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 III

De Nederlandse constitutie: ontwikkelingen, bronnen en perspectieven

III.1	Inleiding	191
III.2	Historische achtergrond: het staatsrecht in de politiek	192
III.3	Het staatsrecht: binding en handhaving van rechtsregels in politieke verhoudingen	215
III.4	De staatsrechtswetenschap: perspectieven op de verhouding tussen recht en politiek	297
III.5	De conventie in de staatsrechtswetenschap: een nieuw begrip ter verduidelijking van de verhouding tussen recht en politiek	334
III.6	Uitleiding	376

III.1 Inleiding

Op het eerste gezicht wijkt de Nederlandse constitutie aanmerkelijk af van die van het Verenigd Koninkrijk. Toch is dat in ieder geval gedeeltelijk schijn: hoewel de Nederlandse constitutie wel mede uit een grondwet bestaat, is daarin veel niet of niet volledig geregeld. Daar komt nog bij dat, bij afwezigheid van constitutionele rechtspraak, de handhaving van het deel van het constitutionele recht dat betrekking heeft op (de organen van) regering en parlement in handen ligt van deze organen zelf. Jurgens merkt dan ook op dat de Nederlandse constitutie meer weg heeft van de 'Britse grondwetsloosheid' dan een argeloze buitenstaander zou denken.[1]

Als het gaat om de in de Nederlandse staatsrechtswetenschap leidende rechtsbronnen, zijn de verschillen met die uit het Verenigd Koninkrijk echter groot: discussies in Nederland verlopen veelal over de band van de interpretatie van de Grondwet en het opsporen van ongeschreven staatsrecht; beide rechtsbronnen zijn in de staatsrechtswetenschap van het Verenigd Koninkrijk als zodanig grote onbekenden. Hoewel het conventiebegrip aan het einde van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw een relatief belangrijke rol speelde in het Nederlandse staatsrechtelijke denken, leidt het tegenwoordig een betrekkelijk marginaal bestaan.

In dit deel komt aan de orde waardoor het conventiebegrip in staatsrechtelijke discussies aan belang heeft kunnen inboeten en in hoeverre een herintroductie van dit begrip kan bijdragen aan een beter begrip van het Nederlandse staatsrecht. In dat kader vangt dit hoofdstuk aan met een achtergrondschets waarin de belangrijkste feitelijke ontwikkelingen met betekenis voor de constitutie op een rij worden gezet (hoofdstuk III.2). Slechts tegen deze achtergrond is te begrijpen hoe het staatsrecht in het algemeen, voor zover dat betrekking heeft op (de organen van) regering en parlement, zich heeft ontwikkeld (hoofdstuk III.3). De bevindingen uit deze hoofdstukken vormen de basis voor een bespreking van het denken over de rol van het staatsrecht in politieke verhoudingen, waaraan de rest van dit deel is gewijd. Na een algemene bespiegeling over de belangrijkste perspectieven op de verhoudingen tussen feiten en normen in politieke verhoudingen (hoofdstuk III.4) volgt een bespreking van de vraag in hoeverre het conventiebegrip kan bijdragen aan een beter begrip van het staatsrecht (hoofdstuk III.5). Dit deel wordt afgesloten met een korte uitleiding (hoofdstuk III.6).

1 Jurgens 1996, p. 105. Vgl. in die zin ook Besselink 2003, p. 17.

III.2 Historische achtergrond: het staatsrecht in de politiek

III.2.1 Inleiding

De ontwikkeling van de Nederlandse democratische rechtsstaat sinds 1815 kenmerkt zich door een grote mate van geleidelijkheid. Nog altijd geldt in Nederland een versie van de Grondwet die in dat jaar (of in het jaar daarvoor)[2] voor het eerst werd vastgesteld. Nederland behoort daarmee, samen met de Verenigde Staten en Noorwegen, tot de drie naties met de langste doorlopende grondwettelijke traditie ter wereld.[3] In de geschiedenis van de Nederlandse constitutie heeft, afgezien wellicht van de grondwetsherziening van 1917,[4] eigenlijk alleen in 1848 een herziening van de Grondwet plaatsgevonden die het karakter van een duidelijke omwenteling had. In het laatstgenoemde jaar kregen de voor de werking van het staatsrecht nog altijd belangrijke figuren als de politieke ministeriële verantwoordelijkheid, het ontbindingsrecht en de rechtstreekse verkiezing van de Tweede Kamer een plaats in de Grondwet. De grondwetsherziening uit dat jaar is, net als die van 1917, echter net zo goed een 'reguliere' grondwetswijziging als alle andere herzieningen die sinds 1814/1815 hebben plaatsgevonden.[5] Zo bezien heeft de ontwikkeling van de Nederlandse constitutie zich ook altijd gekenmerkt door een grote mate van continuïteit.

Hoewel de vorm en de opzet van het Nederlandse staatsrecht op belangrijke punten hetzelfde zijn gebleven, heeft de Nederlandse *staat* in die periode van ruim tweehonderd jaar een heel ander karakter gekregen. Drie ontwikkelingen verdienen in dit kader bijzondere aandacht.

De eerste is een tendens van democratisering. In de beginperiode was de Nederlandse staat primair te karakteriseren als een 'monarchaal-notabel bestel' waarin 'elke democratische suggestie' was uitgebannen.[6] De Grondwet vormde een centraal element in de politieke debatten uit die tijd; goede politiek was constitutionele politiek. Vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw kwam daarin langzamerhand verandering door de toekenning van het kiesrecht aan steeds meer delen van de bevolking; deze ontwikkeling culmineerde uiteindelijk in de invoering van het algemeen vrouwenkiesrecht in 1919. De wil van de kiezer zou daardoor in toenemende mate de werkwijze van politici gaan beïnvloeden.

---

2 Sommige auteurs dateren de inwerkingtreding van de eerste Nederlandse Grondwet op 29 maart 1814. Zij beschouwen de Grondwet van 1815 als een herziening van die van 1814. Vgl. Te Velde 2010, p. 58; Voermans 2019, p. 170. Zie nader par. II.2.2.

3 Aerts 2016, p. 45.

4 Volgens Voermans heeft de grondwetsherziening van 1956 eveneens grote veranderingen teweeggebracht: een betere aansluiting van Nederland bij de internationale rechtsorde, de aanduiding van nieuwe grenzen van het Koninkrijk en nieuwe voorschriften ten aanzien van de samenstelling van de Tweede en Eerste Kamer. Zie Voermans 2021, p. 103.

5 Vgl. in die zin ook o.a. Burkens 1981, p. 55; Donner 1981a, p. 2; Verhey 2018, p. 95.

6 Aerts 2016, p. 49.

De tweede, gedeeltelijk daarmee verband houdende,[7] ontwikkeling vormt de groei van de taken die overheidsorganen vanaf het begin van de twintigste eeuw op zich zijn gaan nemen; deze ontwikkeling culmineerde in het ontstaan van de verzorgingsstaat of de sociale rechtsstaat na de Tweede Wereldoorlog. In het verlengde daarvan ligt de derde ontwikkelingslijn die nadere aandacht verdient: de opkomst van de politieke partij vanaf het einde van de negentiende eeuw, die door de invoering van het algemeen kiesrecht en de wijziging van het kiesstelsel in de hand is gewerkt.[8] Niet de tegenstelling tussen regering en parlement, maar de zetelverdeling tussen coalitie- en oppositiefracties in de Kamer zou daardoor in toenemende mate de politieke verhoudingen gaan bepalen. Ten tijde van de bloeiperiode van de pacificatiepolitiek (1917-1967) was de verhouding tussen de verschillende partijen nog tamelijk overzichtelijk. Na die tijd zou dat steeds minder vanzelfsprekend worden, onder andere als gevolg van de ontzuiling en, na 2002, van de opkomst van nieuwe partijen zoals de LPF, de PVV en FvD.

Het belang van deze ontwikkelingen voor het staatsrecht gaat verder dan de gedeeltelijke grondwettelijke verankering van het algemeen kiesrecht bij de herziening van 1917 respectievelijk de (sociale) grondrechten bij de herziening van 1983. Minstens zo belangrijk is de invloed van deze drie ontwikkelingen op de positie en werkwijze van de belangrijkste constitutionele instellingen op nationaal niveau, zoals die hoofdzakelijk in de Grondwet van 1814/1815 en bij de wijzigingen ervan in 1840 en 1848 vorm hadden gekregen. Aan de rangschikking van de constitutionele instellingen is in een periode van ruim tweehonderd jaar relatief weinig veranderd. Waar het de verhoudingen binnen en tussen (de ambten van) regering en parlement betreft, is in de huidige Grondwet nog altijd tot op zekere hoogte de structuur te herkennen van de Grondwet van 1814/1815. In zoverre doet het Nederlands staatsrecht, voor zover het de institutionele verhoudingen betreft, naar zijn uiterlijke verschijningsvorm nog altijd enigszins aan, zoals Vis opmerkt, 'als een soort procesrecht van de negentiende-eeuwse nachtwakersstaat'.[9] Hoewel beide ontwikkelingen op zichzelf geen aanleiding gaven om de staatsrechtelijke positie van de Nederlandse constitutionele instellingen te wijzigen, is hun feitelijke functioneren gedurende de periode van ruim tweehonderd jaar wel degelijk aanmerkelijk veranderd.

Voor een goed begrip van de staatsrechtelijke ontwikkeling van de verhoudingen binnen en tussen regering en het parlement is het daarom van belang om ook meer zicht te hebben op de staatkundige ontwikkelingen die in die respectieve verhoudingen hebben plaatsgevonden. Immers, alleen tegen die achtergrond is het mogelijk om te begrijpen hoe de functie van

---

7 Zie over dat verband par. III.2.6.

8 Zie nader par. III.2.5.

9 Vis 1978, p. 4. Vgl. ook Donner 1961, p. 11 = Donner 1986, p. 125. Een kleine nuancering is wel op haar plaats, omdat de grondwetgever in 1983 brak met de oude opzet en terminologie van de daarvoor geldende versies van de Grondwet. Toch bevat de huidige Grondwet nog altijd sporen van de in 1815 door de grondwetgever gekozen opzet.

de belangrijkste rechtsbronnen zich heeft ontwikkeld en welke rol daarbij mogelijk is weggelegd voor regels die buiten de sfeer van het staatsrecht liggen. In het vervolg van dit hoofdstuk komen deze ontwikkelingslijnen uitgebreider aan de orde.

III.2.2 De Grondwet van 1815 als eerste stap op een nieuw 'institutioneel pad'

Het startpunt van de constitutionele geschiedenis van het huidige Nederland ligt formeel in 1815 (of, zo men wil, in 1814), omdat toen de Grondwet tot stand kwam die in gewijzigde vorm nog altijd van kracht is.[10] Dat betekent echter niet dat de Nederlandse staat toen vanuit het niets is ontstaan. Hoewel de vaststelling van de Grondwet in 1814 en 1815 in veel opzichten een nieuw begin markeert, bouwt haar vaststelling ook voort op de daaraan voorafgaande periode. Van Hogendorp, de voornaamste architect van de Grondwetten van 1814 en 1815, was net als de initiatiefnemers van de grondwetten die in de kleine twintig jaar daarvoor tot stand waren gekomen van mening dát er een fundamenteel rechtsdocument moest zijn dat de macht van de staat en de bijbehorende instituties constitueert en aan regels bindt.[11] Van Hogendorp zocht in zijn *Schets eener constitutie* uit 1812,[12] een toelichting bij de Grondwetten van 1814 en 1815, expliciet aansluiting bij het staatsbestel zoals dat al vanaf 1579 tot ontwikkeling was gekomen.[13]

Niettemin was de suggestie van Van Hogendorp dat de constitutie voortbouwt op een lange traditie meer schijn dan werkelijkheid. Door oude vormen, instellingen en begrippen in zijn Grondwet op te nemen kon hij verhullen dat hij in feite op tal van terreinen allerlei eigentijdse vernieuwingen doorvoerde.[14] Illustratief is de hernieuwde introductie van het begrip 'Staten-Generaal' als benaming voor het parlement; hoewel de term anders deed

10 De grondwetsherziening van 1815 kwam voort uit de samenvoeging van de Zuidelijke Nederlanden (het huidige België) en de Noordelijke Nederlanden (het huidige Nederland). Volgens Van den Berg & Vis was kenmerkend voor de Grondwet van 1814 dat daarin 'vooral veel moest worden verzwegen en alles in het teken stond van de soevereiniteitsopdracht aan Willem I'. Het resultaat van de Belgische deelname aan de totstandkoming van de Grondwet van 1815 resulteerde naar de woorden van Van den Berg & Vis in een grondwet 'die een stuk systematischer en ordelijker is geformuleerd dan die van 1814'. Zie Van den Berg & Vis 2013, p. 217. Ik laat de verschillen tussen de Grondwetten van 1814 en 1815 hier verder buiten beschouwing.

11 De grondwetten die voor 1814 op het huidige Nederlandse grondgebied hadden gegolden, waren de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798, de Staatsregelingen des Bataafschen Volks van 1801 en 1805 respectievelijk de Constitutie voor het Koningrijk Holland 1806. Zie nader over de continuïteit tussen deze grondwetten en die van 1815 o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 213-218; Aerts 2016, p. 48-50 met verdere verwijzingen.

12 Het zou overigens nog tot 1839 duren voordat het tot publicatie van de *Schets* kwam. Zie o.a. Van der Pot 1957a, p. 131.

13 Van Sas 1998, p. 119; Aerts 2016, p. 49 met verdere verwijzingen.

14 Van Sas 1998, p. 118-119.

vermoeden, ging het hier niet om een orgaan dat vergelijkbaar was met de gezantenvergadering van de Zeven Provinciën uit de tijd van de Republiek, maar juist om een orgaan dat het *gehele* Nederlandse volk vertegenwoordigt (vgl. het huidige art. 50 Grondwet). In dat licht kan de vaststelling van de Grondwetten van 1814 en 1815 ook gelden als het begin van een nieuwe periode van de constitutionele geschiedenis van Nederland.[15]

Kenmerkend voor de Grondwetten van 1814 en 1815 is de centrale rol die daarin is weggelegd voor de vorst. De ruimte voor de reeds genoemde, uit notabelen bestaande, Staten-Generaal was beperkt, omdat dit vertegenwoordigende orgaan vooral adviserende bevoegdheden had.[16] De vaststelling van de Grondwetten van 1814 en 1815 maakte van Nederland dan ook uitdrukkelijk niet een democratisch, maar wel een op rechtsstatelijke elementen ingericht bestel.[17] Vooral de Grondwet van 1815 vormt, mede dankzij de invloed van de Belgische leden van de grondwetscommissie, een weerslag van de gedachte dat de staatsmacht en de bijbehorende staatsinstellingen in een geschreven document moeten worden gevestigd en gebonden. Volgens de door de verantwoordelijke grondwetscommissie opgestelde toelichtende tekst was de Grondwet van 1815 'berekend naar de behoeften der natie in het begin der negentiende eeuw', waardoor zij ruimte liet 'aan de ondervinding van lateren tijd' om het stelsel in de loop der tijd te verbeteren.[18] De vaststelling van de Grondwet van 1815 vormde in de woorden van Aerts 'een institutioneel pad', dat toekomstige generaties in de ogen van de architecten van deze Grondwet bij de herziening van de Grondwet zouden blijven bewandelen.[19] In dat kader is vooral de opbouw van deze versie van de Grondwet, en dan met name het vooropstellen van de monarchie, bepalend geweest voor het verloop van latere herzieningen van de Grondwet. Tegen die achtergrond is te begrijpen dat in alle latere versies van de Grondwet, zij het sinds 1983 met een gewijzigde opbouw en terminologie,[20] de monarchie altijd een belangrijk bestanddeel is gebleven.

De opzet van de Grondwet van 1815 verklaart in ieder geval deels waarom de Grondwet in de negentiende eeuw een centrale rol vervulde in discussies over de hervorming van het staatsbestel, maar ook waarom zij vanaf de twintigste eeuw aan belang inboette. In feite vormt Nederland in constitutionele zin, zoals Aerts het uitdrukt, 'een doorontwikkelde monarchale

15 Vgl. ook Elzinga 1998, p. 83-85 = Elzinga 2020, p. 124-127.

16 In die zin ook o.a. Aerts 2016, p. 49.

17 In die zin ook Donner 1981b, p. 279-280. Daar komt nog bij dat de handhaving van sommige bepalingen uit deze versie van de Grondwet te wensen overliet. Zie nader par. III.2.3.

18 Aangehaald in Aerts 2016, p. 50. De tekst is ook te raadplegen op denederlandsegrondwet.nl.

19 Aerts 2016, p. 50.

20 Ondanks deze structuurwijziging in de laatste versie van de Grondwet is de oorspronkelijke opzet van de Grondwet nog altijd voor een belangrijk deel intact gebleven. Zo gaan de bepalingen in de Grondwet over de monarchie en de samenstelling van de regering nog altijd vooraf aan die over de Staten-Generaal. Vgl. in die zin ook Aerts 2016, p. 55.

staat'.[21] Het ontstaan van het politiek-neutrale koningschap en de bijbehorende reductie van het monarchale aandeel in de regering, dat vanaf het einde van de negentiende eeuw steeds vastere vorm kreeg,[22] heeft zich in feite buiten de Grondwet om ontwikkeld. De transformatie van de monarchie is illustratief voor zowel de gelijkmatigheid waarin het constitutionele bestel in Nederland is veranderd als voor het pragmatisme waarmee die verandering gepaard ging; er heeft altijd onvoldoende politieke steun en urgentie bestaan om het Nederlandse politieke bestel op een compleet andere leest te schoeien dan die van 1815 (of 1814).

In tegenstelling tot de periode daarna was de Grondwet in de negentiende eeuw nog bepalend voor de belangrijkste constitutionele ontwikkeling van die tijd: de beperking van het monarchale aandeel in de regering, die gepaard ging met een versterkte positie van de volksvertegenwoordiging. Daarbij is vooral de herziening van 1848 van essentieel belang geweest.

III.2.3 De ommekeer van 1848

Sinds 1815 (of 1814) kent de huidige Nederlandse staat een grondwet die geldt als het fundament van al het overheidsoptreden. Niettemin liet de Grondwet van 1814/1815 nog veel vragen onbeantwoord. Willem I probeerde het tegen die achtergrond te doen voorkomen alsof niet de Grondwet de basis van zijn koningschap was, zoals constitutioneel gezien het geval was, maar dat zijn soevereiniteit aan de vaststelling van de Grondwet vooraf was gegaan; de leemtes in de Grondwet boden hem daarvoor een zekere ruimte.[23]

Niettemin was de Grondwet, ondanks het mogelijke verschil van inzicht over de juiste uitleg ervan en de politieke ruimte die de koning in het Nederlandse staatsbestel kon innemen, een belangrijk referentiekader voor ontwikkelingen van het staatsbestel voor de, op dat moment tot wasdom komende, politieke verslaggeving van na 1815.[24] Iedere keer dat de inrichting van het in 1814/1815 vormgegeven staatsbestel ter discussie kwam te staan, vormde niet zozeer het bestaan van de Grondwet als zodanig maar vooral de inhoud ervan de steen des aanstoots. Nadat in de periode 1828-1832 vanuit verschillende hoeken, waaronder door Donker Curtius en Groen van Prinsterer, zonder succes werd gepleit voor de doorvoering van constitutionele hervormingen, kwam het in 1840 daadwerkelijk tot een herziening van de Grondwet.[25] Deze herziening mondde onder andere uit in de opname van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid in de Grondwet.

21 Vgl. Aerts 2016, p. 56.
22 Zie daarover ook par. IV.5.2.2.2.
23 Van Sas 1998, p. 120-123.
24 Van Sas 1998, p. 124.
25 Van Sas 1998, p. 127-129.

Na deze herziening was dan ook duidelijk dat de (politieke) verhouding tussen de koning en zijn ministers definitief was veranderd. In de historische literatuur werd de grondwetsdiscussie van 1840 wel beschouwd als een motie van wantrouwen aan het adres van koning Willem I,[26] die in die herziening aanleiding zag om af te treden. Een ander, minder zichtbaar resultaat van de herziening van 1840 was dat de Staten-Generaal alle bepalingen uit de Grondwet nog eens aan een evaluatie onderwierpen. Bij die herziening was onder meer Thorbecke betrokken, die tijdens deze herziening hoopte de wat hij noemde 'Augiasstal van 1815' te kunnen uitmesten.[27] Deze debatten leidden echter niet tot het door Thorbecke gewenste resultaat. Hij zag daarom voldoende reden om het debat over de inhoud van de Grondwet ook na 1840 voort te zetten.

In 1844 dienden Thorbecke en acht anderen, die tezamen de zogeheten Negenmannen vormden, een initiatiefvoorstel tot herziening van de Grondwet in. In de Kamer was op dat moment onvoldoende politiek draagvlak voor hun voorstel.[28] Pas toen koning Willem II van gedachten veranderde over de wenselijkheid van een grondwetsherziening en in 1848 daartoe zelf het initiatief nam, kwamen de door de Negenmannen gewenste constitutionele hervormingen van de grond. De succesvolle voltooiing van deze grondwetsherziening is echter niet veroorzaakt door een veranderde manier van denken van Willem II. Volgens Van Sas was de herziening niet gelukt zonder het 'proces van jarenlange constitutionele gedachtevorming' dat de Negenmannen in de jaren daarvoor reeds in gang hadden gezet.[29] In zoverre zou de herziening van de Grondwet in 1848 vooral een inhaalslag zijn en een bekroning op de geestelijke arbeid die de Negenmannen voorafgaand aan 1848 hadden verricht.

De belangrijkste hervormingen die in deze versie van de Grondwet een plaats kregen, waren de politieke ministeriële verantwoordelijkheid, het censuskiesrecht voor de verkiezingen van de Tweede Kamer en de openbaarheid van de vergaderingen van de Staten-Generaal. Opvallend aan deze herziening is dat zij op geheel constitutionele wijze, zonder onrust, had plaatsgevonden. In dit opzicht verliep de ontwikkeling in Nederland anders dan in andere landen, zoals Denemarken, Frankrijk en Italië, waar in het voorjaar van 1848 juist veel beroering bestond.[30] Formeel gezien was de herziening van de Grondwet van 1848 daarom een herziening als alle andere grondwetsherzieningen in Nederland. De continuïteit in de constitutionele ontwikkeling bleek voorts uit de opzet van de Grondwet van 1848, die de

26 In die zin o.a. Van Sas 1998, p. 129; Van den Berg & Vis 2013, p. 283-284.

27 Voor de herziening van de grondwetsbepalingen over de monarchie vereiste de versies van de Grondwet van vóór 1848 de bijeenroeping van de Tweede Kamer 'in dubbelen getale' (art. 231 Grondwet 1815; art. 229 Grondwet 1840). Thorbecke was destijds lid van deze dubbele Tweede Kamer. Zie Van Sas 1998, p. 129.

28 Van Sas 1998, p. 131; Van den Berg & Vis 2013, p. 306.

29 Van Sas 1998, p. 137.

30 Van den Berg & Vis 2013, p. 313.

grondwettelijke structuur uit 1815 vrijwel geheel intact liet.[31] Reeds toen bleek het Nederlandse constitutionele systeem al over een mate van bestendigheid te beschikken die op dat moment in verschillende omliggende landen nog afwezig was.

Met de voltooiing van de herziening van de Grondwet in 1848 is het verhaal over de daarin vastgelegde constitutionele hervormingen nog niet helemaal verteld. De hervorming van de constitutie was niet alleen afhankelijk van de bepalingen van de Grondwet, maar evenzeer van de politieke praktijk.[32] Thorbecke was zich hiervan bewust, toen hij, reeds voor 1848, er op verschillende plaatsen op wees dat de Grondwet 'een nationale kracht' moest worden.[33] Volgens Thorbecke waren de versies van de Grondwet van voor 1848 op belangrijke punten een dode letter. Hij wilde voorkomen dat de koning met de Grondwet van 1848 net zo vrij kon omspringen als hij met de eerdere versies van de Grondwet had gedaan.[34] De term 'nationale kracht' had een tweeledige betekenis.[35] In de eerste plaats was Thorbecke van mening dat de Grondwet maatgevend moest zijn voor de ontwikkeling van het politieke leven. In de tweede plaats hoopte hij dat de nieuwe Grondwet zou leiden tot een bestuurlijke en politieke acceptatie van de wet of, zoals Thorbecke dat noemde, 'de heerschappij der wet'.[36] Thorbecke zag de wet bij uitstek als een middel dat de macht van het bestuur kan vastleggen en daarmee ook kan limiteren. Daarmee stelt de wet de volksvertegenwoordiging in staat om de regering te controleren.

Tegen deze achtergrond kon het tijdperk van wat Te Velde 'constitutionele politiek' noemt, aanvangen: de politiek draaide om constitutionele kwesties, waarbij de uitleg van de Grondwet een centrale plaats innam.[37] Het politieke denken uit die tijd was in sterke mate geconcentreerd rond rechtsstatelijke elementen; het denken in termen van democratie was in die tijd nog niet gebruikelijk. In de politieke debatten uit die tijd stonden vooral de opvattingen van de betrokken politici over constitutionele kwesties centraal in plaats van de wensen van de kiezer.

---

31 In die zin ook o.a. Van Sas 1998, p. 140; Aerts 2016, p. 53.

32 In die zin Te Velde 1998, p. 151.

33 Thorbecke 1841, deel I, p. viii; Thorbecke 1856, p. 59. Aangehaald in Te Velde 1998, p. 151. Aanvankelijk zou de Grondwet als 'nationale kracht' vooral een theoretisch uitgangspunt blijven. De koning achtte zichzelf bevoegd burgers bindende regels in de vorm van een amvb op te leggen, tenzij de Grondwet dat expliciet verbood. Op grond van de Wet van 6 maart 1818, *Stb.* 1818, 12 (de Blanketwet) was overtreding van een voorschrift uit een dergelijke amvb zelfs strafbaar. Het zou echter nog tot 1879 duren, voordat de Hoge Raad dit uitgangspunt omdraaide; vanaf toen gold als uitgangspunt dat de koning slechts bevoegd is tot vaststelling van een amvb indien de (Grond)wet daarvoor een uitdrukkelijke grondslag biedt. Pas daarna heeft het door Thorbecke gepropageerde uitgangspunt echt tot bloei kunnen komen. Zie ook par. III.2.6.

34 Vgl. ook Elzinga 1998, p. 89 = Elzinga 2020, p. 131-132.

35 Te Velde 1998, p. 151.

36 Thorbecke 1848, p. 85. Aangehaald in Te Velde 1998, p. 151. Vgl. ook Donner 1981b, p. 281-282.

37 Te Velde 1998, p. 148-149; Te Velde 2010, p. 60. Vgl. in die zin ook Donner 1981b, p. 280.

De betekenis van de politieke praktijk voor de ontwikkeling van de constitutie bleek al bij het protest vanuit protestantse hoek tegen het herstel van de bisschoppelijke hiërarchie in de Nederlandse kerkprovincie door paus Pius IX in 1853.[38] De zogeheten Aprilbeweging diende een van ruim 200.000 handtekeningen voorziene petitie in bij koning Willem III, die zijn vader na diens dood in 1849 had opgevolgd. In de petitie verzochten de ondertekenaars aan de koning om de komst van de bisschoppen naar vermogen tegen te gaan. Thorbecke, die op dat moment voorzitter van de ministerraad was, adviseerde de koning om zich in deze kwestie neutraal en formeel op te stellen tegenover deze petitie. De in de Grondwet van 1848 verankerde vrijheid van godsdienst stond regeringsingrijpen op dit punt immers niet toe. In weerwil van dit advies betuigde de koning juist zijn steun aan de protestantse petitionarissen. Vier ministers, onder wie Thorbecke zelf, besloten daarop hun ontslag aan te bieden aan de koning. De koning had, reeds voordat Thorbecke en de zijnen hadden besloten uit het kabinet te stappen, Van Hall en Donker Curtius bereid gevonden om de plaats van Thorbecke en de zijnen in te nemen. Uiteindelijk bood het handelen van de koning de Aprilbeweging echter weinig soelaas: de door het nieuwe kabinet aangekondigde Wet op de kerkgenootschappen die de bevoegdheid aan de regering toekende om anticiperend op te treden als kerkelijke activiteiten de orde dreigden te verstoren, veranderde weinig aan de feitelijke situatie van godsdienstvrijheid.

Niettemin was met het verloop van deze kwestie in de woorden van Donner wel meteen 'de toon getroffen, waarin de Nederlandse staatkunde, onder het [K]oninkrijk zo goed als onder de [R]epubliek, placht en pleegt te worden gevoerd'.[39] Kenmerkend voor die toon is volgens hem dat Nederlanders 'elkaar gewoonlijk slechts vinden in een opportunisme, dat de kerk in het midden laat en in scherp uitgekiende compromissen zijn neerslag vindt'. In feite vormt deze karakterisering van het Nederlandse politieke debat uit deze periode in tweeërlei opzicht een prelude op wat in de twintigste eeuw nog veel pregnanter aan het licht zal komen: niet alleen de inhoud van (grond-) wettelijke bepalingen vormt vaak in sterke mate de weerslag van een compromis, ook in de *wijze waarop* die compromissen tot stand komen is de hang naar consensus zichtbaar.[40] De behoefte om de geldende procedures te respecteren bleek en blijkt onder alle (politieke) groeperingen in Nederland telkens groter te zijn geweest dan de behoefte om met het geldende systeem te breken.

---

38 Zie hierover nader o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 368-374.

39 Donner 1981b, p. 281, ook voor het volgende citaat. Evenzeer illustratief voor deze toon zijn volgens Donner de strubbelingen rond de onderwijswetgeving in de jaren 1856-1857, die volgens hem ook aantonen dat 'de liberale, groot-protestantse bovenlaag' zich 'slechts met wederstreven' kon verenigen 'met de tolerante, vrijheidslievende tendenzen van de herziening'. Zie over dit conflict o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 376-378.

40 Reeds de aanloop naar de herziening van de Grondwet in 1848 illustreerde de waarde die consensus in de politieke cultuur van Nederland heeft. In die zin ook Van Sas 1998, p. 136-137.

III.2.4 De uitbouw van het Nederlands rechtsstatelijk denken tot constitutioneel-democratisch denken

In de eerste decennia na 1848 blijft de Grondwet een belangrijke rol spelen in het politieke debat. Hoezeer Thorbecke wilde dat de Grondwet 'een nationale kracht' zou vormen, mede met het oog op het in toom houden van de koning, was het uitdrukkelijk niet zijn bedoeling haar te laten fungeren als een blauwdruk voor het bedrijven van politiek. Hij zei daarover in 1851:

> 'Het is met de Grondwet als met het Evangelie. De Grondwet laat meerdere vrijheid dan hij, die uitsluitend zijn dogma in de Grondwet wil vinden, zich voorstelt.'[41]

Reeds toen kenmerkte de Grondwet zich door een open karakter. De normen uit de Grondwet hadden tot doel zowel het politieke leven als het debat daarbinnen mogelijk te maken, niet zozeer om het politieke leven tot in detail te reguleren. Op die manier konden al in een vroeg stadium buitengrondwettelijke regels ontstaan die het politieke leven in vergaande mate zouden gaan beheersen.

Zonder twijfel is een van de belangrijkste van deze buitengrondwettelijke regels de 'conventie van 1868', die het uitvloeisel vormt van een tweetal conflicten tussen regering en parlement. Het eerste conflict ving aan op 27 september 1866, toen de Tweede Kamer de motie-Keuchenius aannam waarin zij de gedragslijn van de regering afkeurde ten aanzien van de benoeming van P. Mijer tot gouverneur-generaal van Nederlands-Indië.[42] De regering ging naar aanleiding van de aanneming van deze motie direct over tot de ontbinding van de Kamer. Het tweede conflict had betrekking op de positie van Luxemburg, waarvan koning Willem III groothertog was. Nadat Willem III zijn groothertogdom bijna had verkocht aan de Franse keizer Napoleon III, kwam Otto von Bismarck, de toenmalige minister-president van Pruisen, daartegen in het geweer. Om te voorkomen dat Luxemburg de inzet zou worden van een conflict tussen Pruisen en Frankrijk, werd de neutraliteit van Luxemburg gegarandeerd in het Traktaat van Londen (1867). Dit Traktaat werd ook door de Nederlandse regering ondertekend, hoewel zij formeel niets met het conflict te maken had. De Tweede Kamer uitte haar onvrede over deze gang van zaken door op 26 november 1867 de begroting van het ministerie van Buitenlandse Zaken te verwerpen,[43] waarop de regering opnieuw overging tot de ontbinding van deze Kamer. In nieuwe samenstelling nam de Kamer op 23 maart 1868 de motie-Blussé van Oud Alblas aan, waarmee zij zich tegen de ontbinding van de Kamer uitsprak.[44]

---

41 Te Velde 1998, p. 157 met verwijzing naar Thorbecke 1900 [1850-1851], p. 306.
42 *Handelingen II* 1866/67, p. 84 (27 september 1866).
43 *Handelingen II* 1867/68, p. 164-165 (26 november 1867).
44 *Handelingen II* 1867/68, p. 195 (23 maart 1868).

De bewindspersonen uit de regering besloten daarop zelf hun ontslag aan te bieden in plaats van opnieuw tot de ontbinding van de Tweede Kamer over te gaan.

Achteraf bezien hebben deze conflicten de contouren aangebracht van het huidige parlementaire stelsel en hebben daarmee een beslissende invloed gehad op de ontwikkeling van het liberaal-constitutionele bestel zoals Nederland dat nu kent. Desondanks moet de uitkomst van de conflicten uit de jaren 1866-1868 geen onverdeeld genoegen zijn geweest voor een liberaal als Thorbecke. Thorbecke ging er in zijn *Narede* immers nog van uit dat regering en parlement elkaar wederzijds beperkende organen zijn, die met elkaar moesten samenwerken om goed te kunnen functioneren.[45] Volgens de theorie van Thorbecke was het daarom funest voor het functioneren van regering en parlement als beide organen met elkaar in een machtsstrijd verwikkeld zouden raken. Te Velde beschouwt de uitkomst van beide conflicten, waarbij uiteindelijk de Tweede Kamer aan het langste eind trok, daarom als 'een Pyrrhusoverwinning' voor de ware thorbeckeanen of doctrinairen.[46]

Interessant is ook dat deze gebeurtenissen volgens Te Velde 'het begin van het einde' van het tijdperk van constitutionele politiek inluidden. De gebeurtenissen uit de jaren 1866-1868 introduceerden immers al voorzichtig een democratisch element in het staatsbestel dat nog niet goed paste bij het op de rechtsstaat georiënteerde denken uit die tijd. Op zichzelf leidden deze gebeurtenissen nog niet meteen tot een omslag in het denken over de verhouding tussen regering en parlement. Wel zou de gedachtevorming daarover na het plaatsvinden van de kwesties-Mijer en -Luxemburg langzamerhand van toon veranderen.

Vanaf de jaren tachtig van de negentiende eeuw veranderde ook de manier van denken over het kiesrecht. Rond die tijd was de algemene consensus al dat de inrichting van het kiesrecht uit 1848, waarbij een vast minimumbedrag aan betaalde belasting het criterium was waarmee werd bepaald welke mannen het kiesrecht mochten uitoefenen, haar langste tijd had gehad.[47] Bij de herziening van 1887 verwijderde de grondwetgever de census als eis voor de uitoefening van het kiesrecht uit de Grondwet. Voortaan werd toekenning van het kiesrecht mogelijk aan mannen die door de Kieswet te bepalen 'kenteekenen van geschiktheid en maatschappelijke welstand' bezaten.[48] Tijdens het debat over de nieuwe Kieswet nam minister Tak van Poortvliet al een vergaand standpunt in: hij wilde het algemeen kiesrecht voortaan toekennen aan alle mannen die konden lezen en schrijven. Zijn medestanders kwamen bekend te staan als de takkianen, tegenover de anti-takkianen die een zo vergaande uitbreiding niet zagen zitten. Bij de

45 Thorbecke 1870, p. xv.
46 Te Velde 1998, p. 159, ook voor het volgende citaat.
47 Te Velde 1998, p. 167.
48 Zie over deze criteria Van den Berg & Vis 2013, p. 487.

Tweede Kamerverkiezingen van 1894 trok de laatstgenoemde groepering aan het langste eind.[49] In 1896 kwam onder leiding van de liberale minister Van Houten een behoudender Kieswet tot stand, die mede door de stijging van de welvaart overigens wel tot een verdere uitbreiding van het kiesrecht leidde.

Het debat over de kiesrechtkwestie uit de jaren 1890 is illustratief voor de verandering in het denken over de Grondwet in de politiek en het bijbehorende op de rechtsstaat georiënteerde denken in het Nederlandse staatsbestel uit die tijd. Volgens Te Velde was het debat tussen de takkianen en de anti-takkianen misschien wel de laatste maal dat de precieze uitleg van de Grondwet bij een debat over een politieke kwestie een centrale rol vervulde.[50] Volgens de takkianen vormde de Grondwet geen belemmering voor de uitbreiding van de door hen gewenste uitbreiding van het kiesrecht, terwijl hun tegenstanders van mening waren dat er op dit punt juist wel grondwettelijke bezwaren bestonden. Illustratief is de uitspraak van de liberaal en hoogleraar staatsrecht Oppenheim uit 1892:

> 'Zelden is na 1848 een groote maatregel hier te lande tot stand gekomen, zonder dat twijfel werd opgeworpen ten aanzien van zijn overeenstemming met de Grondwet.'[51]

Uit deze uitspraak blijkt hoe het perspectief op de Grondwet bij progressieven, van wie Oppenheim er een was, verschoof: van een steun voor een ordelijk politiek leven verwerd zij langzamerhand tot een potentieel obstakel voor het doorvoeren van verbeteringen in het staatsbestel.

Rond het einde van de negentiende eeuw zou de constitutionele politiek steeds meer op de achtergrond raken om plaats te maken voor meer op de democratie gerichte politiek. Debet aan die accentverschuiving voor de wijze van politiek bedrijven was tevens de opkomst van de politieke partij in Nederland.[52] Na de oprichting van de eerste partij in 1879, de calvinistische ARP, zouden in de jaren tachtig en negentig van de negentiende eeuw ook andere politieke stromingen, zich (voorzichtig) in partijen organiseren. In de negentiende eeuw ontstonden bijvoorbeeld de Sociaal-Democratische Bond (1881), de Liberale Unie (1885) en de Katholieke Kamerclub (1891).

---

49 Zie o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 479-488.

50 Te Velde 1998, p. 167. Veel belangrijke politieke debatten bleven echter wel indirect met de Grondwet verbonden; ook latere debatten over het onderwijs, het kiesrecht en de kolonisatie van Indonesië gingen immers over de vraag of de wijziging van de Grondwet op die respectieve terreinen nodig was. Zie Te Velde 2010, p. 65-66.

51 *Amsterdamsche courant* 23 april 1894. Aangehaald in Te Velde 1998, p. 168.

52 Te Velde 1998, p. 177.

Daarbij verdient aantekening dat de ARP al vanaf het moment van haar oprichting over een relatief strakke partijorganisatie beschikte en dus toen al beter vergelijkbaar was met een politieke partij in de huidige vorm. Deze partij beschikte over een landelijke centrale organisatie die kandidaten aan de plaatselijke kiesverenigingen, al dan niet dringend, aanbevool.[53] De organisatie van de SDB, de Liberale Unie respectievelijk de Katholieke Kamerclub was daarentegen (veel) losser. Vanaf de twintigste eeuw zijn ook de liberalen, socialisten en confessionelen zich in diverse partijen gaan organiseren. De Liberale Unie ging in 1921 op in de Vrijheidsbond, die later verder zou gaan als de Liberale Staatspartij (1937-1946). Uit die laatste partij kwam in 1946 de Partij van de Vrijheid (PvdV) voort, die twee jaar later met doorgebroken vrijzinnig-democraten de VVD ging vormen. De SDAP kwam in 1900 voort uit de in 1881 opgerichte SDB die later de Socialistenbond (1894-1900) ging heten. Zij fuseerde in 1946 met de Vrijzinnig-Democratische Bond en de Christelijk-Democratische Unie tot de PvdA. Vanaf 1904 zouden de katholieken in het parlement zich gaan organiseren in de federatief georganiseerde Algemeene Bond van RK-kiesverenigingen, die in 1926 opging in de landelijk georganiseerde Roomsch-Katholieke Staatspartij (RKSP). De opvolger van de RKSP was de KVP, die op haar beurt met de ARP en de in 1908 opgerichte CHU fuseerde tot het CDA in 1980.

Als gevolg van de opkomst van partijorganisaties, een ontwikkeling die vanaf het begin van de twintigste eeuw verder zou gaan, ontstond langzamerhand een nieuwe factor die in het Kamerwerk een belangrijke rol zou gaan spelen: de besluitvorming in de afzonderlijke Kamerfracties. Voor het doel van de politieke besluitvorming heeft dat grote gevolgen gehad: de functie van het openbare debat verschoof van het overtuigen van de politieke tegenstander in de Kamer naar het vergaren van steun buiten de Kamer, bij de kiezer.

De verschuiving van politiek *voor* de kiezer naar politiek *van* de kiezer betekende ook dat de mate waarin politici dienden te beschikken over deskundigheid op het gebied van de constitutie afnam. Voortaan zou vooral de deelname aan het politieke debat, voor zover dat betrekking had op voor de kiezer belangrijke kwesties, bepalend zijn voor het succes van politici. Het belang van constitutionele kennis voor de carrièrekansen van politici zou daarentegen steeds verder afnemen. Mede daardoor zou het accent in de politieke arena definitief verschuiven van rechtsstatelijk naar op de democratie georiënteerd denken. De Grondwet zou mede daardoor nooit meer zo'n geprononceerde rol in Kamerdebatten vervullen als zij daarvoor had gedaan.

Als gevolg van de opkomst van de politieke partij boette bovendien de tegenstelling tussen regering en parlement *als zodanig* aan belang in. In plaats daarvan zou de zetelverdeling tussen de verschillende groeperingen in de Kamer in toenemende mate de heersende politieke verhoudingen gaan

53 Donner 1981b, p. 287-288. Voor de hierna vermelde informatie over het ontstaan van de belangrijkste politieke partijen is gebruikgemaakt van parlement.com.

bepalen. Vooral ten aanzien van de toepassing van het ontbindingsrecht[54] en het interpellatierecht[55] is deze verandering van grote betekenis geweest. In 1848 ging de grondwetgever bij de formulering van beide rechten er immers nog van uit dat de regering aan de ene kant en de Kamers aan de andere kant als zodanig een aan elkaar tegengesteld belang hebben. Toch zou het nog tot 1983 respectievelijk 1987 duren, voordat de formulering van beide grondwettelijke voorschriften (in beperkte mate) in overeenstemming zou worden gebracht met de veranderde praktijk.

III.2.5 De aanloop naar de invoering van het algemeen kiesrecht en het stelsel van evenredige vertegenwoordiging

Na de herziening van de Grondwet van 1887, gevolgd door de invoering van de Kieswet in 1896, zou het aantal kiesgerechtigden door de stijging van de welvaart verder toenemen dankzij de koppeling tussen de betaling van directe belastingen en de toekenning van het kiesrecht. Deze (grond)wetswijziging verklaart ten dele het einde van de vanzelfsprekendheid van de hegemonie van de liberalen, die hun aanhang vooral onder de meest welgestelde burgers vonden.

De veranderde machtsverhoudingen in de Kamer waren direct al zichtbaar in de uitslag van de verkiezingen van 1888. Bij die verkiezingen zouden voor het eerst niet de liberalen, maar de confessionelen, bestaande uit de antirevolutionairen en de katholieken, tezamen een Kamermeerderheid behalen.[56] Interessant was ook dat bij de campagne voorafgaand aan de verkiezingen van 1888 de antirevolutionairen en de katholieken met elkaar waren gaan samenwerken met het oog op het doorbreken van de liberale meerderheid. Voor beide politieke groeperingen was het op voorhand duidelijk dat geen van hen een absolute meerderheid in de Kamer zou kunnen behalen.

Wat de noodzaak van onderhandelen en het daarbij zoeken naar compromissen tussen met name de confessionele politieke groeperingen sterker maakte, was de inrichting van het tot 1917 bestaande kiesstelsel van absolute meerderheden. Als in een district geen van de deelnemende kandidaten een absolute meerderheid had gehaald, dan volgde een herstemming tussen de twee kandidaten die de meeste stemmen hadden gekregen. Daarbij kwam het vanaf 1887 regelmatig voor dat aan de verkiezingen deelnemende partijen, de confessionelen aan de ene kant en de vrijzinnigen of liberalen aan de andere kant, met elkaar een politiek akkoord sloten, al dan niet gepaard gaand met een gemeenschappelijk stembusprogram.[57] Het doel van deze

54 Zie par. IV.2.4.
55 Zie par. IV.4.4.
56 Van den Berg & Vis 2013, p. 471-472.
57 Oud 1967, p. 288; Donner 1981b, p. 288.

samenwerking was de werving van stemmen van kiezers die in de eerste ronde op een kandidaat hadden gestemd die niet meedeed aan de tweede ronde.

Tijdens de campagne voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen van 1888 konden de antirevolutionairen en de katholieken elkaar tot op zekere hoogte vinden in hun afkeer van maatregelen die de liberalen voorstonden: voor de antirevolutionairen was dat de levensbeschouwelijke neutraliteit van het onderwijs, voor de katholieken was dat de afschaffing van het zogeheten remplaçantenstelsel dat lotelingen uit de gegoede burgerij, vaak van katholieken huize, de gelegenheid gaf hun dienstplicht af te kopen. Beide confessionele groeperingen deelden op zichzelf elkaars politieke wensen niet; wel was hun wil om de liberale meerderheid te doorbreken sterker dan de behoefte om elkaars standpunten op de twee genoemde terreinen te bestrijden. In de aanloop naar de verkiezingen van 1888 slaagden zij er met behulp van deze samenwerking in de tot dan toe bestaande politieke hegemonie van de liberalen te doorbreken.

De manier van samenwerking tussen antirevolutionairen en katholieken, waarbij de uitruil van standpunten en het zoeken naar compromissen een belangrijke plaats innamen, is tekenend voor het karakter van de Nederlandse democratie. Al in dit vroege stadium doorzagen de antirevolutionairen en de katholieken dat Nederland was (en is) opgebouwd uit minderheden, die met elkaar moeten samenwerken om resultaten te kunnen bereiken.[58] Bij latere verkiezingen zouden vergelijkbare vormen van samenwerking ook voorkomen tussen vrijzinnige of liberale politieke groeperingen.

Het grote voordeel van het tot 1917 geldende kiesstelsel was de duidelijkheid die daarmee gepaard ging, omdat na de Tweede Kamerverkiezingen ofwel het 'rechtse' blok van protestanten en katholieken ofwel het 'linkse' blok van liberalen, vrijzinnig-democraten en socialisten daarbij een meerderheid behaalde. Donner betitelde de periode van 1887 tot en met 1917 ook wel als 'la belle époque' van het parlementair stelsel, omdat de politieke verhoudingen in de Kamer in die periode relatief overzichtelijk waren.[59] Niettemin zou het kiesstelsel van absolute meerderheden vanaf het begin van de twintigste eeuw in toenemende mate weerstand oproepen, vooral bij de voormannen van de belangrijkste politieke partijen.[60] Als een partij met een andere, concurrerende partij een compromis moest sluiten om in een eventuele tweede stemronde in een district de meerderheid van de kiezers aan zich te binden, moest zij soms standpunten innemen die niet correspondeerden met de eigen ideeën. Het stelsel werkte dus identiteitsverlies van politieke partijen in de hand. Tegelijkertijd bestond er in toenemende mate onvrede over de wijze waarop de toekenning van het kiesrecht was geregeld. Het zou echter

58 Donner 1981b, p. 284.
59 Van der Pot/Donner 1983, p. 426 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 645.
60 Van den Berg & Vis 2013, p. 474, 572.

nog tot 1913 duren voordat het extraparlementaire, liberale kabinet onder leiding van Pieter Cort van der Linden aantrad dat hier werk van ging maken.

In 1917, het jaar van de beroemde Pacificatie waarin de financiële gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs tot stand kwam respectievelijk het algemeen mannenkiesrecht werd ingevoerd,[61] kwam de grondwetgever tegemoet aan dit bezwaar tegen het districtenstelsel.[62] Het nieuwe stelsel van evenredige vertegenwoordiging dat in dat jaar werd ingevoerd, had een radicaal andere filosofie dan het oude kiesstelsel: aan de keuze voor dit stelsel lag de opvatting ten grondslag dat de volksvertegenwoordiging de in de samenleving bestaande opvattingen zoveel mogelijk zou moeten weerspiegelen.[63] Het nieuwe stelsel nam een aantal belangrijke belemmeringen van de vorming van zo'n 'spiegel', zoals de opdeling van Nederland in districten, weg. Er bestond algemene steun voor de invoering van dit stelsel in de Kamer: volgens conservatieven vormde het nieuwe stelsel een rem op de volksinvloed bij de vorming van een nieuwe regering, terwijl de progressieven het nieuwe stelsel als een apotheose van de democratie zagen omdat iedere uitgebrachte stem zou gaan tellen.

Het nog altijd geldende stelsel van evenredige vertegenwoordiging heeft in ieder geval op twee manieren de invloed van politieke partijen op het functioneren van de democratie aanzienlijk versterkt. In de eerste plaats hebben zij meer ruimte gekregen bij de selectie en rekrutering van kandidaten die aan de verkiezingen willen deelnemen, omdat zij in het nieuwe systeem niet langer zijn gebonden aan de grenzen van de districten bij de selectie van hun kandidaten.[64] In de tweede plaats was het voor een partij voor het behalen van een zetel in de Kamer voortaan voldoende om binnen Nederland als geheel de kiesdeler te halen. Het identiteitsverlies dat gepaard ging met het sluiten van stembusakkoorden om binnen de verschillende districten een kans te maken op een Kamerzetel was daarmee vanaf dat moment verleden tijd. De noodzaak tot het sluiten van politieke akkoorden met andere partijen voorafgaand aan de verkiezingen nam daardoor drastisch af, waardoor partijen tijdens de verkiezingscampagne voortaan nadrukkelijker hun eigen standpunten voor het voetlicht konden brengen. Het resultaat daarvan was dat het voor een partij eenvoudiger werd om een zetel in de Kamer te bemachtigen, waardoor meer fracties in de Kamer terecht zouden komen.

---

61 In hetzelfde jaar kregen ook alle vrouwen passief kiesrecht. Pas in 1919 zouden zij ook het actief kiesrecht krijgen, hetgeen in 1922 werd geformaliseerd in de Grondwet (vgl. art. 80 Grondwet 1917 en art. 81 Grondwet 1922). Zie nader o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 573.

62 Zie over de achtergronden van de invoering van het stelsel van evenredige vertegenwoordiging o.a. Van den Berg & Vis 2013, p. 547-554.

63 Van den Berg & Vis 2013, p. 572.

64 Ironisch genoeg had de invoering van het stelsel van evenredige vertegenwoordiging voor de toenmalige premier Cort van der Linden vooral tot doel om de invloed van de inmiddels opgekomen politieke partijen in het staatsbestel juist verder terug te dringen. Hij blijkt daarmee de effecten van dit stelsel op de invloed van partijen volkomen verkeerd te hebben ingeschat. Vgl. o.a. Koole 2018, p. 324-325.

Tegen die achtergrond is te verklaren waarom de wijziging van het kiesstelsel ook ingrijpende gevolgen had voor de inrichting van het staatsbestel; de voorzitters van de grootste fracties[65] kregen vanaf 1917 in toenemende mate de ruimte om de vorming van de regering na de verkiezingen achter gesloten deuren af te kaarten. De duidelijkheid die direct na de Kamerverkiezingen over de vorming van het kabinet bestond, behoorde daarmee voortaan tot het verleden.[66] Voormalig PvdA-fractievoorzitter Burger nam daarom later de stelling in dat de Tweede Kamerverkiezingen zich in feite kenmerken door 'een structurele uitslagloosheid', omdat de invloed van de kiezer op de te vormen regering onder het kiesstelsel van de evenredige vertegenwoordiging relatief beperkt is.[67]

De verandering van het kiesstelsel had daarnaast ook in bredere zin invloed op de wijze waarop regering en parlement beslissingen namen. Hoewel de Kamers bij uitstek de plaats bleven waar beslissingen in het openbaar werden genomen, hadden de daadwerkelijke onderhandelingen daarover vaak al plaatsgevonden.[68] De Kamers zouden zich ten aanzien van bepaalde onderwerpen dan ook beperken tot het geven van formele goedkeuring aan beslissingen die daaraan voorafgaand al achter gesloten deuren in informele (coalitie)overleggen waren beklonken. Deze geslotenheid van het openbaar bestuur is symptomatisch voor de vaak geconstateerde kloof tussen gezagsdragers en de burger.[69] Hoewel iedere kiezer in het nieuwe systeem een even grote invloed op de samenstelling van de Kamer kreeg, heeft het systeem van coalitievorming nog altijd een dempend effect op de betrokkenheid van de kiezer bij het functioneren van het landsbestuur.

III.2.6 De wederzijdse vermenging van staat en maatschappij

Aan het einde van de negentiende eeuw gold wetgeving, mede in het licht van het door Thorbecke gepropageerde uitgangspunt van de 'heerschappij van de wet',[70] als het middel bij uitstek voor het nemen van overheids-

65 Althans, volgens de tussen 1917 en 1926 gangbare parlementaire formatiemethode. Alle kabinetten die tussen 1926 en 1963 tot stand kwamen, op het kabinet-Beel I (1946-1948) na, kwamen tot stand volgens de extraparlementaire formatiemethode, waarbij niet of nauwelijks parlementaire invloed op de totstandkoming van het kabinet bestond. Zie Bovend'Eert 1988a, p. 47-48.

66 Zie nader par. IV.2.2.

67 Burger 1972, p. 483. Vgl. in die zin ook Van der Pot/Donner 1983, p. 365.

68 Vgl. Lijphart 1992, p. 124. Lijphart bracht deze ontwikkeling tevens in verband met wat later de 'verzuiling' is gaan heten. Ik kom daarop terug in par. III.2.6.

69 Er lijkt een samenhang te bestaan tussen deze kloof enerzijds en het bestaan van een door velen constateerde 'regentenmentaliteit' anderzijds. Daalder verstaat daaronder het 'in het gedrag en in de gedachten van vele Nederlandse bestuurders aanwijsbare gevoelen dat Gezag zichzelf legitimeert'. Zie Daalder 1964, p. 10 = Daalder 1974, p. 13 = Daalder 1995, p. 16. Het bestaan van de regententraditie in Nederland lijkt overigens zelfs terug te gaan tot de late zestiende eeuw. Vgl. o.a. Te Velde 2010, p. 33-35; Voermans 2021, p. 47.

70 Zie par. III.2.2.3.

beslissingen.[71] Vooral het in 1879 gewezen *Meerenberg*-arrest waarin de Hoge Raad overwoog dat de regering (of in de grondwettelijke terminologie van destijds: de koning) slechts bevoegd is algemene regels vast te stellen als zij (hij) uitdrukkelijk daartoe is gemachtigd bij Grondwet of wet,[72] is in dit kader van grote invloed geweest. Tegen het einde van de negentiende eeuw leende echter lang niet ieder onderwerp zich voor regeling in een gedetailleerde wet, waarbij ook een gebrek aan expertise op het gebied van wetgevingstechniek de Kamers en de departementen parten speelde. Op landelijk niveau[73] had Nederland mede daardoor in ieder geval tot het einde van de negentiende eeuw het karakter van een 'nachtwakersstaat'.

Niettemin zou de wetgever langzamerhand nieuwe terreinen ontginnen. Aan het begin van de twintigste eeuw stelde hij onder meer wetgeving vast op het gebied van de sociale zekerheid en de volkshuisvesting.[74] Deze voorzichtige uitbreiding van de staatstaak, die in de loop van de twintigste eeuw een hoge vlucht zou gaan nemen, hield oorspronkelijk enig verband met het verlangen naar kiesrechtuitbreiding aan het einde van de negentiende eeuw. Volgens Donner lag de aanleiding voor de toegenomen staatsbemoeienis deels in de ontevredenheid bij het niet-kiesgerechtigde deel van de bevolking.

Afgezien van gevoelens van onvrede onder sommige delen van de bevolking, vormde ook de Eerste Wereldoorlog (1914-1918) een stimulans voor de verdere uitbouw van de staatstaak.[75] Voor Nederland, dat in die oorlog neutraal was, noodzaakte de internationale situatie van toen tot het doorvoeren van een intensieve mobilisatie van de samenleving. De voedselvoorziening en grote delen van de productie en distributie, die tot 1914 tot de private sfeer behoorden, zouden door de oorlogsomstandigheden voor een belangrijk deel tot het publieke domein gaan horen. Na het ten einde lopen van de Eerste Wereldoorlog werd de trend van de uitbreiding van de staatstaken niet gekeerd, mede door de blijvende afhankelijkheid van het nationale leven op militair, sociaal en economisch gebied van internationale ontwikkelingen. De klassiek-liberale manier van denken uit de periode van daarvoor, die uitging van een 'kleine' overheid, leek op dat moment definitief achterhaald te zijn. In plaats daarvan maakten democratisch-socialistische denkbeelden opgang die juist uitgingen van een verder interventionisme door de overheid.

Hoewel de distributiemacht van de staat na de beëindiging van de oorlog verdween, zou de overheid in de crisisjaren (1929-1939) opnieuw een

71 Donner 1981b, p. 282, ook voor de rest van deze alinea.
72 HR 13 januari 1879, ECLI:NL:HR:1879:1, *W* 4330 (*Meerenberg*).
73 Rond die tijd werden op gemeentelijk niveau al de eerste initiatieven voor actiever overheidsoptreden ontplooid. De nachtwakersstaat bestond aan het einde van de negentiende eeuw in ieder geval al niet meer op lokaal niveau.
74 Donner 1981b, p. 286-287, ook voor de rest van deze alinea.
75 Donner 1981b, p. 290-293, ook voor de rest van deze alinea.

stelsel van verdelingsregels in het leven roepen, ditmaal om de landbouw en veeteelt te beschermen na de val van de prijzen op de wereldmarkt.[76] Hoewel aan het bestaan van dit stelsel na de Tweede Wereldoorlog weer een einde kwam, vond de overheid andere vormen voor het interveniëren in het dagelijks leven van de burger, bijvoorbeeld door middel van de toekenning van subsidies, toeslagen, uitkeringen en belastingaftrek. Als gevolg daarvan ontstond een wederzijdse afhankelijkheid tussen de overheid en de burger: de burger is afhankelijk van de steun die de overheid biedt, terwijl de overheid haar bestaansrecht weer ontleent aan de activiteiten die zij ten behoeve van de bevolking ontplooit.

De ontwikkeling van de 'vermaatschappelijking van de staat' heeft ook haar weerslag gehad op de inrichting van het staatsbestel en de inhoud van het staatsrecht.[77] In ieder geval drie aspecten verdienen in dit kader vermelding.

In de eerste plaats was het al na de beëindiging van de Eerste Wereldoorlog mogelijk een functieverandering bij de Staten-Generaal te ontwaren. Voor de na 1917 verkozen leden van de Staten-Generaal telde vooral dat allerlei materiële voorzieningen snel en afdoende ter beschikking van de bevolking stonden.[78] De bevoegdheden van de Staten-Generaal uit die tijd, die vooral lagen op het gebied van wetgeving en de controle van de begroting, sloten echter onvoldoende aan bij die nieuwe behoefte van het nieuw verkozen parlement.

In de tweede plaats verdient de functie van de grondrechten in de constitutie de aandacht. Voorheen ontleende de bevolking vooral bescherming in een staat aan garanties tegen overheidsoptreden, die zij onder andere kon ontlenen aan de klassieke grondrechten. De uitbreiding van de staatstaak in de loop van de twintigste eeuw bracht echter mee dat burgers soms juist ook aanspraak konden maken op *actief* optreden van de overheid; deze ontwikkeling vond uiteindelijk een bevestiging in de opname van de sociale grondrechten in de Grondwet van 1983.

Ten slotte heeft de toegenomen staatsbemoeiing ook grote invloed gehad op de invulling van de democratische gedachte. De burger veranderde in een van de staat afhankelijke 'cliënt', die zijn politieke voorkeuren mede laat afhangen van zijn *belangen*. Bijgevolg is de politiek in toenemende mate gaan veranderen in 'de strijd om de nationale koek', waarbij de politieke partijen optreden als 'de zaakwaarnemers van hun aanhang'.[79] Niet alleen ideologische verschillen tussen de partijen, maar ook de achterliggende belangen van de kiezer zijn daardoor in toenemende mate de gang van zaken in het politieke bedrijf gaan bepalen.

---

76 Donner 1981b, p. 293-295, ook voor de rest van deze alinea.

77 Donner 1981b, p. 292, ook voor de rest van deze en de twee daaropvolgende alinea's. Vgl. in die zin ook Prakke 1974, p. 25.

78 Donner 1961, p. 9 = Donner 1986, p. 123. Vgl. ook reeds Van der Pot 1921, p. 1.

79 Daalder 1964, p. 23 = Daalder 1974, p. 26 = Daalder 1995, p. 28.

III.2.7 De ontwikkelingen na de Tweede Wereldoorlog

Na de Tweede Wereldoorlog zouden overheidsbeslissingen steeds minder afhankelijk worden van regering en parlement *alleen*. Zo nam de verwevenheid tussen de nationale en internationale rechtsorde vanaf 1945 steeds verder toe, onder meer dankzij het steeds verder toegenomen belang van het EVRM en het EU-recht voor het nationale recht.[80]

Maar ook op nationaal niveau zou het politieke krachtenveld aanmerkelijk van karakter veranderen. Door de toenemende verstrengeling van politieke voorkeuren met de belangen van de burger groeit de invloed van niet-politieke organisaties, zoals de vakbeweging en de werkgeversorganisaties, op het politieke toneel.[81] De invloed van dergelijke organisaties reikte in de praktijk vaak zover dat een lidmaatschap van een dergelijke organisatie voor een burger vaak niet eens een voorwaarde was om zich door zo'n organisatie vertegenwoordigd te weten. De oorzaak hiervan ligt gedeeltelijk in het verschijnsel dat in latere tijden 'verzuiling' is genoemd: de politieke hoofdstromingen kenden ieder met hun (levensbeschouwelijke) overtuiging corresponderende belangenorganisaties.[82]

In de periode van de pacificatiepolitiek, die grofweg dateert van 1917 tot en met 1967, trad de verzuiling volgens Lijphart het sterkst op de voorgrond.[83] In de kern waren er drie zuilen te onderscheiden: de katholieke zuil, de protestantse zuil en de niet-kerkelijke, algemene zuil.[84] In feite behoorde de gehele bevolking tot een van deze zuilen, waardoor het voor iedere burger tot op zekere hoogte mogelijk was zich met minimaal één politieke partij en belangenorganisatie te vereenzelvigen als behorend tot 'zijn' of 'haar' zuil, ook als hij daarbij niet officieel was aangesloten.[85]

---

80 Vgl. reeds in die zin Donner 1957, p. 197-198.

81 Lijphart 1992, p. 47-51. Vgl. ook o.a. Daalder 1964, p. 27-28 = Daalder 1974, p. 28-29 = Daalder 1995, p. 32-33; Prakke 1974, p. 17-18; Donner 1981b, p. 292-293; Kortmann 1981, p. 15.

82 Lijphart 1992, p. 35-46. Vgl. ook Donner 1981b, p. 292. Bij het gebruik van de term 'verzuiling' zij aangetekend dat het beeld van de 'zuilen' als metafoor voor de Nederlandse bevolkingsgroepen niet zonder problemen is. Het beeld van de 'zuil' suggereert een eenheid binnen de in die zuilen vertegenwoordigde bevolkingsgroepen die in feite niet bestond. Zie o.a. Van Dam 2011, p. 58-72. Dit begrip wordt hier echter toch gebruikt, omdat het nog altijd een gangbaar begrip is tegen de achtergrond van de – hierna te bespreken – periode van de pacificatiepolitiek. Vgl. in die zin ook Van Dam 2011, p. 18-19.

83 Deze periodisering is gebaseerd op het werk van Lijphart, die als startpunt van deze periode koos voor het jaar van het plaatsvinden van *de* Pacificatie, waarin de invoering van het algemeen kiesrecht en de financiële gelijkstelling van het algemeen en bijzonder onderwijs werden gerealiseerd, en als eindpunt de verkiezingsuitslag van 1967 die de verandering van de verhoudingen markeert. Deze periodisering is enigszins willekeurig, omdat zowel de verzuildheid als de pacificatieproblematiek in feite (veel) verder teruggaat en tot op zekere hoogte nog altijd sporen nalaat. Vgl. Lijphart 1992, p. 27.

84 Althans volgens de benadering van Lijphart. Zie Lijphart 1992, p. 28. Van Dam gaat daarentegen uit van het bestaan van vier zuilen; naast de drie in de hoofdtekst genoemde onderscheidt hij ook een sociaal-democratische zuil. Zie Van Dam 2011, p. 16.

85 Donner 1981b, p. 292-293.

Van een sterke verwantschap tussen de burger aan de ene kant en de politieke partijen en belangenorganisaties aan de andere kant was in de praktijk echter niet altijd sprake. De steeds verder uitdijende omvang van de staatstaak leidde tot een grote mate van 'versnippering' van de politieke besluitvorming. Een bijkomend gevolg daarvan was dat ook het aantal formele 'overlegorganen' in sectoren als de landbouw, de media en sociale zekerheid, die bij (een onderdeel van) het overheidsbeleid waren betrokken, groeide.[86] Voor veel burgers werd het tegen die achtergrond steeds lastiger om zich bij alle aspecten van het politieke beleid en bij de daarmee corresponderende werkzaamheden van belangenorganisaties betrokken te voelen. Daar kwam nog bij dat de Nederlandse minderheidscultuur in combinatie met het geldende kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in veel gevallen dwong tot het sluiten van ingewikkelde compromissen voordat een politieke beslissing daadwerkelijk tot stand kwam. Voor veel burgers was het daarom lastig hun eigen standpunt in de politieke arena te herkennen. Er leek voor de kiezer geen aanleiding te zijn om een partij te kiezen die een andere dan zijn eigen (levensbeschouwelijke) overtuiging voorstond, omdat het gebrek aan herkenbaarheid van het politieke beleid in algemene zin, dus voor burgers uit iedere zuil, gold. In de praktijk was daarom een zekere lijdzaamheid onder de Nederlandse bevolking ten aanzien van het politieke bedrijf te ontwaren.

Dankzij deze passiviteit verliep de politieke besluitvorming, hoewel er in het Nederland uit die tijd op dit punt geen gebrek aan potentiële strijdpunten was, zonder grote conflicten en spanningen tussen de leiders van de belangrijkste politieke partijen.[87] De oorzaak daarvan lag in de gelding van de 'spelregels' van de pacificatiepolitiek, waarmee wordt gedoeld op de algemene, zakelijke houding van politieke elites omtrent de werkwijze in de politieke besluitvorming.[88] In overeenstemming met deze zakelijke houding stelden politieke leiders zich naar elkaar verdraagzaam, zakelijk en pragmatisch op, waardoor grote conflicten tussen de betrokken leiders zoveel mogelijk konden worden voorkomen.

