan de daarvoor gebruikelijke term 'Kamer van revisie'.⁶⁴⁶ Volgens Van Meeuwen gaf de Franse term duidelijk de positie van de Eerste Kamer in relatie tot die van de regering en de Tweede Kamer weer:

'In de Tweede Kamer worden in gemeen overleg met de Regering de grote lijnen van de politiek getrokken en de tekst van de wetsontwerpen vastgesteld, maar in onze Kamer wordt over dit alles nog eens nagedacht en nagekaart en deze nadere bezinning kan, ook al gaat het niet om het al of niet aannemen van een wetsontwerp, waarop de uitdrukking "Kamer van revisie" eigenlijk doelt, van nu [sic, bedoeld is waarschijnlijk 'van nut', GJAG] zijn.'

Het beeld van de Eerste Kamer als 'chambre de réflexion' is tot op de dag van vandaag bekend. Nog regelmatig beschrijven Eerste Kamerleden 'hun' Kamer als zodanig. Een factor die bij dit beeld altijd een belangrijke rol heeft gespeeld was het karakter van het lidmaatschap van de Eerste Kamer als deeltijdfunctie.⁶⁴⁷ Leden van de Eerste Kamer zouden zich, omdat zij geen carrièrepolitici zijn, in ieder geval naar eigen zeggen minder bezighouden met pure partijpolitiek dan hun collega's aan de overzijde. Met behulp van dit beeld kon de Eerste Kamer zich ook, met name vanaf de jaren negentig, gaan profileren als een orgaan dat bedachtzamer opereert dan de Tweede Kamer en een eigen rol in het staatsbestel vervult.

Misschien wel het belangrijkste moment in de naoorlogse staatsrechtelijke geschiedenis van de Eerste Kamer was de aanneming door een nipte meerderheid van de Tweede Kamer van de motie-De Kwaadsteniet in 1975 tijdens de behandeling van de Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid.⁶⁴⁸ Deze motie bevatte een uitnodiging aan de regering om bij de herziening van de Grondwet de 'naar geschreven en ongeschreven recht' reeds bestaande taken en bevoegdheden van de Eerste Kamer te handhaven. Bij de behandeling van de regeringsvoorstellen tot herziening van de Grondwet bleek de invloed van deze motie groot te zijn geweest; op het gebied van de taken en bevoegdheden van de Eerste Kamer brachten zij geen wijzigingen

645 Zie voor een bespreking van deze discussies Van den Braak 1998, p. 299-310; De Vries 2000, p. 56-85.

646 *Handelingen I* 1963/64, p. 392 (25 februari 1964), ook voor het volgende citaat.

647 Vgl. o.a. Burkens 1987b, p. 112; Kummeling 1992, p. 13; Bovend'Eert 2011, p. 386 = Bovend'Eert 2012, p. 42; Jurgens 2014, p. 58.

648 *Kamerstukken II* 1974/75, 12944, nr. 22 (herdruk); *Handelingen II* 1974/75, p. 2449 (28 januari 1975). Zie ook De Vries 2000, p. 72-75.

aan. Wél stelde de regering een wijziging voor in de wijze van verkiezing van de Eerste Kamer, overigens opnieuw mede onder invloed van de motie-De Kwaadsteniet: de vervanging van de helft van de Eerste Kamerleden om de drie jaar zou worden gewijzigd in een vierjaarlijkse integrale verkiezing van de Eerste Kamer. Deze nieuwe wijze van verkiezing kreeg een plaats in de (huidige) Grondwet van 1983. Hoewel deze wijziging op papier beperkt leek, heeft zij grote gevolgen gehad voor de positie van deze Kamer in het staatsbestel; inmiddels kunnen de verkiezingen voor de Eerste Kamer worden gezien als een soort tussentijdse evaluatie van het regeringsbeleid.⁶⁴⁹ De Eerste Kamer heeft zich daardoor kunnen ontwikkelen tot een factor van meer betekenis voor het politieke spel dan daarvoor het geval was.⁶⁵⁰

Vanaf de jaren negentig is de Eerste Kamer zich ook steeds nadrukkelijker gaan positioneren als een orgaan met een eigen taakopvatting. Vooral in het kader van de wetgevingsprocedure komt die taakopvatting naar voren. Zij presenteert zich als een belangrijke speler in het kader van de beoordeling van de kwaliteit van wetgeving. Uit de sinds 2002 verschijnende jaarverslagen van de Eerste Kamer blijkt dat deze toetsing zich met name concentreert op de drie kernbegrippen 'rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid'.⁶⁵¹ In dat kader stelt zij ook bijzondere aandacht aan de rol van de EU bij de totstandkoming van regelgeving te besteden,⁶⁵² hetgeen zij kan doen omdat de Tweede Kamer daar in haar werk niet altijd voldoende aan toekomt.⁶⁵³ Ook op het punt van de uitoefening van controle op het

649 Eerste Kamerlid Vis (D'66) was een van de weinigen die daar voorafgaand aan de daadwerkelijke grondwetsherziening voor had gewaarschuwd. Hij stelde dat het hem 'onwaarschijnlijk' leek dat na de invoering van een integrale verkiezing 'de Eerste Kamer dezelfde terughoudendheid zal betrachten als thans het geval is'. Zie *Handelingen I* 1980/81, p. 42 (28 oktober 1980). Later kwam hij nog terug op deze kwestie in Vis 1995b, p. 265-267.

650 Voor het kabinet-Rutte III is dit gegeven aanleiding geweest voor het indienen van een voorstel in eerste lezing om de Grondwet zodanig te wijzigen dat wordt teruggekeerd naar de verkiezingswijze van de Eerste Kamer van vóór 1983. Door voortaan weer de provinciale staten elke drie jaar de helft van de leden van de Eerste Kamer te laten kiezen, ontstaat een minder directe koppeling aan een verkiezingsuitslag. De regering stelt: 'Wij menen dat deze minder directe koppeling aan een concrete verkiezingsuitslag meer recht doet aan de eigen legitimatie die de Eerste Kamer verkrijgt doordat zij gekozen wordt door de leden van provinciale staten. In combinatie met de verlenging van de zittingstermijn van de leden past dit bij een indirect gekozen volksvertegenwoordiging die functioneert vanuit een zekere afstand tot de dagelijkse politiek.' Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35532, nr. 3, p. 2.

651 De Eerste Kamer heeft deze begrippen overigens niet zelf bedacht. Zij zijn afkomstig uit de door toenmalig minister van Justitie Hirsch Ballin (CDA) gepresenteerde nota 'Zicht op wetgeving' die in meer algemene zin betrekking heeft op de aan wetgeving te stellen kwaliteitseisen. Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 1-2. Sinds 2007 zijn 'rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid' op initiatief van het College van Senioren zogeheten 'aandachtspunten' in de beoordeling van wetgevingskwaliteit door de Eerste Kamer. Zie nader *Veelzijdig in deeltijd* 2015, p. 10-12.

652 *Veelzijdig in deeltijd* 2015, p. 182-201.

653 In die zin o.a. Van den Berg 2006b, p. 17.

regeringsbeleid ziet zij, hoewel de Eerste Kamer grote delen van de controlerende taak overlaat aan de Tweede Kamer, een aparte, te onderscheiden rol voor zichzelf weggelegd. In het licht van haar meer bedachtzame karakter kiest zij er bij de behandeling van de begroting voor om over specifieke, meer beleidsmatige thema's met de regering te debatteren.⁶⁵⁴ In het licht van deze, van de Tweede Kamer verschillende, taken zou in ieder geval een deel van de legitimatie van de Eerste Kamer kunnen liggen.

Uit deze achtergrondschets komt naar voren dat de Eerste Kamer oorspronkelijk, gelet op haar van de Tweede Kamer verschillende samenstellingen, tot doel had om een zeker tegenwicht te bieden aan de Tweede Kamer. Het verdwijnen van de bijzondere lidmaatschapseisen in 1917, die ertoe leidden dat de eisen voor het lidmaatschap van beide Kamers met elkaar werden gelijkgesteld, heeft de verschillen tussen de beide Kamers op het gebied van hun samenstelling verder verkleind. Wel is het verdedigbaar dat de Eerste Kamer nog altijd tot doel heeft, zoals de regering dat in de aanloop naar de herziening van de Grondwet in 1848 formuleerde, om te waken tegen het heersen van de waan van de dag. Het beeld van de Eerste Kamer als 'chambre de réflexion' en haar naar eigen zeggen specifieke taken op het gebied van de beoordeling van wetgevingskwaliteit en controle op de regering passen daarbij.

Er bestaat dus een verschil in taakopvatting tussen beide Kamers der Staten-Generaal. In hoeverre deze taakopvatting tot het staatsrecht en de *modus operandi* van de Eerste Kamer te herleiden is, komt in de navolgende subparagrafen aan de orde.

IV.6.2.2 *Het politieke primaat van de Tweede Kamer*

Het startpunt voor de discussie over de staatsrechtelijke positie van de Eerste Kamer is artikel 51, eerste lid Grondwet, dat de Tweede vóór de Eerste Kamer noemt. De regering stelde in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 dat '[d]e grotere betekenis van de Tweede Kamer [ten opzichte van de Eerste, GJAG] tot uitdrukking [is] gebracht door in het eerste lid de Tweede Kamer als eerste te noemen'.⁶⁵⁵ Verschillende auteurs leiden daaruit terecht af dat de grondwetgever daarmee heeft willen uitdrukken dat het politieke primaat in de relatie tussen beide Kamers bij de Tweede Kamer ligt.⁶⁵⁶ Helemaal onomstreden is deze stelling echter niet.

De vraag naar het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer wordt (impliciet) opgeworpen door Sillen. Hij meent dat uit de grondwetsgeschiedenis niet de norm kan worden afgeleid op basis waarvan 'de Eerste Kamer terughoudend moet zijn bij het beoordelen van het kabinet

654 Van den Berg 2006b, p. 16-17.

655 *Kamerstukken II* 1976/77, 14222, nr. 3, p. 9.

656 Vgl. in die zin o.a. Kummeling 1992, p. 20; Verhey 2014, p. 16; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 40; Schutgens 2020, p. 153.

en zijn daden', waarmee hij suggereert⁶⁵⁷ dat het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer niet kan worden afgeleid uit de grondwets-geschiedenis.

Voor zover Sillen dat inderdaad heeft willen betogen, is zijn stellingname echter niet juist. Zo wijst Sillen in dit kader op het standpunt van de CDA-fractie in de Tweede Kamer, die in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 betoogde dat de omdraaiing van de volgorde van beide Kamers in (het huidige) artikel 51, eerste lid Grondwet 'nogal subtiel' was en daarom evengoed achterwege had kunnen blijven. Dat betekent echter niet dat deze fractie ook van mening was dat uit artikel 51, eerste lid Grondwet niet kan worden afgeleid dat het politieke primaat in de Staten-Generaal bij de Tweede Kamer ligt. De leden van de Tweede Kamerfractie van het CDA stelden immers ook dat zij 'zich wel kunnen verenigen met het tot uitdrukking brengen van de grotere betekenis van de Tweede Kamer ten opzichte van de Eerste'.⁶⁵⁸ Ook de door Sillen aangehaalde fracties van de PvdA, VVD, CDA, D66 en GPV in de Eerste Kamer betwistten op zichzelf niet de gedachte dat het politieke primaat in de Staten-Generaal bij de Tweede Kamer ligt.

Anders dan Sillen suggereert, heeft de regering evenmin het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer willen ontkennen. Het is juist dat de regering zich, zoals Sillen betoogt, op het standpunt stelde dat uit artikel 51, eerste lid Grondwet niet volgt dat de Eerste Kamer 'ondergeschikt' is aan de Tweede Kamer.⁶⁵⁹ Dat is echter nog geen ontkenning van het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer. Het is heel wel denkbaar dat de Eerste Kamer zich in politieke zin terughoudend dient op te stellen zonder haar oordeel in algemene zin, dus ook los van politieke overwegingen, ondergeschikt te achten aan het oordeel van de Tweede Kamer.

Verder haalt Sillen de stelling van de regering aan die luidt dat de omdraaiing van de volgorde van beide Kamers in artikel 51, eerste lid Grondwet vooral is ingegeven door 'overwegingen van systematiek'. Deze systematiek lag ook al besloten in de versies van de Grondwet van vóór 1983, zoals de regering in de memorie van antwoord had gesteld.⁶⁶⁰ De voorlopers van het huidige artikel 51, eerste lid Grondwet vermeldden weliswaar de Eerste Kamer vóór de Tweede Kamer, maar toen kon uit de volgorde van de bepalingen in de Grondwet over de Staten-Generaal (arti-

657 Het is niet helemaal duidelijk of dat inderdaad het geval is, omdat Sillen in zijn betoog niet het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer als zodanig ter discussie stelt. Vgl. Sillen 2011a, p. 1488. Dat is echter enigszins verwarrend, omdat het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer niet per definitie meebrengt dat er ook een plicht voor de Eerste Kamer bestaat om zich terughoudend in de richting van het kabinet op te stellen. Pas als het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer vaststaat, kan immers worden vastgesteld wat de juridische betekenis daarvan is.

658 *Kamerstukken II 1978/79*, 14222, nr. 6, p. 10-11.

659 *Handelingen I 1980/81*, p. 201 (2 december 1980), ook voor het volgende citaat (op p. 214-215).

660 *Kamerstukken I 1979/80*, 14222, 14223, 14224, nr. 112b (herdruk), p. 6. Anders Postma 1987, p. 91.

kelen over de Tweede Kamer gingen vooraf aan die over de Eerste) al worden afgeleid dat het primaat in de Staten-Generaal bij de Tweede Kamer ligt. De erkenning van het bestaan van het primaat van de Tweede Kamer in artikel 51, eerste lid Grondwet is derhalve volgens de regering geen wijziging ten opzichte van de voorlopers van dit artikellid in vorige versies van de Grondwet. In zoverre is de omdraaiing van beide Kamers in het genoemde artikellid inderdaad niet meer dan een kwestie van systematiek, omdat zij aansluit bij de volgorde van de bepalingen in het hoofdstuk over de Staten-Generaal uit vorige versies van de Grondwet. De suggestie dat de regering op haar standpunt over het bestaan van een primaat van de Tweede Kamer is teruggekomen klopt dan ook niet.

Op basis van de grondwetsgeschiedenis is het dus gerechtvaardigd om uit de redactie van artikel 51, eerste lid Grondwet inderdaad af te leiden dat het politieke primaat in de relatie tussen beide Kamers bij de Tweede Kamer ligt. Tevens bestaan er meer systematische argumenten op basis waarvan het bestaan van het primaat van de Tweede Kamer kan worden aangenomen. In dat kader valt er allereerst op te wijzen dat de democratische legitimatie van de Eerste Kamer in het licht van haar indirecte verkiezing via provinciale staten (art. 55, eerste lid Grondwet) minder groot is dan die van de Tweede Kamer.⁶⁶¹ Deze stelling is evenmin geheel onomstreden. Verschillende auteurs menen dat de getrapte verkiezing van de Eerste Kamer nauwelijks implicaties heeft voor de democratische legitimatie van dit orgaan, omdat het electoraat van de Tweede en Eerste Kamer (indirect) hetzelfde is.⁶⁶² Volgens de verdedigers van dit argument brengen de door de kiezers gekozen provinciale statenleden hun gewogen stem uit op een Eerste Kamerkandidaat van hun eigen politieke partij. Erg overtuigend is die laatste tegenwerping echter niet. De partijvoorkeuren van kiesgerechtigden op provinciaal en nationaal niveau hoeven immers niet aan elkaar gelijk te zijn. Bovendien kunnen 'gewone' kiesgerechtigden geen voorkeurstem uitbrengen op een specifieke kandidaat voor de Eerste Kamer; alleen het relatief kleine kiezerskorps van de leden van de provinciale staten beschikt over die mogelijkheid. De verschillen tussen beide Kamers op het gebied van democratische legitimatie zijn daarmee voldoende groot om ook op basis daarvan aan te nemen dat het politieke primaat in de relatie tussen beide Kamers bij de Tweede Kamer ligt.

Een ander argument dat op het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer wijst is dat de Eerste Kamer, anders dan de Tweede, niet over het initiatiefrecht (art. 82, eerste lid Grondwet) en het amendementsrecht (art. 84, eerste lid Grondwet) beschikt.⁶⁶³ Enkele auteurs brengen daar-

661 In die zin o.a. Kortmann 1987a, p. 196-197; Kummeling 1992, p. 12; Vis 1995b, p. 262; Verhey 2014, p. 15.

662 In die zin o.a. De Vries 2000, p. 343; Peters 2007, p. 147; Sillen 2011a, p. 1489; Broeksteeg 2014, p. 915.

663 In die zin o.a. Van Zanen 1985, p. 376; Kalberg 1990, p. 337; Knippenberg 2002, p. 157; Verhey 2014, p. 15; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 40.

tegen in dat de Eerste Kamer voor het overige over dezelfde bevoegdheden beschikt als de Tweede Kamer, waarvan de bevoegdheid tot verwerping van een wetsvoorstel de belangrijkste is.⁶⁶⁴ Toch kan die constatering niet tot de conclusie leiden dat de Tweede Kamer niet over het politieke primaat beschikt. Duidelijk is immers *dat* de Eerste Kamer over minder bevoegdheden dan de Tweede beschikt.

Ten slotte trekken verschillende auteurs nog het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer in twijfel onder verwijzing naar artikel 50 Grondwet.⁶⁶⁵ Dit artikel bepaalt dat de Staten-Generaal het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigen. De auteurs die zich op artikel 50 Grondwet beroepen, menen dat daaruit kan worden afgeleid dat beide Kamers gelijkwaardig zijn. Deze interpretatie van artikel 50 Grondwet is echter onjuist. Dit artikel heeft al sinds 1798 een plaats in de (voorloper van de) Grondwet, waarna de tekst sinds 1814 onveranderd is gebleven. De genoemde bepaling drukt uit dat de leden van de Staten-Generaal niet afzonderlijke regionale of provinciale belangen, maar alleen de belangen van het gehele Nederlandse volk dienen te behartigen. Deze bepaling brengt daarmee slechts tot uitdrukking dat Nederland een eenheidsstaat is, waardoor zij eerst en vooral een historisch karakter heeft.⁶⁶⁶ Deze bepaling heeft op zichzelf dan ook geen implicaties voor de inrichting van het tweekamerstelsel. De Eerste Kamer kreeg pas na de introductie van het huidige artikel 50 Grondwet, namelijk in 1815, een plaats in de Nederlandse constitutie. Alleen als de interpretatie van de grondwetgever van dat artikel sinds dat jaar in zoverre is veranderd dat het ook betrekking is gaan hebben op de functionering van het tweekamerstelsel, is het verdedigbaar dat die bepaling betekenis heeft voor de staatsrechtelijke positie van de Eerste Kamer. Van een dergelijke gewijzigde interpretatie is echter geen sprake. Ook tijdens de meest recente herziening van de Grondwet hebben noch de regering, noch de Kamers opgemerkt dat deze bepaling op enigerlei wijze duidt op een ontkenning van het bestaan van het primaat van de Tweede Kamer.

Op basis van de hier besproken argumenten is het dus verdedigbaar om het *bestaan* van het politieke primaat van de Tweede Kamer aan te nemen: de volgorde waarin artikel 51, eerste lid Grondwet beide Kamers van de Staten-Generaal noemt, wijst duidelijk in die richting. Verder bevat de Grondwet in ieder geval geen bepalingen die het bestaan van een dergelijk primaat expliciet ontkrachten, noch valt iets dergelijks uit de grondwetsgeschiedenis af te leiden. Wat nu de staatsrechtelijke *betekenis* is van dit politieke primaat van de Tweede Kamer, staat niet direct vast.

Het is niet aannemelijk dat de grondwetgever daarmee ook een absolute plicht aan de Eerste Kamer heeft willen opleggen, in de zin dat zij nimmer

664 In die zin o.a. Postma 1987, p. 91; De Vries 2000, p. 348; Elzinga 2014, p. 56.

665 In die zin o.a. Kalberg 1990, p. 337; De Vries 2000, p. 370; Sillen 2011a, p. 1489; Broeksteeg 2014, p. 915.

666 Vgl. in die zin ook o.a. Buys 1883, p. 384-385; Oud 1967, p. 33; Kortmann 1987a, p. 198-199.

een politiek oordeel over een bepaald wetsvoorstel dan wel over het functioneren van de regering zou mogen innemen. Daarvoor zijn de notie van het politieke primaat van de Tweede Kamer en de bijbehorende terughoudendheid van de Eerste Kamer te onbepaald. Verhey, die deze stelling als zodanig onderschrijft, meent dat het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer wel een indicatie vormt voor het bestaan van een 'conventie van terughoudendheid' op basis waarvan 'de Eerste Kamer in de regel het oordeel van de Tweede Kamer [zal] moeten volgen'.⁶⁶⁷

Hoewel Verhey terecht constateert dat de beide Kamers niet een identieke positie in het staatsbestel innemen, ligt het bestaan van een 'conventie van terughoudendheid' niet voor de hand.⁶⁶⁸ Het bestaan van een conventie impliceert immers dat zij binnen de grenzen van het staatsrecht kan gelden.⁶⁶⁹ Aan dat vereiste kan deze terughoudendheidsregel echter niet voldoen, omdat de leden van de Eerste Kamer de vrije bevoegdheid hebben om naar eigen inzicht van hun stemrecht gebruik te maken (vgl. art. 67, derde lid Grondwet) dan wel van hun overige controlerende bevoegdheden (bijv. het inlichtingenrecht van art. 68 Grondwet en het budgetrecht van art. 105 Grondwet).⁶⁷⁰ De aanneming van een terughoudendheidsregel staat aan deze in de Grondwet erkende vrije bevoegdheden van Eerste Kamerleden in de weg. Dat zou slechts anders zijn, ingeval er fundamentele consensus over bestaat in hoeverre de uitoefening van deze bevoegdheden dwingend door deze terughoudendheidsregel wordt ingevuld. Maar dat ligt, zoals Verhey zelf ook erkent, niet voor de hand. Het kan immers moeilijk inconstitutioneel worden genoemd als Eerste Kamerleden gebruikmaken van de aan hen toegekende bevoegdheden.

Niettemin snijdt de analyse van Verhey, los van de karakterisering van de terughoudendheidsnotie als conventie, wel degelijk hout. Hij constateert namelijk terecht dat artikel 51, eerste lid Grondwet impliceert dat de Eerste Kamer *in de regel*, dus op basis van een algemeen uitgangspunt, het oordeel van de Tweede Kamer moet volgen. Bij de beoordeling van het optreden van Eerste Kamerleden moet daarom steeds een afweging worden gemaakt tussen de vrijheid van Eerste Kamerleden om gebruik te maken van de aan hen toegekende bevoegdheden en de notie van politieke terughoudendheid van de Eerste Kamer. Aanneming van een aparte conventie is niet mogelijk, omdat de basis voor het maken van deze afweging reeds in de genoemde grondwettelijke bepalingen besloten ligt.

667 Verhey 2014, p. 16, ook voor het volgende citaat.

668 Dit impliceert ook dat het niet mogelijk is om een *ongeschreven*, op de Eerste Kamer, rustende 'terughoudendheidsplicht' aan te nemen. Slechts een enkele auteur heeft deze stelling in het verleden verdedigd. Vgl. in die zin o.a. Van Raalte 1971, p. 88-89; Kummeling 1992, p. 24; Jurgens 2014, p. 59. Kummeling heeft later ook weer afstand genomen van deze opvatting. Vgl. Kummeling 2016, p. 74.

669 Zie par. III.5.3.3.3.

670 Vgl. in die zin ook Elzinga 2014, p. 56.

Daarmee zijn de problemen nog niet opgelost. Er bestaat immers geen objectief criterium op basis waarvan kan worden vastgesteld in welke gevallen de Eerste Kamer dan, bij wijze van uitzondering, het oordeel van de Tweede Kamer naast zich neer zou mogen leggen. In dat kader is van belang dat de Eerste Kamer een *politiek* orgaan is, wier constitutionele positie nooit volledig kan worden geïsoleerd van haar overwegingen op politiek-ideologisch terrein. Tegen die achtergrond verdient de invloed van de vigerende machtsverhoudingen op de positie van de Eerste Kamer meer aandacht.

IV.6.3 Politieke machtsverhoudingen en de Eerste Kamer

De Eerste Kamer heeft blijkens haar eigen taakopvatting een andere constitutionele positie dan de Tweede Kamer: de Eerste Kamer beschouwt zich als controleur van met name de kwaliteit van wetgeving, waarbij zij een aanmerkelijk beperktere politieke rol vervult dan de Tweede Kamer. Toch is het niet vanzelfsprekend dat zij zich in het licht van de invloed van de vigerende machtsverhoudingen altijd aansluit bij het politieke oordeel van de Kamer aan 'de overzijde'.

IV.6.3.1 *Achtergrond: het regeerakkoord als 'een belangrijk politiek gegeven'*

Hoewel de Eerste Kamer zich niet als zodanig profileert, is zij een politiek orgaan: de leden van deze Kamer zullen zich bij de uitoefening van hun medewetgevende bevoegdheid altijd óók laten leiden door partijpolitieke overwegingen. Op het eerste gezicht doet die stelling wellicht vreemd aan, omdat de voorzitters van de Eerste Kamerfracties niet deelnemen aan de kabinetsformatie en daarmee ook formeel niet gebonden zijn aan het regeerakkoord.⁶⁷¹ Toch is het regeerakkoord niet betekenisloos voor de Eerste Kamer. Integendeel. Het regeerakkoord vormt volgens Burkens, zelf tussen 1983 en 1987 lid van de Eerste Kamer (VVD), 'een belangrijk politiek gegeven'.⁶⁷² Hij betoogt dat geen van de coalitiefracties

'het zich zal kunnen permitteren het kabinet in een positie te brengen dat een crisis dreigt; geen der fracties zal voorts de ander een alibi willen verschaffen om in voorkomend geval zelf uit de boot te vallen (...). Zo vormen in de praktijk regeerakkoord en ministeriële dan wel kabinetscrisis duidelijke grenslijnen voor het functioneren van de tot de coalitie behorende Eerste Kamer-fracties – en daarbij moet ook vermeden worden dat een bewindspersoon de portefeuille in het geding brengt (...). Binnen deze grenzen bestaat echter ruimte voor vrijmoedigheid in het politieke bedrijf'.

671 Zie par. IV.5.3.2 en par. IV.5.5.2.3.

672 Burkens 1987b, p. 114, ook voor het volgende citaat.

Deze uitspraak is verhelderend, omdat die ook verklaart waarom Eerste Kamerleden het regeerakkoord in de praktijk naleven: de coalitiepartijen voelen zich in beginsel jegens elkaar verplicht om het regeringsbeleid te blijven steunen. Op de niet-naleving van deze regel staat ook een sanctie: stemt de ene coalitiefractie in de Eerste Kamer tegen een regeringsvoorstel waarin zij zich, gelet op de standpunten van de eigen partij, op zichzelf niet kan vinden, dan zal de andere coalitiefractie dat ook doen. Zo veroordeelt het regeerakkoord de coalitiefracties van de Eerste Kamer, hoewel zij er formeel niet aan zijn gebonden, tot elkaar. Op die manier wordt inderdaad recht gedaan aan het politieke primaat van de Tweede Kamer, zij het dat die niet voortkomt uit een verplichting maar uit een (niet-normatieve) wetmatigheid die van invloed is op de coalitiefracties in de Eerste Kamer; het kabinet is immers primair van hun steun afhankelijk.

Burkens krijgt bijval van Noten, fractievoorzitter van de PvdA in de Eerste Kamer tussen 2003 en 2011 en naamgever van de zogeheten 'Ijzeren Wet van Noten'.⁶⁷³ Deze Ijzeren Wet luidt als volgt:

'Een fractie in de Eerste Kamer zal een regering nooit aan een meerderheid helpen als haar partijgenoten in de Tweede Kamer tégen het desbetreffende wetsvoorstel hebben gestemd.'

Deze stelling is nog altijd actueel. De coalitie probeert daarom stevast een meerderheid van de fracties in de Eerste Kamer achter zich te krijgen. Tot 2010 was het bestaan van zo'n Kamermeerderheid min of meer een vanzelfsprekendheid. Sindsdien heeft de coalitie rond of na het plaatsvinden van de Eerste Kamerverkiezingen stevast een of meerdere 'gedoogpartners' benaderd die zich op informele wijze aan het regeerakkoord, al dan niet aangevuld met andere afspraken, binden. Na de Eerste Kamerverkiezingen van 2011 en 2015 vervulden de SGP respectievelijk de CU, D66 en SGP (de 'constructieve drie') deze rol van gedoogpartner.⁶⁷⁴ Sinds de Eerste Kamerverkiezingen van 27 mei 2019 probeert het kabinet-Rutte III, indien nodig, ad hoc steun te zoeken bij verschillende fracties in plaats van een vaste gedoogpartner uit de

673 H. Noten, 'We volgen braaf de Tweede Kamer', *NRC Handelsblad* 27 september 2012. Aangehaald in Van den Berg 2016a, p. 42. Van den Berg merkt daarbij nog op dat de Ijzeren Wet van Noten volgens hem 'niet helemaal van ijzer is'. Uit een inventarisatie van *de Volkskrant* van de stemmingen in de Eerste Kamer tussen juni 2015 en augustus 2018 komt eenzelfde beeld naar voren: van 140 onderzochte stemmingen over wetsvoorstellen stemden in 115 gevallen de fracties in beide Kamers volgens dezelfde partijlijnen. In de 35 gevallen waarin dit niet het geval was, leverde dit ook geen andere stemmingsuitslag op. Zie 'Eerste Kamer volgt trouw de marsorders van de Tweede: verlies meerderheid zou Rutte III in zwaar weer brengen', *de Volkskrant* 14 november 2018.

674 Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 808 respectievelijk p. 852.

oppositie aan zich te binden.⁶⁷⁵ In het licht van deze praktijk is het handelen van de coalitiefracties in de Eerste Kamer, al dan niet aangevuld door een of meer gedoogpartners, nog altijd begrensd door het regeerakkoord en de dreiging van een mogelijke crisis rond het functioneren van een bewindspersoon of het voltallige kabinet.

Gelet op haar politieke karakter is het derhalve niet goed mogelijk om van 'de' Eerste Kamer te spreken. Voor een goed begrip van het functioneren van dit orgaan is het behulpzaam om terug te grijpen op de metaforen van 'arena' en 'instituut'.⁶⁷⁶ In het beeld van de arena vormt het parlement een forum waarin politieke tegenstellingen tussen coalitie en oppositie worden uitgevochten, terwijl de metafoor van het parlement als institutie juist de nadruk legt op het parlement als een zelfstandige, niet van de regering afhankelijke, machtsfactor. Voor zover de Eerste Kamer zich buigt over een uit het regeerakkoord voortvloeiend wetsvoorstel dan wel over het regeeringsbeleid in het algemeen, vormt de Eerste Kamer primair een arena. De verschillen tussen beide Kamers zijn dan beperkt; zowel de Tweede als de Eerste Kamer treedt dan immers op als een politiek orgaan waarin de tegenstelling tussen coalitie en oppositie een belangrijke rol speelt. Alleen in gevallen waarin het regeerakkoord geen of slechts een beperkte rol speelt, kan de Eerste Kamer zich wijden aan haar, van die van de Tweede Kamer afwijkende, taakopvatting als 'chambre de réflexion'.

IV.6.3.2 De beoordeling van wetgeving

Het komt slechts zelden voor dat de coalitiefracties en eventuele gedoogpartners de grenzen van het regeerakkoord overschrijden. Zelfs als de kwaliteit van wetgeving in het geding is, zullen coalitiefracties er niet zomaar toe overgaan de totstandkoming van uit het regeerakkoord voortvloeiende wetgeving te blokkeren. Illustratief is de terugblik van toenmalig Eerste Kamervoorzitter Broekers-Knol (VVD) op haar lidmaatschap van de Eerste Kamer in de periode 2001-2019. Als Eerste Kamerlid steunde zij verschillende malen een wetsvoorstel van de coalitie waaraan in haar ogen fundamentele gebreken kleefden. Zij zei daarover:

675 Sinds de Eerste Kamerverkiezingen van 27 mei 2019 komen de coalitiefracties van het kabinet-Rutte III (VVD, CDA, D66 en CU) zes zetels in de Eerste Kamer tekort voor een meerderheid. Indien nodig, zoekt de coalitie aanvullende steun, afhankelijk van het voorliggende wetsvoorstel, bij verschillende andere fracties. Zie o.a. 'Ineens gaat de senaat over rechts', *NRC Handelsblad* 16 december 2019.

676 Daalder 1986, p. 190-191. Volgens Van den Berg zijn zij uitdrukkelijk ook van toepassing op de Eerste Kamer. Zie Van den Berg 2006b, p. 7; Van den Berg 2019, p. 132. Van den Berg heeft naast de twee hier genoemde metaforen ook nog andere beelden besproken, waarvan de marktplaats de belangrijkste is. Volgens dat beeld is het parlement ook een orgaan waar belangen worden gewogen, uitgeruild en verhandeld, mede onder invloed van lobbyisten en andere organisaties binnen of buiten het overheidsverband. Dat beeld blijft hier verder buiten beschouwing. Zie nader par. IV.2.2.

‘We vragen hier [bedoeld is de Eerste Kamer, GJAG] ministers het hemd van het lijf, en we kunnen ze in het debat fileren. Maar uiteindelijk komt de politiek om de hoek kijken. Je partij zit in de coalitie, er bestaat een risico dat de tent gaat vallen. Willen we het zover laten komen? Dat moet je je realiseren.’⁶⁷⁷

Voorbeelden van dergelijke gebrekkige wetten, die Broekers-Knol in het genoemde interview noemt, waren onder andere de Mediawet en de Wet herziening strafzaken. Toch heeft een meerderheid in de Eerste Kamer voor die voorstellen, al dan niet na bepaalde toezeggingen te hebben afgedwongen, gestemd. Het ligt niet voor de hand dat Eerste Kamerleden uit de coalitiefracties snel tot de verwerping van een wetsvoorstel overgaan, als daarbij grote politieke belangen op het spel staan. De Eerste Kamer is dus in ieder geval óók een politiek orgaan.

Zo bezien vormt een zekere politieke druk van de kant van de regering, die voortvloeit uit de informele binding van de coalitiefracties (en eventuele gedogers) aan het regeerakkoord, een mechanisme dat is gericht op de handhaving van het politieke primaat van de Tweede Kamer. De verklaring voor het bestaan van dit mechanisme ligt in het belang dat de regering heeft bij zekerheid over de steun van een meerderheid in de Eerste Kamer; zonder die steun is het moeilijk, zo niet onmogelijk, voor de regering om haar plannen uit het regeerakkoord te realiseren. De wijze van handhaving vloeit voort uit het regeerakkoord en, indien noodzakelijk, uit de eventuele gedoogsteun van andere fracties.

Het handelen van de Eerste Kamer is dus primair afhankelijk van de partijpolitieke verhoudingen in dat orgaan. Het institutionele profiel van dit orgaan is vooral relevant voor zover de Eerste Kamer zich niet hoeft uit te spreken over het handelen van de regering binnen de kaders van het regeerakkoord. Het is daarom maar in beperkte mate mogelijk om van ‘de’ Eerste Kamer te spreken, net zoals dat ten aanzien van ‘de’ Tweede Kamer slechts gedeeltelijk mogelijk is.⁶⁷⁸ Wat de herkenning van deze politieke realiteit echter niet eenvoudig maakt, is dat daarover vanuit de gelederen van de Eerste Kamer soms ook schimmig is gedaan.⁶⁷⁹ Ondanks de informele binding van coalitiefracties, eventueel aangevuld met gedoogsteun van andere

677 ‘Als ik het in m’n eentje kon beslissen, had ik nee gezegd tegen strafbeschikking’, *NRC Handelsblad* 17 december 2018. In een ander krantenbericht zijn meer voorbeelden te vinden van situaties waarin Eerste Kamerleden van de coalitie het coalitiebelang lieten prevaleren boven het belang van wetgevingskwaliteit. Zie ‘Wie is er bang voor de senaat?’, *NRC Handelsblad* 7 juni 2019.

678 Zie par. IV.2.2.

679 Toenmalig Eerste Kamervoorzitter Fred de Graaf (VVD) suggereerde ten tijde van de kabinetsformatie in 2012 tegenover verkenner Kamp (VVD) dat het ontbreken van een meerderheid in de Eerste Kamer voor de toekomstige coalitie geen onoverkomelijke problemen zou opleveren. In zijn ogen zou de Eerste Kamer zich ongeacht de samenstelling van het kabinet slechts uitlaten over de rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van wetgeving. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33410, nr. 1, p. 2.

fracties, aan het regeerakkoord, komt het ook een enkele keer voor dat de Eerste Kamer een soort hindermacht voor de regering vormt, zoals het geval is als zij overgaat tot de verwerping van wetsvoorstellen die voortvloeien uit het regeerakkoord.⁶⁸⁰ In de gevallen waarin de Eerste Kamer dat doet, ontstaan er namelijk vrijwel steeds spanningen binnen de coalitie.⁶⁸¹

Illustratief is het aantal malen sinds 1999 dat de verwerping van een wetsvoorstel door de Eerste Kamer tot een (dreigende) kabinetscrisis leidde. Sinds 1999 is dat slechts tweemaal het geval geweest: de stemming in tweede lezing over de herziening van de Grondwet met het oog op de invoering van een correctief referendum (1999) en de verwerping van een voorstel tot wijziging van een aantal zorgwetten dat de beperking van de vrije artsenuitvoering tot gevolg zou hebben (2014).⁶⁸² Tussen beide casus bestaat een aantal opmerkelijke overeenkomsten: het ging beide keren om een voorstel dat voortvloeide uit het regeerakkoord, de leden van de coalitiefracties in de Eerste Kamer werden uitdrukkelijk vanuit de gelederen van de regering gemaand vóór het betreffende voorstel te stemmen en de dissidente Kamerleden maakten pas vlak voor de stemming kenbaar tegen het betreffende voorstel te zullen stemmen, waardoor de regering niet de gelegenheid kreeg om de tegenstanders alsnog te overtuigen vóór te stemmen.⁶⁸³

Beide malen ging het bovendien om voorstellen ten aanzien waarvan onder de dissidente Kamerleden principiële bezwaren bestonden. Wat verder opviel was dat de dissidenten in beide kwesties, in 1999 Wiegel (VVD) en in 2014 Duivesteyn, Linthorst en Ter Horst (alle drie PvdA) binnen een jaar na de respectieve stemmingen afscheid zouden nemen van de Eerste Kamer; het is denkbaar dat de genoemde Eerste Kamerleden zich in hun stemgedrag mede daarom niet gebonden voelden aan de gedragslijn waar-

680 Overigens gaat het daarbij om uitzonderingsgevallen; zelfs in de in 2019 gekozen Eerste Kamer, waarin de coalitie geen meerderheid had, krijgen de meeste wetsvoorstellen van de coalitie steeds voldoende steun van een Kamermeerderheid. Zie 'Senaat maakt het de coalitie niet moeilijk', *NRC Handelsblad* 30 oktober 2019.

