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

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 ongecodificeerde[2] 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 gecodificeerde 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 gecomprimeerd 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) gecodificeerde 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 wereldwijk 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 weary 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 ongecodificeerde 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 uitvloeisel 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 partijen[18] 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 uittreding 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 gemoeid 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 2009[41] 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 implicerend 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 uitmondden 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 voornemen 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 Rights[52] tot stand, waarin een aantal grenzen aan de uitoefening van het Royal Prerogative is geformuleerd, zoals de regel dat de koning in vredestijd 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 Kingdome 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 Freedome 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 aangeledenheden 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 verwikkeld; 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 wegliet. 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 Parliament 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 Parliament 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 pretence 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 steevast 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 bezien 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 ministerraad 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 precedenten 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 vijfentwintigste 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. Hughs 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 getouwtrek[109] 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 Acts[112] 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 Cabinet[119] 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 verkiezingen[121] 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 geslonken[127] 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 krachtenspel, het electoraat, dat niet langer vatbaar was voor beïnvloeding door de vorst.[129] In de periode na 1868[130] 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 benaderingen van respectievelijk de parlementaire soevereiniteit en het conventiebegrip 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 formeeljuridische 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 vakbondsbeweging)[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 Minister[146] 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 verloren[151] 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 verzuchten 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 vertegenwoordige 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 conventie[167] 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 opschortend 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 langer[175] 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 wetswijziging maakte het mogelijk de vorst zogeheten life peers te laten benoemen, opnieuw bij Letters Patent under the Great Seal (uitgeoefend 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 behoort[197] 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 constitutionalisme 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* [cursiveringen 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 conventiebegrip 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 ontkennend; 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 constateringen 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 Lords[213] 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 gecommiteerd 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 Parliament 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 constitutionalisme verenigbaar is met de parlementaire soevereiniteit,[234] is het parlement inmiddels wel in toenemende mate aan beperkingen onderworpen bij de vaststelling 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 Eurosceptisism. 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 1972[240] 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 luidden 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 *Macarthys* 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 stilzwijgend[247] 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. Goldsworthy 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 parlement[254] 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 geüpdatetet. 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 plooien 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 Parliament 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 zaak[266] 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 Parliament *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 Parliament 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 prominentere 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 conventiebegrip heeft zich op een vergelijkbare manier ontwikkeld als de gehele constitutie van het Verenigd Koninkrijk, namelijk met een grote mate van geleidelijkheid. Achteraf bezien 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 bezien 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 Prerogative[289] 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 daarmee[293] 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 aanbrengen 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 relativering

---

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 degress 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 samenval 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 basiskenmerk, 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 *voorgeschreven* 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 vredestijd 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 algemeenheid[323] 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 (direst 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 weggevallen 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 bekritiseren 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 justitification, 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.3.3.3.2.

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 Engeland[344] 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 allerhande 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 McHarg 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 Jenningstest 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 Barbers 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 seventeeth 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 precedenten 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 precedenten daarop wijzen. Deze test geeft op zichzelf echter geen uitsluitsel over de *hoeveelheid* precedenten 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 gevoelen 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 precedenten, 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 belangrijkst: als een dergelijke overtuiging ontbreekt, kan immers geen sprake zijn van een gedrags*regel*.

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 precedenten 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)systeem 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 terechtkomen 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 (geanticipeerde) 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 [cursiveringen 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 vaker[401] 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 verplich-

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 2019[408] 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 structureel[414] 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 2011[417] 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 verstrekte. 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 Jaconelli 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 postwar 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 [cursiveringen in origineel, GJAG].'

426 Jaconelli 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 1911[434] 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 nog[439] 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 Reading[444] 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 Parliament 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 omstreden 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 Pariament 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 inextracibly 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 authoratitative 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 overheidswege[485] 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 stellingname[489] 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 nuancering 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 overlappingen 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 regel*systeem*.

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 conventie[509] 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 regelmatiger 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 schaart onder de conventie ook 'practices' van bestuursorganen waaraan een burger in sommige gevallen een 'legitimate expectation' kan ontlenen '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 drie[511] 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-General[515] 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 perspectief[528] 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 gedoeld 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 gedoeld 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 summiere 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 Mances 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 rechtszoekenden[565] 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 overlapten.

> 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 Lords[570] 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 Pariament 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 [cursiveringen in origineel, GJAG].'

581 De Sewel Convention had oorspronkelijk alleen betrekking op de relatie tussen het UK Parliament 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-Ierland[585] 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 appellant 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 verlengde 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 incompatability 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 berechtbaarheid 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 Democratich 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 oneven-redig 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 verdaging 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 relativeren. 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 conventiebegrip 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 overlappingen 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.