Als gevolg daarvan ontstond een gedepolitiseerd klimaat waarin eventuele politieke strijdpunten werden teruggebracht tot verdelingsvraagstukken die konden worden opgelost door het sluiten van compromissen. Het bij alle politieke leiders bestaande besef dat zij ieder tot een politieke minderheid behoorden, en dus alleen door samenwerking tot politieke besluitvorming konden komen, is voor de naleving van deze spelregels van groot belang geweest. Juist omdat de burger relatief lijdzaam onderging wat de politieke elites in die tijd beslisten, hadden de respectieve politieke elites nauwelijks belang bij het op scherp stellen van de onderlinge verhoudingen.

---

86 Daalder 1964, p. 6 = Daalder 1974, p. 10 = Daalder 1995, p. 12; Lijphart 1992, p. 106-110.

87 Lijphart 1992, p. 130.

88 Hier zij aangetekend dat het begrip 'spelregel', hoewel de term anders suggereert, *geen* normen aanduidt. Zie par. III.5.4.1.

Aan het einde van de jaren zestig kwam er echter een kentering in het tijdperk van de pacificatiepolitiek en in de bijbehorende passiviteit onder het electoraat. Er zijn in dit kader grofweg drie factoren aan te wijzen die debet zijn aan de langzame verandering van het politieke landschap.[89]

In de eerste plaats zouden de drie zuilen in toenemende mate hun scherpte en politieke relevantie verliezen, waardoor samenwerking tussen politieke partijen en belangenorganisaties over de grenzen van de zuilen in toenemende mate mogelijk werd. Vooral de hechtheid in de confessionele zuilen zou langzamerhand ter discussie komen te staan als gevolg van de toenemende secularisering onder de bevolking. Illustratief is de fusie van het socialistische Nederlands Verbond van Vakverenigingen (NVV) en het Nederlands Katholiek Vakverbond (NKV) tot de Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) in 1976 en de samenwerking tussen de drie confessionele partijen ARP, KVP en CHU vanaf het einde van de jaren zestig en hun fusie tot het CDA in 1980. Als gevolg van deze 'ontzuiling' nam de trouw van de kiezers aan de politieke leiders van de partijen uit hun zuilen af. De 'lauwheid' van de burger over het politieke leven, die in de periode van de pacificatiepolitiek nog leek te bestaan, zou daardoor in toenemende mate tot het verleden gaan behoren.

In de tweede plaats en in het verlengde daarvan, zou de verhouding tussen politici en belangenorganisaties veranderen. Politici, die niet langer de zekerheid hadden dat zij op de steun van een min of meer vast deel van het electoraat konden rekenen, zouden daarom in toenemende mate de neiging krijgen overmatig op incidenten te reageren. Bij die veranderde houding onder de kiezer hoorden toenemende fluctuaties in de uitslagen van de Tweede Kamerverkiezingen. De voorspelbaarheid van de uitkomsten van de verkiezingen van voor die tijd[90] zou langzamerhand tot het verleden gaan behoren. In de sterk toegenomen volatiliteit van het stemgedrag van kiezers zijn politici in toenemende mate aanleiding gaan zien zich in een soort 'permanente', ook buiten verkiezingstijd plaatsvindende, campagne, te profileren om de kiezer te bereiken.[91] Belangenorganisaties zagen op hun beurt in die veranderde houding onder politici juist aanleiding om ook zelf aandacht te vragen voor hun activiteiten buiten de gevestigde politieke instituties om.

In de derde plaats nam de roep om politieke duidelijkheid toe, vooral aan de linkerzijde van het politieke spectrum; met name bij de PvdA ontstond de behoefte om de verschillen met de confessionele partijen te onderstrepen in plaats van te depolitiseren. Bijgevolg werd het moeilijker voor de linkse en confessionele partijen om overeenstemming over politieke samenwerking te bereiken. In dat kader speelde ook de opkomst van de in 1966 opgerichte politieke partij D'66 een rol, die zich tot doel stelde om te breken

89 Ik baseer mijn bespreking van deze factoren op Van den Berg 1990a, p. 7-8; Daalder 1974, p. 44-78 = Daalder 1995, p. 40-72; Lijphart 1992, p. 11-18; Heine 2019, p. 26-39.

90 Zie voor een analyse van de uitslagen van de Tweede Kamerverkiezingen in het tijdperk van de pacificatiepolitiek Lijphart 1992, p. 36-37.

91 Koole 2018, p. 332.

met het verzuilde partijstelsel en in plaats daarvan een herstructurering van het partijstelsel op pragmatische basis voorstelde.

Deze omslag in de geschiedenis van de Nederlandse politiek houdt ook enig verband met de veranderde manier van denken over de omvang van de staatstaak.[92] Aan het begin van de jaren tachtig constateerde Donner dat de verzorgingsstaat, waarin de overheid zich ten doel stelde 'de welvaart als welzijn te verspreiden' was verworden tot 'een soberheidsstaat', waarin de staatstaak zich in toenemende mate zou gaan beperken tot het verdelen van schaarste.[93] De overheid zou ook bezuinigingen gaan doorvoeren om de staatstaak nog enigszins binnen de perken te houden. Sommige burgers zijn het optreden van de overheid daardoor in toenemende mate als een aanslag op hun vrijheid gaan beschouwen. In dat kader is eveneens interessant dat sommigen van hen zich in toenemende mate gingen verzetten tegen beslissingen van het wettelijk gezag.[94] Soms kwam dat verzet voort uit idealistische motieven, maar andere protesten tegen overheidsbeslissingen kwamen juist voort uit eigenbelang, bijvoorbeeld toen studenten een verlaging van het collegegeld afdwongen of toen eigenaren van pompstations in 1974 na het begin van de oliecrisis de benzinedistributie lieten mislukken.

De neiging tot depolitisering die kenmerkend was voor de hoogtijdagen van de pacificatiepolitiek maakte plaats voor een ontwikkeling in de omgekeerde richting. Volgens Donner kenmerkte de periode vanaf het einde van de jaren zestig zich door een vorm van voluntarisme in de politiek, die hij omschrijft als 'de overtuiging dat niets onmogelijk is, als de politieke wil maar sterk genoeg is'.[95] Deels kwam deze overtuiging voort uit het succes waarmee ingrijpende bezuinigingen werden doorgevoerd, deels hing deze overtuiging samen met de groei van technische mogelijkheden om nieuwe maatschappelijke ambities, bijvoorbeeld op het terrein van de gezondheidszorg, te realiseren.

Desondanks was het niet altijd vanzelfsprekend dát die politieke wil er was; zonder duidelijk meerderheidsbesluit van de daartoe bevoegde organen, is het immers niet mogelijk om hervormingen door te voeren. Als een daartoe strekkende meerderheidswil ontbreekt, ontstaat de neiging bij parlementaire en buitenparlementaire minderheidsgroeperingen om de eigen wil aan anderen op te leggen. Als gevolg daarvan werd het, evenals in de periode van de pacificatiepolitiek, onvermijdelijk voor alle betrokkenen om hun toevlucht te zoeken tot een vorm van overlegdemocratie, omdat het vinden

92 In dit verband speelt ook de toenemende politieke en economische internationalisering op dit punt een belangrijke rol. Als gevolg hiervan is politieke besluitvorming in toenemende mate voorbehouden aan andere dan de nationale staatsorganen. Ik laat dit aspect hier verder buiten beschouwing.

93 Donner 1981b, p. 298-299. In dit kader spreken Van den Braak & Van den Berg over 'realisme ten aanzien van de "maakbaarheid" en houdbaarheid van de sociale rechtsstaat'. Zie Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 688.

94 Vgl. ook Donner 1981b, p. 298.

95 Donner 1981b, p. 301-303, ook voor de rest van deze alinea.

van oplossingen voor politieke problemen alleen mogelijk is door met alle betrokkenen om de tafel te gaan zitten.

Bij alle partijen die deel uitmaakten van de regeringen in de periode tussen 1977 en 2002 (CDA, PvdA, VVD en D66) overheerste de gedachte dat sociaaleconomische hervormingen noodzakelijk waren voor het in stand houden van de verworvenheden van de sociale rechtsstaat.[96] Door met elkaar samen te werken slaagden die partijen erin om die hervormingen in die periode daadwerkelijk te realiseren; bevorderlijk daarvoor was dat de vanaf ongeveer 1967 ingezette trend van verbrokkeling na zo'n tien jaar leek te zijn gekeerd en de politieke verhoudingen zich opnieuw meer zouden concentreren.[97] In de ogen van Daalder leek deze periode weliswaar op het eerste gezicht op een terugkeer naar de periode van de pacificatiepolitiek, maar bij nader inzien was dat niet het geval.[98] Volgens Daalder vormde de toegenomen concentratie van de politieke verhoudingen uit deze periode de weerslag van een 'technocratische flinkheid', die niet zozeer gericht was op effectieve samenwerking. In plaats daarvan zou zij, zo betoogt Daalder, er zelfs op aansturen 'bestaande groepen en overlegstructuren te bruuskeren en zelfs te breken'.

Sinds 2002, het jaar waarin zowel de moord als de definitieve (postume) politieke opkomst van Pim Fortuyn plaatsvond, is opnieuw een versplintering van de politieke verhoudingen zichtbaar. Naast de LPF zouden onder andere ook de PVV (vanaf 2004) en FvD (vanaf 2017) een significante groep kiezers gaan trekken die in de twintigste eeuw nog vooral hun toevlucht zochten tot een van de gevestigde partijen. Hoewel de verbrokkeling in het politieke landschap daardoor is vergroot en het voeren van onderhandelingen over regeringssamenwerking daardoor is bemoeilijkt, vormt samenwerking tussen soms sterk verschillende politieke groeperingen nog altijd de sleutel voor het nemen van besluiten binnen het Nederlandse staatsbestel.

III.2.8 Slot

In ruim tweehonderd jaar hebben zich binnen de Nederlandse staat enorme veranderingen voorgedaan. Van een monarchaal-notabel bestel veranderde Nederland in een democratische rechtsstaat, van een nachtwakersstaat werd dit land een sociale rechtsstaat en de verzuiling maakte plaats voor een politiek landschap waarin ook partijen zijn vertegenwoordigd buiten de traditionele (levensbeschouwelijke) ideologieën. Niettemin heeft de ontwikkeling van het staats*recht* zich gekenmerkt door een relatief grote mate van continuïteit; ten aanzien van het functioneren van (de ambten van) regering en parlement is, afgezien van de invoering van het algemeen kiesrecht en

96 Vgl. in die zin ook Daalder 1995, p. 96-100; Van den Braak & Van den Berg 2017, p. 688.
97 Van den Berg 1990a, p. 7.
98 Daalder 1995, p. 98, ook voor de volgende twee citaten (op p. 99).

de wijziging van het kiesstelsel in 1917 (en 1919), nauwelijks nog een ingrijpende staatsrechtelijke hervorming doorgevoerd.

In het licht van deze wijzigingen is echter wel het *feitelijke* functioneren van de belangrijkste constitutionele instellingen op nationaal niveau ingrijpend veranderd. Ook voor de plaats van het staatsrecht binnen de staat zijn die wijzigingen wezenlijk geweest. De dominante rol die de Grondwet in de negentiende eeuw als 'nationale kracht' in het politieke leven had, moest vanaf de twintigste eeuw in toenemende mate ruimte maken voor tal van andere, economische, politieke en sociale factoren die politici in hun werk in ogenschouw zijn gaan nemen. Het staatsrecht is daarbij niet langer de leidende factor.

Hoewel de democratiseringstendens vanaf het einde van de negentiende eeuw de politieke besluitvorming steeds complexer heeft gemaakt, bleven de politieke machtsverhoudingen tot en met het einde van de jaren zestig van de twintigste eeuw relatief stabiel en overzichtelijk. Op het eerste gezicht lijkt dat misschien opmerkelijk dankzij het vanaf 1917 vigerende kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging. De samenleving bestond immers toen al louter uit minderheden die ieder voor zich nooit een absolute Kamermeerderheid konden behalen. In de praktijk vormde dit echter geen onoverkomelijk beletsel voor regering en parlement om concrete politieke beslissingen te nemen. Aanvankelijk was dit succes vooral te danken aan de politieke cultuur uit die tijd, waarbij leiders van de belangrijkste politieke partijen hete hangijzers wisten te depolitiseren en zo kans zagen zoveel mogelijk potentiële conflicten en spanningen te voorkomen. Na 1967 zou zich, onder andere als gevolg van de ontzuiling en de toenemende politieke bewustwording van de burger, een kentering voordoen en kwam aan de hoogtijdagen van de pacificatiepolitiek een einde. Vanaf 1977 zou de ontwikkeling van versnippering van politieke verhoudingen weer keren, maar na 2002 is daarin opnieuw een toenemende verbrokkeling te zien.

Uit deze korte beschrijving blijkt dat het staatsrecht zich steeds verder van de feitelijke werkelijkheid heeft verwijderd: sinds het begin van de twintigste eeuw heeft de Grondwet nauwelijks nog ingrijpende wijzigingen ondergaan, terwijl de staat zelf wel aanmerkelijk van karakter is veranderd. In het volgende hoofdstuk komt aan de orde wat deze ontwikkelingen betekenen voor de ontwikkeling van de twee belangrijkste bronnen van het politieke staatsrecht: de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht.

III.3 Het staatsrecht: binding en handhaving van rechtsregels in politieke verhoudingen

III.3.1 Inleiding

Hoewel de Nederlandse staat onder invloed van tal van feitelijke ontwikkelingen sinds 1815 aanmerkelijk van karakter is veranderd, heeft de geschiedenis van het geldende staats*recht* zich juist gekenmerkt door een grote mate

van continuïteit. In de afgelopen periode van ruim tweehonderd jaar heeft nimmer een algemeen gevoelde urgentie bestaan om het constitutionele bestel van 1815 op een geheel andere leest te schoeien. Bijgevolg hebben tal van feitelijke en juridische ontwikkelingen, zoals de invoering van het algemeen kiesrecht, de uitbreiding van de staatstaak, de wijziging van het kiesstelsel en de opkomst van politieke partijen, de rangschikking en werkwijze van (de ambten van) regering en parlement aanmerkelijk van karakter doen veranderen zonder (volledig) in het positieve staatsrecht te zijn verdisconteerd.

In de staatsrechtsbeoefening zijn de gevolgen van deze feitelijke veranderingen voor de gelding van het positieve staatsrecht niet onopgemerkt gebleven. Vooral in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw gaven deze ontwikkelingen aanleiding tot debatten over het object en de methode van de staatsrechtswetenschap.[99] In dat kader vroeg bijvoorbeeld Donner zich af of het staatsrecht niet het gevaar loopt 'het verband met de werkelijkheid kwijt te raken' en of de belangrijkste bron van dit rechtsgebied, de Grondwet, niet 'een antiquiteit' dreigt te worden.[100] Andere auteurs stelden hardop vergelijkbare vragen.[101]

Voordat de beantwoording van dergelijke vragen over de rol van het positieve staatsrecht in de huidige Nederlandse staat mogelijk is, is het noodzakelijk een stap terug te doen: eerst is het van belang om te weten hoe de theorievorming over het staatsrecht, voor zover dat betrekking heeft op de verhoudingen binnen en tussen regering en parlement, zich heeft ontwikkeld. Daartoe wordt in dit hoofdstuk de ontwikkeling van de voor deze studie belangrijkste rechtsbronnen, namelijk de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht, besproken. Tegen die achtergrond is het vervolgens mogelijk te bezien wat de rol van de staatsrechtswetenschap is in relatie tot de genoemde politieke en maatschappelijke ontwikkelingen[102] en of daarbij mogelijk nog een rol is weggelegd voor buitengrondwettelijke regels die *niet* noodzakelijkerwijs tot het staatsrecht behoren.[103]

Hierna volgt een korte achtergrondschets over de betekenis van zuiver binnen politieke verhoudingen werkende rechtsregels voor de institutionele positie van de rechter ten opzichte van politieke organen zoals regering

99 Hoewel recentelijk niet meer een debat over deze thematiek in de staatsrechtswetenschap is gevoerd, lijken de genoemde zorgen nog niet geheel te zijn verdwenen. Vgl. par. III.5.1.

100 Donner 1979, p. 13 = Donner 1986, p. 381.

101 Vgl. o.a. Burkens 1973, p. 6-7; Duynstee 1973, p. iii; Belinfante 1982, p. 1.

102 Zie daarover hoofdstuk III.4. In dit hoofdstuk beperk ik mij tot de ontwikkeling van het denken over de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht in de staatsrechtelijke literatuur en blijft een bezinning op de taak van de staatsrechts*wetenschap* nog achterwege.

103 Zie daarover hoofdstuk III.5.

en parlement. In die schets ligt de verklaring besloten voor het ontbreken van de jurisprudentie als volwaardige rechtsbron in dit rechtsgebied: er is immers geen (rechterlijk) orgaan dat steeds bevoegd is tot het bindend interpreteren van het institutionele deel van het staatsrecht. In de rest van dit hoofdstuk komt de ontwikkeling van het denken over de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht in de afgelopen twee eeuwen aan de orde. Ik sluit af met een slotwoord.

III.3.2 Achtergrond: binnen politieke verhoudingen werkende rechtsregels en de rechter

Het Nederlandse politieke staatsrecht heeft een enigszins atypisch, van andere rechtsgebieden en andere deelterreinen van het staatsrecht afwijkend, karakter.[104] Het bijzondere karakter van dit deelgebied van het staatsrecht valt voor een belangrijk deel terug te voeren op de gedeeltelijke samenval van normadressaat en normadressant: de gepositiveerde staatsrechtelijke normen die op de (organen van de) (grond)wetgever betrekking hebben zijn immers steeds zelf door de (grond)wetgever (of de daarbinnen te onderscheiden organen) vastgesteld. Illustratief is de voorgeschreven procedure voor de herziening van de Grondwet (art. 137-142 Grondwet) respectievelijk de vaststelling van wetgeving (art. 81-88 Grondwet), waarbij normadressaat en normadressant (deels) dezelfde organen zijn.[105] De meeste relevante grondwettelijke voorschriften in dit deel van het staatsrecht hebben dus voornamelijk een *interne*, binnen politieke verhoudingen bestaande, werking.[106] In deze paragraaf bespreek ik de betekenis van het leerstuk van

104 Deze karakterisering is ontleend aan Elzinga 1988, p. 11 = Elzinga 1997, p. 185-186 = Elzinga 2020, p. 15.

105 Het atypische karakter van dit deel van het staatsrecht hangt tevens samen met de open formulering van de relevante grondwetsbepalingen op basis waarvan politieke organen de nodige autonomie hebben om binnen de grenzen van het recht tot besluitvorming te komen. Zie daarover m.n. par. III.3.3.2.1.

106 Hoewel deze voorschriften 'intern werkend' zijn, kunnen zij wel rechtsgevolgen hebben buiten het *ambt* dat het betreffende voorschrift heeft vastgesteld. Verhelderend in dat kader is het onderscheid tussen twee typen intern werkende voorschriften: (i) zuiver intern werkende voorschriften die alleen binnen het betreffende ambt gelden, zoals de Reglementen van Orde van beide Kamers, respectievelijk (ii) voorschriften die slechts rechtsgevolgen hebben binnen één overheidsverband maar wel jegens meerdere ambten kunnen werken, zoals de in de hoofdtekst van deze alinea genoemde grondwetsbepalingen. De eerste categorie voorschriften werkt intern, omdat het vaststellende orgaan niet over een algemene wetgevende bevoegdheid beschikt, de tweede groep voorschriften heeft interne werking naar zijn aard en strekking. Zie Schutgens 2009, m.n. p. 292-297.

de interne werking, voornamelijk voor de positie van de rechter ten opzichte van (de ambten van) regering en Staten-Generaal.[107]

Deze interne werking van grondwettelijke voorschriften is deels terug te voeren op het in artikel 120 van de Grondwet opgenomen verbod van rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet. Uit het klassieke arrest *Prof. Van den Bergh/Staat* volgt dat het de rechter op grond van dat toetsingsverbod evenmin is toegestaan te beoordelen of bij de totstandkoming van een formele wet 'de door de Grondwet voor de wetsvorming voorgeschreven procedure [zoals bedoeld in de artikelen 81 tot en met 88 van de huidige Grondwet, GJAG] in acht is genomen'.[108] Volgens dit arrest dient de rechter op dit punt het standpunt te eerbiedigen dat de Staten-Generaal hebben ingenomen ten aanzien van die aanneming 'blijkens de voor zijn kennisneming vatbare stukken' met het oog op de bescherming van de in artikel 120 van de Grondwet gewaarborgde integriteit van het wetgevingsproces. In latere jurisprudentie ziet de rechter ook, los van de toepasselijkheid van artikel 120 Grondwet, reden zich terughoudend op te stellen ten aanzien van het wetgevingsproces. Daarvoor is bijvoorbeeld aanleiding als een eiser voor de rechter vordert in te grijpen in een wetgevingsproces dat nog loopt; in een dergelijk geval is artikel 120 Grondwet immers (nog) niet rechtstreeks van toepassing.[109] Uit het *Waterpakt*-arrest volgt bovendien dat de rechter niet bevoegd is de Staat een bevel te geven wetgeving in formele zin tot stand te brengen teneinde een onrechtmatige toestand op te heffen.[110] Hoewel de Hoge Raad in het *Urgenda*-arrest heeft geoordeeld dat dit verbod uitsluitend betrekking heeft op het geven van een rechterlijk bevel om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen, moet de rechter zich gezien dit arrest in algemene zin nog altijd buiten procedures

107 In dit kader speelt op de achtergrond ook de vraag naar de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om van geschillen in de politieke sfeer kennis te nemen een rol. Daarvoor geldt in beginsel het in het arrest HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773, *NJ* 1916, p. 407 (*Guldemond/Noordwijkerhout*) geformuleerde uitgangspunt dat de burgerlijke rechter die bevoegdheid heeft, zolang de eiser zijn eis grondt op een bepaling van burgerlijk recht (de *objectum-litis*-leer). De enige uitzondering op dit uitgangspunt is te vinden in het arrest HR 26 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6018, *AB* 1971/35, m.nt. D.J. Veegens, *AA* 1972, p. 156, m.nt. H.J.M. Jeukens (*Verkiezingsafspraak Elsloo*). Tot op heden lijkt dit arrest een witte raaf te zijn; sindsdien heeft de rechter (althans in hoogste instantie) steeds onverkort vastgehouden aan de *objectum-litis*-leer als hem een politiek geschil werd voorgelegd. De bevoegdheidsvraag blijft daarom hier verder buiten beschouwing. Zie nader o.a. Bovend'Eert 2015, p. 133-142; Van der Hulle 2020, p. 165-169.

108 HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, *NJ* 1963/248, m.nt. D.J. Veegens (*Prof. Van den Bergh/Staat*).

109 Zie o.a. Rechtbank Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667, *AB* 2017/415 (*Forum voor Democratie/Staat*); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4366, *AB* 2017/416, m.nt. G. Boogaard & J. Uzman (*Herindeling gemeente Haren*).

110 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, *NJ* 2003/691, m.nt. T. Koopmans, *AB* 2004/39, m.nt. Ch.W. Backes (*Waterpakt*), r.o. 3.5.

omtrent de vaststelling van wetgeving houden.[111] De Hoge Raad voert deze lijn in de rechtspraak terug op 'de op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen'.[112]

De leer van de interne werking van grondwettelijke voorschriften is ook relevant buiten de sfeer van het wetgevingsproces. Een enkele keer komt het namelijk voor dat een eiser zich voor de rechter rechtstreeks op de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen staatsorganen beroept, zoals in het klassieke arrest *De Bourbon Naundorff/Staat* (hierna: *De Bourbon*) uit 1849 het geval was.[113] In dit arrest boog de Hoge Raad zich over een overeenkomst die De Bourbon had gesloten met een aantal namens de Staat optredende ministers. De Bourbon had zich verplicht tot 'de mededeeling van zekere geheimen en van uitvindingen' die naar verluidt van grote invloed waren op het functioneren van de strijdkrachten. In ruil daarvoor verplichtte de Staat zich tot de betaling van hoge geldbedragen. Later betoogde de Staat voor de rechter dat hij niet aan zijn betalingsverplichtingen jegens De Bourbon kon voldoen, omdat de rijksbegroting de betaling van de overeengekomen geldsom aan De Bourbon niet dekte. De Staat deed daarmee indirect een beroep op een intern werkend voorschrift uit de Grondwet. Reeds in 1849 schreef de Grondwet immers al voor[114] dat de begroting wordt vastgesteld bij formele wet (zie thans artikel 105), dus met instemming van de Staten-Generaal. Het ontbreken van die toestemming om de betaling aan De Bourbon op te nemen op de begroting zou de Staat dan ook van zijn betalingsverplichting moeten ontslaan, zo argumenteerde althans de Staat zelf.

De Hoge Raad volgde deze redenering echter niet. Hij overwoog:

> '[Niet] den minsten twijfel kan bestaan, daar de verbintenis is aangegaan, door de voormelde hoofden der ministeriële departementen, als contracterende voor het Nederlandsche gouvernement; (…) zoo zij hierbij (…) hunne magt mogten hebben te buiten gegaan, zulks wel geschil tusschen hun en den Staat zoude kunnen opleveren (…) doch dat zulks den eischer, evenmin als elken aannemer van werken, namens den Staat door de bevoegde magt aanbesteed, aangaat, noch vatbaar was, om door hem te worden onderzocht.'

111 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier, *AB* 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen & Ch.W. Backes (*Urgenda*), r.o. 8.2.6.

112 Deze frase uit het *Waterpakt*-arrest is woordelijk terug te vinden in alle uitspraken die in de voorgaande drie noten zijn aangehaald, met uitzondering van het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 mei 2017 en het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad uit 2019.

113 HR 5 mei 1849, ECLI:NL:HR:1849:1, *W* 1058, *AB Klassiek* 2016, p. 1-12, m.nt. W. den Ouden (*De Bourbon*). De hierna opgenomen citaten uit het arrest zijn ook te vinden in Schutgens 2009, p. 294-295.

114 In de destijds geldende Grondwet van 1848 was dit voorschrift opgenomen in art. 119. Tegenwoordig is dit voorschrift te vinden in art. 105 van de Grondwet, dat nader is uitgewerkt in de Comptabiliteitswet 2016 (vgl. in dit verband ook art. 4.9 Cw 2016). Op het moment dat de Hoge Raad het arrest *De Bourbon* wees, bestond de van 1927 daterende Comptabiliteitswet nog niet.

Volgens de Hoge Raad mocht De Bourbon dus aannemen dat de contracterende ministers bevoegd waren namens de Staat een privaatrechtelijke overeenkomst te sluiten. Hij voegde daaraan toe dat daarbij niet ter zake deed dat een post op de rijksbegroting voor de betaling aan De Bourbon had ontbroken. De Hoge Raad hield daarbij vast aan het volgende uitgangspunt:

> '[H]ij, die ten behoeve van den Staat, (…) het bedongene heeft geleverd, [heeft] ook tegen deze aanspraak tot de bedongene betaling, zonder dat hij in staatkundige beschouwingen hoeft te treden, (…), noch wegens (…) eene al dan niet bestaande ministeriële verantwoordelijkheid (…), noch van de gevolgen van staatsbegrootingen en van de verplichtingen, welke daarin voor de Regering (…) mogten zijn opgesloten.'

Volgens de Hoge Raad kan het grondwettelijke voorschrift over de bevoegdheidsverdeling in het kader van de vaststelling van de begroting niet worden tegengeworpen aan een burger.[115] Van de burger kan immers niet worden verwacht dat hij in staatkundige beschouwingen treedt voordat hij een overeenkomst afsluit, zo oordeelt het hoogste Nederlandse rechtscollege.

Deze overweging is illustratief voor het bijzondere karakter van een geheel binnen een verband van politieke ambten werkende norm, zoals artikel 105 Grondwet. De weigering van de rechter een dergelijke norm te handhaven in de verhouding tussen de Staat en de burger staat namelijk los van het rechtskarakter van de norm als zodanig. Preciezer gezegd: de weigering van de rechter in het arrest *De Bourbon* tot handhaving van een in politiek verband geldende, grondwettelijke, norm over te gaan, ontslaat ministers niet van de plicht om zich aan die norm te houden. Het is echter niet aan de *rechter* om erop toe te zien dat deze ministers (of in een voorkomend geval, anderen die namens de Staat contracteren) zich ook aan deze grondwette-

115 Strikt genomen stelde de Hoge Raad slechts dat de in deze zaak relevante begrotingswet (waarop de post voor de betaling aan De Bourbon ontbreekt) intern werkt en daarom niet aan de burger kon worden tegengeworpen. Die begrotingswet heeft het karakter van een intern werkende beschikking die de regering machtigt een bepaalde uitgave te doen; een dergelijke beschikking heeft op zichzelf geen algemene werking. De *verplichting* tot het vaststellen van de begroting bij formele wet vloeit echter rechtstreeks voort uit de Grondwet. Wat de Hoge Raad opmerkte over de specifieke begrotingswet, geldt dus ook voor het huidige art. 105 Grondwet. Vgl. in die zin ook Schutgens 2009, p. 295, nt. 42.

lijke verplichting houden.[116] In plaats daarvan roept de niet-naleving van het betrokken voorschrift een geschil in het leven tussen de betrokken organen *zelf*, in dit geval regering en Staten-Generaal.

In het arrest *Mink K.* uit 2003 benadert de Hoge Raad het leerstuk van de interne werking minder absoluut dan hij honderdvijftig jaar eerder in het arrest *De Bourbon* deed.[117] In dit arrest staat een tussen het OM en informant K. gesloten overeenkomst centraal. Volgens die overeenkomst had K. jegens het OM de verplichting op zich genomen inlichtingen te verstrekken over het criminele milieu waaruit hij afkomstig was. Op zijn beurt had het OM zich verplicht tot absolute geheimhouding van de door K. verstrekte informatie, inclusief het bestaan van de overeenkomst zelf. K. had deze geheimhouding bedongen met het oog op de verzekering van zijn eigen veiligheid. Nadat het bestaan van de overeenkomst toch naar buiten was gekomen, verzocht de Tweede Kamer aan minister van Justitie Korthals (VVD) ex artikel 68 van de Grondwet informatie te verstrekken over de tussen het OM en K. gesloten overeenkomst. Daarop vorderde K. voor de rechter nakoming door de Staat van de overeengekomen geheimhoudingsverplichting; de rechter diende vervolgens tot in de hoogste instantie te beoordelen of de minister de verstrekking van de gevraagde informatie zou kunnen en moeten weigeren met een beroep op de in artikel 68 van de Grondwet opgenomen weigeringsgrond 'het belang van de staat'.

De Hoge Raad overweegt daarover dat

> 'het toezeggen van geheimhouding aan en het waarborgen van de veiligheid van de eiser redenen kunnen zijn en wellicht ook zullen moeten zijn, zich op de in art. 68 [Grondwet] neergelegde verschoningsgrond te beroepen. Verder zou de minister tot de afweging kunnen komen dat in de dan geldende omstandigheden alleen informatie in uiterst vertrouwelijke vorm moet worden verstrekt of

116 Overigens is daarmee nog niet gezegd dat intern werkende voorschriften per definitie irrelevant voor de oordeelsvorming door de rechter zijn. Het klassieke arrest HR 18 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0506, *AB* 1989/185, m.nt. F.H. van der Burg (*Arubaanse verkiezingsafspraak*) illustreert dat. In dit arrest stond een overeenkomst centraal die een lid van de Arubaanse Staten met zijn partij had gesloten, voordat hij in de Staten werd verkozen. Het statenlid had zich volgens de overeenkomst ertoe verplicht zijn zetel op te geven, als hij zijn partijlidmaatschap zou opzeggen. Volgens de Hoge Raad was deze overeenkomst nietig, omdat zij in strijd was met het in de Arubaanse Staatsregeling opgenomen, uitputtend bedoelde, beginsel van het vrije mandaat. De Arubaanse bepaling komt qua inhoud overeen met art. 67, derde lid van de Grondwet; dit voorschrift geldt alleen in de sfeer van het parlement en heeft zodoende interne werking. Daarom is dit arrest ook voor de Nederlandse context van belang. Vgl. o.a. Schutgens 2009, p. 300. Tot op zekere hoogte ligt het arrest *Arubaanse verkiezingsafspraak* in de lijn van het arrest *De Bourbon*, in de zin dat de Hoge Raad in het eerstgenoemde arrest niet actief intervenieert in publiek-politieke verhoudingen maar slechts de rechtsgeldigheid van een tussen *private* (rechts)personen opgesteld contract vaststelt.

117 HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE5149, *JB* 2003/134, m.nt. L.F.M. Verhey, *AB* 2004/20, m.nt. T. Zwart, *NJ* 2004/71, m.nt. T. Schalken, *AA* 2004, p. 288, m.nt. C.A.J.M. Kortmann (*Mink K.*). De hierna opgenomen citaten zijn te vinden in r.o. 3.6.7 van het arrest.

> dat informatie pas kan worden verstrekt nadat de veiligheid van eiser op andere wijze is gewaarborgd. De bedoelde toezegging en veiligheid van eiser kunnen ook voor het parlement reden zijn om niet, of op een terughoudende wijze, gebruik te maken van zijn recht op inlichtingen. (…) Tegen deze achtergrond kan niet worden aanvaard dat de rechter thans aan de Staat een verbod oplegt dat de strekking heeft onder alle omstandigheden het belang van eiser te doen prevaleren. Met een dergelijk algemeen en absoluut verbod zou een inbreuk worden gemaakt op een fundamentele regel van parlementaire controle en zou de rechter de aan de minister en het parlement voorbehouden mogelijkheid van afweging op voorhand volledig ontnemen'.

In deze overweging relativeert de Hoge Raad het uitgangspunt dat de Staat zich tegenover een met hem contracterende burger niet kan beroepen op de staatkundige verhoudingen binnen de overheid.

Op het eerste gezicht lijkt de leer van de interne werking in het licht van deze overweging in het arrest *Mink K.* aan kracht te hebben verloren. In die lijn ligt de stelling van Kortmann dat artikel 68 Grondwet zich door zijn interne werking per definitie niet leent voor rechterlijke toepassing.[118] Hij betoogt daarom dat de Hoge Raad, door zich toch over de reikwijdte van het grondwettelijke inlichtingenrecht te buigen, zich zonder noodzaak op politiek terrein begeeft. De keerzijde van Kortmanns absolute benadering van de interne werking van grondwettelijke voorschriften is echter dat zij in potentie misbruik in de hand werkt; in theorie zou het sluiten van dergelijke privaatrechtelijke overeenkomsten kunnen worden ingezet met het oog op de doelbewuste doorkruising van de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen (de ambten van) regering en Staten-Generaal.[119]

Bovendien is een nuancering van Kortmanns vrees voor inmenging van de rechter in politieke verhoudingen op haar plaats. Hoewel de benadering van de Hoge Raad meebrengt dat de rechter zich wellicht soms over staatkundige verhoudingen zal moeten uitspreken, blijkt uit de geciteerde

118 Kortmann in zijn noot onder het arrest in *AA* 2004, p. 290. Hij legt aan die stelling de gedachte ten grondslag dat art. 68 Grondwet geen 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO is, omdat deze bepaling externe werking ontbeert. Hij lijkt zich daarbij te baseren op HR 10 juni 1919, ECLI:NL:HR:1919:59, *W* 10429, *NJ* 1919, p. 1063 (*Rogge*), waarin de Hoge Raad het begrip 'wet', zoals opgenomen in art. 99 Wet RO (oud) (zie thans het begrip 'recht' in art. 79 Wet RO), definieerde. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat daaronder 'mede' zijn te begrijpen 'naar buiten werkende, dus tot een ieder gerichte algemeene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in den zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent'. Uit het woordje 'mede' leidt Schutgens (terecht) af dat het begrip 'wet' in ieder geval de wet in formele zin omvat, dus ook voor zover daarin intern werkende voorschriften zijn opgenomen; de definitie van wetten in materiële zin vormt volgens dit arrest dus een *aanvulling* op het formele wetsbegrip. Er is dan ook geen reden aan te nemen dat art. 79 Wet RO aan toepassing van art. 68 Grondwet door de Hoge Raad in de weg stond. Zie Schutgens 2009, p. 297-298.

119 Vgl. in die zin ook Kummeling 1997, p. 14-15; Munneke 2006, p. 157; Schutgens 2009, p. 300.

overweging van het arrest *Mink K.* dat de rechter zich daarbij terughoudend opstelt. De Hoge Raad overweegt immers slechts dat de minister een beroep *kan* doen op de verschoningsgrond van artikel 68 Grondwet respectievelijk dat het parlement *kan* beslissen niet, of slechts terughoudend, van het inlichtingenrecht gebruik te maken. Hij laat het nemen van deze beslissing in deze zaak daarmee over aan de verantwoordelijke politieke organen *zelf*. Tot dusverre is het (althans bij mijn weten) nog niet voorgekomen dat de rechter zich in een uitspraak wel actief heeft gemengd in het politieke proces.[120] Vooralsnog zal de rechter zoveel mogelijk willen voorkomen in een dergelijke positie terecht te komen. Het leerstuk van de interne werking brengt daarom nog altijd mee dat de rechter in beginsel niet overgaat tot de handhaving van grondwettelijke voorschriften die de verhoudingen tussen (de ambten van) regering en parlement reguleren.

In dit licht is te begrijpen waarom de precieze inhoud van het geldende institutionele staatsrecht altijd met onzekerheid is omgeven; de organen die wel bevoegd zijn tot de interpretatie en handhaving van dit recht hebben daarbij vaak een bepaald politiek belang. Anders dan in andere rechtsgebieden, komt de precieze reikwijdte van grondwetsbepalingen in dit deel van het staatsrecht daarom vaak niet vast te staan.[121] Deze onbepaaldheid van het staatsrecht is een sleutel voor een goed begrip van de ontwikkeling van het denken over de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht.

III.3.3 De Grondwet

Naast de afwezigheid van een orgaan dat bevoegd is tot het bindend interpreteren van het binnen en tussen politieke ambten geldende staatsrecht, is de open formulering van veel grondwettelijke bepalingen debet aan de onbepaaldheid van de in dit deel van dit rechtsgebied geldende regels. In deze paragraaf bespreek ik hoe de Grondwet dit open karakter heeft kunnen krijgen en de handvatten die de literatuur tegen die achtergrond biedt voor het vinden van de juiste interpretatie van een grondwetsbepaling.

120 Vgl. in die zin ook o.a. punt 4 van de noot van Boogaard & Uzman in *AB* 2017/415 en 416 onder Rechtbank Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667 (*Forum voor Democratie/Staat*) en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4366 (*Herindeling gemeente Haren*) en Van der Hulle 2020, p. 246-248.

121 Zie nader par. III.3.3.2.2.

III.3.3.1 Historische ontwikkeling

Hoewel zich in de afgelopen twee eeuwen tal van feitelijke ontwikkelingen hebben voorgedaan die de politieke besluitvorming in Nederland aanzienlijk van karakter hebben doen veranderen, heeft de ontwikkeling van de Grondwet op dit terrein zich gekenmerkt door een verrassende mate van continuïteit.[122] Lange tijd sloot de tekst van bepaalde grondwettelijke bepalingen niet meer aan bij de feitelijke werkelijkheid. Vooral op het gebied van de monarchie was dit het geval.

Zo kende de Grondwet tot 1983 formeel gezien nog veel bevoegdheden aan de koning toe: zo berustte bij hem de uitvoerende macht (art. 56 Grondwet 1972), was hij bevoegd tot het ontslaan van ministers 'naar welgevallen' (art. 86, tweede lid Grondwet 1972) en benoemde hij de Tweede Kamervoorzitter uit een door de Kamer opgestelde voordracht van drie leden (art. 98 Grondwet 1972). De materiële betekenis die deze voorschriften volgens de grondwetgever bij haar vaststelling in respectievelijk 1848, 1814 en 1815 hadden, waren zij in 1983 al kwijt; de grote mate van discretie die de koning volgens deze bepalingen formeel nog had, bestond op dat moment allang niet meer.[123]

Hoewel deze voorschriften bij de herziening van de Grondwet in 1983 formeel gezien een ingrijpende wijziging ondergingen,[124] leken vrijwel alle betrokkenen de *praktische* implicaties van de algehele grondwetsherziening uit dat jaar beperkt te achten. Illustratief is dat de verantwoordelijke regeringscommissaris Simons de uitvoering van de herziening beschouwde als 'dokteren aan betrekkelijke kleinigheden'; volgens hem zou het resultaat ervan daarom vooral 'voor deskundigen' interessant zijn.[125]

Tegen deze achtergrond komt in deze subparagraaf aan de orde hoe de Grondwet zich heeft ontwikkeld van een 'politiek strijddocument' tot 'grondvorm en symbool' naar 'een verzameling flexibele hoofdregels'.[126] De aanvang van een nieuw tijdvak leidde er overigens niet toe dat daarmee de eerdere grondwetsbenaderingen hun invloed volledig verloren.[127] Elk van de hierna te bespreken tijdvakken kent eigen onderscheidenlijke kenmerken met afzonderlijke implicaties voor de rol van de Grondwet in het Nederlandse staatsbestel, waarin steeds ook opvattingen uit eerdere perioden doorwerken.

---

122 Zie hoofdstuk III.2.

123 Vgl. in die zin ten aanzien van de benoeming van de Kamervoorzitter Hoetink 2018, p. 150.

124 Van de drie in deze alinea genoemde bepalingen bleven alleen de benoeming en het ontslag van de ministers bij koninklijk besluit (maar dan zonder de woorden 'naar welgevallen') gehandhaafd (zie art. 43 Grondwet).

125 *Haagse Post* 8 december 1971, p. 16-17. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 139.

126 Vgl. voor deze indeling het schema in Van Leeuwen 2014, p. 105.

127 Vgl. in die zin Van Leeuwen 2013, p. 14-17.

III.3.3.1.1 De Grondwet als 'strijddocument'[128]

In 1815 (of, zo men wil, in 1814) kwam de Grondwet tot stand die in gewijzigde vorm nog altijd in Nederland geldt. Zij is te zien als het begin van 'een institutioneel pad', waarop de grondwetgever bij iedere herziening telkens weer is gaan voortbouwen. Vanwege het ontbreken van voldoende politieke steun voor het vaststellen van een op een geheel nieuwe leest geschoeide Grondwet, is daardoor een grote mate van continuïteit zichtbaar in haar ontwikkeling; bij iedere herziening van de Grondwet, inclusief die van 1848, heeft de grondwetgever steeds de bestaande opzet van de Grondwet tot uitgangspunt genomen. In dat licht is de vaststelling van de Grondwet van 1815 hét vertrekpunt voor de geschiedenis van het grondwetsdenken.

Voor koning Willem I was het belang van de naleving van de bepalingen uit de Grondwet echter niet boven iedere twijfel verheven. In de eerste decennia na 1815 sprong de koning, aan wie in deze versie van de Grondwet überhaupt al veel bevoegdheden waren toegekend, soms nogal vrij met de daarin opgenomen bepalingen om. Voor veel critici van het bewind van koning Willem I was dit een steen des aanstoots. Zelfs voor zover de Grondwet inderdaad als een dode letter te beschouwen was, vervulde zij in de periode tot 1848 echter een belangrijke rol als vertrekpunt voor pleidooien voor constitutionele vernieuwing in het publieke debat. Mede dankzij de, al voor 1848 aanwezige, vrijwel vanzelfsprekende aanvaarding van het *bestaan* van een grondwet onder het publiek, kon de negentiende eeuw uitgroeien tot de eeuw van de Grondwet.

In die eeuw is zonder twijfel de herziening van de Grondwet in 1848 de meest bepalende gebeurtenis geweest. Zij vormde een essentieel begin van de inperking van de zelfstandige macht van de koning, waaraan vooral de invoering van respectievelijk de politieke ministeriële verantwoordelijkheid en het censuskiesrecht voor de Tweede Kamer, alsmede het geïntroduceerde uitgangspunt van de openbaarheid van vergaderingen van de Staten-Generaal debet waren. Bovendien zou de herziening van 1848 de opmaat vormen van de introductie van de door Thorbecke gepropageerde 'heerschappij van de wet', die met het *Meerenberg*-arrest in 1879 een plaats in het Nederlandse staatsrecht kreeg. Verder wijzigde de grondwetgever in 1848 de grondwetsherzieningsprocedure.[129] Voor wijziging van de Grondwet golden volgens de procedure van 1848 voortaan de vereisten van twee lezingen, de ontbinding van de Kamers na de eerste lezing en de steun van een gekwalificeerde

128 De ontwikkeling van de Nederlandse Grondwet in de negentiende eeuw is in belangrijke mate bepalend geweest voor de ontwikkelingen in de Nederlandse staat. De inhoud van deze subsubparagraaf overlapt daarom voor een deel met par. III.2.2, par. III.2.3 en par. III.2.4. Ik beperk mij daarom hier tot een summiere bespreking van de belangrijkste gebeurtenissen die voor een goed begrip van het grondwetsdenken van belang zijn. Voor een uitgebreidere bespreking van deze gebeurtenissen, inclusief de bijbehorende verwijzingen, zij naar de eerder genoemde paragrafen verwezen.

129 Zie over het verschil tussen deze en de daarvóór geldende procedure o.a. Oud 1970, p. 36-38.

meerderheid van twee derde van de leden van de Kamers voor de aanneming van een herzieningsvoorstel. Daarmee waren de belangrijkste doelstellingen bereikt die Thorbecke met een nieuwe Grondwet voor ogen had.

In dat licht is te begrijpen waarom Thorbecke de Grondwet, die hij betitelde als de 'grond aller andere wetten', 'dat waarop al het andere rust' en als 'grondslag en levensbeginsel', als de basis van het gehele staatsrecht beschouwde.[130] Inderdaad kon de Grondwet na de herziening van 1848 mede dankzij Thorbecke uitgroeien tot de leidraad voor het politieke leven. Vanaf dat jaar zouden in Kamerdebatten vooral constitutionele kwesties en de uitleg van de daarbij relevante grondwetsbepalingen centraal gaan staan, waardoor de Grondwet in de negentiende eeuw het karakter zou krijgen van een 'politiek strijddocument'.[131]

Niettemin ligt de kiem van het einde van de gedachte dat de Grondwet de basis van het gehele staatsrecht vormt al in de negentiende eeuw. In de periode 1866-1868 zouden zich immers de kwesties-Mijer en -Luxemburg voordoen die achteraf bezien aan de juridische erkenning van het parlementair stelsel ten grondslag liggen. Hoewel de conflicten tussen regering en parlement over deze kwesties van groot belang voor de Nederlandse constitutionele ontwikkeling zijn geweest, heeft de uitkomst daarvan nooit een plaats in de Grondwet gekregen. Op het moment zelf was het echter nog niet duidelijk wat de betekenis van die gebeurtenissen voor het staatsrecht respectievelijk de Grondwet zou zijn. In de aanloop naar de herziening van de Grondwet van 1887 kwam de verandering in het grondwetsdenken echter wel duidelijk aan de oppervlakte. De voor deze herziening verantwoordelijke staatscommissie onder leiding van J. Heemskerk slaagde er niet in om met herzieningsvoorstellen te komen omtrent de belangrijkste politieke pijnpunten uit die tijd: de kiesrechtkwestie en de financiering van het bijzonder onderwijs.[132] Op het eerste punt omvatte de herziening slechts een schrapping van de voornaamste belemmering voor de verdere uitbreiding van het kiesrecht; op het tweede terrein vond zelfs geen enkele wijziging plaats, waarna de Kamer met een gewone meerderheid besloot het onderwijsartikel in de Grondwet op een andere wijze te interpreteren.

Het beeld onder politici van de Grondwet als onbetwistbare basis van het staatsrecht, die het verloop van het politieke leven in goede banen leidt, kwam daardoor onder druk te staan. De keerzijde van de gelding van de Grondwet en de daarin opgenomen verzwaarde herzieningsprocedure was dat zij tevens *een belemmering* zou kunnen gaan vormen voor de verwezenlijking van de idealen van democratisch verkozen volksvertegenwoordigers. Mede daardoor zou de functie van de Grondwet als politiek strijddocument vanaf het einde van de negentiende eeuw verder naar de achtergrond verdwijnen.

130 Respectievelijk Thorbecke 1841, deel I, p. x; Thorbecke 1856, p. 8; Thorbecke 1872, p. 174. Aangehaald in Van Vollenhoven 1930, p. 234 = Van Vollenhoven 1934, p. 106; Rijpperda Wierdsma 1948, p. 13.

131 De term is ontleend aan Elzinga 1998, p. 85 = Elzinga 2020, p. 123.

132 Van Leeuwen 2013, p. 31-32.

III.3.3.1.2 De Grondwet als 'rustpunt en symbool'

Niet alleen uit politieke hoek, maar ook uit de wetenschap klonk er kritiek op het in de negentiende eeuw vigerende perspectief op de Grondwet. De scherpste kritiek op de dominante positie van de Grondwet in het staatsleven uit die tijd was vermoedelijk afkomstig van Krabbe. In een artikel uit 1906 betoogde hij dat de gelding van de Grondwet het gevaar van 'verdorring' met zich brengt, met als resultaat dat het grondwettelijk recht op den duur verwordt tot 'dood recht'.[133] Hij beschouwde het bestaan van de verzwaarde procedure voor grondwetsherziening als een van de belangrijke oorzaken van die verdorring. Als de grondwetgever deze beide elementen uit de Grondwet zou verwijderen, dan was het mogelijk, aldus Krabbe, om 'de Grondwet hare volle heerschappij te hergeven'.

Voor Krabbe was van belang dat de gelding van de Grondwet berust op de daadwerkelijk heersende wil van het volk in plaats van op de overheidswil. In die lijn hield hij in zijn brochure *'Ongezonde lectuur'* uit 1913 een pleidooi voor rechtsvorming en rechtstoepassing door de burgers zelf in plaats van door de overheid.[134] Zolang dat niet zou gebeuren, dreigde de samenleving volgens Krabbe door de gelding van de Grondwet met de verzwaarde wijzigingsprocedure te gaan vastzitten in het rechtsbewustzijn van eerdere generaties. In dat licht beschouwde hij veel grondwetsbepalingen als 'verschimmelde wijsheid van de grondwetgever' die de wetgever verlammen 'in de volheid van zijn weten van wat naar het rechtsbewustzijn van de bevolking behoort te worden verordend'. Niet het overheidsgezag zoals dat in de Grondwet tot uiting kwam, maar het rechtsgevoel van de burger zou volgens Krabbe aldus de ultieme rechtsbron moeten vormen.

Hoewel Krabbe een betrekkelijke eenling was die in zijn opvattingen over de Grondwet weinig bijval van vakgenoten kreeg,[135] leefden er in bredere kring twijfels over de geldende verzwaarde meerderheidseis die voor de herziening van de Grondwet geldt. In dezelfde geest als Krabbe betoogde Oppenheim dat deze verzwaarde meerderheidseis onvoldoende bescherming biedt tegen de wetgever, omdat deze 'de *tijdige*, totstandkoming van wenschelijke wijzigingen ernstig belemmert'.[136] Als gevolg daarvan zouden nieuwe generaties volgens hem beklemd raken 'in de kluisters waarin het te kwader ure is vastgekneld door een wetgever, die zich verbeeldde de wijsheid in pacht te hebben en de rechtsvorming te kunnen monopoliseeren'. De opvattingen van beide hoogleraren zijn illustratief voor het ontstaan van een nieuw tijdvak in het grondwetsdenken. Karakteristiek voor dit veranderde

133 Krabbe 1906, p. 371-372, ook voor de volgende citaten. In het artikel bekritiseert Krabbe ook het verbod op rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet. Dat aspect kan hier buiten beschouwing blijven.

134 Krabbe 1913, ook voor het hierna opgenomen citaat (op p. 39).

135 Vgl. in die zin ook Van der Pot 1957a, p. 253; Elzinga 1990, p. 68-70 = Elzinga 2020, p. 52-54, beide met verdere verwijzingen.

136 Oppenheim 1907a, p. 274 = Oppenheim 1907b, p. 73, ook voor het volgende citaat (cursivering in origineel, GJAG).

denken was dat de dominante positie van de Grondwet in het politieke bedrijf niet langer boven iedere twijfel verheven zou moeten zijn, waardoor zij langzamerhand haar rol als centraal oriëntatiepunt voor politieke discussies zou verliezen.

De publicaties van Krabbe en Oppenheim vormden de opmaat naar de discussie over de houdbaarheid van de aparte status van de Grondwet als 'hogere wet' tijdens de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging (hierna: NJV) in 1914. Tijdens deze vergadering discussieerden de Groningse hoogleraar Kleintjes, de Amsterdamse oud-hoogleraar Van Hamel en Tweede Kamerlid Loeff over de vraag of het verschil tussen de Grondwet en de formele wet in stand gehouden moest worden.[137] Van de drie preadviseurs kwam alleen Kleintjes tot de conclusie dat het verschil tussen wet en Grondwet in zijn geheel zou moeten worden opgeheven.[138] Niettemin waren de bij de NJV-vergadering aanwezigen het erover eens dat de mate waarin het mogelijk is om met behulp van een grondwet grip te krijgen op de politieke werkelijkheid relativering verdient. Van Hamel bijvoorbeeld stelde dat de Grondwet niet te juridisch moet worden uitgelegd, maar in plaats daarvan als 'erfelijk richtsnoer bij de handhaving en ontwikkeling van ons staatskarakter' zou moeten dienen.[139] Op die manier zou de Grondwet, aldus Van Hamel, haar belemmerende werking verliezen.

Tijdens de NJV-vergadering stond naast de officiële preadviezen vooral een door Struycken geschreven brochure[140] als 'informeel preadvies'[141] centraal waarin hij constateerde dat de Grondwet in afnemende mate een centrale positie in het staatsleven inneemt. In die brochure beschreef Struycken twee oorzaken die volgens hem aan die waardedaling ten grondslag liggen.

In de eerste plaats stelde hij dat:

> 'zich met de ontwikkeling van den volksinvloed in onze monarchie nieuwe factoren in het staatsleven hebben gevormd, die in de Grondwet hunne uitdrukking niet vinden, niettemin de staatkundige beteekenis harer voorschriften bepalen, zoodat veel, wat in de Grondwet gedacht was als grondslag van het staatsleven, is geworden tot niet meer dan een grondvorm. Uit de Grondwet alleen is daarom het staatsrecht niet meer te kennen, de waarde harer bepalingen daarmede verminderd. De constitutie is daarom niet minder stroef geworden: de normatieve kracht van het feitelijke; die zich langzamer dan die van den geschreven regel in het rechtsbewustzijn der bevolking openbaart, blijft, zeker even duurzaam als deze daarin heerschen'.[142]

137 Van Leeuwen 2014, p. 97. Zie voor de preadviezen Kleintjes 1914, p. 133-162; Van Hamel 1914, p. 163-214; Loeff 1914, p. 215-252. Zie voor de schriftelijke weerslag van de discussie tijdens de vergadering *Handelingen NJV* 1914, p. 83-177.

138 Kleintjes 1914, p. 133-162.

139 Van Hamel 1914, p. 207.

140 Struycken 1914 = als afzonderlijke publicatie opgenomen in Struycken 1924.

141 *Handelingen NJV* 1914, p. 144. Aangehaald in Van Leeuwen 2014, p. 106.

142 Struycken 1914, p. 51 = als afzonderlijke publicatie opgenomen in Struycken 1924, aldaar, p. 51, ook voor het volgende citaat.

Deze passage illustreert de verandering in het staatkundig denken die vanaf het einde van de negentiende eeuw tot ontwikkeling was gekomen.[143] Tekenend voor die wijziging van denken is dat in het politieke bedrijf voortaan niet meer louter constitutionele kwesties en de bijbehorende juiste uitleg van de bepalingen van de Grondwet het centrale onderwerp van debat vormden. Politici zouden in plaats daarvan in toenemende mate oog gaan krijgen voor de wil van het electoraat, dat vanaf 1887 door de groei van de welvaart steeds groter was geworden. Voor het electoraat was de Grondwet hoogstens van secundair belang, waardoor zij in het politieke bedrijf aan belang was gaan inboeten.

Minstens zo interessant is de tweede oorzaak die volgens Struycken aan het tanende belang van de Grondwet voor het verloop van het politieke leven ten grondslag ligt. Hij betoogde:

> '[D]oordien geleidelijk het zwaartepunt van ons gemeenschapsleven zich verplaatst van het staatkundige naar het sociale, terwijl de Grondwet alleen oog heeft voor het eerste, het laatste niet anders schraagt dan in de pijlers, die eene eeuw geleden daarvoor zijn geplaatst. Dat de Grondwet de grondslagen, de leidende gedachten van ons sociale leven niet bevat, ligt aan ons: wij zijn niet in staat, zooals onze vaderen van den Revolutietijd af in enkele korte gedachten de resultaten van den staatkundigen strijd als blijvende kultuurgedachten vast te leggen, zoo ook de ontwikkelingslijnen van ons sociale leven in groote sprekende trekken te teekenen. Daarom zal onze Grondwet, in schijnbaar averechtsche waardeering, velerlei staatkundige beginselen blijven behouden, en omtrent gewichtiger vragen van sociale politiek blijven zwijgen.'

Volgens Struycken heeft de grotere nadruk die in het politieke leven op sociale in plaats van constitutionele kwesties is gaan liggen direct zijn weerslag op het belang van de Grondwet voor de politiek. Door de afwezigheid van een concrete regeling over sociale kwesties hebben politici een geringer belang bij het inroepen van grondwetsbepalingen in het politieke debat. Interessanter is nog dat Struycken toen al voorzag dat dat in de toekomst ook niet zou veranderen; hij verwachtte niet dat de grondwetgever erin zou slagen om 'de leidende gedachten van ons sociale leven' dwingend vast te leggen.

Een mogelijke verklaring voor de achteraf gebleken juistheid van de voorspelling van Struycken is het gegeven dat de Nederlandse bevolking bestaat uit een verzameling heel diverse minderheden waarvan geen enkele de absolute Kamermeerderheid kan vergaren.[144] De meeste beslissingen op sociaaleconomisch vlak in de twintigste eeuw waren vrijwel steeds het resultaat van, vaak niet van pragmatisme gespeende, compromissen tussen de diverse politieke minderheden. Tegen die achtergrond was inderdaad al aan het begin van de twintigste eeuw moeilijk voorstelbaar dat de Grondwet een centrale rol in de besluitvorming op sociaal vlak zou kunnen vervullen,

143 Zie daarover ook par. III.2.3.

144 Vgl. in dit verband ook het slot van par. III.2.3 en par. III.2.7.

zoals zij dat in de negentiende eeuw op constitutioneel terrein wel met succes had gedaan.

Op staatkundig terrein bleef de Grondwet echter een belangrijke functie vervullen, die ook als zodanig in de staatsrechtswetenschap erkenning vond. In dit verband betoogde Struycken bijvoorbeeld dat de Grondwet

> 'in de parlementaire meerderheid bij voortduring het besef levendig [houdt], hoe zwak dit somtijds ook moge werken, dat ook haar gezag steunt op rechtsregelen, die zij, juist als den grondslag van haar gezag, niet naar willekeur mag wijzigen; ze biedt een rustpunt in de staatkundige ontwikkeling, van waaruit op de bestaande grondslagen aan de voorziening in de behoeften van het maatschappelijk leven kan worden gearbeid, stempelt anderzijds de verandering dier grondslagen tot eene ernstige daad, waarop zich de aandacht van wetgever en volk concentreert'.[145]

Juist in het licht van het karakter van Nederland als een samenleving van politieke minderheden, was het volgens Struycken van belang dat niet iedere politieke beslissing met een reguliere meerderheid kan worden genomen. In zijn ogen was dat vooral het geval als bepaalde beginselen in het geding zijn, onder andere op het terrein van 'de persoonlijke vrijheid, den particulieren eigendom en de verhouding van den staat tot den kerkgenootschappen, die individu en minderheid bescherming bieden tegenover de parlementaire meerderheid'. Hij vervolgde:

> 'Der meerderheid moet bij voortduring duidelijk zijn, dat zij deze heeft te eerbiedigen, ze niet voor een oogenblikkelijk partijbelang of in een politieken ruilhandel mag prijsgeven; en dat wordt haar in een land als het onze het best door de plaatsing ervan in de Grondwet voor den geest gehouden.'

Ondanks het belang dat Struycken hechtte aan het bestaan van een grondwet met een verzwaarde herzieningsprocedure, diende in zijn ogen ook op constitutioneel terrein de sturende kracht van de Grondwet niet te worden overschat. Hierover betoogde hij:

> 'Aan overschatting van de waarde eener Grondwet willen wij bij dit alles niet schuldig staan. Den eerbied voor de kultuurwaarde van het gewordene en voor de waarde der menschelijke persoonlijkheid zal een volk uit zijne Grondwet niet leeren, wanneer zijn karakter door traditie en opvoeding daartoe niet

145 Struycken 1914, p. 33-34 = als afzonderlijke publicatie opgenomen in Struycken 1924, aldaar, p. 33-34, ook voor de hiernavolgende citaten. Vgl. ook Struyckens beroemde citaat waarin de Grondwet wordt omschreven als 'het dokument, waarin de hoofdmomenten van zijne staatkundige ontwikkeling uitdrukking hebben gevonden, de resultaten van den staatkundige strijd in het verleden telkenmale zijn neergelegd, en waarin het ook voor het heden en de toekomst de groote gedachten tot openbaring wil brengen, volgens welke het de ontwikkeling van zijn staatsleven verder wil zien geleid' in Struycken 1915, p. 176 = Struycken 1928, p. 195.

> is gevormd. Onder de factoren evenwel, welke deze opvoeding mede bepalen, neemt ook de Grondwet eene plaats in alom, waar zij als nationale gebeurtenis in de staatkundige ontwikkeling van het volk is ingeweven.'

Naast de betekenis die de Grondwet als 'rustpunt' voor de bescherming van politieke minderheden had, vervulde zij in de ogen van Struycken vooral ook een symbolische functie als referentiekader omtrent de inrichting van de Nederlandse staat voor de gehele bevolking. Voor het overige relativeerde hij de rol van de Grondwet, omdat zij volgens hem slechts in beperkte mate in staat zou zijn het verloop van het politieke leven in goede banen te leiden. Toch was het volgens hem van belang de verzwaarde herzieningsprocedure intact te laten, juist gelet op de bescherming die zij aan minderheden biedt. Een meerderheid van de bij de NJV-vergadering aanwezigen leek dit perspectief te onderschrijven.[146]

Na deze vergadering was daarmee definitief ruimte ontstaan voor een nieuw perspectief op de Grondwet waarin dit staatsstuk niet langer het centrale ankerpunt voor het politieke leven hoefde te vormen. Illustratief was de herziening van de Grondwet van drie jaar later, die zou leiden tot de introductie van het algemeen kiesrecht, de wijziging van het kiesstelsel en de gelijkstelling van het algemeen en bijzonder onderwijs.[147] In 1917 was de herziening van de Grondwet niet het begin van een hervorming van het staatsbestel, zoals in 1848 wel het geval was, maar juist het sluitstuk ervan. In die periode vonden buiten de landsgrenzen, zoals in het Duitse Keizerrijk, weliswaar revoluties plaats, maar in Nederland bleef het rustig. Zo werd in Nederland de politieke noodzaak tot het doorvoeren van ingrijpende grondwettelijke veranderingen, bijvoorbeeld in de vorm van de invoering van een referendum of een volksinitiatief, niet of nauwelijks gevoeld.[148] De herzieningen uit de periode daarna, van 1922 en 1938, zouden afgezien van de vastlegging van het algemeen (vrouwen)kiesrecht in 1922 beperkte betekenis hebben.[149]

Tekenend voor de veranderde kijk op de Grondwet was de discussie over de introductie van de grondwettelijke bepaling in 1922 op basis waarvan de wet aan andere dan in de Grondwet genoemde organen verordenende bevoegdheid kan geven.[150] Sommige auteurs betwijfelden of het wel nodig was een dergelijke bepaling in de Grondwet op te nemen. In de ogen

---

146 Vgl. in die zin ook Van der Pot/Donner 1983, p. 171 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 196; Van Leeuwen 2014, p. 103. Zowel Van Hamel als B.C. de Savornin Lohman propageerde tijdens de NJV-vergadering een grondwetsperspectief dat vergelijkbaar was met dat van Struycken. Zie Van Hamel 1914, p. 203-207; *Handelingen NJV* 1914, p. 137. Aangehaald in Van Leeuwen 2014, p. 101. Zie voor de opvatting van B.C. de Savornin Lohman de oratie die hij twee jaar voor de NJV-vergadering uitsprak: De Savornin Lohman 1912, p. 50-51.

147 Vgl. in die zin Van Leeuwen 2013, p. 12.

148 Van Leeuwen 2013, p. 35-36.

149 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 90.

150 Art. 194 Grondwet 1922.

van Huart was de functie van de Grondwet 'dat zij, nu eens reageerend tegen misstanden van een eerder tijdperk, dan weer in de loop der jaren beproefde beginselen conserveerend, enkele hoofdzaken van staatsrecht aan den invloed van den wetgever onttrekt'.[151] In het licht van die benadering bestond volgens hem geen noodzaak tot vastlegging van ieder aspect van de staatsorganisatie. Als de grondwetgever een bepaald onderwerp geheel ongeregeld liet, dan stond het de wetgever vrij daarover een regeling te ontwerpen, zo betoogde Huart. De wetgever had dat overigens al ruim voor 1922 gedaan; in 1913 stelde hij de Radenwet[152] vast, die de basis vormde voor de instelling van de Hoge Raad van Arbeid in 1918. Zowel volgens Huart als de meeste Kamerleden die zich hierover uitspraken in het debat[153] had de constitutionalisering van de mogelijkheid tot instelling van dergelijke raden door de wetgever daarom slechts een declaratoire in plaats van een constitutieve betekenis.

Ook na het einde van de Tweede Wereldoorlog zag de grondwetgever in de gruwelijke gebeurtenissen uit de oorlogsjaren geen aanleiding een geheel nieuw grondwettelijk bestel te introduceren. De voornaamste politieke prioriteit van regering en parlement lag in die periode vooral bij sociale kwesties, zoals het herstel van de materiële welvaart van de bevolking en het nemen van maatregelen tegen de woningnood.[154] In het licht van de urgentie die volgens de betrokken politici met die kwesties gemoeid was, hadden zij relatief weinig tijd en energie om concrete hervormingen van het staatsbestel te realiseren. Mede in dat licht is te verklaren waarom de regering en de verzetsleiders besloten het grondwettelijk bestel van voor de oorlog zijn gezag te hergeven; de Grondwet zou daarbij haar karakter als 'rustpunt en symbool' behouden.[155] Wel leek er ten opzichte van de vooroorlogse periode een kleine accentverschuiving te hebben plaatsgevonden; in de literatuur uit de periode van vlak na de oorlog komt ook duidelijker de verhouding van de bevolking met het staatsrecht in het algemeen en de Grondwet in het bijzonder naar voren. In zijn oratie uit 1948 benadrukte Rijpperda Wierdsma bijvoorbeeld het belang van de gelding van een grondwet voor de bevolking. In zijn ogen was een verzwaarde herzieningsprocedure daarbij onmisbaar, omdat 'een volk, dat zijn staatsinrichting respecteert, geen lichte eisen mag stellen' aan de verandering van de Grondwet.[156] Tegen die achtergrond was de Grondwet volgens Rijpperda Wierdsma eerder 'een mijlpaal' met waarborgen uit het verleden dan 'een wegwijzer' voor de toekomst.