681 Een uitzondering op deze regel vormt de verwerping van het voorstel tot herziening van de Grondwet in tweede lezing strekkende tot deconstitucionalisering van de aanstellingswijze van de burgemeester in de Nacht van Van Thijn (2005). Toen leidde de verwerping ook tot een dreigende crisis, en wel in het kabinet-Balkenende II (2003-2006). Deze dreigende crisis was echter uitzonderlijk, omdat de bij het voorstel betrokken minister voor Bestuurlijke Vernieuwing Thom de Graaf (D66) ook op de steun van partijen uit de oppositie (waaronder de PvdA van Van Thijn) rekende. Het aftreden van De Graaf leek dan ook niet primair het gevolg van spanningen van de coalitie, maar van het gezichtsverlies als gevolg van de afwijzing van het voorstel door de Eerste Kamer. Zie nader Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 730-732.

682 Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 586 respectievelijk p. 852-853. Zie voor een overzicht van omstreden verwerpingen van wetsvoorstellen uit de periode van voor 1999 Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 58-62.

683 Zie voor de achtergrond van beide kwesties respectievelijk *Veelzijdig in deeltijd* 2015, p. 29-30 en 'Senaat verwerpt plan beperking vrije artsenuitvoering, PvdA-fractie wil praten', *NRC Handelsblad* 16 december 2014.

aan de Tweede Kamerfracties van hun partijen zich in het regeerakkoord hadden gecommitteerd; voor eventuele consequenties hoefden zij toch niet of nauwelijks meer te vrezen.

In beide gevallen gaat het nadrukkelijk om uitzonderingen. Vanuit de gelederen van de coalitie wordt stevast een grote druk op leden van beide Kamers uitgeoefend om regeringsvoorstellen, met name als die voortvloeien uit het regeerakkoord, te steunen. In veruit de meeste gevallen zullen de vertegenwoordigers van de coalitie in de Eerste Kamer, in overeenstemming met de IJzeren Wet van Noten, de coalitie stevast aan een meerderheid helpen. Als een of meer dissidenten uit de coalitie de aanneming van een uit het regeerakkoord voortvloeiend wetsvoorstel blokkeren, zoals in 1999 en 2014 het geval was, is er steeds iets bijzonders aan de hand. Daarbij verdient vermelding dat de omstandigheden in beide gevallen, gelet op het voor de betrokken dissidenten fundamentele karakter van de respectieve voorstellen (het aanstaande vertrek van de dissidenten uit de Eerste Kamer en het verrassingskarakter van hun tegenstem), uitzonderlijk waren.

In de meeste andere gevallen zal de druk vanuit de zijde van de regering doorgaans voldoende aanleiding zijn voor leden van de coalitiefracties in de Eerste Kamer om steun te blijven geven aan wetsvoorstellen die voortvloeien uit het regeerakkoord. Of de betrokken voorstellen in die gevallen voldoen aan de wetgevingskwaliteitseisen die de Eerste Kamer heeft geformuleerd, doet dan eigenlijk nauwelijks ter zake. Dan is vooral van belang dat de afspraken uit het regeerakkoord worden nagekomen.

Dat de Eerste Kamer een politiek karakter heeft en soms zelfs als hindermacht van de regering functioneert, wil echter niet zeggen dat het beeld van de Eerste Kamer als 'chambre de réflexion' geheel haaks staat op de werkelijkheid. Bij de fracties in de Eerste Kamer, inclusief die van de coalitie, bestaat ruimte om op iets meer afstand aandacht te besteden aan de kwaliteit van wetgeving en beleidsvraagstukken.

De toetsing door de Eerste Kamer is, gelet op de recente intrekking van wetsvoorstellen die al of niet worden gevolgd door de indiening van novelles en verwerpingen met algemene stemmen, in bepaalde gevallen inderdaad niet louter ingegeven door politieke overwegingen. Een mooi voorbeeld hiervan betreft de verwerping met algemene stemmen van het wetsvoorstel met het oog op de invoering van het elektronisch patiëntendossier in 2011.⁶⁸⁴

684 *Handelingen I* 2010/11, nr. 23, item 4, p. 4 (5 april 2011). Zie nader Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 821-822.

Tevens komt het relatief vaak voor dat de Eerste Kamer overgaat tot verwerping van een initiatiefwetsvoorstel, waarover doorgaans geen afspraken in het regeerakkoord worden gemaakt.⁶⁸⁵ In dergelijke gevallen hangt het gebruik van de verwerpingsbevoegdheid door de Eerste Kamer in ieder geval ook samen met concrete zorgen over de wetgevingskwaliteit en is de tegenstand in de Eerste Kamer derhalve niet louter ingegeven door politieke overwegingen.

Wat verder in dit kader een rol speelt, is dat de Eerste Kamer niet altijd louter een hindermacht is: geregeld steunt de Eerste Kamer een omstreden wetsvoorstel onder de voorwaarde dat de betrokken indiener bepaalde toezeggingen doet met het oog op de verbetering van het wetsvoorstel. Verder komt het ook geregeld voor dat zij de indiening van een (inhoudelijke of technische) novelle afdwingt, om het voorstel vervolgens alsnog te steunen. In dergelijke gevallen conformeert de Eerste Kamer zich aan het politieke oordeel van de Tweede Kamer; als de Eerste Kamer dan haar tanden laat zien, doet zij dat vermoedelijk veelal niet louter op politieke maar (ook) op andere gronden.

IV.6.3.3 De controle op het regeringsbeleid

Hoewel de Eerste Kamer zich in de praktijk vooral profileert als bewaker van de kwaliteit van wetgeving, keert zij zich soms ook fel tegen het regeringsbeleid. Als de Eerste Kamer zich bezighoudt met de controle op het functioneren van de regering, is zij niet noodzakelijkerwijs terughoudend met het geven van een vergaand politiek oordeel over het optreden van het kabinet.

Illustratief in dat kader zijn de gebeurtenissen uit de periode 1989-1990. Toen kwam de CDA-fractievoorzitter in de Eerste Kamer Kaland tweemaal openlijk in botsing met bewindspersonen uit het kabinet-Lubbers III (bestaande uit een coalitie van CDA en PvdA; 1989-1994) over de door het kabinet voorgenomen verhoging van het huurwaardeforfait.⁶⁸⁶ Bij de eerste keer sprak toenmalig minister van Financiën Kok (PvdA) het 'onaanvaardbaar' uit tijdens een debat in de Eerste Kamer, de tweede maal riep minister-president Lubbers de fractievoorzitter van zijn eigen partij in de Eerste

685 Van de acht wetsvoorstellen die de Eerste Kamer in de kabinetsperiode van Rutte II (2012-2017) verwierp, hadden maar liefst vier het karakter van een initiatiefvoorstel. Broekers-Knol noemt als voorbeeld een door haar gesteunde verwerping van een voorstel (overigens uit een eerdere periode) van een VVD-Tweede Kamerlid dat het mogelijk zou maken om echtscheiding zonder betrokkenheid van een rechter mogelijk te maken. Volgens Broekers-Knol ging het hier om 'echt een slecht voorstel'. Bij de verwerping van dit voorstel zullen dus ook kwaliteitsoverwegingen een belangrijke rol hebben gespeeld. Zie 'Als ik het in m'n eentje kon beslissen, had ik nee gezegd tegen strafbeschikking', *NRC Handelsblad* 17 december 2018.

686 Zie *Handelingen I* 1989/90, p. 184 (28 december 1989) respectievelijk *Handelingen I* 1989/90, p. 355-357 (24 januari 1990). Zie nader Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 550-551.

Kamer tot de orde, waarbij hij nadrukkelijk de positie van de Eerste Kamer in het staatsbestel ter sprake bracht. Pas na deze openlijke botsingen kozen Kaland en de zijnen in beide gevallen eieren voor hun geld en besloten zij het kabinetsbeleid te blijven steunen. Reeds in die periode bleek dat leden van de Eerste Kamer zich aanvankelijk niet noodzakelijkerwijs verplicht voelden zich in politieke zin terughoudend op te stellen ten aanzien van het regeringsbeleid.⁶⁸⁷ Toch bleken ook in dit geval de coalitiebelangen dermate zwaar te wegen, dat Kaland en de zijnen hun principiële standpunt over de verhoging van het huurwaardeforfait inslikten.

In die periode had het kabinet echter nog een ruime meerderheid in de Eerste Kamer. Inmiddels is dat allerminst vanzelfsprekend. Het is daardoor niet meer mogelijk een 'dwarse' Eerste Kamer tot de orde te roepen met een beroep op het coalitiebelang alleen. Dat blijkt uit de aanvaring die de Eerste Kamer met minister van Binnenlandse Zaken Ollongren (D66) in het kabinet-Rutte III (bestaande uit een coalitie van VVD, CDA, D66 en CU; 2017-heden) had, toevalligerwijs opnieuw over het huurbeleid. Deze kwestie ving aan op 16 april 2020, toen de Tweede Kamer stemde over een door Tweede Kamerlid Beckerman (SP) c.s. ingediende motie. In deze motie riep de Tweede Kamer het kabinet op de jaarlijkse huurverhoging in de sociale en vrije huursector voor dit jaar te verbieden (de zogeheten 'huurstop') ter verzachting van de financiële problemen die veel huurders als gevolg van de coronacrisis hadden ondervonden.⁶⁸⁸ De Tweede Kamer verwierp deze motie met 76 tegen 74 stemmen; de motie kreeg de steun van de oppositie minus het oud-VVD-Kamerlid Van Haga.⁶⁸⁹

Een kleine week later, op 21 april 2020, stemde de Eerste Kamer over de motie-Kox c.s. waarin een vergelijkbare oproep aan het kabinet werd gedaan.⁶⁹⁰ Hoewel deze motie opnieuw de steun kreeg van alle oppositiefracties minus de fractie-Otten, was dat, gezien de andere machtsverhoudingen in de Eerste Kamer, voldoende voor de aanneming van de motie.⁶⁹¹ In

687 Overigens bracht ook de voorzitter van de PvdA-fractie in de Eerste Kamer Schinck het politieke primaat van de Tweede Kamer in stelling toen hij het optreden van Kaland bekritiseerde. Zie *Handelingen I* 1989/90, p. 342-343 (24 januari 1990). Het is niet onwaarschijnlijk dat ook politieke motieven hier een rol hebben gespeeld, omdat de verhoging van het huurwaardeforfait een wens van de PvdA was. Wat Schinck presenteert als een constitutionele kwestie (het respecteren van het primaat van de Tweede Kamer) is hier dus eigenlijk een beroep op de andere coalitiefractie om de regering te steunen. Hieruit blijkt dat de coalitiefracties in de Eerste Kamer ook elkaar wijzen op hun informele gebondenheid aan het regeerakkoord, zoals ook blijkt uit de in par. IV.6.3.1 geciteerde uitspraak van Burkens.

688 *Kamerstukken II* 2019/20, 35431, nr. 24. Beckerman c.s. riepen het kabinet blijkens de tekst van de motie ook op 'een huurverlaging voor zowel de sociale als de vrije sector mogelijk te maken'.

689 *Handelingen II* 2019/20, nr. 68, item 8, p. 1 (16 april 2020).

690 *Kamerstukken I* 2019/20, 35431, D. In deze motie verzocht de Eerste Kamer aan de regering 'als noodmaatregel een tijdelijke huurstop mogelijk te maken voor zowel de sociale sector als de vrije sector'. In deze motie werd, anders dan de in de Tweede Kamer ingediende motie-Beckerman c.s., niet het mogelijk maken van een huurverlaging voorgesteld.

691 *Handelingen I* 2019/20, nr. 25, item 13, p. 1 (21 april 2020).

het daaropvolgende interpellatiedebat verklaarde Ollongren deze motie niet te willen uitvoeren, omdat een generieke huurstop in haar ogen 'niet doeltreffend' zou zijn.⁶⁹² Kox c.s. besloten daarop een nieuwe motie in te dienen waarin zij 'een dringend beroep op de regering' deden om 'alsnog de aangenomen motie uit te voeren door, op enigerlei wijze, een tijdelijke huurstop mogelijk te maken'.⁶⁹³ Op 9 juni 2020 nam de Eerste Kamer ook deze motie met vrijwel dezelfde stemverhoudingen als bij de stemming over de eerste motie-Kox c.s. aan.⁶⁹⁴

De minister liet zich ook door de aanneming van deze motie niet vermurwen, zoals bleek uit het interpellatiedebat tussen haar en de Eerste Kamer op 16 juni 2020. Zij bleef vasthouden aan de eerder door haar ingezette lijn om primair beleid te maken voor 'de huurders die als gevolg van corona echt in de problemen zijn gekomen (...), bijvoorbeeld door hun huurverlaging aan te bieden of uitstel [van huurbetalingen] te geven'.⁶⁹⁵ Voor Kox c.s. vormde dit standpunt aanleiding een motie van afkeuring jegens de minister in stemming te brengen. In deze voorgestelde motie spraken Kox c.s. niet alleen hun afkeuring uit over de weigering van Ollongren om de eerdere moties-Kox c.s. uit te voeren, maar verzocht zij de minister ook 'alsnog een tijdelijke huurstop, dan wel substantiële preventieve maatregelen van vergelijkbare aard, mogelijk te maken'.⁶⁹⁶

Tijdens het interpellatiedebat kreeg de indiener van de motie Kox (SP) naar aanleiding van de indiening van deze motie de volgende vraag voorgelegd van Eerste Kamerlid Backer (D66):

'De heer Kox heeft idealen en daar strijdt hij voor. Zo ken ik hem ook. Maar er zijn ook zaken die groter zijn dan zijn idealen en dat zijn de constitutionele verhoudingen tussen deze twee Kamers. Als de motie van de minister vraagt om maatregelen te nemen waar een meerderheid van de Tweede Kamer tegen is geweest bij een motie van gelijke strekking, dan vraagt die dus aan de minister om de Tweede Kamer, die toch het primaat van de politiek heeft, te trotseren. Dat is omdat u toch het onderste uit de kan wil halen, zelfs na alle zaken die de minister al heeft gedaan om te proberen u tegemoet te komen. Als u het onderste uit de kan wil, dan weet u dat u haar in conflict brengt met de Tweede Kamer. (...) [I]k zou de heer Kox toch de vraag in overweging willen geven of de continuïteit van de verhoudingen tussen deze twee Kamers niet belangrijker is dan dit incidentele succesje. Vliegt hij hier niet constitutioneel een beetje uit de bocht?'⁶⁹⁷

692 *Handelingen I 2019/20*, nr. 29, item 10, p. 2 (2 juni 2020).

693 *Kamerstukken I 2019/20*, 35431, H.

694 *Handelingen I 2019/20*, nr. 30, item 4, p. 1 (9 juni 2020). Deze motie kreeg steun van alle oppositiefracties minus de fractie-Otten én de SGP-fractie.

695 *Handelingen I 2019/20*, nr. 32, item 15, p. 5 (16 juni 2020).

696 *Kamerstukken I 2019/20*, 35431, K.

697 *Handelingen I 2019/20*, nr. 32, item 11, p. 3 (16 juni 2020), ook voor de hiernavolgende citaten van Backer en Kox (de eerste twee op p. 3, de twee daarna op p. 4).

Onder verwijzing naar een debat dat de Eerste Kamer op 25 januari 2011 met een bewindspersoon uit het toenmalige kabinet-Rutte I heeft gehad,⁶⁹⁸ stelde Kox dat inmiddels is uitgekristalliseerd dat bewindspersonen niet mogen weigeren een wens van de Eerste Kamer uit te voeren, enkel en alleen omdat die wens een eerder oordeel van de Tweede Kamer zou doorkruisen. Kox verklaarde vervolgens:

‘De regering heeft — lees er de leerboeken op na — een eigenstandige relatie met beide Kamers en heeft zich te verhouden tot beide Kamers. In geen van de Kamers kan de regering zeggen: maar ik mag dit niet doen van de andere Kamer. Dat zou de bijl aan de wortel van ons parlementaire stelsel zijn.’

Backer bekritiseerde vervolgens de indiening van de motie door Kox als volgt:

‘U zei in het begin al: de motie is een instrument, net als de toezegging, om beleid eventueel bij te sturen. Maar de motie is niet, en zeker niet in een controverseel dossier als dit, een instrument om van de regering iets te vragen dat zij niet mocht van een Kamermeerderheid in de Tweede Kamer.’

De reactie van Kox daarop luidde:

‘Ik vind (...) dat een Kamer, die in haar functionaliteit gebaseerd is op gedane toezeggingen en aangenomen moties, er niet mee akkoord moet gaan als toezeggingen niet nagekomen worden of moties niet worden uitgevoerd. Dat is geen bijzonder links of rechts leerstuk, dat is de essentiële positie van deze Kamer. Ik weet dat collega Backer het er eigenlijk ook wel mee eens is dat we dat moeten beschermen. Maar ik denk ook dat we de goede verhouding tussen de minister en deze Kamer moeten beschermen. Dat komt erop neer dat als deze Kamer echt iets wil, de minister dan gehouden is om uit te gaan zoeken hoe ze dat kan realiseren. Dat is op dit moment niet het geval. Daarover spreekt deze motie zich uit.’

698 Kox doelde daarmee op een debat dat de Eerste Kamer had met toenmalig staatssecretaris van Financiën Weekers (VVD) over het Belastingplan 2011, meer in het bijzonder over het daarin opgenomen plan om de btw op de podiumkunsten te verhogen. Weekers stelde toen aanvankelijk geen gehoor te kunnen geven aan de wensen van de Eerste Kamer (waarin de coalitie van het toenmalige kabinet-Rutte I ook al geen meerderheid had) op dit punt, omdat de Tweede Kamer zich daarin volgens Weekers niet had kunnen vinden. Nadat Weekers later echter toch in staat bleek om in belangrijke mate tegemoet te komen aan de wensen van de Eerste Kamer, verklaarde Kox (die in 2010 ook al Eerste Kamerlid was) zelf (!): ‘Nu staat vast dat, als deze Kamer iets vraagt, de regering niet naar de overkant hoeft te lopen om te vragen of het mag. Wij hebben een eigen relatie met de regering. De regering beslist dan zelf. Als het erop aankomt, respecteert de regering de wens van deze Kamer. Dat is een belangrijk resultaat van dit debat.’ Zie *Handelingen I 2010/11*, nr. 13, p. 38 (21 december 2010). Het is echter twijfelachtig of (i) de tegemoetkoming van Weekers aan de wensen van de Eerste Kamer omtrent het Belastingplan 2011 echt dergelijke vergaande implicaties voor de *algemene* relatie tussen beide Kamers heeft gehad als Kox zelf suggereert en, zelfs als dit zo zijn, (ii) of dat ook in deze huurstopkwestie de indiening (en aanneming) van een motie van afkeuring rechtvaardigt.

In reactie daarop verwonderde SGP-Kamerlid Schalk zich erover dat de indieners van de motie in het dictum van deze derde motie-Kox c.s. zowel hun afkeuring uitspreken over het beleid van Ollongren als een oproep aan de minister doen om alsnog een tijdelijke huurstop door te voeren. Schalk vroeg zich daarom af wat de betekenis was van deze motie, meer in het bijzonder of deze motie van afkeuring ook moest worden gezien als een opmaat naar een vierde motie. Kox reageerde daar als volgt op:

‘Dat het dictum [van de motie] anders luidt dan in de Tweede Kamer, is misschien een extra bewijs dat deze Kamer een eigenstandige positie heeft. Het geeft ook aan [dat] deze motie niet zegt: minister, ga weg. Nee, deze motie zegt: minister, treed op; treed op op een wijze dat deze Kamer daardoor gecontenteerd kan worden. Dat is de meest vriendelijke variant die we samen konden bedenken, nogmaals, omdat het doel van dit proces niet is elke week een motie in te dienen, maar wel pal te staan voor de dingen die een meerderheid van deze Kamer besluit, om tot een oplossing te komen.’

Met deze verklaring maakte Kox duidelijk dat de indiening van deze motie van afkeuring niet op het aftreden van de minister was gericht en dus ook niet tot doel had de vertrouwensregel te activeren.⁶⁹⁹ De Eerste Kamer nam deze motie tijdens een hoofdelijke stemming op 23 juni 2020 aan met 39 tegen 36 stemmen.⁷⁰⁰ Daarmee was het voor het eerst in waarschijnlijk honderdveertig jaar voorgekomen dat de Eerste Kamer een motie van afkeuring tegen een bewindspersoon had aangenomen.⁷⁰¹

Niettemin bleef minister Ollongren vasthouden aan het eerder door haar ingezette beleid. In haar brief aan de Eerste Kamer van 29 juni 2020 motiveerde de minister waarom zij de (derde) motie-Kox c.s. niet wilde uitvoeren en merkte zij overigens ook op de zorgen van de Eerste Kamer te onderschrijven.⁷⁰² Namens alle fracties die zijn motie van afkeuring steunden, stelde Kox op 30 juni 2020 in reactie daarop dat een aangenomen motie van afkeuring niet verdwijnt ‘door eraan voorbij te gaan, maar blijft staan totdat de regering het afgekeurde beleid bijstelt en de verstoorde relatie met de Kamer herstelt’.⁷⁰³ Verder wachtte hij de aanvullende voorstellen van de

699 Dat is van belang, omdat de aanneming van een motie van afkeuring (althans in de Tweede Kamer) in beginsel is gericht op het aftreden van de minister tegen wie de motie is gericht. Zie par. IV.2.4.4. De betekenis van de vertrouwensregel in de relatie tussen Eerste Kamer en kabinet komt aan de orde in par. IV.6.4.2.

700 *Handelingen I* 2019/20, nr. 33, item 6, p. 3 (23 juni 2020). Net als bij de vorige motie-Kox c.s. stemden de leden van de coalitiefracties plus die van de SGP-fractie en de fractie-Otten tegen.

701 Als de berichtgeving in de pers juist is, dan kwam het in 1875 voor de laatste keer voor dat de Eerste Kamer een motie van afkeuring aannam. Zie ‘Eerste Kamer stemt voor motie van afkeuring tegen minister Ollongren’, *NRC Handelsblad* 23 juni 2020.

702 Brief van minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties d.d. 29 juni 2020 aan de Eerste Kamer, ‘Betaalbaarheid voor huurders en de motie-Kox c.s.’ (kenmerk: 2020-0000387917), te raadplegen via rijksoverheid.nl.

703 *Handelingen I* 2019/20, nr. 34, item 11, p. 1 (30 juni 2020).

minister met het oog op de bescherming van de huurders af, die in de aanloop naar Prinsjesdag werden gedaan, voordat hij het debat wilde voortzetten. Daarmee kwam (naar later bleek definitief)⁷⁰⁴ een einde aan dit conflict.

Hoewel deze kwestie op dat moment met een sisser afliep, valt te hopen dat de aanneming van een dergelijke motie van afkeuring, ook al had zij in dit geval niet tot doel om Ollongren tot aftreden te bewegen, een uitzonderlijk geval zal blijven. De stelling van D66-Kamerlid Backer dat Kox met de indiening van deze motie 'constitutioneel een beetje uit de bocht vliegt', was namelijk overtuigend. Uit artikel 51, eerste lid Grondwet vloeit immers voort dat de Eerste Kamer zich in een politiek controversiële kwestie als deze in beginsel moet conformeren aan het oordeel van de Tweede Kamer. Het belang van een goede verhouding tussen de Eerste Kamer en de minister brengt daar, anders dan Kox suggereert, geen verandering in. Op basis van dat belang is immers evengoed verdedigbaar dat de Eerste Kamer *zelf* zich terughoudend dient op te stellen jegens de minister en zich onthoudt van het aannemen van een motie als die van Kox en de zijnen. In deze kwestie ligt een dergelijke terughoudende opstelling meer voor de hand, ook omdat Ollongren een inhoudelijke reactie op de wensen van Kox c.s. gaf.

Het is echter waarschijnlijk dat het kabinet ook in de toekomst niet kan rekenen op de steun van een meerderheid in de Eerste Kamer. Gelet op de toenemende volatiliteit van het stemgedrag van de kiezer en de verschillende momenten waarop de verkiezingen voor de beide Kamers plaatsvinden, bestaat zo een gerede kans dat de Eerste Kamer zich gaat ontwikkelen tot een in de woorden van Schutgens 'rechtstreekse politieke concurrent van de Tweede Kamer'.⁷⁰⁵ Een dergelijke positie neemt de Eerste Kamer in, zo schrijft Schutgens, als zij 'zeggenschap zou krijgen of proberen te verwerven over het optreden of aanblijven van ministers of kabinetten'. In dat geval, zo vervolgt hij, 'zal uiteindelijk de vraag rijzen of het staatsbestel niet meer zou zijn gediend met haar afschaffing'.

Inderdaad is het problematisch als de Eerste Kamer zich, zoals zij in deze huurstopkwestie deed, opwerpt als een directe politieke concurrent van de Tweede Kamer. Overigens is daarmee ook weer niet gezegd dat de Eerste Kamer de controle op de regering volledig zou moeten overlaten aan de Tweede Kamer. Zij kan haar controlerende bevoegdheden immers wel degelijk aanwenden in haar hoedanigheid als 'chambre de réflexion'. De Eerste

704 Op 9 februari 2021 stemde de *Tweede Kamer* alsnog in met een nieuwe motie-Beckerman c.s. waarin de regering werd verzocht om de huurprijzen in de sociale huursector in 2021 te bevriezen. Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35488, nr. 13. De VVD-fractie in de Tweede Kamer had hierover inmiddels een ander standpunt ingenomen. Vervolgens zond minister Ollongren een brief aan de Tweede Kamer met uitleg over de wijze waarop zij de motie wil uitvoeren. Zie brief van minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties d.d. 17 februari 2021 aan de Tweede Kamer, 'Uitvoering motie-Beckerman c.s.' (kenmerk: 2021-0000087305), beschikbaar via rijksoverheid.nl. De minister stuurde eenzelfde brief aan de Eerste Kamer.

705 Schutgens 2020, p. 155, ook voor de overige citaten in deze alinea.

Kamer gebruikt deze bevoegdheden vooral om met bewindspersonen van gedachten te wisselen over het algemeen beleid. Ook het begrotingsrecht wendt zij met dit doel aan. De toegevoegde waarde van de betrokkenheid van de Eerste Kamer schuilt vooral in haar aandacht voor de ontwikkeling en in het Europees economisch bestuur en het veiligstellen van parlementaire invloed op die ontwikkelingen. Zo is wel de stelling verdedigd dat de Tweede Kamer, die zich vooral bezighoudt met de meer praktische gevolgen van het Europees Semester voor de parlementaire behandeling van de begroting, op dit punt een pragmatischere aanpak hanteert dan de Eerste Kamer.⁷⁰⁶ Het is daarom verdedigbaar dat de leden van de Eerste Kamer op het gebied van de uitoefening van controle-uitoefening op de regering voor een meer beschouwende aanpak kiezen dan hun collega's aan de 'overzijde'. In de wijze van uitoefening van het begrotingsrecht schuilt dus een toegevoegde waarde van de Eerste Kamer ten opzichte van de Tweede.

IV.6.3.4 *Balans*

Hoewel de Eerste Kamer naar eigen zeggen primair een 'chambre de réflexion' vormt, kan haar functioneren niet los worden gezien van de vigerende machtsverhoudingen. Sinds het kabinet niet meer gegarandeerd over de steun van een meerderheid in de Eerste Kamer beschikt, komt duidelijk aan de oppervlakte dat het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer alleen niet garandeert dat de Eerste Kamer zich altijd terughoudend over politieke kwesties opstelt: de wetgevingskwaliteitseisen van 'rechtmatigheid, handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid' spelen vooral een rol bij de stemming over wetsvoorstellen die niet voortvloeien uit het regeerakkoord en de Eerste Kamer onthoudt zich voorts lang niet altijd van het innemen van een vergaand politiek oordeel over het regeringsbeleid – zelfs niet, indien de Tweede Kamer over dat beleid eerder een afwijkend standpunt had ingenomen.

IV.6.4 De constitutionele implicaties van de terughoudendheidsnotie voor de positie van de Eerste Kamer

Het politieke primaat van de Tweede Kamer (art. 51, eerste lid Grondwet) brengt mee dat de Eerste Kamer zich over politieke kwesties in beginsel terughoudend dient op te stellen. Daarmee is echter nog niet gegarandeerd dat dit orgaan zich ook conformeert aan het politieke oordeel van de Tweede Kamer, zeker niet als het kabinet niet over een meerderheid in de Eerste Kamer beschikt. Zo kan de Eerste Kamer het een kabinet knap lastig maken, omdat zij in feite een absoluut vetorecht over alle geldende wetsvoorstellen

⁷⁰⁶ In die zin o.a. Diamant 2017, p. 314-317. Overigens is het nog maar de vraag of de Eerste Kamer deze taak altijd naar behoren vervult. Vgl. Poppelaars 2018, p. 365-366.

len heeft; een wetsvoorstel kan immers alleen kracht van wet krijgen als het door de Eerste Kamer wordt aangenomen (art. 87, eerste lid Grondwet). In het licht van deze verwevenheid tussen politieke en constitutionele overwegingen is het vooral lastig om in concreto vast te stellen wanneer de Eerste Kamer zich opstelt als 'chambre de réflexion' en wanneer haar functioneren vooral door partijpolitieke overwegingen wordt beïnvloed.

Toch wordt in deze paragraaf beoogd enige duidelijkheid te scheppen over de invloed van de terughoudendheidsnotie op de constitutionele positie van de Eerste Kamer. Daarbij gaat de aandacht uit naar de medewetgevende taak van de Eerste Kamer en de gelding van de vertrouwensregel in de relatie tussen kabinet en Eerste Kamer.

IV.6.4.1 De medewetgevende bevoegdheid

De Eerste Kamer beoordeelt de aan haar voorgelegde, reeds door de Tweede Kamer aangenomen, wetsvoorstellen op basis van de drie criteria 'rechtmatigheid, handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid'. In zijn karakterisering van deze drie maatstaven voor de beoordeling van wetgevingskwaliteit benadrukt Van den Berg dat zij worden toegepast door een politiek orgaan. Hij noemt de toetsing aan deze drie criteria

'een elegante manier om te zeggen dat de politieke keuzes primair dienen te worden gemaakt door de Tweede Kamer. Natuurlijk is zo'n drievoudig onthecht oordeel van de Eerste Kamer niet onpolitiek – de Kamer bestaat immers uit fracties van politieke partijen – maar de politiek-ideologische toets is een marginale. Het gaat om de kwaliteit van de wet, nadat de politieke richting elders is bepaald'.⁷⁰⁷

In zoverre bestaat er dus weliswaar een plicht voor Eerste Kamerleden om zich terughoudend op te stellen in hun politieke beoordeling van een wetsvoorstel, zij het dat die plicht niet absoluut is. Niettemin is het lastig die plicht te operationaliseren. Niet alleen is het onmogelijk om politiek-ideologische overwegingen volledig van wetgevingskwaliteitseisen te scheiden, maar ook laat de vrije bevoegdheid om wetsvoorstellen te verwerpen (vgl. art. 67, derde lid Grondwet) geen ruimte om Kamerleden een absolute verplichting op te leggen om op een bepaalde manier van hun stemrecht gebruik te maken.⁷⁰⁸

Voor de volledigheid is het goed te vermelden dat discussie mogelijk is over de vraag of artikel 67, derde lid Grondwet inderdaad inhoudt dat leden van de Staten-Generaal volledig naar eigen inzicht hun stemrecht mogen aanwenden

707 Van den Berg 2016a, p. 41.

708 Net als ten aanzien van de Tweede Kamer bestaat hierbij een spanning tussen de twee belangrijkste, in de Grondwet verankerde, democratieopvattingen, namelijk die van de parlementaire democratie en de partijdemocratie. Zie daarover nader par. IV.2.2.

en derhalve meebrengt dat Kamerleden (in laatste instantie) nooit kunnen worden gedwongen afstand te doen van hun Kamerzetel als zij wel op basis van hun eigen overtuiging van hun stemrecht gebruikmaken. Sommige auteurs kiezen voor een enge uitleg van het begrip 'last' in dit artikellid op basis waarvan Kamerleden alleen niet juridisch kunnen worden gebonden om te stemmen volgens een opdracht om op te treden namens degene die dat mandaat verleent of met inachtneming van diens aanwijzingen.⁷⁰⁹ Strikt genomen laat die benadering ruimte voor een uitleg van dit artikellid op basis waarvan Kamerleden niet volledig naar eigen inzicht van hun stemrecht gebruik mogen maken. Een Kamerlid kan dan bij het uitoefenen van zijn stemrecht worden gebonden aan (inhoudelijke) voorschriften in bijvoorbeeld de Grondwet of het EVRM; die voorschriften vormen immers grammaticaal gezien niet als zodanig een 'last' in de zin van artikel 67, derde lid Grondwet. Hoewel op zichzelf wel iets voor deze benadering valt te zeggen, is het beter het begrip 'last' breder uit te leggen, in de zin dat een Kamerlid op basis van dit artikellid nooit kan worden belet, op welke (rechts)basis dan ook, om naar eigen inzicht van zijn stemrecht gebruik te maken.⁷¹⁰ De belangrijkste reden daarvoor is dat nooit met zekerheid kan worden vastgesteld wanneer de uitoefening van het stemrecht door een Kamerlid op een bepaalde manier daadwerkelijk inhoudelijke strijd met bijvoorbeeld de Grondwet oplevert en *om die reden* inconstitutioneel geacht zou kunnen worden. De eindverantwoordelijkheid voor het stemmen in overeenstemming met de Grondwet ligt dus bij het individuele Kamerlid zelf.

Daar komt nog bij dat de hier bepleite uitleg van het begrip 'last' beter aansluit bij de redactie van de verre voorloper van het genoemde artikellid uit 1814/1815. Artikel 62 Grondwet 1814 (= artikel 83 Grondwet 1815) luidde: 'Alle de leden der Staten Generaal *stemmen voor zich zelven* en zonder last van of ruggespraak met de vergadering, door welke zij benoemd zijn (...) [cursivering toegevoegd, GJAG].' In artikel 82 Grondwet 1848 zijn de woorden 'stemmen voor zich zelven' op last van Thorbecke vervangen door de woorden 'elk volgens eed en geweten', omdat die laatstgenoemde bewoordingen volgens hem beter zouden uitdrukken waar het staatsrechtelijk om ging.⁷¹¹ De grondwetgever had met het wijzigen van de woorden 'stemmen voor zich zelven' in 1848 dus niet het oogmerk om de reikwijdte van het lastverbod te wijzigen. Heemskerk was echter kritisch over de tekstwijziging, omdat de bewoordingen 'elk volgens eed en geweten' niets anders konden betekenen dan dat een Kamerlid is gehouden aan de eed die hij bij de aanvaarding van zijn ambt heeft afgelegd. Tegen die achtergrond kwam hij tot het oordeel dat de aanhef van het verbod van last en ruggespraak in de Grondwetten van 1814 en 1815, dus met de bewoordingen 'stemmen voor zich zelven', 'veel beter' was. Heemskerk vervolgt: 'De bedoeling van de tegenwoordige bepaling [die van 1848] is evenwel dezelfde als van de vorige [die van 1814/1815]; de stem van ieder lid moet *zijne eigene overtuiging* omtrent 's lands oirbaar uitdrukken (...) [cursivering toegevoegd, GJAG].'⁷¹² In

709 Vgl. in die zin o.a. Sillen 2009, p. 142-143; Schutgens 2015, p. 191; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 134, 140.

710 Vgl. in die zin ook o.a. Elzinga 1982, p. 106; Kleijkers 1993, p. 130-131; Boogaard 2017, p. 320, 322; Smit 2020, p. 245-246; Westerweel 2021, p. 147-151.

711 Thorbecke 1841, deel I, p. 234-235. Aangehaald in Veen 2000, p. 12.

712 Heemskerk 1881, deel I, p. 137. Aangehaald in Veen 2000, p. 12.

1887 heeft de grondwetgever door toedoen van minister Heemskerk de woorden 'elk volgens eed en geweten' in het toenmalige artikel 86 Grondwet, mede door de dubbeling met de bepaling over de afzonderlijk in de Grondwet geregelde ambtseed, vervolgens volledig geschrapt.⁷¹³ De redactie van het verbod van last en ruggespraak tussen 1848 en 1887 was dus vooral verwarrend in die zin dat dit verbod ging overlappen met de regeling van de ambtseed.

Na de verandering van de redactie van het verbod van last en ruggespraak in 1887 kon eenvoudig uit het oog worden verloren dat Kamerleden bij de uitoefening van hun stemrecht alleen inhoudelijk gebonden zijn aan de voorschriften uit de Grondwet op basis van de eed die zij hebben afgelegd bij de aanvaarding van hun ambt. Uit artikel 60 Grondwet, waarin deze ambtseed nu is geregeld, kan echter nog altijd geen concrete verplichting worden afgeleid voor Kamerleden om in overeenstemming met bepaalde (niet-procedurele) normen in bijvoorbeeld de Grondwet van hun stemrecht gebruik te maken. Het afleggen van de ambtseed heeft volgens de regering voor een gekozen Kamerlid slechts een preventieve functie in de zin dat 'de betrokkene er zich daardoor meer bewust van kan zijn dat de uitoefening van de functie in alle onafhankelijkheid moet geschieden'.⁷¹⁴ Dat is een nogal vrijblijvende constatering,⁷¹⁵ die er niet aan in de weg staat om aan te nemen dat Kamerleden de juridische vrijheid hebben om naar eigen inzicht van hun stemrecht gebruik te maken.

Bij de politieke beoordeling van een wetsvoorstel door Eerste Kamerleden is van belang dat de politieke richting van wetsvoorstellen wordt vastgelegd in een regeerakkoord, waarbij de onderhandelaars doorgaans afkomstig zijn uit de coalitiefracties in de *Tweede* Kamer. Dat is ook logisch, omdat het kabinet wordt gevormd op basis van de uitslag van de Tweede Kamerverkiezingen. Bij de onderhandelingen over het regeerakkoord houden de fracties uit de Eerste Kamer zich, mede op basis van artikel 51, eerste lid Grondwet, in beginsel afzijdig.⁷¹⁶ Voor de aanneming van een aparte conventie van deze strekking is in dit geval geen aanleiding,⁷¹⁷ omdat de verhouding tussen beide Kamers al wordt gereguleerd door de Grondwet. *Daaruit* valt immers al af te leiden dat de Eerste Kamer omtrent politieke kwesties in de regel een terughoudende opstelling dient in te nemen. De formulering van een aparte ongeschreven plicht van die strekking, bijvoorbeeld in de vorm van een conventie, heeft tegen die achtergrond geen toegevoegde waarde.

713 Veen 2000, p. 12.

714 *Kamerstukken II* 1978/79, 14222, nr. 7, p. 21.

715 Vgl. in die zin ook Kortmann 1987a, p. 214.

716 Al sinds 1929 staat min of meer vast dat de Eerste Kamer zich afzijdig houdt bij de kabinetsformatie. Zie par. IV.5.3.2.

717 Bij het eerste optreden van zijn tweede kabinet in de Eerste Kamer ging toenmalig minister-president Drees nader in op de afzijdigheid van de Eerste Kamerfracties in de formatieprocedure. Volgens Drees was dit 'geen staatsrechtelijk voorschrift, maar een conventie, die voortgevloeid is uit de groei van onze parlementaire instellingen'. Zie *Handelingen I* 1950/51, p. 351 (11 april 1951). Aangehaald in Bovend'Eert 2011, p. 384 = Bovend'Eert 2012, p. 39; Van Baalen & Van Kessel 2012, p. 165. Zie instemmend met de opvatting van Drees Kummeling 2016, p. 74.

Het politieke primaat van de Tweede Kamer vereist dat de Eerste Kamer zich *in de regel* in politieke zin terughoudend opstelt. Het is echter niet goed mogelijk vast te stellen wat dit gegeven voor specifieke stemmingen over wetsvoorstellen betekent, ook omdat het staatsrecht uitdrukkelijk (enige) ruimte laat aan Eerste Kamerleden om een wetsvoorstel aan een politiek oordeel te onderwerpen. Wil een kabinet er derhalve zeker van zijn dat voor hem belangrijke wetsvoorstellen ook door de Eerste Kamer worden aangenomen, dan zal het zich vooraf, al dan niet via ad hoc gesloten informele (gedoog)akkoorden, moeten verzekeren van de steun van een Eerste Kamermeerderheid. Alleen op die manier blijft de praktijk omtrent de beoordeling van wetsvoorstellen door de Eerste Kamer in overeenstemming met het politieke primaat van de Tweede Kamer.

In zekere zin vormt artikel 51, eerste lid Grondwet daarmee een *rechtvaardiging* voor de afzijdigheid van de Eerste Kamer bij de kabinetsformatie. Zolang niet vaststaat dat de Eerste Kamer zich inderdaad doorgaans conformeert aan het politieke oordeel van de Tweede Kamer over een bepaald wetsvoorstel, is het daarmee ook te begrijpen dat een kabinet (ad-hoc-)gedoogconstructies in het leven roept waarmee het zich (alsnog) weet te verzekeren van de steun van een meerderheid van de Eerste Kamer ten behoeve van de aanneming van de voor het kabinet belangrijke wetsvoorstellen.

IV.6.4.2 De vertrouwensregel

Op basis van de vertrouwensregel dient een minister(sploeg) in ieder geval af te treden, als de Tweede Kamer tegen hem een wantrouwensvotum uitsprekt. Hoewel deze ongeschreven regel inmiddels ruim 150 jaar geldt, is zijn precieze reikwijdte nog altijd met onzekerheid omgeven.⁷¹⁸ Niet duidelijk is bijvoorbeeld of deze regel ook in de relatie tussen kabinet en Eerste Kamer geldt. Wat de beantwoording van deze vraag niet eenvoudig maakt, is dat noch de precedënten, noch de uitlatingen van de grondwetgever in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 hierover uitsluitel geven.

In dat kader verdienen allereerst de naoorlogse⁷¹⁹ precedënten bespreking. Na de Tweede Wereldoorlog kwam het eenmaal voor dat een bewindspersoon in een oordeel van de Eerste Kamer aanleiding zag om af te treden; in die periode kwam het bovendien driemaal voor dat een bewindspersoon

718 Zie par. III.5.3.3.2. Zie over de gelding van de vertrouwensregel in de relatie tussen het kabinet en de Tweede Kamer par. IV.2.4.4.

719 Voor de oorlog leidde een oordeel van de Eerste Kamer driemaal tot het aftreden van een minister(sploeg), namelijk in 1860, 1907 en 1927. Zie voor de achtergrond van die voorvallen Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 43. Zie hierover ook par. IV.6.2.1.

in de Eerste Kamer het 'onaanvaardbaar' uitspraak.⁷²⁰ Op zichzelf kan uit die precedënten worden afgeleid dat de vertrouwensregel ook in de relatie tussen kabinet en Eerste Kamer geldt.⁷²¹ Maar geheel zeker is dat ook niet. Zo betoogt Sillen dat deze precedënten geen bewijs vormen voor de gelding van de vertrouwensregel in de relatie tussen kabinet en Eerste Kamer.⁷²² In geen van deze gevallen was immers sprake van een door de Eerste Kamer *afgedwongen* vertrek van de betreffende bewindspersonen. In plaats daarvan ging het steeds om een vertrek uit eigen beweging van die bewindspersoon dan wel om een dreiging van hem met (vrijwillig) aftreden; in geen van beide situaties staat dan vast dat een bewindspersoon op basis van een oordeel van de Eerste Kamer de *plicht* zou kunnen hebben om af te treden. Daaraan voegt Schutgens nog toe dat een bewindspersoon of een voltallig kabinet de vrijheid heeft om ontslag te nemen of daarmee te dreigen, 'zoals dat geldt voor eenieder met een functie waaruit hij ontslag kan nemen'.⁷²³ Deze lezing van de precedënten is eveneens plausibel, hetgeen betekent dat de precedënten *alleen* geen uitsluitel kunnen geven op dit punt.⁷²⁴

Van een duidelijke rechtsovertuiging hebben regering en parlement in de aanloop naar de grondwetsherziening, toen deze kwestie aan de orde kwam, evenmin blijk gegeven. Noch in de debatten over de herziening van de Grondwet in 1983, noch in de literatuur is hierover veel eenstemmigheid te vinden. In een debat over de herziening van de Grondwet merkte de regering bij monde van minister van Binnenlandse Zaken Wiegel (VVD) op dat de vertrouwensregel ook in relatie tot de Eerste Kamer geldt, maar 'dat gebleken is dat haar werking beperkt is tot enkele uitzonderlijke gevallen van conflicten, waarin een bewindsman in een beslissing of houding van

720 In 1958 trad staatssecretaris van Defensie Kranenburg (PvdA) af vanwege de kritiek van de Eerste Kamer op het aanschafbeleid van helmen voor de Landmacht (de zogeheten 'helmenaffaire'). De drie gevallen waarin een bewindspersoon een onaanvaardbaarverklaring uitsprak zijn de volgende. De eerste maal vond plaats in 1972, toen minister voor Wetenschapsbeleid De Brauw (DS'70) een dergelijke verklaring uitsprak naar aanleiding van de kritiek van de Eerste Kamer op een wetsvoorstel dat de verhoging van de collegegelden tot doel had. In de tweede plaats sprak minister van Financiën Kok (PvdA) in december 1989 het 'onaanvaardbaar' uit over de dreigende verwerping door de Eerste Kamer van een onderdeel van het belastingplan-Oort. Ten slotte dreigde minister-president Lubbers (CDA) in juli 1991, zoals al in par. IV.6.3.3 aan de orde kwam, met een kabinetscrisis, als de Eerste Kamer niet zou instemmen met de door het kabinet voorgenomen verhoging van het huurwaardeforfait. Zie Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 304.

721 In die zin Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 304.

722 Sillen 2011a, p. 1490.

723 Schutgens licht deze stelling als volgt toe: 'Een universiteitsbestuur kan bijvoorbeeld best dreigen met opstappen als de minister van Onderwijs bepaalde ("onaanvaardbare") maatregelen doorzet, maar dat wil nog niet zeggen dat er een vertrouwensregel zou gelden tussen dat universiteitsbestuur en de minister.' Zie Schutgens 2020, p. 154, nt. 18.

724 Een heel voorzichtige indicatie van het niet-bestaan van de vertrouwensregel in de verhouding tussen kabinet en Eerste Kamer biedt de aanneming van de derde motie-Kox c.s., waarover indiener Kox (SP) opmerkte dat deze motie niet was gericht op het aftreden van minister Ollongren. Zie par IV.6.3.3 en verderop in de hoofdstekst.

de Eerste Kamer aanleiding vond zijn ontslag te vragen'.⁷²⁵ Of die beperkte werking een kwestie is van praktijk of voortvloeit uit een norm (d.w.z. uit de vertrouwensregel), maakte hij echter, zoals ook Kortmann opmerkt, niet duidelijk.⁷²⁶ In de beide Kamers bestond ten tijde van de behandeling van de voorstellen tot herziening van de Grondwet in de woorden van Kortmann 'bepaald geen communis opinio omtrent de gelding van de vertrouwensregel ten aanzien van de Eerste Kamer'. Vooralnog is aan deze situatie geen verandering gekomen.⁷²⁷

Hieruit valt hoogstens af te leiden dat de Eerste Kamer het individuele bewindspersonen dan wel een voltallig kabinet knap lastig kan maken, maar niet in hoeverre dat ook betekent dat zij een minister(spløeg) kan *verplichten* om af te treden. In zoverre bestaat er een zekere spanning tussen enerzijds hoe lastig de Eerste Kamer, gelet op haar bevoegdheden, het een kabinet feitelijk kan maken en anderzijds in hoeverre dat, gelet op het politieke primaat van de Tweede Kamer, implicaties zou moeten hebben voor de opstelling van de Eerste Kamer tegenover het kabinet. Deze spanning komt ook aan de oppervlakte in alle opvattingen die over de gelding van de vertrouwensregel in de relatie tussen kabinet en Eerste Kamer worden verdedigd. De in dat kader verdedigde opvattingen kunnen grofweg in drie categorieën worden verdeeld.

Volgens de eerste opvatting, die Elzinga en de zijnen in hun bewerking van het handboek van Van der Pot vanaf 2006 hebben verdedigd, geldt de vertrouwensregel juist 'in algemene zin' in de relatie van kabinet en Eerste Kamer.⁷²⁸ Elzinga c.s. zijn van mening dat de vertrouwensrelatie tussen deze organen wat losser is dan die in de verhouding tussen kabinet en Tweede Kamer, gelet op de afzijdigheid van de Eerste Kamer bij de onderhandelingen over de totstandkoming van het regeerakkoord. Er is volgens hen echter wel vertrouwen nodig tussen kabinet en Eerste Kamer, omdat het stellen van de kabinetskwestie en het 'onaanvaardbaar' uitspreken van een beslissing over een wetsvoorstel ook in de verhouding tussen kabinet en Eerste Kamer reële opties zijn. Wat hen betreft is er echter geen 'rechtsgrond aanwezig om de Eerste Kamer voor te schrijven welke instrumenten al dan niet gebruikt kunnen worden bij de toetsing van het vertrouwen tussen kamer en

725 *Handelingen II* 1979/80, p. 2076 (18 december 1979).

726 Kortmann 1987a, p. 195, ook voor zijn hierna vermelde opmerking met verwijzingen naar de opvattingen van de diverse fracties in de beide Kamers (op p. 196).

727 In 2010 schreven de voorzitters van een negental fracties nog in een brief aan toenmalig informateur Ivo Opstelten (VVD) dat over de gelding van de vertrouwensregel in de relatie tussen kabinet en Eerste Kamer 'discussie mogelijk is'. Zie de brief d.d. 26 augustus 2010 van de voorzitters van de Eerste Kamerfracties van D66, PvdA, SP, CU, GL, SGP, PvdD, OSF en Solidara aan Ivo Opstelten. Aangehaald in Sillen 2011a, p. 1491.

728 Van der Pot/Elzinga e.a. 2006, p. 646-647 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 657, ook voor de overige citaten in deze alinea. Vgl. in die zin ook Engels 2011, p. 2212-2213; Bovend'Eert 2011, p. 388-389 = Bovend'Eert 2012, p. 44-46; Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 304.

kabinet'. Het lijkt erop dat Elzinga en de zijnen menen dat de gelding van de vertrouwensregel op zichzelf al het bestaan van een vertrouwensrelatie tussen het kabinet en de gehele Staten-Generaal, dus ook met de Eerste Kamer, veronderstelt. Alleen als er een duidelijke (ongeschreven) rechtsnorm had bestaan die de vertrouwensregel in relatie tot de Eerste Kamer had beperkt, was dit anders geweest, zo lijken zij te betogen.

Deze opvatting is primair gebaseerd op de gedachte dat er geen concrete rechtsregel bestaat die voorschrijft op welke wijze de Eerste Kamer van haar bevoegdheden gebruik dient te maken. Hoewel die stelling op zichzelf juist is, brengt dat gegeven nog niet mee dat Eerste Kamerleden het algemene recht hebben om een bewindspersoon of kabinet te *dwingen* om af te treden. Uit het politieke primaat van de Tweede Kamer van artikel 51, eerste lid Grondwet vloeit immers voort dat de Eerste Kamer zich in beginsel bij het politieke oordeel van 'de overzijde' neer dient te leggen. Dat betekent dat de Eerste Kamer niet een bewindspersoon of kabinet kan verplichten om af te treden naar aanleiding van een bepaalde kwestie, als de Tweede Kamer eerder geen aanleiding zag om over die kwestie een wantrouwensvotum uit te spreken.

In dit opzicht bestaat er ook een verschil met de bevoegdheid van de Eerste Kamer om wetsvoorstellen te verwerpen; niet alleen gaat het daarbij om een grondwettelijk *recht* van Kamerleden (art. 67, derde lid Grondwet) dat niet in concreto door het staatsrecht wordt beperkt, maar ook is het in de praktijk nauwelijks mogelijk om een scherp onderscheid tussen wetgevingskwaliteitseisen en politiek-ideologische overwegingen te maken. De toepassing van de vertrouwensregel wordt daarentegen vrijwel steeds door politiek-ideologische overwegingen gestuurd, hetgeen betekent dat de Eerste Kamer in beginsel niet de mogelijkheid heeft om bewindspersonen tot aftreden te verplichten. In zoverre kleurt het politieke primaat van de Tweede Kamer dus de reikwijdte van de vertrouwensregel in. Uiteraard neemt dit alles niet weg, zoals Elzinga c.s. ook onderkennen, dat de Eerste Kamer over een aantal machtsmiddelen beschikt waarmee zij een kabinet eenvoudig kan 'dwarszitten', zoals de mogelijkheid tot verwerping van de begroting respectievelijk voor het kabinet belangrijke wetsvoorstellen.

Met deze mogelijkheid houdt ook de tweede te onderscheiden benadering, die afkomstig is van Kummeling, rekening. Volgens deze opvatting is de Eerste Kamer niet bevoegd om uit eigen beweging een kabinet of een individuele bewindspersoon te dwingen tot aftreden.⁷²⁹ Wel kan de regering of een individuele bewindspersoon volgens deze benadering de vertrouwensregel jegens de Eerste Kamer activeren door met aftreden te dreigen, bijvoorbeeld door een eventuele verwerping van een wetsvoorstel 'onaanvaardbaar' te verklaren. Volgens deze benadering 'sluimert' de vertrouwensregel wel in de relatie tussen kabinet en Eerste Kamer, maar komt zijn gelding minder pregnant naar voren dan in de verhouding tus-

729 Kummeling 1992, p. 23; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 45. In die zin ook Peters 2007, p. 138.

sen kabinet en Tweede Kamer. Op zichzelf is deze opvatting juist, zij het dat dan strikt genomen van een echte toepassing van de vertrouwensregel in de verhouding tussen kabinet en Eerste Kamer eigenlijk geen sprake is; als een bewindspersoon na een hem onwelgevallig oordeel van de Kamer aftreedt, dan is dat een *vrijwillige* keuze van de betreffende bewindspersoon in plaats van het uitvloeisel van een norm.

Tegen die achtergrond heeft de derde te onderscheiden opvatting, namelijk de benadering die Donner in zijn bewerkingen van het handboek van Van der Pot tot 1983 verdedigde (en die de latere bewerkers van dit handboek in de drukken tot en met 2001 hebben overgenomen), misschien nog wel de beste papieren.⁷³⁰ Volgens deze benadering is de verhouding van de Eerste Kamer tot de regering gebaseerd op terughoudendheid van het eerstgenoemde orgaan en op incasseringsvermogen van het laatstgenoemde orgaan. Donner meent dat

‘niet de norm [is] ontstaan, dat een minister die het vertrouwen van de Eerste Kamer blijkt te missen, deswege zou moeten aftreden. De kamer heeft zulke uitspraken steeds vermeden ten aanzien van ministers of kabinetten van wie duidelijk is dat zij door de andere kamer worden aanvaard. Anderzijds staat het kabinet en staan ministers tamelijk machteloos, wanneer deze kamer een wetsontwerp verwerpt; zij kunnen niet onderhandelen, omdat aan het door de andere kamer aangenomen wetsontwerp niet meer te wijzigen valt en kunnen moeilijk met heengaan dreigen. De gewoonte van terughoudendheid der Eerste Kamer, veronderstelt ook een zekere verplichting van de zijde der ministers om eventuele conflicten niet al te hoog op te nemen’.

Of dit ook betekent dat de vertrouwensregel *helemaal* niet geldt in de verhouding tussen kabinet en Eerste Kamer, is niet met zekerheid te zeggen. Wel is duidelijk dat de Eerste Kamer, mede gelet op het politieke primaat van de Tweede Kamer, alleen onder (zeer) uitzonderlijke omstandigheden een bewindspersoon of kabinet naar huis zou moeten kunnen sturen.⁷³¹ Van dat laatste zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als de minister *misbruik* maakt van de terughoudende positie die de Eerste Kamer in het staatsbestel inneemt, bijvoorbeeld door deze Kamer consequent onjuist te informeren of door aan deze Kamer gedane beloftes structureel niet na te komen.

Een heel voorzichtige indicatie van de juistheid van deze stelling biedt ook de confrontatie tussen een meerderheid van de Eerste Kamer en minister van Binnenlandse Zaken Ollongren (D66) over de huurstopkwestie.⁷³²

730 Zie Van der Pot/Donner 1983, p. 433 = Van der Pot & Donner/Prakke e.a. 2001, p. 548-549, ook voor het hierna opgenomen citaat. Vgl. in die zin ook Van den Berg 1990a, p. 15; Van den Berg 2016a, p. 42.

731 Vgl. in die zin ook Van Zanen 1985, p. 376-377; Prins 1986a, p. 6; Kortmann 1987a, p. 196-197; Schutgens 2020, p. 155, nt. 22. Kortmann is later in zijn handboek overigens een ander standpunt gaan innemen. Zie de laatste volledig door hemzelf bewerkte druk van dit boek: Kortmann 2008, p. 308.

732 In die zin ook Schutgens 2020, p. 154. Zie nader over de huurstopkwestie par. IV.6.3.3.

Daarbij verzocht de Eerste Kamer herhaaldelijk aan de minister, waarvan de derde en (vooralsnog) laatste maal zelfs door een motie van afkeuring aan te nemen, om huurders tegemoet te komen die in de financiële problemen zijn gekomen door de coronacrisis. Hoewel Ollongren weigerde gehoor te geven aan deze Kameruitspraken, inclusief de motie van afkeuring, besloot de Eerste Kamer (vooralsnog) niet 'door te pakken' door een motie van wantrouwen aan te nemen.

Het is uiteraard goed mogelijk dat deze beslissing niet zozeer door constitutionele overwegingen is ingegeven, maar vooral door redenen van andere, meer praktische aard. In dat kader valt bijvoorbeeld te denken aan de mogelijkheid dat de Kamer de huurstopkwesitie niet ernstig genoeg vond om Ollongren te dwingen om af te treden of aan de mogelijkheid dat de Eerste Kamer niet wil riskeren dat Ollongren weigert aan de motie gehoor te geven en toch aanblijft,⁷³³ in welk laatste geval Kox c.s. gezichtsverlies lijden én het aanzien van hun Kamer schade toebrengen. Toch valt te hopen dat de Eerste Kamer hier zelf ook heeft ingezien dat zij niet is gebaat bij een opstelling als directe politieke concurrent van de Tweede Kamer en ook vooral *daarom* niet haar wantrouwen jegens Ollongren heeft uitgesproken.

IV.6.4.3 Balans

Hoewel het uit artikel 51, eerste lid Grondwet voortvloeiende politieke primaat van de Tweede Kamer geen absolute norm is in de zin dat die de Eerste Kamer verplicht om zich altijd in politieke zin terughoudend op te stellen, heeft dit politieke primaat van de Tweede Kamer wel degelijk praktische betekenis. Deze algemene norm kleurt zowel de medewetgevende bevoegdheid als de controlerende bevoegdheid van de Eerste Kamer in.

Op het gebied van de medewetgevende bevoegdheid is de invloed van het politieke primaat van de Tweede Kamer wat diffuus. Het is vaak niet mogelijk op basis van deze notie *alleen* de Eerste Kamer te verplichten tot een beoordeling van wetgeving louter op basis van kwaliteitsmaatstaven. De Grondwet kent in artikel 67, derde lid aan Eerste Kamerleden de vrije bevoegdheid toe om wetsvoorstellen te verwerpen, waarbij ook (enige) ruimte is voor een politieke beoordeling. In het licht van het politieke karakter van de Eerste Kamer en de verwevenheid tussen wetgevingskwaliteit en ideologie is het nauwelijks mogelijk om precies vast te stellen in welk geval zij de grens van politieke terughoudendheid overschrijdt. Wil een kabinet zeker stellen dat de Eerste Kamer de wetgevingskwaliteitsmaatstaven van rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid in een bepaald geval niet voor partijpolitieke doeleinden gebruikt, dan zal het derhalve een meerderheid van de Eerste Kamer aan zich moeten weten te binden via (ad-hoc-) gedoogconstructies.

733 Volgens Schutgens zou dat laatste scenario niet denkbeeldig zijn 'gezien de steun voor de minister in de Tweede Kamer (...) en vanwege het niet volledig vastliggen van de betekenis van de vertrouwensregel in de Eerste Kamer'. Zie Schutgens 2020, p. 154.

Daarentegen is de invloed van artikel 51, eerste lid Grondwet op de reikwijdte van de vertrouwensregel makkelijker aan te wijzen. De activering van deze ongeschreven regel zal immers vrijwel altijd (primair) door politiek-ideologische overwegingen worden ingegeven. Tegen die achtergrond ligt het niet voor de hand dat de Eerste Kamer, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, een bewindspersoon of een voltallig kabinet kan verplichten om af te treden.

In zoverre dient de basishouding van de Eerste Kamer een terughoudende opstelling over politieke vraagstukken te zijn: in beginsel dient zij zich te conformeren aan het politieke oordeel van de Tweede Kamer, tenzij er iets bijzonders aan de hand is. Deze verplichting vloeit rechtstreeks voort uit artikel 51, eerste lid Grondwet. Er is derhalve in dit verband geen sprake van een conventie.

IV.6.5 Slot

Hoewel de grondwetgever in artikel 51, eerste lid Grondwet het bestaan van het primaat van de Tweede Kamer heeft willen erkennen, is het niet mogelijk daaruit een absolute terughoudendheidsplicht voor de Eerste Kamer af te leiden. De Grondwet bepaalt namelijk ook dat *individuele* Eerste Kamerleden het volste recht hebben om naar eigen inzicht van hun stemrecht gebruik te maken (vgl. art. 67, derde lid Grondwet). Er zou slechts een conventie kunnen gelden, ingeval er fundamentele consensus bestaat over de vraag in hoeverre de uitoefening van vrije bevoegdheden van Eerste Kamerleden dwingend door deze terughoudendheidsnotie wordt ingevuld. Dat is echter niet het geval. De verhouding tussen beide Kamers vloeit daarom nog altijd alleen voort uit de Grondwet.

De invloed van artikel 51, eerste lid Grondwet op de positie van de Eerste Kamer is tweemaal. In de eerste plaats vormt dit artikellid in zekere zin een rechtvaardiging voor de afzijdigheid van de Eerste Kamer bij de kabinetsformatie. In de tweede plaats is dit artikellid van invloed op de toepassing van de vertrouwensregel. Als de mogelijkheid tot activering van deze regel aan de orde is, zullen politiek-ideologische overwegingen daarbij vrijwel altijd een belangrijke rol spelen. Daarom kan de Eerste Kamer, (zeer) uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, een bewindspersoon of een voltallig kabinet niet verplichten om af te treden. In gevallen waarin het regeerakkoord geen rol speelt, heeft de Eerste Kamer daarentegen meer ruimte, doorgaans op een grotere politieke afstand van regering en Tweede Kamer, om de aan haar voorgelegde wetsvoorstellen te beoordelen. Haar rol als 'chambre de réflexion' is ook zichtbaar bij de uitoefening van controlebevoegdheden, waar de Eerste Kamer met de regering in discussie gaat over grotere beleidsmatige thema's.

De manier waarop het tweekamerstelsel is gereguleerd toont verder aan dat het niet vanzelfsprekend is dat de Eerste Kamer in weerwil van haar constitutionele positie een nieuw geformeerd kabinet steunt. In het licht

van het steeds verder versnipperende politieke landschap van Nederland, waarin het inmiddels niet meer vanzelfsprekend is dat de coalitiefracties in de Eerste Kamer tezamen over de meerderheid van het aantal zetels in dit orgaan beschikken, rijst daarom de vraag hoelang het tweekamerstelsel in zijn huidige vormgeving goed kan blijven functioneren.

IV.7 UITLEIDING

De voorgaande hoofdstukken bevatten een beschrijving van de invloed van feitelijke ontwikkelingen op de inhoud van het staatsrecht waarin steeds de vraag centraal stond in hoeverre die ontwikkelingen hun weerslag hadden op de interpretatie van de Grondwet dan wel aanleiding gaven tot het ontstaan van conventies.

Naar aanleiding van deze beschouwingen kunnen drie algemene uitgangspunten omtrent de afbakening tussen staatsrecht en conventie worden geformuleerd.

In de eerste plaats is er in beginsel geen ruimte voor de aanneming van conventies rond kwesties die al door de Grondwet worden gereguleerd. Dat is bijvoorbeeld het geval als de grondwetgever uitdrukkelijk *openlaat* hoe een orgaan van zijn bevoegdheden gebruik moet maken. Er is bijvoorbeeld geen reden om aan te nemen dat er een verplichting voor de regering bestaat om door de Staten-Generaal aangenomen initiatiefwetsvoorstellen te bekrachtigen, omdat de regering, gezien haar eigen institutionele positie in staat moet zijn om juridisch gebrekkige wetgeving tegen te houden (art. 87, eerste lid Grondwet); als de regering weigert tot de bekrachtiging van een initiatiefwetsvoorstel over te gaan dan kunnen de Staten-Generaal haar nog altijd op andere wijzen ter verantwoording roepen. In vergelijkbare zin is het niet mogelijk om een conventie van terughoudendheid voor Eerste Kamerleden aan te nemen. Hoewel in algemene zin het politieke primaat bij de Tweede Kamer ligt, is het in het licht van het vrije mandaat van individuele Kamerleden niet mogelijk Eerste Kamerleden te verplichten alleen in bepaalde gevallen gebruik te maken van hun bevoegdheid om wetsvoorstellen te verwerpen (vgl. art. 67, derde lid Grondwet).

In het verlengde daarvan ligt het tweede uitgangspunt: de normatieve kracht van de Grondwet moet niet te snel worden onderschat. Zo brengt de huidige invulling van de ministeriële verantwoordelijkheid mee dat alleen een minister *zelf* verantwoordelijk is voor de wijze waarop hij zijn wettelijke bevoegdheden uitoefent of voor zover dat anderszins uit de (Grond-) wet volgt (art. 42, tweede lid jo. 44, eerste lid Grondwet). Daaruit kan worden afgeleid dat een minister zich niet achter zijn ambtenaren mag verschuilen als hij in het parlement verantwoording aflegt voor alle zaken die onder zijn verantwoordelijkheid vallen. De aanneming van een conventie met een dergelijke strekking is derhalve niet nodig. In vergelijkbare zin kan uit het uit artikel 51, eerste lid Grondwet voortvloeiende politieke primaat van de Tweede Kamer reeds worden afgeleid dat de Eerste Kamer zich in beginsel

over (zuiver) politieke kwesties terughoudend dient op te stellen. Het is daarom niet mogelijk een aparte conventie van terughoudendheid aan te nemen, omdat die hoogstens van Eerste Kamerleden kan vergen om zich, zoals al bleek, *in de regel* terughoudend op te stellen. Die algemene eis ligt echter al in het bestaan van het politieke primaat van de Tweede Kamer besloten.

Het derde uitgangspunt is dat daarbuiten wel conventies kunnen worden onderscheiden. Voor de vorming van dergelijke bindende, ongeschreven regels is ruimte als (i) er consensus over bestaat dat een bepaalde, open geformuleerde, grondwettelijke bevoegdheid dwingend moet worden ingevuld of (ii) als een bepaalde feitelijke ontwikkeling heeft geleid tot de behoefte aan nieuwe, bindende normen die niet uit de Grondwet voortvloeien. De conventies van het eerste type hebben primair tot doel om de (autonome) invloed van de koning op het landsbestuur vergaand in te perken. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is de conventie die voorschrijft dat de koning in beginsel overgaat tot de ondertekening van koninklijke besluiten ex artikel 47 Grondwet. Voor zover de Grondwet aan de koning de ruimte geeft om die bevoegdheid naar eigen inzicht in te vullen, werd die vrijheid bij conventie vergaand ingeperkt. Het tweede type ontstond na 1917, toen het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging werd ingevoerd. Voorbeelden van conventies uit die periode zijn de regel op basis waarvan alle bewindspersonen aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen hun ontslag aan de koning dienen aan te bieden (de conventie van 1922), de conventie die een demissionair kabinet dwingt geen vergaande beleidsbeslissingen meer te nemen en de conventie die de informateur verplicht de regie over de kabinetsformatie te houden. Deze conventies bewerkstelligen dat de diverse partijen (en fracties) in het parlement in een gelijk speelveld kunnen opereren. Daarnaast valt in dit kader te wijzen op conventies die gelden in de sfeer van het parlement, zoals de regel die voorschrijft dat de Kamer in beginsel steevast de indiening van een motie door een individueel Kamerlid faciliteert.

De belangrijkste verklaring voor de naleving van deze conventies ligt in de notie van wederkerigheid: ieder houdt zich aan deze normen en wetmatigheden op basis van de gedachte dat daarmee een collectief belang, en daarmee ook een eigenbelang, is gemoeid. Deze notie heeft een sterke kracht, die ervoor zorgt dat verschillende belangrijke conventies ook daadwerkelijk worden nageleefd. Maar de sterke kracht van wederkerigheid in het politieke proces heeft ook schaduwzijden. Het komt namelijk ook voor dat de sterke kracht van politieke wetmatigheden zonder juridisch karakter leidt tot een uitholling van grondwettelijke normen, zoals blijkt uit de besprekingen van de quasi-juridische (in plaats van politieke) invulling van de vertrouwensregel en de uitholling van de ministeriële autonomie ten aanzien van de benoeming van de staatssecretaris (vgl. art. 46, tweede lid Grondwet).

Al met al kan de onderscheiding van conventies inderdaad het begrip van het Nederlandse staatsrecht vergroten. Nu is het mogelijk meer in algemene zin een antwoord te geven op de vraag welke invloed conventies op de structuur van het Nederlandse constitutionele recht hebben.

DEEL V

SLOTBESCHOUWING

V.1	Inleiding	607
V.2	De relatie tussen staatsrecht en conventie in ‘politieke’ constituties	611
V.3	‘Evenredige’ verdeling en wederkerigheid als onvermijdelijke structureringsprincipes in politieke verhoudingen	613
V.4	Machtsverdeling versus staatsrecht	618
V.5	Slot	620

V.1 INLEIDING

In deze studie stond de volgende onderzoeksvraag centraal:

Wat zijn constitutionele conventies en in hoeverre beïnvloeden zij de structuur van het Nederlandse staatsrecht?

In het kort luidt het antwoord op die vraag als volgt. De constitutionele conventie is een (i) binnen de grenzen van het staatsrecht geldende informele gedragsregel, die (ii) een verplichting voor de betrokken ambten binnen en tussen regering en parlement vormt op basis van een daartoe strekkende, bij die ambten bestaande (dus los van de persoonlijke opvattingen van de ambtsdragers), overtuiging en daarbij (iii) de mogelijkheid van afwijking openlaat met hun eigen instemming dan wel in het licht van (heel) bijzondere omstandigheden. De conventie is van invloed op de open structuur van het staatsrecht in de zin dat haar werking, net als die van het (grond-)wettelijke recht in politieke verhoudingen, steeds medeafhankelijk is van de opvattingen onder de betrokken ambten in het licht van hun feitelijke context. Met behulp van de bestudering van deze categorie regels is dankzij het hier onderscheiden consensuele (onderdeel ii) en contextuele karakter (onderdeel iii) ervan een beter begrip van de werking van het staatsrecht in politieke verhoudingen mogelijk.

Mede gezien deze kenmerken zijn de afzonderlijke conventies *geen* rechtsregels, maar kan hun schending wel in strijd met het recht (d.w.z. onconstitutioneel of onrechtmatig) zijn. De beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de afwijking van een conventie is dan mogelijk aan de hand van de volgende erkenningsregel:

De afwijking van een constitutionele conventie is onconstitutioneel, behalve als (i) alle betrokken organen met die afwijking instemmen dan wel als die afwijking in het licht van (heel) bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd en (ii) die afwijking in het licht van de overige normen van het staatsrecht toelaatbaar is.

In de praktijk betekent dit dat verplichtingen die voortvloeien uit een conventie steeds primair *neutraal* van karakter moeten zijn. Wil een conventie van betekenis kunnen zijn in de politieke arena, dan moet haar naleving een wederzijds voordeel voor alle daarbij betrokkenen opleveren. Daarom geldt als algemeen uitgangspunt dat afwijking van een conventie alleen mogelijk is met instemming van alle betrokken organen.

Daarnaast is het soms denkbaar dat, ingeval aan die voorwaarde van instemming niet kan worden voldaan, ook heel bijzondere omstandigheden de afwijking van een conventie kunnen rechtvaardigen. Illustratief in dit kader is de afwijking van de conventie op basis waarvan de koning verplicht is om een regeringsbesluit of een door beide Kamers aangenomen wetsvoorstel te bekrachtigen. In een dergelijk geval ligt afwijking met instemming van alle betrokkenen niet voor de hand. Toch kan het bij wijze van (zeer)

hoge uitzondering worden gerechtvaardigd dat de koning ervoor kiest om een regeringsbesluit of wetsvoorstel niet te bekrachtigen, en wel indien het staatsbestel anders niet meer normaal zou functioneren, bijvoorbeeld door een machtsgreep van de ministers of door oorzaken van buitenaf. In een dergelijk (zeer) uitzonderlijk geval is afwijking van een conventie toch toegestaan in weerwil van het ontbreken van de instemming van de ministers en het parlement. Deze laatste mogelijkheid is overigens primair een theoretische; onder de huidige omstandigheden is het nauwelijks denkbaar dat afwijking van een conventie *zonder* instemming van alle daarbij betrokken organen toelaatbaar kan worden geacht.

Op basis van de hierboven geformuleerde erkenningsregel kan een conventie slechts binnen de grenzen van de Grondwet gelden, behalve als de ambten waaruit de grondwetgever bestaat er bij wijze van uitzondering unaniem, expliciet en herhaaldelijk blijk van geven dat een bepaalde conventie als *contra-legem*-norm aan de Grondwet derogeert. De inhoud van deze geherformuleerde erkenningsregel, die de voorwaarden bevat waaronder de integratie van de conventie in het staatsrecht mogelijk is, staat wel vast. Daarmee voldoet deze regel, anders dan de afzonderlijke conventies, wel aan de eis van rechtszekerheid, waardoor hij als onderdeel van het (ongeschreven) staatsrecht kan worden erkend.

Nu duidelijk is wat een conventie is, is het mogelijk haar onder te verdelen in drie verschillende typen.

In de eerste plaats zijn er conventies die de autonome bevoegdheden van de koning vergaand inperken. Het belangrijkste voorbeeld daarvan vormde de conventie van 1868 op basis waarvan de regering niet tweemaal de Tweede Kamer mag ontbinden wegens hetzelfde feit. Nadat eenmaal vaststond dat het aanblijven van de bewindspersonen uit de regering afhankelijk was van de steun van het parlement, stond ook vast dat de koning feitelijk de bevoegdheid om ministers 'naar welgevallen' te ontslaan (tot 1983 was die bevoegdheid opgenomen in de tekst van de Grondwet; zie art. 86, tweede lid Grondwet 1972) had verloren. Naast deze conventie, die later is vervangen door de huidige ongeschreven vertrouwensregel, valt onder dit type ook de conventie op basis waarvan de koning geen gebruik dient te maken van zijn bevoegdheid om ex artikel 47 Grondwet de bekrachtiging van regeringsbesluiten te weigeren. Voor deze conventies geldt dat zij in vergaande mate dwingend de ruimte van de Grondwet invullen. De rechtvaardiging voor de vergaande invulling van die ruimte vormt de positie die de koning in het staatsbestel dient te nemen: in het licht van het huidige karakter van Nederland als constitutionele democratie is er geen ruimte meer voor een koning die als permanente hindermacht functioneert. Het bestaan van dergelijke conventies levert in zekere zin ook een voordeel op voor de koning, in de zin dat het voortbestaan van de monarchie vermoedelijk op het spel zal komen te staan als hij zich niet houdt aan de conventies die op zijn positie betrekking hebben.

De tweede groep conventies is ontstaan na 1917. In dat jaar werd het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging ingevoerd, waarna, mede

dankzij de keuze van de grondwetgever om het handelen van politieke partijen *niet* grondwettelijk te reguleren, volop de ruimte ontstond voor de ontwikkeling van de partijendemocratie. Sindsdien bestaat onder de betrokken politieke organen een zekere behoefte aan het instandhouden van een gelijk speelveld in de politieke arena. Voorbeelden van conventies die aan dit doel beantwoorden, zijn de regel op basis waarvan alle bewindspersonen aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen hun ontslag aan de koning dienen aan te bieden (de conventie van 1922), de conventie die een demissionair kabinet dwingt geen vergaande beleidsbeslissingen te nemen ten aanzien van thema's die het voorwerp zijn van de formatiebesprekingen van een volgend kabinet en de conventie die de informateur verplicht de regie over de kabinetsformatie te houden. Deze conventies bewerkstelligen dat alle Kamerfracties naar rato van hun grootte in een gelijk speelveld opereren.

In de derde plaats kunnen conventies worden onderscheiden die al sinds het einde van de negentiende eeuw gelden in de sfeer van het parlement. Deze conventies hebben tot doel om te verzekeren dat individuele Kamerleden, los van hoe groot hun fractie in de Kamer is, van hun rechten in het parlement gebruik kunnen maken. In dat kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de regel die voorschrijft dat de Kamer in beginsel steevast de indiening van een motie door een individueel Kamerlid faciliteert en aan allerhande conventies die vaak overlappen met de voorschriften uit de Reglementen van Orde van beide Kamers. Daarbij is echter wel van belang de conventie te onderscheiden van de opgetekende normen in de Reglementen van Orde. Een conventie is voor haar bestaan immers primair afhankelijk van de overtuiging onder de betrokken staatsinstellingen dat zij daadwerkelijk geldt. Zolang het betrokken orgaan zich aan de opgetekende norm *blijvend* gebonden acht, zullen de conventie en de in het Reglement opgetekende norm samenvallen. Als de betrokken organen echter besluiten (permanent) van de opgetekende norm af te wijken *zonder* de betreffende norm te wijzigen, dan kunnen de conventie en de opgetekende norm een van elkaar verschillende betekenis gaan krijgen.