In de staatsrechtswetenschap was echter geen sprake van een algehele acceptatie van de terugkeer naar het grondwettelijk bestel van voor de oor-

151 Huart 1925, p. 336.
152 Wet van 5 juni 1913, *Stb.* 1913, 203.
153 *Handelingen II* 1921/22, p. 987-991 (9 december 1921).
154 Van Leeuwen 2013, p. 37-38. Vgl. ook par. III.2.6.
155 Van Leeuwen 2013, p. 43.
156 Rijpperda Wierdsma 1948, p. 25-26, ook voor het volgende citaat (op p. 24). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 43.

log en de karakterisering van de Grondwet als 'rustpunt en symbool' die daarbij hoorde. In de kritiek speelde daarbij opnieuw de verhouding tussen de Grondwet en de bevolking een belangrijke rol. Kranenburg bijvoorbeeld bleef in navolging van zijn leermeester Krabbe kritisch over de plaats die de Grondwet innam in het staatsrecht, mede in het licht van wat er tijdens de oorlog was gebeurd.[157] Hij had zijn twijfels bij de bestendigende werking die van het oude grondwettelijke stelsel zou uitgaan. Hij richtte daarbij vooral zijn pijlen op het vereiste van een tweederdemeerderheid in tweede lezing voor de realisering van een herziening van de Grondwet. Hij betoogde:

> 'De stabiliteit van het staatsrecht en de regelmatigheid van zijn ontwikkeling hangen niet af van de bepalingen, die in de Grondwet zelf omtrent haar wijziging zijn neergeschreven; men stabiliseert niet op zó eenvoudige wijze. En men vergroot daardoor zeer de kans, dat de staatkundige groepen genoopt worden tot een het staatkundige leven demoraliserende ruilhandel, tot een offerfeest van beginselen, en dat een onevenredige, immers door de toevallige constellatie ontstane, machtspositie van enkele groepen of zelfs van één groep, de normale ontwikkeling van het recht tegenhoudt, wat weer de onregelmatige rechtsvorming bevordert.'[158]

Anderen waren juist vooral kritisch over de handhaving van het grondwettelijk bestel in het licht van de *inhoud* van de vooroorlogse Grondwet, omdat die ten dele achterhaald zou zijn. In die lijn betoogde bijvoorbeeld Veraart in 1947 dat de Grondwet onvoldoende recht deed aan de staatkundige werkelijkheid die vanaf het einde van de negentiende eeuw door het ontstaan van het parlementair stelsel aanmerkelijk was veranderd.[159] Tegen die achtergrond constateerde hij dat de Grondwet 'met haar onvolledige, overtollige, innerlijk tegenstrijdige, onware, gestorven en hulpbehoevende bepalingen' ten aanzien van 'het essentiële deel van ons staatsrecht' in zeer sterke mate aan belang had ingeboet. Volgens Veraart ging dat zelfs zo ver dat het ongeschreven staatsrecht op dit terrein qua belang 'geheel' de plaats van de Grondwet had ingenomen.

Ondanks deze kritiek op de handhaving van het grondwettelijk bestel, zouden constitutionele hervormingen ook op de langere termijn slechts moeizaam van de grond komen. De aanleiding voor de eerste naoorlogse grondwetsherziening, die in 1948 werd gerealiseerd,[160] lag vooral in de ver-

---

157 Vgl. daarbij ook het pleidooi dat Kranenburg als Eerste Kamerlid (PvdA) in 1946 hield voor aanpassing van de grondwetsherzieningsprocedure in *Handelingen I* 1945/46, p. 69 (14 mei 1946). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 43.

158 Kranenburg 1947, p. 529 = Kranenburg 1958, p. 554.

159 Veraart 1947, p. 6, ook voor de overige citaten in deze alinea (waarbij cursiveringen zijn verwijderd, GJAG). Vgl. in dit kader ook Van Leeuwen 2013, p. 45 met verwijzing naar Veraart 1945, p. 22.

160 Tevens slaagde in 1946 een beperkte herziening van de grondwetsbepalingen over de dienstplicht. Zie over de herzieningen van 1946 en 1948 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 90-91, met verdere verwijzingen.

klaring van de onafhankelijkheid van het gebiedsdeel Nederlands-Indië in 1945.[161] Hoewel tijdens de debatten over die herziening ook andere onderwerpen, zoals de wenselijkheid van de wijziging van de herzieningsprocedure, aan de orde kwamen, bleef de wijziging van de Grondwet in de kern[162] beperkt tot de vastlegging van de nieuwe verhoudingen tussen Nederland en de overzeese gebiedsdelen.

Op dat moment zou dat echter nog niet het definitieve einde betekenen van het debat over de inrichting van de herzieningsprocedure. Al twee jaar na de voltooiing van de meest recente herziening vond de installatie plaats van de staatscommissie voor algehele grondwetsherziening onder voorzitterschap van viceminister-president Van Schaik (KVP). Bij de samenstelling van deze staatscommissie was de partijpolitieke achtergrond van de leden een belangrijk aandachtspunt, zelfs zodanig dat ook bij de selectie van de leden van het secretariaat de partijkleur van de betreffende kandidaten een belangrijke rol speelde. Volgens Van Leeuwen bleek daaruit dat de bevolking bij de voorbereiding van de grondwetsherziening 'een indirecte doch prominente rol speelde'.[163]

Het vergroten van de betrokkenheid van de bevolking bij de Grondwet was ook inhoudelijk gezien een belangrijke prioriteit voor de staatscommissie. Zij deed een voorstel tot differentiatie van de grondwetsherzieningsprocedure. In de eerste plaats zou herziening van de Grondwet volgens het voorstel mogelijk moeten kunnen worden na één lezing met een tweederdemeerderheid, dus zonder tweede lezing. Als wel een gewone, maar niet een gekwalificeerde meerderheid van de Kamers voor een herzieningsvoorstel stemde, zou volgens het voorstel een tweede lezing moeten plaatsvinden in een speciaal daartoe, rechtstreeks door de bevolking gekozen grondwetskamer, die het voorstel met een tweederdemeerderheid alsnog kon aannemen.[164] De regering nam dit voorstel ongewijzigd over en diende het in 1951 als wetsvoorstel bij de Tweede Kamer in.[165]

Opvallend was dat het nieuwe voorstel weliswaar op papier de betrokkenheid van het volk bij de Grondwet leek te vergroten, maar juist weer niet aan de rigiditeit van de Grondwet een einde maakte. In dat licht bestonden er twijfels over de wenselijkheid van de invoering van deze nieuwe procedure. Volgens s' Jacob zou de nieuwe procedure de twijfel over het represen-

161 Van Leeuwen 2013, p. 52-53.

162 Afgezien van nog een ander onderwerp dat de Grondwet van 1948 haalde, namelijk het nieuwe ambt de staatssecretaris. Zie over de achtergronden van die wijziging par. IV.3.4.1.

163 Van Leeuwen 2013, p. 47. Zij is bovendien illustratief voor het op dat moment nog bloeiende tijdperk van de pacificatiepolitiek. Zie par. III.2.7.

164 Al in 1946 had de commissie-Beel een soortgelijk voorstel gedaan, zij het met het vereiste dat de grondwetskamer in tweede lezing een voorstel toen met een drievijfdemeerderheid kon aannemen. Het kabinet nam dit advies echter niet over en stelde de tweede lezing met een tweederdemeerderheid in beide Kamers verplicht voor alle herzieningsvoorstellen. Zie Van Leeuwen 2013, p. 52, 55.

165 *Kamerstukken II* 1951/52, 2341, nr. 28.

tatieve karakter van de zittende Tweede Kamer vergroten; als een stemming in de grondwetskamer wel tot de aanneming van een herzieningsvoorstel leidt dat eerder in de Kamer sneuvelde, dan is immers niet zeker of de Kamer in het vervolg op andere terreinen nog recht kan doen aan de wensen van de bevolking.[166] Weliswaar was het in zijn ogen mogelijk aan dat bezwaar tegemoet te komen door de verkiezing voor de grondwetskamer te laten samenvallen met de periodieke Tweede Kamerverkiezingen, maar dan zou de vraag rijzen of de nieuwe procedure überhaupt wel toegevoegde waarde heeft: 'In een kiesstelsel als het onze, waar alleen massa's de doorslag geven', zo betoogde s' Jacob, 'is een dergelijke dubbele stemming (…) onpractisch en overbodig'. Niettemin leek het behoud van een herzieningsprocedure met het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid in tweede lezing hem wel wenselijk. Volgens s' Jacob functioneerde de Grondwet dankzij deze procedure als 'een soort brandkast' waarin politieke afspraken worden opgeborgen 'om te voorkomen, dat daaraan telkens kan worden getornd'.[167] 'Wil zo'n brandkast aan haar doel beantwoorden', zo vervolgde hij, 'dan moet de deur niet gemakkelijk open kunnen worden gemaakt'.

In deze beschouwing ligt de kern besloten van de moeilijkheid van het vergroten van de rol van de bevolking bij de Grondwet in combinatie met het behoud van het karakter van de Grondwet als 'rustpunt en 'symbool'. Enerzijds vormt de inrichting van de grondwetsherzieningsprocedure een belemmering voor het bij de tijd houden van de Grondwet, anderzijds zou de versoepeling van de eisen voor haar herziening potentieel het juist voor politieke minderheden zo belangrijke karakter van de Grondwet als beschermend rustpunt in gevaar kunnen brengen. Toen de grondwetgever zich voor dat dilemma gesteld zag, gaf hij er de voorkeur aan de herzieningsprocedure in de oorspronkelijke vorm te behouden.[168] De grondwetsherzieningsprocedure is daarna in de kern[169] bij latere herzieningsprocedures, overigens zonder al te veel discussie, ongewijzigd gebleven. Aldus behield de Grondwet haar karakter als 'brandkast'.

Op een andere manier bood de grondwetgever echter wel ruimte voor constitutionele vernieuwingen, namelijk door in 1953 de rechtstreekse door-

166 s' Jacob 1951a, p. 717-718, ook voor het volgende citaat.

167 s' Jacob 1951a, p. 714-715, ook voor het volgende citaat. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 57. Het beeld van de Grondwet als 'brandkast' of 'kluis' duikt ook in latere literatuur nog geregeld op. Zie o.a. Akkermans 1985, p. 17; Dölle 1988, p. 231; Van der Woude 2015, p. 81. Vgl. eerder in die zin het eerder in deze subsubparagraaf aangehaalde citaat van Struycken.

168 De verantwoordelijke minister Beel (KVP) besloot vlak voor de eindstemming in eerste lezing in de Tweede Kamer het voorstel in te trekken. Zie *Handelingen II* 1951/52, p. 1660 (20 februari 1952). Zie nader Van Leeuwen 2013, p. 55-56.

169 In 1983 verklaarde de grondwetgever uitdrukkelijk aan de procedure van 1848 te willen vasthouden. Zie *Kamerstukken II* 1976/77, 14213, nr. 3, p. 5-6; Wet van 1 februari 1983, *Stb.* 1983, 68 (art. 137, respectievelijk tweede en vijfde lid Grondwet). Wel heeft hij in 1995 de ontbinding van de Eerste Kamer uit de Grondwet geschrapt. Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23575, nr. 2-3, p. 1; Wet van 10 juli 1995, *Stb.* 1995, 403.

werking van internationaal recht in de nationale rechtsorde gedeeltelijk mogelijk te maken. Hoewel de grondwetgever destijds van mening was dat de nieuwe bepalingen over de verhouding tussen nationaal en internationaal recht slechts bevestigden wat al lange tijd usance was,[170] zou deze wijziging achteraf bezien van grote invloed zijn op de constitutie; dankzij deze wijziging heeft de rechter de bevoegdheid wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten die in strijd zijn met – kort gezegd – een ieder verbindende verdragsbepalingen. Als gevolg daarvan zouden een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen zoals het EVRM een minstens zo belangrijke rol voor de mensenrechtenbescherming in Nederland gaan vervullen als de grondrechten uit de Grondwet. Mede daardoor zou de belangstelling voor de Grondwet in latere tijden verder verslappen.

De publicatie van het eindrapport van de staatscommissie-Van Schaik in 1954 vormde voor de grondwetgever aanleiding een aantal nieuwe voorstellen te doen voor wijziging van de Grondwet, die volgens de regering 'door de omstandigheden' noodzakelijk waren geworden.[171] Deze voorstellen beperkten zich echter tot betrekkelijk technische kwesties, zoals de uitbreiding van het aantal leden van beide Kamers, de wijziging van de regeling voor de bezoldiging van Kamerleden en terminologische aanpassingen in de nieuwe bepalingen over buitenlandse betrekkingen en defensie.

In het debat over de wijzigingen in deze kwesties, die in 1956 zouden worden gerealiseerd, zag de voorzitter van de VVD-fractie in de Tweede Kamer Oud ook aanleiding meer principieel uit te weiden over het karakter van dit debat over algehele grondwetsherziening. Hij constateerde:

> '[E]en vergevorderd uur in een middagvergadering, waarin eerst allerlei andere zaken zijn behandeld, een uitermate slecht bezette Kamer, nagenoeg lege tribunes, dat zijn de omstandigheden, waarin het Nederlandse Parlement begint aan een Grondwetsherziening.'[172]

Volgens hem illustreerden die omstandigheden dat de politieke urgentie voor een algehele herziening van de Grondwet op dat moment ontbrak. Hoewel hij van collega-Kamerleden veel kritiek kreeg op deze stellingname, heeft Oud het achteraf gezien bij het juiste eind gehad.[173] In het licht van zowel het gebrek aan belangstelling voor de grondwetsherziening bij het publiek als de aandacht die urgente kwesties, zoals de woningnood, vroegen van regering en parlement, verdween het voornemen tot het realiseren van een algehele grondwetsherziening van de politieke agenda bij de formatie in 1956.

---

170 Zie de beschrijving van de totstandkoming van deze bepalingen in Van Leeuwen 2013, p. 56-61; Uzman 2013, p. 137-140; Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 91-92.

171 *Handelingen II* 1954/55, p. 86, 120 (respectievelijk 7 en 8 oktober 1954). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 71.

172 *Handelingen II* 1955/56, p. 394 (29 november 1955).

173 In die zin ook Van Leeuwen 2013, p. 72.

Hoewel zich in de jaren daarna nog wel degelijk ontwikkelingen voordeden die voor de Nederlandse constitutie van groot belang waren, zoals de toetreding van Nederland in 1957 tot de EGKS (een voorloper van de EU), ontbrak de politieke urgentie om die in de Grondwet te verdisconteren. Niettemin bleef de politieke wens om de bevolking bij de Grondwet te betrekken ook in de decennia erna bestaan. Die wens vormde een belangrijke oorzaak van het ontstaan van een nieuwe grondwetsbenadering waarin duidelijkheid en beweeglijkheid belangrijke aandachtspunten waren.

III.3.3.1.3 De Grondwet als verzameling hoofdregels met een grotere mate van flexibiliteit

Aan het einde van de jaren vijftig en aan het begin van de jaren zestig bestond er vanuit politieke hoek weinig belangstelling voor de Grondwet. Daarom zou het perspectief van de staatsrechtswetenschap zich in die periode gaan verbreden; de aandacht van die wetenschap zou zich niet meer alleen beperken tot de bestudering van het positieve staatsrecht, maar zich ook richten op de plaats die dat deel van het recht in het gehele politieke leven inneemt. Een duidelijke exponent van dat verbrede perspectief was het in 1958 verschenen proefschrift *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht* van Van der Hoeven waarin de auteur betoogde dat de functie van de Grondwet in het staatsleven zich in de praktijk beperkte tot 'het formuleren van een uitgangspunt, van een beginsituatie' in plaats van het geven van sturing aan de politieke werkelijkheid.[174]

De herziening van de Grondwet die vijf jaar later plaatsvond, had in lijn met het betoog van Van der Hoeven niet tot doel concrete veranderingen in het politieke leven aan te brengen. De vier wijzigingen uit 1963 omvatten het schrappen van de bepalingen over Nederlands-Nieuw-Guinea waarover Nederland de soevereiniteit had overgedragen aan Indonesië, een wijziging en vereenvoudiging van de regeling rondom de troonopvolging, een verlaging van het leeftijdsvereiste voor het actief kiesrecht van 23 naar 21 jaar en een verlaging van het leeftijdsvereiste voor het passief kiesrecht van 30 naar 25 jaar.[175] Na de afronding van de eerste lezing van deze herziening constateerde Van Maarseveen:

> 'De haalbaarheid der voorstellen heeft, zoals uit de behandelingen in de Staten-Generaal is gebleken, voor de regering zeer zwaar geteld bij de overweging van de vraag, welke voorstellen zouden moeten worden gedaan. Een dergelijke overweging heeft [haar] gevolgen. Men zal bereid zijn voorstellen te doen, die een aanpassing beogen van de grondwet aan een ontwikkeling van feiten en denkbeelden, voorzover die ontwikkeling niet te weerspreken is of algemeen

174 Van der Hoeven 1958, p. 104. Zie nader par. III.4.2.

175 Van Leeuwen 2013, p. 76-77; Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 92, met verdere verwijzingen naar de relevante primaire bronnen.

> aanvaard wordt. Men zal echter niet gauw geneigd zijn tot het indienen van voorstellen, die een ontwikkeling zouden moeten stimuleren of uitlokken.'[176]

Volgens hem illustreerde het belang dat de regering, net als bij de herzieningen van 1953 en 1956, hechtte aan de haalbaarheid van de gedane voorstellen dat er 'nauwelijks wensen' bestonden 'omtrent een toekomstige ontwikkeling in verband met de grondwet'.[177] In de ogen van Van Maarseveen bracht de inhoud van de gedane voorstellen voor deze herziening aan het licht dat 'wij hier te lande eigenlijk ternauwernood nog weten wat met het grondwetsfenomeen aan te vangen'. De oorzaak die daaraan volgens hem ten grondslag lag, was dat in Nederland 'geen algemene, heersende grondwetsfilosofie meer kan worden aangewezen, zodat een grondwetsidee alleen nog maar te ontwerpen is aan de hand van de concrete juridische omstandigheden van een land'.

Vele Tweede en Eerste Kamerleden deelden dit sentiment. In het eerstelezingsdebat in de Tweede Kamer oordeelde CHU-Kamerlid Beernink dat de Grondwet door de vele daarin aangebrachte wijzigingen 'een lappendeken' was geworden 'die niet uitblinkt door overzichtelijkheid en duidelijkheid'.[178] Volgens hem was het wenselijk de Grondwet drastisch in te korten met het oog op de verkleining van de noodzaak tot het regelmatig doorvoeren van relatief onbelangrijke wijzigingen die in de tien jaar ervoor noodzakelijk waren geweest; een flinke inkorting van de Grondwet zou ertoe kunnen leiden dat de Grondwet minder snel een belemmering vormt voor de realisering van gewenste constitutionele hervormingen. In deze benadering is een verschuiving van het perspectief op de Grondwet zichtbaar: niet langer waren de pijlen gericht op de inrichting van de herzieningsprocedure, maar vooral op de hoeveelheid bepalingen waarvan verschillende niet per se hun plaats in de Grondwet hoefden te behouden.

Hoewel de verantwoordelijke minister van Binnenlandse Zaken Toxopeus (VVD) tijdens het eerstelezingsdebat in 1963 onwillig stond tegenover de ontplooiing van nieuwe initiatieven ten aanzien van de Grondwet, zou hij na zijn terugkeer als minister na de kabinetsformatie van hetzelfde jaar de ambtelijke Afdeling Grondwetszaken oprichten.[179] Deze Afdeling, die zou worden bijgestaan door de vijf (oud-)staatsrechthoogleraren Donner, Van der Hoeven, Jeukens, Oud en Rijpperda Wierdsma, had tot doel om de

176 Van Maarseveen 1963, p. 357.
177 Van Maarseveen 1963, p. 366, ook voor de volgende twee citaten. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 77.
178 *Handelingen II* 1962/63, p. 523 (23 januari 1963).
179 Van Leeuwen 2013, p. 80-81.

impasse over het te voeren beleid ten aanzien van de Grondwet buiten de politiek om[180] te doorbreken.

De werkzaamheden van de Afdeling richtten zich vooral op het wegnemen van twee obstakels die aan een soepele omgang van de politiek met de Grondwet in de weg stonden: het ontbreken van een grondwetsfilosofie en de volgens Toxopeus geringe belangstelling van de bevolking voor de Grondwet.

Op het eerste punt wist de Afdeling haar taak te volbrengen door een grondwetsfilosofie te formuleren die nauw aansloot bij de brede politieke wens tot inkorting van de Grondwet. In navolging van K.C. Wheare stelde zij dat de Grondwet idealiter zou bestaan uit '[t]he very minimum, and that minimum to be rules of law'.[181] In het voorjaar van 1964 gaf Toxopeus de Afdeling de taak om een ontwerp voor een nieuwe Grondwet voor te bereiden volgens deze nieuwe filosofie.

Op het tweede terrein ontplooide de commissie verschillende initiatieven die tot doel hadden de betrokkenheid van de bevolking bij de Grondwet te vergroten, bijvoorbeeld door het door de Afdeling voorbereide ontwerp voor een nieuwe Grondwet in het publieke debat onder de aandacht te brengen. De regering kondigde in de troonrede van 1964 het door de Afdeling voor te bereiden ontwerp aan onder de benaming *Proeve van een nieuwe Grondwet* die een aanzet moest vormen tot 'de gedachtenwisseling in brede kring over de herziening van de Grondwet'.[182]

Het was echter niet de bedoeling van de Afdeling om met het voor te bereiden ontwerp een maatschappijbrede discussie over de Grondwet te ontketenen. Zij beschouwde de voorbereiding van het ontwerp voornamelijk als een technisch-juridische kwestie, waarbij de consultatie van een beperkt aantal vertegenwoordigers van het 'georganiseerd maatschappelijk leven' voldoende zou zijn.[183] In de Tweede Kamer kon deze benadering op de te voeren grondwetspolitiek op kritiek rekenen, omdat zij onvoldoende

180 De depolitisering van de voorbereiding van de grondwetsherziening is een mooie illustratie van het tijdperk van de pacificatiepolitiek dat op dat moment nog gaande was. Vgl. in dit kader par. III.2.7. De commissie bestond bovendien uit vertegenwoordigers van de vier dominante politieke stromingen van dat moment: Donner was antirevolutionair, Jeukens katholiek, Van der Hoeven sociaal-democraat, Rijpperda Wierdsma (partijloos) liberaal en de liberaal Oud trad op als de 'primus inter pares'. Zie Van Leeuwen 2013, p. 83 respectievelijk p. 43.

181 Wheare 1966, p. 34. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 81.

182 *Handelingen Verenigde Vergadering* 1964/65, p. 2 (15 september 1964). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 82.

183 Van Leeuwen 2013, p. 82-83.

democratisch zou zijn.[184] Toxopeus probeerde deze zorgen weg te nemen door erop te wijzen dat de *Proeve* vooral zou moeten dienen als 'discussiestuk voor degenen, die zich in Nederland hiermede willen bezighouden, juist om te animeren, dat men gaat discussiëren'.[185] Van een poging om de bevolking in het algemeen en de Kamer in het bijzonder buiten het verloop van de procedure te houden was volgens hem dan ook geen sprake. In die lijn paste ook de ambitie van de bij de *Proeve* betrokken ambtenaren en hoogleraren om politiek netelige kwesties, zoals de eerder door de commissie-Van Schaik opgeworpen vraag of de Grondwet een preambule zou moeten bevatten, zoveel mogelijk uit de weg te gaan.

In 1966 werd de *Proeve* gepubliceerd als ambtelijk werkstuk; Toxopeus, die het voorwoord schreef, stelde dat de regering zich van commentaar op de inhoud ervan onthield.[186] Wel hoopte de regering dat met de publicatie van dit ontwerp 'het Nederlandse volk in zijn vele geledingen, alsook de individuele Nederlanders, zouden worden opgewekt meningen naar voren te brengen ter zake van de grondslagen van ons staatsbestel, die in de grondwet zijn neergelegd, voordat door regering en staten-generaal een beslissing wordt genomen over een grondwetsvernieuwing'.[187]

Deze opzet verhinderde echter niet dat er flinke kritiek klonk op het ontwerp, zowel vanuit de staatsrechtswetenschap als vanuit politieke hoek. Vooral de voorgestelde inkorting van de Grondwet, die volgens de opstellers de 'meest vèrstrekkende vernieuwing' van de *Proeve* vormde, moest het daarbij ontgelden; daarnaast klonk ook de meer specifieke kritiek dat bepaalde onderwerpen ten onrechte geen plaats in het ontwerp hadden gekregen.[188] De kritiek op de algemene doelstelling van de *Proeve* was tweeledig.[189] In de eerste plaats bestond de vrees dat de Grondwet in de nieuwe benadering haar symbolische waarde zou verliezen als oude formuleringen, met name ten aanzien van de bevoegdheden van de koning, uit de Grondwet zouden verdwijnen. In de tweede plaats klonk de meer inhoudelijke kritiek die erop neerkwam dat de herformulering van bepaalde grondwetsbepalingen, anders dan de opstellers in de *Proeve* hadden gesuggereerd, niet altijd een goede weergave vormde van de feitelijke werkelijkheid.

---

184 Vgl. o.a. CPN-Kamerlid Bakker in *Handelingen II* 1964/65, p. 442 (17 november 1964): 'Wij zien in deze gang van zaken en in de manier, waarop het wordt gebracht, een bijzonder groot gevaar, want wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken, dat andermaal een beroep wordt gedaan op die fameuze "volkswil", waarmede wij de laatste maanden herhaaldelijk te maken hebben gehad. Immers, het effect zal zijn een bepaalde beïnvloeding van het Nederlandse volk in een bepaalde geest; misschien zelfs het kweken van een bepaalde stemming, zonder dat iemand er direct voor verantwoordelijk kan worden gesteld en zonder dat het onderwerp in de Kamer afgerond en duidelijk ter sprake zal komen.' Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 83.

185 *Handelingen II* 1964/65, p. 450 (17 november 1964).

186 *Proeve* 1966, p. vi.

187 *Proeve* 1966, p. v. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 84.

188 *Proeve* 1966, p. 35. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 85.

189 Zie nader Van Leeuwen 2013, p. 87-89 met verdere verwijzingen.

De publicatie van de *Proeve* en de aansluitende discussie daarover vonden plaats in een tijdperk waarin met name de progressieve partijen, waaronder het in 1966 opgerichte D'66, regelmatig pleidooien hielden voor staatkundige vernieuwing. In die pleidooien was een belangrijke rol weggelegd voor de Grondwet waarin een nieuwe, alomvattende staatsvisie zou moeten worden uitgewerkt.[190] Bij het centrumrechtse kabinet-De Jong dat na de kabinetsformatie van 1967 aantrad, was weinig enthousiasme te bespeuren om aan de wens van D'66 en andere progressieve partijen gehoor te geven. Toch voelde het kabinet zich geroepen de inrichting van het staatsbestel op de politieke agenda te zetten, omdat het op dit terrein ook onder de bevolking 'een verlangen naar vernieuwing' bespeurde.[191] Het kabinet besloot nog in 1967 over te gaan tot de instelling van een staatscommissie onder leiding van oud-premier Cals en (de op dat moment) oud-hoogleraar staatsrecht Donner. De taak van deze staatscommissie strekte zich uit tot een onderzoek naar de 'omvang en aard van een eventuele grondwetsherziening', 'de verhouding tussen kiezer en gekozene', 'het kiesstelsel' en 'de verhouding tussen regering en parlement'.

De keuze voor de instelling van een traditionele staatscommissie kon op kritiek van de PvdA en D'66 rekenen, vooral omdat de regering daarbij geen duidelijke visie naar voren bracht over de richting die het onderzoek naar eventuele staatkundige vernieuwing op zou moeten gaan. Volgens de fractievoorzitter van D'66 in de Tweede Kamer Van Mierlo in het debat over de regeringsverklaring was het daarom 'moeilijk aan te nemen, dat het deze Regering werkelijk ernst is zo spoedig mogelijk te komen tot een ingrijpende wijziging van de staatsrechtelijke structuur', die hij vooral ten aanzien van het kiesstelsel en de wijze van regeringsvorming noodzakelijk achtte.[192]

Bij de vormgeving van deze commissie had De Jong echter al enigszins op deze kritiek geanticipeerd door de staatscommissie-Cals/Donner als een 'staatscommissie nieuwe stijl' te presenteren. Kenmerkend voor die nieuwe stijl was dat de Kamer op verzoek van het kabinet een aparte Kamercommissie instelde die, zonder betrokkenheid bij de opstelling van het rapport van de staatscommissie, de politieke afwegingen over de voorstellen van de staatscommissie voor haar rekening zou nemen.[193] Volgens De Jong zou de staatscommissie de gelegenheid krijgen voorstellen te doen voor vernieuwing van de Kieswet en de Grondwet. Hij suggereerde zo dat de werkzaamheden van de staatscommissie tevens aansloten bij de in progressieve kringen levende wens een onderzoek te doen naar de mogelijkheden voor de realisering van staatkundige vernieuwing in Nederland. Cals betoogde

190 Zie nader Van Leeuwen 2013, p. 105-110.

191 Van Leeuwen 2013, p. 110-111 met verwijzing naar de regeringsverklaring van 18 april 1967, ook voor de volgende citaten.

192 *Handelingen II* 1967, p. 51 (19 april 1967).

193 Voluit heette deze Kamercommissie 'de Bijzondere commissie voor de nota betreffende het beleid inzake Grondwet en Kieswet'. Zie *Kamerstukken II* 1967/68, 9181, nr. 2, p. 1. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 112.

daarentegen dat de werkzaamheden vooral zouden voortbouwen op de door de opstellers van de *Proeve* geformuleerde gedachte om de betrokkenheid van de bevolking bij de Grondwet te vergroten. Volgens De Jong lag de taak van de commissie vooral in het wegnemen van obstakels en het uitbannen van perfectionisme, niet in het doen van vergaande voorstellen voor staatkundige vernieuwingen zoals voorgestaan door D'66 en andere progressieve partijen. Hij probeerde op die manier de verwachtingen te temperen van diegenen die hoopten dat de staatscommissie vergaande voorstellen voor staatkundige vernieuwing zouden doen.

Bij de voorbereiding van haar voorstellen voor een nieuwe Grondwet en Kieswet zou de staatscommissie in lijn met de voorspelling van Cals inderdaad geen concrete voorstellen voor staatkundige vernieuwing doen. Medevoorzitter Donner verdedigde deze benadering als volgt:

> 'De opvatting, dat in de Grondwet de fundamenten van de staat zouden kunnen worden vastgelegd, is een opvatting uit een reeds ver achter ons liggend verleden. De sociologie en de politicologie hebben ons geleerd, dat ten aanzien van de staatsstructuur er veel meer te koop is dan alleen de Grondwet. Daarom moet bij het overwegen van voorstellen tot herziening van de Grondwet niet getracht worden een onderzoek in te stellen naar de fundamenten van de staatsstructuur.'[194]

In lijn met deze benadering zou de staatscommissie ook in haar eindrapport uit 1971 geen gehoor geven aan de bij de progressieven levende wens om ingrijpende constitutionele vernieuwingen voor te stellen. In plaats daarvan deed de staatscommissie verschillende voorstellen, geheel in overeenstemming met de benadering van de *Proeve*, voor het verwijderen van bepalingen uit de Grondwet met het oog op het scheppen van ruimte voor democratische besluitvorming. Dankzij deze benadering zou de noodzaak tot het regelmatig doorvoeren van relatief beperkte herzieningen van de Grondwet, zoals die van 1953, 1956, 1963 en (hierna nog te bespreken) 1972, afnemen. Zij liet daarmee expliciet ruimte voor de ontwikkeling van de constitutie buiten de Grondwet om. In deze situatie is de Grondwet primair een verzameling hoofdregels die voldoende ruimte laten voor de ontwikkeling van het politieke leven.

Over deze benadering op de Grondwet vond aan het begin van de jaren zeventig een interessante discussie plaats tussen Van Maarseveen en Burkens, die beiden werkzaam waren geweest bij de Afdeling Grondwetszaken. Volgens Van Maarseveen 'versluierde' de instelling en de manier van werken van de staatscommissie-Cals/Donner slechts 'het werkelijke verlangen van de opvolgende kabinetten om niet aan een grondwetsvernieuwing toe te hoeven komen'.[195] In zijn artikel betoogde hij dat een grondwet er als 'inno-

194 Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 125.

195 Van Maarseveen 1973a, p. 47, ook voor het volgende citaat. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 133.

vatie-instrument' heel wel toe in staat is 'veranderingen en vernieuwingen in de politiek te bewerkstelligen'. Volgens hem vormde daarbij met name de inrichting van de grondwetsherzieningsprocedure een obstakel:

> 'Een minderheid van een derde kan alle wijziging tegenhouden. Wat de voorouders maakten, blijft gelden totdat zelfs de meest behoudenden bekeerd zijn. Door deze techniek van grondwetswijziging is het verleden normatief gemaakt voor het heden. Men heeft het wel eens uitgedrukt met de woorden: de grondwet verleent de doden stemrecht. Het betekent voor de politieke strijd, dat men slechts een minderheid behoeft te mobiliseren als men vernieuwing wil tegenhouden.'[196]

Burkens stelde in een reactie dat Van Maarseveen met deze benadering uitging van 'goedgelovigheid omtrent de betekenis van de Grondwet als innovatie-instrument', omdat de 'constitutionele situatie weinig mogelijkheden biedt tot realisering van politieke vernieuwingen via grondwettelijk recht'.[197] Hij lichtte die stelling toe aan de hand van het verloop van de constitutionele geschiedenis vanaf 1848:

> 'Men kan bezwaarlijk onze grondwetshistorie sinds 1848 interpreteren als opeenvolging van bedriegerijen en versluieringen (…). Veeleer zou men kunnen stellen, dat de Grondwet van 1848 in aanzet de eigen mogelijkheden uitputte. Ongetwijfeld waren op tal van punten bijstellingen mogelijk; deze werden dan ook ruimschoots gerealiseerd. Daartoe behoorden ook aangelegenheden van fundamentele betekenis, zoals de toekenning van algemeen kiesrecht. Toch begrensde het grondwetsmodel van 1848 de mogelijkheden tot aanpassing aan zich wijzigende omstandigheden op vrij stringente wijze. Geheel nieuwe concepties van de functie van de overheid in de samenleving waren niet in het model inpasbaar. Niettemin zetten deze concepties zich daadwerkelijk door. Het resultaat was wat met Spengler [een Duitse geschiedfilosoof en cultuurhistoricus, GJAG] een "pseudomorphose" zou kunnen heten: de ingroei van een nieuw staatsbestel in een oud omhulsel. Dat kon alleen plaatshebben onder afname van het normatief gehalte van de Grondwet. Als document, waarin de grondslagen van het staatsbestel zijn vastgelegd, verloor de Grondwet in toenemende mate aan betekenis. Constitutioneel recht en grondwettelijk recht gingen zich steeds verder van elkaar verwijderen. De behoefte om grondwettelijk recht nog au serieux te nemen deed zich met name dan gevoelen, indien de letter van de grondwetstekst daartoe dwong. Was dat het geval, dan bleek de Grondwet veelal een belemmering te zijn van verdere ontwikkeling van het constitutioneel recht en moest zij derhalve keer op keer partieel worden herzien.'

Hoewel Burkens' beschrijving van de constitutionele situatie in Nederland zonder meer adequaat is, heeft ook Van Maarseveen een punt. De Nederlandse constitutie biedt immers in theorie wel degelijk de ruimte voor het

196 Van Maarseveen 1973a, p. 48.
197 Burkens 1976, p. 320, ook voor het volgende citaat (op p. 322).

realiseren van innovatie via de Grondwet, namelijk door de grondwetsherzieningsprocedure te doorlopen. Het probleem is vooral dat het juist door de, overigens welbewust in stand gelaten,[198] hoge drempels van de herzieningsprocedure niet of nauwelijks mogelijk is via die weg ingrijpende constitutionele vernieuwingen te realiseren; een relatief kleine minderheid van een derde van de leden van een van beide Kamers kan een dergelijke vernieuwing al tegenhouden. Niet alleen de constitutionele situatie, ook de beperkte politieke haalbaarheid van ingrijpende vernieuwingen, staat aan de realisatie van vernieuwingen via de Grondwet in de weg. Tezamen bevatten de betogen van Van Maarseveen en Burkens de belangrijkste verklaringen voor de omgang in de Nederlandse politiek met de Grondwet vanaf de jaren zestig: bij afwezigheid van de politieke behoefte aan het ontwerpen van een geheel nieuw staatsbestel, zijn voorstellen voor algehele herziening van de Grondwet op dit punt meestal slechts realistisch voor zover zij niet te veel afwijken van wat reeds in de Grondwet staat.

Na de presentatie van het eindrapport van de staatscommissie-Cals/Donner in 1971 verklaarde minister van Binnenlandse Zaken Beernink (CHU) dat het kabinet geen standpunt meer zou innemen over het rapport van de staatscommissie-Cals/Donner.[199] Een jaar later zou de grondwetgever in navolging van de bevindingen van de staatscommissie nog een viertal bescheiden aanpassingen in de Grondwet doorvoeren: de introductie van een nieuwe regeling voor het Koninklijk Huis, de verlaging van de kiesgerechtigde leeftijd van 21 naar 18 jaar, de aanpassing van de bezoldiging voor de leden van de Staten-Generaal en de financiële verhouding tussen het Rijk en de kerkgenootschappen.[200]

Na het aantreden van het (eerste) kabinet-Biesheuvel volgde de benoeming van de Rotterdamse hoogleraar staatsrecht Simons tot de voor de leiding van de grondwetsherziening verantwoordelijke regeringscommissaris. Volgens de nieuwe minister van Binnenlandse Zaken Geertsema (VVD) hoefde hij zich dankzij de benoeming van Simons 'bij de voorbereiding van de grondwetsherziening minder in technische details te verdiepen' en zou Simons ook zelf de parlementaire verdediging van die details voor zijn rekening kunnen nemen.[201] Volgens de visie van Simons zou de herziening van de Grondwet zich überhaupt tot een hoofdzakelijk technische exercitie moeten beperken. In zijn afscheidsrede als hoogleraar in Rotterdam uit 1972 betoogde hij dat de Grondwet voor wat betreft de verhouding tussen regering en parlement

198 Zie par. III.3.3.1.2.

199 Van Leeuwen 2013, p. 139 met verwijzing naar het relevante persbericht van het ministerie van Binnenlandse Zaken.

200 Van Leeuwen 2013, p. 132-133; Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 92 met verdere verwijzingen naar de relevante primaire bronnen.

201 *Handelingen II* 1970/71, p. 492 (20 oktober 1971).

> 'slechts het kader [kon] scheppen, waarbinnen de hoogste staatsorganen elkaar ontmoeten. Daarbinnen zullen zij het spel van de parlementaire democratie met elkaar moeten spelen'.[202]

Met dat kader leek wat Simons betreft weinig mis te zijn in het licht van zijn eerder aangehaalde opvatting dat de herziening een kwestie van 'dokteren aan betrekkelijke kleinigheden' zou zijn. Na de val van het kabinet-Biesheuvel, kon Simons zijn werkzaamheden onder het in 1973 aangetreden kabinet-Den Uyl voortzetten.[203] In juni 1974 presenteerde minister van Binnenlandse Zaken W.F. de Gaay Fortman (ARP) de Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid waarin de wens tot staatkundige vernieuwing van de drie in het kabinet vertegenwoordigde progressieve partijen (PvdA, PPR en D'66) een prominente plaats kreeg.[204] De Nota bevatte onder meer voorstellen voor de invoering van een gekozen kabinetsformateur, de invoering van een beperkt districtenstelsel en de rechtstreekse verkiezing van de Eerste Kamer; voor geen van deze voorstellen bestond voldoende steun van een meerderheid in de Tweede Kamer.[205] Daardoor zou de geplande algehele herziening van de Grondwet, naar aanleiding waarvan de Nota was opgesteld, hoofdzakelijk beperkt blijven tot een technische exercitie. Op dat moment was definitief duidelijk dat de Grondwet voorlopig niet zou gaan dienen als instrument voor het bewerkstelligen van staatkundige vernieuwing.

Typerend voor het technische karakter van de operatie was de brief waarin minister-president Den Uyl (PvdA) aan de Kamer het verloop van de grondwetsherzieningsprocedure toelichtte.[206] Volgens de premier restte op het moment van de verschijning van de brief in juni 1976 nog slechts een jaar tot de verkiezingen, waardoor het niet meer mogelijk was de eerste lezing van de procedure in haar geheel voor die tijd af te ronden. Na de langdurige kabinetsformatie van 1977 zou de behandeling van de eerstelezingsvoorstellen doorgaan onder het bewind van minister van Binnenlandse Zaken Wiegel (VVD) in het kabinet-Van Agt I, die kort voor de Tweede Kamerverkiezingen van mei 1981 haar voltooiing vond; bij de eerste lezing sneuvelden 5 van de 39 voorstellen.[207] De tweede lezing vond vervolgens na de verkiezingen plaats; daarbij sneuvelde nog één voorstel.[208] Vanwege de tijd die

---

202 Simons 1973, p. 36.
203 Van Leeuwen 2013, p. 144.
204 *Kamerstukken II* 1973/74, 12944, nr. 1.
205 Zie voor een bespreking van deze voorstellen uit de Nota en hun parlementaire behandeling Kortmann 1987a, p. 3-9.
206 *Kamerstukken II* 1975/76, 13871, nr. 1, p. 5-6. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 148. Zie uitgebreider over het verloop van deze gespreide behandeling Kortmann 1987a, p. 16-24.
207 Van Leeuwen 2013, p. 148-149.
208 Het ging om het voorstel voor aanpassing van de formulering van het interpellatierecht van art. 68 Grondwet dat de Eerste Kamer op 11 mei 1982 in tweede lezing verwierp vanwege bezwaren tegen het gelijktijdig voorgestelde minderheidsenquêterecht. In 1987 zou het voorstel voor aanpassing van art. 68 Grondwet alsnog in tweede lezing aangenomen worden. Zie par. IV.4.4.

gemoeid was met het doorlopen van de procedure voor het inpassen van de niet-gewijzigde delen van de Grondwet, zou de afkondiging van de nieuwe Grondwet plaatsvinden in februari 1983. Op dat moment was de doelstelling van het realiseren van inkorting en vergroting van de flexibiliteit van de Grondwet een feit.

Tot nog toe is van een breuk met het denken over de Grondwet uit 1983 geen sprake. Ondanks de instelling van nieuwe (staats)commissies op het gebied van staatkundige vernieuwing, zoals die onder voorzitterschap van Biesheuvel (1982-1985), Deetman (1989-1990), Thomassen (2009-2010) en Remkes (2017-2018),[209] zijn er sinds 1983 niet of nauwelijks ingrijpende constitutionele hervormingen van de grond gekomen.[210]

III.3.3.1.4 De Grondwet als 'lex imperfecta'

Bij de herziening van 1983 beoogde de grondwetgever niet alleen de tekst van de Grondwet in te korten, maar ook een uiterlijke moderniseringsoperatie door te voeren. Bij die operatie introduceerde de grondwetgever bijvoorbeeld de term 'ministerraad', verving hij het begrip 'overeenkomsten' door het meer courante 'verdragen' en schrapte hij de termen 'opperbestuur' en 'uit 's lands kas bezoldigde ambten'.[211] Hij had daarbij echter uitdrukkelijk niet de bedoeling de inhoud van het geldende staatsrecht fundamenteel te wijzigen.

Illustratief voor de benadering die aan de behandeling van de voorstellen voor algehele grondwetsherziening ten grondslag lag, was de typering van het Eerste Kamerlid C.H.F. Polak (VVD) van de herziening als 'facelift van een oude dame'.[212] Uit die typering blijkt dat achter de veranderingen in de bewoordingen van de grondwetsbepalingen in hoofdzaak dezelfde uit 1848 stammende systematiek en gedachten zouden blijven schuilgaan. Interessant is dat de grondwetgever er op bepaalde punten bewust voor heeft gekozen de Grondwet niet aan de staatkundige werkelijkheid aan te passen. Uit deze keuze komt nog eens duidelijk het karakter van de Grondwet

209 Zie over de reacties van kabinet en Kamer naar aanleiding van de bevindingen van de eerste drie commissies Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 158-159, 162-163. Voor een definitief oordeel over de impact van het eindrapport van de staatscommissie-Remkes (2018) is het nog te vroeg. Het belangrijkste voorstel van deze staatscommissie op het terrein van de verhoudingen binnen en tussen (de ambten van) regering en parlement is de terugkeer naar de verkiezingswijze van de Eerste Kamer van voor 1983. Zie 'Kabinetsstandpunt over het advies van de staatscommissie parlementair stelsel', bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34430, nr. B/3.

210 Wel heeft de grondwetgever na 1987 nog een aantal relatief beperkte wijzigingen doorgevoerd in 1995, 1999, 2000, 2002, 2005, 2006, 2008, 2017 en 2018. Op het terrein van de verhoudingen binnen en tussen (de ambten van) regering en parlement hebben zij echter nauwelijks voeten in de aarde. Zie voor een overzicht met verdere vindplaatsen van de wijzigingen tot 2012 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 93-94.

211 Van Leeuwen 2013, p. 163.

212 *Handelingen I* 1974/75, p. 630 (16 april 1975). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 148.

als '*lex imperfecta*'[213] naar voren die ik op deze plaats bij wijze van epiloog bespreek.

De beperkte mate waarin de herziene Grondwet tot daadwerkelijke vernieuwing van het staatsrecht leidde, bleek bijvoorbeeld uit het verloop van de discussie over de grondwettelijke terminologie inzake de koning. Oorspronkelijk had een subcommissie van de staatscommissie-Cals/Donner voorgesteld om de term 'koning' zoveel mogelijk te vermijden en het begrip 'koninklijk besluit' te vervangen door 'regeringsbesluit'. Het definitieve voorstel van de staatscommissie week hier echter van af. Vermoedelijk heeft daarbij de waarschuwing van het ministerie van Algemene Zaken uit 1972 aan het adres van minister Geertsema dat 'de koningin hierin een belangrijke stem heeft' een rol gespeeld.[214] Het definitieve voorstel voor grondwetsherziening dat minister Wiegel in 1978 aan de Kamer voorlegde, dat in de kern nauwelijks afweek van het definitieve voorstel van de staatscommissie, bevatte hierover de volgende toelichting:

> 'In de staatscommissie is het denkbeeld opgeworpen de term «Koning» op die plaatsen, waar daarmee de centrale overheid wordt aangeduid, te vervangen door «regering» c.q. «regeringsbesluit». Slechts daar, waar de Grondwet met de Koning de persoon van de Koning aanduidt, zou dan de oude term behouden dienen te worden. Een zo ingrijpende breuk met de huidige grondwettelijke terminologie stuitte echter in de staatscommissie ook op ernstige bezwaren. Men is, zo werd gesteld, met die terminologie vertrouwd en het valt goed te verdedigen, dat, hoe ook de rolverdeling tussen Koning en ministers in de praktijk moge zijn, deze twee-eenheid rechtens wordt aangeduid door de Koning, die de continuïteit van een staatsbestel tot uitdrukking brengt. Gevreesd werd, dat een zo omvangrijke wijziging van de terminologie de indruk zou scheppen, dat de staatkundige verhoudingen ingrijpend worden veranderd. De als verheldering bedoelde wijziging zou, zo werd gesteld, wel eens verwarring kunnen stichten, zodat het belang van de verduidelijking er niet mee zou worden gediend.'[215]

Aldus behielden de bepalingen over de bevoegdheden van de regering, bijvoorbeeld door de handhaving van het begrip 'koninklijk besluit', het symbolische karakter dat zij ook al voor 1983 hadden. In de Kamer klonk behalve kritiek op het gebrek aan overeenstemming van dit compromis met de staatkundige werkelijkheid ook een geluid van berusting, bijvoorbeeld van Tweede Kamerlid Kappeyne van de Coppello (VVD):

> 'Als men de Grondwet wil doen aansluiten op de gevormde staatsrechtelijke praktijk, zal men in de Grondwet nimmer een vlekkeloos logisch systeem kunnen construeren, omdat de staatsrechtelijke en politieke praktijk zich naar

213 De typering is ontleend aan Elzinga 2013, p. 28 = Elzinga 2020, p. 138.
214 Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 164.
215 *Kamerstukken II* 1977/78, 15047, nr. 3, p. 9. Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 164-165.

> subjectieve wensen en behoeften ontwikkelt en niet naar projecties van zuiver staatsrechtelijke theorieën.'[216]

Meer in het algemeen illustreert deze uitspraak ook dat de Grondwet zich in de praktijk alleen al om die reden zal moeten beperken tot een relatief beperkte verzameling hoofdregels, die (de ambten van) regering en parlement geen onnodige belemmeringen oplegt hun werkzaamheden uit te oefenen.

Volgens die redeneerwijze is ook te verklaren waarom de regering ervoor heeft gekozen geen voorstel bij de Kamer in te dienen voor opname van de ongeschreven vertrouwensregel in de Grondwet. Zij lichtte deze keuze als volgt toe:

> 'Het lijkt ons moeilijk de verschillende wijzen, waarop de vertrouwensregel werkt, zodanig te formuleren, dat daarbij de souplesse, welke in de verhouding tussen parlement en regering nodig is, haar volle waarde behoudt. Codificatie zou met betrekking tot die verhouding verstarrend kunnen werken. Dit zou geen goede zaak zijn. Wij zijn de mening toegedaan (…) dat het voor de werking van ons parlementaire stelsel beter is, dat de vertrouwensregel niet in de Grondwet zou worden opgenomen. Deze regel is sinds meer dan een eeuw zozeer verankerd in het Nederlandse staatsrechtelijk bewustzijn, dat wij niet zien dat [hij] daaruit zal verdwijnen.'[217]

Deze toelichting is opmerkelijk, omdat zij moeilijk te verenigen is met de doelstelling van de grondwetgever om een kader te bieden waarbinnen (de ambten van) regering en parlement hun taken kunnen uitoefenen.[218] Bij die taakstelling had de codificatie van de vertrouwensregel juist goed gepast, omdat die regel de verhoudingen binnen en tussen regering en parlement voor een belangrijk deel structureert. Het lag inderdaad niet op de weg van de grondwetgever om een politiek geladen begrip als 'vertrouwen' van een vastomlijnde definitie te voorzien, maar dat was ook niet nodig geweest. De grondwetgever had simpelweg in de Grondwet een bepaling kunnen opnemen op basis waarvan een minister(sploeg) dient op te stappen als de Kamer het vertrouwen daarin opzegt. In dat geval was de souplesse in de verhouding tussen regering en parlement behouden gebleven, in die zin dat de precieze invulling van het begrip 'vertrouwen' dan niet is vastgelegd.

Verder merkt de regering op dat de vertrouwensregel al ruim honderd jaar is verankerd in het staatsrechtelijk bewustzijn en daarom niet hoeft te worden gecodificeerd. Deze redenering doet wat vreemd aan. Vrijwel iedere in de praktijk nageleefde intern werkende bepaling uit de Grondwet maakt als het goed is immers deel uit van het staatsrechtelijk bewustzijn.[219] Sterker

---

216 *Handelingen II* 1979/80, p. 4923 (28 mei 1980). Aangehaald in Van Leeuwen 2013, p. 165.
217 *Kamerstukken II* 1980/81, 16035, nr. 11, p. 2.
218 Vgl. in die zin ook o.a. Kortmann 1987a, p. 174-175; Van der Woude 2015, p. 84.
219 Vgl. in die zin ook Elzinga 2013, p. 30 = Elzinga 2020, p. 140; Voermans 2019, p. 367-368.

nog, sinds het begin van de twintigste eeuw gaat de grondwetgever pas over tot de codificatie van een bepaalde voorziening in de Grondwet als zij deel uitmaakt van het staatsrechtelijk bewustzijn.[220] Op zichzelf is de verankering van een regel in het staatsrechtelijk bewustzijn dan ook geen criterium voor de opname van een bepaling in de Grondwet.

Uit deze beide voorbeelden volgt dat de waarde van voorschriften uit de Grondwet niet alleen door feitelijke ontwikkelingen kan veranderen, maar ook dat de grondwetgever zich ervan bewust was dat imperfecties in de Grondwet niet geheel uit te bannen zijn. Bij sommige staatsrechtsgeleerden leidt dit laatste gegeven tot enige ongerustheid. In zijn oratie betoogt Peters bijvoorbeeld dat al bijna het stadium is bereikt waarin de Grondwet en de constitutionele rationaliteit zich te ver van elkaar hebben verwijderd.[221] Als gevolg daarvan dreigt volgens hem de betekenis van de Grondwet 'vooral een symbolische' te worden en 'het waarborgkarakter voor de burger fictie'. Peters ziet daarin een aanleiding tot zorg, omdat volgens hem 'een fictie die niet meer geaccepteerd wordt, verwordt tot illusie'. Hij pleitte tegen die achtergrond voor een sterkere normatieve rol van de Grondwet. Andere auteurs, zoals Kortmann en Sillen, zijn minder somber. Zij zijn juist van mening dat het niet per definitie een slechte zaak is als in de politieke arena weinig aandacht voor de Grondwet bestaat, omdat dat blijk zou geven van de grote mate van overeenstemming over het belang van de daarin opgenomen waarden.[222] Hoe het ook zij, het is in ieder geval van belang dat de beperkte aandacht voor de Grondwet niet doorschiet naar onverschilligheid over wat daarin is geregeld.[223]

III.3.3.1.5 Balans

In de geschiedenis van het Nederlandse staatsbestel is een grote mate van continuïteit te ontwaren. Nog altijd is in Nederland een versie van de in 1814/1815 vastgestelde Grondwet van kracht; zo bezien vormt de Grondwet zelf een symbool voor de continuïteit van het staatsbestel. De rol van de Grondwet in het staatsbestel is vanaf het moment dat zij van kracht werd echter wel aanmerkelijk veranderd. De dominante benadering van de Grondwet in de negentiende eeuw, toen zij nog het centrale ankerpunt voor het verloop van politieke debatten was, maakte vanaf het begin van de twintigste eeuw plaats voor perspectieven waarin de Grondwet weliswaar belangrijke centrale regels, maar niet een uitputtende behandeling van de Nederlandse staatsinrichting hoefde te bevatten. Vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw kwam daarbij bovendien de gedachte tot ontwikkeling dat de Grondwet vooral niet te veel belemmeringen moest opwerpen voor verdere (wenselijke) staatkundige ontwikkelingen.

220 Vgl. o.a. Verhey 2018, p. 95-96.
221 Peters 2003, p. 9, ook voor de volgende twee citaten.
222 Kortmann 2003, p. 315; Sillen 2015, p. 79.
223 Vgl. o.a. Adams 2013, p. 1118; Hirsch Ballin 2013a, p. 22.

De verandering in de manier van denken over de rol die de Grondwet in het staatsbestel inneemt en zou moeten innemen krijgt meer reliëf in het licht van de ontwikkeling van het zuiver op de rechtsstaat gerichte denken naar de toenemende implementatie van democratische elementen in het staatsbestel. In de bloeiperiode van de Grondwet, de negentiende eeuw, overheerste het rechtsstaatdenken. Naarmate het denken in termen van democratie vanaf het einde van de negentiende eeuw verder op gang kwam, zouden politici zich in hun manier van politiek bedrijven in toenemende mate gaan richten op de wil van de kiezer in plaats op de volgens hen geëigende interpretatie van de Grondwet. Het belang van de behartiging van de 'volkswil' kwam ook tot uiting in de kritiek op de inrichting van de herzieningsprocedure die vanaf het einde van de negentiende eeuw te beluisteren viel: de Grondwet is te rigide, waardoor het in de praktijk niet mogelijk is om haar inhoud aan te passen aan de wensen van de bevolking. Interessant is dat de kritiek op de rigiditeit van de Grondwet van karakter is veranderd. Waar Krabbe en Kranenburg als voornaamste bezwaar tegen de herzieningsprocedure aanvoerden dat die de normale ontwikkeling van het recht belemmert, was die procedure in de ogen van Van Maarseveen vooral een instrument voor het tegenhouden van vernieuwing. Uit die veranderde benadering blijkt dat het aan het begin van de jaren zeventig, toen Van Maarseveen zijn kritiek op papier zette, al vanzelfsprekend was dát de Grondwet niet langer het instrument voor constitutionele vernieuwing was. Voorafgaand aan het opstarten van de algehele grondwetsherziening vanaf de tweede helft van de jaren zeventig, waren immers al bescheiden wijzigingen doorgevoerd met het oog op het wegnemen van een aantal concrete op dat moment bestaande belemmeringen voor constitutionele vernieuwing.

De algehele grondwetsherziening had tot doel om de noodzaak tot het doorvoeren van dergelijke beperkte, partiële herzieningen in de toekomst te beperken; de grondwetgever voorzag kennelijk dat bepaalde constitutionele ontwikkelingen in meer algemene zin deels wel buiten het kader van de Grondwet konden plaatsvinden. In dat licht is te verklaren waarom de herziening van de herzieningsprocedure na de jaren vijftig van de vorige eeuw niet langer meer een prioriteit voor de grondwetgever vormde.

De grondwetgever had evenmin de ambitie om de bewoordingen van de Grondwet geheel in overeenstemming te brengen met de staatkundige werkelijkheid. Hij koos ervoor de termen 'koning' en 'koninklijk besluit' niet over de gehele linie te vervangen door de termen 'regering' en 'regeringsbesluit', noch om de vertrouwensregel in de Grondwet op te nemen. Als de grondwetgever op beide punten de Grondwet wel had gemoderniseerd, dan had hij daarmee niet of nauwelijks een wijziging in de staatkundige werkelijkheid aangebracht. Het lijkt er dan ook op dat de grondwetgever zich op dat moment tevredenstelde met een onvolledige, imperfecte wet.

Uit de ontwikkeling van het grondwetsdenken blijkt dat het oorspronkelijke ontwerp van de Grondwet, zoals die in 1814/1815 en 1848 tot stand kwam, nog voor een belangrijk deel intact is, maar door herzieningen, feitelijke ontwikkelingen en nieuwe visies over de functie van een grondwet toch

een duidelijke transformatie heeft doorgemaakt: van een politiek strijddocument verwerd zij tot een rustpunt en symbool, dat een aantal onderwerpen aan de reguliere besluitvormingsprocedures onttrekt, tot een verzameling hoofdregels met een zekere mate van flexibiliteit. In dat ontwikkelingsproces zijn echter óók nog de oude visies op de Grondwet te ontwaren: de huidige Grondwet is dus niet alleen een verzameling hoofdregels, maar ook het resultaat van de politieke strijd uit de negentiende eeuw en het rustpunt uit de eerste helft van de twintigste eeuw. De Nederlandse Grondwet vormt dus niet zozeer de weerslag van één *grand design*, maar van meerdere visies die geleidelijk aan in het ontwerp van de Grondwet een plaats hebben gekregen.

III.3.3.2 De interpretatie van de Grondwet

Op zichzelf gelden voor de interpretatie van de Grondwet dezelfde uitgangspunten als voor de uitlegging van normen uit andere wettelijke regelingen: zij is medeafhankelijk van de tekst, totstandkomingsgeschiedenis en de rechtsontwikkeling van de betrokken bepaling, zij dient consistent te zijn voor wat betreft de methode en de uitkomst en zij dient een dragende motivering te bevatten.[224] In een enkel geval volstaat deze algemene benadering van wetsinterpretatie bij het vinden van een bevredigende uitlegging van een grondwetsbepaling. Als het gaat om de interpretatie van formele normen, die het ontstaan van een rechtsgevolg koppelen aan een bepaald uiterlijk kenmerk, is het voor hun uitlegging in beginsel voldoende om een blik op hun tekst te werpen, al dan niet in samenhang met de totstandkomingsgeschiedenis van de betreffende norm.[225] Voorbeelden van dergelijke normen zijn te vinden in bepalingen die meerderheden, procedures of incompatibiliteiten voorschrijven. Het is relatief moeilijk voorstelbaar dat hun toepassing, ongeacht wie daarvoor verantwoordelijk is, in de praktijk onder invloed van een gewijzigde interpretatie zal veranderen. Het vinden van de juiste interpretatie van dergelijke formele normen in de Grondwet zal daarom doorgaans weinig problemen opleveren. Voor de interpretatie van veel in de Grondwet opgenomen materiële normen biedt deze benadering daarentegen nog onvoldoende houvast. Wat het vinden van een geëigende interpretatie van een grondwetsbepaling er bovendien niet eenvoudiger op maakt, is dat het nauwelijks mogelijk is om een algemene gedachte te vinden die aan de Grondwet als geheel ten grondslag ligt en als zodanig helpt

224 Vgl. in die zin ook o.a. Kortmann 1994, p. 370; Van der Vlies 1995, p. 186; Boogaard 2019, p. 6. Deze opvatting heeft oude papieren. Vgl. reeds in die zin Opzoomer 1883, p. 12.

225 Vgl. in die zin o.a. Kortmann 1987b, p. 63; Dölle 1988, p. 235; Elzinga 1996, p. 115 = Elzinga 1997, p. 68 = Elzinga 2020, p. 175-176; Schutgens 2011, p. 5.

bij haar interpretatie.[226] Bij de interpretatie van een grondwetsbepaling staat dus steeds primair de specifieke tekst ervan centraal.

Wel is het mogelijk enige samenhang aan te wijzen binnen een aantal afzonderlijke delen van de Grondwet. Dat geldt bijvoorbeeld voor de meeste bepalingen die in de hoofdstukken 2 tot en met 5 zijn opgenomen. Volgens Elzinga vormen de genoemde vier hoofdstukken tezamen de 'slaperdijk-constitutie' binnen de Grondwet,[227] omdat een slaperdijk in de woorden van Donner (van wie het beeld oorspronkelijk afkomstig is) 'slechts te hulp behoefde te worden geroepen, als de andere dijken van het recht het zouden begeven'.[228] Toegepast op de hoofdstukken 2 tot en met 5 van de Grondwet, doemt in het licht van die definitie een beeld op van grondwetsbepalingen die in de woorden van Elzinga zowel 'overwegend codificerend' als 'sterk geïnternaliseerd en dus nauwelijks omstreden' zijn.[229] In zijn ogen laten de bepalingen uit deze hoofdstukken bijgevolg 'veel ruimte voor wettelijke en feitelijke invulling'. Bijgevolg is de feitelijke context waarin deze voorschriften gelden eveneens van invloed op hun uitlegging. Daar komt nog bij dat er naar Nederlands staatsrecht geen rechter of daarmee vergelijkbaar orgaan bevoegd is een bindende interpretatie op te leggen aan de ambtsdragers aan wie de bepalingen uit dit deel van de Grondwet zijn gericht.

Voor de interpretatie van de bepalingen uit dit deel van de Grondwet geldt daarom een aantal, van reguliere wetsinterpretatie afwijkende, uitgangspunten die afzonderlijke bespreking verdienen. Op deze plaats komen zij aan de orde. Aan de hand daarvan formuleer ik een aantal richtlijnen voor het vinden van een geëigende interpretatie van deze grondwetsbepalingen.

III.3.3.2.1 Interpretatie versus handhaving van grondwetsbepalingen

De interpretatie van de Grondwet is, voor zover het de bepalingen over de verhoudingen binnen en tussen (de organen van) regering en parlement aangaat, een lastige kwestie. Het ontbreken van een aan de gehele Grondwet ten grondslag liggend *grand design*, de open formulering van veel voorschriften en de afwezigheid van een onafhankelijk, los van de politieke ambten

226 In die zin ook o.a. Dölle 1988, p. 241; Kortmann 1994, p. 366; Van der Vlies 1995, p. 186; Konijnenbelt 1996, p. 124. Anders Meuwissen 1971, p. 36. Volgens Meuwissen staat het positieve recht per definitie in dienst van een bepaald normatief ideaal. In dat beeld vormt ook de Grondwet de weerslag van 'de grondslag van de verhouding tussen recht en staat en bevat daartoe zowel algemene beginselen als een min of meer gedetailleerde uitwerking daarvan'. Voor zover hij van mening is dat aan de Grondwet *als geheel* algemene beginselen ten grondslag liggen, neemt hij een minderheidsstandpunt in. Ik laat die opvatting hier verder rusten en bespreek haar in samenhang met zijn perspectief op de staatsrechtswetenschap. Zie par. III.4.4.5.1.

227 Elzinga 2013, p. 30 = Elzinga 2020, p. 140.

228 Donner 1979, p. 13 = Donner 1986, p. 381. Donner gebruikt het beeld van de slaperdijk overigens niet om de hoofdstukken 2 tot en met 5 van de Grondwet te typeren, maar om het beeld dat sommigen van het staatsrecht *als zodanig* zouden hebben in de verf te zetten (en er vervolgens afstand van te nemen).

229 Elzinga 2013, p. 30 = Elzinga 2020, p. 140, ook voor het volgende citaat.

staand, orgaan dat bevoegd is tot de bindende interpretatie van dergelijke bepalingen vormen voor sommige auteurs aanleiding tot een vergaande relativering van de bindende kracht van deze bepalingen. Kortmann bijvoorbeeld betoogt:

> 'Het lijkt verdedigbaar, al is het wat cynisch, te stellen dat het vraagstuk van de interpretatie neerkomt op de stelling: degene die het uiteindelijk voor het zeggen heeft, dat wil zeggen de macht bezit, interpreteert altijd juist in positiefrechtelijke zin.'[230]

In het bijzonder geldt dat uitgangspunt voor intern werkende voorschriften, want volgens Kortmann zullen zij

> 'meestal door de politieke ambten zelf worden geïnterpreteerd, die in een wederkerige relatie tot elkaar staan, welke sterk gekleurd is door het machtsaspect. Naar mijn oordeel zal men dit type bepalingen niet snel normatief moeten inkleuren en het is dan ook niet voor niets dat de rechter bepaalde bepalingen als louter intern werkend kwalificeert'.

Op zichzelf is er voor deze beweringen wel wat te zeggen; het Nederlandse staatsrecht kent geen orgaan dat de interpretatie van intern werkende grondwetsbepalingen door politieke[231] organen bindend kan corrigeren, noch een orgaan dat dwingende uitspraken kan doen over de verhoudingen binnen en tussen politieke ambten.[232] Als gevolg daarvan hebben de bij de uitlegging van de 'slaperdijkconstitutie' betrokken ambten een grote vrijheid bij het interpreteren van de aan hen gerichte bepalingen.

Toch zou dit alles niet tot de conclusie mogen leiden dat de interpretatie van een grondwettelijk voorschrift *alleen* van het machtsaspect afhankelijk is. In dat licht is de waarschuwing van Donner voor 'juristenmyopie' treffend,[233] waarmee hij doelt op de neiging van juristen om het recht te vereenzelvigen

---

230 Kortmann 1994, p. 364, ook voor het volgende citaat (op p. 367).

231 De hoofdstukken 2 tot en met 5 van de Grondwet hebben deels ook betrekking op organen zonder uitgesproken politiek karakter, zoals de Raad van State en de Nationale Ombudsman. Toch permitteer ik mij dit woordgebruik, omdat de navolgende beschouwingen steeds betrekking zullen hebben op de uitlegging van grondwetsbepalingen door politieke organen.