In feite is de formulering van de erkenningsregel die betrekking heeft op de integratie van de conventie in het staatsrecht een uitwerking van het aloude adagium dat gemaakte 'afspraken', voor zover die tot uiting komen in nieuwe informele gedragsregels, moeten worden nagekomen (*pacta sunt servanda*). Politieke organen zijn uiteraard niet verplicht om, los van de (vastgelegde) staatsrechtelijke normen die zij sowieso moeten nakomen, met elkaar aanvullende 'afspraken' te maken voor zover het staatsrecht daarvoor de ruimte biedt. Voor zover dergelijke afspraken *wel* zijn gemaakt, is het echter niet meer dan logisch dat die in beginsel moeten worden nagekomen.

De onvermijdelijke consequentie van deze benadering is dat de doctrine van de 'heersende leer' omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht in feite geen betekenis meer heeft. Deze heersende leer vereist voor de aanneming van een ongeschreven rechtsregel ten minste het bestaan van (i) een of meer precedentes (ii) die wijzen op een bij de betrokken organen leven-

de overtuiging dat het aan die precedentes ten grondslag liggende gedrag rechtens is voorgeschreven. Het probleem van deze benadering is echter dat Nederland niet een vastomlijnd rechtsbegrip kent, op basis waarvan kan worden getoetst of een bepaalde praktijk wordt nageleefd door de betrokken organen in overeenstemming met zo'n rechtsovertuiging. In de praktijk werd dit probleem opgelost door de toepassing van de heersende leer in te kleuren door een zeer strenge rechtszekerheidseis: alleen als (ten minste) onomstotelijk vaststaat dat een praktijk blijvend wordt nagevolgd door de betrokken organen, kan die onderdeel van het recht worden. Tot dusverre heeft in feite alleen de (kern van de) vertrouwensregel aan deze zeer strenge eis kunnen voldoen.

Aan deze leer bleken twee grote bezwaren te kleven. In de eerste plaats was deze leer oorspronkelijk slechts een maatstaf waarmee kon worden bepaald onder welke voorwaarden ongeschreven, aan de Grondwet derogerende normen een plaats in het staatsrecht kunnen krijgen. In de loop van de twintigste eeuw is deze leer echter langzaam maar zeker ook gaan gelden voor alle aan te nemen ongeschreven rechtsregels, dus ook voor regels die slechts de normen van de Grondwet aanvullen. Gezien de ontwikkeling van het grondwetsdenken in Nederland vanaf het begin van de twintigste eeuw is dat echter steeds problematischer geworden. In die periode is namelijk bij de grondwetgever de gedachte dominant geworden dat de Grondwet niet te veel belemmeringen moet opwerpen voor verdere (wenselijke) ontwikkelingen van de constitutie. Nu de Grondwet in de loop van de twintigste eeuw een steeds soberder karakter heeft gekregen en daarmee steeds meer ruimte is gaan bieden voor het ontstaan van aanvullende (ongeschreven) regels, ligt het niet voor de hand om *alle* aan te nemen ongeschreven regels aan de strenge rechtszekerheidseis van de heersende leer te onderwerpen. Voor de erkenning van *contra-legem*-normen dienen immers strengere eisen te gelden dan voor regels die het bestaande positieve recht slechts aanvullen. Toch is dat niet het enige probleem dat aan de heersende leer blijkt te kleven. Deze leer mist namelijk, in de tweede plaats, een criterium waarmee kan worden vastgesteld in hoeverre ofwel (i) eenmalig rechtmatig van een ongeschreven regel kan worden afgeweken dan wel (ii) wanneer een ongeschreven regel permanent van inhoud is veranderd. Daarmee blijkt de heersende leer impliciet te zijn gebaseerd op de gedachte dat ongeschreven regels primair een statisch karakter hebben. Dat bleek echter problematisch te zijn, omdat aan onveranderlijke regels (althans, als zodanig geformuleerde regels) in het politieke leven maar in heel beperkte mate behoefte bestaat.

De in dit boek onderscheiden benadering omtrent de inpassing van de conventie in het staatsrecht doet daarentegen wel recht aan de veranderlijkheid van het politieke leven door een flexibele toepassing van ongeschreven normen door politieke organen, binnen de grenzen van het staatsrecht, mogelijk te maken. In zoverre vormt zij een vervanging van de heersende leer. Een ander, bijkomend, voordeel van deze benadering is dat zij scherper de wisselwerking tussen feiten en normen in de politieke sfeer in beeld brengt.

Dit alles neemt niet weg dat de in dit punt geformuleerde uitgangspunten niet veel meer zijn dan een basis voor verder onderzoek en niet het laatste woord over dit onderwerp. In de toekomst kunnen zich immers weer nieuwe ontwikkelingen voordoen, die aanleiding geven om de hier geformuleerde stellingen opnieuw te bevragen.

In de volgende paragrafen van deze slotbeschouwing worden deze bevindingen nader uitgewerkt. Daarbij wordt aan de hand van drie thesen besproken hoe de erkenning van de conventie zich verhoudt tot de structuur van het staatsrecht in politieke verhoudingen. Ik sluit af met een slotwoord.

V.2 DE RELATIE TUSSEN STAATSRECHT EN CONVENTIE IN 'POLITIEKE' CONSTITUTIES

De eerste these van deze studie is dat de bestudering van conventies, die hier zijn gedefinieerd als constitutionele, bindende en flexibele regels, bijdraagt aan het begrip van de structuur van het staatsrecht. Op het eerste gezicht ligt dit niet direct voor de hand. Zowel in het Verenigd Koninkrijk als in Nederland domineert immers de gedachte dat deze categorie regels (als zodanig) *geen* deel uitmaakt van het staatsrecht. In het Verenigd Koninkrijk vloeit deze gedachte voort uit het daar vigerende rechtsbegrip op basis waarvan het recht bestaat uit de regels en beginselen die op basis van hun bron (common law en statute law) vatbaar zijn voor rechterlijke handhaving.

Hoewel in Nederland niet een dergelijk, algemeen erkend rechtsbegrip kan worden aangewezen, bestaat ook hier sinds de tweede helft van de twintigste eeuw een neiging tot terughoudendheid om conventies als onderdeel van het staatsrecht aan te merken. Ditmaal niet zozeer vanwege de afwezigheid van een mogelijkheid tot rechterlijke handhaving, maar vanwege de onmogelijkheid om met zekerheid vast te stellen welke normen in de (veranderlijke) politieke praktijk deel uitmaken van het (vaststaande) recht. Tot pakweg de oorlogsjaren was dit overigens anders, toen het conventiebegrrip nog min of meer functioneerde als een alternatieve benaming voor het ongeschreven staatsrecht. Pas na die periode zijn verschillende auteurs de conventie meer gaan zien als een praktijk zonder normatieve betekenis, waardoor verwarring over de precieze betekenis van dit begrip kon ontstaan. In dit boek wordt weer aangesloten bij de oorspronkelijke (normatieve) betekenis die dit begrip in de Nederlandse literatuur had.

Hoewel de afzonderlijke conventies (als zodanig) geen deel uitmaken van het recht, blijkt een goed begrip van deze categorie regels bij nader inzien onontbeerlijk voor het verkrijgen van een goed inzicht in de constituties van beide landen. In het Verenigd Koninkrijk is deze gedachte algemeen aanvaard. Dit land heeft in zijn geschiedenis nooit een gecodificeerde constitutie gekend, waardoor het parlement van dit land, afgezien van de doctrine van de parlementaire soevereiniteit zelf, nooit aan regels van 'hoger' recht gebonden is geweest. Bijgevolg bestaat het constitutionele recht in dit land, naast een beperkt aantal andere regels en beginselen uit de common

law (waaronder de doctrine van de parlementaire soevereiniteit), slechts uit de wetten die het parlement zelf heeft vastgesteld (Acts of Parliament) en die het desgewenst ook weer met een 'gewone' meerderheid kan wijzigen. Voor zover ten aanzien van een bepaald constitutioneel onderwerp geen Act of Parliament geldt, bestaat er ruimte voor de ontwikkeling van, niet voor de rechter handhaafbare, constitutionele conventies. In zoverre bestaat er in het Verenigd Koninkrijk op papier een vrij duidelijke tweedeling tussen (staats-) recht en conventie: de handhaving van het (staats)recht is het domein van de rechter, de handhaving van conventies is een politieke kwestie. Op basis daarvan is ook te begrijpen waarom het Verenigd Koninkrijk een zogeheten 'politieke' constitutie kent: het laatste woord over de inhoud van (het politieke deel van) de constitutie ligt uiteindelijk bij het hoogste politieke orgaan van het land: het parlement en de (daaruit samengestelde) regering.

Ondanks het bestaan van deze vrijwel algemeen erkende tweedeling tussen staatsrecht en conventie, staan beide categorieën regels niet geheel los van elkaar. In de eerste plaats blijkt dat uit de algemene erkenning van de conventie als een categorie bindende regels. Aan de naleving van deze groep regels ligt steeds een door de betrokken actoren als zodanig erkende goede reden ten grondslag. Kenmerkend voor een 'politieke' constitutie als die van het Verenigd Koninkrijk is dan ook niet zozeer dat zij voor politieke processen geen bindende regels kent, maar veeleer dat die regels door niet-rechterlijke (politieke) actoren worden gehandhaafd. In de tweede plaats blijkt dat het lang niet altijd mogelijk is een scherpe tweedeling tussen staatsrecht en conventie te maken. De rechtspraak laat immers zien dat de redenen voor het bestaan van een (niet voor de rechter handhaafbare) conventie kunnen overlappen met de (wel voor de rechter handhaafbare) beginselen van de common law. In een dergelijk geval is de conventie *op zichzelf* niet vatbaar voor rechterlijke handhaving, maar het daaraan ten grondslag liggende common-law-beginsel wel; tot de handhaving van dergelijke beginselen, die nota bene in de rechtspraak tot ontwikkeling zijn gekomen, is de rechter uiteraard wel bevoegd. Daarmee blijkt ironisch genoeg uit de rechtspraak hoe nauw staatsrecht en conventie met elkaar verweven zijn. Hoewel recht en politiek in veel gevallen gescheiden sferen zijn, is overlap tussen deze sferen niet uitgesloten.

Tot op zekere hoogte kent Nederland eveneens een 'politieke' constitutie die met die van het Verenigd Koninkrijk vergelijkbaar is. Weliswaar geldt in dit land wel een grondwet waaraan (de organen van) regering en parlement zijn gebonden, maar desondanks beschikken deze organen over relatief veel autonomie om naar bevind van zaken te handelen. Zij danken deze autonome positie zowel aan de sobere opzet van de Grondwet, die de verhoudingen binnen en tussen regering en parlement bij lange na niet uitputtend regelt, als aan de afwezigheid van een (constitutioneel)rechterlijk orgaan dat op de naleving van de meeste in politieke verhoudingen geldende normen toeziet. Bijgevolg bestaat er een belangrijke overeenkomst tussen de geschreven en de ongeschreven normen van de Nederlandse constitutie, voor zover zij gelden in politieke verhoudingen: zij zijn beide voor hun toepassing tot

op zekere hoogte afhankelijk van de inherent veranderlijke opvattingen van de politieke meerderheid van een bepaald moment.

Het belang van dit inzicht kan nauwelijks worden overschat. Vooral voor het denken over ongeschreven regels in de Nederlandse constitutie, zoals conventies, is deze gedachte van belang. Deze ongeschreven regels blijken namelijk minder van geschreven normen te verschillen dan op het eerste gezicht lijkt. In dat kader kan worden gewezen op diverse open geformuleerde grondwetsbepalingen, zoals artikel 42, tweede lid Grondwet: 'De Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk'. Waar dit artikellid vanaf 1848 vooral de nieuwe verhoudingen tussen de koning en zijn ministers markeerde, wordt thans ook in dit artikel gelezen dat slechts voor de uitoefening van bevoegdheden (onder de verantwoordelijkheid) van ministers verantwoording dient te worden afgelegd aan het democratisch verkozen parlement ('Geen verantwoordingsplicht zonder bevoegdheid'). Uit dit voorbeeld blijkt dat grondwetsbepalingen niet per definitie een statische betekenis hebben, zelfs niet als hun bewoordingen in de tussentijd niet worden gewijzigd. Zolang over de juistheid van een dergelijke gewijzigde interpretatie consensus bestaat onder regering en parlement en de betreffende uitleg ook niet op gespannen voet staat met de bewoordingen van de betreffende grondwetsbepaling, is een dergelijke wijziging van de interpretatie van de betreffende bepaling weinig bezwaarlijk. In zoverre kan de inhoud van zowel geschreven rechtsregels als conventies tot op zekere hoogte veranderen onder invloed van feitelijke ontwikkelingen.

Uiteraard is de bestudering van de conventie niet louter zaligmakend. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk om in abstracto vast te stellen welke (onvoorziene) uitzonderingen in bepaalde conventies besloten (kunnen) liggen. Toch moet dit bezwaar ook niet worden overdreven. Uit dit onderzoek blijkt namelijk dat het in zowel Nederland als het Verenigd Koninkrijk relatief weinig voorkomt dat een eenmalige, toelaatbare uitzondering op een conventie wordt gemaakt. Daar komt een opmerkelijke paradox aan het licht: de betrokken politieke organen hebben weliswaar alle ruimte om met elkaars instemming af te wijken van een conventie, maar in de praktijk is het belang van de naleving van conventies vaak zo groot dat de betrokken actoren slechts in heel beperkte mate gebruikmaken van die ruimte.

V.3 'EVENREDIGE' VERDELING EN WEDERKERIGHEID ALS ONVERMIJDELIJKE STRUCTURERINGSPRINCIPES IN POLITIEKE VERHOUDINGEN

De tweede these van dit boek is dat voor normen in politieke verhoudingen een bijzonder, van veel andere (rechts)normen afwijkend, handhavingsmechanisme bestaat: politieke organen zien er zelf op toe dat zij de aan hen gerichte (rechts)normen naleven op basis van de noties van 'evenredige' verdeling en wederkerigheid. Dit gegeven heeft zijn weerslag op de bindende kracht van zowel conventies als (geschreven) rechtsregels. Deze stelling verdient nadere toelichting. In dat kader kunnen de drie casus uit het inlei-

dende deel van dit boek als illustratiemateriaal dienen, te weten (i) de vraag in hoeverre een Tweede Kamerlid informele contacten met een minister mag onderhouden in het kader van de voorbereiding van een Kamerdebat, (ii) de vraag in hoeverre het handelen van de informateur bij een kabinetsformatie aan bepaalde grenzen gebonden is en (iii) in hoeverre het staatsrecht de verhouding tussen Eerste Kamer en kabinet reguleert. Tot op zekere hoogte loopt elk van deze casus parallel aan een van de drie categorieën handelen die in dit boek zijn onderscheiden, namelijk respectievelijk (i) de politieke praktijk, (ii) de conventie en (iii) het staatsrecht.

Hoewel de Nederlandse constitutie in belangrijke mate autonomie toekent aan het dagelijkse politieke proces, dienen in dat proces wel de grenzen van het staatsrecht in acht te worden genomen. De belangrijkste staatsrechtelijke regels in politieke verhoudingen, die vooral te vinden zijn in de hoofdstukken 2 tot en met 5 van de Grondwet, bevatten een aantal duidelijke grenzen waarbinnen het dagelijkse politieke proces kan plaatsvinden. Over het algemeen bieden zij de betrokken politieke organen dermate veel ruimte, dat hun naleving zelden ter discussie staat.

Illustratief is de eerste casus uit het inleidende deel, die betrekking heeft op het handelen van toenmalig Tweede Kamerlid Van der Steur die – naar achteraf bleek – in mei 2014 toenmalig minister van Veiligheid en Justitie Opstelten had gesouffleerd over de beantwoording van vragen van de (overige leden van de) Tweede Kamer. In zijn hoedanigheid als minister diende hij daarvoor in juni 2016 verantwoording af te leggen. Opvallend daarbij was dat zowel de Tweede Kamer, inclusief de fractie van de partij van Van der Steur (VVD), als Van der Steur zelf van oordeel was dat er een staatsrechtelijke norm was geschonden, namelijk dat Tweede Kamerleden voldoende afstand dienen te houden tot de bewindspersonen die zij controleren. In dit *specifieke* geval kan daarom, afgaande op het oordeel van de betrokken organen, worden geconcludeerd dat sprake is geweest van inconstitutioneel handelen.

Het is echter niet duidelijk in hoeverre op basis van dit precedent ook *algemene* conclusies kunnen worden getrokken over de relatie tussen regering en parlement. Het is niet gebruikelijk dat naar buiten wordt gebracht met wie en waarover bewindspersonen voorafgaand aan een Kamerdebat informele contacten hebben onderhouden. In feite is dat ook niet de bedoeling, omdat uit de ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42, tweede lid Grondwet) voortvloeit dat de Staten-Generaal *alleen* de bewindspersonen (en niet anderen, zoals ambtenaren) op het gevoerde beleid kunnen aanspreken. Daar komt nog bij dat er in de Kamer nauwelijks een probleem van wordt gemaakt dat bewindspersonen en Kamerleden voorafgaand aan een debat dergelijke informele contacten met elkaar onderhouden.

Dat leidt tot de conclusie dat het ‘souffleren’ door Van der Steur in deze casus dermate ver ging, dat in *dit* geval een grens was overschreden. Deze grens bestaat uit een zekere, uit de notie van het dualisme voortvloeiende, terughoudendheid die Kamerleden in acht dienen te nemen als zij informele contacten met bewindspersonen onderhouden. Deze notie van dualisme

kan worden afgeleid uit (het samenstel van) diverse grondwettelijke bepalingen, waaruit blijkt dat het bij uitstek de taak van de Staten-Generaal is om de regering te controleren. In dat kader valt te denken aan de politieke ministeriële verantwoordelijkheid (artikel 42, tweede lid Grondwet) en de controlerende bevoegdheden van het parlement (o.a. het inlichtingenrecht van art. 68 Grondwet en het begrotingsrecht van art. 105 Grondwet).

Het praktische belang van de notie van het dualisme moet echter niet worden overschat. Hoewel er onder de betrokken organen nog altijd een zeker besef bestaat van het belang van deze notie, wordt daarmee in de praktijk slechts in beperkte mate rekening gehouden. Daarbij speelt politieke opportuniteit een belangrijke rol. Door de bank genomen kan de coalitie immers rekenen op de steun van een meerderheid in de Tweede Kamer. Daardoor zal het zelden voorkomen dat een Kamermeerderheid tijdens een Kamerdebat expliciet de conclusie trekt dat een Kamerlid in een concreet geval geen informele contacten met een minister had mogen onderhouden (of anderszins informeel betrokken mag zijn bij overleggen over de vormgeving van het regeringsbeleid). Zolang deze gang van zaken als zodanig niet door een Kamermeerderheid wordt geïdentificeerd, heeft de notie van dualisme slechts beperkte betekenis voor de wijze waarop Kamerleden van de coalitie informele contacten met bewindspersonen onderhouden.

Bepalend voor het verloop van het dagelijkse politieke proces, zo blijkt, is dan ook niet langer zozeer de tegenstelling tussen regering en parlement, maar primair die tussen de diverse politieke fracties die in het parlement (waarbij de partijen van de coalitiefracties ook een afvaardiging in de regering hebben) zijn vertegenwoordigd. Illustratief daarvoor is ook het verloop van de kabinetsformatie, welke procedure erop is gericht een kabinet te vormen dat kan rekenen op de steun van een meerderheid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Deze procedure is gericht op het bijeenbrengen van een aantal partijen die in het te vormen kabinet een samenwerkingsverband met elkaar aangaan, waarvan een regeerakkoord de weerslag vormt.

In de kern is dit steeds een kwestie van *verdeling*. In de eerste plaats geldt dit voor de onderhandelingen zelf waarin iedere onderhandelende partij haar best zal doen om een zo groot mogelijk deel van haar verkiezingsprogramma terug te laten komen in het regeerakkoord. In de tweede plaats geldt dit voor de aanloop naar die onderhandelingen; in de verkennende fase van de kabinetsformatie gelden namelijk verschillende conventies die tot doel hebben een gelijk speelveld tussen de diverse Kamerfracties te verzekeren. Daarbij geldt het uitgangspunt dat iedere in de Tweede Kamer vertegenwoordigde fractie een naar rato van haar grootte min of meer evenredige invloed op het verloop van de kabinetsformatieprocedure moet kunnen uitoefenen. Het mooie van dit uitgangspunt is dat het een helder, neutraal kader biedt voor de structurering van het politieke proces, waarmee alle fracties ongeacht hun inhoudelijke standpunten kunnen instemmen.

Toch is de naleving van deze en andere conventies in de verkennende fase van de kabinetsformatie nog niet altijd gegarandeerd, zoals de tweede casus uit het inleidende deel illustreert: het verloop van de kabinetsformatie

van 2010, waarbij informateur Lubbers de drie fractievoorzitters van VVD, CDA en PVV buiten zijn aanwezigheid liet onderhandelen over de vorming van een nieuw kabinet. In dit concrete geval was dat problematisch, omdat Lubbers de overige fractievoorzitters niet had voorgelaten dat dit een concrete mogelijkheid was die wat hem betreft in zijn formatieopdracht besloten lag. Anders dan de conventies rond de inrichting van de kabinetsformatieprocedure voorschrijven, gaf hij de voorzitters van de overige Tweede Kamerfracties op die manier niet een gelijke kans om invloed uit te oefenen op de uitkomst van de verkennende fase van de informatieonderhandelingen. Daarmee was van afwijking met instemming van alle betrokkenen in dit geval geen sprake. Lubbers hield zich zo niet aan het centrale uitgangspunt van de formatieprocedure: het bieden van een gelijk speelveld voor alle in de Tweede Kamer vertegenwoordigde fracties.

In andere gevallen vervult het structureringsprincipe van 'evenredige' verdeling eveneens een belangrijke rol. In dat kader is de derde kwestie uit het inleidende deel illustratief, namelijk de verhouding tussen het kabinet en de Eerste Kamer. Deze vraag is vooral sinds 2010 weer actueel, omdat het sinds dat jaar verre van vanzelfsprekend is dat de coalitiefracties in de Eerste Kamer over een meerderheid van het aantal zetels in die Kamer beschikken. Daarom is geregeld de vraag gerezen of er een verplichting voor Eerste Kamerleden bestaat om zich terughoudend op te stellen over politieke kwesties jegens het kabinet. Het antwoord luidt, gelet op het in artikel 51, eerste lid Grondwet besloten liggende politieke primaat van de Tweede Kamer, bevestigend. Ondanks het bestaan van dit politieke primaat van de Tweede Kamer, is het niet mogelijk daaruit het bestaan van een absolute terughoudendheidsplicht voor de Eerste Kamer af te leiden. De Grondwet bepaalt namelijk ook dat *individuele* Eerste Kamerleden het recht hebben om naar eigen inzicht van hun stemrecht gebruik te maken (vgl. art. 67, derde lid Grondwet). Er zou slechts in aanvulling daarop een conventie kunnen gelden, ingeval er fundamentele consensus bestaat omtrent de vraag in hoeverre de uitoefening van vrije bevoegdheden van Eerste Kamerleden dwingend door deze terughoudendheidsregel wordt ingevuld. Dat is echter niet het geval. De verhouding tussen beide Kamers vloeit daarom nog altijd alleen voort uit de Grondwet.

In de kern kleurt de notie van het politieke primaat van de Tweede Kamer zowel de medewetgevende als de controlerende bevoegdheid van de Eerste Kamer in. Daaruit vloeit voort dat de *basis*houding van de Eerste Kamer terughoudendheid ten aanzien van politieke vraagstukken is, althans zou moeten zijn. In beginsel dient de Eerste Kamer zich daarom te conformeren aan het politieke oordeel van de Tweede Kamer, tenzij er iets (heel) bijzonders aan de hand is. Voor de medewetgevende bevoegdheid respectievelijk de controlerende bevoegdheid van de Eerste Kamer betekent dit het volgende.

Op het gebied van de medewetgevende bevoegdheid is de invloed van het politieke primaat van de Tweede Kamer enigszins diffuus. Het is vaak niet mogelijk op basis van het politieke primaat van de Tweede Kamer *alleen*

om de Eerste Kamer te verplichten tot een beoordeling van wetgeving louter op basis van kwaliteitsmaatstaven. De Grondwet laat de Eerste Kamer ook (enige) ruimte om de door haar te beoordelen wetsvoorstellen aan een politieke beoordeling te onderwerpen. In het licht van het politieke karakter van de Eerste Kamer en de verwevenheid tussen wetgevingskwaliteit en ideologie is het bovendien nauwelijks mogelijk om precies vast te stellen in welk geval zij de grens van politieke terughoudendheid overschrijdt. Wil een kabinet voorkomen dat de Eerste Kamer de wetgevingskwaliteitsmaatstaven van rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid voor politieke doeleinden gebruikt, dan zal het derhalve een meerderheid van de Eerste Kamer aan zich moeten weten te binden via (ad-hoc-)gedoogconstructies. In zekere zin kan het grondwettelijk vastgelegde primaat van de Tweede Kamer worden gezien als een rechtvaardiging voor de afzijdigheid van de Eerste Kamer bij de formatie.

Daarentegen is de invloed van artikel 51, eerste lid Grondwet op de reikwijdte van de vertrouwensregel makkelijker aan te wijzen. De activering van deze ongeschreven regel zal immers vrijwel altijd (primair) door politiek-ideologische overwegingen worden ingegeven. Tegen die achtergrond zal de Eerste Kamer, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, niet een bewindspersoon of een voltallig kabinet kunnen verplichten om af te treden. De invloed van het uit artikel 51, eerste lid Grondwet voortvloeiende primaat van de Tweede Kamer illustreert dat de normatieve kracht van de Grondwet niet te snel moet worden onderschat. Hoewel deze norm door zijn relatief onbepaalde karakter niet precies vastlegt op welke wijze Eerste Kamerleden van hun bevoegdheden gebruik moeten maken, heeft zij op de staatsrechtelijke positie van de Eerste Kamer wel degelijk een belangrijke invloed. De invloed van de terughoudendheidsnotie op zowel de uitoefening van de medewetgevende als de controlerende bevoegdheid van de Eerste Kamer bewerkstelligt dat politieke verdelingskwesaties primair het domein van kabinet en *Tweede Kamer* zouden moeten zijn.

Aldus biedt het staatsrecht enerzijds relatief veel ruimte voor de invulling van machtsvormingsprocessen door politieke partijen en stelt het anderzijds een aantal grenzen ter bescherming van de waarde van representatie door individuele (Eerste) Kamerleden. Wie vervolgens een blik werpt op de conventies die binnen de grenzen van het staatsrecht gelden, ziet dat de daaruit voortvloeiende verplichtingen zich bewegen in het spanningsveld tussen machtsvorming en representatie.

In dat spanningsveld kunnen conventies, afgezien van een algemene ordeningsfunctie die eigen is aan alle bindende normen, twee functies vervullen. In de eerste plaats structureren zij machtsvormingsprocessen, zoals de conventies rond de verkennende fase van de kabinetsformatie illustreren; zij hebben immers tot doel om ervoor te zorgen dat alle Kamerfracties naar rato van hun grootte gelijke kansen hebben om een plaats aan de onderhandelingstafel te bemachtigen. In de tweede plaats bieden zij bescherming aan individuele Kamerleden, zoals de conventie die voorschrijft dat ieder individueel Kamerlid de kans krijgt een motie in te dienen; hoewel formeel

nog tot 31 maart 2021 de eis gold op basis waarvan een Kamerlid over de steun van ten minste vier andere Kamerleden diende te beschikken om een motie te kunnen indienen (art. 66, eerste lid RvO II (oud)), kwam het ruim voor het moment van de afschaffing van die eis praktisch nooit voor dat de indiening van een motie op basis van deze eis door de Kamer werd geblokkeerd. Op de naleving van deze praktijk, die inmiddels is uitgegroeid tot een volwaardige constitutionele conventie, is zowel de notie van wederkerigheid als de parlementaire minderhedencultuur van invloed. In de Kamer als geheel leeft sterk de overtuiging dat alle daarin vertegenwoordigde groeperingen, hoe klein die groeperingen ook mogen zijn, de kans moeten krijgen van zich te laten horen. Deze overweging is niet alleen principieel, maar ook praktisch: de meerderheid in het parlement respecteert de rechten van de minderheid op basis van de overtuiging dat zij zelf ook in de toekomst een minderheid kan worden en dan zelf ook baat bij de naleving van de daarbij relevante conventies heeft.

V.4 MACHTSVERDELING VERSUS STAATSRECHT

De conventie dankt haar relatief neutrale karakter aan de kracht van de notie van wederkerigheid: de betrokken organen leven een conventie na, omdat zij daar alle (op de lange termijn) een voordeel bij hebben. Het risico dat een conventie wordt ondergraven onder invloed van overwegingen van politieke opportuniteit blijft zo relatief beperkt. Toch kleven aan het bestaan van dit mechanisme ook nadelen. Soms leiden overwegingen van politieke opportuniteit er juist toe dat politieke wetmatigheden ontstaan die op gespannen voet staan met het geldende staatsrecht. In een dergelijk geval kan geen sprake zijn van conventies, die immers slechts binnen de grenzen van het staatsrecht kunnen gelden.

Deze observatie geeft aanleiding tot de formulering van de derde these van dit boek: het primaat van het staatsrecht dreigt soms al dan niet ongemerkt plaats te maken voor het primaat van de machtsverdeling. Kenmerkend voor het staatsrecht is dat het vaak min of meer onopvallend geldt; het komt relatief zelden voor dat in politieke discussies de aandacht uitgaat naar de uitleg van de uit het staatsrecht voortvloeiende verplichtingen. Op zichzelf is dat niet problematisch, zolang het staatsrecht maatgevend voor het handelen van de betrokken politieke organen blijft. Het is echter niet altijd vanzelfsprekend dat het staatsrecht ook daadwerkelijk wordt gerespecteerd. Twee voorbeelden kunnen dat illustreren.

In de eerste plaats valt te wijzen op de positie van de staatssecretaris. Toen dit nieuwe ambt in 1948 werd geïntroduceerd in de Grondwet, had de nieuwe mogelijkheid om een staatssecretaris te benoemen uitdrukkelijk tot doel om de minister te ontlasten. Volgens de grondwettelijke regeling van dit ambt, die thans te vinden is in artikel 46, tweede lid, zou de minister daarom zelf de bevoegdheid hebben om een staatssecretaris te benoemen en zijn takenpakket vast te stellen. De staatssecretaris oefent zijn bevoegdhe-

den vervolgens uit onder zowel zijn eigen verantwoordelijkheid als onder de verantwoordelijkheid van de minister. Een belangrijk uitgangspunt van deze grondwettelijke regeling was ministeriële autonomie, die nog in de bewoordingen van artikel 46, tweede lid Grondwet besloten ligt: volgens dit artikel treedt een staatssecretaris op 'in de gevallen waarin de minister het nodig acht en met inachtneming van diens aanwijzingen'.

In de eerste decennia na 1948 heeft deze regeling inderdaad volgens de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever gefunctioneerd, in de zin dat een minister de vrijheid had zelf te bepalen of hij een staatssecretaris aanstelde en wat zijn takenpakket zou moeten zijn. Sinds het einde van de jaren zeventig is het echter gebruikelijk dat ministers ervan afzien gebruik te maken van de grondwettelijke bevoegdheid om zelfstandig invloed uit te oefenen op de keuze van de persoon en de vaststelling van het takenpakket van 'hun' staatssecretarissen. In plaats daarvan beslissen de bij de kabinetsformatie betrokken onderhandelaars zowel wie staatssecretaris zullen worden als welke taken zij zullen uitoefenen; de autonomie van de (kandidaat-)minister om al dan niet na de kabinetsformatie zelf te beslissen of hij voor een bepaalde taak een staatssecretaris aanstelt, is daarmee vergaand uitgehold. Opvallend genoeg biedt het staatsrecht daarvoor, anders dan bij veel andere nieuwe praktijken, blijkens de bewoordingen van artikel 46, tweede lid Grondwet eigenlijk geen ruimte. Toch wordt deze praktijk nauwelijks nog om deze reden bekritiseerd.

Op zichzelf is het verklaarbaar dat (kandidaat-)ministers in de praktijk geen gebruik meer maken van hun autonomie om (vergaande) invloed uit te oefenen op de benoeming van een staatssecretaris. Tijdens de kabinetsformatieprocedure wordt immers al onderhandeld over de verdeling van de staatssecretariaten; als een minister zelfstandig die verdeling doorkruist door bijvoorbeeld na de formatie het takenpakket van zijn staatssecretaris vergaand in te perken, is de kans op verstoring van de coalitieverhoudingen immers groot. Maakt immers de ene minister gebruik van zijn autonomie op dit punt, dan zal een andere dat ook willen doen. Dergelijk handelen staat ook haaks op het in de vorige paragraaf besproken uitgangspunt van (min of meer) evenredige verdeling dat bij formatieonderhandelingen een belangrijke rol speelt.

Het tweede voorbeeld dat in dit kader bespreking verdient is de praktijk van de 'fictieve aanwezigheid' bij stemmingen in de Eerste Kamer. Op basis van de hoofdregel van artikel 108 RvO I geschieden stemmingen in dit orgaan door middel van zitten en opstaan door de fracties van de Eerste Kamer. Van dit uitgangspunt wordt echter afgeweken als één Kamerlid om een hoofdelijke stemming vraagt (art. 67, vierde lid Grondwet). Het voordeel van een stemming bij zitten en opstaan is dat van iedere fractie slechts één Kamerlid aanwezig hoeft te zijn om een geldige stem namens zijn gehele fractie te kunnen uitbrengen. Op zichzelf is deze wijze van stemmen in het voordeel van ieder Eerste Kamerlid, omdat zij allen weleens een vergadering zullen moeten missen en dan niet zelf in de gelegenheid zijn om van hun stemrecht gebruik te maken. Niettemin staat deze wijze van stemmen

haaks op artikel 67, derde lid Grondwet waarin expliciet is vastgelegd dat de individuele leden in plaats van de fractievoorzitters namens de fractieleden in de Kamer een stem uitbrengen. In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1953 was bovendien expliciet door de Eerste (!) Kamer overwogen dat het onwenselijk is als een Kamerlid namens een ander Kamerlid zijn stem kan uitbrengen. Dergelijk handelen zou namelijk haaks staan op de gedachte dat de uitslag van een eindstemming moet afhangen van de argumenten die tijdens een openbaar debat in de Kamer zijn gewisseld.

De gang van zaken in de twee besproken voorbeelden roept de vraag naar de betekenis van het staatsrecht in politieke verhoudingen op. Daarbij gaat het niet zozeer om de twee hier gememoreerde situaties. Het is immers op zichzelf goed mogelijk dat de grenzen die het staatsrecht in deze gevallen opwerpt, geen toegevoegde waarde meer zouden moeten hebben; in dat geval worden de genoemde normen niet meer nageleefd, omdat zij onvoldoende zijn geïnternaliseerd bij de betrokken organen. Toch vormt dat nog geen rechtvaardiging voor het handelen van de betrokken organen, omdat de tekst van de Grondwet hier geen ruimte voor ander handelen biedt. In dat geval hebben de betrokken organen immers altijd nog de verantwoordelijkheid om duidelijk te maken dat de betreffende bepalingen in dit kader niet langer van betekenis zijn en ook om de bewoordingen van de Grondwet op die punten weer in overeenstemming te brengen met de praktijk.

Hoe het ook zij, het is opvallend dat het proces van veronachtzaming van de Grondwet in deze gevallen vrijwel ongemerkt kon plaatsvinden. De hoogste nationale staatsregeling, die slechts met een bijzondere, relatief zware procedure kan worden gewijzigd, verdient beter. In een rechtsstaat als de Nederlandse, hebben ook (de organen van) regering en parlement, net als iedere burger, de plicht om zich aan het recht te houden.

V.5 SLOT

Het staatsrecht in politieke verhoudingen heeft een bijzonder karakter. Bij afwezigheid van de mogelijkheid van rechterlijke handhaving van dit deel van het recht, is de naleving van dergelijke normen vaak in sterke mate afhankelijk van feitelijke ontwikkelingen. Hoewel het functioneren van de politieke arena daardoor per definitie afhankelijk is van bestaande, inherent veranderlijke, (meerderheids)opvattingen binnen (de organen van) regering en parlement, gelden in die arena wel degelijk bepaalde informele normen. Dankzij het conventiebegrip is het mogelijk deze normen in de constitutie te onderscheiden, zonder de notie van rechtszekerheid op het spel te zetten. Op die manier helpt het conventiebegrip zowel de opzet als het karakter van de constitutie beter te begrijpen en kan het zo het staatsrecht een nog mooier vak maken dan het al was.

Law and Convention in the Constitutions of the Netherlands and the United Kingdom: Summary

(Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk: samenvatting in het Engels)

1. INTRODUCTION

The text of the Constitution for the Kingdom of the Netherlands (de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden) is sober, devoid of legal and political doctrine. Given the restrained character of its text, the Dutch constitution has always left relations within and between political institutions on the national level such as the government (the *regering*) and parliament (the *Staten-Generaal*, composed of the *Tweede Kamer* and the *Eerste Kamer*) fairly unsettled. This exemplifies the explicit choice of the constitutional lawmaker (the *grondwetgever*) to have the exercise and distribution of government power be determined, to a significant extent, by political proceedings rather than primarily by legal rules.

Even in 2021, the structure of the Dutch constitution raises many questions regarding the distinction between law and politics. Indeed, it is still uncertain which characteristics determine when rules in the political process could be fairly characterised as legal. Is the legal character of a rule dependent on its enforceability by the courts, on its ability to constitute an obligation that does not allow for deviations, or is there another characteristic that is more important for establishing the legality of a rule? To answer these and other questions, a new perspective on the relation between law and politics in the Dutch constitution is required. This thesis aims to provide such a perspective by introducing the concept of conventions into Dutch constitutional doctrine.

Although the notion of convention is anything but new to the Netherlands, this term has always lacked a clear definition. In this thesis, a new definition of conventions was developed on the basis of the conceptualisation of this term in the United Kingdom. Rather than simply being the country of origin of the concept of conventions, the United Kingdom has a constitution comparable with that of the Netherlands in the sense that both constitutions are of an inherently political nature: they are built on the idea that it is the political process rather than the courts that should deter politicians from doing unconstitutional things. Moreover, both the Netherlands and the United Kingdom share a constitutional tradition that can be defined in terms of evolution: in both countries, constitutional change has largely been the result of an incremental process rather than of radical changes adopted by a (constitutional) lawmaker.

This summary contains the main findings of this thesis. First, the conceptualisation of the notions of conventions in the constitution of the United

Kingdom, which is the subject of part II of this thesis, is presented (section 2). Second, the main conclusions on the general structure of the provisions of the Dutch constitutions regarding the political process from part III of this thesis, which includes a proposal for the adoption of the notion of conventions in the Dutch constitutional doctrine, are outlined (section 3). Third, the most important suggestions for drawing the demarcation line between law and convention from part IV of this thesis are summarized (section 4). The remainder of this summary is devoted to the most important final remarks from part V of this thesis (section 5).

2. LAW AND CONVENTION IN THE CONSTITUTION OF THE UNITED KINGDOM

Unlike almost every other country in the western world, the United Kingdom lacks a single legal document that outlines the main rules on distribution of state power that institutions of the state have to adhere to. Instead of a codified document, the constitution of the United Kingdom solely consists of the doctrine of the Sovereignty of the Queen/King-in-Parliament. Following the orthodox approach, this doctrine holds that the UK Parliament has the legal right to make or unmake any law whatsoever and, further, that no person or body is legally recognised as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.

Although at first sight it seems as though the Sovereignty of Parliament attributes almost absolute power to Parliament, this conclusion would not be correct. Rather, the Sovereignty of Parliament constitutes layers of legal duties for all state institutions, including Parliament: courts are obliged to enforce Acts of Parliament as the most important source of the law, whereas Parliament has the duty to not act outside the terms of the rules affecting its own composition and procedures whenever it seeks to act as a legislative body. Importantly, in contrast to any other part of the UK Constitution, the legal duties constituted by the Sovereignty of Parliament cannot simply be altered or overruled by a regular Act of Parliament. In this sense, the Sovereignty of Parliament can be seen as a higher ranked law similar to that of codified constitutions in other countries.

In the absence of higher-ranked constitutional rules with a legal character that can bind Parliament and its members, the notion of 'convention' could emerge. The term 'convention' is usually defined as a rule of behaviour that ought to be accepted as obligatory by those who occupy a relevant role in the working of the constitution if they have considered the precedents and reasons underpinning the rule correctly. Although conventions are not part of the law as such, their influence on the legal provisions of the constitution should not be underestimated.

In this regard, three ways could be distinguished in which conventions affect the working of the legal part of the constitution. First, conventions may make the use of a legal rule impossible. A convention to this effect is the rule that the monarch cannot invoke their (legally still existing) right to

refuse his assent to a law passed by Parliament. Second, a convention may transfer a power granted in the constitution from one person or body to another. An example of such a convention provides that the monarch can only use royal prerogative powers, for instance the power to prorogue Parliament, upon the advice of the Prime Minister. Third, conventions may provide additional rules to the constitution after a remarkable event. An example is the Salisbury Convention that emerged in 1945 after a landslide general election victory of the Labour Party. Although the new Labour party obtained a majority in the House of Commons, they only held a very small minority of seats in the House of Lords. At the time, the House of Lords was constituted on a hereditary basis which resulted in its heavily conservative composition. In order to prevent the House of Lords from opposing the policies that the Labour Party proposed in its election manifesto, the Salisbury Convention emerged under which the House of Lords shall not oppose the second or third reading of any government legislation promised in its election manifesto.

The bindingness of conventions should be seen as the result of the interaction between certain precedents and the reasons for acting pursuant to those precedents: the precedents determine the scope of the convention, whereas the convention determines the scope of the precedents according to which the actors involved should act. The key to understanding why the actors involved actually do consider themselves bound by conventions is the notion of reciprocity: holders of the most important political offices from the governing party respect conventions with the expectation that, if they lose their position to members of the opposition party, the new officeholders would also adhere to these rules. Moreover, many conventions exist because they work: conventions can usually be seen as the result of a delicate equilibrium that can most often not be reached any other way. This gives rise to the wording of a fascinating paradox: the binding force of a convention is often based on the belief among the actors involved that there is no other realistic political option than to adhere to the convention at stake, while the actors concerned in most cases have sufficient legal room to deviate from the convention. This explains why in practice, despite their inherently flexible nature, most conventions may remain unaltered for a long period of time.

The inherently flexible character of the convention gives also rise to the question whether conventions may be fixed in constitutional 'soft law' documents, such as the *Cabinet Manual* and the *Ministerial Code*. Although many conventions are not often subject to change in practice, their codification cannot prevent subsequent alteration of their content if the relevant practices and circumstances change. Therefore, codes and manuals may record the content of conventions at a certain time, but they cannot replace the behaviour of the political actors involved as the ultimate source of the rule. If a constitutional 'soft law' document is to play a continuing useful role in political practice, it will need to be updated periodically in order to reflect the developments that may change the content and meaning of the conventions it has recorded.

In most cases, it is relatively easy to draw the demarcation line between law and convention: both statute law and common law bind anyone but Parliament and its members (except for the doctrine of the Sovereignty of Parliament, which is both part of the common law and constitutes duties for Parliament) and can be enforced by the courts, whereas conventions bind political institutions despite not being enforceable by the courts. This is not to say that the distinction between law and convention is always crystal-clear. Two explanations could account for this. First, the UK constitution consists of statutes that are neither conventions nor directly enforceable by the courts. The Parliament Acts 1911 and 1949 may serve as an example. These acts contain a procedure pursuant to which Acts of Parliament can be passed without the approval of the House of Lords. Although this procedure is stipulated in statute law, it is the Speaker of the House of Commons rather than the courts who decides whether a bill has met the provisions of the Parliament Acts. This potential dispute is usually solved on the basis of the argument that even then the courts in a way do enforce the Parliament Acts 1911 and 1949. In this particular case, if the courts concede jurisdiction in cases on the application of the Parliament Acts, they do so on the basis of their ability to draw and enforce their jurisdiction as described by statute. Second, some conventions may overlap with common law principles. For instance, 'respect for regional autonomy' is regarded as a common law principle itself and as the expression of the Sewel Convention, according to which the UK Parliament will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament. This is usually considered a reflection of the reality that no sharp distinction between the political and legal spheres can be made.

3. THE STRUCTURE OF THE DUTCH CONSTITUTION

Despite being the second-oldest still-existing written constitutional document in the world, the Dutch Constitution has determined the political process only to a relatively small degree. Due to its rigid amendment procedure (see Art. 137 and 138) and its accommodational nature, the structure of the Dutch Constitution remained relatively unaffected after the enactment of its revised version in 1848. Yet, since then the Netherlands has seen many significant political developments, such as the growing influence of political parties, the expansion of the state's bureaucratic organisation and, in more recent times, the increasing electoral volatility that has resulted in fragmentation of the political party system.

From the beginning of the nineteenth century this has prompted the constitutional-lawmaker to remove rather than amend the provisions that could not be aligned with these developments. As a result, many important constitutional matters concerning the relations within and between political institutions (e.g. the formation of the new cabinet, the relation between ministers (*ministers*) and junior ministers (*staatssecretarissen*) and the relationship

between the two houses of Parliament (*Tweede* and *Eerste Kamer*) cannot be resolved through the text of the Dutch Constitution alone. Rather, issues such as these are considered to be partly determined by unwritten political understandings.

Interestingly though, Dutch constitutional doctrine has never included an elaborated concept as to how these unwritten practices relate to the written provisions of the Constitution. Two explanations can explain this omission.

First, the emergence of unwritten political habits and understandings came only twenty years after the 1848 version of the Dutch Constitution was enacted: the most important unwritten rule of the Dutch constitution (which still, even in 2021, has not been codified), the rule of confidence holding that individual ministers have to resign after losing a confidence vote in Parliament, dates back from 1866-1868. The emergence of this rule was especially notable back then, as it explicitly contravened a constitutional provision which held, until its removal in the 1983 version of the Constitution, that only the monarch was entitled to discharge ministers at their own discretion (Art. 73 Constitution of 1848). For this reason, the rule of confidence has been defined as a rule of unwritten constitutional law or customary law. This also explains why such unwritten political understandings could only develop by way of exception, as the text of the Constitution at that time was still tailored to the existing Dutch political situation. Hence, in constitutional doctrine it was generally accepted that a practice could only be accepted as a binding, unwritten constitutional norm in contravention to the provisions of the Constitution if this practice should be followed under all imaginable circumstances. Indeed, the legal certainty standards for the adoption of new rules of unwritten constitutional law are so high that it is practically impossible to find a rule (except for the rule of confidence) that can meet these standards. However, this strict criterion has also been applied after the beginning of the twentieth century when the written provisions increasingly started to fail to completely capture the conditions of the political situation. As a result, in Dutch constitutional doctrine unwritten constitutional norms also have to meet this strict standard of legal certainty if they do not contravene, but only supplement a written provision of the Constitution. There is however no reason to treat these two types of unwritten constitutional norms in the same way, which is particularly true given the openness of the Dutch constitution.

Second, there has never been agreement in legal scholarship on what constitutes an adequate definition of 'law' as regards legal rules applying within and between political institutions. Therefore, many publications on the notion of unwritten constitutional law (or customary law) have been devoted to the question as to when a practice could be reasonably called a legal norm. This question has never been properly resolved, which explains why there has never been a generally accepted method for distinguishing unwritten constitutional law in the Netherlands. Implicitly, however, a 'legal' rule in the political sphere is usually regarded as a rule that has

been accepted by the political actors involved and that does not allow for deviation in any way at all. This line of thinking is based on the idea that an unwritten constitutional rule can exist only as a binding rule if it can be defined with absolute accuracy. At first sight this sounds reasonable, given the difficulty to define the exceptional circumstances under which a rule does not have to be followed. The most important problem with this approach to legal rules is that it does not capture an element that is specific to legal rules. Indeed, there are many (written) legal rules that allow for exceptions without losing their bindingness, even if the exact exceptions are as of yet unknown.

In order to tackle these problems, another perspective on unwritten constitutional law in political context is needed. This thesis proposed to replace the concept of unwritten constitutional law with the concept of conventions in the Dutch constitution. As opposed to unwritten constitutional law, the conceptualisation of conventions from the United Kingdom has always been tailored to the flexibility of the political process. That is not to say however that the conceptualisation of conventions from the United Kingdom can directly be transposed to the Dutch constellation. In contrast to the United Kingdom, there is no commonly accepted definition of law in the Netherlands. This constellation requires clarity about the definitions of both convention and law.

In this thesis, the following way of distinguishing law and convention was proposed. Constitutional law was described as the body of rules that can be properly defined. In practice this more or less amounts to a definition according to which laws are written rules which have officially been promulgated by an authorised lawmaker in a proper legal form. There is however one additional unwritten rule that should be regarded as part of the (constitutional) law, namely the rule of recognition as regards the bindingness of conventions: the deviation of a constitutional convention is unconstitutional (i.e., in the Dutch context, a violation of constitutional law), except (i) for the situation in which (a) all the actors involved have accepted a particular deviation from the convention or (b) in which the deviation of the convention is allowed in the light of very exceptional circumstances and (ii) if the deviation of the convention in this situation does not amount to a violation of other constitutional (written) norms except for the (theoretical) situation in which a convention emerges of which the binding force is explicitly accepted by all actors involved as having *contra legem* force over the course of at least two parliamentary sessions.

This rule allows for the emergence of conventions as inherently flexible rules without having to be completely cast in stone in order to be recognised as legally relevant rules. Importantly, this rule of recognition itself can, contrary to the individual conventions of which it recognises the binding force, be regarded as fixed and thus as a part of the (constitutional) law.

4. REFLECTIONS ON THE DEMARCATION BETWEEN LAW AND CONVENTION IN THE NETHERLANDS

In the remainder of this thesis, the newly proposed definition of convention in the Dutch context was applied to the most important areas of the Dutch constitution, including the relations between the government and Parliament, the relations within the government and the Second Chamber (the *Tweede Kamer*, somewhat comparable to the House of Commons in the United Kingdom) respectively, the formation of the new cabinet, and, finally, the relation between the First Chamber (the *Eerste Kamer*, slightly comparable to the House of Lords) and the government. For each of these areas it was investigated to what extent conventions can be distinguished. Three conclusions were drawn from this investigational survey.

First, the constitutional lawmaker has provoked the development of new conventions by replacing the electoral system of first-past-the-post with the system of proportional representation in 1917 (see currently Art. 53(1) of the Constitution). Until 1917, the Netherlands was divided in separate constituencies, whereby each constituency selected one member of the Second Chamber. Since the introduction of the new electoral system of proportional representation, all the voters in the Netherlands simultaneously elect all members of the Second Chamber, regardless of the region in which they live. In order to be elected as a Member of the Second Chamber, candidates need to gain only a percentage of 1 out of 150 (the total amount of seats in the Second Chamber) of the total amount of votes cast in the whole country.

As a result, the change in electoral system has provided a realistic opportunity to gain a parliamentary seat to candidates of relatively small political parties. This legal change has prompted the emergence of conventions preserving a level playing field in the (newly elected) Second Chamber. Examples of such conventions are the rule providing that ministers and junior ministers need to resign on the eve of the general election (in order to prevent sitting government members having an undue advantage towards opposition parties during the period of the formation of the new government) and the rule according to which the members of an outgoing government (i.e. a government that is still in office, pending the formation of the new government) are not entitled to take far-reaching policy decisions.

Second, provisions of the Constitution attributing discretionary powers most of the time preclude the development of the conventions. This is due to the paradoxical nature of conventions of which the binding force, also in the Netherlands, depends on the belief among the actors involved that there is no other realistic option than to follow the rule at stake. There is however no fixed way as to how the most important discretionary powers should be applied. For instance, the discretionary powers of the parliament and government (e.g. the power of legislative initiative (Art. 82 Constitution) and the power to veto bills (Art. 87 Constitution)) can be applied in a myriad of ways. Therefore, it has not yet been possible to detect conventions in these areas, as the actors involved have never committed themselves to one par-

particular application of their openly formulated (legislative) powers. In the unlikely event that conventions closing the gap of such discretionary powers would emerge, they may be termed *contra legem* conventions as they would overrule the political autonomy the constitutional lawmaker has attributed to the government and parliament.

Third, the observance of conventions has been explained through the mechanism of reciprocity: political actors in office observe conventions aware that their political opponents will also comply with these conventions once they attain office in the future. Crucially, the importance of this notion reaches beyond the observance of constitutional conventions. Indeed, the (written) legal norms of the constitution as regards the relations between political actors are also dependent on the responsibility of political actors themselves, as these norms are just as unenforceable by the courts as constitutional conventions.

This observation also greatly impacts the (im)possibilities of constitutional design, as the notion of reciprocity may give rise to patterns of behaviour that may be at odds with the provisions of the Constitution. For example, the text of the Constitution provides that it is only for the (senior) minister (*minister*) to decide who will be appointed as the junior minister (*staatssecretaris*) at their department (Art. 46(2) Constitution). However, in practice the politicians negotiating about the formation of the Cabinet make arrangements as to which persons will be appointed as junior ministers, even before the (senior) minister takes office. Therefore, once appointed the (senior) minister only has the power to veto the appointment of the prospective junior minister. This power can however only be used under very exceptional circumstances given the notion of reciprocity: if one (senior) minister decides to invoke their veto power as regards the appointment of a junior minister, it is very likely that their fellow ministers (especially those from other coalition parties) will react in the same way. Therefore, by invoking this veto power senior ministers basically spoil the agreements that were reached during the formation negotiations concerning the portfolio allocation of the Cabinet. This illustrates how the notion of reciprocity has in practice obstructed the original objective of the constitutional lawmaker to attribute full autonomy to (senior) ministers as regards the appointment of junior ministers.

5. FINAL REMARKS

This thesis has shown that the conceptualisation of constitutional conventions from the United Kingdom may help to better understand the Dutch constitution. Compared to the concept of 'unwritten constitutional law' that is commonly used to describe binding rules outside the Constitution, the notion of 'convention' allows for a perspective on binding rules in the political process as ultimately indefinite in nature. Moreover, it appeared that the bindingness of constitutional rules (i.e. both conventions and the writ-

ten provisions of the Constitution) in the Dutch political process in general cannot be taken for granted: these rules are only observed if they are both sufficiently neutral and account for the (long-term) interests of the political actors involved. All in all, it may be concluded that the concept of conventions helps to evaluate 'political' constitutions such as those of the Netherlands and the United Kingdom.

Verkort aangehaalde literatuur

ADAMS 2013

M. Adams, 'Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat' (oratie Tilburg), *NJB* 2013-17, p. 1110-1118

AERTS 2016

R.A.M. Aerts, 'Het ingesleten pad: over de betekenis van de Grondwet van 1815', in: A. Alen e.a. (red.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden van 1815*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 45-56

AKKERMANS 1985

P.W.C. Akkermans, *De kwetsbare Grondwet* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985

ALLAN 1993

T.R.S. Allan, *Law, Liberty and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford: Clarendon Press 1993

ALLAN 2013

T.R.S. Allan, *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford: Oxford University Press 2013

ALLAN 2016

T.R.S. Allan, 'Law, Democracy, and Constitutionalism: Reflections on *Evans v Attorney-General*', (2016) 75(1) *The Cambridge Law Journal*, p. 38-61

ALLISON 2007

J.W.F. Allison, *The English Historical Constitution. Continuity, Change and European Effects*, Cambridge: Cambridge University Press 2007

ALLISON 2018A

J.W.F. Allison, 'Minimising Magna Carta and Modernising Exposition of the Rule of Law in the English Historical Constitution', in: C. May & A. Winchester (red.), *Handbook on the Rule of Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 149-166

ALLISON 2018B

J.W.F. Allison, 'Turning the Rule of Law into an English Constitutional Idea', in: C. May & A. Winchester (red.), *Handbook on the Rule of Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 167-183

ANDEWEG 1990

R.B. Andeweg, 'Tweeërlei Ministerraad: besluitvorming in Nederlandse kabinetten', in: R.B. Andeweg (red.), *Ministers en Ministerraad*, 's-Gravenhage: SDU 1990, p. 17-41

ANDEWEG 1991

R.B. Andeweg, 'Het kind en het badwater: individuele en collectieve ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland', in: *De ministeriële verantwoordelijkheid. Studiedagen Brussel 28-29 september 1989*, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1991, p. 97-108

ANDEWEG 1992A

R.B. Andeweg, 'Executive-Legislative Relations in the Netherlands: Consecutive and Coexisting Patterns', (1992) 17(2) *Legislative Studies Quarterly*, p. 161-182

ANDEWEG 1992B

R.B. Andeweg, 'De Eerste Kamer: tussen doublure en dwarsdrijving', in: J.J.A. Thomassen e.a. (red.), *De geachte afgevaardigde. Hoe Kamerleden denken over het Nederlandse parlement*, Muiderberg: Dick Coutinho 1992, p. 129-157

ANDEWEG 2015

R.B. Andeweg, 'Normalisering van de Tweede Kamer? Een internationale vergelijking', in: R. Aerts e.a. (red.), *In dit huis. Twee eeuwen Tweede Kamer*, Amsterdam: Boom 2015, p. 139-165

ANDEWEG 2018

R.B. Andeweg, *Werk in uitvoering. Beschouwingen over het functioneren van de democratie. Verzameld en van een inleiding voorzien door Joop van Holsteyn, Galen Irwin en Ruud Koole ter gelegenheid van het afscheid als hoogleraar Empirische Politicologie van Rudy B. Andeweg van de Universiteit van Leiden*, Houten: Het Spectrum 2018

ANSON 1886

W.R. Anson, *The Law and Custom of the Constitution. Volume I: Parliament*, Oxford: Clarendon Press 1886

AUSTIN 1995 (1832)

J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined. Edited by Wilfrid E. Rumble*, Cambridge: Cambridge University Press 1995 (oorspronkelijke uitgave 1832)

AVRIL 1997

P. Avril, *Les Conventions de la Constitution*, Parijs: Presses universitaires de France 1997

VAN BAALEN 2003

C.C. van Baalen, *Een rituele dans in de Tweede Kamer? Klagen over kabinetsformaties, 1946-2002* (oratie Nijmegen), Den Haag: Sdu 2003

VAN BAALEN 2012

C.C. van Baalen, 'De kabinetsformatie en de instituties: de Tweede Kamer', in: J.Th.J. van den Berg (red.), *Koning, Kamers, kabinetsformatie. Instituties en conventies bij de coalitievorming in Nederland*, Den Haag: Montesquieu Instituut 2012, p. 15-33

VAN BAALEN 2018

C.C. van Baalen, 'De parlementarisering van de kabinetsformatie', in: B.J. van Ettekooven e.a. (red.), *Rechtsorde en bestuur* (Donner-bundel), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 47-61

VAN BAALEN & VAN KESSEL 2012

C.C. van Baalen & A. van Kessel, *De kabinetsformatie in vijftig stappen*, Amsterdam: Boom 2012

VAN BAALEN & VAN KESSEL 2013

C.C. van Baalen & A. van Kessel, 'Het nieuwe formeren en verder', in: C. Rottevel Mansveld (red.), *Het nieuwe formeren. Terugblik op de formatie van het kabinet-Rutte II*, Den Haag: Montesquieu Instituut 2013, p. 9-21

VAN BAALEN & VAN KESSEL 2016

C.C. van Baalen & A. van Kessel, 'Slotbeschouwing', in: C.C. van Baalen & A. van Kessel (red.), *Kabinetsformaties 1977-2012*, Amsterdam: Boom 2016, p. 525-542

BAGEHOT 2001 (1867)

W. Bagehot, *The English Constitution. Edited with an Introduction and Notes by Miles Taylor*, Oxford: Oxford University Press 2001 (oorspronkelijke uitgave 1867)

BARBER 2008

N.W. Barber, 'Against a Written Constitution', (2008) *Public Law*, p. 11-18

BARBER 2010

N.W. Barber, *The Constitutional State*, Oxford: Oxford University Press 2010

BARENTS 1948

J. Barents, *De taak der politieke wetenschap: verruiming van inzicht* (oratie Amsterdam GU/UvA), 's-Gravenhage: A.A.M. Stols 1948

BEEKMAN 1973

H. Beekman, 'Ongeschreven staatsrecht en kamerontbinding', *NJB* 1973-14, p. 397-403

BEKKER 2021

R. Bekker, 'De onzichtbare ambtenaar. Extern optreden van ambtenaren: de oekaze-Kok onder de loep', *AA* 2021-4, p. 346-352

BELINFANTE 1982

A.D. Belinfante, 'Object en methode van de staatsrechtbeoefening', in: *Object en methode van de staatsrechtswetenschap. Staatsrechtconferentie 1982*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 1-24

VAN BEMMELEN 1889

P. van Bemmelen, 'De beperkte monarchie en de parlementaire monarchie', in: *Bijdragen tot de kennis van staats-, provinciaal en gemeente-bestuur in Nederland* (derdigste deel, derde reeks, tweede deel), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1889, p. 189-226

VAN BEMMELEN 1891

P. van Bemmelen, *Regtsgeleerde opstellen. Deel II: 1886-1890*, Leiden: E.J. Brill 1891

VAN DEN BERG 1961

W.A. van den Berg, *De staatssecretaris* (diss. Rotterdam), Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1961

VAN DEN BERG 1985

J.Th.J. van den Berg, 'Democratie onder de kaasstolp', *S&D* 1985-1, p. 3-11

VAN DEN BERG 1989

J.Th.J. van den Berg, 'Ministeriële verantwoordelijkheid: "de zweeps slag voor de ambtelijke dienst"', *S&D* 1989-4, p. 119-131

VAN DEN BERG 1990A

J.Th.J. van den Berg, *Stelregels en spelregels in de Nederlandse politiek* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990

VAN DEN BERG 1990B

J.Th.J. van den Berg, 'De Minister-President: aanjager van noodzakelijk beleid', in: R.B. Andeweg (red.), *Ministers en ministerraad*, 's-Gravenhage: SDU 1990, p. 97-125

VAN DEN BERG 1993

J.Th.J. van den Berg, 'Een parlement in vier gedaanten', in: W.J. van Noort e.a. (red.), *Organiseren op een breukvlak. Zes opstellen over organisaties in verleden, heden en toekomst*, Amsterdam: SISWO 1993, p. 65-79

VAN DEN BERG 2001

J.Th.J. van den Berg, "'Le Roi règne, mais il ne gouverne pas'", in: C.C. van Baalen e.a. (red.), *Jaarboek parlementaire geschiedenis 2001*, Den Haag: Sdu 2001, p. 56-69

VAN DEN BERG 2003

J.Th.J. van den Berg, 'Het merkwaardige karakter van Nederlandse kabinetsformaties', *S&D* 2003-7/8, p. 69-75

VAN DEN BERG 2004

J.Th.J. van den Berg, 'De aanspraak der Natie'. *Het koninklijk recht van kamerontbinding en de rol van de kiezer* (oratie Maastricht), 2004, tekst beschikbaar op parlement.com

VAN DEN BERG 2005

J.Th.J. van den Berg, 'Minister-President in het land van "doen alsof"', in: J.L.W. Broeksteeg & L.F.M. Verhey (red.), *Een versterking van de minister-president?*, Deventer: Kluwer 2005, p. 47-56

VAN DEN BERG 2006A

J.Th.J. van den Berg, "'... En ontslaat hen naar welgevallen": verantwoordelijkheid en vertrouwen', in: J.L.W. Broeksteeg, J.Th.J. van den Berg & L.F.M. Verhey (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 23-33

VAN DEN BERG 2006B

J.Th.J. van den Berg, *De Eerste Kamer, of: de zin van rivaliteit* (afscheidsrede Leiden), uitgave in eigen beheer, 2006, tekst beschikbaar op scholarlypublications.universiteitleiden.nl

VAN DEN BERG 2007

J.Th.J. van den Berg, 'Het parlement: een instelling, drie instituties', in: J.Th.J. van den Berg e.a. (red.), *Het parlement. Staatsrechtconferentie 2006. Universiteit Maastricht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 15-37

VAN DEN BERG 2010

J.Th.J. van den Berg, 'Ongeliefd en verre van onmisbaar: de Partij van de Arbeid in 2010', *S&D* 2010-10/11, p. 12-21

VAN DEN BERG 2012

J.Th.J. van den Berg, 'De kabinetsformaties en de instituties: de Koning', in: J.Th.J. van den Berg (red.), *Koning, Kamers, kabinetsformatie. Instituties en conventies bij de coalitievorming in Nederland*, Den Haag: Montesquieu Instituut 2012, p. 51-67

VAN DEN BERG 2016A

J.Th.J. van den Berg, 'Stelregels en spelregels revisited: conventies en machtsverhoudingen in Nederland', in: L.F.M. Verhey & G.J.A. Geertjes (red.), *De constitutionele conventie. Kwal op het strand of baken in zee?*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 41-49

VAN DEN BERG 2016B

J.Th.J. van den Berg, *Macht verloren, gezag versterkt. Historische en staatsrechtelijke opmerkingen over het koningschap in Nederland*, Amsterdam: Elsevier 2016

VAN DEN BERG 2016C

J.Th.J. van den Berg, "'Een voor Dames toegankelijke Heerensofiëteit": bicameralisme in Nederland 1798-2015', in: A. Alen e.a. (red.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden van 1815*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 125-147

VAN DEN BERG 2019

J.Th.J. van den Berg, 'De drie gedaanten van het parlement: of zijn het er toch vier?', in: T. Louwerse e.a. (red.), *Van driestromenland tot delta? Beschouwingen over ontwikkelingen in de Nederlandse politiek*, Leiden: Leiden University Press 2019, p. 121-138

VAN DEN BERG & VIS 2013

J.Th.J. van den Berg & J.J. Vis, *De eerste honderdvijftig jaar. Parlementaire geschiedenis van Nederland 1796-1946*, Amsterdam: Bert Bakker 2013

- VAN DEN BERGH 1948
G. van den Bergh, 'De Eerste Kamer', *TvO* 1948 (no. 151), p. 61-62
- VAN DEN BERGH 1949
G. van den Bergh, *Verzamelde staatsrechtelijke opstellen. Eerste bundel*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1949
- VAN DEN BERGH 1982
G.C.J.J. van den Bergh, *Wet en gewoonte. Historische grondslagen van een dogmatisch geding*, Deventer: Kluwer 1982
- BESSELINK 1989
L.F.M. Besselink, 'De motie van wantrouwen: kamerontbinding of kabinetsonslag?', *NJB* 1989-33, p. 1206-1209
- BESSELINK 1991
L.F.M. Besselink, 'Aard en grondslag der ministeriële verantwoordelijkheid', in: *De ministeriële verantwoordelijkheid. Studiedagen Brussel 28-29 september 1989*, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1991, p. 119-134
- BESSELINK 2003
L.F.M. Besselink, 'Tweeërlei constitutie', in: J.L. de Reede & J.H. Reestman (red.), *Op het snijvlak van recht en politiek* (Prakke-bundel), Deventer: Kluwer 2003, p. 13-26
- BEUKERS 2011
T. Beukers, *Law, Practice and Convention in the Constitution of the European Union* (diss. Amsterdam UvA), uitgave in eigen beheer, 2011
- BINGHAM 2002
Lord Bingham, 'Dicey Revisited', (2002) *Public Law*, p. 39-51
- BLACKSTONE 1876 (1765)
W. Blackstone, *The Commentaries on the Laws of England. Adapted to the Present State of the Law by Robert Malcolm Kerr* (vier delen; vierde druk), Londen: Murray 1876 (eerste druk 1765)
- BLICK 2014
A. Blick, 'Emergency Powers and the Withering of the Royal Prerogative', (2014) 18(2) *The International Journal of Human Rights*, p. 195-210
- BLICK 2015
A. Blick, *Beyond Magna Carta. A Constitution for the United Kingdom*, Oxford: Hart Publishing 2015
- BLICK 2016A
A. Blick, *The Codes of the Constitution*, Oxford: Hart Publishing 2016
- BLICK 2016B
A. Blick, 'Constitutional Implications of the Fixed-Term Parliaments Act 2011', (2016) 69(1) *Parliamentary Affairs*, p. 19-35
- DE BLOCK 1938
A.L. de Block, *Toeneming van den macht der Kroon* (oratie Tilburg), Tilburg: Boekhandel Triborgh 1938
- BOGDANOR 1995
V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, Oxford: Oxford University Press 1995
- BOGDANOR 2009
V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Oxford: Hart Publishing 2009
- BOGDANOR 2019
V. Bogdanor, *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, Londen: I.B. Tauris 2019

BOOGAARD 2012

G. Boogaard, 'Nu verkiezingen. Zoals dat hoort in ons democratisch bestel! Over de Conventie van 1966', *Actioma*, juni 2012, p. 41-43

BOOGAARD 2017

G. Boogaard, 'Levende stemkastjes en het verbod van last: over artikel 67 Grondwet en de plannen van GeenPeil', *NJB* 2017-5, p. 319-322

BOOGAARD 2018

G. Boogaard, 'De Grondwet waarborgt de "gemengde democratie": over de zoektocht naar de gecodificeerde democratie', *RMThemis* 2018-6, p. 240-250

BOOGAARD 2019

G. Boogaard, 'Democratie en de Nederlandse Grondwet: een proeve van systematische grondwetsinterpretatie', in: N.S. Efthymiou e.a. (red.), *Democratie. Nieuwe ontwikkelingen. Staatsrechtconferentie 2018*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2019, p. 3-23

BOOGAARD & DRAGSTRA 2019

G. Boogaard & L. Dragstra, 'De kracht van de lege zetel', in: S. van den Hof e.a. (red.), *Recht uit het hart* (Hins-bundel), uitgave in eigen beheer, 2019, p. 1-11

BOOTSMA 2017

P. Bootsma, *Coalitievorming. Een vergelijking tussen Duitsland en Nederland* (diss. Maastricht), Amsterdam: Boom 2017

BOVEND'EERT 1988A

P.P.T. Bovend'Eert, *Regeerakkoorden en regeringsprogramma's* (diss. Nijmegen), 's-Gravenhage: SDU 1988

BOVEND'EERT 1988B

P.P.T. Bovend'Eert, 'De parlementaire fracties: kanttekeningen bij een monografie', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 1988-12, p. 659-662

BOVEND'EERT 1991

P.P.T. Bovend'Eert, 'Kamerontbinding: een autonoom recht van de regering', *RMThemis* 1991-2, p. 52-62

BOVEND'EERT 2000

P.P.T. Bovend'Eert, 'Met of zonder Koning? De samenstelling van de regering in een moderne parlementaire democratie', in: L. Prakke & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Monarchie en republiek*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 1-22

BOVEND'EERT 2005

P.P.T. Bovend'Eert, 'De minister-president: een regeringsleider zonder bevoegdheden?', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Over de versterking van de positie van de minister-president. Drie opstellen en het verslag van een colloquium*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, p. 9-33

BOVEND'EERT 2011

P.P.T. Bovend'Eert, 'De Eerste Kamer en de kabinetsformatie: afzijdig of betrokken?', *TvCR* 2011-4, p. 381-391

BOVEND'EERT 2012

P.P.T. Bovend'Eert, 'De kabinetsformatie en de instituties: de Eerste Kamer', in: J.Th.J. van den Berg (red.), *Koning, Kamers, kabinetsformatie. Instituties en conventies bij de coalitievorming in Nederland*, Den Haag: Montesquieu Instituut 2012, p. 35-49

BOVEND'EERT 2015

P.P.T. Bovend'Eert, 'De (enige?) uitzondering op Noordwijkerhout/Guldemond: hoe gaat de burgerlijke rechter om met geschillen in de politieke sfeer?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 131-146

- BOVEND'EERT 2016
P.P.T. Bovend'Eert, 'Waarheen met de kabinetsformatie?', *RMThemis* 2016-3, p. 115-123
- BOVEND'EERT 2020
P.P.T. Bovend'Eert, *De Koning en de monarchie. Toekomstbestendig? Met een historische inleiding verzorgd door Alexander van Kessel*, Deventer: Wolters Kluwer 2020
- BOVEND'EERT & KUMMELING 2010
P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement* (elfde druk), Deventer: Kluwer 2010
- BOVEND'EERT & KUMMELING 2017
P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement* (twaalfde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2017
- VAN DEN BRAAK 1998
B.H. van den Braak, *De Eerste Kamer. Geschiedenis, samenstelling en betekenis 1815-1995* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 1998
- VAN DEN BRAAK 2012
B.H. van den Braak, 'Geen kabinetswisseling zonder verkiezingen: een conventie om aan vast te houden', *TvCR* 2012-3, p. 385-388
- VAN DEN BRAAK & VAN DEN BERG 2017
B.H. van den Braak & J.Th.J. van den Berg, *Zeventig jaar zoeken naar het compromis. Parlementaire geschiedenis van Nederland 1946-2016*, Amsterdam: Bert Bakker 2017
- BRADLEY, EWING & KNIGHT 2015
A.W. Bradley, K.D. Ewing & C.J.S. Knight, *Constitutional & Administrative Law* (zestiende druk), Harlow: Pearson 2015
- BRAZIER 1992
R. Brazier, 'The Non-Legal Constitution: Thoughts on Convention, Practice and Principle', (1992) 43(3) *Northern Ireland Legal Quarterly*, p. 262-287
- BRAZIER 1995
R. Brazier, 'The Constitutional Position of the Prince of Wales', (1995) *Public Law*, p. 401-416
- BRAZIER 1998
R. Brazier, *Constitutional Practice. The Foundations of British Government* (derde druk), Oxford: Oxford University Press 1998
- BROEKSTEEG 2004
J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004
- BROEKSTEEG 2014
J.L.W. Broeksteeg, 'Het bestaansrecht van de Eerste Kamer', *AA* 2014-12, p. 912-916
- BROEKSTEEG & QOUBBANE 2012
J.L.W. Broeksteeg & N. Qoubbane, 'Ongeschreven staatsrecht en kabinetsformatie', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 295-309
- BURGER 1972
J.A.W. Burger, 'Naklank van het congres', *S&D* 1972-11, p. 482-486
- BURKE 2014 (1790)
E. Burke, 'Reflections on the Revolution in France', in: I. Hampsher-Monk (red.), *Burke's Revolutionary Writings*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 1-250 (oorspronkelijke uitgave 1790)

BURKENS 1972

M.C.B. Burkens, *Staatsrecht en empirische wetenschap* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1972

BURKENS 1973

M.C.B. Burkens, 'Object en methode van de staatsrechtwetenschap', in: *Object en methode van de staatsrechtwetenschap. Pre-adviezen voor een staatsrechtelijk symposium te Nijmegen (Katholieke Universiteit) op vrijdag 14 december 1973*, uitgave in eigen beheer, 1973, p. 1-32

BURKENS 1976

M.C.B. Burkens, 'Op weg naar een algehele grondwetsherziening', *Beleid & maatschappij* 1976-12, p. 319-326

BURKENS 1979

M.C.B. Burkens, 'Algehele grondwetsherziening: een instrument voor de toekomst?', *NJB* 1979-4, p. 61-67

BURKENS 1981

M.C.B. Burkens, 'Grondwet en beslissingssysteem', in: *De Grondwetsherziening. Staatsrechtcongres 1981*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 33-72

BURKENS 1987A

M.C.B. Burkens, in: *Ambtenaar, dienaar van de minister? Verslag van het symposium over de positie en de macht van de ambtenaar, gehouden op donderdag 28 augustus 1986 te 14.00 uur in de Ridderzaal te 's-Gravenhage, ter gelegenheid van het vertrek uit de ambtelijke dienst van mr. H. Gritter, chef van de Stafafdeling Constitutionele Zaken en Wetgevingsaangelegenheden van het Ministerie van Binnenlandse Zaken*, uitgave in eigen beheer, 1987, p. 9-10, 17-20, 53-55

BURKENS 1987B

M.C.B. Burkens, 'De huidige Eerste Kamer', *RegelMaat* 1987-4, p. 111-118

BUYS 1883

J.T. Buys, *De Grondwet. Toelichting en kritiek. Deel I*, Arnhem: P. Gouda Quint 1883

BUYS 1887

J.T. Buys, *De Grondwet. Toelichting en kritiek. Deel II*, Arnhem: P. Gouda Quint 1887

BUYS 1888

J.T. Buys, *De Grondwet. Toelichting en kritiek. Deel III. Van de wijzigingen in 1887 ingevoerd*, Arnhem: P. Gouda Quint 1888

BUYS 1894

J.T. Buys, *Studiën over staatkunde en staatsrecht. Eerste deel*, Arnhem: P. Gouda Quint 1894

COOPMAN 1939

I. Coopman, *Bescherming van het parlement. Maatregelen tegen de orde verstorende en revolutionaire afgevaardigden* (diss. Amsterdam GU/UvA), Amsterdam: H.J. Paris 1939

COUWENBERG 1974

S.W. Couwenberg, *De omstreden staat. Ontwikkeling en problematiek van de staats-theorie in de 20^{ste} eeuw*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1974

COUWENBERG 1977

S.W. Couwenberg, *Westers staatsrecht als emancipatieproces. Ontwikkeling van de constitutionele emancipatiefunctie in de democratische rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1977

COUWENBERG 1979

S.W. Couwenberg, *Van monarchale machtsstaat naar liberale democratie. Modern constitutioneel recht en emancipatie van de mens 1*, Assen: Van Gorcum 1979

CRAIG 2020

P.P. Craig, 'The Supreme Court, Prorogation and Constitutional Principle', (2020) *Public Law*, p. 248-277

CRINCE LE ROY 1976

R. Crinice le Roy, *De vierde macht. Een hernieuwde kennismaking* (derde, herziene druk van openbare les Utrecht), 's-Gravenhage: Vuga 1976