232 Bovendien zij nog aangetekend dat de gelding van een grondwettelijk voorschrift binnen politieke verhoudingen niet automatisch meebrengt dat zij geen rechtsgevolgen buiten die verhoudingen, bijvoorbeeld voor burgers, *kan* hebben. Zie nader par. III.3.2.

233 Van der Pot & Donner/Prakke e.a. 1989, p. 205-206 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 212. De betreffende term is voor het eerst ingevoegd in de twaalfde druk van dit handboek. Deze druk is weliswaar niet meer volledig door Donner bewerkt, maar het myopiebeeld is wel afkomstig uit zijn pen. Zie Elzinga 2013, p. 27 = Elzinga 2020, p. 137-138.

met de regels die door de rechter worden gehandhaafd.[234] Als de juiste uitleg van een (grond)wettelijk voorschrift per definitie een *rechterlijke* uitleg zou moeten zijn, dan kunnen intern werkende, zuiver binnen politieke verhoudingen geldende, voorschriften eigenlijk geen juridische betekenis hebben; slechts zelden bereikt een geschil over de uitleg van dergelijke regels immers de rechter.[235] Wil het rechtskarakter van een in politieke verhoudingen geldende norm betekenis hebben, dan moet ook de interpretatie van die norm door niet-rechterlijke organen aan bepaalde eisen voldoen. Als politieke ambten de interpretatie van een aan hen gerichte rechtsregel steevast naar hun hand zetten, dan dreigt het gevaar dat zowel bij de burger het sluimerend wantrouwen van 'ze doen maar' klaarwakker wordt als dat de binnen en tussen de politieke ambten bestaande verhoudingen verstoord raken.[236] De afwezigheid van een (rechterlijk) orgaan dat een verkeerde interpretatie door een politiek ambt kan corrigeren doet er bovendien op zichzelf niet aan af dát er ruimte bestaat voor het leveren van kritiek op een bepaalde interpretatie van een rechtsregel door een politiek orgaan. Dat is immers ook mogelijk ten aanzien van (niet-appellabele) rechterlijke uitspraken; rechtswetenschappers maken geregeld van die mogelijkheid gebruik, bijvoorbeeld door kritische annotaties bij die uitspraken te schrijven.

In dat kader dient te worden benadrukt dat (grond)wettelijke regels in politieke verhoudingen, ook voor zover zij niet door de rechter worden gehandhaafd, *rechts*regels zijn. In het Nederlandse staatsrecht geldt immers een formeel rechtsbegrip, waarbij ieder voorschrift dat is opgesteld door een orgaan met een algemene regelgevende bevoegdheid op zichzelf al geldt als een rechtsregel. In die lijn beschouwt Verhey bijvoorbeeld als een essentieel kenmerk van de rechtsregel dat zijn gelding niet 'afhankelijk is van het gedrag van degenen voor wie de regel geldt'.[237] Hoewel deze benadering niet geheel zuiver is in het licht van de ruimte die de Nederlandse constitutie volgens de gangbare doctrine biedt voor de vorming van regels van

234 Zijn waarschuwing had overigens primair betrekking op de neiging van juristen de bevoegdheid van de rechter onmatig 'uit te zetten', waardoor het risico ontstaat dat individuele aanspraken en belangen in toenemende mate prevaleren boven het algemeen belang; de rechter spreekt zich immers alleen uit over het algemeen belang voor zover dat een rol speelt in een individueel conflict, daarbuiten speelt het in zijn uitspraken geen rol. Aldus zou volgens Donner het gevaar ontstaan dat 'de juristenlobby' het algemeen belang in het defensief drukt. Zie Van der Pot & Donner/Prakke e.a. 1989, p. 206 = Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 212.

235 Zie par. III.3.2.

236 Het beeld van 'ze doen maar' is ontleend aan Van der Pot/Donner 1983, p. 161.

237 Verhey 2014, p. 10-11. In die zin ook Kummeling 2016, p. 73: 'Rechtsregels gelden ongeacht wat de adressaten er zelf van vinden.'

ongeschreven staatsrecht,[238] blijkt daaruit wel dat de handhaafbaarheid van de norm door een rechter niet beslissend is voor het rechtskarakter van die norm. De opname van een regel in de Grondwet leidt volgens deze benadering tot de binding van het betrokken ambt aan die regel, ook als er geen orgaan is dat de interpretatie door dat ambt waar nodig bindend kan corrigeren.

Deze formele definitie brengt ook mee dat het van belang is om voor voorschriften die louter van toepassing zijn in politieke verhoudingen een onderscheid te blijven maken tussen hun *gelding* respectievelijk hun *naleving* enerzijds en hun *handhaving* anderzijds. In de praktijk kan het voor grondwettelijke voorschriften in politieke verhoudingen lastig zijn dit onderscheid te maken, omdat het betrokken politieke ambt daarbij meestal beschikt over de bevoegdheid tot zowel de interpretatie als de handhaving van dat voorschrift over te gaan. Toch gaat het hier om twee te onderscheiden aspecten, die voor de beoordeling van de rechtsontwikkeling van eminent belang zijn. Vooral bij de niet-naleving van een norm komt het belang van dat onderscheid aan het licht: een orgaan dat een aan hem gerichte norm consequent doelbewust veronachtzaamt, bijvoorbeeld door de bepaling evident onjuist te interpreteren, maakt een andere afweging dan een ambt dat zich weliswaar bewust is van de norm, maar niet tot de handhaving van die norm overgaat; in het eerste geval is de naleving van de norm *als zodanig* in het geding, in het tweede geval staat alleen (het uitblijven van) de *handhaving* van de norm in een specifiek geval ter discussie.

Illustratief is de in artikel 42, tweede lid van de Grondwet opgenomen norm van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid: de toepassing van de norm valt uiteen in een passief en een actief aspect.[239] Het passieve aspect heeft betrekking op het toepassingsbereik van de norm, dus op de vraag of een minister in een bepaalde situatie door het parlement ter verantwoording kan worden geroepen; meer specifiek gaat het dan om de vraag of er sprake is van handelen van respectievelijk de koning, de minister zelf, de onder de minister ressorterende staatssecretaris dan wel van aan de minister ondergeschikte ambtelijke diensten.[240] Hoewel er ook rechtsregels ten aanzien van de wijze van activering van de ministeriële verantwoordelijk-

238 Het ongeschreven staatsrecht bestaat immers bij de gratie van de naleving ervan in de praktijk. Als bij de daarbij betrokken ambten de rechtsovertuiging wegvalt dat zij een bepaalde regel van ongeschreven staatsrecht dienen na te leven, dan houdt de betreffende regel volgens de 'heersende leer' op te bestaan. In zoverre is de gelding van het staatsrecht wel degelijk afhankelijk van de opvattingen van de normadressaten. Zie nader par. III.3.4.2.1.

239 Ik baseer mij hier op de terminologie uit Elzinga 1990, p. 98-99 = Elzinga 1991, p. 25 = Elzinga 2020, p. 266-267.

240 Voor het bepalen van de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid dient art. 42, tweede lid Grondwet onder andere in samenhang te worden gelezen met art. 44, eerste lid Grondwet (voor het ambtelijk handelen). Zie nader par. IV.2.3.1.

heid gelden,[241] is het antwoord op de vraag óf een Kamerlid overgaat tot de activering van de ministeriële verantwoordelijkheid, daarentegen steeds het resultaat van een *politieke* afweging. Bij het vormgeven van het verantwoordingsproces hebben regering en parlement daarom een grote mate van vrijheid. Het staatsrecht bepaalt dus niet alleen dát ministers en Kamerleden in grote mate de vrijheid hebben om hun eigen politieke afwegingen te maken bij het vormgeven van het verantwoordingsproces, maar ook binnen welke parameters zij van die vrijheid gebruik kunnen maken. Als bijvoorbeeld de Kamer beslist om in een voorkomend geval *niet* de ministeriële verantwoordelijkheid te activeren, dan brengt dat op zichzelf nog niet een ontkenning of relativering van het *bestaan* van die verantwoordelijkheid mee. De politieke beslissing om al dan niet tot activering van de ministeriële verantwoordelijkheid over te gaan staat immers los van de gelding van de relevante staatsrechtelijke normen, omdat die slechts tot doel hebben de mogelijkheid van activering van de ministeriële verantwoordelijkheid te constitueren en te waarborgen.[242]

Het voorbeeld illustreert ook in meer algemene zin het belang van het onderscheid tussen de gelding en de handhaving van een norm. Het is immers wel degelijk mogelijk de juiste interpretatie van de norm *zelf*, zoals de vraag naar het bestaan van ministeriële verantwoordelijkheid in een bepaald geval, vast te stellen. Als daartoe in het licht van de heersende grondwetsinterpretatiemethoden[243] aanleiding bestaat, is er niets op tegen de tekst van een voorliggende grondwetsbepaling normatief in te kleuren. Het is daarentegen niet mogelijk om uit beslissingen in de handhavingssfeer van een norm, bijvoorbeeld of de Kamer tot de activering van de ministeriële verantwoordelijkheid zou moeten overgaan, conclusies te trekken over de interpretatie van de norm. Bij die beslissingen speelt de wederkerige relatie tussen de politieke organen, zoals de Kamer en de ministers in het voorbeeld van de ministeriële verantwoordelijkheid, en het bijbehorende machtsaspect een belangrijke rol.

241 Voorbeelden van dergelijke vragen zijn of een bewindspersoon in een bepaald geval ex art. 68 Grondwet aan de Kamer (dan wel een individueel Kamerlid) inlichtingen verschuldigd is, of de Kamer een minister ex art. 42, tweede lid jo. art. 69, tweede lid Grondwet uitnodigt bij de vergadering van de Kamer aanwezig te zijn en, in het uiterste geval, of de Kamer tot de activering van de ongeschreven vertrouwensregel overgaat. In dat kader maakt Elzinga een onderscheid tussen de zogeheten inlichtingen-, debat- en sanctioneringsfase. Zie nader Elzinga 1990, p. 99-102 = Elzinga 1991, p. 25-29 = Elzinga 2020, p. 267-270. Ook ten aanzien van die normen is het mogelijk een onderscheid tussen de geldings- (of toepasselijkheids-) en handhavings- (of activerings)sfeer te maken. De genoemde normen zijn ook deels weer uitgewerkt in andere regelingen, zoals de Reglementen van Orde van beide Kamers, waarvoor dat ook weer geldt. Het onderscheid tussen gelding enerzijds en handhaving anderzijds komt nog apart met betrekking tot de vertrouwensregel aan de orde in par. IV.2.4.4.

242 In die zin ook Elzinga 1990, p. 114-115 = Elzinga 1991, p. 41-42 = Elzinga 2020, p. 281-282.

243 Zie daarover de rest van deze subparagraaf.

III.3.3.2.2 De 'geobjectiveerde' bedoeling van de grondwetgever versus de Grondwet als 'aanbouwdocument'

In haar ruim tweehonderdjarige geschiedenis hebben drie verschillende, naast elkaar bestaande visies op de Grondwet ingang gevonden: (i) de negentiende-eeuwse gedachte van de Grondwet als oriëntatiepunt voor het voeren van een politieke strijd, waarvan het resultaat ook zijn weerslag in de Grondwet krijgt, (ii) het vroeg-twintigste-eeuwse perspectief van de Grondwet als 'rustpunt en symbool' waarin belangrijke verworvenheden zijn vastgelegd en (iii) de huidige visie op de Grondwet als verzameling hoofdregels die het staatsleven geen onnodige belemmeringen voor een goed functioneren mag opwerpen.[244] Vooral onder invloed van de laatstgenoemde visie op de Grondwet, die tot een toename van de openheid van dit document heeft geleid, is het tegenwoordig niet altijd mogelijk op een constitutionele vraag een eenduidig antwoord te geven aan de hand van de relevante voorschriften uit de Grondwet.

In een gedachteoefening uit 2009 deed Sillen een radicaal voorstel om aan dit gebrek aan eenduidigheid tegemoet te komen. Hoewel dit voorstel van Sillen niet lijkt te zijn bedoeld als een blauwdruk voor de rechtspositivistische benadering van het staatsrecht,[245] biedt het een goede mogelijkheid om de contouren van het debat over de vaststelling van 'de' bedoeling van de grondwetgever te schetsen. In de kern is het voorstel erop gericht bij de uitlegging van grondwetsbepalingen een zo groot mogelijke mate van objectiviteit te bereiken, en wel door waar mogelijk iedere potentieel subjectieve uitleg van een grondwetsbepaling te vermijden.

Van een dergelijke subjectieve uitleg is wat Sillen betreft bijvoorbeeld sprake als hij geschiedt aan de hand van een achterliggend rechtsbeginsel, omdat de betekenis daarvan 'óf nagenoeg inhoudsloos óf zeer omstreden' is.[246] Het gebruik van deze interpretatiemethode bergt volgens Sillen het gevaar in zich dat de uitlegger van een grondwetsbepaling zich bij het bepalen van de juiste interpretatie zal laten leiden door zijn eigen subjectieve voorkeuren, waardoor de belangrijkste functie van de tekst van de Grondwet, het bieden van rechtszekerheid, in het gedrang zou komen. In dat licht bepleit hij een uitleg van grondwettelijke voorschriften die zo dicht mogelijk bij de tekst staat.[247] Het is volgens Sillen alleen mogelijk om de tekst van de

244 Zie par. III.3.3.1.

245 Zie nader par. III.4.4.2.

246 Sillen 2009, p. 135. Hij formuleert tevens een bezwaar tegen de uitleg van een grondwettelijk voorschrift aan de hand van de interpretatie van een vergelijkbaar leerstuk in een ander rechtsstelsel. Niet geheel onterecht betoogt hij dat het aantal stelsels dat vanuit het oogpunt van vergelijkbaarheid voor een dergelijke vergelijking in aanmerking komt 'eindeloos' lijkt, 'waardoor iedere keuze een grote mate van willekeur in zich draagt'. Zie Sillen 2009, p. 136-137. Dit aspect blijft hier verder rusten, omdat rechtsvergelijkende interpretaties van Nederlandse grondwetsbepalingen in de praktijk niet of nauwelijks voorkomen.

247 Sillen 2009, p. 142-143.

Grondwet met normatieve opvattingen aan te vullen, voor zover die opvattingen aansluiten bij de bedoeling van de grondwetgever.

Juist omdat de vaststelling van die bedoeling regelmatig tot problemen leidt, stelt hij voor haar te objectiveren door haar aan de hand van twee vuistregels vast te stellen. In de eerste plaats zou 'de' bedoeling van 'de' grondwetgever van een voorliggende grondwetsbepaling slechts mogen worden afgeleid uit de totstandkomingsgeschiedenis van de betreffende bepaling, zoals die te vinden is in de relevante *Kamerstukken* en *Handelingen*. Als het op basis van die stukken niet mogelijk is het bestaan van consensus onder de betrokken ambten af te leiden over de uitleg van een grondwetsartikel, dan mag op basis van de tweede vuistregel ervan uit worden gegaan dat er overeenstemming tussen regering en Staten-Generaal bestaat als de opvatting van het ene ambt niet door het andere is bestreden.

In zijn benadering geeft Sillen zich er rekenschap van dat de grondwetgever uit meerdere ambten bestaat, namelijk uit de regering en beide Kamers, waarvan de Kamers weer uit individuele voor- en tegenstemmers bestaan. In dat licht is het niet mogelijk om te spreken van 'de' bedoeling van 'de' grondwetgever. Volgens Sillen is dit probleem te ondervangen door de bedoeling van de grondwetgever afhankelijk te stellen van de overeenstemming onder de regering en beide Kamers over de strekking van een bepaalde grondwetsbepaling. Bij het vaststellen van die bedoeling volstaat een constructie; ook als een opvatting van een ambt over de strekking van een grondwetsbepaling niet door een van de andere ambten is bestreden, is het volgens Sillen veilig om te spreken van de (fictieve) bedoeling van de grondwetgever.

Bij de vaststelling van die bedoeling zouden slechts stukken die aan de beide Kamers zijn voorgelegd en daardoor openbaar zijn geworden, zoals de *Handelingen* of de *Kamerstukken*, een rol bij de interpretatie mogen spelen. Uit deze stukken kan de bedoeling van de grondwetgever volgens Sillen 'eenvoudig' worden vastgesteld, mede omdat de inhoud van de genoemde stukken na hun publicatie niet meer kan veranderen.[248] Deze strenge bronnenselectie zou het voordeel van de eenvoud hebben. Als er bijvoorbeeld een stuk boven water komt dat tot nieuwe inzichten over de interpretatie van een grondwetsbepaling leidt, zoals de notulen van een staatscommissie die met de voorbereiding van een grondwetsherziening was belast, dan is er wat Sillen betreft geen aanleiding dat stuk later alsnog bij de uitlegging van de betreffende bepaling te betrekken. Het betreffende stuk behoort immers niet tot de *Kamerstukken* en de *Handelingen* en kan daarom eenvoudig buiten beschouwing blijven. Het lijkt er bovendien op dat de bedoeling van de grondwetgever volgens Sillen min of meer gelijkstaat aan de *oorspronkelijke* bedoeling van de grondwetgever met de vaststelling van een grondwetsbepaling in de laatste versie van de Grondwet, waardoor de *Handelingen* en *Kamerstukken* uit de periode in de aanloop naar de algemene herziening van

248 Sillen 2009, p. 149.

de Grondwet in 1983 relatief veel gewicht toekomen bij de uitleg van een grondwetsbepaling.[249] Sillen is zich ervan bewust dat als gevolg daarvan 'de bedoeling van de grondwetgever historisch soms minder precies kan worden gekend', maar dat nadeel neemt hij voor lief.[250] De bedoeling van de grondwetgever is, zo suggereert Sillen, een vaststaand gegeven dat door de openbaring van nieuwe informatie niet zomaar zou moeten wijzigen.

Sillen geeft echter toe dat het niet altijd mogelijk is om op basis van deze methode het bestaan van de bedoeling van de grondwetgever over de interpretatie van een grondwettelijk voorschrift objectief vast te stellen; zo kan de Tweede Kamer volgens hem bijvoorbeeld niet reageren op een opmerking van een minister in de Eerste Kamer bij de behandeling van een voorstel tot herziening van de Grondwet in tweede lezing, waardoor het onbevredigend is om een dergelijke opmerking een rol te laten spelen bij de vaststelling van de bedoeling van de grondwetgever. In dat licht is het volgens hem mogelijk uit te gaan van de (fictieve) bedoeling van de grondwetgever, als de opvatting van de beide Kamers over de uitleg van een grondwetsbepaling niet is weersproken door de regering en andersom.[251] Hij neemt dit bezwaar tegen het hanteren van dit uitgangspunt voor de vaststelling van de bedoeling van de grondwetgever ook voor lief, ditmaal omdat een tekortkoming als de bovenstaande 'onvermijdelijk' is bij de zoektocht naar eenduidige interpretatiemaatstaven.[252] Op die manier hoopt Sillen 'de harde kern' van een grondwetsbepaling te achterhalen, die bij ieder voorschrift aanwezig zou zijn. Volgens hem draagt de opsporing van die harde kern, waarvan het bestaan niet of nauwelijks omstreden is, bij aan het vinden van een objectieve interpretatie.[253] Alles wat buiten die harde kern valt, zou in de ogen van Sillen geen rol bij de interpretatie mogen spelen.

Niet alle grondwetsbepalingen lenen zich, zo geeft Sillen zelf ook toe, voor een geobjectiveerde interpretatie op basis van de tekst van de bepaling en de (fictieve) bedoeling van de grondwetgever alleen. Sillen stelt voor om dit probleem te ondervangen met een wat hij noemt 'rechtspolitieke' interpretatiemethode.[254] Kenmerkend voor deze wijze van uitlegging is volgens hem dat slechts 'de normatieve voorkeuren van de uitlegger bepalend' zijn.[255] Hij vindt dat niet bezwaarlijk, omdat het gebruik van deze interpretatiemethode de uitlegger van de Grondwet zou verplichten om zijn normatieve keuzes te expliciteren. Het gebruik van een interpretatiemethode op basis van rechtsbeginselen of daaraan verwante uitgangspunten brengt, zo betoogt Sillen, ten onrechte een zweem van objectiviteit mee. De introductie van een rechtspolitieke interpretatiemethode door Sillen heeft aldus

249 Boogaard leest het betoog van Sillen eveneens zo. Zie Boogaard 2019, p. 6-7.
250 Sillen 2009, p. 149.
251 Sillen 2009, p. 149.
252 Sillen 2009, p. 150.
253 Sillen 2009, p. 143-144.
254 Sillen 2009, p. 150.
255 Sillen 2009, p. 151.

tot doel om in de gevallen waarin het gebruik van de grammaticale en historische interpretatiemethoden geen soelaas biedt, kenbaar te maken welke aanvullende normatieve criteria bij de gekozen interpretatie een rol hebben gespeeld.

Het gebrek aan objectiviteit dat gepaard gaat met de afwezigheid van een (kenbare) eenduidige bedoeling van de grondwetgever probeert Sillen te ondervangen door de keuze voor de te gebruiken stukken bij grondwetsinterpretatie vergaand te beperken. Het voordeel van deze benadering is dat de uitlegger van een grondwetsbepaling niet langer de *schijn* van objectiviteit wekt in de situatie waarin hij eigenlijk zijn interpretatie inkleurt met zijn eigen subjectieve voorkeuren. Als een objectieve uitleg van een grondwetsbepaling op basis van de beschikbare stukken niet mogelijk blijkt te zijn, dan dient de interpretator volgens dit voorstel man en paard te noemen; door ruiterlijk te erkennen dat hij in een bepaald geval zijn toevlucht heeft moeten nemen tot een subjectieve, rechtspolitieke interpretatie komt duidelijk aan het licht dat het niet mogelijk was een objectieve interpretatie van de betreffende grondwetsbepaling te vinden.

Dit voorstel gaat echter ten onrechte uit van de gedachte dat het mogelijk is de interpretatie van de Grondwet terug te brengen tot de louter technische kwestie welke bronnen al dan niet een rol zouden mogen spelen bij de uitleg van de Grondwet. De werkelijkheid is complexer. In het licht van de ontwikkelingsgeschiedenis van de Grondwet is het niet of nauwelijks mogelijk de bedoeling van de grondwetgever te beschouwen als een vaststaand gegeven, omdat de Grondwet het uitvloeisel is van een ontwikkeling van ruim tweehonderd jaar. Alleen al daarom ligt het niet voor de hand alleen de uitdrukkelijk gebleken bedoeling van de grondwetgever bij de herziening van 1983 leidend te achten bij de interpretatie van een voorliggende grondwetsbepaling. De grondwetgever had bij de algehele herziening van 1983 een grondwet voor ogen die primair de belangrijkste hoofdregels voor het staatsleven bevatte met voldoende ruimte voor flexibiliteit.[256] Het gros van de wijzigingen dat de grondwetgever in die periode heeft doorgevoerd, vooral voor zover het de wijzigingen sinds de twintigste eeuw betreft, bouwt immers voort op de in 1814/1815 vastgestelde versie van de Grondwet.[257]

In dat licht is het door Boogaard geformuleerde beeld van de Grondwet als 'aanbouwdocument met resultaten van 200 jaar constitutionele rechtsvorming' treffend. Volgens die benadering wordt weliswaar

> 'samenhang vereist (een gebouw mag niet instorten), maar minder dwingend dan bij de voorstelling van een wil van de [g]rondwetgever. Zolang er constructief aan de natuurwetten wordt voldaan (je kunt geen pilaren wegslopen en de dakconstructie handhaven), kan een gebouw prima de sporen van de tegengestelde bouwstijlen dragen. Die hoeven niet tot één wil te worden teruggebracht.

256 Zie par. III.3.1.1.3.
257 Zie par. III.2.2.

> In de bouwwerk-fictie wordt verder, net als bij de wil van de grondwetgever, gewicht toegekend aan de tijd. Een latere toevoeging komt in beginsel in de plaats van wat eerder bestond, maar kleine veranderingen laten een oorspronkelijk ontwerp ongemoeid. Ook hier zijn de eisen dus minder dwingend en passen ze beter bij de Grondwet'.[258]

Gezien dit door Boogaard naar voren gebrachte beeld is het niet mogelijk te spreken van de bedoeling van 'de' grondwetgever; de uitlatingen van de grondwetgever bij eerdere herzieningen kunnen net zo bepalend zijn voor het vinden van een juiste uitleg van een grondwetsbepaling als wat de grondwetgever daar in de aanloop naar de herziening van 1983 over heeft opgemerkt. In de praktijk zal de opsporing van de bedoeling van 'de' grondwetgever daarom niet altijd eenvoudig zijn, omdat veel bepalingen teruggaan tot 1848 (de ministeriële verantwoordelijkheid; het inlichtingenrecht; het ontbindingsrecht) of zelfs 1815 (het lastverbod). Voor de toepassing van de door Sillen voorgestelde benadering betekent dat dat de uitlegger van een bepaling de gehele ontwikkeling van de Grondwet in ogenschouw zal moeten nemen tegen de achtergrond van het moment waarop de grondwetgever een bepaalde (niet uitdrukkelijk bestreden) uitlating heeft gedaan. Op zichzelf levert dat pas een probleem op, als de relevante stukken uit de gehele geschiedenis van de bepaling aanleiding geven tot twijfel over de juiste uitleg van die bepaling.[259]

Toch zal daarvan in het licht van de hoge leeftijd van de Grondwet regelmatig sprake zijn; juist omdat de toepassing van verschillende bepalingen uit de Grondwet medeafhankelijk is van feitelijke ontwikkelingen waarover de grondwetgever zich niet heeft uitgesproken, kan Sillens strenge bronnenselectie ertoe leiden dat mogelijk voor de Grondwet relevante (latere) ontwikkelingen niet bij haar interpretatie kunnen worden betrokken.[260] Het zal

---

258 Boogaard 2019, p. 11.

259 Zelfs in dat geval kunnen bij het volgen van de benadering van Sillen echter problemen ontstaan. In dat kader wijst Boogaard op de aanneming door de Kamer van een amendement dat leidde tot de aanpassing van art. 59, derde lid Grondwet 1887. Dit artikellid bepaalde dankzij dit amendement dat de parlementaire goedkeuring van verdragen niet wordt vereist 'indien de Koning zich de bevoegdheid tot het sluiten van een verdrag bij wet heeft voorbehouden'. In die tekst ligt het beginsel van vorstensoevereiniteit besloten. Later bleek dat de liberalen niet de bedoeling hadden deze wijziging goed te keuren; Goeman Borgesius zou daarom krachtig afstand nemen van deze formulering. In de literatuur uit die tijd werd daarom aangenomen dat de formulering van de betreffende bepaling niet betekende dat het beginsel van vorstensoevereiniteit in het Nederlandse staatsrecht leidend was geworden na de herziening van 1887, omdat de Kamer onoplettend was geweest en eenzelfde formulering niet op andere, relevante plaatsen in de Grondwet was doorgevoerd. Zie Boogaard 2019, p. 13-14.

260 Daarbij komt nog dat ook andere potentieel relevante bronnen, zoals voorbereidend onderzoek van staatscommissies die met de voorbereiding van een grondwetsherziening waren belast dan wel beschouwend werk van staatsrechtswetenschappers dat van invloed op de vorming van de bedoeling van de grondwetgever is geweest, in Sillens benadering buiten het zicht van de uitlegger van een grondwetsbepaling blijven. Zie in die zin ook Boogaard 2019, p. 15.

in de praktijk dan ook minder eenvoudig zijn om de 'harde kern' van een grondwettelijke bepaling vast te stellen dan Sillens theorie doet voorkomen.

Het praktische resultaat van die benadering zal bovendien regelmatig zijn dat een 'harde kern' in het licht van de strenge eisen die Sillen aan de vaststelling van de bedoeling van de grondwetgever stelt niet of nauwelijks vaststaat, waardoor de uitlegger van een bepaling met lege handen komt te staan. In een dergelijk geval kan de interpretator op basis van deze rechtspositivistische interpretatiemethode tot de conclusie komen dat iedere handeling ten aanzien van die kwestie *dus* toelaatbaar is. De afwezigheid van een concrete rechtsplicht staat echter nog niet gelijk aan een normatief vacuüm; ook bepalingen die niet een dergelijke plicht bevatten, kunnen echter een rol spelen in het proces van constitutionele rechtsvinding. Het gevaar van een dergelijke relativistische benadering is dan ook dat constitutionele rechtsvinding verwordt tot de 'sport' een gekunstelde interpretatie van een grondwetsbepaling te vinden die onwenselijk handelen rechtvaardigt.[261]

Toch is daarmee niet gezegd dat Sillens benadering geen waardevolle elementen bevat. Het is niet zonder reden dat hij een groot belang hecht aan het vinden van een zo objectief mogelijke uitlegging van een concreet voorschrift. Terecht constateert hij dat de van reguliere wetgeving afwijkende voorschriften voor haar herziening (art. 137 en 138 Grondwet) het stellen van hoge eisen aan de interpretatie van de daarin opgenomen voorschriften rechtvaardigen. De Grondwet heeft daardoor het karakter van 'een soort brandkast' waarin politieke afspraken zijn opgeborgen die niet zomaar gewijzigd zouden mogen worden.[262] Het is daarom op zichzelf verstandig de tekst van een voorliggende grondwetsbepaling en de bedoeling van de betrokken ambten een zo groot mogelijke rol te laten spelen. Voor het verzekeren van de in de Grondwet opgenomen waarden is de aanpak van Sillen echter te rigoureus, omdat de betekenis van een grondwetsbepaling in de loop der jaren aan (feitelijke) veranderingen onderhevig kan zijn.

In feite kan dit probleem worden opgelost door Sillens eerste vuistregel, namelijk dat in beginsel alleen de *Handelingen* en de *Kamerstukken* met betrekking tot de totstandkomingsgeschiedenis van de uit te leggen bepaling bepalend mogen zijn voor de vaststelling van de bedoeling van de grondwetgever, op twee punten minder streng toe te passen. In de eerste plaats verdient het aanbeveling om ook qua objectiviteit met de *Handelingen* en *Kamerstukken* vergelijkbare stukken bij de interpretatie van een grondwettelijk voorschrift te betrekken. In de tweede plaats is het raadzaam om ook

261 Vgl. Krabbes waarschuwing voor de verlaging van het staatsrecht tot '"sport-recht", d.w.z. een recht, dat alleen door redekunstige behendigheden in den zoogenaamden wil van den zoogenaamden wetgever kan worden gevonden' in Krabbe 1913, p. 53. Aangehaald in Jeukens 1970, p. 172; Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 71 = Elzinga 2020, p. 177. Vgl. in die zin ook Dölle 1988, p. 239.

262 Zie voor het beeld van de Grondwet als 'een soort brandkast' par. III.3.3.1.2.

de mogelijkheid open te houden dat de interpretatie van een grondwetsbepaling door regering en parlement van de bepaling op basis van een veranderde rechtsopvatting zich ontwikkelt *zonder een tussentijdse wijziging van die bepaling*. Zolang de *Handelingen*, *Kamerstukken* of daarmee vergelijkbare documenten steun geven aan de conclusie dat de juridische betekenis van een grondwettelijke bepaling is veranderd, is nog altijd sprake van een geobjectiveerde interpretatie van de grondwetsbepaling die bij de tijd blijft.

Illustratief is de uitleg van artikel 42, tweede lid Grondwet: 'De Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk'. Waar deze norm ten tijde van de vastlegging in de Grondwet van 1848 vooral tot doel had de macht van de koning in de regering te beperken, reguleert deze bepaling nu vooral de parlementaire controle-uitoefening op het functioneren van de minister zelf. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw zijn regering en parlement, zoals ook blijkt uit de *Kamerstukken* en *Handelingen*,[263] artikel 42, tweede lid Grondwet zo gaan interpreteren dat ministers ook verantwoording dienen af te leggen voor de wijze waarop zij hun bevoegdheden uitoefenen, bijvoorbeeld ten aanzien van het handelen van de onder hen ressorterende ambtelijke diensten. Op die manier kon een *feitelijke* ontwikkeling, namelijk de uitdijende staatstaak en de daarmee gepaard gaande groei van het ambtelijk apparaat op rijksniveau, langzamerhand tot een gewijzigde interpretatie van deze grondwetsbepaling leiden. Niet alleen de *oorspronkelijke* bedoeling van de grondwetgever, maar ook een ontwikkeling die volgens een *hedendaagse* grondwetgever naar algemene rechtsopvatting aanvaardbaar is en die verenigbaar is met de bewoordingen van de bepaling,[264] kan zo bepalend zijn voor de uitleg van die bepaling.

Volgens deze methode van het opsporen van de opvatting van de 'hedendaagse' grondwetgever kan een achterliggend beginsel wel degelijk van betekenis zijn voor de interpretatie van een grondwetsbepaling. Zo speelt het beginsel dat slechts voor de uitoefening van bevoegdheden (onder de verantwoordelijkheid) van ministers verantwoording dient te worden afgelegd aan het democratisch verkozen parlement ('Geen verantwoordingsplicht zonder bevoegdheid'), thans een rol in de uitlegging van artikel 42, tweede lid Grondwet. Hoewel dit achterliggende beginsel op zichzelf subjectief van aard is, is in dit geval wel degelijk sprake van een geobjectiveerde uitleg van het genoemde artikellid: niet het beginsel als zodanig, dat

263 Zie voor een nadere uitwerking par. IV.2.3.1.

264 Deze benadering is ontleend aan Duynstee 1959, p. 318, met instemming van Jeukens 1970, p. 174; Dölle 1988, p. 241. De voor deze benadering relevante passage uit Duynstees werk wordt geciteerd in par. III.4.3.2. Overigens kwam het in het verleden ook voor dat een grondwetsbepaling werd geïnterpreteerd op een manier die openlijk in strijd met de bewoordingen van een grondwetsbepaling was. Illustratief is de formulering van het niet meer geldende art. 86, tweede lid Grondwet 1972, waarin was bepaald dat de koning ministers 'naar welgevallen' kon ontslaan. In dat geval lijkt het wijzer niet te spreken van grondwetsinterpretatie, maar van het onderscheiden van een aparte, aan de grondwetsbepaling derogerende regel van ongeschreven staatsrecht. Zie par. III.3.4.1.1.

zich immers leent voor een subjectieve invulling, maar de wijze waarop de betrokken ambten blijkens de *Handelingen* en *Kamerstukken* aan dit beginsel betekenis geven, is immers leidend voor zijn uitleg.

III.3.3.2.3 De grondwetsbepaling als 'slaperdijk' versus 'wakerdijk'

Naast hun moeilijkere wijzigbaarheid, is ook de openheid van veel grondwetsbepalingen van invloed op het vinden van hun geëigende interpretatie. Voor dergelijke open bepalingen geldt bij uitstek dat hun invloed afhankelijk is van wat er in de samenleving gebeurt. Voor deze spanning heeft Koopmans de treffende omschrijving 'juridische dynamica' geformuleerd: soms houdt de formulering een maatschappelijke ontwikkeling tegen, soms biedt zij daaraan juist de ruimte.[265] Aldus vormt de interpretatie van dergelijke bepalingen bij uitstek een tweeledige activiteit; de uitlegger van een grondwetsbepaling dient bij haar interpretatie zowel haar totstandkomingsgeschiedenis als de relevante (maatschappelijke) veranderingen van na haar totstandkoming in het oog te houden. In de praktijk zal bij de interpretatie van een bepaling dan ook vaak het achterliggende probleem een rol moeten spelen, waarna de uitlegger de afweging zal moeten maken of de waarde en de tekst van een grondwetsbepaling de ruimte laten voor een bepaalde ontwikkeling of juist niet. De ene grondwetsbepaling vormt een soort 'slaperdijk' die alle ruimte voor maatschappelijke ontwikkelingen biedt, de andere is meer een 'wakerdijk' die aan bepaalde vernieuwingen een grens stelt.

In dat licht is er ruimte voor een aanvullende interpretatiemethode op basis waarvan het in voorkomende gevallen mogelijk is met behulp van de opvatting van een 'hedendaagse' grondwetgever een correctie aan te brengen op de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever, mits een dergelijke interpretatie niet openlijk in strijd komt met de bewoordingen van de bepaling.[266] Bij het gebruik van deze interpretatiemethode wordt de inzet van verschillende hulpmiddelen bepleit, zoals de aan een grondwetsbepaling ten grondslag liggende beginselen,[267] de rechts- of grondwetscultuur waarin een grondwettelijk voorschrift functioneert,[268] de geschiedenis van de toepassing van een bepaling[269] en de mate waarin de interpretatie van een grondwettelijke bepaling bijdraagt aan de realisering van een doelmatig of efficiënt staatsbestuur of daaraan verwante doelen.[270] Hoewel meestal uit geen van die hulpmiddelen een concrete rechtsplicht kan worden gedestilleerd, kunnen zij tegen de achtergrond van een concreet probleem, al dan niet aangevuld met de hedendaagse opvattingen van de betrokken ambten,

265 Koopmans 1987 [1978], p. 300-301 = Koopmans 1991, p. 74-75.
266 Zie par. III.3.3.2.2.
267 Jeukens 1970, p. 176; Meuwissen 1971, p. 35; Van der Vlies 1995, p. 187; Boogaard 2019, m.n. p. 16-17.
268 Konijnenbelt 1996, p. 119; Sillen 2020, p. 400-411.
269 Kortmann 1994, p. 369.
270 Dölle 1988, p. 238; Kortmann 1994, p. 370; Van der Vlies 1995, p. 187.

wel degelijk hulp bieden bij het vinden van de geëigende interpretatie van het voorliggende voorschrift.[271]

Op deze spanning tussen het waarborgkarakter en de openheid van grondwetsbepalingen heeft het proefschrift van Van der Hoeven betrekking. Volgens de overkoepelende these van deze dissertatie zijn het niet zozeer de voorschriften uit de Grondwet, maar veeleer de feitelijke ontwikkelingen in het staatsleven die de inhoud van het geldende constitutionele recht bepalen.[272] In de ogen van Van der Hoeven gaat de concrete invloed van machtsverhoudingen en overige feitelijke omstandigheden in het staatsbestel zover dat de inhoud van grondwettelijke voorschriften niet of nauwelijks van invloed is op de concrete verhoudingen tussen staatsinstellingen in de praktijk. Hoewel deze stelling te ongenuanceerd is, is de gedachte dát het feitelijke handelen van staatsinstellingen in algemene zin van invloed is op de uitlegging van de Grondwet juist.

Op deze plaats[273] verdient één aspect van Van der Hoevens proefschrift nadere aandacht, namelijk zijn beschouwing over de rol van grondwetsbepalingen met een zogeheten 'technisch-organisatorisch element' die volgens hem blijk geven van een 'neiging om werkzaam te blijven' als de verhoudingen tussen de grote staatsinstellingen zich in de praktijk wijzigen.[274] Hoewel dergelijke technisch-organisatorische bepalingen 'een taaier gelding plegen te hebben' dan voorschriften die direct betrekking hebben op de verhoudingen tussen de staatsinstellingen, zijn beide soorten regels volgens Van der Hoeven allebei in even sterke mate 'aan het feitelijk staatkundig gebeuren onderworpen'.[275] Hij verklaart het verschil tussen beide soorten bepalingen aan de hand van hun aanpassingsvermogen aan feitelijke omstandigheden. Deze technisch-organisatorische voorschriften zouden volgens hem een 'minder essentieel en meer uiterlijk karakter hebben' en 'gemakkelijker verenigbaar met feitelijke ontwikkelingen' zijn dan grondwettelijke regels die dit technisch-organisatorische karakter ontberen.[276] Op deze plaats bespreek ik verschillende voorbeelden van grondwettelijke regelingen waarvan de toepassing en interpretatie onder invloed van feitelijke ontwikkelingen aanzienlijk zijn veranderd of juist hetzelfde zijn gebleven.

Het eerste voorbeeld betreft de grondwettelijke regeling van het ontbindingsrecht van artikel 64, eerste lid Grondwet.[277] Volgens Van der Hoeven kon de regering dit recht gebruiken om eventuele conflicten met het parle-

---

271 Vgl. in die zin ook Logemann 1958, p. 430; Jeukens 1970, p. 185; Dölle 1988, p. 241; Elzinga 1996, p. 115-116 = Elzinga 1997, p. 68-70 = Elzinga 2020, p. 176-177.

272 Van der Hoeven 1958, o.a. p. 41, 95.

273 Zie voor een bespreking van de algemene these van Van der Hoeven en de daarop in de literatuur geuite kritiek par. III.4.2.

274 Van der Hoeven 1958, p. 162.

275 Van der Hoeven 1958, p. 164-165.

276 Van der Hoeven 1958, p. 165.

277 Overigens zijn niet alleen de hier te bespreken ontbinding op termijn, maar ook andere aspecten van het ontbindingsrecht gedurende het bestaan van dat recht aan verandering onderhevig geweest. Zie par. IV.2.4.1.

ment te kunnen oplossen. Na de introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1917 kunnen dergelijke conflicten zich echter nauwelijks meer voordoen, want, zo vervolgt hij, 'de werkelijke tegenstellingen liggen immers niet meer tussen regering en parlementsmeerderheid, maar tussen de, die meerderheid vormende, fracties in het parlement èn in de regering'.[278] Bijgevolg is het ontbindingsrecht volgens Van der Hoeven neutraler van karakter geworden en geldt het slechts nog als 'een formele bevoegdheid' die toepassing kan vinden in 'alle gevallen, waarin men er op enigerlei manier heil van verwacht'.

Vanaf 1933 zou ook de ontbinding op termijn bij het gebruik van het 'reguliere' ontbindingsrecht gangbaar worden. In dat jaar nam het derde kabinet van Ruijs de Beerenbrouck het besluit tot het doen ontbinden van de Tweede Kamer, in reactie op de aanneming van een motie waarin de Kamer zich keerde tegen de opheffing van een viertal rechtbanken en een veertigtal kantongerechten.[279] De ontbindingsbeslissing bepaalde dat zowel de sluiting als de ontbinding van het oude parlement na de verkiezingsdatum zou plaatsvinden, waardoor de betekenis van een ontbindingsbeslissing definitief zou veranderen.[280] Op papier was bij de Kamerontbinding van 1933 sprake van de laatste klassieke conflictontbinding, maar in werkelijkheid lijkt deze ontbindingsbeslissing vooral tot doel te hebben gehad de verkiezingen te vervroegen. Daarmee was toen van een 'echte' conflictontbinding al geen sprake meer. De gedachte dat het parlement na een ontbindingsbeslissing niet meer bijeen kan komen, omdat het daarna niet langer representatief is, zou daarna bij de toepassing van het ontbindingsrecht definitief geen rol meer spelen.[281] In 1983 vindt deze ontwikkeling haar eindpunt in de codificatie van de ontbinding op termijn in artikel 64, derde lid Grondwet.

Het tweede voorbeeld, dat in het verlengde daarvan ligt, is de verplichting tot ontbinding van de Tweede Kamer na de voltooiing van de eerste lezing van de grondwetsherzieningsprocedure op basis van het huidige artikel 137, derde lid Grondwet. In de loop der tijd is deze verplichting aanmerkelijk van karakter veranderd. Volgens de oorspronkelijke bedoeling van de

278 Van der Hoeven 1958, p. 154, ook voor het volgende citaat (op p. 157).

279 Van den Berg & Vis stellen dat het kabinet niet zelf zijn ontslag aanbod vanwege de muiterij van de Harer Majesteits De Zeven Provinciën in Nederlands-Indië die enkele dagen plaatsvond na het conflict tussen regering en parlement over de bezuiniging op de rechterlijke macht. Als de bewindspersonen uit de regering zelf waren opgestapt, had dat buiten Nederland wellicht de indruk gewekt dat zij niet tegen de druk als gevolg van de muiterij was opgewassen, zo betogen beide auteurs. Zie Van den Berg & Vis 2013, p. 700-702.

280 Vis 1987, p. 49-50.

281 Al is een kleine nuancering hier op haar plaats: volgens Vis was in 1933 nog slechts sprake van een 'prelude' op deze verandering van de toepassingspraktijk van het ontbindingsrecht, die pas vanaf de vijftiger jaren definitieve vormen zou gaan aannemen. In 1933 was het conflictelement tussen regering en parlement immers ook niet helemaal afwezig. Zie Vis 1987, p. 48.

grondwetgever volgde uit deze eis, die al sinds 1848 in de Grondwet staat, dat de ontbinding van (de toen nog)[282] beide Kamers vrijwel geheel dient samen te vallen met de daadwerkelijke ontbinding van de Kamers.[283] In dit kader stelt Struycken dat 'de Grondwet de verklaring van den wetgever, dat er reden bestaat de Grondwet te herzien, van zooveel gewicht acht, dat zij als gevolg daarvan eischt, dat de Regeering zich dienaangaande vergewisse, en door Kamers, waarvan zeker is, dat zij dit vertrouwen bezitten, nogmaals over de herzieningsvoorstellen doen stemmen'.[284] Volgens de grondwetgever is herziening van de Grondwet dus aangewezen, als er twijfel bestaat over de mate waarin de dan geldende Grondwet als grondslag voor het staatsleven kan dienen. De ontbinding van de Kamer in het kader van de grondwetsherzieningsprocedure had daarom oorspronkelijk tot doel om die twijfel weg te nemen. Dit verklaart ook waarom de grondwetgever meende dat de samenkomst van de Kamers niet langer wenselijk is als een besluit tot grondwetsherziening wordt genomen; het nemen van een dergelijk besluit wijst immers op het bestaan van twijfel over de representativiteit van de Kamers. Het is van belang dat deze twijfel over hun representatieve karakter wordt weggenomen, omdat beide Kamers immers daaraan hun bestaansrecht ontlenen. In dat licht is te verklaren waarom van oudsher de wens bestond dat vrijwel *meteen* na het ontstaan van deze twijfel zeker wordt gesteld dat de Kamers (weer) voldoende representatief zijn, zodat zij weer adequaat hun taak kunnen vervullen.

Vanaf 1917 komt er een einde aan deze rigoureuze toepassing van de ontbinding van de Kamer(s) met het oog op grondwetsherziening. Vanaf dat jaar ontstaat de, nog altijd gangbare, praktijk dat de beslissing om de Tweede Kamer te ontbinden met het oog op grondwetsherziening, pas *daadwerkelijk* tot ontbinding leidt op een datum na het tijdstip van de verkiezingen: de zogeheten ontbinding op termijn. Gezien deze samenval van

282 Tot 1995 had deze eis ook betrekking op de Eerste Kamer. Pas in dat jaar heeft de grondwetgever de eis van ontbinding van de Eerste Kamer na de eerste lezing van de grondwetsherzieningsprocedure uit de Grondwet geschrapt. Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23575, nr. 2-3, p. 1; Wet van 10 juli 1995, *Stb.* 1995, 403.

283 Wel bestond er in die tijd na het nemen van de ontbindingsbeslissing (zowel vanwege een conflict als met het oog op grondwetsherziening) de gelegenheid voor het houden van een sluitingsvergadering. Pas na de beëindiging van die vergadering zou de ontbinding van de Kamers definitief gestalte krijgen. In de praktijk duurde de periode tussen het ontbindingsbesluit en de daadwerkelijke sluiting van beide Kamers nooit lang. Zie Vis 1987, p. 54.

284 Struycken 1916-1917, p. 415 = Struycken 1924, opgenomen in het gedeelte 'Verzamelde opstellen (staatsrecht en administratief recht)' op p. 59. Zie ook Van der Hoeven 1958, p. 156.

de ontbinding van de oude Kamer met de eerste samenkomst van de nieuw gekozen Kamer 'misvormt men', in de woorden van Struycken, 'de ontbinding', omdat dan 'in den vorm vrijwel alles "weggewerkt" [is], wat aan de herziening der Grondwet haar bijzonder karakter verleent en aan de bevolking doet zien, dat zij voor eene gewichtigere beslissing wordt gesteld dan bij de gewone periodieke verkiezingen'.[285] In dat licht vond de toepassing van deze bepaling lange tijd nauwelijks nog aansluiting bij haar oorspronkelijke betekenis. Bij de grondwetsherzieningsprocedure van 1922 verklaarde de regering opnieuw tot het gebruik van het ontbindingsrecht op termijn over te gaan, omdat in 1917 al 'zonder ernstige tegenspraak' was erkend dat de Grondwet zich tegen deze praktijk niet verzette.[286]

Het derde voorbeeld betreft het voorschrift op basis waarvan wetsvoorstellen pas kracht van wet kunnen krijgen na ondertekening door de koning én een of meer ministers. Sinds 1840 bepaalt (de voorloper van het huidige) artikel 47 Grondwet dat de geldigheid van wetten en koninklijke besluiten afhankelijk is van het contraseign van ministers en staatssecretarissen. Het contraseign, dat was gekoppeld aan de ministeriële verantwoordelijkheid, gaf uiting aan de strafrechtelijke verantwoordelijkheid en (vanaf 1848) de politieke verantwoordelijkheid van ministers (en na 1948 ook van staatssecretarissen) voor het besluit dat zij hebben medeondertekend. De opneming van deze eis in de Grondwet van 1840 markeerde het einde van de besluitenregering van Willem I en weerspiegelde zo de afname van de macht van de koning. Van deze oorspronkelijke functie is inmiddels weinig meer over.[287]

285 Struycken 1916-1917, p. 322-323 = Struycken 1924, opgenomen in het gedeelte 'Verzamelde opstellen (staatsrecht en administratief recht)' op p. 55-56. Overigens zag Struycken in de ontbinding op termijn van 1917 weinig kwaad, omdat die verkiezingen *pro forma* waren; de aan de Tweede Kamerverkiezingen deelnemende partijen hadden met elkaar afgesproken dat per district slechts één kandidaat aan de verkiezingen mee zou doen, zodat op voorhand vaststond hoe de zetelverdeling in de Tweede Kamer er na de verkiezingen uit zou zien. Van twijfel over het representatieve karakter van de Kamer, die de aanleiding hoort te vormen voor een beslissing tot Kamerontbinding, was dan ook in dit geval geen sprake. Dat zou echter de eerste en de laatste keer zijn dat de ontbinding op termijn niet bezwaarlijk is in het licht van de oorspronkelijke gedachte van de grondwetgever. Vgl. in die zin ook Vis 1987, p. 58.

286 *Kamerstukken II* 1920/21, 451, nr. 17, p. 60.

287 In die zin ook Boogaard 2017, p. 321. Van der Hoeven wees er reeds in 1958 op dat die koppeling tussen de ministeriële verantwoordelijkheid en het contraseign niet altijd bestaat. Illustratief is volgens hem de medeondertekening door de aftredende minister-president van het besluit tot benoeming van de nieuw aantredende premier respectievelijk het contraseign door de zojuist benoemde premier van het besluit tot ontslag van zijn voorganger. Volgens Van der Hoeven zouden de af- en aantredende minister-president zélf verantwoordelijk voor hun benoeming respectievelijk ontslag moeten zijn. Uit dit voorbeeld blijkt volgens hem dat 'zelfs een eenvoudig technisch procédé ter realisering van een zo bij uitstek materieel instituut als de ministeriële verantwoordelijkheid, in bepaalde omstandigheden een eigen bestaan gaat leiden en dan nog slechts formeel wordt geïnterpreteerd en toegepast'. Zie Van der Hoeven 1958, p. 143-144.

Tegenwoordig is de inmenging van de koning in politieke besluitvorming nauwelijks nog een reëel gevaar. De verplichting van de koning om besluiten te signeren is tegen die achtergrond verworden tot een voorschrift met een louter technisch karakter.

In de ogen van Van der Hoeven hebben de genoemde voorschriften hun achtergrond 'geheel of voor een groot deel verloren', maar bleven zij 'van kracht en werkzaam' als een voorschrift met een primair technisch karakter.[288] Zij illustreren dat feitelijke ontwikkelingen de concrete *betekenis* van een grondwettelijke bepaling binnen het staatsbestel aanzienlijk kunnen veranderen.[289] De formele, technische elementen uit die bepalingen zijn echter wel tegen die veranderingen bestand gebleven; nog altijd vinden zij onverkort toepassing. Het belang van het behoud van die technische bepalingen zal per geval verschillen. Aan de ene kant heeft het contraseign van artikel 47 van de Grondwet slechts nog in beperkte mate toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 87, eerste lid van de Grondwet waarin is bepaald dat een wetsvoorstel wet wordt zodra het door de Staten-Generaal is aangenomen en door de koning is bekrachtigd.[290] Aan de andere kant is de stelling verdedigbaar dat de 'technische' ontbinding van de Tweede Kamer voorafgaand aan de tweede lezing van een herziening van de Grondwet toch nog een nuttige functie vervult.[291] Zij voorkomt bijvoorbeeld het ontstaan van de situatie waarin de grondwetgever tot een overhaaste herziening overgaat.

Overigens is het niet vanzelfsprekend dat grondwetsbepalingen in de loop der tijd een steeds formelere toepassing krijgen. Een belangrijk voorbeeld van een bepaling die zich voor wat betreft haar formulering goed leent voor een formele toepassing, maar toch een materiële betekenis heeft gehouden is artikel 81 van de Grondwet. Tijdens de behandeling van deze bepaling in de algehele herzieningsprocedure merkte de regering op dat 'een beslissend wetgevingsreferendum en een volksinitiatief, waaraan beslissende gevolgen zijn verbonden, zonder voorzieningen in de Grondwet constitutioneel zijn uitgesloten, omdat daarmee zou worden afgeweken van de in de Grondwet neergelegde regel dat wetten bindend worden vastgesteld door regering en Staten-Generaal'.[292] Uit deze passage blijkt dat de regering in deze bepaling een delegatieverbod leest, terwijl dat uit het formele karak-

288 Van der Hoeven 1958, p. 163.

289 Vgl. in die zin ook Hirsch Ballin 1982, p. 84. Hij merkt op dat feitelijke veranderingen 'het belang van procedurele voorwaarden voor de bevoegdheidsuitoefening kunnen vergroten, verkleinen of opheffen'.

290 In die zin ook Boogaard 2017, p. 321.

291 Vgl. in die zin reeds s' Jacob 1951a, p. 718-719. s' Jacob betoogt dat het juist wenselijk is dat de grondwetsherzieningsprocedure 'zonder extra omslag' (dus zonder extra ontbinding, los van de periodieke verkiezingen) verloopt. Volgens hem zou een extra ontbinding niet zonder gevaar zijn; in zijn ogen is het denkbaar dat een dergelijke ontbinding 'de kiezers onverschillig laat', waar 'de eerbied voor de Grondwet' onder zou kunnen gaan lijden.

292 *Kamerstukken II* 1979/80, 15047 (R 1099), nr. 8, p. 18.

ter van de bepaling niet valt af te leiden.[293] Toch is deze interpretatie door de regering nog altijd leidend, omdat haar opvatting tot dusverre onbestreden is gebleven.

Uit deze voorbeelden blijkt dat technische grondwetsbepalingen aan de ene kant soms een dermate technisch karakter hebben, dat hun gelding nauwelijks opvalt in de praktijk; zij zijn hoogstens een 'slaperdijk' in de zin dat zij slechts in uitzonderingssituaties hun nut dienen te bewijzen. Aan de andere kant zijn er juist ook grondwetsbepalingen die, hoewel dat misschien niet altijd op het eerste gezicht uit hun formulering blijkt, op heel concrete wijze feitelijke ontwikkelingen tegenhouden en daardoor dienstdoen als 'wakerdijk'.

Wat het proces van constitutionele rechtsvinding er niet eenvoudig op maakt, is dat het niet eenvoudig is om uit de tekst op te maken hoe sterk de sturende kracht van het voorschrift is. Een belangrijke rol daarbij spelen wat Witteveen 'de conventies van de interpretatiegemeenschap' noemt.[294] Hij doelt daarmee op 'het algemeen aanvaard, maar niet volgens vaste regels verlopend procedé' dat de meningsverschillen tussen de lezers van grondwetsvoorschriften beperkt 'tot die welke door de normen van de interpretatiegemeenschap worden toegelaten'. Deze conventies zijn zelf ook weer veranderlijk; ook daarom is het van belang om bij de interpretatie van een grondwetsvoorschrift waar nodig de relevante context te betrekken.

III.3.3.2.4 Balans

Het grondwettelijke recht dat is opgenomen in de hoofdstukken 2 tot en met 5 heeft een bijzondere aard. Kenmerkend voor dit deel van de constitutie is niet alleen zijn aanbouwkarakter, waardoor er niet of nauwelijks een *grand design* in te ontdekken valt, maar ook de afwezigheid van een onafhankelijk (rechterlijk) orgaan dat bevoegd is de daarin opgenomen bepalingen bindend te interpreteren.

In het licht van deze van reguliere wetgeving afwijkende kenmerken kan de uitlegger van de in dit deel van de Grondwet opgenomen bepalingen niet altijd volstaan met het gebruik van de gebruikelijke interpretatiemethoden van wetgeving. In voorkomende gevallen kan het noodzakelijk zijn om ook de context van het uit te leggen voorschrift tegen de achtergrond van het voorliggende probleem bij de uitlegging van de voorliggende grondwetsbepaling een rol te laten spelen. Een dergelijke uitleg moet dan wel zoveel mogelijk kunnen worden geobjectiveerd op basis van de opvattingen van de 'hedendaagse' grondwetgever, die bovendien niet in strijd mag komen met de bewoordingen van de uit te leggen bepaling. Soms leidt een dergelijke uitleg tot de conclusie dat een bepaling niet of nauwelijks nog normatieve kracht heeft, terwijl in andere gevallen een ogenschijnlijk onbeduidende bepaling in de praktijk juist wel een sturende rol vervult.

293 Vgl. in die zin ook o.a. Boogaard 2019, p. 8.
294 Witteveen 1988, p. 227, ook voor het volgende citaat.

Het is daarom slechts in beperkte mate mogelijk algemene conclusies te trekken over het vinden van de meest geëigende interpretatie van een grondwetsbepaling. Daarvoor verschillen de besproken bepalingen uit de Grondwet voor wat betreft hun normatieve kracht te veel van elkaar.[295] Wel blijkt dat grondwetsbepalingen ondanks hun soms hoge leeftijd in de praktijk wel degelijk het verloop van het politieke leven kunnen sturen. Het is daarom raadzaam de normatieve kracht van de Grondwet niet te snel te onderschatten.

III.3.4 Ongeschreven staatsrecht

Sinds het begin van de twintigste eeuw staat vast dat de Grondwet niet langer de uitputtende regeling van de Nederlandse constitutie vormt. Zij liet daardoor in toenemende mate ruimte voor de vorming van rechtsregels buiten de sfeer van de Grondwet. Aanvankelijk leek de ontwikkeling van de doctrine met betrekking tot de vaststelling van dergelijke regels snel op gang te komen.

Nadat de Tweede Kamer aan het langste eind trok bij conflicten tussen de regering en de Tweede Kamer over de kwesties-Mijer en -Luxemburg,[296] klonk vanuit de hoek van de staatsrechtswetenschap al relatief snel het geluid dat hier achteraf bezien sprake was van een verandering van het *recht*; toen de regering in 1868 ervan afzag een tweede maal tot ontbinding van de Kamer over te gaan, was niet zomaar een gewoonte gevestigd maar een praktijk waaraan zij in het vervolg juridisch gezien gebonden was. Na het ontstaan van de regel in 1922 op basis waarvan de regering voorafgaand aan de Tweede Kamerverkiezingen haar ontslag dient aan te bieden aan de koning,[297] veranderde deze kernregel van het parlementaire stelsel in de nog altijd geldende vertrouwensregel. Volgens deze regel dient een bewindspersoon of een voltallig kabinet op te stappen, als een meerderheid in het parlement zijn vertrouwen opzegt in de betreffende minister, staatssecretaris of voltallige ministersploeg.[298] Vanaf het begin van de twintigste eeuw stuitte de stelling dat de Tweede Kamer in een conflict met het kabinet uiteindelijk aan het langste eind zou moeten trekken nauwelijks nog op weerstand. Na de aanvankelijk snelle aanvaarding van deze nieuwe categorie rechtsregels,

---

295 Het is daarom eigenlijk niet geheel zuiver om de hoofdstukken 2 tot en met 5 van de Grondwet in hun geheel als een 'slaperdijkconstitutie' te omschrijven, zoals ik in navolging van Elzinga in de inleiding van deze paragraaf deed. Sommige bepalingen hebben weliswaar het karakter van een 'slaperdijk', andere lijken daarentegen het karakter van een 'wakerdijk' te hebben.

296 Zie voor een uitgebreidere beschrijving van het verloop van deze conflicten par. III.2.4.

297 Zie nader par. IV.2.4.2 (over de bindende kracht van deze regel) en par. IV.5.3.2 (over het ontstaan van deze regel).

298 Ik laat in deze paragraaf de vragen over de toepassing en reikwijdte van deze regel buiten beschouwing. Zie daarover (in algemene zin) par. IV.2.4.4 en (ten aanzien van de verhouding tussen kabinet en Eerste Kamer) par. IV.6.4.2.

stokte de ontwikkeling ervan. Vanaf de twintigste eeuw hebben zich opmerkelijk genoeg niet of nauwelijks regels van ongeschreven staatsrecht ontwikkeld die een met de vertrouwensregel vergelijkbare onomstreden status hebben.[299]

In deze paragraaf beschrijf ik een aantal factoren die daaraan debet zijn. Ik breng daartoe de historische ontwikkeling van en de huidige perspectieven op de doctrine over het ongeschreven staatsrecht in kaart.

III.3.4.1 Historische ontwikkeling

III.3.4.1.1 De intrede van buitengrondwettelijke regels in de constitutie

Na de beëindiging van het conflict tussen regering en parlement inzake de Luxemburgse kwestie in 1868 is de vestiging van het parlementair stelsel nog niet een vaststaand gegeven. In de *Narede* die Thorbecke een jaar later schreef, betoogt hij nog:

> 'De constitutioneele Monarchie kent éénen absoluten wil niet; zij bestaat in een verband van elkander wederkeerig beperkende organen, aangelegd om met vrijheid zamen te werken tot eene wetgeving en een bestuur, die aan de eischen van een juist, regtvaardig, nationaal verstand beantwoorden.'[300]

Volgens deze benadering is er in ieder geval constitutioneel gezien op dat moment geen aanleiding om aan te nemen dat de Staten-Generaal bij een nieuw conflict met de regering weer aan het langste eind zouden moeten trekken. In plaats daarvan ontstaat er een gebrek aan duidelijkheid over de politieke verhoudingen tussen regering en parlement, die in de decennia daarna een zeker evenwicht tussen beide organen schept.[301]

Tegen die achtergrond is het niet verwonderlijk dat Buys in zijn commentaar op de Grondwet uit 1883 oordeelt dat de conflicten tussen regering en Staten-Generaal over de benoeming van Mijer en de Luxemburgse kwestie weliswaar een grote feitelijke invloed hebben gehad op de verhouding tussen regering en parlement, maar desalniettemin 'het eigenlijke staats-

299 Een enkele auteur onderscheidt in dat kader nog de 'conventie van 1868' als andere regel van ongeschreven staatsrecht. De actuele betekenis van deze regel is echter inmiddels zo beperkt dat het nauwelijks nog nut heeft hem apart te onderscheiden. Zie par. IV.2.4.4.

300 Thorbecke 1870, p. xv. Vgl. ook par. III.2.4.

301 Donner 1981b, p. 283. Overigens leidde Van Houten al in 1872 uit de gebeurtenissen van 1866-1868 af dat de volksvertegenwoordiging politiek overwicht heeft op de regering. Hij sprak in dat kader nog niet over ongeschreven recht, maar over de 'beginselen der volkssouvereniteit'. Zie Van Houten 1872, p. 27-28. Hoewel Van Houten gelijk heeft gekregen dat het politiek overwicht in de relatie met de regering inderdaad bij de volksvertegenwoordiging is komen te liggen, is de volkssoevereiniteit in de Nederlandse staatsrechtswetenschap nooit een courant begrip geworden.

recht geheel onaangeroerd' lieten.[302] Hij acht het denkbaar dat er een tijd zou komen waarin

> 'de eigen behoeften van de maatschappij, klagende over de onvruchtbaarheid van het parlementaire stelsel, het monarchale element weder meer op den voorgrond dringen dan nu het geval is, of wel dat dit element om andere oorzaken van zijn vroegere kracht herwint, en gebeurt dit dan zal ook de tegenwoordige machtsverhouding zich wijzigen op soortgelijke wijze als zij is ontstaan, niet door nieuwe wettelijke voorschriften, maar binnen de grenzen van het geldende recht door datzelfde natuurlijke ontwikkelingsproces dat den toestand welke thans bestaat geschapen heeft'.

Aan die benadering ligt nog de thorbeckeaanse gedachte ten grondslag dat de Grondwet de basis is voor het gehele staatsleven; wat niet in de Grondwet staat, kan per definitie geen deel uitmaken van het staatsrecht.

Nog in hetzelfde jaar klinkt er kritiek op deze benadering. Opzoomer heeft in zijn bespreking van Buys' grondwetscommentaar vooral bezwaar tegen de keuze om de Grondwet alleen toe te lichten aan de hand van de tekst en de geschiedenis van de afzonderlijke grondwetsbepalingen. In Buys' artikelsgewijze toelichting op de Grondwet mist Opzoomer aandacht voor 'den *geest*, waarin zij moet worden verklaard, toegepast en ontwikkeld'.[303] In zijn ogen is de geest van de Grondwet van invloed op de toen actuele vraag of de Staten-Generaal bevoegd zijn een begroting te verwerpen wegens daarbuiten gelegen redenen. Anders dan Buys, is Opzoomer van mening dat de leden van de volksvertegenwoordiging over de bevoegdheid beschikken om de begroting te verwerpen, ook als aan de begroting op zichzelf niets mankeert. Opzoomer is zich ervan bewust dat de Grondwet op dit punt geen bevoegdheid toekent aan de Staten-Generaal. Volgens hem is het echter onwenselijk als het politieke overwicht in de verhouding met de volksvertegenwoordiging weer bij de regering zou komen te liggen:

> 'Hier mag geen geschreven recht bestaan, niet eens denkbaar zijn, hier heeft de practijk een ongeschreven recht gevestigd, dat – zoolang het niet bij alle machten een levensbeginsel geworden is, dat 's lands zaken alleen in den geest des volks

302 Buys 1883, p. 370, ook voor het volgende citaat (op p. 371-372). Vgl. in die zin ook Heemskerk 1881, deel I, p. 101-105.

303 Opzoomer 1883, p. 12 (cursivering in origineel, GJAG).

te sturen zijn – de eenige afdoende waarborg is, dat aan dien volksgeest werkelijk zijn volle recht zal worden gedaan.'[304]

Niet alleen is dit citaat het startpunt van het denken over buitengrondwettelijke regels in de Nederlandse constitutie, het illustreert ook waarom de tweeledige term 'ongeschreven *recht*' daarbij leidend zou worden: de erkenning van het parlementaire overwicht van het parlement op de regering was niet zozeer een niet-juridische aanvulling op de geldende regels, maar *doorkruiste* ook het in de Grondwet besloten liggende evenwicht tussen regering (koning) en volksvertegenwoordiging. Door in dit kader over recht te spreken, maakt Opzoomer duidelijk dat het bestaan van dit parlementaire overwicht op de regering zowel blijvend is (althans, zou moeten zijn) als aan (het stelsel van) de Grondwet kan (althans, zou moeten) derogeren.