CUOCOLO 2015

L. Cuocolo, 'Constitutional Conventions and the Economic Crisis: The Italian Paradigm', (2015) 38(2) *Dublin University Law Journal*, p. 265-282

DAALDER 1964

H. Daalder, *Leiding en lijdelijkheid in de Nederlandse politiek* (oratie Leiden), Assen: Van Gorcum 1964

DAALDER 1974

H. Daalder, *Politisering en Lijdelijkheid in de Nederlandse politiek*, Assen: Van Gorcum 1974

DAALDER 1986

H. Daalder, 'Het parlement: arena of institutie?', in: R.A. Koole (red.), *Binnenhof binnenste buiten. Slagen en falen van de Nederlandse parlementaire democratie*, Weesp: De Haan 1986, p. 188-202

DAALDER 1990 [1957]

H. Daalder, 'Het dualisme in ons staatsbestel: mythe en realiteit', in: H. Daalder, *Politiek en historie. Opstellen over Nederlandse politiek en vergelijkende politieke wetenschap*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 1990, p. 81-95 [oorspronkelijk geschreven in 1957]

DAALDER 1995

H. Daalder, *Van oude en nieuwe regenten. Politiek in Nederland*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 1995

VAN DAM 2011

P. van Dam, *Staat van verzuiling. Over een Nederlandse mythe*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2011

DIAMANT 2017

M. Diamant, *Het budgetrecht van het Nederlandse parlement in het licht van het Europees economisch bestuur* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017

DICEY 2013 [1900]

A.V. Dicey, 'Historical Constitutions and Non-Historical Constitutions', in: A.V. Dicey/J.W.F. Allison, *Comparative Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 172-191 [oorspronkelijk geschreven in 1900]

DICEY 1959 (1915)

A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution. With Introduction and Appendix by E.C.S. Wade* (tiende druk), Londen: MacMillan 1959 (gebaseerd op de laatste, door Dicey zelf bewerkte achtste druk uit 1915)

DÖLLE 1979

A.H.M. Dölle, 'Het ongeschreven staatsrecht in de Nederlandse literatuur', *Bestuurswetenschappen* 1979-5, p. 309-323

DÖLLE 1980

A.H.M. Dölle, 'De termen "monisme" en "dualisme" als karakterisering van een idiaaltypische [sic] verhouding Regering-Tweede Kamer', *TvO* 1980-20, p. 498-501, 507

DÖLLE 1983

A.H.M. Dölle, 'Ongeschreven staatsrecht als politiek strijdmiddel: toegelicht aan de hand van enkele discussies bij de jongste grondwetsherziening', *NJB* 1983-36, p. 1157-1162

DÖLLE 1988

A.H.M. Dölle, *Over ongeschreven staatsrecht* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1988

DÖLLE 2003

A.H.M. Dölle, 'De positie van een demissionair kabinet', *Openbaar bestuur* 2003-5, p. 2-6

DÖLLE 2014

J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Bezield staatsrecht. Een bloemlezing uit het wetenschappelijk werk van A.H.M. Dölle*, Deventer: Kluwer 2014

DÖLLE & ENGELS 1984

A.H.M. Dölle & J.W.M. Engels, 'De affaire Brinkman: symptoom van de rijzende ster van het ambt van de Minister-President', *TvO* 1984-19, p. 411-416

DONNER 1948

A.M. Donner, 'Grondwetsstudie in Nederland 1848-1948', in: J. Valkhoff (red.), *Grondwet en maatschappij in Nederland 1848-1948*, Den Haag: De Kern 1948, p. 327-362

DONNER 1957

A.M. Donner, 'De verhouding tussen regering en parlement', *Bestuurswetenschappen* 1957-3, p. 194-204

DONNER 1961

A.M. Donner, *De plaats der Staten-Generaal in het hedendaagse staatsrecht. Lezing voor de Algemene Ledenvergadering van de Calvinistische Juristen Vereniging van 11 mei 1961*, uitgave in eigen beheer, 1961

DONNER 1969

A.M. Donner, 'Beeldenstorm te Rotterdam', *Anti-revolutionaire staatkunde* 1969-4, p. 137-147

DONNER 1978

A.M. Donner, 'Nog meer regels?', *Anti-revolutionaire staatkunde* 1978-1/2, p. 3-8

DONNER 1979

A.M. Donner, *Bestendig en wederkerig. Over het verband van staat en staatsrecht* (oratie Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979

DONNER 1981A

A.M. Donner, 'Inleidende opmerkingen over staatsrecht en politiek', in: *De Grondwetsherziening. Staatsrechtcongres 1981*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 1-9

DONNER 1981B

A.M. Donner, 'De ontwikkeling van het staatkundige denken in Nederland sinds 1814', in: *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland 1830-1980. Preadviezen uitgebracht voor een colloquium georganiseerd door de juridische faculteiten van de universiteiten van Gent en Leiden. Gent, 5-7 november 1980*, Leiden: Universitaire Pers 1981, p. 279-307

DONNER 1982A

A.M. Donner, 'Object en methode van het staatsrecht', in: *Object en methode van de staatsrechtswetenschap. Staatsrechtconferentie 1982*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 25-63

DONNER 1982B

A.M. Donner, 'Het koningschap in Nederland', in: *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982, p. 69-81

DONNER 1986

A.M. Donner, *Tussen het echte en gemaakte. Uit de geschriften van Prof.mr. A.M. Donner*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986

DONNER 1987A

A.M. Donner, 'Verantwoordelijkheid', *RMThemis* 1987-8, p. 365-368

DONNER 1987B

A.M. Donner, 'De opkomst van het ambt van minister-president', in: *Voor de eenheid van beleid. Beschouwingen ter gelegenheid van vijftig jaar Ministerie van Algemene Zaken*, 1987, p. 23-36, tekst beschikbaar op wrr.nl

DOOYEWEERD 1917

H. Dooyeweerd, *De ministerraad in het Nederlandsche staatsrecht* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Wed. G. van Soest 1917

DREES 1975

W. Drees, *Het Nederlandse parlement vroeger en nu*, Naarden: Strengholt 1975

VAN DEN DRIESSE 2005

I. Van den Driessche, *Politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Het Nederlandse begrip in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005

DUCHATEAU & NAP 2016

M. Duchateau & M. Nap, 'De minister als nationale en Europese ambtsdrager', *TvCR* 2016-4, p. 300-321

DUYNSTEE 1959

F.J.F.M. Duynstee, '[Bespreking van] J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*', *RMThemis* 1959-3, p. 304-319

DUYNSTEE 1960

F.J.F.M. Duynstee, 'Staatsrechtelijke gevolgen van de oorzaken van kabinetswisselingen', in: *Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Dr. G. van den Bergh ter gelegenheid van zijn aftreden als hoogleraar in het Nederlandse staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1960, p. 59-82

DUYNSTEE 1966

F.J.F.M. Duynstee, *De kabinetsformaties 1946-1965*, Deventer: Kluwer 1966

DUYNSTEE 1973

F.J.F.M. Duynstee, 'Inleiding', in: *Object en methode van de staatsrechtwetenschap. Pre-adviezen voor een staatsrechtelijk symposium te Nijmegen (Katholieke Universiteit) op vrijdag 14 december 1973*, uitgave in eigen beheer, 1973, p. i-iv

DUYNSTEE & BOSMANS 1977

F.J.F.M. Duynstee & J. Bosmans, *Het kabinet-Schermerhorn-Drees (1945-1946)*, Assen: Van Gorcum 1977

DWORKIN 1977

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen: Duckworth 1977

EFTHYMIU 2012

N.S. Efthymiou, 'Modern koningschap', *TvCR* 2012-1, p. 29-53

EIJSBOUTS 1989

W.T. Eijsbouts, *Recht en toeval. Premissen van 'het beleid' in het licht van de feiten* (diss. Leiden), uitgave in eigen beheer, 1989

EIJSBOUTS 2016

W.T. Eijsbouts, 'Staatsrecht en conventie op één lijn: vitaliteit, en begrip van de bastaard in Europese constituties, met name in de EU', in: L.F.M. Verhey & G.J.A. Geertjes (red.), *De constitutionele conventie. Kwal op het strand of baken in zee?*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 99-117

ELEFThERIADIS 2009

P. Eleftheriadis, 'Parliamentary Sovereignty and the Constitution', (2009) 22(2) *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, p. 267-290

ELLIOTT 2002

M. Elliott, 'Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention', (2002) 22(3) *Legal Studies*, p. 340-376

ELLIOTT 2017

M. Elliott, 'The Supreme Court's Judgment in *Miller*: In Search of Constitutional Principle', (2017) 76(2) *The Cambridge Law Journal*, p. 257-288

ELLIOTT & THOMAS 2017

M. Elliott & R. Thomas, *Public Law* (derde druk), Oxford: Oxford University Press 2017

ELLIOTT, WILLIAMS & YOUNG 2018

M. Elliott, J. Williams & A.L. Young, 'The *Miller* Tale: An Introduction', in: M. Elliott, J. Williams & A.L. Young (red.), *The UK Constitution after Miller. Brexit and Beyond*, Oxford: Hart Publishing 2018, p. 1-37

ELZINGA 1982

D.J. Elzinga, *De politieke partij en het constitutionele recht* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982

ELZINGA 1988

D.J. Elzinga, *De waarde van een relatief rechtsbegrip* (oratie Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1988

ELZINGA 1989

D.J. Elzinga, 'De democratische rechtsstaat als ontwikkelingsperspectief: over "machtsregulering" als ontwikkelingslijn', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 43-61

ELZINGA 1990

D.J. Elzinga, *De staat van het recht. Opstellen over staatsrecht en politiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990

ELZINGA 1991

D.J. Elzinga, 'De doctrine van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid: over de verhouding tussen staatsrechtelijke normen en de politieke praktijk', in: *De ministeriële verantwoordelijkheid. Studiedagen Brussel 28-29 september 1989*, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1991, p. 17-42

ELZINGA 1996

D.J. Elzinga, 'Vier vuistregels voor grondwetsinterpretatie', *RegelMaat* 1996-3, p. 107-118

ELZINGA 1997

D.J. Elzinga, *Oculi Iustitiae. Pleidooien voor een contextuele rechtsbenadering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

ELZINGA 1998

D.J. Elzinga, 'De betekenis van de Nederlandse Grondwet in de 19^e eeuw', in: N.C.F. van Sas & H. te Velde (red.), *De eeuw van de Grondwet. Grondwet en politiek in Nederland, 1798-1917*, Deventer: Kluwer 1998, p. 80-95

ELZINGA 2003

D.J. Elzinga, 'Grondwet en ongeschreven staatsrecht', in: C.J. Bax & M.C. de Voogd (red.), *Van constitutionalisme en anarchisme* (Holterman & Van der Tang-bundel), Deventer: Kluwer 2003, p. 5-26

ELZINGA 2006

D.J. Elzinga, 'Monarchie en constitutioneel neutrum: over de betekenis van de "pouvoir neutre" in de Nederlandse democratie', in: D.J. Elzinga (red.), *De Nederlandse constitutionele monarchie in een veranderend Europa*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 7-21

ELZINGA 2013

D.J. Elzinga, 'Saevis tranquillus in Undis: zeven vuistregels voor de grondwetgever', in: *De grondwetsherziening van 1983. 30 jaar oud of 30 jaar jong?*, uitgave in eigen beheer van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 2013, p. 26-38

ELZINGA 2014

D.J. Elzinga, 'Eerste Kamer mag ieder voorstel verwerpen', *TvCR* 2014-1, p. 55-56

ELZINGA 2020

D.J. Elzinga, *Recht, staat en democratie. Verzameld werk*, Deventer: Wolters Kluwer 2020

ELZINGA & WISSE 1988

D.J. Elzinga & C. Wisse, *De parlementaire fracties*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1988

ENGELS 1986

J.W.M. Engels, 'Het "geheim van het Noordeinde": onschendbaar?', *NJB* 1986-20, p. 609-612

ENGELS 1987

J.W.M. Engels, *De Minister zonder Portefeuille* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1987

ENGELS 2011

J.W.M. Engels, 'Staatsrechtsvinding rondom constitutionele instellingen niet gediend met positivistische dogmatiek', *NJB* 2011-33, p. 2212-2213

ENGELS & KNOL 1994

J.W.M. Engels & N. Knol, *Het recht van initiatief*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1994

FELDMAN 2013

D. Feldman, 'Constitutional Conventions', in: M. Qvortrup (red.), *The British Constitution: Continuity and Change* (Bogdanor-bundel), Oxford: Hart Publishing 2013, p. 93-119

FRANSSEN & VAN SCHAGEN 1990

H.M. Franssen & J.A. van Schagen, *Over de orde mijnheer de voorzitter. Werkwijze van de Tweede Kamer: Reglement van Orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal toegelicht aan de hand van de praktijk*, 's-Gravenhage: Sdu 1990

GEE 2008

G. Gee, 'The Political Constitutionalism of J.A.G. Griffith', (2008) 28(1) *Legal Studies*, p. 20-45

GEERTJES 2016A

G.J.A. Geertjes, 'Het primaat van de wetgever in de wetgevingspraktijk: de invloed van constitutionele conventies op de totstandkoming van AMvB's', in: L.F.M. Verhey & G.J.A. Geertjes (red.), *De constitutionele conventie. Kwal op het strand of baken in zee?*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 51-66

GEERTJES 2016B

G.J.A. Geertjes, 'Tweehonderd jaar zelfbeeld Tweede en Eerste Kamer: constitutionele en culturele conventies in het parlement', *TvCR* 2016-2, p. 182-197

GEERTJES & UZMAN 2018

G.J.A. Geertjes & J. Uzman, 'Conventions of Unamendability: Covert Constitutional Unamendability in (Two) Politically Enforced Constitutions', in: R. Albert & B.E. Oder (red.), *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, Cham: Springer 2018, p. 89-121

GEERTJES & VERHEY 2015

G.J.A. Geertjes & L.F.M. Verhey, 'Politieke partijen in het Verenigd Koninkrijk: een wisselwerking tussen wetgeving, conventies en interne partijregels', in: J.L.W. Broeksteeg & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 271-291

GOLDSWORTHY 1999

J. Goldsworthy, *Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press 1999

GOLDSWORTHY 2010

J. Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge: Cambridge University Press 2010

DE GRAAF 1983

Th.C. de Graaf, 'Het interimkabinet in Nederland', *Bestuurswetenschappen* 1983-8, p. 510-524

DE GRAAF 2019

Th.C. de Graaf, 'De smalle marges van de kabinetsformatie', *TvCR* 2019-3, p. 227-241

DE GRAAF & VERSTEEG 1985

Th.C. de Graaf & A.J.H.W.M. Versteeg, 'De staatssecretaris in theorie en praktijk', *Bestuurswetenschappen* 1985-1, p. 30-51

GRIFFITH 1963

J.A.G. Griffith, 'Comment', (1963) *Public Law*, p. 401-404

GRIFFITH 1979

J.A.G. Griffith, 'The Political Constitution', (1979) 42(1) *The Modern Law Review*, p. 1-21

GRIFFITH 2001

J.A.G. Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution', (2001) 117 *Law Quarterly Review*, p. 42-67

GROENEVELD 1989

H.A. Groeneveld, *De staatssecretaris in Nederland 1948-1988* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989

VAN HAERSOLTE 1988

R.A.V. baron van Haersolte, *Inleiding tot het Nederlandse staatsrecht* (negende druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

HAGELSTEIN 1991

G.H. Hagelstein, *De parlementaire commissies* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1991

HAILSHAM 1978

Lord Hailsham, *The Dilemma of Democracy. Diagnosis and Prescription*, Londen: Collins 1978

HALLAM 2011 (1827)

H. Hallam, *Constitutional History of England from the Accession of Henry VII to the Death of George II. Volume II*, Cambridge: Cambridge University Press 2011 (fotografische herdruk van oorspronkelijke uitgave uit 1827)

VAN HAMEL 1914

J.A. van Hamel, 'Behoort een verschil tusschen wet en grondwet in stand te worden gehouden? (prae-advies)', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1914* (deel II), 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1914, p. 163-214

HANDELINGEN NJV 1914

'Verslag vergadering, tweede zitting zaterdag 27 juni 1914', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1914* (deel I, tweede stuk), 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1914, p. 81-177

HART 1994 (1961)

H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (tweede druk), Oxford: Oxford University Press 1994 (eerste druk 1961)

HEARN 1886

W.E. Hearn, *The Government of England, Its Structure and Its Development* (derde druk), Londen: Longmans, Green, Reader, and Dyer 1886

HEEMSKERK 1881

J. Heemskerk, *De praktijk onzer Grondwet* (twee delen), Utrecht: Beijers 1881

HEINE 2019

J.A.H. Heine, *Consensuspolitiek in Nederland. Een studie naar de politieke besluitvormingscultuur in de tweede helft van de twintigste eeuw* (diss. Leiden), uitgave in eigen beheer, 2019

HILLEBRINK 2016

S. Hillebrink, 'Het parlementaire inlichtingenrecht', *TvCR* 2016-3, p. 322-334

HIRSCH BALLIN 1979

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Reglement van Orde voor de Raad van Ministers', *AA* 1979-10, p. 602-608

HIRSCH BALLIN 1982

E.M.H. Hirsch Ballin, 'De wetenschap van het constitutionele recht: een kleine methodologie', in: *Object en methode van de staatsrechtwetenschap. Staatsrechtconferentie 1982*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 64-95

HIRSCH BALLIN 1989

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Formatieseizoen', *RMThemis* 1989-7, p. 319-322

HIRSCH BALLIN 1991

E.M.H. Hirsch Ballin, *Rechtsstaat & beleid. Een keuze uit het werk van E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

HIRSCH BALLIN 2013A

E.M.H. Hirsch Ballin, *De Grondwet in politiek en samenleving* (Rechtsstaatlezing 2013), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2013

HIRSCH BALLIN 2013B

E. Hirsch Ballin, *De Koning. Continuïteit en perspectief van het Nederlandse koningschap* (tweede, herziene druk), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013

HOEKSTRA 1983

R.J. Hoekstra, *De ministerraad in Nederland. Preadvises. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983

HOEKSTRA 1988

R.J. Hoekstra, *Ministerraad en vorming van het regeringsbeleid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

HOETINK 2016

C. Hoetink, 'Conventies vanuit politiek-historisch perspectief: een verkenning', in: L.F.M. Verhey & G.J.A. Geertjes (red.), *De constitutionele conventie. Kwal op het strand of baken in zee?*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 15-27

HOETINK 2018

C. Hoetink, *Macht der gewoonte. Regels en rituelen in de Tweede Kamer na 1945* (geïllustreerde handelsuitgave van diss. Nijmegen), Nijmegen: Vantilt 2018

VAN DER HOEVEN 1958

J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht. Enkele opmerkingen over betekenis en functie van de grondwet in het geheel der constitutionele verhoudingen* (diss. Amsterdam GU/UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958

VAN DER HOEVEN 1960

J. van der Hoeven, *Regelmaat en norm* (oratie Amsterdam GU/UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960

VAN DER HOEVEN 1962

J. van der Hoeven, 'De waarde van de grondwet', in: *Handelingen van de Vereniging voor de wijsbegeerte des rechts*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 3-37

VAN DER HOEVEN 1965

J. van der Hoeven, 'Monarchie of republiek', *S&D* 1965-11, p. 713-727

VAN DER HOEVEN 1971

J. van der Hoeven, 'Schaduwkabinet en motie-Kolfschoten', *NJB* 1971-33, p. 949-957

VAN DER HOEVEN 1973

J. van der Hoeven, 'Modern koningschap', *S&D* 1973-10, p. 441-447

VAN DER HOEVEN 1984

J. van der Hoeven, *Staatsrecht en bestuursrecht. Opstellen van Mr. J. van der Hoeven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984

VAN DER HOEVEN 1985

J. van der Hoeven, 'De plaats van de Grondwet in het constitutionele recht: na 27 jaar', *AA* 1985-12, p. 716-719

VAN DER HOEVEN 1988

J. van der Hoeven, 'De grondwetsherziening van 1983', in: J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht. Enkele opmerkingen over betekenis en functie van de grondwet in het geheel der constitutionele verhoudingen* (aangevulde heruitgave van diss. Amsterdam GU/UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 297-314

HOOD PHILIPS 1966

O. Hood Philips, 'Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors', (1966) 29(2) *The Modern Law Review*, p. 137-148

HOOD PHILIPS/JACKSON & LEOPOLD 2001

O. Hood Philips/P. Jackson & P. Leopold, *Constitutional and Administrative Law* (achtste druk), Londen: Sweet and Maxwell 2001

VAN DER HORST 2004

D. van der Horst, *Geschiedenis van Engeland*, Amsterdam: Arbeiderspers 2004

VAN HOUTEN 1872

S. van Houten, *De staatsleer van Mr. J.R. Thorbecke*, Groningen: J.B. Wolters 1872

HUART 1925

F.J.A. Huart, *Grondwetsherziening 1917 en 1922* (diss. Leiden), Arnhem: S. Gouda Quint 1925

HUIZINGA 1940

J. Huizinga, *Homo ludens. Proeve eener bepaling van het spel-element der cultuur* (tweede herziene druk), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1940

VAN DER HULLE 2020

R. van der Hulle, *Naar een Nederlandse political question-doctrine? Een beschouwing over de rol van de rechter in politieke geschillen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020

HUME 1978 (1738-1740)

D. Hume, *A Treatise of Human Nature. Analytical Index by L.A. Selby-Bigge. Second Edition with Text Revised and Notes by P.H. Nidditch*, Oxford: Oxford University Press 1978 (oorspronkelijke uitgave 1738-1740)

s' JACOB 1951A

E.H. s' Jacob, 'Gevaar voor verstening van de Grondwet', *NJB* 1951-34, p. 713-720

s' JACOB 1951B

E.H. s' Jacob, *Juridisch modernisme en het staatsrecht van onze tijd* (oratie Groningen), Groningen: J.B. Wolters' Uitgeversmaatschappij 1951

s' JACOB 1962

E.H. s' Jacob, 'Parlement en regering', in: *Jaarboek 1961-1962. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1962, p. 208-242

JACONELLI 1999

J. Jaconelli, 'The Nature of Constitutional Convention', (1999) 19(1) *Legal Studies*, p. 24-46

JACONELLI 2005

J. Jaconelli, 'Do Constitutional Conventions Bind?', (2005) 64(1) *The Cambridge Law Journal*, p. 149-176

JACONELLI 2013

J. Jaconelli, 'Conventions – Continuity and Change', in: M. Qvortrup (red.), *The British Constitution. Continuity and Change* (Bogdanor-bundel), Oxford: Hart Publishing 2013, p. 121-140

JACONELLI 2015

J. Jaconelli, 'The Proper Roles for Constitutional Conventions', (2015) 38(2) *Dublin University Law Journal*, p. 363-385

JENNINGS 1959A

I. Jennings, *The Law and the Constitution* (vijfde druk), Londen: London University Press 1959

JENNINGS 1959B

I. Jennings, *Cabinet Government* (derde druk), Cambridge: Cambridge University Press 1959

JEUKENS 1970

H.J.M. Jeukens, 'De interpretatie van de grondwet', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Rechtsvinding* (Pieters-bundel), Deventer: Kluwer 1970, p. 171-185

JOHNSON 1999

N. Johnson, 'Law, Convention and Precedent in the British Constitution', in: D. Butler, V. Bogdanor & R. Summers (red.), *The Law, Politics and the Constitution* (Marshall-bundel), Oxford: Oxford University Press 1999, p. 131-152

DE JONGH 2008

L. de Jongh, 'De vertrouwensregel onder druk: een staatsrechtelijke analyse van de affaire-Verdonk in december 2006', *NJB* 2008-24, p. 1475-1479

DE JONGH 2009

L. de Jongh, 'Moest ze 't of moest ze 't niet? De affaire-Verdonk van december 2006 nogmaals onder de loep', *AA* 2009-1, p. 37-39

JURGENS 1996

E.C.M. Jurgens, 'Iudex haruspex of: grondwetsuitleg door het schouwen van ingewanden', *RegelMaat* 1996-3, p. 99-106

JURGENS 2014

E.C.M. Jurgens, 'Over de gelding van constitutioneel gewoonterecht', *TvCR* 2014-1, p. 57-60

KAHN 1919

B.A. Kahn, '*Conventions*' of politieke stelregels (diss. Amsterdam GU/UvA), Amsterdam: A.H. Kruyt 1919

KALBERG 1990

F.A.J.Th. Kalberg, 'De staatsrechtelijke positie van de Eerste Kamer der Staten-Generaal (II)', *TvO* 1990-14, p. 333-338

KAMPHUISEN 1933

P.W. Kamphuisen, *De interpretatie in het staatsrecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen/Utrecht: Dekker & Van de Vegt/J.W. van Leeuwen 1933

KAMPHUISEN 1935A

P.W. Kamphuisen, *Gewoonterecht*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1935

KAMPHUISEN 1935B

P.W. Kamphuisen, *Koning en ministers. Een staatsrechtelijke studie*, Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1935

KAN 1951

J.M. Kan, 'De staatsrechtelijke positie van de staatssecretaris', *Bestuurswetenschappen* 1951-3, p. 129-143

KAN 1959

J.M. Kan, 'Opnieuw de staatssecretaris', *Bestuurswetenschappen* 1959-2, p. 110-126

VAN KESSEL 2016A

A. van Kessel, 'De moeder van alle formaties: de kabinetsformatie van 1977', in: C. van Baalen & A. van Kessel (red.), *Kabinetsformaties 1977-2012*, Amsterdam: Boom 2016, p. 11-80

VAN KESSEL 2016B

A. van Kessel, "'Doe dit onze partij niet aan, doe dit ons land niet aan": de formatie van het kabinet-Rutte I (2010)', in: C.C. van Baalen & A. van Kessel (red.), *Kabinetsformaties 1977-2012*, Amsterdam: Boom 2016, p. 447-510

KING 2007

A. King, *The British Constitution*, Oxford: Oxford University Press 2007

KLEIJKERS 1993

R.M.M. Kleijkers, *Stemmen zonder last. De functie van het vrije mandaat in het hedendaagse staatsrecht* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1993

KLEINTJES 1914

Ph. Kleintjes, 'Behoort een verschil tusschen wet en grondwet in stand te worden gehouden? (prae-advies)', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristenvereniging 1914* (deel I, tweede stuk), 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1914, p. 133-162

KNIPPENBERG 2002

E.T.C. Knippenberg, *De Senaat. Rechtsvergelijkend onderzoek naar het House of Lords, de Sénat, de Eerste Kamer en de Bundesrat* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002

KOEKKOEK 1978

A.K. Koekkoek, *Partijleiders en kabinetsformatie. Een rechtsvergelijkende studie over de rol van partijleiders bij de kabinetsformatie in Engeland, West-Duitsland, België en Nederland* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1978

KOEKKOEK 1989A

A.K. Koekkoek, 'Het aftreden van het kabinet-Lubbers', *NJB* 1989-24, p. 877-880

KOEKKOEK 1989B

A.K. Koekkoek, 'Het aftreden van het kabinet-Lubbers: naschrift', *NJB* 1989-33, p. 1214

KONIJNENBELT 1996

W. Konijnenbelt, 'De Grondwet uitleggen', *RegelMaat* 1996-3, p. 119-125

KOOLE 2018

R.A. Koole, 'Gouvernementalisering: de veranderende verhouding tussen regering en parlement in Nederland', *TvCR* 2018-3, p. 317-341

KOOPMANS 1987 [1978]

T. Koopmans, 'Denken en doen in het recht (Afscheidscollege Leiden, 13 oktober 1978)', in: *Staatkundig jaarboek 1987*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987, p. 293-301

KOOPMANS 1991

T. Koopmans, *Juridisch stippelwerk. Bundel verschenen ter gelegenheid van het verlenen van het eredoctoraat door de Rijksuniversiteit Limburg op 11 januari 1991*, Deventer: Kluwer 1991

KOOPMANS 2014

T. Koopmans, 'Omzwervingen door het recht: een terugblik', in: M.Y.H.G. Erkens & W.T. Eijsbouts (red.), *Ter ere van Tim. Voordrachten gehouden op 12 december 2013 bij gelegenheid van een door de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden georganiseerde middag ter ere van Tim Koopmans*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 37-40

KORTMANN 1976

C.A.J.M. Kortmann, 'Continuïteit en staatsrecht', *RMThemis* 1976-2, p. 151-169

KORTMANN 1981

C.A.J.M. Kortmann, *Elefantiasis. Beschouwingen over een zieke staat* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1981

KORTMANN 1982

C.A.J.M. Kortmann, '[Bespreking van] A.K. Koekkoek, *Partijleiders en kabinetsformatie*', *RMThemis* 1982-1, p. 71-77

KORTMANN 1987A

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987

KORTMANN 1987B

C.A.J.M. Kortmann, 'Iets over soevereiniteit', in: B.F. de Jong e.a. (red.), *Nijmeegs staatsrecht* (Beekman-bundel), Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1987, p. 59-63

KORTMANN 1994

C.A.J.M. Kortmann, 'Grondwetsinterpretatie', *RMThemis* 1994-8, p. 363-370

KORTMANN 1997

C.A.J.M. Kortmann, 'Positivismen, soevereiniteit en recht: rede, uitgesproken bij de uitreiking van de Thorbecke-penning op 21 februari 1997', *NJB* 1997-11, p. 482-484

- KORTMANN 2003
C.A.J.M. Kortmann, '[Bespreking van] J.A. Peters, *Wie beschermt onze grondwet?*', *RMThemis* 2003-6, p. 314-315
- KORTMANN 2008
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (zesde druk), Deventer: Kluwer 2008
- KORTMANN 2009
C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat* (afscheidsrede Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009
- KORTMANN/BOVEND'EERT E.A. 2016
C.A.J.M. Kortmann/P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel recht* (zevende herziene druk), Deventer: Wolters Kluwer 2016
- KRABBE 1900
H. Krabbe, 'Constitutioneële monarchie', *De Gids* 1900, p. 199-237
- KRABBE 1906
H. Krabbe, 'De heerschappij der Grondwet', *De Gids* 1906, p. 371-407
- KRABBE 1910
H. Krabbe, 'De Eerste Kamer', *De Gids* 1910, p. 48-89
- KRABBE 1913
H. Krabbe, '*Ongezonde lectuur*', Groningen: J.B. Wolters 1913
- KRABBE 1915
H. Krabbe, *De moderne staatsidee*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1915
- KRABBE 1927
H. Krabbe, *Staatsrechtelijke opstellen. Uitgegeven ter gelegenheid van het aftreden van Prof. H. Krabbe als hoogleeraar aan de Rijks Universiteit te Leiden. Eerste Deel. Verspreide opstellen*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1927
- KRAMER 1942
H.L.M. Kramer, *Publiekrechtelijke gewoonte en publiekrechtelijk gewoonterecht in Nederland* (diss. Nijmegen), Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1942
- KRANENBURG 1924
R. Kranenburg, *Het Nederlandsch staatsrecht. Eerste Deel* (eerste druk), Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1924
- KRANENBURG 1928
R. Kranenburg, *Positief recht en rechtsbewustzijn. Inleiding in de rechtsphilosophie* (tweede druk), Groningen: P. Noordhoff 1928
- KRANENBURG 1947
R. Kranenburg, *Het Nederlands staatsrecht. Deel I* (zesde druk), Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1947
- KRANENBURG 1958
R. Kranenburg, *Het Nederlands staatsrecht* (bewerkt met medewerking van J.L. Kranenburg) (achtste druk), Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1958
- KRISTIC & SCHUTGENS 2009
A. Kristic & R.J.B. Schutgens, 'Sta op en maak revolutie! Interview met prof.mr. C.A.J.M. Kortmann', *AA* 2009-3, p. 196-201
- KUMMELING 1992
H.R.B.M. Kummeling, *De Nederlandse Eerste Kamer. Preadvoies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992
- KUMMELING 1997
H.R.B.M. Kummeling, *Relatieve geheimhoudingsplichten* (oratie Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

KUMMELING 2016

H.R.B.M. Kummeling, 'Conventies: cruciale constitutionele curiosa', in: L.F.M. Verhey & G.J.A. Geertjes (red.), *De constitutionele conventie. Kwal op het strand of baken in zee?*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 67-79

DE KWAADSTENIET 1968

W. de Kwaadsteniet, *Het recht van Kamerontbinding* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1968

VAN LEEUWEN 2013

C.W. van Leeuwen, *Uit het spoor van Thorbecke. Grondwetsherziening en staatsvernieuwing in naoorlogs Nederland (1945-1983)* (diss. Nijmegen), Amsterdam: Boom 2013

VAN LEEUWEN 2014

C.W. van Leeuwen, 'Tussen afschaffing en versterking: historische tradities en de toekomst van een tweehonderdjarige grondwet', *TvCR* 2014-2, p. 96-112

LEWIS 1969

D. Lewis, *Convention. A Philosophical Study*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1969

LIJPHART 1992

A. Lijphart, *Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek* (negende druk), Haarlem: H.J.W. Becht 1992

LOEFF 1914

J.A. Loeff, 'Behoort een verschil tusschen wet en grondwet in stand te worden gehouden? (prae-advies)', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1914* (deel II), 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1914, p. 215-252

LOGEMANN 1948

J.H.A. Logemann, *Over de theorie van een stellig staatsrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948

LOGEMANN 1958

J.H.A. Logemann, 'Feit en recht in het staatsleven: [bespreking van] J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*', *S&D* 1958-7/8, p. 417-430

LOW 1904

S. Low, *The Governance of England*, Londen: T. Fisher Unwin 1904

LOWELL 1921

A.L. Lowell, *The Government of England. Volume II*, New York: The Macmillan Company 1921

LYON 2003

A. Lyon, *Constitutional History of the United Kingdom*, Londen: Cavendish 2003

VAN MAARSEVEEN 1963

H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Grondwetsherziening 1963', *NJB* 1963-18, p. 357-367

VAN MAARSEVEEN 1965

H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Ministeriële verantwoordelijkheid', *NJB* 1965-25, p. 495-507

VAN MAARSEVEEN 1969

H.Th.J.F. van Maarseveen, *De heerschappij van de ministerraad* (oratie Rotterdam), 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1969

VAN MAARSEVEEN 1971

H.Th.J.F. van Maarseveen, *Politiek recht, opvolger van het staatsrecht? (Een uitwerking van een college, opgedragen aan mr. J.M. Kan)*, Deventer: Kluwer 1971

VAN MAARSEVEEN 1973A

H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Grondwetspolitiek als sluier', *Beleid & maatschappij* 1973-2, p. 47-54

VAN MAARSEVEEN 1973B

H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Object en methode van het politiek recht', in: *Object en methode van de staatsrechtwetenschap. Pre-adviezen voor een staatsrechtelijk symposium te Nijmegen (Katholieke Universiteit) op vrijdag 14 december 1973*, uitgave in eigen beheer, 1973, p. 45-69

VAN MAARSEVEEN 1976

H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Initiatief-wet en regering', *NJB* 1976-38, p. 1293-1295

VAN MAARSEVEEN 1991A

M. Bense, Th. Holterman & G.F.M. van der Tang (samenstelling), *Expositie Van Maarseveen. Ingericht ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam op 19 december 1991*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

VAN MAARSEVEEN 1991B

H. van Maarseveen, 'Ministeriële verantwoordelijkheid', in: *De ministeriële verantwoordelijkheid. Studiedagen 28-29 september 1989*, Antwerpen: Kluwer rechts-wetenschappen 1991, p. 147-159

VAN MAARSEVEEN & VAN DER TANG 1976

H.Th.J.F. van Maarseveen & G.F.M. van der Tang, *Written Constitutions. A Computerized Comparative Study*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff 1976

MAAS 1982

P.F. Maas, *Kabinetformaties 1959-1973*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1982

MAITLAND 1908

F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge: Cambridge University Press 1908

MARSHALL 1986

G. Marshall, *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability* (tweede druk), Oxford: Clarendon Press 1986

MARSHALL & MOODIE 1967

G. Marshall & G.C. Moodie, *Some Problems of the Constitution*, Londen: Hutchinson University Library 1967

McHARG 2008

A. McHarg, 'Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law', (2008) 71(6) *The Modern Law Review*, p. 853-877

McHARG 2018

A. McHarg, 'Constitutional Change and Territorial Consent: The Miller Case and the Sewel Convention', in: M. Elliott, J. Williams & A.L. Young (red.), *The UK Constitution after Miller. Brexit and Beyond*, Oxford: Hart Publishing 2018, p. 155-179

McILWAIN 1947

C.H. McIlwain, *Constitutionalism. Ancient and Modern* (herziene druk), Ithaca, New York: Cornell University Press 1947

VAN MERRIËNBOER 2016

J. van Merriënboer, 'De moeder aller formaties: de kabinetformatie van 1977', in: C.C. van Baalen & A. van Kessel (red.), *Kabinetformaties 1977-2012*, Amsterdam: Boom 2016, p. 11-80

MEUWISSEN 1971

D.H.M. Meuwissen, *Rechtsvinding en staatsrecht* (oratie Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971

MEUWISSEN 1973

D.H.M. Meuwissen, 'Object en methode van de staatsrechtwetenschap', in: *Object en methode van de staatsrechtwetenschap. Pre-adviezen voor een staatsrechtelijk symposium te Nijmegen (Katholieke Universiteit) op vrijdag 14 december 1973*, uitgave in eigen beheer, 1973, p. 70-150

MEUWISSEN 1975

D.H.M. Meuwissen, *Elementen van staatsrecht I. Kollege-diktaat*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975

MILL 2011 (1861)

J.S. Mill, *Considerations on Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press 2011 (fotografische herdruk van oorspronkelijke uitgave uit 1861)

MITCHELL 1968

J.D.B. Mitchell, *Constitutional Law* (tweede druk), Edinburgh: W. Green & Son 1968

MORTON 1991-1992

P.A. Morton, 'Conventions of the British Constitution', (1991-1992) 15 *Holdsworth Law Review*, p. 114-180

MUNNEKE 2006

S.A.J. Munneke, *Inlichtingplichten en verschoningsgronden in het staatsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006

MUNRO 1975

C.R. Munro, 'Laws and Conventions Distinguished', (1975) 91 *Law Quarterly Review*, p. 218-235

MUNRO 1999

C.R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, Londen: Butterworths 1999

TEN NAPEL 2011

H.-M.Th.D. ten Napel, "'De formatie van de verrassende wendingen": het parlement over de kabinetsformatie 2010', *TvCR* 2011-4, p. 392-414

TEN NAPEL, HEINE & VELDWIJK 2013

H.-M.Th.D. ten Napel, J.A.H. Heine & J.V. Veldwijk, 'Kabinetsformatie 2012: voltooide parlementarisering?', *TvCR* 2013-4, p. 307-331

OAKESHOTT 1991 (1951)

M. Oakeshott, 'Political Education' (herziene versie van een zelfstandige publicatie met als ondertitel: 'An Inaugural Lecture Delivered at the London School of Economics and Political Science on March 6, 1951'), in: M. Oakeshott, *Rationalism in Politics and Other Essays. New and Expanded Edition*, Indianapolis, Indiana: Liberty Fund 1991, p. 43-69

OLIVER 2003

D. Oliver, *Constitutional Reform in the UK*, Oxford: Oxford University Press 2003

OLIVER 2015

D. Oliver, 'Regulating Politics in Government', in: J. Jowell, D. Oliver & C. O'Conneide (red.), *The Changing Constitution* (achtste druk), Oxford: Oxford University Press 2015, p. 307-328

VAN OMMEREN 1996

F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

VAN OMMEREN 2015

F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip bij de Hoge Raad', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 451-468

OPPENHEIM 1885

J. Oppenheim, *De volksregering in het constitutioneel stelsel* (oratie Groningen), Groningen: J.B. Wolters 1885

OPPENHEIM 1893

J. Oppenheim, *De theorie van den organischen staat en hare waarde voor onzen tijd* (oratie Leiden), Groningen: J.B. Wolters 1893

OPPENHEIM 1907A

J. Oppenheim, 'De suprematie der Grondwet', in: *Verslagen en mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen Afdeling Letterkunde* (vierde reeks, achtste deel), Amsterdam: Johannes Müller 1907, p. 247-285

OPPENHEIM 1907B

J. Oppenheim, 'De suprematie der Grondwet', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1907, p. 45-85

OPZOOMER 1883

C.W. Opzoomer, *In welken geest is onze Grondwet te verstaan? Een vraag, beantwoord*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1883

OUD 1967

P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden. Deel I* (tweede druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967

OUD 1970

P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden. Deel II* (tweede druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970

PERRY & TUCKER 2018

A. Perry & A. Tucker, 'Top-Down Constitutional Conventions', (2018) 81(5) *The Modern Law Review*, p. 765-789

PETERS 2003

J.A. Peters, *Wie beschermt onze grondwet?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003

PETERS 2007

J.A. Peters, 'Het tweekamerstelsel in Nederland: nut en doel', in: J.Th.J. van den Berg e.a. (red.), *Het parlement. Staatsrechtconferentie 2006. Universiteit Maastricht, Nijmegen*: Wolf Legal Publishers 2007, p. 123-155

PETERS 2011

J.A. Peters, *Van wie zijn zij? De ambtenaren* (afscheidsrede Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2011

PIPPEL 1950

J.G. Pippel, *Het Reglement van Orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Zijn geschiedenis en toepassing* (derde, vermeerderde druk), 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1950

POPPELAARS 2018

S.P. Poppelaars, *Het nationale budgetrecht en Europese integratie. De juridische consequenties van Europese integratie voor het Nederlandse en Duitse budgetrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018

POSTMA 1985

A. Postma, *Het interpellatie- en vragenrecht van de Eerste en Tweede Kamer*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1985

POSTMA 1987

A. Postma, 'De Eerste Kamer timmert aan de weg', *Namens* 1987-2, p. 90-92

VAN DER POT 1921

C.W. van der Pot, *De verdeeling der Staatstaak* (oratie Groningen), Leiden: Eduard IJdo 1921

VAN DER POT 1939

C.W. van der Pot, 'De plaats van het koningschap in ons hedendaagsche staatsrecht', in: *Mededeelingen der Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen. Nieuwe Reeks, Deel 2. Afdeling Letterkunde*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1939, p. 321-366

VAN DER POT 1957A

C.W. van der Pot, *Geschiedenis der wetenschap van het Nederlandse staatsrecht sedert 1813. Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap. Deel III, aflevering II*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Mij 1957

VAN DER POT 1957B

C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandsche staatsrecht* (zesde druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957

VAN DER POT 1959

C.W. van der Pot, '[Aankondiging van] J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*', *NJB* 1959-10, p. 194-198

VAN DER POT/DONNER 1977

C.W. van der Pot/A.M. Donner, *Handboek van het Nederlands staatsrecht* (tiende druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977

VAN DER POT/DONNER 1983

C.W. van der Pot/A.M. Donner, *Handboek van het Nederlands staatsrecht* (elfde druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983

VAN DER POT & DONNER/PRAKKE E.A. 1989

C.W. van der Pot & A.M. Donner/L. Prakke e.a., *Handboek van het Nederlands staatsrecht* (twaalfde druk), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

VAN DER POT & DONNER/PRAKKE E.A. 2001

C.W. van der Pot & A.M. Donner/L. Prakke e.a., *Handboek van het Nederlands staatsrecht* (veertiende druk), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001

VAN DER POT/ELZINGA E.A. 2006

C.W. van der Pot/D.J. Elzinga e.a., *Handboek van het Nederlands staatsrecht* (vijftiende druk), Deventer: Kluwer 2006

VAN DER POT/ELZINGA E.A. 2014

C.W. van der Pot/D.J. Elzinga e.a., *Handboek van het Nederlands staatsrecht* (zes tiende druk), Deventer: Kluwer 2014

PRAKKE 1974

L. Prakke, *Pluralisme en staatsrecht* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1974

PRAKKE 1975

L. Prakke, 'De positie van een demissionair kabinet in Nederland', in: L. Prakke & G. Craenen, *De positie van een demissionair kabinet in Nederland en België. Preadviezen van de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 3-51

PRAKKE 1977

L. Prakke, 'Demissionair kabinet en Kamerontbinding', *NJB* 1977-16, p. 401-407

PRAKKE 1979

L. Prakke, 'Obscuur libel', *AA* 1979-5, p. 244-246

PRINS 1986A

J.H. Prins, 'De positie van het parlement', in: H.M. Franssen (red.), *Het parlement in aktie*, Assen: Van Gorcum 1986, p. 1-9

PRINS 1986B

J.H. Prins, 'De motie', in: H.M. Franssen (red.), *Het parlement in aktie*, Assen: Van Gorcum 1986, p. 129-165

PROEVE 1966

Proeve van een nieuwe Grondwet (derde druk), Den Haag: Staatsuitgeverij 1966

PUCHINGER 1970

G. Puchinger, *Colijn en het einde van de coalitie. Deel I: De geschiedenis van de kabinetsformaties 1918-1924* (tweede druk), Kampen: J.H. Kok 1970

PUCHINGER 1980

G. Puchinger, *Colijn en het einde van de coalitie. Deel II: De geschiedenis van de kabinetsformaties 1925-1929*, Kampen: J.H. Kok 1980

PUCHINGER 1993

G. Puchinger, *Colijn en het einde van de coalitie. Deel III: De geschiedenis van de kabinetsformaties 1933-1939*, Leiden: J.J. Groen en Zoon 1993

PUCHTA 1837

G.F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht* (tweede deel), Erlangen: Palm'sche Verlagsbuchhandlung 1837

QOUBBANE 2012

N. Qoubbane, 'De conventie van 1966: rechtsplicht of politieke keuze?', *TvCR* 2012-3, p. 389-395

QVORTRUP 2013

M. Qvortrup, "'Let Me Take You To a Foreign Land": The Political and the Legal Constitution', in: M. Qvortrup (red.), *The British Constitution. Continuity and Change* (Bogdanor-bundel), Oxford: Hart Publishing 2013, p. 55-68

VAN RAALTE 1917

E. van Raalte, *De minister-president* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1917

VAN RAALTE 1954

E. van Raalte, *De ontwikkeling van het minister-presidentschap*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954

VAN RAALTE 1960

E. van Raalte, 'Het interpellatierecht: enige beschouwingen over praktijk en theorie', in: *Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Dr. G. van den Bergh ter gelegenheid van zijn aftreden als hoogleraar in het Nederlandse staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1960, p. 168-191

VAN RAALTE 1971

E. van Raalte, *Het Nederlandse parlement* (vijfde aanvullende druk), 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1971

VAN RAALTE 1975

E. van Raalte, *De werkelijke betekenis en functionering van het Nederlandse koningschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975

RADCLIFFE 1952

Lord Radcliffe, *The Problem of Power*, Londen: Secker and Warburg 1952

RAZ 1979

J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press 1979

DE REEDE 1989

J.L. de Reede, 'De val van het tweede kabinet-Lubbers', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en publiekrecht* 1989-12, p. 765-769

REHWINKEL 1991

J.P. Rehwinkel, *De minister-president. Eerste onder gelijken of gelijke onder eersten?* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

REIDING 2016

H. Reiding, 'Een christelijk-sociaal verstandshuwelijk: de formatie van het kabinet-Balkenende IV (2006/2007)', in: C.C. van Baalen & A. van Kessel (red.), *Kabinetformaties 1977-2012*, Amsterdam: Boom 2016, p. 403-445

RELATIE KIEZERS-BELEIDSVORMING 1984

Relatie kiezers-beleidsvorming. Rapport van de staatscommissie van advies inzake de relatie kiezers-beleidsvorming. Kabinetformatie. Referendum en volksinitiatief. Benoeming burgemeester en commissaris van de Koningin, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1984

RIJPPERDA WIERDSMA 1948

J.V. Rijpperda Wierdsma, *De Grondwet in onzen tijd* (oratie Leiden), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948

RIJPPERDA WIERDSMA 1961

J.V. Rijpperda Wierdsma, *Dualisme in ons staatsbestel* (diesrede Leiden), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1961

RIJPPERDA WIERDSMA 1962

J.V. Rijpperda Wierdsma, 'Hedendaags staatsrecht', in: *Liberale gedachten* (Oud-bundel), 's-Gravenhage: Nijgh & Van Ditmar 1962, p. 77-94

ROMME 1937

C.P.M. Romme, *Erfelijk nationaal koningschap*, Amsterdam: Van Munster 1937

RONALDSHAY 1927

Earl of Ronaldshay, *The Life of Lord Curzon. Being the authorized biography of George Nathaniel, Marquess Curzon of Kedleston* (drie delen), Londen: Ernest Benn 1927

VAN ROSSEM & VAN DER WOUDE 2015

J.W.C. van Rossem & W. van der Woude, 'Ministeriële homogeniteit in een kabinet van staatssecretarissen?', *NJB* 2015-44/45, p. 3083-3089

VAN SAS 1998

N.C.F. van Sas, 'Onder waarborging eener wijzer constitutie: Grondwet en politiek, 1813-1848', in: N.C.F. van Sas & H. te Velde (red.), *De eeuw van de Grondwet. Grondwet en politiek in Nederland 1798-1917*, Deventer: Kluwer 1998, p. 114-145

DE SAVORNIN LOHMAN 1912

B.C. de Savornin Lohman, *Over het begrip Grondwet* (oratie Utrecht), Utrecht: A. Oosthoek 1912

DE SAVORNIN LOHMAN 1926

A.F. de Savornin Lohman, *Onze constitutie* (vierde druk), Utrecht: Kemink 1926

VAN SCHAGEN 1994

J.A. van Schagen, *De Tweede Kamer der Staten-Generaal. Een staatsrechtelijke studie over haar organisatie en werkwijze* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

VAN SCHAGEN 1995

J.A. van Schagen, 'De minister-president: van primus inter pares tot regeringsleider', in: J.B.J.M. ten Berge (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 233-257

SCHELTEMA 1928

F.G. Scheltema, 'Het dualisme van regeering en volksvertegenwoordiging', *De Gids* 1928, p. 206-231

SCHELTEMA 2000

M. Scheltema, 'Voldoet de ministeriële verantwoordelijkheid nog bij een professionele overheidsorganisatie?', *NJB* 2000-38, p. 1861-1867

SCHELTEMA 2006

M. Scheltema, 'Ontwikkelingen sinds het verschijnen van Steekhoudend ministerschap', in: J.L.W. Broeksteeg, J.Th.J. van den Berg & L.F.M. Verhey (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 1-8

SCHOLTEN 1934

C. Asser/P. Scholten, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Algemeen deel* (tweede druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1934

SCHOLTEN 1945

P. Scholten, 'De structuur der rechtswetenschappen', in: *Mededeelingen der Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen. Nieuwe reeks, deel 8, afdeling letterkunde, nos. 1-3*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij, p. 1-53

SCHOLTEN 1958

L.W.G. Scholten, *Het koningschap onder Wilhelmina* (oratie Amsterdam VU), Assen: Van Gorcum 1958

SCHUTGENS 2009

R.J.B. Schutgens, 'Intern werkende voorschriften', in: P.P.T. Bovend'Eert (red.), *De staat van wetgeving* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 283-300

SCHUTGENS 2011

R.J.B. Schutgens, *Vorm en inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie Nijmegen), uitgave in eigen beheer, 2011, tekst beschikbaar op repository.ubn.ru.nl

SCHUTGENS 2015

R.J.B. Schutgens, 'Politieke partij, vrij mandaat en zetelroof', in: J.L.W. Broeksteeg & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 189-211

SCHUTGENS 2020

R.J.B. Schutgens, 'Een motie van wantrouwen in de *chambre de réflexion*?', *RMThémis* 2020-4, p. 153-155

SILLEN 2009

J.J.J. Sillen, 'Proeve van een rechtspositivistische grondwetsinterpretatiemethode', in: P.P.T. Bovend'Eert (red.), *De staat van wetgeving* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 129-152

SILLEN 2011A

J.J.J. Sillen, 'Eerste Kamer en kabinet', *NJB* 2011-23, p. 1486-1492

SILLEN 2011B

J.J.J. Sillen, 'Naschrift: Rechtsvinding en Staatsrecht', *NJB* 2011-33, p. 2213

SILLEN 2012

J.J.J. Sillen, 'De Conventie van 1966. Of: de functie van gewoonterecht', *Actioma*, juni 2012, p. 44-45

SILLEN 2015

J.J.J. Sillen, 'Grondwet: baken of ballast?', *TvCR* 2015-1, p. 77-80

SILLEN 2020

J.J.J. Sillen, 'De relatieve betekenis van de Grondwet voor de wetgever: een beschouwing over de Nederlandse juridische grondwetscultuur in de twintigste eeuw', *RegelMaat* 2020-6, p. 400-411

SIMONS 1973

D. Simons, 'Het spel en zijn regels' (afscheidsrede Rotterdam), *TvO* 1973 (nr. 1213), p. 33-39

SMEENK 1946

C. Smeenk, *Onze volksvrijheden*, Kampen: Kok 1946

SMIT 2020

C. Smit, 'De last van het compromis', *AA* 2020-3, p. 243-254

SMITH 1998

C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm. Een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 1998

STELINGA 1953

J.R. Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlands staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953

STRUYCKEN 1906

A.A.H. Struycken, *Positief recht* (oratie Amsterdam GU/UvA), Amsterdam: Scheltema & Holkema 1906

STRUYCKEN 1909

A.A.H. Struycken, *Ons Koningschap. College in het Nederlansche Staatsrecht, gegeven in de Universiteit van Amsterdam 4 Mei 1909*, Amsterdam: Scheltema & Holkema 1909

STRUYCKEN 1913

A.A.H. Struycken, *Grondwetsherziening. Theorie en praktijk. Beschouwingen over staatsrecht en staatkunde*, Arnhem: S. Gouda Quint 1913

STRUYCKEN 1913-1914

A.A.H. Struycken, 'Werkelijkheid en idee: methode van rechtsbeoefening' (afscheidsrede Amsterdam GU/UvA), *Van onzen tijd* 1913-1914, p. 625-634

STRUYCKEN 1914

A.A.H. Struycken, *De Grondwet. Haar karakter en waarde*, Arnhem: S. Gouda Quint 1914

STRUYCKEN 1915

A.A.H. Struycken, *Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden. Eerste deel* (eerste stuk; eerste druk), Arnhem: S. Gouda Quint 1915

STRUYCKEN 1916A

A.A.H. Struycken, 'Recht en gezag. Eene Critische Beschouwing van Krabbe's moderne staatsidee', *De Gids* 1916, p. 486-537

STRUYCKEN 1916B

A.A.H. Struycken, *Recht en gezag. Eene Critische Beschouwing van Krabbe's moderne staatsidee*, Arnhem: Gouda Quint 1916

STRUYCKEN 1916-1917

A.A.H. Struycken, 'Kamerontbinding en grondwetsherziening', *Van onzen tijd* 1916-1917, p. 317-323, respectievelijk p. 413-416

STRUYCKEN 1924

A.A.H. Struycken, *Verzamelde werken van Prof.Mr. A.A.H. Struycken. Eerste deel: staatsrechtelijke en administratiefrechtelijke opstellen*, Arnhem: S. Gouda Quint 1924

STRUYCKEN 1927

A.A.H. Struycken, *Verzamelde werken van Prof.Mr. A.A.H. Struycken. Vierde deel: verschillende opstellen*, Arnhem: S. Gouda Quint 1927

STRUYCKEN 1928

A.A.H. Struycken, *Verzamelde werken van Prof.Mr. A.A.H. Struycken. Vijfde deel: Het staatsrecht*, Arnhem: S. Gouda Quint 1928

SYRIER 2008

C.N. Syrier, 'Staatsrecht in crisistijd: de staatsrechtelijke gang van zaken tijdens de kabinetscrisis van 2006', *AA* 2008-4, p. 261-268

SYRIER 2009

C.N. Syrier, 'Ja, ze moest 't!', *AA* 2009-1, p. 40-42

TANJA 2011

E. Tanja, *Goede politiek. De parlementaire cultuur van de Tweede Kamer, 1866-1940* (diss. Nijmegen), Amsterdam: Boom 2011

TAYLOR 2014

G. Taylor, 'Convention By Consensus: Constitutional Conventions in Germany', (2014) 12(2) *International Journal of Constitutional Law*, p. 303-329

THORBECKE 1841

J.R. Thorbecke, *Aanteekening op de Grondwet* (twee delen; tweede druk), Amsterdam: Johannes Müller 1841

THORBECKE 1856

J.R. Thorbecke, *Parlementaire redevoeringen. Deel I*, Deventer: Ter Gunne 1856

THORBECKE 1870

J.R. Thorbecke, *Parlementaire redevoeringen. Deel VI*, Deventer: Ter Gunne 1870

THORBECKE 1872

J.R. Thorbecke, *Historische schetsen* (tweede druk), 's-Gravenhage: Nijhoff 1872

THORBECKE 1900 [1850-1851]

J.R. Thorbecke, *Onuitgegeven parlementaire redevoeringen. Deel I: 10 oktober 1850 tot 13 september 1851*, Groningen: J.B. Wolters 1900

THORBECKE 1948 (1848)

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet. Nieuwe uitgave met notitie en bijlagen van Prof.Mr. C.W. de Vries* (tweede druk), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1948 (eerste druk 1848)

TOMBS 2015

R. Tombs, *The English & Their History* (tweede druk), Londen: Allan Lane/Penguin Books 2015

TREVELYAN 1938

G.M. Trevelyan, *The English Revolution 1688-89*, Londen: Thornton Butterworth 1938

TURPIN & TOMKINS 2011

C. Turpin & A. Tomkins, *British Government and the Constitution* (zevende druk), Cambridge: Cambridge University Press 2011

UZMAN 2013

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013

UZMAN 2020

J. Uzman, 'Alles van waarde is weerbaar: over supraconstitutionele beginselen en rechterlijke verzetsdaden', in: N.S. Efthymiou e.a. (red.), *De vele facetten van het staatsrecht* (De Lange-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, p. 153-178

VEELZIJDIG IN DEELTIJD 2015

K. Boerman e.a. (red.), *Veelzijdig in deeltijd. Tweehonderd jaar Eerste Kamer. De laatste 25 jaar in het vizier*, Amsterdam: Boom 2015

VEEN 1987

T.J. Veen, 'Inleiding', in: T.J. Veen & P.C. Kop m.m.v. C.H.N. Kwanten (red.), *Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 1-90

VEEN 2000

T.J. Veen, *De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk. Interpretaties van twee Grondwetsartikelen* (tweede druk), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000

TE VELDE 1998

H. te Velde, 'Constitutionele politiek: de parlementair-politieke praktijk en de Grondwet van 1848', in: N.C.F. van Sas & H. te Velde (red.), *De eeuw van de Grondwet. Grondwet en politiek in Nederland, 1798-1917*, Deventer: Kluwer 1998, p. 146-181

TE VELDE 2010

H. te Velde, *Van regentenmentaliteit tot populisme. Politieke tradities in Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2010

TE VELDE 2016

H. te Velde, 'Culturele conventies in de parlementaire politiek', L.F.M. Verhey & G.J.A. Geertjes (red.), *De constitutionele conventie. Kwal op het strand of baken in zee?*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 29-40

TE VELDE & VOERMANS 2019

H. te Velde & W.J.M. Voermans, 'Autoriteit en onderhandelen: over regenten en polderbestuurders', in: T. Louwerse e.a. (red.), *Van driestromenland tot delta? Beschouwingen over ontwikkelingen in de Nederlandse politiek*, Leiden: Leiden University Press 2019, p. 159-177

VERAART 1945

J.A. Veraart, *Inleiding tot de Nederlandsche constitutie* (tweede druk), uitgave in eigen beheer, 1945

VERAART 1947

J.A. Veraart, 'Het rechtskarakter van de Nederl. constitutie', in: *Praeadvies en stellingen over het rechtskarakter van de Nederlandsche constitutie door prof.mr. F.J.F.M. Duynstee en prof.dr. J.A. Veraart. Gedachtenwisseling over de ontwikkeling van de prijzen en den rentestand na den oorlog. Vereeniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de katholieken in Nederland*, 's-Gravenhage: Ten Hagen's drukkerij en uitgevers-mij 1947, p. 1-15

VERHEY 2001

L.F.M. Verhey, *De zwoegers uit het vooronder. Over ambtelijke taakuitoefening, ministeriële verantwoordelijkheid en parlementaire controle* (oratie Maastricht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001

VERHEY 2014

L.F.M. Verhey, *De constitutionele conventie. Een blinde vlek in ons staatsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2014

VERHEY 2016

L.F.M. Verhey, 'De constitutionele conventie: kwal op het strand of baken in zee?', in: L.F.M. Verhey & G.J.A. Geertjes (red.), *De constitutionele conventie: kwal op het strand of baken in zee?*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 143-161

VERHEY 2018

L.F.M. Verhey, 'Constitutionele rechtsvorming: balanceren tussen continuïteit en verandering', in: B.J. van Ettekovén e.a. (red.), *Rechtsorde en bestuur* (Donnerbundel), Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 95-110

VERMEULE 2015

A. Vermeule, 'Conventions in Court', (2015) 38(2) *Dublin University Law Journal*, p. 283-310

VERMEULEN E.A. 2005

B.P. Vermeulen e.a., *De Koning in het Nederlandse staatsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005

VETZO 2018

M.J. Vetzo, 'The Legal Relevance of Constitutional Conventions in the United Kingdom and the Netherlands', (2018) 14(1) *Utrecht Law Review*, p. 143-156

Vis 1973

J.J. Vis, *Kabinetsformatie 1973. De slag om het Catshuis*, Utrecht: Het Spectrum 1973

Vis 1978

J.J. Vis, *Rechtsstaat en verzorgingsstaat* (openbare les Groningen), Deventer: Kluwer 1978

Vis 1987

J.J. Vis, *De ontbinding van het parlement*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987

Vis 1994

J.J. Vis, 'De ministeriële verantwoordelijkheid en de staatssecretaris', in: D.J. Elzinga (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 129-147

Vis 1995A

J.J. Vis, *Verdelen en heersen. Opmerkingen over de kabinetsformatie in Nederland* (afscheidsrede Groningen), aangevuld met bijdragen van J.Th.J. van den Berg, C.A.J.M. Kortmann en D.H.M. Meuwissen, Groningen: Wolters-Noordhoff 1995

Vis 1995B

J.J. Vis, 'De Eerste Kamer van partieel naar integraal', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 259-268

Vis 2003A

J.J. Vis, 'Demissionair en quasi-demissionair: een pleidooi voor vereenvoudiging', *NJB* 2003-1, p. 12-16

Vis 2003B

J.J. Vis, 'Nieuwe trends in de kabinetsformatie', in: J.L. de Reede & J.H. Reestman (red.), *Op het snijvlak van recht en politiek* (Prakke-bundel), Deventer: Kluwer 2003, p. 291-303

VAN DER VLIES 1995

I.C. van der Vlies, 'De gezichten van de Grondwet', *RegelMaat* 1995-5, p. 185-190

VAN DER VLIES 2000

I.C. van der Vlies, 'Een rechtsstatelijke koning', *NJB* 2000-22, p. 1108-1109

VAN DER VLIES 2002

I.C. van der Vlies, 'Vertrouwen in het staatsrecht', *NJB* 2002-40, p. 1977

VOERMANS 2011

W.J.M. Voermans, 'Zelfredzaam formeren', *TvCR* 2011-1, p. 78-82

VOERMANS 2019

W.J.M. Voermans, *Het verhaal van de Grondwet. Zoeken naar wij*, Amsterdam: Prometheus 2019

VOERMANS 2021

W.J.M. Voermans, *Het land moet bestuurd worden. Machiavelli in de polder*, Amsterdam: Prometheus 2021

VAN VOLLENHOVEN 1930

C. van Vollenhoven, 'Nationale staatsrechtstudie in Nederland', in: *Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen. Afdeling letterkunde. Deel 70, serie B*, Amsterdam: Koninklijke Akademie van Wetenschappen 1930, p. 213-258

VAN VOLLENHOVEN 1934

Mr. C. van Vollenhoven's *verspreide geschriften. Eerste deel. Omtrek en methode der rechtswetenschap. Leiden. "Historische schetsen". Grotius. Thorbecke*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1934

DE VRIES 2000

F. de Vries, *De staatsrechtelijke positie van de Eerste Kamer* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000

WADE 1955

H.W.R. Wade, 'The Basis of Legal Sovereignty', (1955) 13(2) *The Cambridge Law Journal*, p. 172-197

WADE 1996

H.W.R. Wade, 'Sovereignty: Revolution or Evolution?', (1996) 112 *Law Quarterly Review*, p. 568-575

WEILL 2003

R. Weill, 'Dicey Was Not Diceyan', (2003) 62(2) *The Cambridge Law Journal*, p. 474-494

WESTERWHEEL 2021

J. Westerweel, *Lokale democratische innovatie. Een juridische analyse* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2021

WHEARE 1966

K.C. Wheare, *Modern Constitutions* (tweede druk), Londen: Oxford University Press 1966

WICKS 2006

E. Wicks, *The Evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*, Oxford: Hart Publishing 2006

WILSON OF DINTON 2004

Lord Wilson of Dinton, 'The Robustness of Conventions in a Time of Modernisation and Change', (2004) *Public Law*, p. 407-420

WITTEVEEN 1988

W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

VAN DER WOUDE 2015

W. van der Woude, 'Grondwet: liever baken dan ballast', *TvCR* 2015-1, p. 81-85

VAN ZANEN 1985

J.H.C. van Zanen, 'De Eerste Kamer en de vertrouwensregel, of: je weet maar nooit hoe een koe een haas vangt', *AA* 1985-7/8, p. 372-378

Artikelenregister

In dit register wordt verwezen naar de vindplaats van de artikelnummers van de hier vermelde regelingen, reglementen en *codes*. Indien wordt verwezen naar iets anders dan een artikelnummer (zoals het nummer van een aanwijzing, *paragraph* of *section*), dan wordt dat apart bij de betreffende regeling vermeld.

NEDERLAND

(Grond)wetgeving

Grondwet

24 | 458
35 | 463
42, eerste lid | 467-468, 560
42, tweede lid | 255-256, 263, 389-390, 392-393, 395-396, 398-401, 410-412, 457, 461, 465-468, 522, 603, 613-615
43 | 224, 460, 530, 560
44 | 255, 391-392, 400, 411, 603
45, tweede lid | 467, 484, 488
45, derde lid | 461-462
46, eerste lid | 460, 530
46, tweede lid | 393, 490, 499-502, 506-508, 604, 619
47 | 268-269, 363, 460, 467, 604, 608
48 | 446, 530, 560
49 | 530
50 | 385, 578
51 | 6, 540, 559, 562, 569, 575-579, 591-592, 595-596, 599, 601-603, 616-617
52 | 431
55 | 577
60 | 595
64, eerste lid | 265, 417-419, 425, 457
64, derde lid | 266, 427
65 | 373, 460
67, eerste lid | 518-519
67, derde lid | 221, 385, 519-520, 579, 593-594, 599, 601-603, 616, 620
67, vierde lid | 519, 619
68 | 221-223, 245, 256, 390, 393, 395-396, 410-411, 465, 516, 521-522, 527-528, 579, 615
69 | 256
72 | 513
73 | 455, 481
81 | 217-218, 269

82 | 217-218, 451, 577
83 | 217-218
84 | 217-218, 577
85 | 217-218
86 | 217-218
87 | 217-218, 269, 363, 452, 457, 593, 603
88 | 217-218
89 | 380, 460
100 | 394
105 | 219-220, 410-411, 579, 615
120 | 218, 519
132 | 461
137 | 217, 262, 266, 417
138 | 217, 262
139 | 217
140 | 217
141 | 217
142 | 217

Algemene wet bestuursrecht
4:84 | 344

Comptabiliteitswet 2016
4.9 | 219

Wet houdende nadere voorzieningen in verband met de invoering van de ambten van minister zonder portefeuille en van staatssecretaris
3 | 491, 498

Wet op de Raad van State
18 | 455

Wet openbaarheid van bestuur
10 | 465

Wet RO
79 | 222, 344

Overig*Aanwijzingen inzake externe contacten**Rijksambtenaren*

aanwijzing 3 | 399

aanwijzing 4 | 399

aanwijzing 5 | 399

Aanwijzingen voor de regelgeving

aanwijzing 2.18 | 482

aanwijzing 2.22 | 381

aanwijzing 7.23 | 455

aanwijzing 7.24 | 455

aanwijzing 7.25 | 455

*Algemene aanwijzingen inzake aangelegenheden**van de ministerraad en de onderraden*

aanwijzing G16 | 468

Reglement van orde voor de ministerraad

3 | 504

5 | 485

7 | 487

9 | 487

12 | 483

16 | 487

18 | 487

25 | 468

27 | 483

*Reglement van Orde van de Eerste Kamer der**Staten-Generaal*

74 | 518

75 | 518

85 | 514

108 | 517, 519, 619

110 | 519

114 | 516

179 | 513, 516

*Reglement van Orde van de Tweede Kamer der**Staten-Generaal*

8.9 | 514

8.20 | 512

8.27 | 515

8.34 | 516

11.1 | 557-559, 561, 566-567

11.2 | 515, 548, 556

12.1 | 515-516, 524, 528

12.2 | 515, 528

12.3 | 515, 528

12.4 | 515, 528

12.5 | 515

12.6 | 523-524, 528

12.7 | 528-529

16.3 | 513, 516, 558

VERENIGD KONINKRIJK

Acts of Parliament*Act of Settlement 1700*

s I | 29

s III | 29-30

Acts of Union 1707

I | 32

II | 32

XIX | 33

XX | 33

XXI | 33

XXV | 32

Administration of Justice Act 1969

s 12 | 164

Bill of Rights 1689

6 | 28, 93

9 | 28, 81, 128, 139, 170-172, 183

Constitutional Reform Act 2005

s 3 | 59

s 7(1) | 59

s 23(1) | 59

Constitutional Reform and Governance Act 2010

s 20 | 59

s 21 | 59

s 22 | 59

s 23 | 59

s 24 | 59

s 25 | 59

Fixed-term Parliaments Act 2011

s 1 | 58

s 2(1) | 58

s 2(2) | 58

s 2(3) | 58

s 2(4) | 58

s 2(5) | 58

s 3(2) | 58

s 6(1) | 178

Freedom of Information Act 2000

s 2(1) | 154

s 37 | 154

s 53 | 157, 159-161

Government of Wales Act 2006

s 58B | 169

s 107(5) | 67

s 107(6) | 68, 170

Human Rights Act 1998

s 2(1) | 66
 s 3(1) | 66
 s 3(2) | 66
 s 4 | 66, 171

Northern Ireland Act 1998

s 5(6) | 67
 s 6A | 169

Parliament Acts 1911 and 1949

s 2(1) | 55
 s 2(2) | 128

Scotland Act 1998

s 28(7) | 67, 129, 170
 s 28(8) | 68, 128-129, 170, 172
 s 30A | 169
 s 33(1) | 79
 s 107(5) | 129
 s 107(6) | 129

Succession to the Crown Act 2013

s 2(2) | 29

Overig

Cabinet Manual

para. 1.12 | 112
 para. 4.2 | 77
 para. 4.4 | 77
 para. 5.38 | 102, 116

Ministerial Code

para. 1.3 | 138
 para. 1.6 | 136
 para. 2.1 | 116

EUROPESE UNIE

Verdrag betreffende de Europese Unie

15 | 487
 50 | 78, 118, 165-169, 174

Jurisprudentieregister

NEDERLAND

Hoge Raad

- HR 5 mei 1849, ECLI:NL:HR:1849:1, *W 1058, AB Klassiek 2016*, p. 1-12, m.nt. W. den Ouden (*De Bourbon*) | 219-221
- HR 13 januari 1879, ECLI:NL:HR:1879:1, *W 4330 (Meerenberg)* | 208, 225
- HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773, *NJ 1916*, p. 407 (*Guldemonde/Noordwijkerhout*) | 218
- HR 10 juni 1919, ECLI:NL:HR:1919:59, *W 10429, NJ 1919*, p. 1063 (*Rogge*) | 222
- HR 27 maart 1922, ECLI:NL:HR:1922:22, *NJ 1922*, p. 385 (*Onverbindendheid binnenscheepvaartregeling*) | 482
- HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, *NJ 1963/248*, m.nt. D.J. Veegens (*Prof. Van den Bergh/Staat*) | 218, 519
- HR 26 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6018, *AB 1971/35*, m.nt. D.J. Veegens, *AA 1972*, p. 156, m.nt. H.J.M. Jeukens (*Verkiezingsafpraak Elsloo*) | 218
- HR 4 juni 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC3796, *NJ 1974/332*, m.nt. W.F. Prins (*Verbindendheid van KB houdende de inwerkingstelling van enige artikelen van de Distributiewet 1939*) | 482
- HR 18 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0506, *AB 1989/185*, m.nt. F.H. van der Burg (*Arubaanse verkiezingsafpraak*) | 221
- HR 28 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258, *AB 1990/306*, m.nt. F.H. van der Burg, *NJ 1991/118*, m.nt. M. Scheltema (*Leidraad administratieve boeten*) | 344
- HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, *NJ 2003/691*, m.nt. T. Koopmans, *AB 2004/39*, m.nt. Ch.W. Backes (*Waterpakt*) | 218-219
- HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE5149, *JB 2003/134*, m.nt. L.F.M. Verhey, *AB 2004/20*, m.nt. T. Zwart, *NJ 2004/71*, m.nt. T. Schalken, *AA 2004*, p. 288, m.nt. C.A.J.M. Kortmann (*Mink K.*) | 221-223
- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ 2020/41*, m.nt. J. Spier, *AB 2020/24*, m.nt. G.A. van der Veen & Ch.W. Backes (*Urgenda*) | 218-219

Gerechtshof

- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4366, *AB 2017/416*, m.nt. G. Boogaard & J. Uzman (*Herindeling gemeente Haren*) | 218, 223

Rechtbank

- Rechtbank Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667, *AB 2017/415*, m.nt. G. Boogaard & J. Uzman (onder *AB 2017/416*) (*Forum voor Democratie/Staat*) | 218, 223

VERENIGD KONINKRIJK

UK Supreme Court

- R (on application of Evans) and another v Attorney General* [2015] UKSC 21 [2015] 2 WLR 813 | 148, 154-155, 159-162

R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) (Miller (no. 1)) [2017] UKSC 5 | 78-79, 130-131, 148, 163-174, 179, 185
A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland) [2018] UKSC 64 | 79
R (Miller) v The Prime Minister en Cherry v Advocate General for Scotland (Miller (no. 2)) [2019] UKSC 41 | 79-80, 148, 174-184

House of Lords, Appellate Committee

Anisimic Ltd v FCC and Another Respondents [1969] 2 AC 147 | 65
R v Secretary of State for Transport, ex p. Factortame (no. 2) [1990] UKHL 7 | 73
Jackson and Others v Attorney General [2005] UKHL 56 [2006] 1 AC 262 | 64-65, 172

Court of Appeal (Engeland en Wales)

Ellen Street Estates Ltd v Minister of Health [1934] 1 KB 590 | 64
Macarthys v Smith [1980] EWCA Civ 7 [1981] 1 All ER 111 | 73
R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Southall [2003] EWCA Civ 1002 [2003] 3 CMLR 562 | 147
Evans v Attorney General [2014] EWCA Civ 254 | 159

High Court of Justice (Engeland en Wales)

Attorney-General v Jonathan Cape Ltd (Crossman Diaries) [1976] QB 752 | 140, 148-153, 170-171
Thoburn v Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin) | 69-70, 73
Evans v Attorney General [2013] EWHC 1960 (Admin) | 158
R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union (Miller no. 1) [2016] EWHC 2768 (Admin) [2017] 1 All ER 15 | 164
R (Miller) v Prime Minister (Miller (no. 2)) [2019] EWHC 2381 (QB) | 179

Upper Tribunal

Evans v Information Commissioner [2012] UKUT 313 (AAC) | 148, 155-157, 171

Northern Ireland High Court

McCord and Agnew [2016] NIQB 85 [2017] CMLR 7 | 164

Court of Session (Schotland)

Joanna Cherry QC MP and others v The Advocate General for Scotland [2019] CSIH 49 | 179

Court of Common Pleas

Dr. Bonham's Case [1610] 8 Co. Rep. 114a. | 26
Case of Proclamations [1611] 12 Co. Rep. 74 | 26

CANADA

Canadian Supreme Court

Reference re Amendment of the Constitution of Canada (Nos 1, 2 & 3) [1981] 1 SCR 753 | 146

Personenregister

A

Adams, M. | 249, 312
Aerts, R.A.M. | 192, 194-196, 198
Agt, A.A.M. van | 245, 416, 473, 483, 500, 505, 542-543, 545
Akkermans, P.W.C. | 235, 312
Allan, T.R.S. | 97, 104, 138, 141-147, 153, 162, 185-186
Allison, J.W.F. | 24, 26, 31, 88
Amelvoort, M.J.J. van | 455-456
Andeweg, R.B. | 385, 387-389, 469-474, 487, 569
Anne, prinses/koningin | 28-29, 31-32, 34
Anson, W.R. | 86
Arib, K. | 510, 560
Ark, T. van | 564-567
Asquith, Herbert Henry | 51-55, 122-124, 127-128
Asscher, L.F. | 449, 502
Asser, T.M.C. | 298
Attlee, Clement | 56
Austin, J. | 84
Avril, P. | 12
Azough, N. | 442

B

Baalen, C.C. van | 5, 387, 428, 515, 531-535, 537-540, 542-543, 548, 551-552, 555-556, 558, 560-561, 563, 566, 595
Backer, J.P. | 588-589, 591
Backes, Ch.W. | 218-219
Bagehot, W. | 40-41, 85, 155, 373, 461, 465
Bakker, M. | 240
Baldwin, Stanley | 125-126
Balfour, Arthur | 19, 81, 122
Balkenende, J.P. | 401, 417, 436-438, 442-444, 446, 451, 474, 584
Barber, N.W. 80-81, 92, 103-105, 135-138
Barendse, R.J. | 402
Barents, J. | 302, 306
Baudet, T.H.P. | 565
Beatrix, koningin | 539-540, 544-546, 549-554, 559
Beckerman, S.M. | 587, 591
Beekman, H. | 424, 426
Beel, L.J.M. | 207, 234-235, 385, 416
Beelaerts van Blokland, F. | 539