In de versies van de Grondwet van voor 1983 was bepaald dat de koning ministers benoemt en hen ontslaat 'naar welgevallen' (art. 86, tweede lid Grondwet 1972). In dat licht bestond er op dat moment op basis van de bewoordingen van de Grondwet geen ruimte voor de juridische erkenning van een parlementair overwicht op de regering.[305] Immers, de exclusieve bevoegdheid om ministers te ontslaan lag bij de *koning*. De tekst van de Grondwet stond er dus aan in de weg om deze bevoegdheid op basis van het ongeschreven recht over te hevelen naar het parlement. Daarom heeft de conventie van 1868, net als later de vertrouwensregel, tot 1983[306] het karakter van een *contra-legem*-regel gehad.

Bovend'Eert kan zich niet vinden in deze opvatting. Hij baseert zich voor dat standpunt op de betekenis van de woorden 'naar welgevallen' die volgens hem tot uitdrukking brengen 'dat ministers geen gewone ambtenaren waren, zodat specifieke ontslaggronden niet voor hen golden. De Koning was vrij om ministers om welke reden dan ook te ontslaan'.[307] Op basis van deze constatering uit hij kritiek op de gedachte dat de vertrouwensregel tot 1983 derogeerde aan de Grondwet. Bovend'Eert meent dat die gedachte voorbijgaat aan de hiervoor geciteerde betekenis van de woorden 'naar welgevallen' en stelt vervol-

304 Opzoomer 1883, p. 53. Overigens blijkt uit Opzoomers opvattingen eveneens hoezeer het parlementaire stelsel op dat moment nog in ontwikkeling was. Als de Kamer andere middelen dan de verwerping van de begroting wegens daarbuiten gelegen redenen zou gebruiken om haar onvrede jegens het beleid van een minister te uiten, zou dat volgens Opzoomer voor de betreffende minister geen verplichting tot aftreden opleveren: 'Een motie van wantrouwen is een *woord* van wantrouwen, waarvoor men de ooren kan sluiten, de afstemming der begrooting is een beslissende *daad* van wantrouwen, die den minister vonnist en hem van zijn plaats dringt [citaat op p. 55; cursiveringen in origineel, GJAG].'

305 Vgl. in die zin ook Kamphuisen 1933, p. 15; Veraart 1947, p. 6; Van der Pot/Donner 1977, p. 239; Elzinga 2003, p. 13-14, nt. 17.

306 Pas in 1983 is de bevoegdheid van de koning om ministers 'naar welgevallen' te ontslaan geschrapt. In de aanloop naar de herziening van dat jaar erkende de grondwetgever het bestaan van de vertrouwensregel, waardoor hij niet langer het karakter van een aan de Grondwet derogerende regel heeft. Zie nader par. III.3.3.1.4.

307 Bovend'Eert 2020, p. 88 met verwijzing naar Buys 1883, p. 355, ook voor het volgende citaat.

gens: 'In die zin is de vertrouwensregel in geen enkel opzicht te beschouwen als een inbreuk op een grondwettelijk prerogatief van de Koning.'

Hoewel Bovend'Eerts opvatting in nogal stellige bewoordingen is vervat, moet zij haast wel op een vergissing berusten. Op zichzelf klopt het dat de woorden 'naar welgevallen' uitdrukking geven aan de afwezigheid van ontslagbescherming voor ministers, maar op basis van de bewoordingen van artikel 86, tweede lid Grondwet 1972 is de consequentie daarvan dat enkel en alleen de *koning* de vrije bevoegdheid had om ministers te ontslaan. De tekst van dit artikellid liet dus geen ruimte om deze vrije ontslagbevoegdheid voortaan zomaar aan een volksvertegenwoordigend orgaan toe te kennen. Dat laatste is echter precies wat de juridische erkenning van het overwicht van het parlement op de regering tot doel had: als de Tweede Kamer (in laatste instantie) dient te beslissen of een minister kan aanblijven, dan verliest de koning feitelijk zijn vrije bevoegdheid om ministers te ontslaan.

In lijn met de benadering van Opzoomer vraagt Oppenheim in zijn Groningse oratie uit 1885 aandacht voor de ontwikkeling van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk, waar 'de natuurlijke ontwikkeling het aanzijn [had] geschonken aan de ongeschreven, de *conventioneele* staatsregeling' waarin 'het geheim van het stellig overwicht van het Lagerhuis' ligt.[308] Hij stelt vervolgens dat het Nederlandse staatsbestel eveneens een 'volksregeering' zou moeten hebben, 'om niet onder te gaan in den wassenden democratischen stroom'. In zijn Leidse oratie van acht jaar later bouwt hij voort op die gedachte; hij pleit daarin voor een 'organische staatsopvatting' waarin hij voor Nederland aansluiting zoekt bij de gelding van de zogeheten 'conventions' in de constitutie van het Verenigd Koninkrijk, met welke term in dat land wordt gedoeld op regels die staatsinstellingen zoals regering en parlement binden.[309] Volgens de in het Verenigd Koninkrijk traditionele opvatting worden deze regels niet voor de rechter gehandhaafd. Daarom kunnen conventies in tegenstelling tot de andere bron van de constitutie – 'constitutional law' – niet als rechtsregels worden beschouwd. Noch in zijn oratie noch in andere publicaties werkt Oppenheim echter uit wat hij precies onder conventies verstaat en of zij in Nederland al dan niet aangemerkt zouden moeten worden als rechtsregels.[310] Toch heeft zijn introductie van het conventiebegrip in de Nederlandse staatsrechtswetenschap kennelijk indruk gemaakt, getuige de verschillende auteurs die aan het begin van de twintigste eeuw

308 Oppenheim 1885, p. 23-24, ook voor het volgende citaat (op. 36) (cursivering in origineel, GJAG).

309 Oppenheim 1893, p. 10, ook voor het volgende citaat.

310 Het lijkt erop dat Oppenheim zich aansloot bij de in het Verenigd Koninkrijk dominante opvatting dat conventies *geen* rechtsregels zijn. In die zin Struycken 1915, p. 175 = Struycken 1928, p. 193. Volgens Kahn lijkt het erop dat Struycken deze opvatting aan Oppenheim kon toeschrijven op basis van de colleges staatsrecht die Oppenheim in Leiden verzorgde. Zie Kahn 1919, p. 134. Vgl. ook Van der Pot 1957a, p. 245.

het conventiebegrip gebruikten als de belangrijkste term om ongeschreven regels in de constitutie mee aan te duiden.[311]

Een voorzichtiger geluid is nog te beluisteren bij Van Bemmelen die in 1889 een artikel over deze problematiek publiceerde. Hoewel Van Bemmelen zichzelf allerminst als een voorstander van de vestiging van het parlementair stelsel beschouwt, neemt hij in dat stuk afstand van de legistische visie van Buys op dit punt.[312] Volgens Van Bemmelen was de vestiging van het parlementair stelsel weliswaar '*formeel* usurpatorisch en grondwetsschendend' maar had het in zijn ogen wel 'een *regtmatige* maatschappij verworven'.[313] Hij acht het net als Buys theoretisch mogelijk dat het parlementair stelsel weer zal verdwijnen, maar daarvoor moet 'het regtsoordeel van vorst en volk (…) het parlementair stelsel verwerpen en dat der beperkte monarchie [zoals in de hiervoor omschreven benadering van Thorbecke, GJAG] terugroepen'. Hij zou echter meteen vrijwel een van de laatste auteurs zijn die zijn aarzelingen uitte over de erkenning van het parlementaire overwicht op de regering als deel van het staats*recht*.[314] Aan het begin van de twintigste eeuw was het gewoonterecht al een vrijwel onomstreden rechtsbron van de Nederlandse constitutie geworden.

Het misschien wel vurigste pleidooi voor een grote rol van het ongeschreven recht in de Nederlandse constitutie uit die periode is afkomstig van Krabbe. Hij is van mening dat iedere rechtsregel, ongeacht of hij is geschreven of niet, zijn grondslag vindt in het 'in de mensch levende rechtsgevoel of rechtsbewustzijn'.[315] Aangezien niet ieder individu in een bepaalde rechtsgemeenschap hetzelfde rechtsbewustzijn zal hebben, hanteert Krabbe als maatstaf voor de vaststelling ervan de opvattingen van de 'meerderheid' van 'de leden der rechtsgemeenschap'.[316] Dit betekent dat de gelding van een regel als *rechts*regel afhankelijk wordt van de mate waarin die regel deel uitmaakt van het rechtsbewustzijn van de meerderheid van de bevolking. Krabbes benadering laat veel ruimte voor de ontwikkeling van ongeschreven staatsrecht en gaat zelfs zo ver dat iedere geschreven staatsrechtelijke regel die niet op het individueel rechtsbewustzijn rust in zijn ogen geen rechtsgezag zou moeten hebben.

Vele auteurs, met name Struycken, zijn kritisch op dat aspect van Krabbes benadering. Struycken bijvoorbeeld is van mening dat Krabbe ten onrechte het individuele rechtsbewustzijn als enige rechtsbron aanvaardde,

311 Zie par. III.3.4.1.2.

312 Van Bemmelen 1889, p. 189-226 = Van Bemmelen 1891, p. 497-532.

313 Van Bemmelen 1889, p. 213 = Van Bemmelen 1891, p. 519-520, ook voor het volgende citaat (op p. 217 respectievelijk p. 523; cursiveringen in origineel, GJAG).

314 Al weigerde een enkeling tot vlak na de Tweede Wereldoorlog echter nog het gewoonterecht als rechtsbron van het staatsrecht te erkennen. Zie o.a. De Savornin Lohman 1926, p. 2; Smeenk 1946, p. 175; Van Haersolte 1988, p. 65-66. Dölle omschrijft deze tegengeluiden treffend als 'schrille dissonanten in het koor van de staatsrechtwetenschap'. Zie Dölle 1988, p. 15-16.

315 Krabbe 1913, p. 27.

316 Krabbe 1915, p. 51.

omdat dat op zichzelf een abstract fenomeen is. Kenmerkend voor het recht is dat het *geldt*, wil het gezag kunnen hebben in een samenleving. Hij licht deze stelling als volgt toe:

> 'Gezag noch recht zijn als zoodanig werkelijkheden, alleen de mensch, levende in gemeenschap, is de werkelijkheid; dat gemeenschapsleven van den mensch beziet de rechtsgeleerde van een bepaald gezichtspunt, om daaruit af te scheiden, wat hem als zoodanig ter harte gaat, en daarbij is de gezagsgedachte als beginsel van abstractie *in 't algemeen* evenzeer bruikbaar als de rechtsgedachte. Alleen *concrete* motieven, ontleend aan het *concrete* karakter der staatkundige ordening in een bepaald land in een bepaald tijdperk kunnen ertoe leiden, aan een der beide gezichtspunten de voorkeur te geven.'[317]

Het individueel rechtsbewustzijn is, zo betoogt Struycken, onvoldoende geschikt als criterium voor het maken van een onderscheid tussen het recht enerzijds en praktijken die juist buiten het domein van het recht liggen anderzijds. Voor het maken van een dergelijk onderscheid is in zijn ogen historisch onderzoek noodzakelijk, omdat het in de werkelijkheid geldende recht altijd in het verlengde ligt van het (in de wet vastgestelde) recht dat in het verleden is vastgesteld. Hij concludeert in dat licht dat het terugbrengen van de werkelijkheid tot het individuele rechtsbewustzijn ofwel 'een miskenning van de werkelijkheid' vormt ofwel de werkelijkheid verbastert tot 'nietszeggende algemeenheid'.[318] In de kern is dit de belangrijkste verklaring voor de onbruikbaarheid van Krabbes theorie voor het vaststellen van het geldende (ongeschreven) recht.

III.3.4.1.2 De operationalisering van de doctrine van het gewoonterecht

De invloed van Struycken op de ontwikkeling van het gewoonterecht bleef niet beperkt tot zijn kritiek op de opvattingen van Krabbe. Hij probeert ook zelf handen en voeten te geven aan deze categorie rechtsregels, waarbij hij aanvankelijk het door Oppenheim geïntroduceerde conventiebegrip tot uitgangspunt neemt.[319] In zijn ogen zijn 'conventions' echter slechts in de Nederlandse constitutie onder te brengen, als zij als een regel van staats*recht* kunnen worden aangemerkt.

Volgens Struycken is het in het Verenigd Koninkrijk vigerende rechtsbegrip niet van betekenis voor Nederland, omdat hier te lande ook regels die niet handhaafbaar zijn voor de rechter als rechtsregels kunnen gelden.[320] Hij trekt daaruit de conclusie dat de doctrine bij onze westerburen op zich-

317 Struycken 1916a, p. 501 = Struycken 1916b, p. 24 = ook opgenomen als afzonderlijke publicatie in Struycken 1927, aldaar, p. 24 (cursiveringen in origineel, GJAG).

318 Struycken 1916a, p. 527-528 = Struycken 1916b, p. 50-51 = ook opgenomen als afzonderlijke publicatie in Struycken 1927, aldaar, p. 50-51, ook voor de volgende citaten.

319 Zie o.a. Struycken 1906, p. 26-27 = ook opgenomen als afzonderlijke publicatie in Struycken 1927, aldaar, p. 14-15.

320 Struycken 1915, p. 176-177 = Struycken 1928, p. 194-195.

zelf geen aanleiding vormt conventies in de Nederlandse constellatie *niet* als rechtsregel aan te merken. Struycken meent dat het zelfs *noodzakelijk* is de conventie als mogelijke bron van het recht te erkennen, omdat de constitutie anders tegelijkertijd zowel regels met als regels zonder rechtskarakter zou kennen. In zijn ogen leidt een dergelijk 'dualisme' tot een beschadiging van de 'oprechtheid' van de wetenschap en tot een belemmering van 'eene deugdelijke ontwikkeling van het staatsrecht'.[321]

In het licht van zijn tijd is het niet meer dan logisch dat Struycken de conventie bij het recht wilde onderbrengen, omdat de gedachte dat de Staten-Generaal bij een conflict met de regering aan het langste eind zouden moeten trekken, derogeerde aan het toen geldende stelsel van de Grondwet. Het is daarom goed te begrijpen dat er toentertijd aan theorievorming over een afzonderlijk conventiebegrip geen behoefte bestond. Sterker nog, Struyckens benadering moet juist worden gezien als een poging om de conventie met haar normatieve karakter een volwaardige plaats in de *Nederlandse* constitutie te kunnen geven; daarvoor was een benadering van de conventie als *rechts*regel nodig, omdat Nederland anders dan het Verenigd Koninkrijk onbekend is met de definitie van de rechtsregel als een voor de rechter te handhaven regel.[322]

In zijn werk poogt Struycken vervolgens de conventie onder te brengen bij het gewoonterecht. Hij doet dit door twee criteria te formuleren waaraan een (vermeende) regel van gewoonterecht dient te voldoen: hij dient de uitdrukking te vormen van (i) 'duurzame gewoonten' die (ii) worden gedragen 'door algemeene rechtsovertuiging'.[323] Deze criteria vinden hun wortels in het werk van negentiende-eeuwse romanisten uit de Pruisische Historische School over het vaststellen van (civielrechtelijk) gewoonterecht op basis van het gemene (Romeinse) recht. Georg Friedrich Puchta, een romanist die tot deze school behoorde, beweerde reeds in de eerste helft van de negentiende eeuw dat een gewoonte kan uitgroeien tot een rechtsregel voor zover zich onder de betrokken personen de overtuiging ontwikkelt dat er een juridische verplichting bestaat om volgens die gewoonte te handelen.[324] De gelijkenis met de maatstaven voor het aannemen van staatsrechtelijk gewoonterecht is onmiskenbaar. Het is ironisch dat het werk van de Historische School ten aanzien van de vaststelling van het staatsrechtelijk gewoonterecht in Nederland zo'n centrale rol inneemt, omdat de invloed van de Historische School op haar eigen vakgebied, het privaatrecht, altijd relatief bescheiden is gebleven.[325]

---

321 Struycken 1915, p. 180 = Struycken 1928, p. 198.
322 Zie par. II.3.4.2.1.
323 Struycken 1915, p. 181 = Struycken 1928, p. 199.
324 Puchta 1837, p. 33. Dooyeweerd toetst de vestiging van het parlementaire stelsel aan dezelfde criteria als Struycken en verwijst daarbij expliciet naar het werk van Puchta. Zie Dooyeweerd 1917, p. 29-30.
325 Vgl. in die zin Van den Bergh 1982, p. 44.

Struycken formuleert echter geen nadere richtsnoeren voor de toepassing van deze criteria, noch voorbeelden van regels buiten de werking van het parlementair stelsel die volgens hem aan die criteria voldoen. Hij geeft echter wel een verhelderende toelichting op het doel waaraan het gewoonterecht zou moeten beantwoorden. Aan de ene kant is hij zich ervan bewust dat

> 'door de aanvaarding van het gewoonterecht, naast het geschreven recht een onzeker element in de wetenschap wordt binnengeleid, welk feit zich hier in het staatsrecht zooveel ernstiger doet gevoelen dan in het private recht, omdat het orgaan – de rechter – ontbreekt, dat in eene vormelijke uitspraak over het al- of niet bestaan van den rechtsregel beslist'.[326]

Aan de andere kant stelt hij:

> '[D]it gebrek [d.w.z. de rechtsonzekerheid die gepaard gaat met de vaststelling van ongeschreven regels als rechtsregels, GJAG], aan alle gewoonterecht eigen, mag evenwel aan zijne erkenning en verwerking niet in den weg staan. Zoo de rechtswetenschap de werkelijkheid in hare ontwikkeling wil volgen, kan zij dit element der onzekerheid niet ontgaan. Beter dit element van onzekerheid dan eene rechtsbeschrijving, die niet aan de werkelijkheid beantwoordt.'

Hoewel Struycken waarschuwt tegen het te lichtvaardig aannemen van nieuwe regels van gewoonterecht, is het volgens hem dus essentieel dat het staatsrecht voldoende bij de staatkundige werkelijkheid blijft aansluiten.[327] Opvallend is dat er in het licht van deze benadering meer verwantschap tussen de opvattingen van Krabbe en Struycken bestaat dan Struycken heeft willen toegeven.[328] Immers, het pleidooi van Krabbe voor de bestudering van het recht in het licht van het 'rechtsbewustzijn' heeft eveneens mede tot doel om het staatsrecht te laten aansluiten bij de staatkundige werkelijkheid.

III.3.4.1.3 De ontwikkeling van gewoonterecht naar ongeschreven staatsrecht

Slechts zes jaar nadat Struycken in de eerste druk van zijn handboek het bestaan van een gewoonte als eis voor de aanneming van gewoonterecht introduceert, relativeert Van der Pot in zijn oratie deze stelling in vergaande mate. In zijn ogen kan een enkel precedent ertoe leiden dat een rechtsovertuiging ontstaat 'van zoodanige intensiteit, dat wij de aldus spontaan geboren norm als een rechtsnorm moeten aanvaarden'.[329] In zijn ogen is de conventie van 1868[330] daar bij uitstek een voorbeeld van, omdat het rechtskarakter van deze regel slechts te herleiden is tot de gebeurtenissen van

326 Struycken 1915, p. 180 = Struycken 1928, p. 198-199.
327 Vgl. in die zin ook Struycken 1913-1914, p. 628-629 = opgenomen in het deel 'Verschillende opstellen' in Struycken 1927, aldaar, p. 23-24.
328 Vgl. in die zin ook Witteveen 1988, p. 252-259.
329 Van der Pot 1921, p. 14-15. In die zin ook Van der Pot 1957b, p. 15-16.
330 Met de conventie van 1868 is gedoeld op de regel dat de regering niet tweemaal de Kamer mag ontbinden vanwege hetzelfde feit. Zie par. III.2.4.

1866-1868. Hoewel verschillende auteurs voor de aanneming van een regel van ongeschreven staatsrecht de eis bleven stellen dat de betreffende regel zijn oorsprong in een duurzame gewoonte vond,[331] zou de belangstelling voor de invulling van dit element in de loop van de twintigste eeuw steeds verder afnemen.

De oorzaak daarvan is eenvoudig. De introductie van het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in 1917 bracht mee dat de samenstelling van het kabinet niet langer direct afgeleid kon worden uit de verkiezingsuitslag, maar tevens afhankelijk was geworden van het verloop van een afzonderlijke formatieprocedure. Aanvankelijk zouden regering en parlement daarbij nog wel min of meer als zelfstandige organen tegenover elkaar staan.[332] Na de Tweede Wereldoorlog kwam daarin echter verandering, toen de regering in toenemende mate is gaan *samenwerken* met de Kamer*meerderheid* op basis van zogeheten regeerakkoorden. Vooral sinds de formatie van het kabinet-Marijnen in 1963 zijn regeerakkoorden een steeds belangrijkere invloed gaan uitoefenen op het functioneren van kabinetten. Als gevolg liggen de daadwerkelijke, in het openbaar uitgevochten, politieke tegenstellingen niet langer tussen regering en parlement als afzonderlijke organen, maar veeleer tussen de coalitie en de oppositie *binnen* regering én parlement.[333] Bij die ontwikkeling past ook het ontstaan van de vertrouwensregel, die vanaf 1922 langzamerhand in de plaats van de conventie van 1868 komt: vanaf dat moment is de centrale norm van het parlementaire stelsel dat de regering c.q. individuele ministers meteen dienen af te treden nadat de Tweede Kamer een wantrouwensvotum jegens haar c.q. hen heeft uitgesproken.[334]

Vooral vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw is het, mede onder invloed van deze ontwikkelingen, steeds minder gebruikelijk dat conflicten tussen regering en Tweede Kamer openlijk worden uitgevochten. Immers, als de kabinetsformatieprocedure eenmaal succesvol is afgerond, is er steeds een samenwerkingsverband tussen Kamerfracties gevormd dat, zolang alle daaraan deelnemende Kamerfracties zich gebonden achten aan het regeerakkoord, onderlinge conflicten in beginsel in intern verband kan oplossen c.q. voorkomen. Zolang er geen definitieve vertrouwensbreuk binnen de coalitie ontstaat, zal een openlijke activering van de vertrouwensregel daarom zelden voorkomen.[335] Paradoxaal genoeg wijst juist dat gegeven op de

331 Zie o.a. Kamphuisen 1935a, p. 105-116; Kramer 1942, p. 4.

332 Zie nader par. IV.2.2.

333 In die zin ook Witteveen 1988, p. 238-239.

334 Zie nader over de ontwikkeling van de vertrouwensregel par. IV.2.4.2.

335 Illustratief in dat verband is de laatste maal in de parlementaire geschiedenis dat de Tweede Kamer de vertrouwensregel met succes activeerde, namelijk toen de Kamer in december 2006 een motie van afkeuring jegens toenmalig demissionair minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie Verdonk (VVD) aannam. Op dat moment beschikte de coalitie niet langer over een meerderheid in de Tweede Kamer, waardoor de coalitie *alleen* niet langer over de mogelijkheid beschikte om de activering van de vertrouwensregel te voorkomen. In dit bijzondere geval heeft de activering van de vertrouwensregel overigens niet tot het aftreden van Verdonk geleid. Zie daarover nader par. IV.2.4.4.

grote invloed die deze regel nog altijd op het functioneren van het parlementaire stelsel heeft: de gevolgen van het uitspreken van een wantrouwensvotum door de Tweede Kamer zijn zo groot, dat de formatieprocedure er juist primair op is gericht om activering van de vertrouwensregel in de komende regeringsperiode te voorkomen.

Deze ontwikkeling illustreert ook dat een regel van gewoonterecht in meer algemene zin kan ontstaan na één precedent, mits er aan die regel een rechtsovertuiging ten grondslag ligt: dat de vertrouwensregel nog slechts zelden wordt geactiveerd, leidt er immers op zichzelf nog niet toe dat ook zijn bestaan ter discussie komt te staan. Het beperkte belang van het gewoonte-element verklaart volgens Witteveen waarom men in de loop der tijd de voorkeur is gaan geven aan de term 'ongeschreven staatsrecht' in plaats van 'gewoonterecht': niet de hoeveelheid gevallen waarin van activering van de vertrouwensregel sprake is geweest, maar het bestaan van de rechtsovertuiging bepaalt of een ongeschreven rechtsregel bestaat. Hoewel beide begrippen niet noodzakelijkerwijs samen hoeven te vallen,[336] zijn zij min of meer tot synoniemen van elkaar uitgegroeid. Aldus verdween de vraag over de invulling van dit gewoonte-element in de loop van de twintigste eeuw steeds verder naar de achtergrond.

De vaststelling van het tweede criterium voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht, de algemene rechtsovertuiging, heeft in de literatuur voor meer hoofdbrekens gezorgd; dat blijkt uit de pogingen die verscheidene auteurs hebben ondernomen om de door Struycken geformuleerde criteria te concretiseren. Vrijwel ieder van hen werkt zijn rechtsopvatting uit aan de hand van de zogeheten *opinio necessitatis*: een begrip dat tot uitdrukking brengt dat een gewoonterechtelijke regel pas rechtskarakter kan verkrijgen als daartoe een *noodzaak* bestaat. In de loop der tijd is dit begrip zo invloedrijk geworden dat de *opinio iuris* en de *opinio necessitatis* bij de feitelijke vaststelling van staatsrechtelijk gewoonterecht zijn uitgegroeid tot synoniemen van elkaar.

Het proefschrift van Kahn vormt de weerslag van een van de eerste pogingen om het rechtskarakter van sociale gedragsregels te funderen aan de hand van een *opinio necessitatis*.[337] Hij zoekt het bestaan van deze noodzaak in het al dan niet bestaan van de erkenning dat een bepaalde regel naleving verdient. Zolang het belang van de naleving van een gedragsregel niet ter discussie staat, is een dergelijke noodzaak volgens Kahn niet aanwezig. Als die vanzelfsprekendheid verdwijnt, zo vervolgt Kahn, verandert dat. Hij betoogt dat zodra 'onze psyche (…) ophoudt zich om den inhoud van een regel te bekommeren, en zich onafhankelijk daarvan veeleer aan zijn formeele gelding vastklemt en onderwerpt (…) zòò dra heeft deze den regel

336 Sommige auteurs hanteren een bredere definitie van de term 'ongeschreven staatsrecht'. Dölle schaart onder deze term bijvoorbeeld ook door rechters ontwikkelde normen en rechtsbeginselen. Zie Dölle 1983, p. 1160-1161 = Dölle 2014, p. 121-122; Dölle 1988, p. 193-220.

337 Kahn 1919, p. 227, ook voor het volgende citaat.

als rechtsnorm aangewezen'. De sociale gedragsnorm krijgt in de ogen van Kahn pas de vorm van een rechtsregel vanaf het moment dat er een algemene overtuiging bestaat op basis waarvan de regel deel van het recht moet worden, omdat de naleving van die regel anders niet langer vanzelfsprekend is. Een rechtsregel staat daarmee voor Kahn gelijk aan een afgedwongen regel. Van der Pot sluit zich in zijn oratie bij die conclusie aan, maar stelt tevens dat het afdwingen van de naleving van een regel niet voldoende is om aan te nemen dat die regel een rechtskarakter heeft.[338] Voorts stelt hij dat de betrokken actoren daarnaast moeten ervaren dat het *gerechtvaardigd* is als de naleving van de gewoonterechtelijke norm wordt afgedwongen.

Andere auteurs herleiden de bindende kracht van gewoonterechtelijke regels tot de menselijke rede. In die lijn betoogt Kamphuisen dat de mens een sociaal wezen is dat de plicht heeft om het algemeen belang na te streven. Volgens hem vormt de verzekering van rust en zekerheid tussen burgers een deel van dat algemeen belang. Als een burger een gewoonterechtelijke norm niet naleeft terwijl anderen dat wel doen, dan veroorzaakt hij in zijn ogen 'noodzakelijkerwijze onrust en twist, welke schadelijk is voor het algemeen welzijn'.[339] In de bescherming van dit algemene welzijn schuilt volgens Kamphuisen de bindende kracht van de gewoonte. Hij is van mening dat de naleving van de gewoonterechtelijke norm door een groot aantal personen erop wijst dat die norm ook redelijk is. In vergelijkbare zin betoogt Kranenburg dat er een 'algemeene wetmatigheid in de functie van het menschelijk rechtsbewustzijn' bestaat, die meebrengt dat mensen op gelijke feiten en verhoudingen op gelijke wijze reageren.[340]

Kramer fundeert de bindende kracht van gewoonterechtelijke regels in zijn proefschrift eveneens in de menselijke rede, maar is van mening dat het aannemen van een *algemeen* rechtsbewustzijn onaanvaardbaar is. Hij stelt dat mensen hun rechtsbewustzijn in beginsel niet aan dat van anderen hoeven aan te passen. Als iemand zich ook na 'een nauwkeurig onderzoek' niet wil aansluiten bij het rechtsbewustzijn van de meerderheid, dan kan hij, zo betoogt Kramer, zijn 'individuele rede-oordeel' blijven volgen.[341] Tegen die achtergrond is het ook verklaarbaar dat hij in dit kader een rol voor de rechter ziet weggelegd. Pas na rechterlijke erkenning kan het bestaan van een gewoonterechtelijke regel volgens Kramer met zekerheid worden aangenomen.[342] Het laatstgenoemde criterium van Kramer heeft echter geen sporen nagelaten in de literatuur. Verwonderlijk is dat niet, omdat rechterlijke inmenging in het politieke proces niet voor de hand ligt in het licht van de grondwettelijke bescherming van de autonomie van politieke organen.

338 Van der Pot 1921, p. 14. Zie ook Van der Pot 1957b, p. 15-16.
339 Kamphuisen 1935a, p. 77.
340 Kranenburg 1928, p. 139. Zie in die zin ook Kranenburg 1958, p. 124.
341 Kramer 1942, p. 28-29.
342 Kramer 1942, p. 4-11.

Ondanks de verwoede pogingen die de genoemde auteurs in het verleden hebben gedaan om vast te stellen wanneer een gewoonte het karakter van een rechtsregel krijgt, slaagt geen van hen erin om de consequenties van hun rechtsopvattingen nader uit te werken. Het is dan ook tekenend dat de meeste auteurs zich er niet aan wagen concrete voorbeelden van staatsrechtelijk gewoonterecht te formuleren buiten de sfeer van het parlementaire stelsel.

III.3.4.1.4 Balans

De ontwikkeling van het denken over buitengrondwettelijke, bindende regels in politieke verhoudingen is grofweg in twee perioden in te delen. De eerste periode, die grofweg geduurd heeft van 1880 tot 1921, kenmerkt zich mede onder invloed van de theorievorming over conventies in het Verenigd Koninkrijk, door een levendige discussie over de bindendheid van buitengrondwettelijke regels; in die periode kwam vast te staan dat (de voorlopers van) de vertrouwensregel, ondanks zijn (toen bestaande) strijd met de Grondwet, een bindende regel is.

In de tweede periode, die grofweg duurt van 1921 tot 1942, leidt het debat over dit onderwerp nauwelijks nog tot nieuwe inzichten. De belangrijkste oorzaak daarvan is dat buitengrondwettelijke, bindende regels geacht moeten worden deel uit te maken van het staats*recht* zonder dat duidelijk is wanneer een regel gedefinieerd zou moeten worden als rechtsregel. De relevante literatuur uit die tijd bevat vooral verslagen van zoektochten naar een rechtsbegrip waarvan er eigenlijk geen enkele geslaagd is; door hun hoge abstractiegehalte heeft geen van de destijds gedane voorstellen voor een nieuw rechtsbegrip de tand des tijds doorstaan. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de discussie over de inhoud van het rechtsbegrip na de Tweede Wereldoorlog zou verstommen.

III.3.4.2 De 'heersende leer' als basis voor de theorievorming over het ongeschreven staatsrecht

Na de Tweede Wereldoorlog zou de belangstelling van de staatsrechtswetenschap voor de theorievorming over het ongeschreven staatsrecht afnemen: de discussie over de inhoud van het rechtsbegrip zou plaatsmaken voor enige berusting over de onmogelijkheid om een universeel geldend rechtsbegrip vast te stellen. Als gevolg daarvan ontstond de zogeheten 'heersende leer' waarvan het uitgangspunt is dat de aanneming van ongeschreven rechtsregels nauwelijks mogelijk is. In deze subparagraaf komt de inhoud van deze leer aan de orde, aangevuld met de alternatieve benadering van Van der Hoeven.

III.3.4.2.1 De 'heersende leer' en haar inherente beperkingen

In zijn proefschrift formuleert Dölle op basis van een analyse van met name de vooroorlogse literatuur een 'heersende leer' die tot dusver de basis vormt voor de vaststelling van het ongeschreven staatsrecht in de Nederlandse lite-

ratuur.[343] Volgens deze leer geldt een regel als rechtsregel voor zover (i) ten minste een of meer precedenten op het bestaan van een gewoonte wijzen (de *usus*) en (ii) bij alle betrokken ambten de overtuiging bestaat dat het recht dwingt tot het volgen van die gewoonte (de *opinio necessitatis*, soms ook aangeduid als *opinio iuris*).

Hoewel in dit kader van een heersende 'leer' wordt gesproken, biedt zij nauwelijks houvast bij de vaststelling van het ongeschreven staatsrecht. Hoe problematisch zij uitpakt, blijkt uit het volgende citaat van Dölle:

> 'Het gewoonterecht kan geen rol spelen in discussies over wat in een concreet geval rechtens geboden is. Immers zodra de consensus – opinio necessitatis – bij de betrokken ambtsdragers en functionarissen ontbreekt, is er geen gewoonterechtelijke norm behalve in het uiterst theoretische geval van een hechte algemene rechtsovertuiging bij de bevolking.'[344]

Volgens de wijze waarop Dölle de heersende leer leest, kan het ongeschreven staatsrecht onmogelijk gedrag *voorschrijven*. Immers, volgens hem is het gewoonterecht per definitie een tautologie: aan het gewoonterecht komt een einde als ermee in strijd wordt gehandeld.[345] Inderdaad kan het gewoonterecht in de betekenis van de 'heersende' leer dan geen rol van betekenis spelen in staatsrechtelijke discussies.[346]

De oorzaak daarvan ligt echter, anders dan Dölle suggereert, niet in de aard van het gewoonterecht zelf. In plaats daarvan schuilt het probleem vooral in de subjectieve wijze waarop het criterium van de rechtsovertuiging (de *opinio iuris*) wordt ingevuld. Wil dit criterium ook maar enige betekenis kunnen hebben, dan moet het enigszins geobjectiveerd kunnen worden; anders is het ambt dat verantwoordelijk is voor de naleving van ongeschreven staatsrecht vergelijkbaar met een slager die zijn eigen vlees keurt. Het is daarom beter bij de invulling van de *opinio necessitatis*, in lijn met de letterlijke betekenis van dit begrip uit het Latijn, de (afwezigheid van de) rechtsovertuiging van de betrokken ambten te beoordelen in het licht van de opvattingen van *alle* betrokken organen over de noodzaak tot naleving van de (vermeende) norm. Op die manier is het mogelijk een schending van het ongeschreven staatsrecht (bijv. in de situatie waarin alle betrokken organen van tevoren te kennen hebben gegeven dat er een noodzaak tot naleving van een bepaalde norm van gewoonterecht bestaat, maar desondanks toch sprake is van veronachtzaming van de norm door (een van) de betrokken organen) enigszins te onderscheiden van de verdwijning van de ongeschreven rechtsregel (alle betrokken organen constateren eensgezind dat er geen noodzaak tot naleving van de norm meer bestaat).

---

343 Dölle 1988, p. 43. Vgl. in die zin ook Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 27-28.

344 Dölle 1988, p. 180.

345 In die zin ook Besselink 1989, p. 1208, nt. 10; Besselink 1991, p. 130, nt. 19.

346 Deze kwestie is niet uniek voor Nederland. Zie par. II.3.3.2.1 voor een bespreking van de hiermee vergelijkbare discussie in het Verenigd Koninkrijk.

Toch blijft het dan op zichzelf lastig de doctrine van het ongeschreven staatsrecht tot leven te wekken, omdat het bestaan van een ongeschreven rechtsregel afhankelijk is van de *behoefte* bij de betrokken ambten aan aanvullende regels. Een dergelijke behoefte bestaat bij de gratie van wat Witteveen een 'regelvacuüm' noemt:

> '[S]trikt genomen is er geen met zekerheid vast te stellen duidelijke regel, maar zodra de politieke behoefte aan een regel ontstaat kan het vacuüm met één uit meer regels gevuld worden. De spelregel die op een bepaald moment prevaleert noemt men "ongeschreven staatsrecht".'[347]

Tot dusverre heeft de politieke behoefte aan een rechtsregel alleen bestaan in de sfeer van het parlementair stelsel. Op zichzelf is het niet verwonderlijk dat daarbuiten geen regels tot ontwikkeling zijn gekomen die aan deze strenge eisen kunnen voldoen. Dat hangt samen met het volgende, door Belinfante omschreven, essentiële verschil tussen de sferen van recht en politiek:

> 'Het recht is door zijn aard en formulering statisch. De politieke wil is daarentegen de levende werkelijkheid zelf en dus van dag tot dag veranderlijk.'[348]

In dit citaat wordt impliciet uitgelegd waarom het ongeschreven staatsrecht volgens de 'heersende' leer in de praktijk geen betekenis *kan* hebben. De oorzaak daarvan ligt in het gebruik van een definitie van het recht als een statische, onveranderlijke regel. In deze benadering vormt de rechtszekerheid een belangrijke, zo niet de belangrijkste, waarde van het recht. In de politieke arena bestaat echter maar in heel beperkte mate behoefte aan nieuwe regels die aan dit rechtsbegrip beantwoorden, zoals ook Belinfante uitlegt: politieke ambtsbeklederS, van wier rechtsopvatting het bestaan van ongeschreven staatsrecht afhankelijk is, hebben immers zelden *behoefte* aan vaststaande, onveranderlijke regels. In dat licht is de doctrine van de heersende leer erop gericht de mogelijkheid van de vorming van nieuwe ongeschreven rechtsregels zoveel mogelijk te kunnen uitsluiten. Voor het ontstaan van nieuw *recht* is het in het licht van zijn statische karakter vooral van belang dat het een vaststaand gegeven vormt; een ongeschreven regel, waarvan de inhoud vrijwel per definitie enigszins onzeker is, zal zelden zo'n onveranderlijk karakter kunnen hebben.

Tegen deze achtergrond is het twijfelachtig of de heersende leer echt een volwaardige 'leer' vormt; van duidelijke, geconcretiseerde eisen voor de aanname van gewoonterecht is immers geen sprake.

347 Witteveen 1988, p. 240.
348 Belinfante 1982, p. 2.

III.3.4.2.2 De alternatieve benadering van Van der Hoeven

De nadruk van de 'heersende leer' op de grote moeilijkheid om op basis van objectieve criteria ongeschreven rechtsregels vast te stellen, neemt niet weg dat feitelijke ontwikkelingen in de staat van invloed kunnen zijn op het staatsrecht. Na de Tweede Wereldoorlog ontstond in toenemende mate aandacht voor deze gedachte.[349] Een belangrijke exponent daarvan is het proefschrift van Van der Hoeven over de plaats van de Grondwet in het geheel der constitutionele verhoudingen uit 1958. In dit boek ontvouwt Van der Hoeven de gedachte dat de inhoud van het constitutionele recht voor een belangrijk deel primair afhankelijk is van feitelijke ontwikkelingen in het staatsleven in plaats van de geldende normen die daarvan deel uitmaken. Hoewel de dissertatie van Van der Hoeven vooral betrekking heeft op de functie van het grondwettelijk recht in de staat, besteedt hij in zijn beschouwingen ook aandacht aan het ongeschreven staatsrecht in de staatkundige praktijk. De benadering van Van der Hoeven over deze groep regels verdient nadere bespreking, omdat zij het *functioneren* van het ongeschreven staatsrecht binnen het geheel van de staat in perspectief plaatst.

Volgens Van der Hoeven is de invloed van het ongeschreven staatsrecht op het handelen van regering en parlement per definitie beperkt. Zelfs als er onder de betrokken staatsinstellingen de rechtsovertuiging bestaat dat zij conform een bepaalde regelmaat moeten handelen, is de kwalificatie van de betreffende gewoonte als rechtsregel volgens hem van beperkte betekenis. In zijn ogen hebben criteria als de 'gewoonte' of de 'algemene rechtsovertuiging' een onderscheidende betekenis in rechtsgebieden, zoals het privaatrecht en het strafrecht waarin zich een onbepaalde veelheid aan handelingen tussen een onbepaald aantal personen afspeelt.[350] In de ogen van Van der Hoeven heeft het staatsrecht echter een totaal ander karakter, omdat de in dat rechtsgebied geldende normen juist betrekking hebben op een beperkt aantal adressaten.[351] Van der Hoeven wijst erop dat er maar één drager van de Kroon, één Staten-Generaal en één ministerraad bestaat. Het onderscheiden van het gewoonterecht als afzonderlijke bron van het constitutionele recht zou daarom volgens hem op zichzelf 'geen betekenis' hebben.[352]

In plaats daarvan is de gelding van het constitutionele recht volgens Van der Hoeven primair afhankelijk van feitelijke ontwikkelingen in het staatsbestel. Hij acht het daardoor niet mogelijk dat gewoonten, die een 'tendens tot historische fixatie' hebben, enige onderscheidende waarde bezitten. Hij acht het niet uitgesloten dat staatsinstellingen zich juridisch verplicht voe-

349 Zie nader par. III.4.4.

350 Van der Hoeven 1958, p. 103.

351 Van der Hoeven 1958, o.a. p. 41, 98. Dit is ook de gedachte die aan de algemene theorie van Van der Hoeven over de geringe normatieve kracht van de Grondwet ten grondslag ligt. De mogelijke kritiek op deze gedachte blijft op deze plaats buiten beschouwing, omdat zij in meer algemene zin op het werk van Van der Hoeven van toepassing is. De algemene kritiek op het werk van Van der Hoeven komt aan de orde in par. III.4.3.

352 Van der Hoeven 1958, p. 103, ook voor het volgende citaat.

len volgens een bepaalde gewoonte te blijven handelen. Als dat het geval is, staat dat volgens Van der Hoeven echter los van de gelding van het gewoonterecht als zodanig. In zijn woorden is het dan 'niet de herhaling, die de nieuwe regel schept samen met een besef van behoren; de herhaling is een gevolg, niet de oorzaak, van de gewijzigde rechtsregel'. Volgens Van der Hoeven hadden de gebeurtenissen van 1866-1868 dan ook niet de vestiging van de conventie van 1868 als rechtsregel tot gevolg, maar vormden zij veeleer een demonstratie van de gelding van die regel.[353] Volgens die benadering zouden de gebeurtenissen van 1866-1868 geen invloed hebben gehad op het bestaan van de vertrouwensregel. In de ogen van Van der Hoeven had de rechtsovertuiging die aan deze regel ten grondslag ligt zich in de periode tussen de vaststelling van de Grondwet in 1848 en het plaatsvinden van deze gebeurtenissen gevormd.

Hoewel het twijfelachtig is of Van der Hoevens opmerking over de feitelijke en juridische betekenis van de gebeurtenissen van 1866-1868 juist is,[354] getuigt zijn analyse wel van een vernieuwende kijk op het functioneren van het ongeschreven staatsrecht. In het kort komt Van der Hoevens opvatting erop neer dat de erkenning van een aparte categorie van *gewoonterecht* als rechtsbron geen toegevoegde waarde heeft, omdat de 'gewoonte' en de 'algemene rechtsovertuiging' onvoldoende onderscheidend vermogen hebben om de vaststelling van dergelijke regels mogelijk te maken. In plaats daarvan is het feitelijke handelen van deze staatsinstellingen volgens hem bepalend voor de inhoud van het constitutionele recht. Eventuele normen die uit dergelijke feitelijke gedragingen voortvloeien, duidt Van der Hoeven aan als *ongeschreven staatsrecht*.[355] De termen 'gewoonterecht' en 'ongeschreven staatsrecht' hebben dus in dit beeld ieder weer een duidelijke, van elkaar te onderscheiden, betekenis.

De benadering van Van der Hoeven is niet onweergesproken gebleven, ook niet voor wat betreft zijn opvattingen over de beperkte betekenis van het gewoonterecht. In zijn recensie van Van der Hoevens proefschrift merkt Logemann op dat Van der Hoeven geen alternatieve criteria biedt aan de hand waarvan vaststelling van ongeschreven rechtsregels in de politieke sfeer mogelijk is. Hij vraagt zich af wat 'men dán aan de feiten [moet] kunnen aflezen, om te mogen spreken van ongeschreven *recht*?'.[356] Volgens Logemann is de stelling van Van der Hoeven dat het recht uit de feiten volgt

353 Van der Hoeven 1958, p. 100.

354 Het lijkt er eerder op dat zich pas na de periode 1866-1868 bij de betrokken organen de rechtsovertuiging vormde dat bij de Staten-Generaal het politieke overwicht in hun relatie met de regering berustte; de onduidelijkheid die hierover in ieder geval nog in de jaren 1870 bestond, illustreert dit. Zie par. III.3.4.1.1.

355 In zijn oratie van twee jaar later nuanceert Van der Hoeven deze gedachte aanzienlijk door een onderscheid te maken tussen het feitelijke begrip 'regelmaat' en het normatieve begrip 'norm'. Zie par. III.4.3.3.

356 Logemann 1958, p. 422 (cursivering in origineel, GJAG). In feite is deze kritiek vergelijkbaar met de kritiek van Struycken op het werk van Krabbe. Zie par. III.3.4.1.2.

nog onvoldoende concreet, omdat het daarvoor duidelijk moet zijn *welke* feiten mogen spreken. De vaststelling van ongeschreven rechtsregels zal noodzakelijkerwijs altijd een waarderende keuze moeten inhouden.[357] Op de vraag wat in dat kader de geëigende methode voor het maken van een dergelijke keuze is, blijft Van der Hoeven, zoals Logemann terecht opmerkt, het antwoord schuldig. Van der Hoevens benadering omtrent het ongeschreven staatsrecht is dan ook zonder invloed in de Nederlandse literatuur gebleven.

III.3.4.2.3 Balans

De discussie over de aanneming van ongeschreven rechtsregels staat in het teken van de verhouding tussen feit en norm. Aan de beide hier besproken opvattingen over dit thema valt dat ook op. Aan de ene kant legt de heersende leer een grote nadruk op het bestaan van een norm, waarvoor strenge rechtszekerheidseisen gelden. Aan de andere kant ligt in Van der Hoevens benadering juist een grote nadruk op de invloed van feitelijke ontwikkelingen in het staatsbestel. Aan beide benaderingen kleeft een bezwaar: wie de heersende leer volgt, dreigt voor het recht relevante feitelijke ontwikkelingen uit het oog te verliezen, terwijl wie Van der Hoevens benadering volgt niet over een maatstaf beschikt om feiten van normen te onderscheiden.

III.3.4.3 Huidige benaderingen in de literatuur

Uit de bespreking van de heersende leer en de benadering van Van der Hoeven volgt dat de theorievorming over het ongeschreven staatsrecht zich beweegt rond een spanning tussen feiten en normen: in de eerste benadering ligt een relatief grote nadruk op de gedachte dat het ongeschreven staatsrecht dient te bestaan uit *normen* die alleen kunnen gelden als hun aanneming voldoet aan strenge (rechtszekerheids)eisen, terwijl in de tweede benadering feitelijke ontwikkelingen eenvoudiger bij het staatsrecht betrokken kunnen worden.

De benaderingen die in de huidige literatuur zijn te onderscheiden, de zogeheten terughoudende respectievelijk soepelere, gedifferentieerde benaderingen, vormen hier tot op zekere hoogte een equivalent van.[358] Volgens de eerste, terughoudende, benadering dienen er voor de vaststelling van het ongeschreven recht strenge eisen te gelden, omdat alleen in uitzonderlijke gevallen ruimte voor ongeschreven rechtsregels kan bestaan. De aanhangers van deze benadering geloven dat het op deze manier mogelijk is om te voorkomen dat bepaalde politieke wensen het stempel van 'recht' krijgen. Binnen de tweede, soepelere, gedifferentieerde, benadering bestaat er daarentegen meer ruimte voor de aanmerking van gewoonten als rechtsregels,

357 Logemann 1958, p. 422-423. In die zin ook Duynstee 1959, p. 310-311.

358 Er is nog een benadering in de literatuur te vinden die van de twee hier genoemde te onderscheiden is, namelijk die van Hirsch Ballin. Zij is te vinden in zijn preadvies over object en methode van de staatsrechtswetenschap uit 1982 en komt aan de orde in par. III.5.3.3.2.

omdat het aanbrengen van een scherpe scheiding tussen feit en recht niet mogelijk zou zijn.

Op deze plaats komen beide benaderingen aan bod.

III.3.4.3.1 De terughoudende benadering

Zonder twijfel is de terughoudende benadering dominant in de literatuur. Auteurs die deze benadering voorstaan hanteren in ieder geval de criteria van de 'heersende leer'. Dat betekent dat voor de aanname van een regel van ongeschreven staatsrecht er een of meer precedenten respectievelijk een algemene rechtsovertuiging dienen te bestaan.[359]

Enkele andere auteurs zijn van mening dat er naast deze, uit de heersende leer voortvloeiende eisen, nog aanvullende eisen voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht moeten gelden. Een van hen is Donner, volgens wie deze aanvullende eis inhoudt dat het ongeschreven staatsrecht 'noodzakelijk moet zijn voor het in stand houden van de staat als besluitvaardige en bekwame handelingseenheid'.[360] Volgens hem heeft het stellen van deze aanvullende eis tot doel dat niet al te lichtvaardig nieuwe regels van gewoonterecht worden aangenomen, gelet op de invloed die meerderheden in steeds 'voorbijgaande of wisselende aard' op het functioneren van het Nederlands staatsbestel hebben. Zonder het stellen van een aanvullende eis aan de aanneming van nieuwe ongeschreven rechtsregels, zo betoogt Donner, komen algauw nieuwe regels van gewoonterecht tot stand die tezamen 'een zonderlinge postzegelverzameling van tegenstrijdige brokken' vormen.[361] Naast de mogelijke, onderlinge tegenstrijdigheden die tussen nieuw aan te nemen ongeschreven regels zouden kunnen ontstaan, wijst Donner op nog een ander gevaar. In zijn ogen zijn ongeschreven praktijken en afspraken tussen staatsinstellingen van veranderlijke aard. De betiteling van dergelijke, zich voortdurend wijzigende regels als rechtsregels zou volgens Donner de indruk versterken 'dat het staatsrecht zeer broos is en aan de politieke gedienstigheden van het ogenblik onderworpen'.[362] Wat Donner betreft zouden zo 'de paar eisen van staatsrecht, waar men niet van af kan en mag gaan, in hun kracht [worden] ondergraven'. Het stellen van een extra eis aan het aannemen van gewoonterecht helpt aldus bij het maken van een zorgvuldig onderscheid tussen recht en praktijk en zou aldus een bijdrage

359 Sommige auteurs sluiten zich bij de terughoudende benadering aan zonder te expliciteren of zij naast de 'heersende leer' nog aanvullende eisen aan de aanneming van ongeschreven staatsrecht stellen. In die zin o.a. Bovend'Eert 1988b, p. 662; De Reede 1989, p. 768; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 21.

360 Van der Pot/Donner 1983, p. 163. Ook in de latere door Prakke e.a. bewerkte drukken is dit criterium terug te vinden. Zie Van der Pot & Donner/Prakke e.a. 2001, p. 170-171. In de drukken erna die Elzinga e.a. voor hun rekening namen wordt afstand genomen van deze terughoudende benadering. Zie Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 191. De visie uit de laatste drukken, die in feite neerkomt op de door Elzinga verdedigde benadering, komt verderop in deze subparagraaf nog aan de orde.

361 Van der Pot/Donner 1983, p. 162-163; Van der Pot & Donner/Prakke e.a. 2001, p. 170-171.

362 Donner 1982a, p. 56, ook voor het volgende citaat.

leveren aan de bescherming van zowel de geldende geschreven regels als de beginselen van staatsrecht.

In vergelijkbare zin heeft Dölle zich geuit. Hij merkt op dat de introductie van nieuwe ongeschreven rechtsregels in het parlementaire debat geregeld opduikt als 'een strijdmiddel' van politici om hun politieke wensen extra kracht bij te zetten.[363] In de ogen van Dölle is deze ontwikkeling echter onwenselijk. In zijn ogen vormt de opvoering van dergelijke nieuwe ongeschreven rechtsregels vaak '"just another word" voor zeer vrije interpretatie' van het staatsrecht.[364] Hij acht dit gebruik van het ongeschreven recht problematisch, omdat het rechtsbegrip daardoor zou eroderen. Volgens Dölle dreigt het staatsrecht in het licht van die ontwikkeling te verworden tot 'een geprostitueerde wetenschap, een discipline die rationalisaties moet verschaffen voor politieke wensen, een ledepop die daarbuiten geen voor de practicus relevante functie vervult'.[365]

Kortmann en de bewerkers van zijn handboek zijn om een vergelijkbare reden terughoudend met het aannemen van nieuwe regels van ongeschreven staatsrecht. In de ogen van Kortmann c.s. zou de bestempeling van een gewoonterechtelijke regel als rechtsregel slechts mogelijk moeten zijn voor zover die regel 'de bestendigheid van het staatsbestuur' beschermt.[366] Kortmann c.s. lijken zich ervan bewust te zijn dat slechts weinig regels aan deze strenge eisen voldoen. Sterker nog, volgens hen is dat juist de bedoeling van deze strenge eisen, omdat die bijdragen aan de bescherming van het open karakter van het staatsbestel. Als die openheid te veel zou worden opgevuld met ongeschreven rechtsregels, dient het staatsrecht volgens Kortmann c.s. steeds te worden gewijzigd. Op die manier verliest het staatsrecht volgens Kortmann en de bewerkers van zijn handboek de stabiliteit en bestendigheid die het juist zo hard nodig heeft.

Het is echter twijfelachtig of het stellen van deze extra eis toegevoegde waarde heeft. Sillen, die zich bij de terughoudende benadering aansluit, merkt bijvoorbeeld terecht op dat het stellen van een extra eis aan het vaststellen van gewoonterecht naast de reeds bestaande eisen weinig verschil maakt ten opzichte van de eisen van de 'heersende leer', omdat ook zonder het stellen van een aanvullende eis het aantal regels van ongeschreven staatsrecht beperkt blijft.[367] Bovendien is het volgens hem onduidelijk wie vaststelt of aan deze voorwaarde is voldaan. Hij acht het niet de taak van wetenschappers om een regel aan deze voorwaarde te toetsen.

Elzinga, die anders dan Sillen gedeeltelijk afstand neemt van de terughoudende benadering, voegt daar nog aan toe dat de toegevoegde waarde

363 Dölle 1983, p. 1160 = Dölle 2014, p. 121. Vgl. ook Dölle 1988, p. 11.
364 Dölle 1988, p. 295.
365 Dölle 1979, p. 322.
366 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 28. Zie voor de bijbehorende citaten uit het werk van Kortmann c.s. par. I.2.
367 Sillen 2011a, p. 1487.

van deze aanvullende voorwaarde inherent beperkt is.[368] In zijn ogen heeft iedere regel van ongeschreven staatsrecht tot doel om de bestendigheid van het staatsbestuur te beschermen, omdat de bescherming van deze waarde een algemeen doel van regelstelling is. Er zou dan ook volgens hem geen reden zijn om aan te nemen dat het staatsbestel dreigt te verstarren als deze eis niet zou gelden. Inderdaad lijken er afgezien van de vertrouwensregel geen regels aan de overige twee eisen van de 'heersende leer', namelijk de gewoonte en de rechtsovertuiging, te kunnen voldoen. Er is daarom geen praktische noodzaak tot het stellen van een eis die de strenge eisen van de 'heersende leer' aanvult.

Meer in het algemeen heeft Elzinga ook andere bezwaren tegen deze benadering. Terecht constateert hij dat deze benadering niet is gebaseerd op 'een duidelijk omschreven rechtsbegrip', maar wordt gepresenteerd 'als een soort gezond-verstand-benadering om misbruik van ongeschreven recht door politici tegen te gaan'.[369] De terughoudende benadering van ongeschreven staatsrecht is dan ook niet zozeer een leer die zich voor concrete toepassing leent, maar een filosofie die slechts één concreet doel lijkt te hebben: het tegengaan van de aanneming van nieuwe regels van ongeschreven staatsrecht. Elzinga heeft vooral bezwaar tegen de toepassing van deze terughoudende benadering over de volle breedte van het staatsrecht, omdat zij ertoe zou leiden dat de categorie van het ongeschreven staatsrecht enigszins 'wordt weggezet' met een beroep op de binnen die benadering geldende strenge criteria. Aldus staat deze leer volgens Elzinga aan een 'adequaat werkzaam stelsel' van ongeschreven staatsrecht in de weg. In zijn ogen vormt een gedifferentieerde benadering in dit kader een goed alternatief voor de hier besproken benadering.

III.3.4.3.2 De gedifferentieerde benadering

Volgens de tweede benadering, waarvan Elzinga de belangrijkste aanhanger is, zou daarentegen in sommige gevallen juist ook ruimte voor *verlaging* van de eisen voor het aannemen van gewoonterecht moeten zijn.[370] Ook de aanhangers van deze benadering erkennen dat het Nederlandse staatsbestel een open karakter heeft waarin voor ideologie en andersoortige normatieve opvattingen nauwelijks plaats is. Voor Elzinga vormt het open karakter van het staatsbestel echter de aanleiding om zich juist *niet*, althans niet volledig, bij de hiervoor besproken terughoudende benadering aan te sluiten.

Hoewel hij het met de aanhangers van de terughoudende benadering eens is dat een te snelle aanname van ongeschreven rechtsregels tot een vervaging van het onderscheid tussen recht en praktijk kan leiden, heeft deze opvatting in zijn beleving ook een duidelijke keerzijde. Het ontbreken van

368 Elzinga 2003, p. 15.
369 Elzinga 2003, p. 24, ook voor de volgende twee citaten (op p. 7).
370 Een pleidooi voor deze benadering is te vinden in Elzinga & Wisse 1988, m.n. p. 65-76; Elzinga 2003, p. 5-28; Van der Pot/Elzinga e.a. 2014, p. 191.

een (uitputtende) regeling over een bepaald onderwerp in de Grondwet impliceert volgens Elzinga niet noodzakelijkerwijs dat het niet mogelijk is over dat onderwerp (of het niet-geregelde onderdeel ervan) normatieve uitspraken te doen.

Sterker, onder omstandigheden is het in de ogen van Elzinga noodzakelijk dergelijke uitspraken juist *wel* te doen. Ironisch genoeg heeft deze opvatting van Elzinga dezelfde achtergrond als die van de hiervoor besproken terughoudende benadering: voorkoming van marginalisering van het (geschreven) constitutionele recht. Het verschil tussen beide benaderingen heeft betrekking op de gevolgen die hun respectieve aanhangers toeschrijven aan de bemoeilijking van het aannemen van ongeschreven rechtsregels. Elzinga bestrijdt de opvatting van de 'terughoudenden' dat het verhogen van de eisen voor de aanname van nieuwe ongeschreven rechtsregels altijd behulpzaam is bij het maken van een onderscheid tussen recht en praktijk. Volgens Elzinga hebben feitelijke ontwikkelingen in het staatsleven een grotere juridische relevantie dan de aanhangers van de terughoudende benadering willen erkennen.[371]

Juist in het licht van het open karakter van het Nederlandse staatsbestel is het volgens Elzinga problematisch om slechts oog te hebben voor wat er wél in de Grondwet is geregeld, omdat dat op een belangrijk aantal terreinen weinig of zeer weinig is. Volgens Elzinga is het daarom binnen de terughoudende benadering verleidelijk om ook de normatieve kracht van het *geschreven* constitutionele recht te vergaand te relativeren. In zijn woorden is het volgens hem 'maar een kleine (en een voor veranderingsgezinden verleidelijke) stap om de Grondwet als geheel of op onderdelen te beschouwen als een verwaarloosbare grootheid (…) waar niet werkelijk serieus mee behoeft te worden gerekend'.[372] Kortom, de 'terughoudenden' geloven dat het bemoeilijken van de aanname van nieuwe ongeschreven rechtsregels voorkomt dat het onderscheid tussen recht en praktijk vertroebelt, terwijl Elzinga van mening is dat binnen die opvatting de praktijk het recht overwoekert.

Het gaat echter ook Elzinga te ver de terughoudende benadering ten aanzien van de aanname van ongeschreven staatsrecht volledig af te wijzen. Hij is van mening dat een versoepelde toepassing van de criteria voor het aannemen van ongeschreven rechtsregels niet op haar plaats is ten aanzien van (vermeende) normen 'die op gespannen voet [staan] met de oorspronkelijke bedoeling van de (grond)wetgever'.[373] Volgens hem is de vertrouwens-

371 Elzinga 2003, p. 11. In dit kader verwijst Elzinga naar het werk van Van der Hoeven. Zoals verderop in deze paragraaf nog aan de orde komt, is Elzinga anders dan Van der Hoeven niet van mening dat een feitelijke ontwikkeling in het staatsleven ook de weerslag vormt van een verandering in het constitutionele recht.

372 Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 71 = Elzinga 2020, p. 177. Zie in die zin ook Elzinga & Wisse 1988, p. 70. Volgens Elzinga is dit de zogeheten 'valkuil van Van der Hoeven'. Zie nader par. III.4.4.3.

373 Elzinga 2003, p. 13.

regel een goed voorbeeld van een dergelijke ongeschreven rechtsregel met een *contra-legem*-karakter, omdat deze norm aanvankelijk haaks stond op de bedoeling van de (grond)wetgever. Elzinga merkt op dat het in dat licht alleen mogelijk was om de conventie van 1868 ten tijde van haar ontstaan als rechtsregel te erkennen, omdat er toen een rechtsovertuiging bestond waarvan 'niet alleen binnen de sfeer van parlement en regering, maar ook ruim daarbuiten blijk [werd] gegeven'.[374] Hij sluit zich aldus aan bij de terughoudende benadering voor zover zij betrekking heeft op het ontstaan van ongeschreven regels die *contra legem* werken.

Elzinga vindt het gebruik van de terughoudende benadering echter onwenselijk ten aanzien van ongeschreven normen die uitdrukkelijk de ruimte van open normen uit de Grondwet of de wet invullen. In algemene zin denkt hij dan bijvoorbeeld aan de homogeniteitsregel en de verplichting van bewindslieden, leden van de Staten-Generaal en leden van Hoge Colleges van Staat om over hun gesprekken met het staatshoofd geen uitspraken te doen ('het geheim van Noordeinde').[375] In een monografie die hij samen met Wisse heeft geschreven onderscheidt hij daarnaast, meer specifiek, allerlei regels in de intern-parlementaire sfeer, bijvoorbeeld op het terrein van het verloop van stemmingen en de verdeling van spreektijd.[376]

Al deze regels, die of ongeschreven zijn of in een reglement van orde zijn opgenomen, hebben volgens Elzinga niet tot doel om af te wijken van wet of Grondwet. Hij is van mening dat hun *praeter-* of *intra-legem*-karakter het rechtvaardigt om lagere eisen te stellen aan hun karakterisering als rechtsregels.[377] Wie volgens Elzinga het rechtskarakter van deze groep regels afhankelijk stelt van (zeer) strenge rechtszekerheidseisen, zoals de aanhangers van de terughoudende benadering in zijn ogen doen, ontkent dat deze regels een andere functie hebben dan ongeschreven normen die *contra legem* werken. Het bijzondere karakter van deze groep regels blijkt volgens Elzinga uit de 'belangrijke structurerende en ordenende rol' die zij vervullen 'inzake het bij de tijd houden van het Nederlandse politieke en parlementaire stelsel'.[378] Volgens Elzinga is het tegen die achtergrond gerechtvaardigd om deze regels als ongeschreven *recht* te bestempelen. Hij acht het op zichzelf ook mogelijk om deze *intra legem* werkende normen aan te duiden met andersoortige begrippen zoals gewoonten, spelregels of conventies. Hij kiest er echter bewust voor om deze begrippen niet te gebruiken, omdat in hun gebruik in de Nederlandse begripsvorming een gebrekkige, juridische nor-

374 Elzinga 2003, p. 13. In die zin Elzinga & Wisse 1988, p. 69. Deze invulling van het *opinio-iuris*-criterium lijkt enigszins af te wijken van die van Kortmann c.s. en Dölle. Zie voor hun posities nader par. III.3.4.3.1. Vgl. over de verhouding tussen de conventie van 1868 en het positieve staatsrecht par. III.3.4.1.1.

375 Elzinga 2003, p. 15-16. Zie nader over de homogeniteitsregel par. IV.3.3.2 en over het geheim van Noordeinde par. IV.3.2.3.

376 Elzinga & Wisse 1988, p. 66-67.

377 Elzinga 2003, p. 14.

378 Elzinga 2003, p. 21, 25.

mativiteit besloten zou liggen.[379] Zolang deze begrippen die implicatie hebben, acht hij het beter uitdrukkelijk het ongeschreven staatsrechtbegrip voor deze normen te reserveren.

Het voorstel van Elzinga om de criteria voor de aanname van ongeschreven staatsrecht te differentiëren heeft niet of nauwelijks tot inhoudelijke reacties in de staatsrechtswetenschap geleid. In reactie op het betoog van Elzinga blijven aanhangers van de terughoudende benadering primair benadrukken dat versoepeling van de eisen voor het aannemen van nieuwe normen van ongeschreven recht twijfel in de hand werkt over wat in de politieke sfeer rechtmatig is en wat niet.[380] Zij impliceren daarmee dat dat ook zou moeten gelden voor de door Elzinga onderscheiden *intra legem* werkende normen, maar zij beargumenteren niet waarom dat zo zou moeten zijn.

III.3.4.3.3 Balans

Uit deze bespreking van de twee hedendaagse benaderingen rond de aanneming van ongeschreven staatsrecht, blijkt dat het inherent problematisch is ongeschreven rechtsregels aan te nemen. Idealiter beantwoorden aan te nemen ongeschreven normen aan strenge rechtszekerheidseisen, maar vanwege het veranderlijke karakter van het politieke leven zal vrijwel geen enkele regel daaraan kunnen beantwoorden. Bijgevolg is het nauwelijks mogelijk een bevredigende doctrine van het ongeschreven staatsrecht te ontwikkelen.

Volgens de terughoudende benadering zal een ongeschreven regel vrijwel nooit kunnen voldoen aan de strenge, daarvoor geldende, rechtszekerheidseisen. Het nadeel van deze benadering is dat zij zo in potentie het ontstaan in de hand werkt van een normatief vacuüm in de constitutie. De gedifferentieerde benadering is daarentegen genuanceerder; daarbinnen geldt een onderscheid tussen ongeschreven normen die op gespannen voet staan met de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever enerzijds en ongeschreven normen die het geldende staatsrecht structureren en ordenen anderzijds. Volgens deze benadering is versoepeling mogelijk van de strenge eisen voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht, voor zover het daarbij om normen gaat die het positieve recht aanvullen. Voor (vermeende) normen die op gespannen voet staan met de bewoordingen van de Grondwet geldt dat echter niet; ook volgens deze benadering kunnen die alleen deel van het (ongeschreven) staatsrecht uitmaken voor zover zij kunnen voldoen aan de door de 'terughoudenden' gehanteerde strenge rechtszekerheidseisen.

Op zichzelf verdient deze gedifferentieerde benadering steun; het verschil tussen beide soorten normen rechtvaardigt het hanteren van verschillende criteria voor de vaststelling van ongeschreven staatsrecht dat wel res-

379 Elzinga & Wisse 1988, p. 71; Elzinga 2003, p. 15. Zie over de vermeende gebrekkige normativiteit van de conventie o.a. par. III.5.2 en par. III.5.3.3.2.

380 Vgl. in die zin o.a. Bovend'Eert 1988b, p. 662; Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 21.

pectievelijk niet op gespannen voet met de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever staat. Toch kleeft aan de gedifferentieerde benadering ook een belangrijk bezwaar. Zij impliceert dat nieuwe feiten – al dan niet binnen de grenzen van het geldende positieve recht – eenvoudig voor nieuwe *rechts*regels kunnen worden aangezien; het bezwaar van die benadering is dat het staatsrecht dan zijn openheid verliest, waardoor de duidelijkheid over wat al dan niet het geldend recht is onder druk kan komen te staan.

III.3.4.4 Tussenconclusie: de vaststelling van ongeschreven staatsrecht en de spanning tussen feit en norm

In de historische ontwikkeling van de doctrine van het ongeschreven staatsrecht is een grote mate van continuïteit te zien. Nog altijd zijn de door Struycken in 1915 geïntroduceerde criteria, namelijk de gewoonte en de algemene rechtsovertuiging, in de dominante benadering rond de vaststelling van het bestaan van deze categorie regels zichtbaar. Hoewel deze heersende leer *naar haar vorm* de tand des tijds heeft doorstaan, had *haar geest* echter niet verder van de manier van denken van Struycken af kunnen staan. In de Nederlandse staatsrechtswetenschap heeft de doctrine van het ongeschreven staatsrecht zich sinds 1915 juist gekenmerkt door een toenemende terughoudendheid met het aannemen van nieuwe ongeschreven rechtsregels. Het belangrijkste argument voor het betrachten van die terughoudendheid is het gebrek aan rechtszekerheid dat daarmee gepaard zou gaan. Volgens Struycken was rechtsonzekerheid echter te verkiezen boven 'eene rechtsbeschrijving, die niet aan de werkelijkheid beantwoordt'. Toch was dat makkelijker gezegd dan gedaan; ook Struycken slaagde er immers niet in een concrete doctrine te ontwikkelen waarmee het mogelijk is om de constitutie aan de hand van ongeschreven rechtsregels dichter bij de werkelijkheid te brengen.

Nog altijd ontbreekt in de literatuur een bevredigende benadering van het ongeschreven staatsrecht. Wie een regel van ongeschreven staatsrecht wil vastleggen, zal immers het risico lopen ofwel in een normatief vacuüm terecht te komen ofwel de openheid van het staatsrecht in gevaar te brengen. Op basis van de hier besproken literatuur is dat onontkoombaar in het licht van de door de Nederlandse constitutie aan het politieke bedrijf toegekende autonomie. De politieke behoefte aan de formulering van concrete, gefixeerde rechtsplichten is nu eenmaal beperkt. Toch is dat onbevredigend, omdat dat tot de conclusie zou leiden dat politieke organen een vrijbrief hebben om louter naar bevind van zaken te handelen. Op deze plaats kan het vooralsnog bij deze constatering blijven.[381]

381 Zie nader over het ongeschreven staatsrecht par. III.5.3.3.

III.3.5 Slot

Als een rode draad liep het begrip 'continuïteit' door dit hoofdstuk: in de ontwikkeling van zowel het grondwetsdenken als de doctrine van het ongeschreven staatsrecht hebben relatief weinig veranderingen plaatsgevonden. Nog altijd lijken beide rechtsbronnen een stabiel baken te vormen binnen het geheel van de constitutie. Evenmin vormt de afwezigheid van een (rechterlijk) orgaan dat bindend het geldende constitutionele recht in politieke verhoudingen kan interpreteren en toepassen op dit punt een (concreet) probleem.

Toch is 'continuïteit' niet het enige begrip dat kenmerkend is voor de geschiedenis van (het denken over) de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht, omdat zich gedurende de afgelopen periode van ruim tweehonderd jaar ook één elementaire *verandering* heeft voorgedaan: de feitelijke werkelijkheid is in toenemende mate van het geldende staatsrecht verwijderd geraakt. Aan die verandering heeft in ieder geval ten dele een bewuste keuze van de grondwetgever ten grondslag gelegen; door bij de algehele herziening van de Grondwet in 1983 een flink aantal onderwerpen te deconstitutionaliseren, liet hij de nodige ruimte om deze feitelijke ontwikkelingen zonder juridische obstakels te laten plaatsvinden. Met behulp van de herzieningsoperatie die in 1983 was voltooid, verkleinde de grondwetgever de noodzaak tot het doorvoeren van regelmatige herzieningen van de Grondwet die in de jaren vijftig, zestig en zeventig nog nodig waren om haar bij de tijd te houden. Het resultaat van die keuze is een grondwet met een relatief open karakter.

In het licht van dat karakter gelden voor de interpretatie van de bepalingen uit de Grondwet deels andere uitgangspunten dan voor de uitleg van reguliere wettelijke voorschriften: haar uitlegging dient plaats te vinden in het licht van de context van het voorliggende probleem, mede op basis van de (hedendaagse) opvattingen van de grondwetgever. Daaruit volgt dat de afwezigheid van een concrete rechtsplicht in een voorliggend geval nog niet op het bestaan van een normatief vacuüm hoeft te wijzen.

In feite draagt het ongeschreven staatsrecht op dit punt een met het grondwettelijk recht vergelijkbaar karakter. Al aan het begin van de twintigste eeuw bestond er in de staatsrechtswetenschap een vrijwel algemene acceptatie van de mogelijkheid van het ontstaan van ongeschreven *rechts*regels. Sinds de vrijwel algemene acceptatie van het bestaan van ongeschreven rechtsregels als zodanig aan het begin van de twintigste eeuw zijn buiten de sfeer van het parlementaire stelsel echter niet of nauwelijks, althans volgens de dominante 'terughoudende' benadering, nieuwe, concrete rechtsregels tot ontwikkeling gekomen. Op zichzelf is dat begrijpelijk, omdat het onderscheidend vermogen van het bindende recht ten opzichte van de open, politieke sfeer anders verloren dreigt te gaan.

De toepassing van de terughoudende benadering in de staatsrechtswetenschap is echter doorgeschoten, in de zin dat zij een te strenge rechtszekerheidseis aan de aanneming van ongeschreven recht stelt. De politieke prak-

tijk, die per definitie veranderlijk is, zal vrijwel nooit in een voorkomend geval de betrokken politieke organen doen concluderen dat in een bepaald geval de behoefte aan een concrete, gefixeerde rechtsplicht bestaat. De zogeheten gedifferentieerde benadering biedt een interessante nuancering op de in de literatuur dominante opvatting op dit punt in de zin dat zij de eisen versoepelt voor de aanneming van ongeschreven regels die het positieve staatsrecht aanvullen. Toch kleven ook aan deze benadering nadelen, omdat zij in potentie tot de aanneming van tal van nieuwe regels leidt die de openheid van het Nederlands staatsrecht mogelijk in gevaar brengen.

Het is derhalve niet geheel onbegrijpelijk, zoals in de inleiding van dit hoofdstuk aan de orde kwam, dat sommige auteurs zich bezorgd afvragen of het Nederlandse staatsrecht niet het verband met de werkelijkheid dreigt kwijt te raken. Hoewel de gangbare methoden voor grondwetsinterpretatie relatief veel mogelijkheden bieden voor het vinden van een oplossing voor een constitutioneel probleem, is er geen goede methode om ontwikkelingen *buiten* de sfeer van de Grondwet een plaats in de staatsrechtswetenschap te geven. In de praktijk kan dat problematisch zijn, omdat de Grondwet op tal van terreinen lang niet een uitputtende regeling van het staatsleven biedt en, volgens de gangbare opvattingen, ook niet hoeft te bieden. Toch zijn er in dat licht andere middelen nodig om een brug te slaan tussen het staatsrecht en de feitelijke werkelijkheid. De heersende leer van het ongeschreven staatsrecht is daarvoor ongeschikt; zij gaat immers ervan uit dat een regel 'slechts' deel uitmaakt van de praktijk, als hij niet aan de strenge eisen voor de aanneming van ongeschreven rechtsregels beantwoordt.

Het is daarom zinvol de rol van het staatsrecht in de feitelijke constellatie van de staat nader te bevragen. In dat kader rijst de vraag wat in dit kader de functie van de staatsrechts*wetenschap* is; in het bijzonder gaat het om de vraag in hoeverre zij ook feitelijke ontwikkelingen die het geldende recht *beïnvloeden*, maar geen deel uitmaken van het recht zelf, tot studieobject neemt, althans dient te nemen.

III.4 De staatsrechtswetenschap: perspectieven op de verhouding tussen recht en politiek

III.4.1 Inleiding

Na de bespreking van het denken over de belangrijkste bronnen van het in politieke verhoudingen geldende staatsrecht, namelijk de Grondwet en het ongeschreven staatsrecht, is het nu mogelijk meer aandacht te besteden aan het denken over het staatsrecht, voor zover dat in politieke verhoudingen geldt, als zodanig. In dit hoofdstuk komen in grote lijnen de historische ontwikkeling van en de belangrijkste perspectieven op de staatsrechtswetenschap aan de orde. Na een korte bespreking van de vooroorlogse tendensen en richtingen, komen uitgebreid de belangrijkste bevindingen uit het proefschrift van Van der Hoeven en de reacties daarop aan de orde. De exten-

sieve bespreking van het debat over Van der Hoevens bevindingen vormt de opmaat naar de beschouwingen over de naoorlogse perspectieven op het object en de methode van de staatsrechtswetenschap. Aan de hand daarvan beoog ik in kaart te brengen in hoeverre de bestudering van feitelijke ontwikkelingen in het staatsbestel volgens de gangbare opvattingen een taak van de staatsrechtswetenschap zou moeten vormen. Ik sluit af met een slotwoord.

III.4.2 De staatsrechtswetenschap tot de Tweede Wereldoorlog

De huidige staatsrechtswetenschap in Nederland dateert in feite pas van 1836, toen Thorbecke begon met het doceren van het positieve staatsrecht aan de Leidse universiteit.[382] Al drie jaar later, in 1839, verscheen zijn beroemde tweedelige werk *Aanteekening op de Grondwet* waarin hij de praktijk de maat nam; hij constateerde daarin al dat de Grondwet op tal van terreinen in feite een dode letter was.[383] Pas na 1848 zou de Grondwet pas echt een centrale positie gaan innemen in het politieke leven, waarna de wetenschappelijke beoefening van het staatsrecht een aanvang kon gaan nemen.

Volgens Donner vormt vervolgens de publicatie van een door tien hoogleraren gepubliceerd advies uit 1866 'een teken dat de dertig jaar vroeger te Leiden opgezette wetenschap mondig is geworden en [een] eigen plaats in de samenleving vraagt'.[384] De aanleiding voor de publicatie van het advies vormde de aanneming van de motie-Keuchenius, waarmee de Tweede Kamer blijk gaf van haar afkeuring van de benoeming van minister van Koloniën Mijer tot gouverneur-generaal van Oost-Indië.[385] In het advies keerden de professoren zich tegen de opvatting van de regering dat de Tweede Kamer zich door de aanneming van de motie begaf op het terrein van de uitvoerende macht en daarmee de grens van het grondwettelijk geoorloofde had overschreden.

Kenmerkend voor dat advies was een uitgebreide exegese van de in deze kwestie relevante grondwetsbepalingen die ook al kenmerkend was voor Thorbeckes *Aanteekening*. De belangrijkste werken die in de decennia daarna verschenen, namelijk de grondwetscommentaren van de hand van

382 Vgl. in die zin ook Van Vollenhoven 1930, p. 14 = Van Vollenhoven 1934, p. 100; Donner 1948, p. 327 = Donner 1986, p. 25. Ironisch genoeg is de term 'staatsrecht' niet van Thorbecke afkomstig; hij sprak liever van 'politisch recht' als verzamelnaam voor het staats- en administratief recht. Zie Van Vollenhoven 1930, p. 19-20 = Van Vollenhoven 1934, p. 104.

383 Thorbecke 1841, deel I, p. viii. Het tweede deel van dit werk verscheen eveneens in 1839 (tweede druk in 1841). Zie ook par. III.2.3.

384 Donner 1948, p. 328-329 = Donner 1986, p. 26-27. De ondertekenaars van het advies waren S. Vissering, R. van Boneval Faure, J.E. Goudsmit, J.T. Buys, B.J. Gratama, B.D.H. Tellegen, T.M.C. Asser, E.J. Modderman, J. Duymaer van Twist en J.L. de Bruijn Kops. Het advies is gepubliceerd in o.a. Buys 1894, p. 109-114.

385 Zie nader par. III.2.4.

Heemskerk[386] en Buys[387] kenden een vergelijkbare artikelsgewijze opzet. Hoewel deze werken zich beperkten tot een analyse van individuele grondwetsbepalingen, hadden zij ieder ook een eigen meerwaarde. Buys lardeerde zijn werk vooral met Duitse theorievorming,[388] terwijl de toegevoegde waarde van Heemskerks werk lag in zijn kritiek op de Grondwet aan de hand van zijn ervaringen in de politiek.[389] Het grondwetscommentaar als zodanig was echter niet in alle opzichten de ideale vorm voor de beoefening van de staatsrechtswetenschap. In de woorden van Donner is het immers niet mogelijk in een dergelijk commentaar 'een volledig en welgeëvenaard beeld van het staatsrecht' te bieden, 'zo men zulk een beeld al uit de grondwet alleen halen kon'.[390] Al in 1883 uitte Opzoomer deze kritiek op het grondwetscommentaar van Buys door te stellen:

> 'Ik kan een huis kennen en beoordelen zonder veel van zijn geschiedenis te weten, maar niet zonder iets te weten van zijn grondslagen. Zijn geschiedenis behoort niet tot het huis, maar zijn fundamenten behoren er wel degelijk toe.'[391]

Uit deze kritiek sprak niet alleen dat het voor een goed begrip van het staatsrecht onvoldoende was alleen de bepalingen uit de Grondwet en hun geschiedenis te kennen, maar ook dat het staatsrecht als zodanig diende te worden begrepen in het licht van de 'geest des volks', die ruimte bood voor de erkenning van *ongeschreven* recht.[392]

Na Opzoomer zouden ook andere auteurs, onder wie Oppenheim, Krabbe en Struycken, vergelijkbare pleidooien houden voor de bestudering van het recht dat buiten de Grondwet ligt.[393] Voor deze auteurs stond niet zozeer het vinden van de juiste uitleg van de Grondwet centraal, maar was vooral bepalend wat de 'volkswil' vorderde; er vond zo in de staatsrechtswetenschap een verschuiving plaats van rechtsstatelijk naar een meer op

386 Heemskerk 1881.

387 Buys 1883; Buys 1887; Buys 1888.

388 Een van de belangrijkste inspiratiebronnen van Buys was de Duitse jurist Paul Laband die een privaatrechtelijk dogmatische methode van wetsinterpretatie, waarvoor het gebruik van politiek neutrale begrippen kenmerkend is, op het staatsrecht toepaste. Zie hierover nader Donner 1948, p. 345 = Donner 1986, p. 43; Van der Pot 1957a, p. 229. Donner beschouwde de sterke nadruk in Buys' werk op Duitse theorievorming niet per se als iets positiefs: '[M]enige uil, die uit Duitsland kwam gevlogen, gold [Buys] als een adelaar.'

389 Van Vollenhoven 1930, p. 239 = Van Vollenhoven 1934, p. 109; Donner 1948, p. 330 = Donner 1948, p. 28; Van der Pot 1957a, p. 205-206.

390 Donner 1948, p. 329 = Donner 1986, p. 27.

391 Opzoomer 1883, p. 11. Aangehaald in Donner 1948, p. 331 = Donner 1986, p. 29.

392 Volgens Opzoomer vormde die 'geest des volks' de basis voor de gelding van het ongeschreven recht op basis waarvan het politiek overwicht ten opzichte van de regering bij de volksvertegenwoordiging dient te berusten. Zie par. III.3.4.1.1.

393 Waarmee overigens niet is gezegd dat de benaderingen van deze drie geheel met elkaar overeenstemmen. Vooral tussen de benaderingen van Krabbe en Struycken bestaan, in ieder geval op papier, grote verschillen. Zie daarover par. III.3.4.1.1 en III.3.4.1.2.

constitutioneel-democratisch gedachtegoed gericht denken.[394] Volgens Donner is deze wijziging in de oriëntatie van de staatsrechtswetenschap als volgt te verklaren:

> 'De staatkundige vooronderstellingen waren gewijzigd nu de staat van het Koninkrijk der Nederlanden zich, althans in Europa, had gevestigd en correspondeerde met een krachtig geïntegreerde Nederlandse samenleving. De waarborgen van voorheen waren op zijn best beginselen geworden en de noodzaak van een grondwet werd niet meer zo gevoeld, omdat de daardoor geschapen instellingen tot vlees en bloed van land en staat geworden waren – over hun inrichting en onderlinge verhouding kon men veilig redetwisten omdat het bestaan ervan voor ieder vanzelfsprekend en vertrouwd was geworden. In zo'n klimaat (…) was alles immers maar betrekkelijk en men meende (vaak niet ten onrechte) dat men het wel wist en de Grondwet niet meer op elk ogenblik behoefde te raadplegen.'[395]

In dit nieuwe klimaat waren de afzonderlijke bepalingen van de Grondwet niet langer het enige object van studie in de staatsrechtswetenschap, maar een (belangrijk) deel van een te bestuderen *systeem*. Een van de eerste auteurs die een pleidooi hield voor een dergelijke systematische benadering van het staatsrecht was Van der Pot, die zich in zijn oratie uit 1921 afvroeg of 'de door het recht bepaalde verdeeling van de in omvang gedurig toenemende overheidstaak over de organen van staat, gemeente, enz. voor de bereiking van de gemeenschapsdoeleinden wel zoo doeltreffend mogelijk is'.[396] In dat kader achtte hij een taak weggelegd voor de staatsrechtswetenschap. De toen pas benoemde Groningse hoogleraar stelde daarover:

> 'De rechtswetenschap is zoowel een theoretische als een praktische wetenschap, maar een theoretische in de eerste plaats, waarbij ik met "in de eerste plaats" een rangschikking niet naar beteekenis maar in den tijd bedoel. De beschrijving, de zeer nauwkeurige en aan alle persoonlijke inzichten in hetgeen zou behooren te wezen zooveel mogelijk onttrokken beschrijving van wat geldend recht is op het gebied des staats, zij dient toch vooraf te gaan, zal men vervolgens kunnen komen met iets meer dan vage aanduidingen, in welke richting de toekomstige ontwikkeling zich zal bewegen. Dát gevoelt de maatschappij gewoonlijk wel al dank zij haar eigen intuïtie. Van de wetenschap verlangt zij meer dan een kompas: een gids, een wegbereiding. En die taak kan slechts deugdelijk worden verricht, als men eerst het bestaande kent in zijn ontwikkelingsgang.'

Voor een goed begrip van de ontwikkelingsgang van het staatsrecht was, zo betoogde Van der Pot, de systematisering van het geldende staatsrecht vereist; volgens hem was dat recht ook *buiten* de Grondwet te vinden. Hij

394 Zie Donner 1948, p. 346-351 = Donner 1986, p. 44-49; Van der Pot 1957a, p. 245-259, allebei met verdere verwijzingen. Zie ook Donner 1981b, p. 284, 288-290. De uitbouw van het rechtsstatelijk naar constitutioneel-democratisch denken komt ook aan de orde in par. III.2.4.

395 Donner 1981b, p. 290.

396 Van der Pot 1921, p. 1, ook voor het volgende citaat (op p. 3).

gaf daarmee een adequate beschrijving van de richting die de staatsrechtswetenschap vanaf het begin van de twintigste eeuw was opgegaan. In die periode verschenen de eerste staatsrechtelijke handboeken die niet louter de opzet van een grondwetscommentaar hadden. De belangrijkste daarvan vormen, naast het onvoltooid gebleven *Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden* van Struycken uit 1915,[397] de werken *Het Nederlandsch Staatsrecht* uit 1924 van Kranenburg[398] en het *Handboek van het Nederlandsche staatsrecht* van Van der Pot uit 1940.[399] Kenmerkend voor het boek van Struycken was het gebruik van een juridisch-historische methode, terwijl de werken van Kranenburg en Van der Pot zich kenmerkten door een systematischer benadering van het staatsrecht.[400]

Voordat die drie handboeken verschenen, zag het werk *Onze constitutie* van A.F. de Savornin Lohman het licht waarin een analyse van de Nederlandse constitutie vanuit een christelijk-historisch perspectief is te vinden.[401] In dat werk staat volgens het voorwoord niet zozeer het grondwettelijke recht centraal, maar een behandeling van het staatsrecht in het licht van Gods woord. In de kern gaat het werk uit van de gedachte dat de overheid over haar onderdanen heerst bij de gratie van God. Tegen die achtergrond dient de onderdaan zich aan het gezag van de overheid te onderwerpen, zolang die overheid overgaat tot waartoe zij volgens Lohman door God is geroepen: de bescherming van het welzijn van allen.[402] Het bestaan van de tweeslag tussen overheid en onderdaan zou volgens die benadering een wetenschappelijke basis moeten vormen voor de handhaving van het evenwicht tussen Kroon en Staten-Generaal, en dus voor de ontkenning van het parlementair stelsel als deel van het recht. In de jaren dertig van de twintigste eeuw klonken vanuit katholieke hoek, onder meer bij Kamphuisen en Romme,[403] vergelijkbare pleidooien voor de nuancering van de invloed van

397 Struycken 1928 (laatste druk). In zijn oratie uit 1921 sprak Van der Pot al de vrees uit dat Struycken (die toen nog twee jaar te leven had) zijn handboek niet zou afronden: 'Het in 1915 door Struycken zoo schoon begonnen werk staat sedert 1917 stil. Er ligt een breed en hecht fundament, er staat een enkel stuk muur, waarover welhaast de wind van twee grondwetsherzieningen [namelijk die van 1917 en 1922, GJAG] zal zijn heengegaan. De vrees wordt sterker en sterker, dat de bouwmeester het hierbij laten zal.' Zie Van der Pot 1921, p. 3.

398 Kranenburg 1958 (laatste druk).

399 Van der Pot 1957b (laatste volledig door Van der Pot zelf bewerkte druk).

400 Zie hierover o.a. Donner 1948, p. 333-335 = Donner 1986, p. 31-33; Van der Pot 1957a, p. 257-258 (over het werk van Struycken); Donner 1981b, p. 295-296.

401 De Savornin Lohman 1926, m.n. p. xxviii-xxxiv (eerste druk uit 1901). Ik laat een bespreking over de waarde van dit werk achterwege. Zie daarover Van Vollenhoven 1930, p. 29, 34 = Van Vollenhoven 1934, p. 110, 114; Donner 1948, p. 331-333 = Donner 1986, p. 29-31; Van der Pot 1957a, p. 197-200. Overigens heeft de antirevolutionaire benadering van het staatsrecht nog oudere papieren. Zij gaat terug tot ongeveer 1820, in welke periode Groen van Prinsterer begon met publiceren. Ik laat die voorgeschiedenis hier rusten. Zie daarover Van der Pot 1957a, p. 180-196.

402 Donner 1948, p. 359 = Donner 1986, p. 57 met verdere verwijzingen.

403 Kamphuisen 1935b, p. 64-67; Romme 1937, p. 21-22.

het 'volk'; deze auteurs meenden dat de koning juridisch gezien de mogelijkheid dient te hebben om doorslaggevende invloed op het regeringsbeleid uit te oefenen.[404] Al vrij snel daarna waren dergelijke vergaande geluiden met betrekking tot de institutionele verhoudingen in het staatsrecht niet of nauwelijks meer te horen.

Na de Tweede Wereldoorlog veranderde de blikrichting van de staatsrechtswetenschap nog verder. Na de oorlog zagen verschillende staatsrechtswetenschappers in de opkomst van nieuwe sociale wetenschappen zoals de politicologie aanleiding tot bezinning op de plaats van het staatsrecht in de staat. Als gevolg daarvan zouden feitelijke, niet-juridische elementen een grotere plaats in de staatsrechtswetenschap krijgen.

III.4.3 Bezinning op de plaats van het staatsrecht in de staat naar aanleiding van de dissertatie van Van der Hoeven

Nog aan het begin van de twintigste eeuw had de staatsrechtswetenschap nog 'het quasi-monopolie van de enige serieuze staatswetenschap te zijn'.[405] De opkomst van de politieke wetenschap vanaf de periode van vlak na de Tweede Wereldoorlog maakte daaraan een einde. Illustratief was het geluid dat Barents, de eerste hoogleraar in de politieke wetenschap in Nederland, in zijn oratie uit 1948 liet horen. In zijn rede stelde Barents dat het de taak van de politieke wetenschap is om 'achter de juridisch vaak zeer fraaie vormen de rauwe werkelijkheid te laten zien'.[406] Van der Hoeven, volgens wie het 'onaanvaardbaar veralgemeend' was om te denken dat de staatsrechtswetenschap zich slechts tot de bestudering van de juridisch vaak zeer fraaie vormen zou beperken, zag daarin aanleiding om de verhouding tussen staatsrechtelijke normen en de politieke werkelijkheid te bespreken in zijn dissertatie *De plaats van de grondwet*[407] *in het constitutionele recht* uit 1958.[408] Het werk vormde de aanleiding voor bezinning op de plaats van het staatsrecht in de staat,[409] die tot dan toe had ontbroken, en in het verlengde daarvan, tot een discussie over het object van de staatsrechtswetenschap. Het grote belang van Van der Hoevens werk voor deze discussie rechtvaar-

404 Zie ook Donner 1948, p. 357-359. Zeer vergaand was het pleidooi dat De Block in zijn oratie uit 1938 hield op basis van bevindingen uit 'katholieken-wetenschappelijken kring' voor het teruggeven van de zelfstandige regelgevende bevoegdheid aan de regering en dus voor het terugdraaien van de grondwetsherziening van 1887 op dit punt. Zie De Block 1939, p. 29-30.

405 Donner 1981b, p. 295.

406 Barents 1948, p. 11.

407 Van der Hoeven schrijft het begrip 'grondwet' in zijn dissertatie structureel met een kleine letter, ook als hij op de Nederlandse Grondwet doelt. Om verwarring te voorkomen zal ik in het vervolg bij de opneming van citaten van Van der Hoeven telkens wel een hoofdletter gebruiken als de auteur naar de Nederlandse Grondwet verwijst.

408 Van der Hoeven 1958, p. 3.

409 Vgl. in die zin ook Donner 1982a, p. 39.

digt een uitgebreide bespreking op deze plaats. In deze paragraaf komen zijn stellingen over de normatieve kracht van het geschreven constitutionele recht, in het bijzonder die van de Grondwet, alsmede de daarop in de literatuur geformuleerde kritiek aan de orde.[410]

III.4.3.1 De centrale stelling van Van der Hoeven: de normatieve kracht van de Grondwet is gering

In zijn dissertatie stelt Van der Hoeven dat het onmogelijk is om een overkoepelende definitie te formuleren van de 'staat'; tot nog toe zou iedere poging om een algemene staatsformule op te stellen volgens Van der Hoeven door het werkelijke functioneren van de staat zijn gelogenstraft.[411] De definitie van dit begrip zou volgens hem afhankelijk zijn van wisselende grootheden die in de loop der geschiedenis steeds een andere invulling hebben gekregen, zoals het soevereiniteitsbegrip, de mogelijkheid van de staat om zichzelf te binden en de suprematie van de wetgever.[412]

In plaats daarvan formuleert Van der Hoeven een sterk empirisch getint staatsbegrip aan de hand van een 'aantal concentratiepunten (…) waaromheen het staatsleven zich afspeelt', die hij de 'soevereiniteit-dragende instellingen' noemt; voorbeelden van die instellingen zijn de Kroon, de ministerraad en de Staten-Generaal.[413] De rechter sluit hij van deze instellingen uit.[414] In zijn ogen concretiseren het bestaan en functioneren van de staat zich 'in de instellingen en in hun ten opzichte van elkaar en van de buitenstatelijke samenlevingsstructuren verschuivende positie en betekenis'.[415] Als gevolg van de steeds wisselende verhoudingen tussen staatsinstellingen zal een algemeen staatsbegrip noch op iedere bestaande staat toepasbaar kunnen zijn, noch inzicht kunnen verschaffen in het functioneren van het staatsrecht, zo concludeert hij.

Van der Hoeven poogt bij afwezigheid van een dergelijk algemeen aanvaard staatsbegrip de rol van de Grondwet in het staatsleven te bestuderen aan de hand van een sterk op de empirie gerichte methode, die hij aanduidt als 'begrijpend beschrijven'.[416] In die aanpak ligt de veronderstelling besloten dat het geldende staatsrecht min of meer kan worden afgeleid uit wat

---

410 Deze paragraaf bevat een bespreking van Van der Hoevens stellingen over de relatie tussen de Grondwet en de machtsverhoudingen tussen de centrale constitutionele instellingen. Van der Hoevens verhandeling over de zogeheten 'technisch-organisatorische bepalingen' werd besproken in par. III.3.3.2.3 en de opvatting van Van der Hoeven omtrent het ongeschreven staatsrecht kwam aan de orde in par. III.3.4.2.2. De stellingen van Van der Hoeven over het belang van de in de Grondwet opgenomen grondrechten blijven in dit boek buiten beschouwing.

411 Van der Hoeven 1958, p. 23.

412 Van der Hoeven 1958, p. 25.

413 Van der Hoeven 1958, p. 32-33.

414 Vgl. Van der Hoeven 1958, p. 258-259.

415 Van der Hoeven 1958, p. 33.

416 Van der Hoeven 1958, p. 35.

er in de praktijk gebeurt. Volgens Van der Hoeven is dit het geval, omdat het staatsrecht in tegenstelling tot andere rechtsgebieden betrekking heeft op 'een object, dat een zekere eenmaligheid vertoont en dat, zo het al niet door een enkele korte omschrijving kan worden gekenmerkt, toch als één samenhangend geheel wordt ervaren'.[417] Uit deze zogeheten 'eenmaligheid' die de staat zou kenmerken leidt Van der Hoeven af dat rechtsregels nauwelijks invloed uitoefenen op het functioneren van de staat, omdat generalisering en abstractie van dit fenomeen nauwelijks zin zouden hebben. In zijn ogen wordt de staat daarom 'niet geschapen *door* het recht, maar veeleer door het recht voorondersteld'.[418] Voor Van der Hoeven is het staatsrecht daarom eerder feitelijk dan normatief van aard.

Volgens hem is het illustratief dat tussen 1848 en 1958 de machtspositie van de koning sterk is veranderd, terwijl de bepalingen uit de Grondwet die daarop betrekking hebben al die tijd ongewijzigd zijn gebleven. Hij schrijft daarom aan het geschreven constitutionele recht een 'lenig' karakter toe dat voor toepassing onder verschillende feitelijke omstandigheden geschikt is.[419] Binnen deze benadering is het constitutionele recht slechts een 'momentopname van op zeker tijdstip bestaande, bepaalde feitelijke machts- en gezagsverhoudingen, die het wel kan weergeven, maar niet fixeren'.[420]

Volgens Van der Hoeven brengt de grote verwevenheid tussen het staatsleven en het staatsrecht ook mee dat feitelijke ontwikkelingen *onderdeel* kunnen worden van het recht. Hij licht deze stelling toe aan de hand van de veranderde positie van de Staten-Generaal in de loop der jaren:

> 'Zodra de volksvertegenwoordiging bestaat, maakt zij deel van het recht uit, niet slechts naar haar formele kenmerken, maar tevens naar haar materiële betekenis voor het staatsbestel als geheel. Haar ontwikkeling *is* rechtsontwikkeling. Zij functioneert en verandert, groeit of vermindert in betekenis en in verhouding tot andere instellingen, zonder dat de grondwetgever, of de wetgever, die zèlf in hun functie en betekenis mede door de volksvertegenwoordiging worden bepaald, deze zouden kunnen beheersen.'[421]

Volgens Van der Hoeven heeft deze constatering vergaande gevolgen voor de mogelijkheden van grondwetten om het verloop van het staatsleven mee te sturen. Hij betoogt dat de Grondwet in de loop der tijd verder verwijderd raakt van de realiteit van het staatsleven. Voor zover de feiten wel corresponderen met de geldende bepalingen uit de Grondwet, dan is dat volgens hem niet meer dan een kwestie van toeval. Volgens Van der Hoeven is 'het nu eenmaal niet de (grond)wetgever, die de inhoud van dit antwoord *bepaalt*, al kan hij wel eens een gelukkige hand hebben in het *registreren* van

417 Van der Hoeven 1958, p. 38.
418 Van der Hoeven 1958, p. 39 (cursivering in origineel, GJAG).
419 Van der Hoeven 1958, p. 40.
420 Van der Hoeven 1958, p. 41.
421 Van der Hoeven 1958, p. 94 (cursivering in origineel, GJAG)

dit antwoord'.[422] Daarmee impliceert hij dat iedere gebeurtenis rechtmatig zou zijn, omdat de Grondwet onvoldoende in staat is om het staatsleven te reguleren. Een dergelijke relativering van het recht gaat echter ook voor hem te ver. Hij stelt verrassend genoeg:

> '[R]echt zonder ethisch moment is geen recht'.[423]

Volgens Van der Hoeven ligt het ethische moment 'niet in de volkswil, omdat deze een psychologische fictie is', waartoe de overheid of het gezag in beginsel niet te herleiden is. Hoewel het recht ook volgens Van der Hoeven normatief van aard is, staat de inhoud van (grond)wetgeving daar volgens hem in beginsel los van. In plaats daarvan zouden volgens hem de regels over de verhoudingen tussen de hoogste constitutionele staatsinstellingen hun rechtskarakter ontlenen aan 'de omstandigheid, dat dit gezag als overheidsgezag door de in de samenleving politiek toonaangevende groeperingen wordt aanvaard – hetzij vol overtuiging en loyaliteit, hetzij berustend, hetzij zelfs met tegenzin'. Volgens Van der Hoeven is dit niet hetzelfde als de aanwezigheid van een rechtsovertuiging, omdat een dergelijke overtuiging betrekking heeft op het behoren:

> 'Deze kan wel aanwezig zijn, maar een constitutief vereiste is zij hier niet. Het gaat hier veeleer om een erkenning, een aanvaarding van een feitelijke situatie. Wanneer deze erkenning verdwijnt, zal het niet erkennen, het niet-aanvaarden zich ook in de reële machtsverhoudingen manifesteren.'

Zelfs de gedachte dat de Grondwet staatsinstellingen, zoals koning, parlement en regering, in het leven heeft geroepen, is volgens hem onjuist. De Grondwet zou volgens Van der Hoeven slechts de weerslag vormen van 'de staatkundige realiteit, zoals deze was bij haar totstandkoming' en zou derhalve niets aan het bestaan van die staatsinstellingen hebben bijgedragen.[424] Hoewel de normatieve waarde van het institutionele deel van de Grondwet in dat licht beperkt is, zijn de bepalingen uit dat deel volgens hem ook weer niet geheel zonder betekenis. Van sommige bepalingen die rechtstreeks betrekking hebben op de verhoudingen tussen de staatsinstellingen, zoals de bepaling waarin het bestaan van de ministeriële verantwoordelijkheid is vastgelegd, gaat volgens Van der Hoeven echter 'een zekere psychologische werking' uit, al moet die in zijn ogen niet worden overschat.[425]

Op basis van deze observaties komt Van der Hoeven tot de conclusie dat de Grondwet (en het overige constitutionele recht) primair als een façade dient die verhult dat slechts de geldende verhoudingen tussen de staatsinstellingen bepalend zijn voor de inhoud van het constitutionele recht. Zijn

422 Van der Hoeven 1958, p. 95 (cursiveringen in origineel, GJAG).
423 Van der Hoeven 1958, p. 119, ook voor de volgende drie citaten.
424 Van der Hoeven 1958, p. 166.
425 Van der Hoeven 1958, p. 168.

werk bevestigt daarmee in zekere zin de centrale stelling van Barents waarmee deze subparagraaf opende.

III.4.3.2 De kritiek van Duynstee en Logemann: de relativering van de geringe normatieve kracht van de Grondwet

Hoewel Van der Hoeven kort na de verschijning waardering voor zijn proefschrift ontving,[426] is de door hem verdedigde centrale these kritisch ontvangen in de literatuur. Deze kritiek is niet verwonderlijk, omdat de centrale stelling van het boek op zijn minst misverstanden oproept. Op deze plaats bespreek ik de kritiek die in de literatuur op de centrale these van Van der Hoeven is geuit.

In de eerste plaats roept het door Van der Hoeven gehanteerde staatsbegrip vragen op. De keuze van Van der Hoeven om een empirisch staatsbegrip te hanteren aan de hand van zogeheten 'concentratiepunten waaromheen het staatsleven zich afspeelt' is in ieder geval weinig verhelderend. Het is namelijk niet duidelijk op basis van welke criteria hij tot de conclusie komt dat deze concentratiepunten primair bestaan uit de door hem onderscheiden 'souvereiniteitdragende instellingen' zoals Kroon, regering en parlement. Duynstee stelt in zijn recensie van Van der Hoevens proefschrift dat het staatsleven zich ook afspeelt in bijvoorbeeld kerkgenootschappen, universiteiten en grote ondernemingen.[427] In deze instellingen zou immers ook tot op zekere hoogte politiek worden bedreven. Het empirische staatsbegrip van Van der Hoeven verplaatst dus, zo betoogt Duynstee, het definitieprobleem van wat een 'staat' is naar wat 'politiek' is.[428] Het empirische staatsbegrip van Van der Hoeven schept derhalve volgens hem niet meer duidelijkheid over wat een 'staat' is.

Het beschrijven van wat deel uitmaakt van de 'staat' is uiteindelijk een normatieve bezigheid, die alleen zinvol kan geschieden met behulp van een normatieve inkleuring van dat begrip. Van der Hoevens afbakening van wat tot het staatsrecht wordt gerekend en wat niet, is daardoor niet van willekeur gespeend. Illustratief is de opmerking van Duynstee dat volgens de werkwijze van Van der Hoeven 'een nauwkeurige beschrijving van inrichting en beleid van concentratiekampen' alsmede 'een nauwkeurig onderzoek naar allerlei corruptievormen in politicis zoals die zich in menig land hebben ingeburgerd' dan deel uitmaken van het staatsrecht.[429] Duynstee merkt bovendien op dat het staatsbegrip van Van der Hoeven wel degelijk normatief is ingekleurd.[430] Van der Hoeven sluit de rechter uit van de 'souvereiniteitdragende instellingen', terwijl dat niet vanzelfsprekend is. Hij had

426 Vgl. Logemann 1958, p. 430; Duynstee 1959, p. 305; Van der Pot 1959, p. 196-197; Rijpperda Wierdsma 1962, p. 90-91.
427 Duynstee 1959, p. 312-313. Vgl. in die zin ook Logemann 1958, p. 417-418.
428 In gelijke zin Donner 1982a, p. 40. Vgl. in die zin ook Couwenberg 1974, p. 41-42.
429 Duynstee 1959, p. 313. Vgl. in die zin ook Logemann 1958, p. 418.
430 Duynstee 1959, p. 314.

daarom op zijn minst een verklaring moeten geven voor deze normatieve keuze. Volgens Logemann is het bovendien twijfelachtig of de door Van der Hoeven veronderstelde 'eenmaligheid' in het object van het constitutionele recht inderdaad bestaat.[431] Hoewel het constitutionele recht primair betrekking heeft op één relatiecomplex, namelijk de staat, is daarmee nog niet gezegd dat zich binnen die staat niet 'een onbepaalde veelheid van handelingen' kunnen afspelen. Voor de verschillende gedragingen van de instellingen die zich binnen de staat afspelen, is de vraag van belang of zij al dan niet rechtmatig handelen. Anders dan Van der Hoeven meent, heeft het daarom in de ogen van Logemann wel degelijk zin om algemene en abstracte regels binnen het staatsverband te onderscheiden.

In de tweede plaats is ook het door Van der Hoeven gehanteerde rechtsbegrip problematisch. Vooral het strikte onderscheid dat Van der Hoeven hanteert tussen 'feit' en 'recht' roept bij Duynstee en Logemann vragen op.[432] Volgens Logemann is het bijvoorbeeld onmogelijk om de feiten in het staatsleven los van hun normatieve beoordeling te zien. Hij merkt in zijn bespreking van Van der Hoevens proefschrift dan ook op dat 'het vaststellen uit de sociale gegevens van wat geldend recht is, altijd noch louter een waarnemen is, noch louter een logische conclusie, maar steeds een waarderende keuze impliceert'.[433] Op zichzelf onderkent Van der Hoeven dit ook, omdat recht zonder ethisch moment in zijn ogen geen recht is. Toch weerhoudt dat Van der Hoeven er niet van om de 'feiten' als een rechtsbron te beschouwen zonder de inhoud van die term te verduidelijken. Volgens Duynstee is deze bevinding problematisch, omdat het zo niet mogelijk is om vast te stellen wanneer er een schending van het recht heeft plaatsgevonden. De benadering van Van der Hoeven heeft volgens Duynstee tot gevolg dat het recht verwordt tot 'een soort geografie', waarbij rivieren, wegen en wateren in kaart worden gebracht.[434] Als blijkt dat allerlei nieuwe wegen zijn aangelegd, beddingen zijn verlegd of nieuwe wateren zijn drooggelegd, dan zou er volgens Duynstee niets aan de hand zijn. Dergelijke veranderingen leiden er, zo vervolgt hij, in Van der Hoevens benadering slechts toe dat de kaart wordt bijgewerkt om de feiten in overeenstemming met de geldende normen te brengen. Het is volgens een dergelijke benadering, aldus nog steeds Duynstee, echter niet meer mogelijk om een onderscheid te maken tussen wat geoorloofd en wat ongeoorloofd is.

In het verlengde daarvan ligt het bezwaar dat de empirische benadering van Van der Hoeven leidt tot een vertroebeling van het onderscheid tussen geoorloofd en verplicht gedrag. Duynstee merkt daarover op dat het inderdaad nuttig is om precedenten in het handelen van staatsinstellingen bij het

431 Logemann 1958, p. 419.

432 Zie over de onhoudbaarheid van een strikt onderscheid tussen 'feit' en 'recht' (of 'feit' en 'norm') ook par. III.4.4.2.

433 Logemann 1958, p. 423. In die zin ook o.a. Elzinga 1982, p. 78; Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 71 = Elzinga 2020, p. 177-178; Dölle 1988, p. 239; Witteveen 1988, p. 246-247.

434 Duynstee 1959, p. 311. Vgl. in die zin ook Donner 1982a, p. 39.

staatsrecht te betrekken, omdat die behulpzaam kunnen zijn bij de interpretatie van staatsrechtelijke normen.[435] Maar die precedenten zijn volgens hem niet zaligmakend; daaruit volgt slechts dat staatsinstellingen in vergelijkbare omstandigheden op een dergelijke manier *mogen* handelen, niet dat zij dat ook zouden *moeten*.

Het is de vraag of deze kritiek niet wat al te zwaar is aangezet. Hirsch Ballin vraagt zich bijvoorbeeld retorisch af of 'de kwalificatie van een niet-afgedwongen feitelijke houding als "ethisch"' niet reeds impliceert 'dat niet macht, maar de mens in het recht gerespecteerd moet worden'.[436] Hij suggereert vervolgens, voortbouwend op die suggestie, dat Van der Hoevens benadering helemaal niet hoeft te betekenen dat de feitelijke werkelijkheid en het geldende constitutionele recht complementaire grootheden zijn:

> 'Indien men het al dan niet aanvaarden van de feitelijke machtsverhoudingen niet nogmaals als een louter feitelijke verhouding ziet, maar doorziet dat in dit feit de oriëntatie op *een aan de feiten voorafgaand beginsel* tot uitdrukking komt, is het ook mogelijk om rekening te houden met buitengrondwettelijke ontwikkelingen, zonder dat het constitutionele recht daardoor een descriptieve theorie zou worden.'

Deze waardevolle constatering van Hirsch Ballin zet zowel de benadering van Van der Hoeven zelf als de daarop door Duynstee en Logemann geuite kritiek in een ander licht. Zo bezien is het mogelijk om het werk van Van der Hoeven zo te lezen dat het recht en de feitelijke werkelijkheid niet geheel aan elkaar gelijkstaan; in het licht van zijn andere werk is het niet onwaarschijnlijk dat Van der Hoeven zijn benadering zo heeft bedoeld.[437] Volgens deze lezing is er wel degelijk ruimte voor de vraag *of* een feitelijke verandering het geldende recht heeft gewijzigd, namelijk door de feitelijke verandering te *beoordelen* aan de hand van de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Op die manier ontstaat in iedere beschrijving van de feitelijke werkelijkheid ook ruimte voor de beantwoording van de *waarderende* vraag of er achter die feiten een beginsel ligt op basis waarvan een wijziging (dan wel een schending) van het recht heeft plaatsgevonden.

Tegen die achtergrond ligt het belangrijkste bezwaar tegen Van der Hoevens dissertatie niet zozeer in de these die de auteur daarin *op zichzelf* verdedigt, maar in de beperkte aandacht die hij schenkt aan wat het 'ethische' element precies omvat; op dat punt is zijn these immers nogal aarzelend van aard.[438] Juist aan de hand van dit ethische element zou het mogelijk moeten zijn om de eigen identiteit van het staatsrecht voor het voetlicht te brengen.

---

435 Duynstee 1959, p. 312.

436 Hirsch Ballin 1982, p. 81, ook voor het volgende citaat (op p. 82; cursivering toegevoegd, GJAG).

437 Zie ook par. III.4.3.3.

438 Vgl. in die zin ook Logemann 1958, p. 418-419.

Het laatste kritiekpunt op Van der Hoevens dissertatie uit de literatuur heeft betrekking op zijn benadering van de praktische betekenis van de Grondwet voor het functioneren van staatsinstellingen. Deze kritiek is aanzienlijk milder dan het commentaar dat hij op zijn andere opvattingen heeft gekregen. Duynstee kan zich bijvoorbeeld wel vinden in Van der Hoevens constatering dat de veranderde feitelijke verhouding tussen regering en Staten-Generaal haar weerslag heeft gekregen op de interpretatie van de Grondwet. Hij stelt in koninklijk meervoud:

> '[D]e Nederlandse Regering en Staten-Generaal staan anno 1959 nu eenmaal temidden van een andere maatschappelijke constitutie en temidden van een andere relatie tussen deze maatschappij en de van oudsher legitieme staatspolitiek, dan een veertig jaren geleden. Het ware onjuist, zo menen wij, deze hedendaagse ontwikkeling volledig te negéren bij vragen als die welke ons bezig houden.'[439]

Duynstee heeft echter kritiek op het gemak waarmee Van der Hoeven deze feitelijke ontwikkelingen beschouwt als een *schending* van geschreven staatsrechtelijke normen. Volgens Duynstee komt Van der Hoeven tot deze conclusie, omdat hij impliciet de wetshistorische methode als de enige juiste methode voor de uitleg van de Grondwet beschouwt.[440] Tegen deze benadering heeft Duynstee bezwaar. Opnieuw in koninklijk meervoud betoogt hij:

> 'In allerlei gevallen kan men immers naar algemene hedendaagse rechtsopvattingen een grondwetsartikel (of een wetsartikel) interpreteren zó, dat daarin geacht wordt bedoeld te zijn, datgene wat in het rechtssysteem en zijn wijzigingen redelijkerwijze mag worden aangenomen, dat een hedendaagse (grond)wetgever op het oog zou hebben, zulks althans zolang men zodoende niet in open strijd met de bewoordingen komt. Het is déze interpretatiemanier, welke o.i. in alle voorbeelden van Van der Hoeven de conclusie dragen kan. Het is ongetwijfeld waar, dat zodoende de interpretatie meer een beleidsmatig karakter krijgt dan bij de puur wetshistorische wijze van interpreteren, maar wij meenden, dat de rechtswetenschap deze consequentie al 50 jaren algemeen aanvaard heeft.'[441]

In feite hangt het door Van der Hoeven geconstateerde gebrekkige normatieve karakter van de Grondwet in belangrijke mate samen met een manier van grondwetsinterpretatie waarin de oorspronkelijke interpretatie van de grondwetgever een dominante rol speelt.[442] Volgens Duynstee miskent Van der Hoeven daarmee dat feitelijke ontwikkelingen wel degelijk kunnen duiden op een wijziging in de opvattingen over hoe het geldende recht luidt. Dergelijke wijzigingen zijn dan ook niet per se onrechtmatig, maar liggen dan in de al dan niet gewijzigde uitlegging van de Grondwet besloten.

---

439 Duynstee 1959, p. 316.
440 Duynstee 1959, p. 317.
441 Duynstee 1959, p. 318.
442 In die zin ook Logemann 1958, p. 426; Elzinga 1982, p. 78-81; Dölle 1988, p. 232-236.

Al met al is de toon van de kritiek scherp, soms misschien wel te scherp. In 1958 was alleen al de constatering *dat* het geldende staatsrecht onder grote invloed van feitelijke machtsverhoudingen staat baanbrekend. Bovendien zijn bepaalde delen van het boek zelfs ruim zestig jaar na dato nog altijd relevant. Wel is de kritiek in zoverre terecht dat Van der Hoeven in zijn proefschrift te weinig aandacht toonde voor de normatieve eigenheid van het staatsrecht. In zijn latere werk komt die eigen identiteit van het staatsrecht nadrukkelijker aan bod.

III.4.3.3 Reactie van Van der Hoeven: enkele nuanceringen

In verschillende latere publicaties nuanceert Van der Hoeven, zij het vaak impliciet, een aantal van de centrale stellingen uit zijn proefschrift. In zijn oratie maakt hij een onderscheid tussen het puur feitelijke begrip 'regelmaat' en de normatieve term 'norm'.[443] Hij is van mening dat regelmatig gedrag van staatsinstellingen niet te snel als een bewijs voor het bestaan van een ongeschreven rechtsregel kan worden beschouwd. Volgens Van der Hoeven kan een regelmaat in het handelen van staatsinstellingen het product zijn van een algemenere norm waarvan de toepassing in andersoortige omstandigheden tot andere uitkomsten kan leiden.[444] Er is in zijn ogen bijvoorbeeld sprake van regelmaat in plaats van een norm in de sfeer van de kabinetsformatie en bij de naleving van regeerakkoorden. Zo beschouwd werken feitelijke ontwikkelingen volgens Van der Hoeven minder snel wijzigingen in het constitutionele recht in de hand dan hij in zijn proefschrift nog had gesuggereerd.

In een preadvies voor de Vereniging voor de wijsbegeerte des rechts stelt Van der Hoeven verder dat een grondwet wel degelijk van waarde kan zijn in een samenleving.[445] In zijn ogen kan een grondwet bijvoorbeeld een bijdrage leveren aan de verzekering van de 'continuïteit in de uiterlijke vormen waarin het politieke leven zich afspeelt' en als 'fixatie van op zeker moment bij de gezagsdragers levende denkbeelden omtrent de taakvervulling van de overheid'.[446] In meer algemene zin kan een grondwet in zijn ogen uitdrukking geven aan 'het beginsel van objectivering van het gezag en der gezagsoefening, van het beginsel der rechtsorde en van dat van behartiging van het bonum commune als richtlijn voor staatkundig handelen'. Het karakter van een grondwet als 'bijzondere, hogere wet, tot stand gebracht op een bijzondere wijze en in bijzondere vorm, onderstreept deze betekenis' volgens Van

443 Van der Hoeven 1960, p. 16-17 = Van der Hoeven 1984, p. 34-35.

444 Zie voor het volledige citaat par. III.5.3.3.1.

445 Van der Hoeven heeft in zijn preadvies vooral oog voor de functie die grondwetten in theorie kunnen vervullen. Hij past zijn bevindingen niet toe op de Nederlandse constitutie, ook al heeft hij zijn proefschrift vanuit een Nederlands perspectief geschreven. Ik spreek daarom in het navolgende van 'grondwetten' in het algemeen. Vgl. Van der Hoeven 1962, p. 5 = Van der Hoeven 1984, p. 41.

446 Van der Hoeven 1962, p. 35 = Van der Hoeven 1984, p. 71, ook voor het volgende citaat.

der Hoeven.[447] Hij vervolgt dat een grondwet deze functie alleen kan vervullen als zij 'geïntegreerd is en blijft in het staatkundig denken en handelen der natie, en indien en zolang zij voldoende elasticiteit daartoe bezit'.[448]

In latere terugblikken uit 1985 en 1988 houdt hij echter nog wel vast aan de opvatting dat de normatieve waarde van de Grondwet op zichzelf beperkt is en vooral afhankelijk van feitelijke ontwikkelingen in het staatsleven.[449] Hij is van mening dat de door hem onderzochte grondwetsbepalingen tot het moment van de herziening van de Grondwet in 1983 onder sterke invloed van feitelijke ontwikkelingen hebben gestaan waarvan sommige hun beslag in de Grondwet hebben gekregen. Hij besluit deze beschouwing met de stelling:

> 'De wetgever schrijft de Grondwet, maar de samenleving beslist over haar lot.'[450]

Op één punt blijkt hij de kritiek van Duynstee ter harte te hebben genomen: bij herlezing van zijn boek komt Van der Hoeven tot het inzicht dat het door hem geformuleerde staatsbegrip in de rest van zijn werk geen rol meer speelt. Van der Hoeven merkt daarover op:

> 'En dat is ook begrijpelijk. Niemand heeft met "de staat" te maken, maar allen wèl met overheden en met overheidsorganen die bevoegdheden hebben of zich assumeren.'[451]

Grosso modo gaat het hier dus om een relatief beperkt element uit zijn proefschrift. Aldus lijkt de kritiek op zijn benadering hem niet te hebben overtuigd.

III.4.3.4 De invloed van Van der Hoevens benadering op de staatsrechtswetenschap

De verschijning van het proefschrift van Van der Hoeven in 1958 markeerde een belangrijk moment in de geschiedenis van de staatsrechtswetenschap. Vanaf dat jaar wordt het langzamerhand minder vanzelfsprekend dat de staatsrechtswetenschap zich afzijdig houdt van het functioneren van het staatsrecht in de staat. Hoewel de kritiek van Duynstee en Logemann op zichzelf begrijpelijk is, heeft het werk van Van der Hoeven grote verdiensten. Van der Hoevens constatering dát het feitelijke functioneren van staatsinstellingen van belang is voor de bestudering van het constitutionele recht, is nog altijd waardevol. Hetzelfde geldt voor zijn bevinding dat verschei-

447 Van der Hoeven 1962, p. 35-36 = Van der Hoeven 1984, p. 71-72.
448 Van der Hoeven 1962, p. 36 = Van der Hoeven 1984, p. 72.
449 Van der Hoeven 1985, p. 716; Van der Hoeven 1988, p. 314.
450 Van der Hoeven 1988, p. 314.
451 Van der Hoeven 1985, p. 719.

dene bepalingen uit de Grondwet een andere, vaak formelere, interpretatie krijgen naarmate de tijd vordert. Nog altijd is het boek daarmee een belangrijk oriëntatiepunt voor het Nederlandse onderzoek naar de verhouding tussen staatsrechtelijke normen en de feitelijke werkelijkheid.[452]

Toch heeft Van der Hoeven relatief weinig echte navolgers gehad. Een van de weinige auteurs die zich geheel[453] bij de bevindingen van Van der Hoeven heeft aangesloten was Van Maarseveen.[454] De laatstgenoemde auteur pleitte er in zijn opstel *Politiek recht, opvolger van het staatsrecht?* uit 1971 voor niet langer over 'staatsrecht' maar over 'politiek recht' te spreken. De aanleiding voor die verbreding lag voor Van Maarseveen in de grote invloed van de feitelijke werkelijkheid op de normen uit de Grondwet; naarmate het constitutioneel recht langere tijd in ongewijzigde vorm geldt, dreigt het 'droog te komen te staan' doordat het zich steeds verder verwijdert van de feitelijke werkelijkheid.[455] Volgens Van Maarseveen is de benaming 'politiek recht' in dat licht een goed alternatief voor de term 'staatsrecht', omdat de eerstgenoemde benaming beter tot uitdrukking zou brengen 'dat het studieveld van de staatsrechtswetenschap zowel verbreed is c.q. moet worden, als ook met andere methoden worde beploegd'.[456] In het voorstel van Van Maarseveen ontbreekt echter een concreet voorstel voor een methode waarmee juristen die politieke ontwikkelingen zouden kunnen of moeten bestuderen. Het is daarom niet erg verwonderlijk dat zijn benadering niet of nauwelijks navolging heeft gehad.[457]

Al met al heeft de dissertatie van Van der Hoeven de weg vrijgemaakt voor een minder eenzijdige methodologische oriëntatie van de staatsrechtswetenschap.[458] Het zou dan ook onterecht zijn om Van der Hoevens opvattingen over de staatsrechtsbeoefening te veronachtzamen.

---

452 Vgl. o.a. Van Maarseveen 1971, p. 5 = Van Maarseveen 1991a, p. 177; Prakke 1974, p. 26-28; Donner 1982a, p. 39; Hirsch Ballin 1982, p. 78-90; Akkermans 1985, p. 2-3; Dölle 1988, p. 48; Elzinga 1996, p. 110 = Elzinga 1997, p. 57 = Elzinga 2020, p. 169; Adams 2013, p. 1112-1113; Verhey 2014, p. 7.

453 Hirsch Ballin lijkt de enige auteur te zijn die de benadering uit Van der Hoevens proefschrift ten dele overneemt en ook verder als zodanig operationaliseert. Hij concretiseert Van der Hoevens benadering van het 'ethisch element' met als doel feitelijke van rechtmatige gebeurtenissen te kunnen onderscheiden; het belangrijkste kritiekpunt op Van der Hoevens dissertatie was immers dat het volgen van zijn benadering ertoe leidt dat het staatsrecht zijn eigen karakter verliest. Zie Hirsch Ballin 1982, p. 79-90. Ik kom hierop terug in par. III.5.3.3.2.

454 Vgl. Van Maarseveen 1971, p. 5 = Van Maarseveen 1991a, p. 177: 'Zowel ten aanzien van de statelijke oriëntatie als op het punt van de grondwet heeft in 1958 het werk van Van der Hoeven wetenschappelijk genomen het definitieve woord gesproken.'

455 Van Maarseveen 1971, p. 6 = Van Maarseveen 1991a, p. 178.

456 Van Maarseveen 1971, p. 26 = Van Maarseveen 1991a, p. 191. Zie ook Van Maarseveen 1973b, p. 58-68.

457 Wel kreeg Van Maarseveen bijval van Burkens. Vgl. o.a. Burkens 1972, p. 12; Burkens 1979, p. 66; Burkens 1981, p. 45.

458 Vgl. Veen 1987, p. 37.

III.4.4 Huidige perspectieven op object en methode van de staatsrechtswetenschap

Voor de verschijning van het proefschrift van Van der Hoeven bestond er in de staatsrechtswetenschap nauwelijks aandacht voor haar eigen methoden.[459] Op dat moment was daarvoor misschien ook nog niet echt aanleiding, omdat er rond die tijd een betrekkelijk grote mate van overeenstemming was over wat deel uitmaakt van het positieve staatsrecht enerzijds en wat hoogstens staatsleer of staatsbeschouwing is anderzijds.[460] Pas na de Tweede Wereldoorlog begonnen verschillende staatsrechtswetenschappers alternatieve methoden te beproeven buiten het beschrijven en systematiseren van het geldende constitutionele recht. In de verschillende methodologische benaderingen die rond die tijd opkwamen, vormt de verhouding tussen het staatsrecht en het staatsleven een belangrijk aandachtspunt. In de kern stond daarbij niet zozeer ter discussie dát het staatsrecht slechts een van de objecten in het staatsleven is en zich dus ook tot andere politieke, sociale en economische wetmatigheden dient te verhouden, maar ging het vooral om de vraag wat deze constatering voor de staatsrechtswetenschap betekent.

Deze subparagraaf bevat een overzicht van de op dit punt bestaande opvattingen, die na de verschijning van de dissertatie van Van der Hoeven in de staatsrechtswetenschap zijn verdedigd.[461] Voordat deze verschillende benaderingen aan de orde komen, richt ik mij eerst op de vraag hoe de staat en het staatsrecht in de staatsrechtswetenschap met elkaar in verband worden gebracht. Preciezer gezegd: wat beschouwen staatsrechtswetenschappers als de functie van de staat en wat is in dat licht de bijdrage die het staatsrecht levert om ervoor te zorgen dat de staat die functie adequaat kan vervullen?

---

459 Al is het volgens Donner mogelijk om met terugwerkende kracht het debat over het antirevolutionaire staatsrecht als zodanig te beschouwen, alhoewel het begrip 'methode' in die debatten geen rol speelde. Zie Donner 1982a, p. 48-49. Zie nader over het antirevolutionaire staatsrecht par. III.4.2.

460 Vgl. in die zin ook Donner 1982a, p. 49.

461 Al beproefde een enkeling vlak na de Tweede Wereldoorlog nog een methode die primair tot doel had het staatsrecht te systematiseren zonder daarbij het staatsleven te betrekken. In dat kader verdienen de werken van Logemann en Stellinga vermelding. Logemann probeerde in zijn boek een 'stellig' staatsrecht te ontwikkelen door een sluitend systeem van absoluut geldende normen te formuleren. De context waarin rechtsnormen functioneren blijft in dit boek echter buiten beschouwing. In de benadering van Logemann is de staat een puur formeel, logisch geheel dat hij aanduidt als 'ambtenorganisatie'. Zie Logemann 1948, p. 84. Stellinga stelde in zijn studie niet zozeer de in het staatsbestel geldende normen centraal, maar richtte zich veeleer op de daarin uitgeoefende *functies*, zoals wetgeving, bestuur en rechtspraak. Op die manier hoopte hij het onderzoeksterrein van de staatsrechtswetenschap te vergroten en meer ruimte te scheppen voor een normatieve waardering van de in het staatsbestel geldende regels. Zie Stellinga 1953, p. iii. Een uitgebreidere bespreking van beide werken kan hier achterwege blijven, omdat zij nagenoeg zonder invloed zijn gebleven.

III.4.4.1 Ter introductie: het verband van staat en staatsrecht

De vanzelfsprekendheid van het bestaan van een staat zou bijna doen vergeten dat dat in de kern een concreet doel heeft: het handhaven van de vrede.[462] Nog altijd is deze kerntaak relevant voor een goed begrip van het functioneren van de staat. Nadat de Duitse overheerser in 1945 uit Nederland vertrok, herkregen de oorspronkelijke staatsinstellingen zoals die voor de oorlog bestonden, hun plaats in het constitutioneel bestel. Mede aan de hand van die vrijwel[463] stilzwijgende vanzelfsprekendheid van die terugkeer van de staatsinstellingen, constateert Donner dat voor de adequate vervulling van de vredesfunctie een zekere mate van bestendigheid is vereist. Als staats- en rechtsinstellingen kunnen blijven functioneren, ook voor zover een wisseling plaatsvindt van de personen die de daarin relevante functies vervullen, versterkt dat het besef van zekerheid, veiligheid en continuïteit bij de bevolking.[464] Op die manier blijft, zo betoogt Donner, de samenleving adequaat functioneren, want:

> 'Ook als wij willen veranderen, júist als wij veranderen, dan moet er veel op zijn plaats blijven en duren, anders verliest de verandering haar zin en richting. Wederzijds zijn wij van elkaars daar-zijn en zo-zijn, van elkaars dààr-werken en zó-werken afhankelijk en willen erop kunnen rekenen.'[465]

Volgens Donner is een beroep op het gezag als verklaring voor het bestaan van de continuïteit van het gezag onvoldoende, omdat 'een gemeenschappelijke orde van waarden, die dat gezag zou moeten ondersteunen, hoe langer hoe minder aanwezig lijkt'.[466] In plaats daarvan zoekt hij een dergelijke verklaring in het begrip 'leiding geven', dat hij omschrijft als

> 'mensen brengen tot samenwerking voor een gemeenschappelijk doel en hun leren wat samenwerking vermág. Slaat het doel van de onderneming aan en blijkt het nut van de organisatie, dan is er een goede kans, dat zij de oorspronkelijke initiatiefnemer overleven. Dan worden zijzelf een macht in de samenleving, los van de mensen die eraan begonnen, en zijn in staat om zelf macht en gezag te verlenen, krachtens hun onmisbaarheid. Zo slaan macht en gezag door het leiding geven neer in blijvende instellingen, in staatsinstellingen, die hun zin en

462 Expliciet in die zin o.a. Donner 1979, p. 6, 8, 14 = Donner 1986, p. 373, 376, 382; Kortmann 1981, p. 9-10, 18. Meer recent sprak ook Koopmans zich in die zin uit, toen hij stelde dat de oplossing van een juridisch probleem 'tevens een kleine bijdrage aan de vrede in de wereld' is. Zie Koopmans 2014, p. 40.

463 Na de bevrijding klonken er echter wel degelijk pleidooien voor de invoering van een compleet nieuw constitutioneel bestel. De politieke prioriteiten van dat moment lagen echter bij andere, vooral sociale kwesties, waardoor ingrijpende staatkundige veranderingen niet van de grond kwamen. Zie par. III.3.3.1.2.

464 Donner 1979, p. 3-4 = Donner 1986, p. 371-372.

465 Donner 1979, p. 5 = Donner 1986, p. 373. Vgl. in die zin ook Kortmann 1976, p. 169.

466 Donner 1979, p. 9 = Donner 1986, p. 377, ook voor het volgende citaat.

> hun nut in de verworven functie of idee vinden. Zij worden verwórvenheden van de samenleving, waarop deze weer verder bouwt om nieuwe verworvenheden tot stand te brengen'.