Beernink, H.K.J. | 238, 244, 494, 497
Bekker, R. | 399
Belinfante, A.D. | 216, 285, 316
Bemmelen, P. van | 276
Berg, J.Th.J. (Joop) van den | 9, 194, 197, 199, 201-202, 204-206, 212-214, 266, 340, 352, 368-371, 383, 387-389, 401, 404-405, 414-415, 419, 430, 433-434, 451, 458, 462, 464, 473-476, 484-489, 526, 530-531, 534, 538, 540-541, 548, 552, 553, 569-572, 574-575, 581-582, 584-586, 593, 600
Berg, W.A. (Wil) van den | 490
Bergh, G. (George) van den | 218, 519, 569
Bergh, G.C.J.J. (Govaert) van den | 278
Bergh, S.J. (Sidney) van den | 525
Bergkamp, V.A. | 560
Berlusconi, Silvio | 137
Bernsdens, M.A. | 400
Bernhard, prins | 466
Besselink, L.F.M. | 191, 284, 424
Beukers, T. | 12
Biemond, H.J. | 403
Biesheuvel, B.W. | 244-246, 416, 428, 497, 500, 502
Bigge, Arthur John (Lord Stamfordham) | 122, 124, 126
Bijleveld, A.T.B. | 478
Bingham, Tom (Lord Bingham) | 19
Bismarck, Otto von | 200
Blackstone, Sir William | 83-84
Blair, Tony | 137
Bleker, H. | 502
Blick, A. | 21-25, 28-33, 35, 59, 80, 99, 101-103, 106, 115-116, 135
Block, A.L. de | 302
Blok, S.A. | 502
Blussé van Oud Alblas, P. | 200
Bogdanor, V. | 21-22, 33-38, 40, 43-45, 47-48, 52-53, 56-58, 65, 71-72, 74-80, 116, 119
Bonar Law, Andrew | 121-126
Boneval Faure, R. van | 298
Boogaard, G. | 218, 223, 251, 259-261, 264, 268-270, 385, 427, 429, 435, 518-520, 594
Bootsma, P. | 428, 435, 471, 517, 558-563
Bosma, M. | 560
Bosmans, J. | 539
Bosse, P.P. van | 572

Bos, W.J. | 437
 Bovend'Eert, P.P.T. | 4, 6-8, 207, 218, 231, 233, 236-237, 244, 246, 274-275, 284, 289-290, 294, 337-338, 345, 382, 385-386, 389, 392, 394-395, 410, 415-420, 423-425, 435, 438, 440, 448, 451, 460-465, 471, 487-488, 499-500, 503, 514-515, 529, 531-532, 540, 555-556, 558-563, 571-573, 575, 577, 584, 594-599
 Braak, B.H. van den | 213-214, 430, 434-435, 473, 475-476, 571-573, 581, 584-586
 Bradley, A.W. | 26
 Brauw, M.L. de | 597
 Brazier, R. | 35, 41, 46-49, 51, 79, 96, 100, 116-118, 149, 155-156
 Bridge, Nigel (Lord Bridge) | 73-74
 Brinkhorst, L.J. | 429
 Broeke, J.H. ten | 476
 Broekers-Knol, A. | 582-583, 586
 Broeksteeg, J.L.W. | 401, 550, 577-578
 Broughton, Lord | *Zie* Hobhouse, John (Lord Broughton)
 Brown, Gordon | 115
 Bruijn Kops, J.L. de | 298
 Bruins, B.J. | 477
 Burg, F.H. van der | 221, 344
 Burger, J.A.W. | 207, 493, 525, 528
 Burke, E. | 84
 Burkens, M.C.B. | 192, 216, 242-244, 312, 325-327, 332, 397-398, 573, 580-581, 587
 Bussemaker, M. | 449-450
 Buys, J.T. | 272-274, 276, 298-299, 452, 522, 569, 578

C
 Callaghan, James | 87, 117
 Cals, J.M.L.T. | 241-242, 244, 247, 420, 427-428, 494-497
 Cameron, David | 46, 59, 74, 76-78, 117, 136
 Campbell-Bannerman, Henry | 51, 53
 Carnwath, Robert (Lord Carnwath) | 163, 167
 Charles, prins | 154-156, 162
 Cherry, Joanna | 178-179
 Clarke, Tony (Lord Clarke) | 163-164
 Clegg, Nick | 46, 59, 76, 117
 Cohen, M.J. | 544-546, 551
 Coke, Sir Edward | 26
 Colijn, H. | 440, 486, 538-539
 Coopman, I. | 513-515
 Cort van der Linden, P.W.A. | 206, 536
 Costa, Nikki da | 176
 Couwenberg, S.W. | 306, 321, 328, 330-331
 Craig, P.P. | 174, 183-184
 Cramer, J.M. | 401
 Cranborne, Lord | *Zie* Gascoyne-Cecil, Robert (5th Marquess of Salisbury (1893-1972))
 Crinice le Roy, R. | 396

Cromwell, Oliver | 27
 Crossman, Richard | 47, 148, 152-153, 170
 Cummings, Dominic | 176
 Cuocolo, L. | 12
 Curzon, George (Lord Curzon) | 125-126

D
 Daalder, H. | 207, 209-212, 214, 387-388, 582
 Dam, M.P.A. (Marcel) van | 498
 Dam, P. (Peter) van | 210, 367-368
 Davis, Nigel (Lord Justice of Appeal) | 158
 Deckers, L.N. | 440, 539
 Deetman, W.J. | 246
 Denison, John Evelyn | 38
 Denning, Tom (Lord Denning) | 73
 Diamant, M. | 592
 Dicey, A.V. | 18-21, 31, 33, 44-45, 60, 62-64, 70-71, 85-86, 103, 127, 138-139, 341
 Dijkhoff, K.H.D. | 502
 Dijkma, S.A.M. | 506
 Dijsselbloem, J.R.V.A. | 437-442
 Dillon, John | 122
 Disraeli, Benjamin | 43
 Dölle, A.H.M. | 8, 11, 235, 251-252, 262-265, 276, 281, 283-284, 290, 293, 307, 309, 312, 331, 419, 448, 454, 487
 Dolman, D. | 508
 Dolmatov, Alexander | 475
 Donker Curtius, D. | 196, 199, 413, 571
 Donner, A.M. (André) | 3, 8, 13, 192-193, 195, 198-199, 203-205, 207-210, 213, 216, 231, 238-239, 241-242, 244, 247, 252-254, 272, 274, 289, 298-302, 306-307, 312-315, 317-318, 332, 337-339, 382-383, 385, 397-398, 400, 415, 423, 432, 459, 465, 467, 482, 488, 536, 543-544, 554, 600
 Donner, J.P.H. (Piet Hein) | 403
 Dooyeweerd, H. | 278, 478-481, 484-485
 Douglas-Home, Alexander (Lord Home) | 126
 Dragstra, L. | 518-520
 Drees, W. | 372, 415, 492, 504-505, 595
 Driessche, I. Van den | 394
 Duchateau, M. | 487
 Duivesteijn, A.T. | 584
 Dundas, Lawrence (2nd Marquess of Zetland) | 126
 Duymaer van Twist, J. | 298
 Duynstee, F.J.F.M. | 216, 263, 288, 306-309, 311, 423-424, 448, 493-495, 539, 563
 Dworkin, R. | 109
 Dyson, John (Lord Dyson) | 159

E
 Edward VII, koning | 52-53
 Efthymiou, N.S. | 460, 463
 Eijsbouts, W.T. | 321, 344, 347-350

Eleftheriadis, P. | 63
 Elizabeth II, koningin | 79, 176, 178-179, 183
 Elliott, M. | 42, 54, 61-62, 67-69, 95-96, 108,
 110-111, 117, 126, 131, 140-141, 145, 148, 163-
 164, 168-169, 171, 173, 184
 Elzinga, D.J. | 7, 10, 18, 195, 198, 205, 217,
 226-227, 231, 246-248, 251-256, 262, 265, 271,
 274, 289-294, 307, 309, 312, 322-324, 332,
 357, 364, 392, 395, 420, 434-435, 439-440,
 459-460, 462, 465, 482, 536, 541, 578-579,
 594, 598-599
 Emma, koningin-regentes | 535
 Engels, J.W.M. | 324, 451, 453, 455, 465-466,
 470, 479, 485, 487, 598
 Erskine May, Sir Thomas | 38
 Es, A. van | 494
 Evans, Natalie (Baroness Evans of Bowes
 Park) | 176
 Evans, Rob | 154-158
 Ewing, K.D. | 26

F

Feldman, D. | 91, 94, 96-97, 139-140
 Ferrier, K.G. | 548, 552
 Fortuyn, W.S.P. | 214
 Fox, Charles James | 36-37
 Franssen, H.M. | 509, 514, 524

G

Gaay Fortman, B. (Bas) de | 385, 537
 Gaay Fortman, W.F. (Wilhelm Friedrich) de
 | 245
 Gaddafi, Muammar | 115
 Gascoyne-Cecil, Robert (3rd Marquess of
 Salisbury (1830-1903)) | 50, 56, 125-126
 Gascoyne-Cecil, Robert (5th Marquess of
 Salisbury (1893-1972)) | 57, 99-100, 133, 623
 Gee, G. | 86-89
 Geer, D.J. de | 539
 Geertjes, G.J.A. | 10, 46, 380-381, 444, 517
 Geertsema, W.J. | 244, 247, 494-495, 505
 George I, koning | 35
 George II, koning | 36
 George III, koning | 34, 36-37, 40
 George V, koning | 53-55, 122-124, 126, 128
 Gladstone, William Ewart | 43, 45, 47, 50
 Goeman Borgesius, H. | 261, 485
 Goldsworthy, J. | 24-26, 28, 33, 64, 69-70, 74
 Goudsmit, J.E. | 298
 Gove, Michael | 175
 Graaf, G.J. (Fred) de | 583
 Graaf, Th.C. (Thom) de | 416, 428, 490, 503,
 559, 584
 Grapperhaus, F.B.J. | 402
 Gratama, B.J. | 298
 Griffith, J.A.G. | 18, 86-89, 121

Groeneveld, H.A. | 490, 492-494, 497-498,
 501, 504
 Groen van Prinsterer, G. | 196, 301
 Gruijters, J.P.A. | 498

H

Haersolte, R.A.V. van | 276
 Haex, J.C.E. | 494
 Haga, W.R. van | 587
 Hagelstein, G.H. | 383, 389, 513-515
 Hailsham of Marylebone, Lord | *Zie* Hogg,
 Quintin (Lord Hailsham)
 Haldane, Richard (Lord Haldane) | 122-124
 Hale, Brenda (Lady Hale) | 160, 163-164,
 174-183
 Hall, F.A. van | 199, 484
 Hallam, H. | 84
 Halsema, F. | 545, 547, 551
 Hamel, J.A. van | 228, 231
 Harbers, M.G.J. | 477
 Hart, H.L.A. | 109, 135, 354, 361-362, 364-365
 Hatsell, J. | 38
 Healey, Denis | 87
 Hearn, W.E. | 85
 Heemskerck, J. | 226, 273, 299, 484, 594-595
 Heemskerck, T. | 538
 Heffer, Eric | 118
 Hegel, G.W.F. | 328
 Heine, J.A.H. | 212, 367-371, 555-556
 Helvert, M.J.F. van | 506
 Hendrik II, koning | 25
 Hendrik VIII, koning | 25
 Hennis-Plasschaert, J.A. | 476
 Hillebrink, S. | 394-395
 Hirsch Ballin, E.M.H. | 249, 269, 288, 308, 312,
 316, 343, 355-357, 359, 426-427, 437, 460,
 464-465, 482, 574
 Hobhouse, John (Lord Broughton) | 48
 Hodge, Patrick (Lord Hodge) | 163-164
 Hoekstra, R.J. (Rein Jan) | 478, 480, 482-483
 Hoekstra, W.B. (Wopke) | 403, 440, 565
 Hoetink, C. | 224, 368, 372, 374, 508-512, 517-
 518, 526
 Hoeven, J. van der | 5, 237-239, 265-269, 283,
 286-288, 292, 297-298, 302-313, 324, 337, 353-
 354, 356, 415, 463-464, 518, 522, 524, 526,
 531, 533
 Hogendorp, G.K. van | 194
 Hogg, Quintin (Lord Hailsham) | 47
 Home, Lord | *Zie* Douglas-Home, Alexander
 (Lord Home)
 Hood Philips, O. | 84-86, 96
 Hoogcarspel, J. | 504
 Hope, David (Lord Hope of Craighead) | 65,
 129-130
 Horst, D. van der | 45, 50, 56

Horst, G. ter | 400, 584
 Houten, S. van | 202, 272
 Huart, F.J.A. | 232
 Huffelen, A.C. van | 402-403
 Hughes, Anthony (Lord Hughes) | 161-163, 167
 Huizinga, J. | 368
 Huizinga-Heringa, J.C. | 442
 Hulle, R. van der | 218, 223
 Hume, D. | 113

I

Innocentius III, paus | 23

J

Jackson, P. | 96
 s' Jacob, E.H. | 234-235, 269, 339-340, 382
 Jacobus I, koning | 29
 Jacobus II, koning | 27-29, 31, 33
 Jaconelli, J. | 48, 91-93, 98, 101, 103, 107, 109, 111-113, 117, 124-126, 137, 141, 145-147, 152-153, 162-163, 342
 Janmaat, J.G.H. | 511-512, 540
 Jan zonder Land, koning | 23
 Jennings, Sir Ivor | 56, 62, 64, 92, 94-98, 103-107, 112, 126, 133-135, 143, 156, 183, 185, 342
 Jeukens, H.J.M. | 218, 238-239, 262-265
 Johnson, Boris | 47, 59, 79-80, 174-175, 178-179, 181, 183
 Johnson, N. | 27
 Jong, P.J.S. de | 241-242, 494-495, 497
 Jongeling, P. | 497
 Jongh, L. de | 438-441
 Jorritsma, A. | 564-567
 Joseph, Keith | 87
 Jowell, Tessa | 137
 Juliana, prinses/koningin | 416, 459, 464, 466, 539, 556
 Jurgens, E.C.M. | 191, 392, 464, 556, 573, 579

K

Kaag, S.A.M. | 440, 564-566
 Kahn, B.A. | 11, 275, 281-282
 Kaland, A.J. | 586-587
 Kalberg, F.A.J.Th. | 577-578
 Kamp, H.G.J. | 502, 562, 567, 583
 Kamphuisen, P.W. | 274, 280, 282, 301, 460
 Kan, J.M. | 490-491
 Kappayne van de Coppello, A. | 247, 429
 Karel I, koning | 27
 Karel II, koning | 27
 Keen, Richard (Lord Keen of Elie) | 129
 Kemenade, J.A. van | 470
 Kerr, Brian (Lord Kerr) | 159, 163-164
 Kessel, A. van | 5, 387, 435, 471, 515, 531-535, 537-540, 543-545, 548, 551-552, 556, 558-563, 566, 595

Keuchenius, L.W.Ch. | 200, 298
 King, A. | 19, 388
 Kleijkers, R.M.M. | 594
 Kleintjes, Ph. | 228
 Klijnsma, J. | 502
 Klink, A. | 548, 552-553
 Knight, C.J.S. | 26
 Knippenberg, E.T.C. | 577
 Knol, N. | 451, 453, 455
 Koekkoek, A.K. | 418, 429
 Koffeman, N.K. | 519
 Kok, W. | 399, 446, 461-463, 586, 597
 Kolfshoten, H.A.M.T. | 517, 555
 Konijnenbelt, W. | 252, 264
 Koole, R.A. | 206, 212, 385-387
 Koolmees, W. | 564-567
 Koopmans, T. | 218, 264, 314
 Koppejan, A.J. | 548, 552
 Korthals, A.H. | 221, 407
 Kortmann, C.A.J.M. | 6-8, 210, 221-222, 231, 233, 236-237, 244-246, 248-249, 251-253, 264, 284, 290, 293, 314, 316, 318-321, 337-339, 394, 415-416, 418, 420, 424, 429, 438-440, 442-443, 447-448, 460, 469, 499-500, 503, 528, 531, 556, 577-578, 595, 597-598, 600
 Kosto, A. | 473
 Cox, M.J.M. | 440, 587-591, 597, 601
 Krabbe, H. | 227-228, 233, 250, 262, 276-277, 279, 287, 299, 382, 452, 459, 569
 Kramer, H.L.M. | 280, 282
 Kranenburg, F.J. (Ferdinand) | 597
 Kranenburg, R. (Roelof) | 233, 250, 282, 301, 415, 452, 569
 Kristić, A. | 321
 Krom, P. de | 502
 Kuijken, W.J. | 401
 Kummeling, H.R.B.M. | 4, 12, 222, 254, 289, 294, 337, 344-347, 349-350, 352-353, 382, 386, 389, 392, 395, 410, 415-420, 423-425, 438, 440, 448, 451, 464, 471, 483, 488, 500, 514, 529, 571-573, 575, 577, 579, 584, 594-596, 599
 Kuyper, A. | 414, 485, 572
 Kwaadsteniet, W. de | 413, 415, 429, 431, 462, 573-574

L

Laband, P. | 299
 Lackland, John | *Zie* Jan zonder Land, koning
 Lamb, William (Lord Melbourne) | 34
 Laws, John (Lord Justice) | 69-70
 Leeuwen, C.W. van | 224, 226, 228, 231-242, 244-248
 Leijten, R.M. | 564
 Leopold, P. | 96
 Lewis, D. | 92
 Lijphart, A. | 207, 210-212, 367-370

- Linthorst, M.Y. | 584
 Lloyd George, David | 51, 122
 Lodewijk Napoleon, Koning van Holland | 458
 Lodewijk XIV, koning van Frankrijk | 27
 Loeff, J.A. | 228
 Logemann, J.H.A. | 265, 287-288, 306-309, 311, 313
 Low, S. | 19
 Lowell, A.L. | 18, 20
 Lubbers, R.F.M. | 5, 417, 422, 446, 501, 544-548, 550-553, 586, 597, 616
 Luhmann, N. | 326
 Lyon, A. | 27, 31, 56
- M**
- Maarseveen, H.Th.J.F. van | 18, 237-238, 242-244, 250, 312, 325, 395, 454, 467-469, 478, 489
 Maas, P.F. | 385, 497-498, 517, 537, 539
 MacDonald, Ramsey | 59
 Mackay, Æ. (minister-president in de periode 1888-1891) | 413
 Mackay, Æ. (vicepresident van de Raad van State in de periode 1862-1876) | 535
 Maitland, F.W. | 86
 Major, John | 179, 182
 Mance, Jonathan (Lord Mance) | 160-161, 163-164
 Mansveld, W.J. | 402, 476, 506
 Marchant, H.P. | 452-453, 537
 Maria II, koningin | 28
 Marijnen, V.G.M. | 280, 385, 428, 471, 493-494, 555
 Marshall, G. | 90-91, 96-97, 121-124, 149
 Mateman, W.A. | 556
 May, Theresa | 46-48, 78, 118-119, 173-175
 McHarg, A. | 97, 100-101, 169, 171-172
 McIlwain, C.H. | 126
 Meester, Th.H. de | 485
 Meeus, T. | 471
 Meeuwen, P.G.M. van | 573
 Melbourne, Lord | *Zie* Lamb, William (Lord Melbourne)
 Menten, P.N. | 473
 Merriënboer, J. van | 498
 Meuwissen, D.H.M. | 252, 264, 321, 328-331
 Middelkoop, E. van | 512
 Mierlo, H.A.F.M.O. van | 241, 497
 Mijer, P. | 200-201, 226, 271-272, 298, 413
 Mill, J.S. | 85
 Miller, Gina | 163-164, 166, 179
 Miltenburg, A. van | 560
 Mitchell, J.D.B. | 134
 Modderman, E.J. | 298
 Molen, H. van der | 510
 Molenaar, A.N. | 519
- Moodie, G.C. | 90, 96
 Morton, P.A. | 91, 93-94, 100, 109, 139-140
 Munneke, S.A.J. | 222, 394, 465, 522
 Munro, C.R. | 89, 92, 95, 139, 361
 Mutsaers, J.A. | 535
- N**
- Nap, M. | 487
 Napel, H.-M.Th.D. ten | 544, 548, 550-551, 555-556
 Napoleon III, keizer van Frankrijk | 200
 Nederhorst, G.M. | 495-497
 Neuberger, David (Lord Neuberger) | 159-161, 163-170
 Nicholls, David (Lord Nicholls of Birkenhead) | 172
 Nicolai, A. | 399
 Nicolson, Sir Harold | 124
 Nispen, M. van | 409
 North, Frederick (Lord North) | 36
 Noten, H.C.P. | 581, 585
- O**
- Oakeshott, M. | 89
 O'Brien, Conor Cruise | 37
 Oliver, D. | 87-88
 Ollongren, K.H. | 399, 440, 564-567, 587-588, 590-591, 597, 600-601
 Ommeren, F.J. van | 380-381
 Omtzigt, P.H. | 440, 476, 564-565
 Oort, C.J. | 597
 Oosten, F. van | 408-409
 Oosting, M. | 407
 Ooyen, M. van | 402
 Oppenheim, J. | 10, 202, 227-228, 275, 277, 299, 336
 Opstelten, I.W. | 3-4, 406-410, 502, 504, 545, 548-549, 553, 598, 614
 Opzoomer, C.W. | 10, 251, 273-275, 299
 Otten, H. | 587-588, 590
 Oud, P.J. | 5, 204, 225, 236, 238-239, 337, 413-414, 424, 440, 448, 452-453, 465, 490, 536, 569, 578
 Ouden, W. den | 219
 Öztürk, S. | 510
- P**
- Palmerston, Lord | *Zie* Temple, Henry John (Lord Palmerston)
 Pannick, David (Lord Pannick) | 166
 Pechtold, A. | 5, 442, 506, 546
 Perry, A. | 114
 Peters, J.A. | 249, 397-398, 577, 599
 Philipse, J.A. | 535
 Pippel, J.G. | 511, 513, 515, 524
 Pitt the younger, William | 36-37

Pius IX, paus | 199
 Plasterk, R.H.A. | 475
 Poetin, Vladimir | 477
 Polak, C.H.F. | 246
 Ponsonby, Arthur (Lord Ponsonby of Shulbrede) | 59
 Poppelaars, S.P. | 592
 Postma, A. | 521, 523, 576, 578
 Pot, C.W. van der | 194, 209, 227, 279, 282, 299-301, 306, 334-335, 375, 452, 460
 Prakke, L. | 209-210, 253-254, 289, 312, 316, 383, 416-417, 420, 424, 446-448, 450, 551, 600
 Prins, J.H. | 419, 439-440, 511, 600
 Prins, W.F. | 482
 Puchinger, G. | 537-540
 Puchta, G.F. | 278

Q

Qoubbane, N. | 427, 429, 550
 Quay, J.E. de | 448, 493-494, 525, 528
 Qvortrup, M. | 19

R

Raalte, E. van | 464, 484, 486-487, 525, 579
 Radcliffe, Cyril (Lord Radcliffe) | 49
 Raz, J. | 137
 Recourt, J. | 4, 409, 474
 Reed, Robert (Lord Reed) | 159, 163, 167-168, 174-183
 Reede, J.L. de | 289
 Reenen, G.C.J. van | 535
 Rees-Mogg, Jacob | 176
 Rehwinkel, J.P. | 483, 485-486
 Reid, James (Lord Reid) | 65
 Reiding, H. | 444
 Remkes, J.W. | 246
 Rey, J.F.B. van | 476
 Rietkerk, J.G. | 501
 Rijn, M.J. van | 475
 Rijpperda Wierdsma, J.V. | 4, 226, 232, 238-239, 306, 419
 Ringnalda, D.M. | 487
 Rink, P. | 537
 Rochussen, J.J. | 572
 Rockingham, Lord | *Zie* Watson-Wentworth, Charles (Lord Rockingham)
 Roemer, E.G.M. | 548-549
 Rog, M.R.J. | 449-450
 Romme, C.P.M. | 301, 460, 493-494
 Ronaldshay, Earl of | *Zie* Dundas, Lawrence (2nd Marquess of Zetland)
 Rossem, J.W.C. van | 492, 503-506
 Rouvoet, A. | 549
 Ruijs de Beerenbrouck, C.J.M. | 266, 415, 422, 537-538, 540
 Ruppert, M. | 563

Rutte, M. | 406, 417, 422-423, 430-431, 440, 446, 449, 451, 461-463, 471, 474-477, 502, 504-506, 530, 544-546, 548-550, 552-554, 563-565, 567, 574, 581-582, 586-587, 589

S

Salisbury, Lord (Prime Minister in de periode 1895-1902) | *Zie* Gascoyne-Cecil, Robert (3rd Marquess of Salisbury (1830-1903))
 Salisbury, Lord (naamgever van de Salisbury Convention) | *Zie* Gascoyne-Cecil, Robert (5th Marquess of Salisbury (1893-1972))
 Samsom, D.M. | 475
 Sas, N.C.F. van | 194, 196-199
 Savornin Lohman, A.F. de | 276, 301, 459, 537-538
 Savornin Lohman, B.C. de | 231
 Schagen, J.A. van | 383, 389, 486, 488, 509, 514, 524
 Schaik, J.R.H. van | 234, 236, 240
 Schalk, P. | 590
 Schalken, T. | 221
 Schaper, J.H.A. | 537
 Scheltema, F.G. | 384, 415, 452
 Scheltema, M. (Michiel) | 344, 391-392, 401, 403, 411, 469
 Schermerhorn, W. | 486
 Schimmelpenninck, G. | 484, 534
 Schinck, G.J.J. | 587
 Schippers, E.I. | 567
 Schmelzer, W.K.N. | 420, 428, 493
 Schokking, J. | 538
 Scholten, L.W.G. | 5, 337
 Scholten, P. (Paul) | 328
 Schultz van Haegen, M.H. | 402, 506
 Schutgens, R.J.B. | 217, 219-222, 251, 321, 362, 364-365, 513, 575, 591, 594, 597, 600-601
 Sedwill, Sir Mark | 176
 Segers, G.J.M. | 407-408, 566
 Sewel, John (Lord Sewel) | 67-68, 100, 113-114, 128-131, 141, 168-171, 173, 624
 Sillen, J.J.J. | 249, 257-262, 264, 290, 319, 427, 429, 575-578, 594, 597-598
 Simons, D. | 224, 244-245
 Smeenk, C. | 276
 Smit, C. | 594
 Smith, C.E. | 318, 321
 Smith, Julian | 118
 Smuts, Jan | 41
 Snel, M. | 403, 477-478
 Sommer, M. | 530
 Sophia, prinses | 29
 Spek, A.G. van der | 453
 Spencer, Mark | 176
 Spengler, O.A.G. | 243
 Spier, J. | 219

Spies, J.W.E. | 400, 451
 Staaïj, C.G. van der | 430, 438-439, 441, 512, 548-549, 566
 Stamfordham, Lord | *Zie* Bigge, Arthur John (Lord Stamfordham)
 Steenkamp, P.A.J.M. | 563
 Stellinga, J.R. | 313
 Steur, A. van der | 3-4, 406-411, 502, 614
 Stikker, D.U. | 525
 Straw, Jack | 106, 115-116
 Struycken, A.A.H. | 228-231, 235, 267-268, 275-279, 281, 287, 295, 299, 301, 336, 382, 459, 480
 Stuers, V.E.L. de | 510-511
 Sumption, Jonathan (Lord Sumption) | 163-164
 Syrier, C.N. | 439-443, 447

T

Tak van Poortvliet, J.P.R. | 201-202, 414
 Talma, A.S. | 537
 Tang, G.F.M. van der | 18
 Tanja, E. | 373, 511
 Taylor, G. | 12
 Taylor, R.B. | 119
 Teeven, F. | 4, 407, 474, 502, 504
 Tellegen, B.D.H. | 298
 Temple, Henry John (Lord Palmerston) | 42-43
 Thatcher, Margaret | 48, 87
 Thijn, E. van | 429, 520, 543, 584
 Thomas, R. | 42, 54, 61-62, 95-96, 108, 110-111, 117, 126, 140
 Thomassen, W.M.E. | 246
 Thorbecke, J.R. | 197-201, 207, 225-226, 272-273, 276, 298, 382, 385, 393-394, 452, 479, 484, 521-522, 534, 571, 594
 Tjeenk Willink, H.D. (Herman) | 529, 532, 549, 554, 562, 566, 568
 Tjeenk Willink, M. (Martina) | 520
 Tombs, R. | 22-25, 27, 29, 31, 45-46, 50, 56
 Tomkins, A. | 112, 115
 Tongeren, L. van | 407
 Toom, W. den | 494
 Toxopeus, E.H. | 238-240
 Trevelyan, G.M. | 28, 31, 34
 Trip, F.H.P. | 470
 Troelstra, P.J. | 537
 Tucker, A. | 114
 Turpin, C. | 112, 115

U

Uyl, J.M. den | 245, 385, 417, 428, 446, 470, 473, 497-498, 505, 537, 542-543, 545
 Uzman, J. | 10, 65, 140, 218, 223, 236

V

Veegens, D.J. | 218, 519
 Veen, G.A. van der | 219
 Veen, T.J. | 312, 594-595
 Veer, J. van der | 477
 Velde, H. te | 192, 198, 200-202, 207, 369, 372-374
 Veldwijk, J.V. | 555-556
 Veraart, J.A. | 5, 233, 274, 337
 Verbeet, G.A. | 560
 Verdaas, J.C. | 475-476
 Verdonk, M.C.F. | 280, 425, 436-447, 451, 474
 Verhagen, M.J.M. | 502, 545, 547-548, 552, 554
 Verhey, L.F.M. | 6, 8-10, 46, 192, 221, 249, 254, 312, 334-337, 340-347, 349-353, 355, 375, 381, 397-398, 401, 404, 442-443, 464, 483, 514, 541, 575, 577, 579
 Vermeend, W.A.F.G. | 455-456
 Vermeule, A. | 105
 Vermeulen, B.P. | 462-463
 Versteeg, A.J.H.W.M. | 490, 503
 Vetzo, M.J. | 350
 Victoria, koningin | 43, 47, 50, 177
 Vis, J.J. | 193-194, 197, 199, 201-202, 204-206, 266-268, 316, 414-418, 423, 428-429, 431-434, 446, 458, 484-485, 492, 494, 498-499, 534, 537-538, 541, 556, 563, 572, 574, 577
 Visser, J.T. de | 538
 Vissering, S. | 298
 Vlies, I.C. van der | 251-252, 264, 448, 461
 Voermans, W.J.M. | 17, 192, 207, 248, 359, 369, 542
 Vollenhoven, C. van | 226, 298-299, 301
 Vondeling, A. | 494
 Vredeling, H. | 466
 Vreugdenhil, T.O. | 455
 Vries, F. de | 571-573, 577-578
 Vries, K.G. (Klaas) de | 465

W

Wade, H.W.R. | 64, 74, 149
 Walpole, Robert | 35-36
 Watson-Wentworth, Charles (Lord Rockingham) | 36
 Weekers, F.H.H. | 476, 589
 Weill, R. | 44-45
 Westerweel, J. | 594
 Wheare, K.C. | 96, 100, 132-133, 239
 Wicks, E. | 17, 28, 31-35, 37, 39-42, 51-54, 57, 66
 Widgery, John (Lord Widgery) | 148-153
 Wiegel, H. | 245, 247, 453-454, 584, 597
 Wilders, G. | 545, 548-549, 552, 554, 565
 Wilhelmina, prinses/koningin | 535, 537-540
 Willem-Alexander, koning | 460, 559
 Willem de Veroveraar | 23

Willem I, koning | 194, 196-197, 225, 268, 458-459, 478-479, 534
Willem II, koning | 197, 459, 479-480, 484, 534
Willem III der Nederlanden, koning | 199-200, 480, 484, 535
Willem III van Oranje, koning van Engeland, Schotland en Ierland | 28, 31
Williams, J. | 163-164
Wilson, Harold | 48, 74, 76, 78, 117-118, 148
Wilson, Nicholas (Lord Wilson of Culworth) | 161-164
Wilson, Richard (Lord Wilson of Dinton) | 97, 100, 120
Wisse, C. | 291-294
Wit, J.M.A.M. de | 442

Witteveen, H.J. (Johan) | 498
Witteveen, W.J. | 270, 279-281, 285, 307
Woude, W. van der | 235, 248, 492, 503-506

Y

Young, A.L. | 163-164

Z

Zalm, G. | 437-438, 443
Zanen, J.H.C. van | 577, 600
Zijlstra, A. (Albertus) | 452-453
Zijlstra, H. (Halbe) | 475, 477
Zijlstra, J. (Jelle) | 416, 428, 563
Zwart, T. | 221

Curriculum vitae

Gert Jan Geertjes (1989) studeerde rechten aan de Rijksuniversiteit Groningen, waar hij de bachelor Rechtsgeleerdheid (2010, cum laude) en de onderzoeksmaster Functionaliteit van het recht (2012, cum laude) behaalde. In het academisch jaar 2012-2013 studeerde hij aan de London School of Economics and Political Science, waar hij een LLM-graad haalde na het volgen van vakken op het gebied van rechtsfilosofie, vergelijkend constitutioneel recht, EU-recht, mensenrechten en reguleringsvraagstukken. Sinds 1 september 2013 is hij werkzaam aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden, aanvankelijk als onderwijs- en onderzoeksmedewerker en vanaf 2015 als promovendus. Sinds 1 januari 2021 is hij aan diezelfde afdeling verbonden als universitair docent.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2020 en 2021 verschenen:

- MI-335 M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020
- MI-336 J. van Kralingen, *De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk. Een historisch-comparatieve studie* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 782 9
- MI-337 J.C.A. van Dam, *Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-338 F. Jiang, *Greening' the WTO Ban on China's Export Duties. Should WTO law allow China to use export duties to protect the environment and, if so, in what manner?* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-339 M.J.R. Broekema, *Cognitive Bias in the Judgment of Business Valuations and Valuators. How Systematic Patterns of Irrationality Affect Entrepreneurs, Legal Professionals and Business Valuators* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-340 H. Horii, *Child Marriage as a Choice. Rethinking agency in international human rights* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-341 R. de Graaff, *Concurrence in European Private Law* (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 134 8
- MI-342 J.M.M. van der Vliet, *The International Legal Protection of Environmental Refugees. A human rights-based, security and State responsibility approach*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6236 139 3
- MI-343 M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvoerdelijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 816 1
- MI-344 D.J. Verheij, *Credit rating agency liability in Europe. Rating the combination of EU and national law in rights of redress* (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 144 7
- MI-345 P. Rustenburg, *Een algemene normtheorie toegepast op open normen in het belastingrecht* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-346 J.V.O.R. Doekhie e.a., *Invoering jeugdstrafrecht in Caribisch Nederland. Een verkenning naar een jeugdstrafrechtmonitor*, Den Haag: Boom criminologie 2020, ISBN 978 94 6236 151 5
- MI-347 A. Varga, *Establishing State Responsibility in the Absence of Effective Government* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-348 M. Darouei, *Managing a Sustainable Career in the Contemporary World of Work: Personal Choices and Contextual Challenges* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-349 N. Strohmaier, *Making Sense of Business Failure. A social psychological perspective on financial and legal judgments in the context of insolvency* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-350 S. Kouwagam, *How Lawyers Win Land Conflicts for Corporations. Legal Strategy and its Influence on the Rule of Law in Indonesia* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-351 A.D. Sarmiento Lamus, *The proliferation of dissenting opinions in international law. A comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and the IACtHR* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-352 B. Ribeiro de Almeida, *Building land tenure systems. The political, legal, and institutional struggles of Timor-Leste* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-353 K.A.M. van der Zon, *Pleegrechten voor kinderen. Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van de ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 842 0
- MI-354 E.G. van 't Zand e.a., *Bestuurlijke boetes en de Verklaring Omtrent het Gedrag. Een onderzoek naar de realiseerbaarheid en wenselijkheid van het betrekken van bestuurlijke boetes bij de VOG-screening aan de hand van een casestudy naar handhaving en integriteit in de financiële sector*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 843 7
- MI-355 J. Boakye, *Understanding Illegal Logging in Ghana. A Socio-Legal Study on (non)Compliance with Logging Regulations* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-356 N.N.A. Sánchez Castillo-Winckels, *International law and the sustainable governance of shared natural resources. A principled approach*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020, ISBN 978 94 0282 145 1

- MI-357 S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 844 4
- MI-358 J. Reef, M. Jeldes & Y.N. van den Brink, *De PIJ-maatregel doorgelicht. Juridische grondslagen, populatiekenmerken, gedragsverandering en recidive*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, ISBN 978 94 6240 608 7
- MI-359 S. Guo, *Recognition of Foreign Bank Resolution Actions* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-360 B. Muscat, *Insolvency Close-out Netting: A comparative study of English, French and US laws in a global perspective* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-361 J.M. ten Voorde, S.V. Hellemons & P.M. Schuyt, *Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten, Een rechtsvergelijkende studie*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 871 0
- MI-362 F. Afandi, *Maintaining Order: Public Prosecutors in Post-Authoritarian Countries, the case of Indonesia* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-363 R.M. Koenraadt, M.M. Boone, S.E. Rap & S. Kappert, *Financieel toezicht binnen het (jeugd) strafrecht. Een onderzoek naar het verloop, de resultaten en mogelijke uitbreiding van verplicht financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 933 5
- MI-364 J.J. Asscher, Y.N. van den Brink, H.E. Creemers, E. Huls, E.K. van Logchem, N. Lynch & S.E. Rap, *De strafmaat voor jeugdige daders van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven in internationaal perspectief*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 943 4
- MI-365 M.P.A. Spanjers, *Belastingbudget. Onderzoek betekenis budgettaire impact belastingen bij parlementaire vaststelling belastingwetgeving* (diss. Leiden), Den Haag: Flosvier, ISBN/EAN 978 90 8216 072 7
- MI-366 J. Zhang, *The Rationale of Publicity in the Law of Corporeal Movables and Claims. Meeting the Requirement of Publicity by Registration?* (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2021, ISBN 978 94 6236 210 9
- MI-367 B.C.M. van Hazebroek, *Understanding delinquent development from childhood into early adulthood in early onset offenders* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021, ISBN 978 94 6421 272 3
- MI-368 M.R. Manse, *Promise, Pretence and Pragmatism. Governance and Taxation in Colonial Indonesia, 1870-1940* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-369 M.E. Stewart, *Freedom of Overflight: A Study of Coastal State Jurisdiction in International Airspace* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-370 M.T. Beumers, *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 962 5
- MI-371 C.M. Sandelowsky-Bosman, T. Liefwaard, S.E. Rap & F.A.N.J. Goudappel, *De rechten van ongedocumenteerde kinderen in Curaçao – een gezamenlijke verantwoordelijkheid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 956 6