In feite komt deze passage erop neer dat de verzekering van de continuïteit van de staat ook de moeite waard moet zijn voor zijn burgers, opdat die continuïteit verzekerd blijft. Volgens Donner is daarvoor een flinke dosis wederkerigheid vereist, op basis waarvan de macht van de staat moet worden

> 'tot bevoegdheid, d.w.z. tot rechtens omschreven, bepaalde en verplichtende macht (…), zodat er een beroep op kan worden gedaan en er verweer tegen kan worden gevoerd. Evenzo moeten ook de plichten en rechten van de andere staatsdelen en van de burger worden omschreven, zodat hij weet, waaraan hij zelf en anderen zich hebben te houden, zodat dus het bestaan van staats- en rechtsinstellingen een houvast en steun wordt in zijn samenleven en samenwerken met anderen'.[467]

In de ogen van Donner ligt de functie van het staatsrecht vooral in het verzekeren van die wederkerigheid, die er op haar beurt weer op is gericht de bestendigheid van de staat veilig te stellen. Het zou echter onjuist zijn het staatsverband geheel en al gelijk te stellen aan het rechtsverband, omdat de bestendigheid en de wederkerigheid niet noodzakelijkerwijs in elkaars verlengde liggen. Integendeel:

> 'Het zijn geen complementaire grootheden, die mooi bij elkaar aansluiten, maar zij botsen keer op keer. Het zijn wel dragende motieven, maat het zijn ook de krachten, die bewerken dat het stellig recht altijd ver beneden de eis der rechtvaardigheid blijft en dat ons jagen naar de volkomen staat steeds weer op teleurstelling uitloopt. (…) [B]estendigheid en wederkerigheid zijn niet met elkaar te verenigen in een wereld die voortdurend verandert en welks veranderingen wij niet in de hand hebben.'[468]

In het licht van deze onverzoenlijkheid tussen bestendigheid en wederkerigheid kunnen staatsrechtswetenschappers zichzelf voortdurend de vraag stellen in hoeverre het positieve staatsrecht nog beantwoordt aan de feitelijke behoeften uit de samenleving. In het licht van de steeds verdere uitbreiding van de staatstaak vanaf het begin van de twintigste eeuw[469] blijft de beantwoording van die vraag van belang voor de staatsrechtswetenschap; op het terrein van alle (nieuwe) staatstaken dienen de bestaande staatsinstellingen zowel hun macht uit te oefenen in overeenstemming met de aan hen toegekende bevoegdheden (het recht) als over voldoende feitelijke mogelijkheden (de macht) te beschikken om de aan hen toegekende taken uit te

467 Donner 1979, p. 13 = Donner 1986, p. 380-381.
468 Donner 1979, p. 16 = Donner 1986, p. 383.
469 Zie par. III.2.6.

oefenen.[470] Aldus is de taak van de staatsrechtswetenschap tweeërlei: zij is gericht op de bestudering van zowel het geldende recht als de feitelijke context waarin dat recht functioneert. Belinfante merkt daarover op:

> 'Het staatsrecht interesseert zich en wel in hoge mate voor die problemen van [de] staat, die niet gestructureerd zijn door het recht, maar die desondanks van evenveel betekenis zijn voor de gemeenschap, die de staat vormt, als de problemen die wel door het staatsrecht worden beheerst. Door omstandigheden van feitelijke politieke aard worden belangrijke beslissingen buiten het rechtssysteem om genomen. Daardoor ontstaat bij juristen en burgers een gevoel van onbehagen en onmacht. Het is de taak van de beoefenaren van het staatsrecht de wegen te zoeken om die beslissingen binnen het rechtssysteem te brengen.'[471]

Volgens Belinfante ligt de centrale focus van de staatsrechtswetenschap in beginsel op het geldende staatsrecht in het licht van de context waarin het functioneert. Voor de duidelijkheid: anders dan Belinfante wellicht suggereert in dit fragment, is de taak van de staatsrechtswetenschap niet zozeer de mogelijkheden van directe implementatie van buitengrondwettelijke beslissingen te onderzoeken, maar wel om dergelijke beslissingen te bestuderen in het licht van hun (staatsrechtelijke) context.

Op twee manieren kunnen dergelijke beslissingen relevantie voor de staatsrechtswetenschap verkrijgen.[472] In de eerste plaats geldt dat voor bepaalde *specifieke* terreinen, zoals dat van de kabinetsformatie, die weliswaar vrijwel ongeregeld zijn gebleven in het positieve staatsrecht maar wel de toepassing van andere staatsrechtelijke normen, zoals de vertrouwensregel, affecteren. In de tweede plaats geldt dat in meer *algemene* zin voor de mate waarin het staatsrecht nog naar behoren functioneert in de feitelijke werkelijkheid. Op zichzelf staat deze vraag zo ver van het positieve recht af dat die eerder tot het domein van de politicologie behoort. Toch zou het, zo constateert Belinfante, onjuist zijn te concluderen dat in beide gevallen

> 'niet het juridische stelsel, maar de politiek de hoofdrol speelt. Maar dan zal men toch moeten erkennen, dat het bestaan en de inrichting van [de staat] toch zelf berusten op politieke beslissingen. Het staatsrecht is een juridische vertaling van een politieke situatie. Daarmee is een voortdurende spanning tussen staatsrecht en politiek ingebouwd'.

Op zichzelf staat het politieke karakter van een beslissing dan ook los van de relevantie van die beslissing voor de staatsrechtswetenschap. In het licht van de eerder beschreven verklaring voor het bestaan van het staatsrecht is dat ook niet verwonderlijk. In de kern is het staatsrecht gericht op de

470 Vgl. o.a. Prakke 1974, p. 7-10; Vis 1978, p. 3-4; Kortmann 1981, p. 13; Hirsch Ballin 1982, p. 90-91.
471 Belinfante 1982, p. 1.
472 Belinfante 1982, p. 2, ook voor het hierna opgenomen citaat.

handhaving van de vrede door de staat te verzekeren van de vereiste dosis wederkerigheid en daarmee ook tot op zekere hoogte een bijdrage te leveren aan de bestendigheid van de staat. Het positieve recht functioneert derhalve nooit in een isolement, maar dient zich altijd tot die kernfuncties binnen de staat te verhouden.

Toch is daarmee nog niet duidelijk *in hoeverre* de staatsrechtswetenschapper ook de context waarin het staatsrecht functioneert, dient te bestuderen. De staatsrechtswetenschapper zou weliswaar niet alleen oog moeten hebben voor het geldende positieve recht, maar dient ook niet zo ver te gaan dat hij zich verliest in de feitelijke en politieke werkelijkheid waarin het staatsrecht functioneert; anders loopt hij het gevaar de eigen identiteit van het staatsrecht uit het oog te verliezen.

III.4.4.2 De traditioneel-rechtspositivistische benadering: recht en politiek zijn in beginsel gescheiden sferen

Veruit de meeste staatsrechtsbeoefenaren brengen een strikte scheiding aan tussen de sferen van respectievelijk het recht en de politiek. Aanhangers van deze traditioneel-rechtspositivistische[473] benadering erkennen wel dat politieke besluitvorming een grote invloed heeft op de gelding van het staatsrecht, maar zij beschouwen beide fenomenen in de woorden van Donner als 'verschillend van aard, van idee, van ritmiek en van behoeften'.[474] Kenmerkend voor het recht is dat het afkomstig is uit 'een andere wereld' met 'eigen begrippen en beginselen' ten opzichte van die van de politiek. Naar eigen zeggen heeft Donner er echter

> 'vrede mee, dat de richting door de politiek wordt bepaald, áls deze zich aan het staatsrecht verbonden voelt. (…) Blijft zo het recht niet op zijn plaats als wezenlijk, eigenaardig element van het staatsleven, maatstaf in en voor de staat, waarmee zich de staat als geheel de maat neemt? Juist omdat ik aan het staatsrecht zoveel belang toeken als structureel element van de Westerse staat, lijkt het mij een zegen als het betrekkelijk onopvallend en als 't ware vanzelfsprekend werkt en geldt'.[475]

In de benadering van Donner vormen rechtsregels slechts één factor naast vele andere, zoals de politieke machtsverhoudingen, de economie en andere elementen die politici in ogenschouw moeten nemen om beslissingen te kun-

---

473 In mijn ogen zijn ook de hierna te bespreken contextuele en instrumentele benadering van het staatsrecht in sterke mate geënt op het rechtspositivisme, omdat ook daarin primair het door de overheid gestelde recht centraal staat. Met het traditionele rechtspositivisme doel ik op de stroming in het denken over het constitutionele recht die een strikte scheiding tussen recht en politiek maakt. Aanhangers van andere, hierna te bespreken, perspectieven op het constitutionele recht denken genuanceerder over het nut van het aanbrengen van een dergelijke scheiding.

474 Donner 1981a, p. 1, ook voor het volgende citaat (op p. 2).

475 Donner 1982a, p. 46. Vgl. ook Donner 1981b, p. 304-305.

nen nemen. Volgens Donner is het geen bezwaar dat het recht in dat beeld slechts op afstand een rol vervult, zolang politici zich verbonden weten met de eisen die het staatsrecht aan hen stelt. De strikte scheiding die hij tussen recht en politiek aanbrengt, is daarmee impliciet onderworpen aan de voorwaarde dat politici het recht blijven respecteren.

Deze bespiegeling van Donner bevat de kern van het traditioneel-rechtspositivistische perspectief op de staatsrechtswetenschap: in beginsel blijft het studieobject van de staatsrechtsbeoefening beperkt tot het positieve recht, mits het recht een maatstaf blijft voor het politieke leven. Als de vanzelfsprekendheid van de gelding en de werking van het staatsrecht echter verdwijnt, dan kan de staatsrechtswetenschap haar ogen daarvoor niet sluiten, zo suggereert Donner. Deze benadering brengt voor het voetlicht dat de bestudering van het staatsleven van secundair belang is voor de staatsrechtswetenschap, maar ook niet geheel genegeerd kan worden. Ook beoefenaren van de staatsrechtswetenschap volgens het traditioneel-rechtspositivistische perspectief, zullen zich daarom moeten verhouden tot de politieke werkelijkheid.

Op het meest fundamentele niveau dient de rechtspositivist bijvoorbeeld te bepalen of *iedere* door een bevoegd ambt vastgestelde regel zou moeten doorgaan voor een rechtsregel. Volgens Kortmann, die zonder enige twijfel tot de prominentste rechtspositivisten van de Nederlandse staatsrechtswetenschap kan worden gerekend, luidt het antwoord ontkennend. Hij is van mening dat geen enkele constitutie in 'een normatief vacuüm' geldt.[476] Deze constatering brengt mee dat de *feitelijke* gelding van een rechtsregel in een rechtssysteem ook voor traditionele rechtspositivisten nog niet per definitie meebrengt dat die regel ook zou *moeten* gelden.[477]

Kortmann concretiseert dit gegeven aan de hand van de volgende twee uitgangspunten. In de eerste plaats stelt hij dat de maker van een constitutie 'de al dan niet uitdrukkelijke instemming' dient te hebben van 'het gros van de onderdanen en van de ambtsdragers die de belangrijke overheidsfuncties vervullen'.[478] Zonder deze instemming kan een constitutioneel stelsel, zo betoogt Kortmann, niet functioneren. In de tweede plaats is hij van mening dat een constitutie ook aan inhoudelijke eisen dient te voldoen. In Kortmanns benadering van het rechtspositivisme, die wat hem betreft iedere geheide positivist zal onderschrijven, gelden twee waarden die iedere grondwetgever in acht zal moeten nemen. Het eerste principe houdt volgens hem in dat de maker van een constitutie in ieder geval

> 'niet anders kan dan ervan uitgaan dat uiteindelijk iedere mens uniek en als persóón onvervangbaar is en dat niemand de uiteindelijke waarheid bezit. Dit

476 Kortmann 1997, p. 483-484. Vgl. ook Kortmann 1981, p. 8.

477 In zoverre is (de relativiteit van) het onderscheid tussen 'feit' en 'norm' verwant aan (de relativiteit van) het onderscheid tussen 'recht' en 'moraal'. Vgl. Smith 1998, p. 50-51.

478 Kortmann 1997, p. 484, ook voor de volgende drie citaten.

> betekent dat een grondwetgever, hoe hij de constitutie ook inricht, nimmer het systeem, doch de mens voorop moet stellen. Het systeem is er voor de mens, niet omgekeerd'.

Het tweede door Kortmann onderscheiden principe houdt in dat

> 'het een ieder vrijstaat de inhoud van een geldende rechtsorde of rechtsregel onjuist of onrechtvaardig te vinden en van oordeel te zijn dat die orde of regel gewijzigd moet worden. Een constitutie moet dat mogelijk maken. Zonder dat is een constitutie geen écht recht'.

Hij vindt het niet nodig daarbuiten nog andere waarden te erkennen. Hij beschouwt zichzelf in dat licht als 'minimalist' of 'waardenrelativist'. Toch is het staatsrecht zelfs voor een rechtspositivist als hij kennelijk méér dan een verzameling regels die toevallig door een daartoe bevoegd ambt is opgesteld. Een rechtspositivist zal daarom steeds voor zichzelf dienen te bepalen in hoeverre bepaalde, aan een constitutie inherente waarden erkenning verdienen en wat die eventuele erkenning betekent voor de gelding van het positieve recht. In dat kader spelen opvattingen over de taken en doelstellingen van de 'staat' een belangrijke rol. Het object van de traditionele rechtspositivist vormt dus het geldende recht, maar dan wel (impliciet) met oog voor de mate waarin dat recht bepaalde, nader te concretiseren waarden respecteert.

Weliswaar is het duidelijk dat voor de rechtspositivist primair bepaalde, door de daartoe bevoegde organen vastgestelde, regels centraal staan, maar daarmee heeft hij nog niet een eenduidige methode in handen voor de *vaststelling* van het geldende recht. Zeker in het staatsrecht leent het positieve recht zich vaak voor meer dan één mogelijke toepassing in een concrete casus. Bij de oplossing van een staatsrechtelijk vraagstuk speelt daarom steeds de vraag welke regels van belang zijn, hoe zij moeten worden uitgelegd en hoe de beschikbare regels zich tot elkaar verhouden. De erkenning van recht en politiek als afzonderlijke sferen houdt daarmee zelfs voor de meest rechtgeaarde rechtspositivisten[479] niet in dat de staatsrechtswetenschap zich slechts zou moeten beperken tot een grammaticale bestudering van de door de (grond)wetgever gepositiveerde normen. De reeds genoemde Kortmann is bijvoorbeeld van mening dat staatsrechtswetenschappers zich rekenschap moeten geven van de context waarin het staatsrecht geldt.

479 Mogelijk geldt dit niet voor Sillen. In de proeve van een positivistische methode van grondwetsinterpretatie die hij in 2009 publiceerde, legt hij juist sterk de nadruk op het zo 'objectief' mogelijk vaststellen van de bedoeling van de grondwetgever; andere interpretatiemethoden zouden volgens hem te veel afhankelijk zijn van de subjectieve voorkeuren van de uitlegger. Ik laat deze opvatting hier verder buiten beschouwing. Zie daarover par. III.3.3.2.2.

Hij geeft daar de volgende voorbeelden van:

> 'Iemand die het koningschap ongeacht plaats, tijdstip en inrichting ervan een autocratische, autoritaire instelling noemt, geeft blijk van gebrek aan juridisch-historisch inzicht. Hetzelfde geldt voor hen die menen dat alle staten met een parlement democratieën zijn. Zij weten kennelijk niet hoe dat parlement wordt samengesteld en welke zijn bevoegdheden zijn. (…) En als journalisten en politici schrijven en spreken over de rechtsstaat, krijgt men vaak de indruk dat die rechtsstaat vooral de bouw van gevangenissen, lik op stuk-beleid, beknotting van de vrijheid van de advocatuur en zelfs invoering van de doodstraf verlangt. (…) Daardoor dreigt de rechtsstaat in zijn tegendeel te verkeren en te verworden tot een stelsel waarin niet vrijheid van, doch dwang door de overheid de norm is.'[480]

Zelfs voor een rechtspositivist als Kortmann geldt dus dat er niet altijd staat wat er staat. In een beschouwing over grondwetsinterpretatie formuleert Kortmann zelfs een aantal doelen waarop de interpretatie van het constitutionele recht in zijn ogen moet zijn gericht.[481] Hij noemt in dit kader de verzekering van de continuïteit van het staatsbestel, de voorkoming van ernstige conflicten tussen de hoogste staatsinstellingen, de verzekering van machtsevenwicht tussen de centrale staatsinstellingen[482] en het bewaren van flexibiliteit in het deel van het recht dat de ordening van het staatsbestel tot doel heeft. Het functioneren van het staatsrecht in de politieke werkelijkheid is tegen die achtergrond in ieder geval indirect relevant, namelijk over de band van de interpretatie van de Grondwet.[483]

Volgens de benadering van Kortmann is het dus enerzijds mogelijk dat de bewoordingen van een bepaling op zichzelf duidelijk zijn en anderzijds dat de door hem geformuleerde doelstellingen van het staatsrecht soms toch tot een andere interpretatie van een grondwettelijke bepaling noodzaken dan een louter grammaticale uitleg van die bepaling zou rechtvaardigen. Kort gezegd vergt de doorgaans in Nederland beoefende rechtspositivistische benadering van het staatsrecht evenzeer een explicitering van de keuzes die daaraan ten grondslag liggen als bij de andere, hierna te bespreken, benaderingen van de staatsrechtswetenschap. De keuze voor een rechtspositivistische benadering van het staatsrecht hoeft dus niet louter te zijn ingegeven door een behoefte aan eenvoud. Hoe het ook zij, duidelijk is dat

480 Kortmann 1997, p. 483.

481 Kortmann 1994, p. 370.

482 In de ogen van Kortmann dient de interpretatie van het constitutionele recht ook gericht te zijn op het bereiken van een machtsevenwicht tussen de overheid en de maatschappij of de burger respectievelijk de verzekering van een machtsevenwicht tussen de centrale en gedecentraliseerde overheidsorganen. Zie Kortmann 1994, p. 370. Ik laat deze functies hier achterwege, omdat zij buiten het bestek van de in dit boek bestudeerde normen vallen.

483 Zie ook par. III.3.3.2.3.

het ook volgens de traditionele rechtspositivistische benadering niet mogelijk is om een volledig scherp onderscheid tussen 'zijn' (feit) en 'behoren' (norm) te maken.[484]

In dat licht rijst de vraag waarom een rechtspositivist zichzelf dan toch bij voorkeur zoveel mogelijk beperkt tot de bestudering van het positieve recht. In een interview met *Ars Aequi* uit 2009 merkt Kortmann daarover op dat een andere, meer op de feitelijke werkelijkheid gerichte, benadering het gevaar meebrengt dat feiten worden gepresenteerd als recht.[485] Hij stelt dat 'leeftijdgenoten' in zijn ogen soms feiten en normen 'door elkaar klutsen', waaraan hij 'een geweldige hekel' heeft omdat dat tot 'verwarring' leidt. De meerwaarde van de traditioneel-rechtspositivistische benadering zou dan dus vooral liggen in de mate waarin zij kan helpen zoveel mogelijk duidelijkheid te verschaffen over wat al dan niet geldt als staatsrecht. Weliswaar bestaat het object van de staatsrechtswetenschap volgens de rechtspositivistische benadering uit het staatsrecht met inbegrip van zijn context, maar de *methode* van de staatsrechtswetenschap is primair gericht op een goed begrip van het positieve recht zelf; voor de rechtspositivistische benadering is het maken van een zo scherp mogelijk onderscheid tussen recht en andersoortige verschijnselen immers een van de taken van de staatsrechtswetenschap.

Meuwissen, die als een van de weinige Nederlandse staatsrechtsbeoefenaren een zuiver niet-positivistisch perspectief op de staatsrechtsbeoefening bepleit, betitelt deze stroming als 'pragmatisch positivistisch'.[486] Volgens Meuwissen is deze vorm van rechtspositivisme niet alleen gericht op het positieve recht zoals de wetgever dat heeft vastgesteld, maar ook op de manier waarop het recht in de praktijk functioneert. Volgens Meuwissen is dat echter niet voldoende, omdat aanhangers van deze stroming ook oog zouden moeten hebben voor de achterliggende beginselen van het recht.[487] Zij zouden daarom ten onrechte aan lopen achter de consensus onder 'de spraakmakende juridische gemeenschap' over de interpretatie en toepassing van rechtsregels. In plaats daarvan zouden zij zich meer moeten richten op de vraag hoe het recht dient te luiden.

---

484 Deze constatering is allerminst nieuw. Zie in algemene zin o.a. Eijsbouts 1989, p. 59-63; Smith 1998, p. 49-53.

485 Kristić & Schutgens 2009, p. 196-201, ook voor het hierna opgenomen citaat (op p. 198).

486 Meuwissen 1975, p. 4, met instemming van Couwenberg 1977, p. 11. Meuwissen onderscheidt daarnaast ook nog het zogeheten 'naïef positivisme' waarin louter ruimte is voor de bestudering van het (staats)recht zonder oog te hebben voor de achterliggende context, die, zo merkt hij op, nauwelijks navolging in Nederland vindt.

487 Zie voor een uitwerking van deze meer wijsgerige perspectieven op de staatsrechtswetenschap par. III.4.4.5.

III.4.4.3 De contextuele benadering: een zelfstandige, maar relatieve rol voor het recht ten opzichte van de politiek

Naast de hiervoor besproken traditioneel-rechtspositivistische benadering, bestaat er een ander perspectief op de staatsrechtsbeoefening dat het positieve recht tot uitgangspunt neemt. Het gaat om de zogeheten 'contextuele' benadering. Gelet op de centrale rol voor het positieve recht binnen de staatsrechtsbeoefening, zijn de overeenkomsten tussen beide benaderingen groot. Toch bestaat er één essentieel verschil tussen het traditioneel-positivistische en het contextuele perspectief: het eerste gaat uit van een strikte scheiding tussen recht en politiek, in het tweede geldt als uitgangspunt dat recht en politiek in samenhang met elkaar moeten worden bestudeerd.

Elzinga is vermoedelijk de belangrijkste verdediger van dit perspectief op de beoefening van het staatsrecht. Op diverse plaatsen in zijn werk, vooral in twee verzamelingen opstellen van zijn hand uit respectievelijk 1990 en 1997, ontvouwt hij deze benadering. Zij is in sterke mate beïnvloed door de ontwikkeling van de democratische rechtsstaat in Nederland.[488] Volgens Elzinga kenmerkt deze ontwikkeling zich zowel door de regulering van statelijke en rechtsmacht *door* het recht als door de regulering van het machtselement *in* het recht. Met de regulering door het recht doelt hij vooral op de toenemende invloed van burgers op de inhoud van het recht, bijvoorbeeld door hun eigen volksvertegenwoordigers te kiezen of zich als zodanig te laten kiezen in vertegenwoordigende organen. Een andere illustratie van de ontwikkeling van de regulering door het recht betreft het ontstaan van de sociale rechtsstaat die volgens Elzinga de waarborgfunctie van het recht heeft vergroot, bijvoorbeeld door een minimum aan maatschappelijke gelijkheid te garanderen. Op die manier stelt het recht grenzen, zo betoogt Elzinga, aan het ontstaan van zowel statelijke als maatschappelijke machtsconcentraties.

Voor de door Elzinga voorgestane relativering van de verhouding tussen recht en politiek is echter vooral de regulering van het machtselement *in* het recht van belang. Tijdens de ontwikkeling van de Nederlandse democratische rechtsstaat is volgens Elzinga de gelding van het recht steeds afhankelijker geworden van omgevingsfactoren en het zogeheten consensusprincipe. Voor de gelding van het recht is daardoor in de ogen van Elzinga niet alleen van belang dat het recht door een bevoegd statelijk orgaan is vastgesteld, maar ook dat zij die aan het recht zijn onderworpen de gelding van het recht aanvaarden. De gelding van het consensusprincipe heeft ervoor gezorgd, aldus Elzinga, 'dat het machtselement veel minder dominant *in* het recht aanwezig behoeft te zijn'.[489]

---

488 Zie o.a. Elzinga 1989, p. 43-61 = Elzinga 1990, p. 1-19 = Elzinga 2020, p. 59-75; Elzinga 1990, p. 38-54 = Elzinga 2020, p. 93-108; Elzinga 1997, p. 20-48.

489 Elzinga 1990, p. 39 = Elzinga 2020, p. 94 (cursivering in origineel, GJAG). Vgl. ook Elzinga 1997, p. 29.

In zijn ogen heeft dit belangrijke gevolgen voor de *handhaving* en de *inhoud* van het recht als verschijnsel. Voor wat betreft de handhaving van het recht verkleint het bestaan van consensus in de samenleving over de gelding en inhoud van rechtsregels volgens Elzinga de behoefte aan de ontwikkeling van 'rigide rechtsnormen (…) die door indrukwekkende en draconische sanctie-apparaten moeten worden gehandhaafd'.[490] Als van een dergelijke overeenstemming in de maatschappij over de gelding en inhoud van het recht inderdaad sprake is, dan '[zoekt] de aanvaarding van het recht in belangrijke mate nauwe aansluiting (…) bij de rechtscultuur, dat is bij de ethische, culturele en zedelijke ambiance waarin het recht heeft te functioneren'. Het is deze samenhang tussen de inhoud van de geldende rechtsregels en de cultuur van de omgeving waarin deze regels gelden die volgens Elzinga het gebruik van de contextuele rechtsbenadering kan rechtvaardigen.

Er is uiteraard alleen plaats voor een contextuele rechtsbenadering bij de bestudering van rechtssystemen die nauw samenhangen met de daarbinnen geldende rechtscultuur. In de ogen van Elzinga geldt dat bij uitstek voor het gedeelte van het staatsrecht dat betrekking heeft op de verhoudingen tussen de belangrijkste staatsinstellingen in het Nederlandse staatsbestel. In zijn oratie betoogt hij dat het op dit terrein toepasselijke recht beslist meer is dan

> 'het gepositiveerde recht. Er is een sterke afhankelijkheid van de historische ontwikkeling, van de politieke zede, van de politieke cultuur. Steeds moet het staatsrecht in verband worden gebracht met zijn feitelijke politieke substraat, met de ambiance waarin het functioneert. De staatkundige rechtscultuur biedt voor het normatieve oordeel in veel gevallen meer aanknopingspunten dan het positieve recht. (…) Wie het staatsrechtelijke bestel wil doorgronden moet kennis nemen van de historische ontwikkeling, maar vooral ook van de politieke en maatschappelijke omgeving waarin het constitutionele recht functioneert. Gekeken moet worden naar de politieke zeden en politieke oriëntaties die in het staatkundige kader een maatgevende rol spelen'.[491]

In dat licht is het volgens Elzinga verdedigbaar om een niet te strikte scheiding tussen politiek en recht te hanteren. Deze opvatting is niet alleen zichtbaar in zijn gedifferentieerde benadering ten aanzien van de aanname van ongeschreven staatsrecht,[492] maar ook in zijn opvatting over de geëigende interpretatie van grondwettelijke regels.[493] In de ogen van Elzinga is een van de context afhankelijke invulling van bepalingen uit de Grondwet noodzakelijk, die hij beschouwt als de geëigende manier om de normatieve kracht van de Grondwet te beschermen.[494] Een te strikte scheiding tussen recht en politiek leidt er in zijn ogen daarentegen toe dat de 'grondwettelijke orde-

490 Elzinga 1997, p. 29, ook voor het volgende citaat (op p. 30).
491 Elzinga 1988, p. 11 = Elzinga 1997, p. 186 = Elzinga 2020, p. 5.
492 Zie par. III.3.4.3.2.
493 Zie ook par. III.3.3.2.3.
494 Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 70-72 = Elzinga 2020, p. 177-178.

ning het contact met de werkelijkheid verliest'.[495] De eenzijdige focus van een dergelijke benadering zou volgens Elzinga een primair historische invulling van (grond)wetsbepalingen in de hand werken, waardoor het geschreven constitutionele recht steeds verder van de werkelijkheid af komt te staan.[496]

Het pleidooi van Elzinga om de werkelijkheid bij de constitutionele rechtsvinding te betrekken, strekt er echter ook weer niet toe de gelding van het positieve recht geheel uit het oog te verliezen. Hoewel de contextuele rechtsbenadering enige raakvlakken heeft met Van der Hoevens benadering op basis waarvan een feitelijke verandering onder omstandigheden kan gelden als een wijziging van het *recht*,[497] neemt Elzinga daarvan de nodige afstand. Hij waarschuwt dat het 'dominant toelaten van de constitutionele werkelijkheid', zoals Van der Hoeven zou doen, ertoe leidt dat de interpretatie van de Grondwet verandert in 'het vinden van constitutionele oplossingen buiten de Grondwet om'.[498] Hij omschrijft deze benadering, die hij de 'kuil van Van der Hoeven' noemt, als een 'dwaalleer'.[499] De contextuele rechtsbenadering is zo bezien óók positivistisch van aard, omdat in Elzinga's woorden 'de normatieve "eigenstandigheid" van de Grondwet ten opzichte van de constitutionele werkelijkheid en ten opzichte van de constitutionele problemen' daarin een belangrijke plaats inneemt.[500]

Net als bij de rechtspositivistische benadering is het *object* van het contextuele perspectief op de staatsrechtswetenschap het geldende recht met inbegrip van zijn context, maar in haar *methodologische* uitwerking is meer ruimte voor het betrekken van de feitelijke werkelijkheid bij het positieve recht. Het gevaar van deze benadering is echter wel dat het daarbij niet geheel duidelijk is *welke* feiten relevant zijn voor de bestudering van het recht, waardoor het onderscheid tussen feit en norm vertroebeld kan raken. De grote uitdaging van het gebruik van de contextuele rechtsbenadering schuilt in dat licht vooral in het vinden van een evenwicht tussen het betrekken van de politieke werkelijkheid enerzijds en het respecteren van de eigenstandige positie van het staatsrecht anderzijds.

III.4.4.4 De systeembenadering: het recht als instrument voor maatschappelijke probleemoplossing

De systeembenadering vormt een variant op de contextuele benadering. In deze benadering is een relatief grote invloed weggelegd voor de empirische

495 Elzinga 1982, p. 81, nt. 21.
496 Vgl. in die zin ook Engels 2011, p. 2212.
497 Zie over het werk van Van der Hoeven par. III.4.2.
498 Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 71 = Elzinga 2020, p. 177.
499 Elzinga 2014, p. 55-56. Elzinga geeft echter ook toe dat de kwalificatie van de 'valkuil' waarin Van der Hoeven zou zijn gevallen enigszins gechargeerd is. Zie Elzinga 1996, p. 116 = Elzinga 1997, p. 71.
500 Elzinga 1996, p. 118 = Elzinga 1997, p. 74 = Elzinga 2020, p. 179.

wetenschappen, met name de politicologie en de sociologie, omdat aan de hand daarvan de context van het geldende staatsrecht gekend kan worden. Zij verschilt echter van de contextuele (en de traditioneel-rechtspositivistische) benadering in de zin dat zij nadrukkelijker het recht inkadert binnen de feitelijke en maatschappelijke werkelijkheid. De bedenker van deze benadering is Burkens. Op diverse plaatsen in zijn werk heeft hij deze these nader uitgewerkt, met name in zijn Rotterdamse oratie uit 1972 en in zijn preadviezen over de methodologie van het staatsrecht voor de staatsrechtconferentie van 1973 respectievelijk over de grondwetsherziening voor de staatsrechtconferentie van 1981.

In grote lijnen komt zijn betoog op het volgende neer. Volgens Burkens is een zekere integratie van de juridische wetenschap en empirische wetenschappen noodzakelijk, omdat de samenleving anders dan voorheen niet langer het karakter heeft 'van een "natuurlijke orde", een rechtsorde waarbinnen men zich kan oriënteren op hetgeen van oudsher nu eenmaal gebeurt'.[501] In dat licht beschouwt hij de jurist als een 'social engineer', die tot taak heeft maatschappelijke processen te beïnvloeden met gebruikmaking van wetenschappelijke methoden en inzichten.[502] Volgens Burkens vormt het ontstaan van de welvaartsstaat een belangrijke oorzaak van deze verandering in de samenleving. Hij wijst erop dat de staatsrechtswetenschap zich aanvankelijk bezighield met 'het typisch negentiende-eeuwse probleem de "Staat" onder controle te krijgen van de "Gesellschaft"'.[503] Volgens Burkens zijn de kernproblemen van de staatsrechtswetenschap onder invloed van het ontstaan van de welvaartsstaat na de Tweede Wereldoorlog op een ander vlak komen te liggen. In zijn ogen heeft de staat als gevolg daarvan primair het karakter gekregen van 'een beslissingsmechanisme, dat maatschappelijk nuttige voorzieningen bewerkstelligt'.[504]

Volgens Burkens roepen deze ontwikkelingen voor de staatsrechtswetenschap de vraag op 'op welke wijze dit beslissingssysteem juridisch geordend dient te worden, dusdanig dat een optimale output wordt verkregen en tevens aan huidige democratische, participatoire en rechtsstatelijke postulaten wordt voldaan'.[505] De oplossing voor dit vraagstuk ligt volgens hem in een 'adequaat referentiekader, waarbinnen op basis van voldoende informatie problemen kunnen worden geanalyseerd en tot op redelijke mate van

501 Burkens 1972, p. 5.

502 Burkens 1972, p. 5. In dat opzicht vertoont Burkens' perspectief op de staatsrechtswetenschap raakvlakken met het pleidooi van Van Maarseveen om het staatsrecht voortaan aan te duiden als 'politiek recht'. Volgens Van Maarseveen is deze naamswijziging gerechtvaardigd, omdat '[m]aatschappelijke, of beter gezegd, politieke veranderingen steeds een belangrijk object van onderzoek [van de staatsrechtswetenschap zijn] geweest'. Zie Van Maarseveen 1971, p. 11 = Van Maarseveen 1991a, p. 182. Zie hierover ook par. III.4.3.4.

503 Burkens 1973, p. 5. Zie daarover ook par. III.2.6.

504 Burkens 1973, p. 5.

505 Burkens 1973, p. 5.

consensus steunende oplossingen kunnen worden gebracht'.[506] Voor de ontwikkeling van een dergelijk referentiekader is volgens Burkens aansluiting van de staatsrechtswetenschap bij de empirische wetenschappen noodzakelijk. Hij voorziet dat de betekenis van het staatsrecht voor de oplossing van maatschappelijke vraagstukken anders steeds verder afneemt. Hij stelt:

> 'Gaandeweg wordt de inadequatie van het staatsrecht als instrument voor maatschappelijke probleemoplossing manifest. Terwijl in staatsrechtelijke kring een "herschrijving van de Grondwet" als hoogste ideaal kan worden gekoesterd, beginnen de processen, welke de Grondwet reguleert, zich aan de greep van deze regulering te onttrekken.'[507]

Volgens Burkens is het recht, mits goed gehanteerd, het enige instrument waarmee het bereiken van de oplossing van dergelijke maatschappelijke problemen mogelijk is. Volgens hem is er van goede hantering van het recht sprake bij 'bewuste sturing van het recht', waarvoor het staatsrecht bij uitstek de geëigende structuur heeft.[508] Burkens' verdere uitwerking van deze theorie, die een 'functioneel-structurele variant van de sociologische systeemtheorie' van de Duitse socioloog Luhmann vormt, kan op deze plaats in het midden blijven.[509]

Voor hier van belang is dat de staatsrechtswetenschap volgens deze benadering vooral tot doel heeft om eventuele bedreigingen van het voortbestaan van het staatsbestel te beteugelen, omdat het recht anders überhaupt niet meer kan bijdragen aan het oplossen van maatschappelijke problemen. In de instrumentele benadering van Burkens vormen zowel de output van het overheidsgezag als de bestaande verkiezingsmechanismen de belangrijkste factoren die het maatschappelijk draagvlak voor het overheidsgezag als zodanig bepalen. In dat licht ziet hij de 'geleidelijk toenemende en zich gaandeweg radicaliserende ontevredenheid met het politieke bestel als gevolg van economische teruggang en werkloosheid' als een reëel gevaar voor het voortbestaan van datzelfde bestel.[510] In het donkerste scenario kan in de ogen van Burkens

> 'een situatie ontstaan, waartegen het politieke bestel totaal niet is opgewassen. In zodanige situatie kunnen politieke ontwikkelingen in een stroomversnelling geraken, waarin ook het constitutionele bestel wordt meegesleurd'.

Burkens betwijfelt of het algemeen kiesrecht in een situatie waarin het maatschappelijk draagvlak voor het overheidsgezag aanzienlijk afneemt voldoende soelaas biedt om de stabiliteit van het constitutionele bestel te

506 Burkens 1973, p. 5.
507 Burkens 1973, p. 6. Zie ook Burkens 1981, p. 46.
508 Burkens 1973, p. 7.
509 Burkens 1973, p. 8.
510 Burkens 1979, p. 66, ook voor het volgende citaat.

beschermen. Hij beschouwt het als een taak van de staatsrechtswetenschap om te voorkomen dat een dergelijke situatie ontstaat. In dat licht dicht Burkens aan de Grondwet een systeemfunctie toe met het oog op de verzekering van het operationeel houden van het systeem.[511] Het systeem waaraan de Grondwet refereert, is 'het beslissingssysteem dat de Grondwet zelf reguleert' en waarvan het 'de voornaamste structuur' vormt.

De meest fundamentele eis die volgens Burkens op dit punt voor de Grondwet geldt, is dat zij verzekert dat dit beslissingssysteem dat aan het Nederlandse staatsbestel ten grondslag ligt, blijft voortbestaan. Ondanks de karakterisering in deze benadering van het recht als instrument, is het Burkens dus toch te doen om het staatsrecht aan zijn kernfunctie te laten beantwoorden: het verzekeren van orde in de staat. In feite wekt Burkens door het gebruik van termen als 'instrument' en 'systeem' weliswaar de *indruk* dat zijn benadering verschilt van de hiervoor besproken twee benaderingen, maar dat mogelijke verschil is niet wezenlijk voor zijn benadering.

Volgens Burkens is het mogelijk om aan deze uitdaging tegemoet te komen door bijvoorbeeld de processen van regeringsvorming te verbeteren, de grootte van de overheidsorganisatie te reduceren en de interne coördinatie van de overheidsorganisatie, bijvoorbeeld tussen overheidsorganen en de ambtelijke organisatie, te verbeteren. Daarmee biedt deze benadering ook ruimte voor de bestudering van eventuele knelpunten *buiten* de sfeer van het staatsrecht; zolang het mogelijk is gesignaleerde problemen te relateren aan de werkingssfeer van het staatsrecht, dan lijken zij binnen het bereik van Burkens' benadering van de staatsrechtswetenschap te vallen.

Hoewel het betoog van Burkens abstract van aard is, is het tot een relatief eenvoudige kernboodschap terug te brengen: de staatsrechtswetenschap dient zowel het voortbestaan van het staatsbestel te verzekeren als oog te hebben voor wat er in de maatschappelijke werkelijkheid gebeurt. De meerwaarde van deze benadering ligt in de gedetailleerde uitwerking van de empirisch vast te stellen context waarin het recht functioneert, met daarin ook uitdrukkelijk ruimte voor een van de kernfuncties van het staatsrecht: de handhaving van de vrede. Opnieuw verschilt deze benadering niet wezenlijk van de andere, hiervoor besproken benaderingen ten aanzien van de keuze van het te bestuderen object: dat is opnieuw het geldende staatsrecht, met inbegrip van zijn context. Weliswaar is deze benadering in haar methodologische uitwerking concreter dan de traditioneel-rechtspositivistische en contextuele benadering, maar de systeembenadering is in feite niet op wezenlijk andere uitgangspunten gestoeld dan die twee andere benaderingen.

511 Burkens 1981, p. 52, ook voor het volgende citaat (op p. 53).

III.4.4.5 De wijsgerige benaderingen: het recht als verwerkelijking van een normatief ideaal

De drie hiervoor besproken benaderingen van de staatsrechtsbeoefening dichten alle aan het positieve recht een min of meer centrale rol toe. Het op deze plaats te bespreken perspectief op de staatsrechtswetenschap laat dit uitgangspunt los. Hoewel het positieve recht ook in deze benadering een rol van betekenis vervult, staat het daarbij steeds in dienst van een hoger beginsel dan wel een ideologisch uitgangspunt waartoe iedere positiefrechtelijke regel te herleiden moet zijn. In Nederland hebben onder meer Meuwissen en Couwenberg een dergelijke op normatieve uitgangspunten georiënteerde benadering op de staatsrechtswetenschap beproefd.

III.4.4.5.1 De benadering van Meuwissen: rechtsbeginselen zijn met het positieve recht gegeven

De eerste benadering die in dit kader bespreking verdient is die van Meuwissen. Deze auteur heeft zijn benadering ontvouwd op verschillende plaatsen in zijn werk, met name in zijn oratie uit 1971, zijn preadvies voor de staatsrechtconferentie uit 1973 en zijn in 1975 uitgegeven collegedictaten. Volgens Meuwissen ligt in het bestaan van de rechtsstaat besloten dat 'niet alle recht dat door de staat wordt geproduceerd kan gelden als zodanig'.[512] In zijn ogen bestaat er weliswaar geen concreet stelsel van natuurrechtelijke normen dat de overheid bindt, maar er gelden in zijn ogen wel bepaalde rechtsbeginselen die de overheid dient te respecteren. De basis voor de gelding van deze rechtsbeginselen ligt volgens hem in het fundamentele uitgangspunt van de 'menselijke vrijheid' waarin de 'zelfontplooiing van het vrije subject' vooropstaat.[513] Anders dan rechtspositivisten gewoon zijn te doen, leidt Meuwissen het bestaan van deze rechtsbeginselen niet af uit het positieve recht, maar zijn zij in zijn ogen 'mét het positieve recht gegeven en aan het positieve recht te demonstreren'.[514]

Meuwissen baseert deze 'voorpositieve' gelding van rechtsbeginselen op de grote wisselwerking die er in zijn ogen bestaat tussen de activiteiten 'beschrijven' en 'waarderen'.[515] In zijn ogen is in de (staats)rechtswetenschap een centrale rol voor het nemen van beslissingen weggelegd. Als iemand een beslissing neemt, zo betoogt hij, zal diegene daarbij de relevante beginselen concretiseren en de verschillende argumenten voor en tegen de toepassing van een bepaald beginsel tegen elkaar moeten afwegen. In dat kader spelen de ideeën over gerechtigheid bij de betreffende persoon, zo vervolgt Meuwissen,

512 Meuwissen 1971, p. 6. Zie ook Meuwissen 1973, p. 92.
513 Meuwissen 1971, p. 9, 23. Het belang dat hij toeschrijft aan de vrijheid als basisnotie voor de gelding van het recht is in sterke mate georiënteerd op Hegels rechtsfilosofie. Zie voor zijn uitwerking van Hegels gedachtegoed o.a. Meuwissen 1975, p. 9-10, 16-25.
514 Meuwissen 1971, p. 23.
515 Meuwissen 1971, p. 23. Deze redenering leunt sterk op het werk van Paul Scholten. Vgl. o.a. Scholten 1934, p. 179; Scholten 1945, p. 43.

een belangrijke rol, waarbij hij altijd een 'sprong' van de relevante argumenten naar de definitieve beslissing zal moeten maken.

In de theorie van Meuwissen geldt aldus het algemene uitgangspunt van de menselijke vrijheid, dat nader vorm krijgt in bepaalde rechtsbeginselen die op hun beurt weer worden geconcretiseerd in het positieve recht. In die benadering impliceert een beschrijving van het recht reeds een normatieve waardering van datzelfde recht, omdat zij altijd zou neerkomen op een nadere uitwerking van de in dat positieve recht besloten liggende rechtsbeginselen.[516] Meuwissen leidt daaruit af dat het onderscheid tussen rechtswetenschap en rechtsfilosofie onhoudbaar is, omdat de beschrijving van de geldende normen noodzaakt tot een analyse van de daaraan ten grondslag liggende (filosofische) waarden.

Voor de staatsrechtswetenschap heeft dat in de ogen van Meuwissen belangrijke implicaties. De sterke waardegeladenheid van het positieve recht brengt volgens hem mee dat een rechtspositivistische benadering van het staatsrecht onwenselijk is.[517] In zijn ogen veronderstellen aanhangers van een dergelijke benadering ten onrechte dat directe vaststelling van het positieve recht, dus zonder explicitering van de daaraan ten grondslag liggende beginselen, mogelijk is. Volgens Meuwissen heeft de staatsrechtswetenschap tot doel om inzicht te verkrijgen in de wijze waarop in concrete gevallen op basis van het recht beslissingen worden genomen. In dat opzicht bestaat er volgens hem een belangrijke parallel tussen de praktijk en de theorie van het staatsrecht: in de praktijk staat het nemen van daadwerkelijke beslissingen centraal, terwijl de theorie tot doel heeft om de wijze waarop het beslissingsproces tot stand is gekomen op te helderen en te analyseren.

De grote verwevenheid tussen theorie en praktijk brengt volgens Meuwissen ook mee dat de feitelijke ontwikkelingen in het staatsleven een rol in de staatsrechtsbeoefening zouden moeten spelen.[518] In zijn ogen ligt in de gelding van het recht het bestaan van machtsuitoefening door een staat besloten. In het beeld van Meuwissen ontleent het recht zijn macht aan de staat, terwijl de staat zijn bestaan onder meer met behulp van het recht legitimeert. De wisselwerking tussen de staat en het recht vormt voor hem een afzonderlijke reden, naast de waardegeladenheid van het positieve recht, voor het afwijzen van een strikt rechtspositivistische benadering van het staatsrecht. Volgens Meuwissen dienen staatsrechtswetenschappers de waarden die aan hun opvattingen ten grondslag liggen te expliciteren én daarbij de ontwikkelingen in de feitelijke werkelijkheid te betrekken. De rol van gepositiveerde normen is in deze benadering inherent relatief van aard, omdat zij uiteindelijk steeds in dienst staan van de vrijheid en de daaruit voortvloeiende rechtsbeginselen.[519]

---

516 Meuwissen 1971, p. 24; Meuwissen 1973, p. 78; Meuwissen 1975, p. 2.
517 Meuwissen 1973, p. 77-79; Meuwissen 1975, p. 6-7.
518 Meuwissen 1973, p. 82-86; Meuwissen 1975, p. 25-33.
519 Meuwissen 1975, p. 47-49.

III.4.4.5.2 De benadering van Couwenberg: het staatsrecht als uiting van een legitimiteitsidee

Net als in de benadering van Meuwissen is ook het methodologische perspectief van Couwenberg geënt op de gedachte dat een neutrale en waardevrije beoefening van het constitutionele recht niet mogelijk is. Met dat vertrekpunt ontvouwt Couwenberg, met name in zijn vierdelige reeks boeken *Modern constitutioneel recht en emancipatie van de mens* (1979-1984), een 'constitutionele ontwikkelingstheorie' waarin hij de ontwikkeling van het staatsrecht aan de hand van twee functies beschrijft.[520] De eerste functie betreft de zogeheten 'emancipatiefunctie' die enige gelijkenis vertoont met het door Meuwissen onderscheiden, eerder genoemde, kernidee van de vrijheid. De naam van deze functie brengt volgens Couwenberg tot uitdrukking dat de mens sinds het ontstaan van de zogeheten 'monarchale machtsstaat' heeft gestreefd naar emancipatie in relatie tot 'onderdrukkende en uitbuitende machtsstructuren' om zo te komen tot 'een constitutionele samenlevingsstructuur waarin menselijke vrijheid en gelijkheid centraal staan'.[521] In zijn ogen bestaat er echter 'een dialectische spanning' tussen deze en een tweede functie, namelijk 'de orde- en vredesfunctie', die meebrengt dat staten ook macht moeten hebben om orde en vrede te bewaren. Het dialectische element van deze spanning hangt volgens Couwenberg samen met de noodzaak van de aanwezigheid van beide elementen, terwijl zij elkaar tegelijkertijd in wezen ook uitsluiten: hij omschrijft de staat als 'een historisch gegeven, een politiek kader van stabiliteit en continuïteit' enerzijds en als een 'permanente opgave, dynamisch beginsel van gemeenschappelijke ontplooiing' anderzijds.[522] Op basis van een uitwerking van het denken over de staatsidee door de jaren heen formuleert hij zogeheten constitutionele ontwikkelingsmodellen waarin hij ook oog heeft voor de ontwikkeling van de verhouding tussen beide functies in niet-westerse staten.

In zijn werk kent Couwenberg een centrale plaats toe aan de term 'legitimiteit', die hij als de sleutel tot een goed begrip van de uitoefening van overheidsmacht beschouwt. Hij onderscheidt vier bronnen op basis waarvan legitimatie van machtsuitoefening in een staat mogelijk is, te weten een bepaalde ideologie, het doorlopen van bepaalde procedures, het afdwingen van respect of ontzag onder de onderdanen en ten slotte de effectiviteit waarmee de machtsuitoefening plaatsvindt.[523] Het positieve recht vervult tegen de achtergrond van de legitimiteitsidee volgens Couwenberg aldus een tweeledige functie: het is een middel om het machtsstreven van de over-

520 Couwenberg 1977, p. 16. Zie voor de uitwerking van deze theorie Couwenberg 1979 en de overige drie delen van de genoemde reeks. Ik beperk mij op deze plaats tot een bespreking van de hoofdlijnen van Couwenbergs werk.

521 Couwenberg 1977, p. 16-17.

522 Couwenberg 1979, p. 14.

523 Couwenberg 1979, p. 62.

heid als zodanig mee mogelijk te maken en het vormt een maatstaf voor de normatieve toetsing van machtsuitoefening door de overheid.[524] Volgens Couwenberg komt legitimiteit van handelen door de overheid tot uiting *door* de vaststelling van het recht, maar tegelijkertijd dient ook de legitimiteit van het overheidshandelen *in* het recht verzekerd te blijven.

Beide onderdelen van het legitimiteitsbegrip dienen volgens Couwenberg in de wetenschappelijke bestudering van het positieve (staats)recht tot uiting te komen. In zijn ogen is het positieve recht, anders dan rechtspositivistisch georiënteerde onderzoekers in zijn ogen doorgaans zouden geloven, niet louter 'een middel tot machtsuitoefening', maar tevens de uitwerking van 'een bepaalde legitimiteits- of rechtsidee' waaraan een ideologische of ethische dimensie kleeft.[525] Steeds staat daarbij het bereiken van een zeker evenwicht tussen de orde- en vredesfunctie enerzijds en de emancipatiefunctie anderzijds centraal.

In dat licht bestaat er een zekere overeenkomst met de opvattingen van Meuwissen op basis waarvan de staatsrechtsbeoefening zich niet alleen zou mogen beperken tot de bestudering van het positieve recht alleen. De benadering van Couwenberg is echter aanmerkelijk ruimer dan die van Meuwissen. Waar de laatstgenoemde auteur in zijn benadering van de staatsrechtswetenschap vooral oog heeft voor inzichten uit de filosofie, ziet de eerstgenoemde in de invulling van het door hem zo essentieel geachte legitimiteitsbegrip ook volop ruimte voor het betrekken van inzichten uit andere disciplines naast de filosofie, zoals de geschiedwetenschap, de economie en de politicologie.[526]

III.4.4.5.3 Vergelijking

De hier besproken wijsgerige benaderingen kenmerken zich door een uitdrukkelijk niet-positivistisch perspectief op de staatsrechtsbeoefening. Waar Meuwissen van mening is dat de staatsrechtsbeoefening tot taak heeft de in het recht besloten beginselen te expliciteren, stelt Couwenberg dat zij de ideologische of ethische dimensie van het recht, aan de hand waarvan de vaststelling van de legitimiteit van het recht mogelijk zou zijn, tot uitdrukking dient te brengen. Niet onterecht zijn de beginselgerichte benaderingen van beide auteurs vanuit positiefrechtelijke hoek bekritiseerd. De kern van deze kritiek komt erop neer dat het lastig is om de door deze auteurs onderscheiden normatieve uitgangspunten hanteerbaar te maken.[527] In het verlengde daarvan ligt het bezwaar dat de zoektocht naar beginselen of ideologieën die de machtsuitoefening van de staat rechtvaardigen, de analyse van

524 Couwenberg 1979, p. 68.
525 Couwenberg 1979, p. 68-69.
526 Couwenberg 1979, p. 2.
527 In die zin o.a. Dölle 1988, p. 56-57.

het positieve recht overwoekert.[528] Er bestaat, zo betogen aanhangers van meer rechtspositivistisch georiënteerde stromingen in de staatsrechtswetenschap, in deze wijsgerige benadering dan nauwelijks nog een onderscheid tussen de studie van het recht en ideeën over wat het recht behoort te zijn. Als gevolg daarvan, zo vervolgen zij, vervalt de mogelijkheid tot het voeren van een zinnige discussie over de juistheid van het handelen van de staat.

III.4.4.6 Balans

Sinds het begin van de twintigste eeuw bestaat er in de staatsrechtswetenschap over het algemeen een sterk besef van het relatieve karakter van het staatsrecht. Als politici beslissingen willen nemen, dienen zij niet alleen oog te hebben voor het geldende staatsrecht, maar ook voor andere factoren zoals de economische situatie, de politieke machtsverhoudingen en andersoortige maatschappelijke ontwikkelingen. Daarnaast vormt het staatsrecht een zelfstandige grootheid met eigen waarden die als zodanig, dus los van andere (sociale en economische) factoren, een maatstaf voor het staatsleven dient te zijn.

In iedere methodologische benadering van de staatsrechtswetenschap die in deze paragraaf voorbijkwam, bestond aandacht voor deze spanning. Het traditioneel-rechtspositivistische perspectief poogt een zo scherp mogelijk onderscheid tussen recht en politiek te maken, maar aanhangers van dit perspectief lijken zich er doorgaans van bewust te zijn dat dit in de praktijk niet altijd mogelijk is. In feite vormen de contextuele benadering van Elzinga en de systeemtheoretische benadering van Burkens varianten op het traditionele rechtspositivisme; het object van beide benaderingen is, net als in de traditioneel-rechtspositivistische benadering, het geldende staatsrecht inclusief zijn context. In de concrete methodologische uitwerking is in de contextuele en systeemtheoretische benadering echter meer ruimte voor de bestudering van niet-juridische factoren die de werking van het recht beïnvloeden. Hoewel de drie benaderingen op het eerste gezicht behoorlijk uiteen lijken te lopen, lijken zij op een bepaalde manier ook in elkaars verlengde te liggen: zij laten alle ruimte voor het betrekken van de feitelijke werkelijkheid bij het geldende recht. De wijsgerige benaderingen zijn minder eenvoudig terug te brengen tot een variant op het traditioneel-rechtspositivistische perspectief, omdat zij een bepaald normatief ideaal in plaats van het gegeven positieve recht als belangrijkste object van studie nemen. Toch heeft ook in deze benaderingen de kernfunctie van het staatsrecht, namelijk het verzekeren van orde in de staat, een duidelijke plaats.

Het is dan ook veilig om aan te nemen dat de context van het staatsrecht in iedere methodologische benadering een min of meer geprononceerde rol kan vervullen. In het licht van deze gemene deler tussen de vier besproken

528 In die zin o.a. Van der Pot/Donner 1983, p. 130.

benaderingen rijst dan vooral vraag *in hoeverre* de context een rol zou moeten spelen bij de bestudering van het positieve recht.

III.4.5 Slot

De geschiedenis van de staatsrechtswetenschap beslaat grofweg drie perioden. De eerste fase dateert voornamelijk van de negentiende eeuw, toen aan de Grondwet een centrale rol in het politieke leven toekwam. In die periode hield de toen langzaam opkomende staatsrechtswetenschap zich bezig met de uitleg van de afzonderlijke grondwetsbepalingen. Vanaf het einde van de twintigste eeuw zou de tweede periode aanvangen waarin de staatsrechtswetenschap ook oog zou krijgen voor fenomenen die strikt genomen buiten de grondwettelijke sfeer liggen; in publicaties uit die tijd bestaat in toenemende mate aandacht voor de algehele systematisering van het staatsrecht. Vanaf de naoorlogse periode, die het derde tijdvak inluidde, zou de focus van de staatsrechtswetenschap zich verbreden naar de context waarin het staatsrecht functioneert. Sinds die tijd bestaat het object van de staatsrechtswetenschap niet alleen uit het geldende recht als zodanig, maar ook uit de politieke context waarin het functioneert.

Hoewel de relevantie van de feitelijke en politieke context van het staatsrecht voor de staatsrechtswetenschap op zichzelf niet ter discussie staat, kent de staatsrechtswetenschap niet één geëigende *methode*. In feite ligt aan de verschillende opvattingen over de methode van het staatsrecht één centraal dilemma ten grondslag. Aan de ene kant is het verdedigbaar dat in de staatsrechtswetenschap alleen het positieve recht centraal zou moeten staan, opdat het recht zoveel mogelijk zijn karakter als zelfstandige grootheid met eigen waarden ten opzichte van andere factoren in de staat behoudt. Aan de andere kant kleeft aan een te sterke nadruk in het staatsrechtelijke onderzoek op de inhoud van het positieve recht het gevaar dat de functie van het staatsrecht binnen de staat uit het zicht van de staatsrechtswetenschap verdwijnt. Voor dit dilemma bestaat geen pasklare oplossing. De staatsrechtswetenschapper zal zich, afhankelijk van het concrete, voorliggende probleem, steeds dienen af te vragen in hoeverre de feitelijke en politieke context daarbij een rol zou moeten spelen.

Hoewel het onomstreden is dat de context in de staatsrechtswetenschap een belangrijke rol speelt, vormt het positieve recht in de meeste benaderingen het vertrekpunt voor staatsrechtelijk onderzoek. Dat is op zichzelf niet bezwaarlijk. Toch kent de sterke focus van de staatsrechtswetenschap op het positieve recht een mogelijk gevaar; door de steeds verder veranderende feitelijke context waarin het staatsrecht functioneert, is het niet altijd mogelijk een maatschappelijk probleem op een bevredigende manier te belichten aan de hand van het geldende staatsrecht alleen. Regelmatig komt de staatsrechtswetenschap dan niet veel verder dan de constatering dat het staatsrecht slechts een kader biedt tegen de achtergrond waarvan een bepaald probleem speelt. Dan is de rol van het staatsrecht, afgezien van het

doen van een mogelijk voorstel tot wijziging van het geldende staatsrecht, snel uitgespeeld.

In dat licht rijst de vraag of deze kaderstellende functie van het staatsrecht in de praktijk niet meer betekenis zou kunnen krijgen met het oog op de oplossing van bepaalde problemen, waardoor een beter begrip van de ontwikkeling van het staatsrecht mogelijk is. De bestudering van niet-juridische factoren, zoals conventies, zou daartoe behulpzaam kunnen zijn.

III.5 De conventie in de staatsrechtswetenschap: een nieuw begrip ter verduidelijking van de verhouding tussen recht en politiek

III.5.1 Inleiding

Een belangrijke functie van het staatsrecht is het bieden van een kader op basis waarvan (de ambten van) regering en parlement tot besluitvorming kunnen komen. Buiten dat kader bevat het staatsrecht nauwelijks dwingende regels, waardoor politieke organen een relatief grote mate van autonomie kennen. Zo kent de Grondwet nauwelijks concrete rechtsplichten die precies voorschrijven hoe politieke organen in een bepaald geval dienen te handelen. Bovendien ontbreekt een (rechterlijk) orgaan dat bindend het geldende staatsrecht kan interpreteren en toepassen. Daarom is het niet altijd eenvoudig vast te stellen welke handelingen van politieke ambten al dan niet rechtens relevant zijn.

Dit probleem lijkt van alle tijden. Reeds in zijn oratie uit 1921 beklaagt Van der Pot zich erover dat de staatsrechtswetenschap 'een zoo opvallenden achterstand vertoont'.[529] In zijn ogen bestaat op dat moment onvoldoende aandacht voor de 'elk jurist ter harte gaande vraag, wat men nu eigenlijk bedoelt als men spreekt van geldend recht', meer bepaald onder welke omstandigheden gewoonten kunnen uitgroeien tot regels van gewoonte*recht*. De op dat moment recent benoemde Groningse hoogleraar vervolgt:

> 'Hier ontmoet (…) de beschrijving van wat geldend staatsrecht is de grootste moeilijkheden – moeilijkheden, die men echter niet uit den weg kan gaan, als men zijn oog eenigszins vrij wil maken voor de ontwikkelingstendenzen, die het thans geldend recht in zijn schoot verbergt.'

Een kleine honderd jaar later zijn de zorgen over de staat van de staatsrechtswetenschap nog niet verdwenen. De focus van het probleem is echter veranderd. In zijn oratie uit 2014 uit de in Leiden benoemde hoogleraar Verhey zijn zorgen over de staat van de staatsrechtswetenschap, die volgens hem 'irrelevant' dreigt te worden als gevolg van 'de eenzijdig positiefrechtelijke

529 Van der Pot 1921, p. 3, ook voor de volgende twee citaten (op p. 4 respectievelijk p. 5). Zie in dit kader ook par. III.4.2.

inslag van waaruit het staatsrecht in Nederland vaak wordt benaderd'.[530] Zowel de strenge eisen voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht, als de moeilijke veranderbaarheid van de Grondwet noemt hij als mogelijke exponenten van de sterke gerichtheid van de staatsrechtswetenschap op het positieve recht. In zijn ogen is dit echter

> 'geen sterk excuus om het staatsrecht ongemoeid te laten. Daarvoor zijn ons staatsbestel en de kwetsbare instituties die in dat bestel functioneren, te belangrijk. Staatsrechtbeoefenaren moeten daarbij niet alleen nadenken over staatsrechtelijke vergezichten die alleen met grondwetswijziging kunnen worden verwezenlijkt maar ook over hoe binnen de huidige Grondwet concrete problemen kunnen worden opgelost'.

Net als Van der Pot is Verhey op zoek naar een methode om de ontwikkeling van het staatsrecht te begrijpen. Anders dan Van der Pot, zoekt Verhey de oplossing niet in de verdere doordenking van het ongeschreven recht maar in de conceptualisering van regels die niet noodzakelijkerwijs juridisch van aard zijn, namelijk conventies: '[I]nformele regels die het gedrag reguleren van politieke instituties'.[531] Verhey beschouwt conventies als 'een belangrijke tussencategorie' tussen de juridisch bindende regels uit de Grondwet en de niet-bindende (blote) praktijk; zij verschillen van de praktijk in de zin dat zij bindend zijn, maar zij wijken af van rechtsregels in de zin dat zij flexibel zijn en onder omstandigheden gerechtvaardigde uitzonderingen toelaten. Met behulp van de verdere doordenking van de conventie zou het volgens Verhey mogelijk zijn om in de staatsrechtswetenschap ook normen een plaats te geven die niet noodzakelijkerwijs deel uitmaken van het (ongeschreven) staatsrecht en, belangrijker nog, daarvan ook geen deel *hoeven* uit te maken.

Wie de oraties van Verhey en Van der Pot naast elkaar legt, krijgt op het eerste gezicht wellicht de indruk dat de daarin behandelde vraagstukken haast niet verder uit elkaar hadden kunnen liggen: Van der Pot vraagt immers aandacht voor de onzekerheid in de staatsrechtswetenschap over wat geldend (gewoonte)recht is, terwijl Verhey een pleidooi houdt voor nader staatsrechtelijk onderzoek naar regels die juist buiten het strikte domein van het recht liggen. Toch vormen beide betogen in feite een exponent van hetzelfde fundamentele probleem: de manier waarop en de mate waarin het mogelijk is om relevante feitelijke ontwikkelingen buiten het domein van de Grondwet bij het staatsrecht te betrekken, opdat een beter begrip van de ontwikkeling van het staatsrecht mogelijk is. Verhey wijst het voorstel van Van der Pot om nader onderzoek te doen naar de criteria voor de vaststelling van gewoonterecht (impliciet) af, omdat hij het onwenselijk

530 Verhey 2014, p. 3, ook voor het volgende citaat (op p. 5).

531 Verhey 2014, p. 6, ook voor het volgende citaat. Ik hou deze definitie van conventies aan, zij het dat zij in mijn definitie betrekking hebben op het handelen van staatsrechtelijke ambten of organen.

acht als voor het staatsrecht relevante factoren per definitie deel zouden moeten uitmaken van het recht.[532]

Het probleem is daarmee echter op zichzelf nog niet opgelost, want dan nog is een nadere afbakening van de conventie ten opzichte van het (on-) geschreven staatsrecht noodzakelijk om een beter beeld te krijgen van de toegevoegde waarde van de conventie voor de staatsrechtswetenschap. Daar komt nog bij dat ook niet direct duidelijk is hoe de conventie zich verhoudt tot daaraan verwante verschijnselen zoals de traditie en de (politieke) spelregel.

In dit hoofdstuk breng ik het debat over de betekenis van de conventie voor de staatsrechtswetenschap in kaart. Achtereenvolgens komen de ontstaansgeschiedenis en de belangrijkste kenmerken van de conventie aan bod, gevolgd door een nadere afbakening van de conventie ten opzichte van de traditie en de (politieke) spelregel. Ik sluit af met een slotwoord.

III.5.2 De conventie in de staatsrechtelijke literatuur tot de eenentwintigste eeuw

Hoewel het conventiebegrip in ieder geval tot de verschijning van Verheys oratie in 2014 een betrekkelijk marginale rol in de staatsrechtswetenschap heeft gespeeld, figureert het al vroeg in de Nederlandse staatsrechtelijke literatuur. Oppenheim vroeg in de oraties die hij in 1885 en 1893 respectievelijk in Groningen en Leiden uitsprak[533] al aandacht voor de 'conventions' zoals die op dat moment in het Verenigd Koninkrijk tot ontwikkeling waren gekomen.[534] Hoewel hij zich niet waagde aan een conceptualisering van dit begrip voor de Nederlandse context, zou het begrip nadien ook in Nederland op bescheiden schaal school maken.

De precieze betekenis van dit begrip zou echter altijd enigszins onduidelijk blijven. De moeilijkheid daarbij was dat de conventie zich slecht leent voor inpassing in de Nederlandse constitutie; zij maakt in het Verenigd Koninkrijk volgens de daar gehanteerde begrippen immers geen deel uit van het recht, omdat zij zich niet leent voor handhaving door de rechter. In dat licht oordeelde Struycken in 1915, mede op basis van de constatering dat de definitie van wat 'recht' is in Nederland losstaat van de handhavingsbevoegdheid van de rechter, dat de convention slechts van betekenis kan zijn voor het Nederlandse staatsrecht voor zover die deel uitmaakt van het gewoonte*recht*.[535] Hoewel de convention in deze benadering van Struycken een duidelijk andere betekenis heeft dan het gewoonterecht, zou het conventiebegrip

532 Vgl. Verhey 2014, p. 18.
533 Zie voor een nadere bespreking van de oraties van Oppenheim par. III.3.4.1.1.
534 Zie voor de historische achtergrond van dit begrip in het Verenigd Koninkrijk par. II.3.2.1.
535 Zie voor een nadere bespreking van de opvattingen van Struycken par. III.3.4.1.2.

nog tot na de Tweede Wereldoorlog opmerkelijk genoeg hoofdzakelijk als *synoniem* van het gewoonterecht opduiken in de staatsrechtelijke literatuur.[536]

Pas veel later deed een enkele auteur op bescheiden schaal weer een voorstel de conventie van het gewoonterecht te onderscheiden. In zijn bewerking van het handboek van Van der Pot wijst Donner op het bestaan van bepaalde 'spelregels', bijvoorbeeld in de sfeer van de kabinetsformatie, die tot op zekere hoogte betekenis zouden hebben voor het staatsrecht.[537] Volgens hem zou de benaming 'conventions' voor dergelijke spelregels

> 'niet ongeschikt (…) zijn. Zij kunnen, zolang ieder het over hun bestaan eens is, van nut zijn om de praktijk te structureren en te formaliseren. Worden zij gebroken dan bewijst dat slechts dat de "convention" niet meer van kracht is of haar actualiteit voorgoed dan wel voorlopig verloren heeft'.

In deze definitie is de conventie nadrukkelijk iets anders dan het ongeschreven staatsrecht of gewoonterecht; de schending van de laatstgenoemde categorie regels geldt als inconstitutioneel gedrag, terwijl de niet-naleving van de conventie hoogstens tot gevolg heeft dat de conventie verdwijnt.

Donner geeft in zijn definitie wel een nogal eenvoudige voorstelling van zaken; de betekenis van een conventie verschilt in zijn definitie in feite niet veel van die van een 'blote' praktijk, waarvoor immers ook geldt dat die geen betekenis meer heeft als die niet meer wordt gevolgd. De vraag rijst dan waarin de toegevoegde waarde van het conventiebegrip naast de courante term 'praktijk' zou berusten. Toch is Donners definitie behulpzaam, omdat zij zowel aan de conventie een functie toeschrijft, namelijk het structureren van de politieke praktijk, als dit begrip koppelt aan de term 'spelregel'.

Mogelijk onder invloed van Donners omschrijving van dit begrip gaan Kortmann en de bewerkers van zijn handboek nog een stap verder. Zij stellen:

> 'Inmiddels kent de staatkundige en politieke praktijk een aantal (…) min of meer vaste gedragsregels, die wel worden aangeduid als conventies – een term, ontleend aan de Britse 'conventions'. Te noemen zijn de conventie van 1922

536 Vgl. in die zin o.a. Veraart 1945, p. 10; Van der Hoeven 1958, p. 109; Scholten 1958, p. 14; Oud 1967, p. 27-29. In recentere handboeken is deze definitie van de conventie nog te herkennen als wordt gesproken over de 'conventie' van 1868. Vgl. in die zin o.a. Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 132. In oudere drukken van het handboek van Bovend'Eert & Kummeling duidden de auteurs eveneens de ongeschreven rechtsregel op basis waarvan de regering de Kamer niet tweemaal mag ontbinden vanwege hetzelfde feit aan als een conventie. Zie o.a. Bovend'Eert & Kummeling 2010, p. 430. In de meest recente druk spreken deze auteurs echter inmiddels van 'de ongeschreven regel van 1868'. Zie Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 452. Het is niet onwaarschijnlijk dat de auteurs in de, hierna nog te bespreken, Leidse oratie van Verhey aanleiding hebben gezien het conventiebegrip niet meer voor de aanduiding van deze regel te gebruiken. Vgl. Kummeling 2016, p. 71.

537 Van der Pot/Donner 1983, p. 164, ook voor het volgende citaat.

> krachtens welke een kabinet ontslag aanbiedt vóór periodieke of ontbindingsverkiezingen van de Tweede Kamer, de consultatie door de koning van alle fractievoorzitters van de Tweede Kamer bij een kabinetsformatie, en de terughoudende politieke beoordeling door de Eerste Kamer van regeringsbesluiten en -voornemens. Deze en andere staatkundige praktijken zijn echter niet als normatief te beschouwen. Niet-naleving ervan behoeft geen (ernstige) gevolgen te hebben voor de bestendigheid van het staatsbestuur en de coherentie van het rechtsbestel. Daar komt bij dat over de normativiteit van deze praktijken bepaald geen consensus bestaat, noch tussen regering en Staten-Generaal, noch binnen de Kamers zelf.'[538]

Waar Donner zich nog enigszins ongenuanceerd uitliet over de betekenis van het conventiebegrip, daar miskennen Kortmann c.s. expliciet het inherent normatieve karakter van dit begrip, dat ook in de Nederlandse theorievorming erkenning heeft gekregen.[539] Ook voor zover het juist is dat de door deze auteurs genoemde praktijken inderdaad geen normatieve betekenis hebben,[540] gaat het dan simpelweg om praktijken die de kwalificatie 'conventie' niet verdienen; een niet-normatieve conventie is een *contradictio in terminis*.

Problematischer nog aan deze benadering is dat zij het bestaan van normativiteit van een praktijk gelijkstelt met de vraag of het al dan niet bestaan van de betreffende praktijk gevolgen heeft voor 'de bestendigheid van het staatsbestuur en de coherentie van het rechtsbestel'; niet alleen is onduidelijk waarom *dit* criterium in dit kader leidend zou moeten zijn, ook wordt dit begrip nergens geoperationaliseerd.[541] Het lijkt er veeleer op dat de auteurs op deze manier tot uitdrukking hebben willen brengen dat de conventie niet voldoet aan de door hen geformuleerde strenge criteria voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht, op basis waarvan een praktijk immers ook 'de bestendigheid van het staatsbestuur' dient te beschermen.

De benadering van Kortmann c.s. werpt, juist doordat zij enigszins verwarrend is, wel licht op hoe het conventiebegrip zich heeft kunnen ontwikkelen van een synoniem van het ongeschreven staatsrecht tot een begrip dat min of meer gelijkstaat aan een blote praktijk. Kortmann c.s. lijken van mening te zijn dat de normativiteit van een (ongeschreven) regel per definitie voortvloeit uit een *juridische* binding, waarbij slechts min of meer statische, onveranderlijke regels de kwalificatie van rechtsregel kunnen verdie-

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

539 Zie par. III.3.4.1.2.

540 Zie voor een bespreking van het bindende karakter van de betreffende praktijken respectievelijk par. IV.2.4.2 (over de conventie van 1922), par. IV.5.3 en par. IV.5.5.2.2 (over de consultatie van de fractievoorzitters tijdens de formatie door de koning, die tot 2012 constitutionele betekenis had) en par. IV.6.4 (over de terughoudendheid van de Eerste Kamer ten opzichte van de regering).

541 Zie par. III.3.4.3.1.

nen.[542] Wie een dergelijke benadering hanteert, biedt inderdaad geen ruimte voor het onderscheiden van een apart conventiebegrip. Daarmee staat echter nog niet vast dat iedere bindende regel per definitie voortvloeit uit het recht op de wijze zoals Kortmann c.s. dat hebben gedefinieerd. Deze constatering doet de vraag rijzen wat een bindende regel precies is.

In dat kader is het behulpzaam terug te grijpen op het reeds eerder gememoreerde, door Donner aangehaalde, begrip 'spelregel'. Hoewel dit begrip meer betekenis heeft gehad voor de politicologie[543] dan de staatsrechtswetenschap, duikt dit begrip ook op in de oudere staatsrechtelijke literatuur, juist met betrekking tot de structurering van de politieke praktijk. In zijn oratie uit 1951, waarin hij zijn bezwaren tegen een te positivistisch georiënteerde staatsrechtsbeoefening uiteenzet,[544] stelt s' Jacob het spelregelbegrip aan de orde. Hij koppelt dat begrip aan zijn ideeën over de taak van de staatsrechtswetenschap, die zich niet tot de bestudering van het positieve recht alleen zou mogen beperken. Naast het zuiver positieve recht bestaan er, zo betoogt hij, 'waarden', die de westerse wereld 'met man en macht heeft te verdedigen'.[545] Volgens de op dat moment kersverse Groningse hoogleraar kan de (staats)rechtswetenschap haar ogen voor die waarden niet sluiten:

> 'Wanneer de rechtswetenschap uit overwegingen van methodische zuiverheid, ergo van wetenschappelijke specialisatie, in deze problematiek [s' Jacob doelt op de eerder genoemde waarden uit de westerse wereld, GJAG] niet kan meespreken, dan mag haar, m.i. althans, bij de vorming van hen die bestemd zijn in het openbare leven een rol te spelen, het laatste woord niet worden gelaten.'

Hij is zich er echter van bewust dat in de politieke arena zelden overeenstemming zal bestaan over de precieze betekenis van dergelijke waarden. In de praktijk bestaat volgens hem echter een andere grootheid die bepalend is voor het handelen van politieke organen. Volgens s' Jacob komt die aan de oppervlakte als partijen in een coalitieregering met elkaar moeten samenwerken:

> 'Er zijn nu eenmaal partijen die elk eigen doelstellingen nastreven; zij zullen bereid zijn mede te werken aan legislatieve arbeid, welke niet geheel met eigen wensen in overeenstemming is, wanneer zij met het mindere genoegen hebben te nemen, omdat het meerdere niet bereikbaar is. (…) Een meerderheid zal geneigd zijn haar wil op te leggen zover buiten haar bereik staande wetsnormen dat toelaten. Meerderheden zijn echter niet stabiel; die wetenschap legt een praktische

542 Deze definitie van het 'recht' ligt overigens ten grondslag aan de heersende leer, die de basis vormt voor de terughoudende benadering van Kortmann c.s. Zie par. III.3.4.3.1.

543 Zie nader par. III.5.4.1.

544 s' Jacob 1951b, p. 4. Wie een dergelijke positivistische benadering nastreeft, ontzegt volgens s' Jacob 'zichzelf, als jurist, het uitzicht op de zin van zijn bedrijf en blijft hij zich, om der wille van de zuiverheid van zijn wetenschap, bewegen in een wereld van zinvrije begrippen'.

545 s' Jacob 1951b, p. 4-5, ook voor het volgende citaat.

> grondslag voor het aanvaarden van spelregels, waardoor het *elke* meerderheid mogelijk wordt gemaakt eerlijk te winnen. Voor heilige huisjes is daarbij geen plaats. Voor dit spel – zonder een met macht bekleed scheidsrechter – komt het meer aan op klare taal, dan op diepzinnige theorie. Voor de verbindende kracht van zulke spelregels is, abstraherend van alle nationale waarden, nog altijd een argument te vinden in de feitelijke noodzaak van samenleving.'[546]

Hoewel s' Jacob verder niet duidelijk maakt wat 'spelregels' precies zijn, noch wat hun betekenis voor de staatsrechtswetenschap is, is het fragment toch informatief. Kennelijk gelden er regels *buiten* de sfeer van het staatsrecht waarvan de bindende kracht voortkomt uit, afgezien van eventuele waarden, een *feitelijke* noodzaak in plaats van uit een juridische verplichting.

In de staatsrechtelijke[547] literatuur uit de twintigste eeuw is het bij deze beperkte aandacht voor deze categorie ongeschreven regels in de politieke sfeer buiten het gewoonterecht gebleven. Pas in de eenentwintigste eeuw herleefde de aandacht voor het conventiebegrip in de staatsrechtswetenschap.

III.5.3 Het debat over de conventie in de staatsrechtswetenschap naar aanleiding van de Leidse oratie van Verhey

In zijn Leidse oratie uit 2014 vestigt Verhey de aandacht op de constitutionele conventie, die in zijn ogen blijkens de ondertitel van zijn gepubliceerde rede 'een blinde vlek in ons staatsrecht' vormt.[548] In zijn rede zet hij de eerste stappen voor de verdere doordenking van het conventiebegrip. Op deze plaats komen de hoofdlijnen van deze rede, alsmede de daarop geuite kritiek aan de orde. Aan het slot van deze paragraaf schets ik op hoofdlijnen waarin de toegevoegde waarde van bestudering van de conventie voor de staatsrechtswetenschap kan liggen.

III.5.3.1 De centrale stelling van Verhey: conventies slaan een brug tussen staatsrecht en praktijk zonder zelf deel uit te maken van het recht

Verheys pleidooi voor de verdere doordenking van de conventie sluit goed aan bij een van de kerndiscussies over de methode van de staatsrechtswetenschap: de mate waarin en de manier waarop de politieke praktijk in het staatsrechtelijke onderzoek een rol zou moeten spelen. Hij is van mening

546 s' Jacob 1951b, p. 11 (cursivering in origineel, GJAG).

547 Al verdient opmerking dat Van den Berg in zijn Leidse oratie uit 1990 het spelregelbegrip behandelt in samenhang met (ongeschreven) rechtsregels, die hij stelregels noemt. Zijn benadering past in mijn ogen echter beter bij de nog te bespreken politicologische literatuur over het (politieke) spelregelbegrip en komt daarom daar aan de orde. Zie par. III.5.4.1.

548 Verhey 2014.

dat de focus in de huidige staatsrechtswetenschap in te sterke mate ligt op de bestudering van het positieve recht alleen. Verhey acht deze focus problematisch in het licht van het betrekkelijk rigide karakter van het Nederlandse staatsrecht; noch komt het vaak voor dat de Grondwet een substantiële wijziging ondergaat, noch laat de huidige doctrine veel ruimte voor de vorming van nieuwe regels van ongeschreven staatsrecht. Toch mag dit volgens Verhey geen aanleiding zijn het geldende staatsrecht geheel ongemoeid te laten, juist omdat dit nauw samenhangt met de praktijk. Hij merkt daarover op:

> 'Het is goed te beseffen dat de harde kern van het staatsrecht – de Grondwet – lange tijd ongewijzigd is gebleven terwijl tegelijkertijd de veranderende maatschappelijke werkelijkheid de werking van ons staatsbestel ingrijpend heeft beïnvloed. Daarbij gaat het vooral om veranderende machtsverhoudingen. Een deel van die veranderende machtsverhoudingen vindt zijn weerslag in conventies. Door conventies wordt in de praktijk de werking van het staatsbestel nader bepaald.'[549]

Volgens Verhey zijn conventies om twee redenen van belang.[550] In de eerste plaats ordenen zij het verloop van de politieke besluitvorming, waardoor politieke processen eenvoudiger tot concrete resultaten kunnen leiden. Als die ordening ontbreekt, dan ontstaat het gevaar dat de politieke besluitvorming vastloopt. In de tweede plaats hebben zij tot doel minderheden te beschermen. Verhey illustreert dit belang aan de hand van de kabinetsformatieprocedure: dankzij de conventies die daarbij gelden krijgen ook kleine fracties de gelegenheid zich te laten informeren en zich uit te spreken over de vorming van een nieuwe coalitie. In het licht van deze twee functies slaan conventies dus een brug tussen het staatsrecht en de praktijk.

Het is echter niet eenvoudig vast te stellen waarin het verschil tussen recht en conventie precies schuilt. Verhey zoekt dit verschil in de oorsprong van de binding van beide categorieën regels; op zichzelf zijn conventies, net als rechtsregels, bindend, maar hun binding vloeit voort uit 'beginselen van constitutionele moraliteit', niet uit het recht zelf.[551] Op zichzelf lijken conventies in de benadering van Verhey dus gericht te zijn op belangrijke waarden. Het verschil tussen recht en conventie vloeit derhalve volgens hem niet zozeer voort uit het belang van deze soorten regels voor de politieke praktijk, maar uit een ander aspect. Het zou, zo betoogt Verhey, niet mogelijk zijn de conventie op één lijn te plaatsen met rechtsregels, omdat haar gelding, anders dan bij rechtsregels, afhankelijk is van het gedrag van de betrokken organen. Als een conventie meer dan incidenteel overtreden wordt, zo stelt Verhey, dan komt haar bestaan als zodanig ter discussie te staan. Op zichzelf

549 Verhey 2014, p. 7 (voetnoten in citaat zijn verwijderd, GJAG).
550 Verhey 2014, p. 7-8.
551 Verhey 2014, p. 18. Verhey lijkt zich in dit kader op de definitie van Dicey te hebben gebaseerd. Vgl. par. II.2.1.

hoeft dat volgens deze opvatting niet problematisch te zijn, omdat de gelding van de conventie niet voortspruit uit een (geformaliseerde) rechtsregel. In dat licht rijst de vraag waarom ambten of organen wel tot de naleving van conventies over zouden gaan, als hun schending niet in strijd met het staatsrecht is. Verhey geeft voor de bindende werking van de conventie de volgende verklaring:

> 'Conventies kunnen door de meerderheid niet straffeloos worden genegeerd. Op korte termijn levert het je misschien voordeel op, in een volgende periode echter krijg je de rekening gepresenteerd als je concurrent als hij eenmaal aan de macht is, hetzelfde doet. De dader van vandaag is het slachtoffer van morgen.'[552]

Hoewel deze verklaring voor de bindende kracht van conventies wellicht een andere is dan die voor de bindende kracht van het (ongeschreven) staatsrecht, verschillen staatsrecht en conventie op dit punt nauwelijks van elkaar. Als sprake is van een schending van een staatsrechtelijke regel is de hier genoemde idee van wederkerigheid immers evenzeer relevant; er bestaat geen (rechterlijk) orgaan dat voorschriften uit de Grondwet met betrekking tot politieke verhoudingen kan interpreteren,[553] laat staan een orgaan dat eenzijdig een schending van dergelijke voorschriften kan vaststellen. Dat betekent dat de keuze van de betrokken politieke ambten om al dan niet over te gaan tot de naleving van een intern werkend grondwettelijk voorschrift eveneens nauw samenhangt met de hier gepresenteerde gedachte van wederkerigheid.

In dat licht rijst de vraag op welke manier de afbakening van de conventie ten opzichte van het (ongeschreven) staatsrecht wel mogelijk is. In het verlengde daarvan, aangenomen dat er een verschil tussen recht en conventie bestaat, zijn nadere criteria nodig om vast te stellen in welke gevallen sprake is van een conventie in plaats van een rechtsregel. Voor wat betreft de beantwoording van de vaststellingsvraag zoekt Verhey aansluiting bij de zogeheten Jennings-test.[554] Volgens deze test zijn de volgende drie vragen bepalend voor de vaststelling van het bestaan van een conventie:

> '1. Zijn er precedenten op grond waarvan een conventie kan worden aangenomen?
> 2. Achten de betrokken actoren zich aan de regel gebonden?
> 3. Is er een goede reden voor de conventie?'[555]

552 Verhey 2014, p. 8. Verhey baseert zich op het werk van Jaconelli, die een vergelijkbare verklaring voor de binding aan conventies in het Verenigd Koninkrijk geeft. Zie par. II.3.3.3.2.

553 Zie voor een uitwerking van het begrip 'interne werking' par. III.3.2.

554 Zie nader over de Jennings-test par. II.3.3.2.

555 Ik baseer mij hier op de formulering van de Jennings-test in Verhey 2016, p. 147. Zij stemt in essentie overeen met die uit zijn oratie. Vgl. Verhey 2014, p. 11.

Volgens Verhey hoeft een bepaalde regel niet aan al deze criteria tegelijkertijd te voldoen om als conventie te kunnen worden aangemerkt.[556] In de kern is de vaststelling van het bestaan van een conventie vooral een graduele kwestie. In die lijn is het bijvoorbeeld denkbaar dat een praktijk waarvan voor de navolging een (zeer) goede reden bestaat maar die op relatief weinig precedenten kan steunen toch geldt als een conventie. Verhey licht verder niet toe of tussen die criteria een hiërarchische verhouding bestaat en, voor zover dat het geval is, welk criterium bij de vaststelling van het bestaan van een conventie het zwaarst zou moeten wegen.

Verhey stelt verder dat het bestaan van een conventie in een concreet geval steeds afhankelijk is van het aantal precedenten en de mate waarin de betrokken ambten zich aan de conventie gebonden achten: hoe meer precedenten en hoe sterker de overtuiging van gebondenheid, hoe aannemelijker het is dat er in dat geval een conventie bestaat.[557] Voor het derde criterium ligt dat volgens Verhey anders. De onverkorte toepassing van die eis heeft volgens Verhey het nadeel dat het de vaststelling van het bestaan van een conventie in handen legt van 'degenen voor wie ze bedoeld zijn', waardoor er op dit punt een gelijkenis zou lijken te bestaan met 'de slager die zijn eigen vlees keurt'.[558] Hij stelt daarom een nadere objectivering van het derde criterium voor. In dat kader sluit hij aan bij een, nog nader te bespreken, door Hirsch Ballin geformuleerde, maatstaf voor de aanneming van ongeschreven recht op basis waarvan 'de te aanvaarden regel inpasbaar moet zijn in het constitutionele recht'.[559] Verhey herformuleert deze eis voor de vaststelling van de conventie in die zin dat, wil een conventie bestaan, zij 'moet beantwoorden aan de eisen van constitutionele logica'.[560]

Die herformulering doet de vraag rijzen hoe de conventie zich dan verhoudt tot het ongeschreven staatsrecht; meer precies is niet geheel duidelijk op welke manier het criterium van de inpasbaarheid in het constitutionele recht (het criterium voor de vaststelling van ongeschreven staatsrecht) precies verschilt van de eis dat een regel dient te beantwoorden aan de eisen van de constitutionele logica (het criterium voor de vaststelling van een conventie). Het lijkt erop dat een regel eerder zal beantwoorden aan de constitutionele logica dan dat hij inpasbaar is in het constitutionele recht,[561] maar of dat ook daadwerkelijk zo is, laat Verhey in het midden.

Elders suggereert Verhey wel dat het verschil tussen recht en conventie zou kunnen berusten in de ruimte die de betreffende regel laat voor een flexibele toepassing:

---

556 Verhey 2014, p. 17.
557 Vgl. in dit kader ook Verhey 2016, p. 147.
558 Verhey 2014, p. 14.
559 Hirsch Ballin 1982, p. 82-83. Deze benadering van Hirsch Ballin wijkt af van de 'heersende leer' voor de aanneming van het ongeschreven staatsrecht. Zie nader over deze benadering par. III.5.3.3.2.
560 Verhey 2014, p. 15.
561 Vgl. Verhey 2014, p. 17.

> 'Conventies zijn geen vrijblijvende regels; zij zijn bindend. Die binding vindt [haar] oorsprong echter niet in het recht maar in beginselen van constitutionele moraliteit. Schending van een conventie is dan ook niet onrechtmatig maar wel inconstitutioneel. Flexibiliteit blijft nodig. Daarom wil ik niet uitsluiten dat in bijzondere gevallen van een conventie kan worden afgeweken. De institutie of functionaris die afwijkt, moet zich echter publiekelijk verantwoorden. Hij of zij heeft iets uit te leggen. Het is een kwestie van "comply or explain". Hoe zwaar de bewijslast is hangt af van aard en inhoud van de betreffende conventie. Hier ligt tot op zekere hoogte een parallel met de beleidsregel in het bestuursrecht. Conventies zou men staatsrechtelijke beleidsregels kunnen noemen.'[562]

In essentie is de hoofdregel van een conventie volgens Verhey bindend, maar in een uitzonderlijke omstandigheid is afwijking van de conventie, net als bij de beleidsregel (vgl. art. 4:84 Awb),[563] toelaatbaar. In dat kader zou de schending van een conventie inconstitutioneel zijn, hetgeen volgens Verhey minder ernstig is dan de onrechtmatigheid die het resultaat is van de schending van het harde staatsrecht.

Aan het slot van zijn betoog merkt Verhey op dat hij zijn rede vooral beschouwt als een eerste aanzet tot gedachtevorming over het conventiebegrip. Hij acht het dan ook niet onwaarschijnlijk dat er het nodige tegen zijn betoog is in te brengen.[564] Inderdaad heeft zijn kritiek bij sommigen de pen in beweging doen brengen.

III.5.3.2 De kritiek

De benadering van Verhey heeft aanleiding gegeven tot kritiek van Kummeling en Eijsbouts. Interessant genoeg loopt hun commentaar op Verheys rede sterk uit elkaar: volgens Kummeling trekt Verhey de conventie ten onrechte te veel in het domein van het recht, terwijl Eijsbouts juist van oordeel is dat Verhey ten onrechte de conventie van het recht isoleert. Ik bespreek beide bezwaren.

III.5.3.2.1 De kritiek van Kummeling: Verhey trekt de conventie te veel in het domein van het recht

In zijn beschouwing over conventies uit 2016 is Kummeling op zichzelf te spreken over Verheys pleidooi voor nader onderzoek naar conventies, omdat deze regels volgens hem 'cruciaal [zijn] voor het functioneren van het

562 Verhey 2014, p. 18.

563 Later nuanceert Verhey deze parallel overigens in het licht van de scherpe scheiding die hij aanbrengt tussen conventies en recht. De door hem getrokken parallel tussen conventies en beleidsregels acht Verhey bij nader inzien in zoverre ongelukkig, dat beleidsregels volgens het arrest HR 28 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258, *AB* 1990/306, m.nt. F.H. van der Burg, *NJ* 1991/118, m.nt. M. Scheltema (*Leidraad administratieve boeten*) kunnen gelden als recht in de zin van art. 79 Wet RO. Zie Verhey 2016, p. 155.

564 Verhey 2014, p. 18.

constitutionele bestel'.[565] Net als Verhey is Kummeling van oordeel dat conventies een nuttige rol kunnen vervullen met het oog op de ordening van het staatsbestel en de bescherming van minderheden. Toch verschilt Kummelings benadering van de conventie aanmerkelijk van die van Verhey. Kummeling betoogt dat

> 'binnen een onveranderd staatsrechtelijk kader transities worden gemaakt naar nieuwe praktijken [bedoeld zijn conventies, GJAG] die op enig moment door de actoren in het staatsbestel als wenselijk(er) worden ervaren. Kenmerkend is dat het hier [opnieuw is gedoeld op conventies, GJAG] niet gaat om rechtsregels, waarvan de naleving immers te allen tijde zal moeten zeker worden gesteld. Juist in deze unieke combinatie van factoren moet de eigenstandige, toegevoegde waarde van het begrip constitutionele conventie worden gezocht. Het gaat hier om gedragsregels, niet zijnde rechtsregels, die onmisbaar zijn voor het functioneren van de instituties in de wereld van het staatsrecht. (…) Ik zie niet in wat dan nog het nut zou kunnen zijn van het gebruik van het begrip conventie, nu immers voor dat soort gevallen de veel duidelijker aanduiding "ongeschreven staatsrecht" beschikbaar is'.

In dit fragment ligt de kern van het verschil van opvatting tussen Kummeling en Verhey besloten: de eerstgenoemde auteur veronderstelt dat een bindende regel per definitie een *rechts*regel is,[566] waardoor Verheys omschrijving van de conventie als een bindende regel die geen deel uitmaakt van het recht een *contradictio in terminis* zou zijn.

Kummeling heeft verder kritiek op de neiging van Verhey om de conventie 'te veel in het domein van het recht te trekken of tegen dat recht aan te laten schuren' en met andere (rechts)figuren te vergelijken.[567] Hoewel Verhey volgens Kummeling 'vanzelfsprekend' gelijk heeft met zijn stelling dat een conventie inpasbaar moet zijn in het recht,[568] benadrukt hij dat de conventie geen rechtsregel is. In dat licht heeft hij bezwaar tegen Verheys opvatting dat de bindende kracht van de conventie voortspruit uit beginselen van constitutionele moraliteit. Kummeling is van mening dat de conventie hoogstens in sociaal opzicht een behoren kan opleggen aan de betrokken ambten, 'in de zin dat binnen een groep een bepaald gedrag wordt verwacht'. Hij acht het bovendien bezwaarlijk om de bindende kracht van conventies in verband te brengen met de term 'moraliteit', omdat in de afweging van de betrokken organen om een conventie al dan niet na te leven de notie van goed en kwaad geen enkele betekenis zou spelen. In de sfeer van de politiek

565 Kummeling 2016, p. 67, ook voor het volgende citaat (op p. 69).
566 Vgl. in die zin ook Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 22-23.
567 Kummeling 2016, p. 71-72, ook voor de volgende twee citaten.
568 Hier zij aangetekend dat Verhey strikt genomen iets anders betoogt; hij herformuleert de inpasbaarheidseis, die oorspronkelijk betrekking heeft op het ongeschreven staatsrecht, zodanig dat een conventie bestaat als zij beantwoordt aan de constitutionele logica. Zie par. III.5.3.1. Voor het punt dat Kummeling wil maken, doet dat echter niet ter zake.

ligt het volgens Kummeling meer voor de hand ervan uit te gaan dat politieke organen conventies naleven uit politieke berekening.

Hij heeft ook moeite met Verheys opvatting dat de conventie tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met de beleidsregel, omdat beide categorieën regels verschillende functies vervullen.[569] Hij merkt op dat de beleidsregel is gericht op de bewerkstelliging van zorgvuldigheid in het afwegen van belangen, de vaststelling van feiten en het gebruik van bevoegdheden door bestuursorganen. Op dit punt is de beleidsregel volgens Kummeling slechts te vergelijken met de conventie in de zin dat de laatstgenoemde groep regels zowel mogelijkheden tot afwijking biedt als betrekking heeft op het gebruik van bevoegdheden. Hij meent dat beide soorten regels verder ook niet met elkaar te vergelijken zijn; de conventie heeft eerder betrekking op de bestendigheid van het gebruik van bevoegdheden dan op de zorgvuldigheid ervan.

In de ogen van Kummeling is een beter begrip van de conventie mogelijk door haar te beschouwen als een eigenstandig fenomeen, een 'curiosum'.[570] De conventie bindt de betrokken politieke organen volgens Kummeling hoogstens bij wijze van zelfbinding, welke organen vooral 'een argumentatief voordeel' zouden hebben 'in die zin dat ze degenen die van de conventie willen afwijken of zelfs geheel van de conventie af willen in de positie plaatsen dat ze daarvoor overtuigende argumenten zullen moeten aandragen'. Toch ligt afwijking van een conventie volgens Kummeling niet altijd voor de hand, althans niet in het geval van 'de uiterst nuttige conventie dat de Koning wetten ondertekent [ex art. 47 jo. 87, eerste lid Grondwet, GJAG], zodra deze hem worden voorgelegd'.[571] Hij merkt daarover op:

> 'Weigeren is in theorie mogelijk, maar kan hooguit een incident zijn, in een uitzonderlijke situatie, waarmee de rest van de regering moet kunnen leven, want gegeven de ontwikkeling van ons staatsbestel in democratische zin is het onacceptabel dat de Koning als permanente hindermacht zou gaan functioneren.'

In het licht van deze passage is de afwijking van een conventie in bepaalde gevallen volgens Kummeling toch problematischer dan hij eerder suggereerde. Het is aldus toch minder eenvoudig om te komen tot de door Kummeling voorgestane scherpe afbakening tussen de zelfbinding van conventies enerzijds en de juridische binding van (on)geschreven staatsrecht anderzijds dan op het eerste gezicht mogelijk lijkt. Daardoor rijst de vraag of Kummelings oordeel over een eventuele weigering van de koning een wetsvoorstel te ondertekenen verenigbaar is met zijn eerdere stellingname over de conventie als curiosum. Het is immers niet duidelijk hoe het niet-normatieve karakter van de conventie als zodanig in overeenstemming kan

569 Kummeling 2016, p. 72.
570 Kummeling 2016, p. 67, ook voor het volgende citaat (op p. 79).
571 Kummeling 2016, p. 73, ook voor het volgende citaat.

worden gebracht met de opvatting dat de niet-naleving van deze conventie in het licht van de ontwikkeling van het staatsbestel in democratische zin 'onacceptabel' is. In bepaalde gevallen kan de benadering van Kummeling op problemen met betrekking tot de afbakening tussen normatieve en niet-normatieve regels stuiten, hetgeen precies is wat hij aan Verheys conceptualisering van de conventie bezwaarlijk acht.

Het is echter niet op voorhand zeker of het ontbreken van een concreet criterium voor het maken van een onderscheid tussen recht en conventie ook echt zo problematisch is. Volgens Eijsbouts is het juist verkieslijk om de conventie niet te veel te isoleren van het recht.

III.5.3.2.2 De kritiek van Eijsbouts: Verhey isoleert de conventie te veel van het recht

De kritiek van Eijsbouts is gericht op de stelling van Verhey dat recht en conventie niet op één lijn met elkaar staan. In zijn beschouwing over conventies uit 2016 volgt Eijsbouts Verhey 'geheel' in 'zijn kritiek op de geringe vitaliteit van het positieve staatsrecht en zijn beoefening, op zoek naar de vernieuwing die conventie kan bieden', maar zijn betoog is 'met een paar tandjes bijgezet'.[572] Hoewel de beschouwing van Eijsbouts vooral is gericht op het belang van de bestudering van conventies in de context van het constitutionele recht van de EU, is zij ook relevant voor de conceptualisering van de conventie in de Nederlandse constitutie.[573] De benadering van Eijsbouts wijkt af van die van Verhey in de zin dat hij juist uitdrukkelijk recht en conventie wil 'integreren in het begripsinstrumentarium van de staat en de constitutie'.[574] Volgens Eijsbouts is op die manier een beter begrip van de constitutie mogelijk. Zijn betoog is er vooral op gericht een aantal aspecten rond het conventiebegrip en zijn relatie tot het recht te verduidelijken. In dat kader beschouwt hij Verheys opvatting dat conventies gericht zijn op de ordening van het staatsbestel en op de bescherming van minderheden bijvoorbeeld als 'niet zo erg definiërend voor conventie'.[575] Volgens Eijsbouts bestaan er eveneens rechtsregels die over deze functies beschikken.

Deze meer specifieke kritiek sluit aan bij Eijsbouts algemene these dat de verschillen tussen recht en conventie minder groot zijn dan Verhey zou doen voorkomen.[576] Hij meent dat recht en conventie gemeen hebben dat zij regels, instellingen of feiten met een normatieve werking creëren in de zin dat hun gelding een moeten, mogen of zijn constitueert.[577] Hij duidt

572 Eijsbouts 2016, p. 101.
573 Vgl. Eijsbouts 2016, p. 101.
574 Eijsbouts 2016, p. 106.
575 Eijsbouts 2016, p. 107.
576 Eijsbouts 2016, p. 107.
577 Volgens Eijsbouts is het mogelijk dat een conventie een concreet ambt schept; in dat kader wijst Eijsbouts op het ambt van de Prime Minister in het Verenigd Koninkrijk dat louter bij de gratie van conventie bestaat. Overigens gold dit ook tot 1945 voor het Nederlandse ambt van de minister-president, omdat pas in dat jaar dit ambt een plaats zou krijgen in het RvOMR. Zie nader par. IV.3.3.3. Hoewel Eijsbouts dit niet expliciet benoemt in zijn betoog, had het daarin niet misstaan. Vgl. Eijsbouts 2016, p. 101.

deze overeenkomst aan met de overkoepelende term 'publiek gezag'. Hij beschouwt deze term als de 'sleutel' voor de samenhang tussen recht en conventie in de constitutie:

> 'Zowel conventie als recht is gezaghebbend, ook al noemt men dat gezag vaak anders. Het gezag van recht heet doorgaans zijn binding. Zonder binding heb je geen recht. Het gezag van conventie heeft niet zo'n vaste term. Je kunt conventie ook bindend noemen, of dwingend. Maar de term is losser, net als het verschijnsel, en hij maakt niet zoveel uit. Belangrijk is dat conventie, net als recht, normatief is, gezaghebbend.'[578]

Daarnaast maken recht en conventie ook allebei deel uit van wat Eijsbouts het 'bedrijf' van gezag noemt:

> 'Zowel conventie als recht komt tot stand en wordt gevormd in ontmoetingen tussen in beginsel twee partijen, elk gewapend met haar belangen, opvattingen en waarden, en gericht op een uitkomst. De jurist zijn die ontmoetingen bekend uit de rechtspraak. Maar ook wetgeving draait uiteindelijk om een krachtmeting tussen meerderheid en minderheid.'[579]

Eijsbouts beschrijft het ontstaan van het gezag, zoals dat tot uiting komt in zowel recht als conventie, als volgt:

> '[E]erst is er een aanspraak, een claim of initiatie; dan ofwel acceptatie, weigering ofwel wederaanspraak. Bij gebrek aan acceptatie is er eerst een kort of langer heen-en-weer. Als het lukt, is er ten slotte een akkoord of gezaghebbend oordeel als een wet, het trekken van een grens, het ontstaan van een regel of een instantie.'[580]

In het ontstaan van de conventie als uiting van dit gezag speelt daarbij volgens Eijsbouts ook het machtselement een belangrijke rol. In zijn ogen heeft de aanwezigheid van dit element tot gevolg dat het ontstaan van de acceptatie van de gelding van de conventie onder de betrokken partijen vaak asymmetrisch verloopt:

> 'Acceptatie bestaat vaak eenvoudig uit slikken.'[581]

De wijze waarop deze acceptatie tot stand komt staat echter volgens Eijsbouts los van het gezag van de conventie. In het licht van deze overeenkomsten meent hij dat de conventie als 'de regeling van het politieke leven' hetgeen is wat de rechtspraak is voor de 'regeling van het rechtsleven'.[582]

578 Eijsbouts 2016, p. 107-108 (cursiveringen verwijderd, GJAG).
579 Eijsbouts 2016, p. 108 (cursivering verwijderd, GJAG).
580 Eijsbouts 2016, p. 109.
581 Eijsbouts 2016, p. 110, nt. 18.
582 Eijsbouts 2016, p. 111.

Hoewel Eijsbouts vooral tot doel heeft om inzichtelijk te maken dat conventies in tal van opzichten meer overeenkomsten met het recht vertonen dan Verhey volgens hem zou suggereren, heeft hij ook oog voor wat hij als het grote verschil tussen beide grootheden beschouwt. Het ontstaan en de erkenning van de binding aan het recht zijn gereguleerd via een idealiter sluitend stelsel. De conventie kent een dergelijk stelsel echter niet. In dat licht is het verschil tussen recht en conventie volgens Eijsbouts te begrijpen aan de hand van het contrast tussen systeem en structuur:

> 'Rechtsregels krijgen al gauw het detail en het systeem, én de geslotenheid, die het denken en het papier toestaan. Die kenmerken van detail en systeem maken recht onmisbaar voor ontwikkelde samenlevingen. In vergelijking met recht is conventie doorgaans eenvoudig en meer zichtbaar, meer open. Op de tast vindt men namelijk niet regels of instellingen met de nuance en ingewikkeldheid van op schrift uitonderhandelde rechtsregels en documenten. Dat maakt conventie opmerkelijk genoeg aan de ene kant oppervlakkiger, maar aan de andere kant vaak ook meer fundamenteel, meer gehecht aan de hoofdzaken van een politiek verband. (…) Terwijl recht dus neigt naar *systeem*, dat in het denken en op papier leeft en dus grenzeloos complex kan worden, neigt conventie naar *structuur*, die in de levende werkelijkheid bestaat en waarvan de ingewikkeldheid daarom snel op grenzen stuit.'[583]

Volgens de benadering van Eijsbouts is het niet op voorhand vast te stellen of een bepaalde ongeschreven regel deel uitmaakt van het recht of als een conventie zou moeten gelden. In zijn ogen is die grens afhankelijk van de 'plaatselijke gebruiken' van het betreffende rechtsstelsel; waar die grens precies ligt, is van weinig belang omdat dat praktisch weinig verschil zou maken.

In de kern komt Eijsbouts' opvatting erop neer dat rechtsregels en conventies in mindere mate van elkaar verschillen dan Verhey zou suggereren. Eijsbouts laat de vraag naar het precieze onderscheid tussen conventie en ongeschreven staatsrecht verder onbeantwoord, omdat dit onderscheid hoogstens van theoretisch belang zou zijn. Voor de context van de Nederlandse constitutie is de beantwoording van die vraag echter wel degelijk van belang, omdat het anders niet mogelijk is inconstitutioneel gedrag te onderscheiden van handelen (of nalaten) dat wel geoorloofd is. In dit verband is het van belang om vast te stellen wat op dit punt het 'plaatselijke gebruik' in Nederland is.

III.5.3.2.3 Balans

De kritiek van Kummeling en Eijsbouts op de benadering van Verhey is uiteenlopend: de eerste auteur meent dat Verhey de conventie te dicht in het domein van het recht trekt, terwijl Eijsbouts juist meent dat Verhey de conventie te veel van het recht isoleert. Opvallend is dat binding volgens

583 Eijsbouts 2016, p. 113, ook voor het volgende citaat (cursiveringen in origineel, GJAG).

Kummeling alleen kan voortvloeien uit min of meer vaststaande, in het recht vastgelegde normen, terwijl Verhey en Eijsbouts van mening zijn dat binding ook kan voortkomen uit normen met een flexibeler karakter.

Naast de invulling van het begrip 'binding' roept de precieze verhouding tussen de conventie en het begrip 'ongeschreven staatsrecht' vragen op. Volgens Eijsbouts is het rechtsbegrip afhankelijk van plaatselijke gebruiken. De Nederlandse definitie van 'recht' zou dan, de benaderingen van Verhey en Kummeling volgend, een vaststaande, onveranderlijke regel zijn. In dat geval rijst echter opnieuw de vraag in hoeverre zoiets als 'ongeschreven staatsrecht' überhaupt kan bestaan, omdat ongeschreven regels nooit volledig kunnen vaststaan.

De begrippen 'binding' en 'recht' zoals die in Nederland worden gehanteerd, verdienen daarom nadere aandacht.

III.5.3.3 Eigen benadering

Zowel in de Leidse rede van Verhey als in de besproken beschouwingen van Kummeling en Eijsbouts zijn waardevolle opmerkingen over het karakter van de conventie te vinden. Ik onderschrijf Verheys opvatting dat het nuttig is binnen de staatsrechtswetenschap een categorie normen te onderscheiden die de werking van het staatsbestel nader bepaalt maar niet noodzakelijkerwijs gelijkstaat aan het ongeschreven staatsrecht zoals dat in de 'heersende leer' wordt benaderd. Ik ben het echter ook met Kummeling eens dat Verheys benadering vragen oproept over de afbakening tussen (on)geschreven staatsrecht en conventie; het ontbreken van duidelijkheid op dat punt kan verwarring scheppen over de vraag of bepaald gedrag van de betrokken organen al dan niet (constitutioneel) geoorloofd is.

Ten slotte acht ik Eijsbouts' nuancering van het verschil tussen recht en conventie eveneens van waarde; daaruit volgt immers dat het verschil tussen recht en conventie hoogstens schuilt in de vorm van de regel in plaats van in de functies die zij vervullen. Ondanks de waarde van deze beschouwingen over de conventie in de Nederlandse constitutie is in geen daarvan een antwoord te vinden op de vraag waarin het verschil tussen conventie en (on)geschreven staatsrecht schuilt of, om het in de termen van Eijsbouts te zeggen, welk plaatselijk gebruik er in Nederland geldt om beide fenomenen uit elkaar te houden. In ieder geval is dat niet, zoals in het Verenigd Koninkrijk, de handhaafbaarheid voor de rechter, omdat dat criterium te ruim is; de rechter is immers ook niet bevoegd zuiver binnen politieke verhoudingen geldende voorschriften te handhaven.[584] Op die vraag is wel een antwoord

584 Tegen die achtergrond is het ook niet verrassend dat conventies in rechterlijke beslissingen een weinig geprononceerde rol vervullen, zoals Vetzo constateert. Zie Vetzo 2018, m.n. p. 150-154. Het lijkt erop dat conventies hoogstens een rol kunnen spelen in de rechterlijke besluitvorming als een zuiver binnen politieke verhoudingen geldend voorschrift. Zie nader par. III.3.2.

nodig om een onderscheid tussen inconstitutioneel respectievelijk constitutioneel handelen te kunnen maken.

Op deze plaats volgt mijn voorstel voor een operationalisering van het conventiebegrip in het Nederlandse staatsrecht. In dat kader bespreek ik (i) hoe het begrip 'binding' kan worden begrepen, (ii) hoe de conventie zich verhoudt tot het (on)geschreven staatsrecht en (iii) onder welke voorwaarden een conventie deel kan uitmaken van het staatsrecht.

III.5.3.3.1 Het begrip 'binding': algemene versus bijzondere normen

In de discussie over het ongeschreven staatsrecht neemt het rechtsbegrip logischerwijs een belangrijke plaats in. Daarmee valt de discussie over de eisen voor de aanneming van ongeschreven rechtsregels min of meer samen met de zoektocht naar een algemeen aanvaard rechtsbegrip: als een potentiele norm als recht kan worden aanvaard, dan kan die ook deel uitmaken van het ongeschreven staatsrecht.

Helaas heeft de zoektocht naar een algemeen aanvaard rechtsbegrip nauwelijks tot vruchtbare resultaten geleid. Daarom worden praktijken of precedenten volgens de huidige, dominante, terughoudende benadering slechts als recht aanvaard als zij aan zeer strenge rechtszekerheidseisen voldoen.[585] Volgens die benadering bindt een norm pas, als hij aan die strenge rechtszekerheidseisen beantwoordt. Dan staat de binding van een norm gelijk aan een volledig *vaststaande* norm. Als dat inderdaad het geval is, dan kan een conventie nooit bindend zijn. Zij staat immers, althans in de benadering van Verhey, niet gelijk aan een rechtsregel, omdat afwijking van een conventie onder omstandigheden mogelijk is. De conventie wordt daarom gedefinieerd als een informele gedragsregel die slechts bestaat *zolang* de betrokken organen de betreffende norm in de praktijk blijven navolgen. In het licht van dit informele karakter van de conventie, is de definitieve vastlegging van de inhoud van een conventie niet mogelijk.[586] Een conventie kan daarmee, als de heersende leer wordt gevolgd, nooit aan de strenge rechtszekerheidseisen van het (on)geschreven staatsrecht voldoen.

Het is echter de vraag of *alleen* de normen die aan deze strenge rechtszekerheidseisen voldoen, kunnen binden. Om die vraag te kunnen beantwoorden, is het raadzaam het begrip 'binding' *als zodanig* aan een beschou-

585 Zie par. III.3.4.3.1.

586 Dat neemt niet weg dat het in de praktijk wel degelijk voorkomt dat de gelding van een conventie in een verklaring wordt afgekondigd dan wel dat de inhoud van een conventie in een geschreven document wordt opgetekend. Voor het *bestaan* en de precieze *inhoud* van een conventie is die afkondiging c.q. optekening echter niet beslissend, omdat deze beide elementen slechts afhankelijk zijn van de vraag of een conventie wordt nageleefd (en zo ja, op welke wijze). Zie nader par. II.3.3.2.2. Ook voor de Nederlandse context is het van belang dit onderscheid in het achterhoofd te houden. Dat geldt vooral ten aanzien van de normen in de Reglementen van Orde van beide Kamers, die vaak ook conventies zijn. Dat is echter niet het geval voor zover een norm uit het RvO niet in de praktijk wordt nagevolgd. Zie nader, ook over het belang van het maken van dit onderscheid, par. IV.4.3 en par. IV.5.5.2.1.

wing te onderwerpen. Volgens Kummeling en Verhey is voor het bestaan van binding van primair belang dat het bestaan van een rechtsregel met een relatief grote mate van objectiviteit kan worden *vastgesteld*: het recht bindt dan, omdat het deel uitmaakt van een gesloten rechtsstelsel dat ook de naleving van die regels zelf beoogt te garanderen (het geschreven staatsrecht) ofwel omdat buiten dat systeem een noodzaak tot naleving van een bepaalde norm is ontstaan die de erkenning van die norm als onderdeel van het (vaststaande) recht rechtvaardigt (het ongeschreven staatsrecht).[587]

Aan de bovengenoemde karakterisering van het ongeschreven staatsrecht ligt de veronderstelling ten grondslag dat het mogelijk is om een scherp onderscheid te maken tussen feiten en normen. Die veronderstelling bleek echter eerder al onhoudbaar, omdat geen enkele constitutie in een normatief vacuüm geldt, ook niet volgens de traditionele rechtspositivistische benadering.[588] Toch is het niet altijd mogelijk om objectief vast te stellen of een norm (feitelijk gezien) *wordt* gevolgd of (normatief gezien, op basis van het recht) *moet worden* gevolgd.[589] Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de reeds door Kummeling besproken conventie ten aanzien van de bekrachtiging van wetsvoorstellen door de koning: de vorst heeft weliswaar ex artikel 47 jo. 87, eerste lid Grondwet de bevoegdheid de bekrachtiging van een aan hem voorgelegd wetsvoorstel te weigeren, maar bij conventie zal hij dat in beginsel niet doen.[590]

Er kunnen grofweg twee typen redenen voor naleving van deze conventie door de koning worden onderscheiden. Het eerste type reden is primair feitelijk van aard: als de koning inderdaad de vrijheid zou nemen om de bekrachtiging van ieder hem onwelgevallig wetsvoorstel tegen te houden, zal het draagvlak voor de monarchie in Nederland vermoedelijk snel afbrokkelen. Op basis daarvan is te verklaren waarom de koning zich feitelijk genoodzaakt voelt om deze conventie na te leven. Het tweede type reden is constitutioneel (normatief) van aard: in het licht van de ontwikkeling van de Nederlandse parlementaire democratie zou het, zoals Kummeling terecht stelt, *onacceptabel* zijn als de koning deze conventie consequent niet zou naleven. Tegen die achtergrond *dient* de koning deze conventie in beginsel na te leven. Hoewel de Grondwet uitdrukkelijk aan de koning de bevoegdheid geeft om de bekrachtiging van een door de beide Kamers aangenomen wets-

587 De hier verdedigde definitie van 'recht' wijkt enigszins af van het rechtsbegrip dat Kummeling en Verhey aanhangen; beide auteurs beschouwen als definiërend voor het recht dat dit ongeacht de opvattingen van de adressaten geldt. Dat lijkt echter niet geheel zuiver, omdat de gelding van het *ongeschreven* staatsrecht in ieder geval in theorie wél afhankelijk is (althans, zou moeten zijn) van het gedrag van de betrokken ambten. Zie ook par. III.3.4.2.1.

588 Zie par. III.4.4.2.

589 Het onderscheid tussen een praktijk die *wordt* gevolgd en een norm die *moet worden* gevolgd loopt tot op zekere hoogte parallel met het door Van den Berg ontwikkelde onderscheid tussen 'spelregel' en 'stelregel'. Zie par. III.5.4.1.

590 Hier wordt volstaan met een korte bespreking van deze conventie. Zie voor een nadere uitwerking par. IV.3.2.2.

voorstel te weigeren, bestaat er overeenstemming over onder de betrokken organen die deel uitmaken van de formele wetgever (de regering en de Staten-Generaal) dat de koning in beginsel geen gebruik mag maken van die ruimte.

Daarmee is echter nog niet gezegd dat *ieder* geval van niet-naleving van de conventie gelijkstaat aan inconstitutioneel handelen. Verhey wijst er bijvoorbeeld op dat zich 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' kunnen voordoen die een weigering van de bekrachtiging van een wetsvoorstel door de koning kunnen rechtvaardigen.[591] Dat betekent dat deze conventie niet bindt, in de zin dat haar naleving onder *alle* omstandigheden zeker moet worden gesteld. Voor deze regel geldt alleen dat hij niet structureel mag worden overtreden in plaats van dat iedere afwijking ongeoorloofd is. Dat betekent dat deze conventie noch een gewoonte is die alleen maar *wordt* gevolgd, noch een regel is die onder alle omstandigheden *moet worden* gevolgd.

Deze constatering over de bevoegdheid van de koning om een wetsvoorstel al dan niet te bekrachtigen sluit daarmee niet goed aan bij de wijze waarop het ongeschreven staatsrecht in de 'heersende leer' wordt geoperationaliseerd. Deze leer gaat immers uit van de aanneming van concrete, gefixeerde regels waarvan, althans in de woorden van Kummeling, de naleving te allen tijde zeker moet worden gesteld. Volgens die benadering zou de koning óf een vrije bevoegdheid hebben ondertekening van wetsvoorstellen te weigeren (er is geen ongeschreven staatsrecht, maar louter een 'blote' praktijk) óf in geen enkel geval tot een dergelijke weigering mogen overgaan (er is wel ongeschreven staatsrecht). Geen van beide conclusies is echter bevredigend.

In dat licht is de conclusie onvermijdelijk dat de criteria voor de vaststelling van ongeschreven staatsrecht zélf bijstelling verdienen. In dat kader is het behulpzaam terug te grijpen naar de omschrijving die Van der Hoeven in zijn oratie uit 1960 gaf aan het probleem. De toen kersverse Amsterdamse hoogleraar betoogde in die rede dat

> 'uitbouw van het constitutionele recht, wanneer deze geschiedt door de formulering van allerlei ongeschreven regels, die aan de constitutionele praktijk worden ontleend, het inzicht niet bevordert, omdat datgene wat zich als "regel" voordoet, wellicht is het produkt van de gelding van een veel *algemener norm*, welke algemene constitutionele norm echter bij toepassing in een gewijzigde constellatie ook tot een geheel ander resultaat zal leiden'.[592]

Veel auteurs hebben uit deze terechte constatering van Van der Hoeven afgeleid dat er *dus* niet of nauwelijks ruimte voor het ongeschreven staatsrecht

591 Verhey 2014, p. 12.

592 Van der Hoeven 1960, p. 16-17 = Van der Hoeven 1984, p. 34-35 (cursivering toegevoegd, GJAG).

in de Nederlandse constitutie bestaat, althans zou moeten bestaan.[593] Bij nadere beschouwing is dat een wel erg rigoureuze gevolgtrekking van de door Van der Hoeven betrokken stelling. Als een concrete regel, zoals Van der Hoeven dat noemt, 'het product van de gelding van een veel algemener norm' is, betekent dat nog niet dat er in het geheel *geen* norm is.[594] Als de niet-naleving van de hoofdregel van een ongeschreven norm in een concreet geval geen schending van het staatsrecht oplevert, betekent dat immers nog niet automatisch dat *iedere* afwijking van die regel geoorloofd is.[595] Of de niet-naleving van een bepaalde norm in een concreet geval inconstitutioneel is, kan immers afhankelijk zijn van de inhoud van een algemenere norm dan de (vermeende) norm die in de betreffende kwestie aan de orde is. Dat betekent dat een ongeschreven norm die (onvoorziene) uitzonderingen toelaat, in zijn algemeenheid nog wel deel kan uitmaken van het (staats)recht.

Tegen die achtergrond is de binding van een ongeschreven norm afhankelijk van zijn formulering: als hij als *algemene* norm wordt gedefinieerd, zal hij per definitie afwijking toelaten en kan hij nooit binden, terwijl hij in de formulering van een *bijzondere*, in een concrete situatie geldende, norm op zichzelf wel degelijk bindende kracht kan hebben. Het is echter nog niet duidelijk in welke gevallen een conventie bindt en in welke gevallen niet.

III.5.3.3.2 Ongeschreven normen en rechtszekerheid: intra legem versus contra legem

Of aan de navolging van een bepaalde praktijk een rechtsopvatting ten grondslag ligt, kan niet van de notie van rechtszekerheid *alleen* afhankelijk zijn. Anders zou een regel alleen een rechtsregel kunnen zijn als hij geen afwijking toelaat. In dat geval kan echter geen recht worden gedaan aan het eerder besproken onderscheid tussen algemene en bijzondere normen. Een norm verliest immers op zichzelf nog niet zijn bindende karakter als hij uitzonderingen toelaat.

Illustratief is de inhoud van een van de weinige als zodanig aanvaarde regels van ongeschreven staatsrecht, de vertrouwensregel, die kan worden gezien als een uitvloeisel van de conventie van 1868.[596] Over de kern van deze regel, namelijk dat een minister (of kabinet) zijn ontslag moet aanbieden als de Tweede Kamer het vertrouwen in hem opzegt, bestaat relatief

593 Zie par. III.3.4.3.1.

594 Vgl. in dit verband het eerder aangehaalde citaat van Hart: 'A rule that ends with the word "unless" is still a rule.' Zie par. II.3.3.3.1.

595 Overigens is het ook mogelijk om een ongeschreven norm zo te formuleren dat bepaalde (onvoorziene) uitzonderingen reeds in die norm besloten liggen; als zich een van die uitzonderingen voordoet, wordt weliswaar niet de (algemene) hoofdregel gevolgd, maar wordt nog wel gehandeld in overeenstemming met de (specifiekere) norm waarin de genoemde uitzondering is verdisconteerd. Zie nader over deze terminologische kwestie par. II.3.3.3.1.

596 Zie par. IV.2.4.1.

weinig discussie.[597] Maar daarbuiten, bijvoorbeeld voor de vraag of de vertrouwensregel ook geldt in de relatie tussen Eerste Kamer en kabinet[598] of voor de vraag onder welke voorwaarden een Kamermotie precies als een wantrouwensvotum kan worden aangemerkt,[599] ligt dat al anders.

In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 erkende de regering ook dat de precieze betekenis van de vertrouwensregel niet vastligt. Zij meende zelfs dat deze regel niet moest worden vastgelegd in de Grondwet, omdat dit de volgens haar wenselijke souplesse in de verhouding tussen regering en parlement in gevaar kan brengen.[600] Daarmee voldoet ook de enige als zodanig erkende regel van ongeschreven staatsrecht ook maar in beperkte mate aan de rechtszekerheidseisen die volgens de heersende leer voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht gelden. Daarmee is het niet duidelijk in hoeverre de vertrouwensregel zelf wel kan worden aangemerkt als een ongeschreven rechtsregel: ook van deze regel staan de precieze contouren niet vast, terwijl de criteria voor de aanneming van een regel van ongeschreven staatsrecht dat wel vereisen. Dat betekent dat ook deze regel in feite eerder het karakter heeft van een conventie dan van een ongeschreven rechtsregel. Bovendien illustreert dit opnieuw dat het onderscheid tussen recht en conventie per definitie niet alleen afhankelijk kan zijn van het bestaan van een mogelijkheid tot afwijking van de betreffende regel. Voor het maken van een onderscheid tussen beide grootheden is daarom een andere maatstaf nodig.

Daarbij biedt het reeds door Verhey aangehaalde inpasbaarheidscriterium voor de vaststelling van ongeschreven staatsrecht een eerste aanknopingspunt. Hirsch Ballin, van wie dit criterium afkomstig is, licht deze eis als volgt toe:

> 'Ten aanzien van de feitelijke verhoudingen die in gewoonte of precedent tot uiting komen, zal men de vraag moeten stellen of zo'n verhouding als rechtsbetrekking kan worden gezien, dat wil zeggen als een verhouding die bepaald wordt door een norm die inpasbaar is in het constitutionele recht. Het criterium van de inpasbaarheid brengt mee, dat de als rechtsnorm te aanvaarden regel in een zinvolle relatie met de andere normen van constitutioneel recht moet staan

597 Al is discussie over de inhoud van deze kern ook niet helemaal afwezig. Er bestaat bijvoorbeeld geen overeenstemming over of de vertrouwensregel in deze formulering nog ruimte laat voor een autonome toepassing van het ontbindingsrecht of niet: sommige auteurs menen dat de regering nog altijd bevoegd is om de Kamer in reactie op een wantrouwensvotum te (doen) ontbinden, waarna zij pas dient op te stappen als de nieuw gekozen Kamer vervolgens weer het vertrouwen in het kabinet opzegt, terwijl anderen (terecht) menen dat toepassing van de conventie van 1868 niet langer toegestaan is. Zie par. IV.2.4.2.

598 Zie par. IV.6.4.2.

599 Zie par. IV.2.4.3.

600 Zie par. III.3.3.1.4. Overigens is de redenering van de regering aanvechtbaar, omdat codificatie van een regel helemaal niet tot gevolg hoeft te hebben dat de betekenis van de betreffende regel dan in beton gegoten is. Zie daarover ook par. III.3.3.2.2.

> en in samenhang met deze andere rechtsnormen gestalte moet geven aan de rechtsbeginselen krachtens welke de desbetreffende ordening vatbaar is voor aanvaarding als rechtsorde.'[601]

Deze inpasbaarheidseis is aanmerkelijk breder geformuleerd dan de tot nog toe gangbare rechtszekerheidseis. Dat neemt niet weg dat Hirsch Ballin ook oog heeft voor de waarde van rechtszekerheid, waar hij stelt dat niet iedere feitelijke verandering leidt tot wijziging van het recht:

> 'Een verschuiving in de machtsverhoudingen leidt slechts dan tot een verandering in het constitutionele recht, indien ook de gewijzigde verhoudingen als recht worden aanvaard. Het constitutionele recht is in zijn gelding en in zijn ontwikkeling afhankelijk van een *fundamentele consensus*, die inhoudt dat de zo geconstitueerde c.q. zich her-constituerende ordening als een rechtsorde kan worden beschouwd.'[602]

Hij preciseert deze opvatting door verder uit te weiden over hoe het gegeven van feitelijke consensus de basis kan vormen voor de gelding van een norm als rechtsnorm:

> 'Het *feit* van een consensus kan uit zichzelf niet als iets normatiefs gelden. Dat desalniettemin dit feit – anders dan het feit van een effectieve geweldsheerschappij – als een adequate grondslag van de gelding van een rechtsorde wordt gezien, wijst erop dat de consensus niet gezien moet worden als een toevallige overeenstemming van opinies, maar als uitdrukkingsvorm voor het beginsel dat het in het recht om de mensen gaat, tussen wie – in een bepaalde historische context – overeenstemming bestaat over wat als rechtsorde aanvaardbaar is. Dit betekent dat de hier besproken fundamentele consensus niet het laatste woord – een niet voor verdere reflectie vatbaar gegeven – in de oordeelsvorming over het recht kan zijn, maar principieel moet worden opgevat als *medium* waarin, in de gegeven verhoudingen, de idee van recht tot uitdrukking kan komen.'

Volgens deze benadering is het dus mogelijk nieuw ongeschreven constitutioneel recht te vinden *zonder* dat daarvoor van een te allen tijde geldende regel of plicht sprake hoeft te zijn. In deze benadering is de definitie van het recht sterk geënt op de consensus onder de betrokken organen over wat *in een concreet geval* als recht zou kunnen gelden. In dat geval is het stellen van overige, nadere eisen die volgens sommige auteurs zouden moeten gelden om de kwalificatie van rechtsregel te verdienen, zoals dat een

---

601 Hirsch Ballin 1982, p. 82-83 (voetnoot in citaat verwijderd; cursivering in origineel, GJAG).

602 Hirsch Ballin 1982, p. 86-87, ook voor het volgende citaat (cursiveringen in beide citaten in origineel, GJAG). Overigens vormt Hirsch Ballins these op dit punt een precisering van de opvatting van Van der Hoeven dat een verschuiving van de machtsverhoudingen alleen leidt tot een wijziging van het constitutionele recht als sprake is van een wat Van der Hoeven noemt 'ethisch element'. Zie nader over dat 'ethisch element' par. III.4.3.2.

regel van ongeschreven staatsrecht de bestendigheid van het staatsbestel dient te beschermen, niet meer nodig.[603] Dergelijke aanvullende eisen hebben immers primair tot doel de aanneming van ongeschreven recht tegen te gaan. Zolang de aanneming van ongeschreven staatsrecht afhankelijk is van het bestaan van een fundamentele consensus onder de betrokken actoren *zelf*, is het echter op zichzelf niet bezwaarlijk ongeschreven rechtsregels aan te nemen.

Daarmee rijst de vraag hoe het bestaan van een fundamentele consensus over de gelding van een regel als rechtsnorm geoperationaliseerd kan worden. Op dat punt kan worden aangesloten bij Elzinga's gedifferentieerde benadering omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht.[604] Net als Elzinga meen ik dat voor het aannemen van ongeschreven, bindende normen die de Grondwet aanvullen (*intra-legem*-normen) andere eisen moeten gelden dan voor de aanneming van ongeschreven bindende normen die aan de Grondwet derogeren (*contra-legem*-normen).

Voor de aanneming van *intra-legem*-normen kan min of meer worden aangesloten bij de theorievorming over de binding van conventies in het Verenigd Koninkrijk. Voor praktijken die niet derogeren aan de Grondwet, maar de bestaande grondwettelijke ruimte hoogstens invullen, is het voor het aannemen van hun binding voldoende als zij (i) binnen de grenzen van het staatsrecht kunnen gelden en (ii) de betrokken organen zich gebonden *zouden moeten achten* aan de betreffende praktijk. Beide criteria verdienen toelichting.

Het eerste criterium is een uitwerking van het door Hirsch Ballin geformuleerde criterium van inpasbaarheid: de norm moet in een zinvolle relatie staan met de andere normen van constitutioneel recht en al die normen tezamen moeten vatbaar zijn voor aanvaarding als rechtsorde. Door de bank genomen[605] zal dit betekenen dat de betreffende regel niet op gespannen voet mag staan met het geldende, positieve recht.

Het tweede criterium is een uitwerking van de theorievorming uit het Verenigd Koninkrijk over de aanneming van een conventie.[606] Uit die theorievorming kwam al naar voren dat het bestaan van een overtuiging van gebondenheid aan een conventie moet kunnen worden geobjectiveerd. Wat in dit kader geldt voor een conventie in het Verenigd Koninkrijk, geldt ook voor het ongeschreven staatsrecht in Nederland. Immers, als de overtuiging van gebondenheid een zuiver subjectief criterium zou zijn, is het niet moge-

603 Deze laatste eis staat centraal in de zogeheten terughoudende benadering omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht. Zie par. III.3.4.3.1.

604 Zie voor een bespreking van Elzinga's benadering par. III.3.4.3.2.

605 Het is overigens niet helemaal uitgesloten dat een norm tot ontwikkeling komt die op gespannen voet staat met een grondwettelijke norm. Die mogelijkheid wordt verderop verkend.

606 Zie de bespreking over het onderscheid tussen 'role morality' en 'personal morality' in par. II.3.3.2.1.

lijk een ongeschreven rechtsregel aan te nemen die gedrag *voorschrijft*.[607] Als dit anders was geweest, dan zou iedere regel van ongeschreven recht een tautologisch karakter krijgen: aan de betreffende regel komt een einde als daarmee in strijd wordt gehandeld. Bepalend voor het bestaan van een als onderdeel van het recht aan te nemen regel is of de betrokken ambten zich aan die regel gebonden achten. Derhalve moet de binding van een ongeschreven rechtsregel zijn geaccepteerd door het betrokken *ambt*, los van de *persoonlijke* opvattingen van degene die het ambt bekleedt.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat normen met een *contra-legem*-karakter tot ontwikkeling komen. Hoewel een dergelijke situatie zich, gelet op het huidige sobere karakter van de Grondwet, niet snel zal voordoen, is die mogelijkheid ook niet geheel uitgesloten. Deze situatie heeft zich al een keer voorgedaan toen aan het einde van de negentiende eeuw het parlementair stelsel tot ontwikkeling kwam. Het was namelijk niet geheel toevallig dat bindende regels in de Nederlandse constitutie voortaan zouden worden omschreven als het ongeschreven staats*recht*: de juridische erkenning van het parlementaire overwicht op de regering aan het einde van de negentiende eeuw stond namelijk haaks op het op dat moment in de Grondwet gedachte evenwicht tussen regering (koning) en volksvertegenwoordiging en de bevoegdheid van de koning om ministers 'naar welgevallen' te ontslaan (art. 86, tweede lid Grondwet 1972).[608] Het ontstaan van de 'moeder' aller conventies, namelijk de in 1868 ontstane regel op basis waarvan de regering niet bevoegd is de Tweede Kamer tweemaal te ontbinden vanwege hetzelfde feit,[609] is in dat kader illustratief: aanvankelijk stond deze regel op gespannen voet met het staatsrecht, maar later groeide hij uit tot onderdeel van het staatsrecht zelf.

Sinds de grondwetsherziening van 1983 kan de vertrouwensregel niet meer worden aangemerkt als een aan de Grondwet derogerende regel, omdat regering en parlement destijds het bestaan van die regel expliciet hebben bevestigd.[610] Bovendien kent de Grondwet sinds dat jaar niet langer bepalingen die openlijk aan de erkenning van de vertrouwensregel als bindende regel in de weg staan.[611] De oorspronkelijke functie die het begrip

607 Dit probleem kwam reeds eerder aan de orde bij de bespreking van de 'heersende leer'. Zie par. III.3.4.2.1.
608 Zie par. III.3.4.1.1.
609 Zie nader over deze regel par. IV.2.4.2.
610 Zie par. III.3.3.1.4.
611 Dat neemt echter niet weg dat de (voorloper van de) vertrouwensregel ten tijde van zijn ontstaan in de negentiende eeuw wel degelijk op gespannen voet stond met de Grondwet. Zie nader par. III.3.4.1.1.

'ongeschreven staatsrecht' had,[612] namelijk het mogelijk maken van de inpassing in het bredere staatsrecht van regels die aan de Grondwet derogeren, is daarmee naar de achtergrond verdwenen.

Dat neemt niet weg dat er wel een mogelijkheid bestaat dat er, bij wijze van uitzondering, nieuwe ongeschreven *contra-legem*-normen tot ontwikkeling komen. In zijn uitwerking van het inpasbaarheidscriterium laat Hirsch Ballin expliciet de ruimte open voor de ontwikkeling van dergelijke normen die derogeren aan de Grondwet:

> 'Consensusvorming [bedoeld is de eerder aangehaalde vorming van fundamentele consensus op basis waarvan een ongeschreven regel als rechtsnorm kan worden aanvaard, GJAG] veronderstelt een referentiekader. Dit referentiekader gaat uiteraard niet op in de bestaande constitutie of haar beginselen: juist door een consensus dat een *andere* feitelijke werkzame ordening als rechtsorde aanvaardbaar is, wordt het kader van de bestaande constitutie doorbroken. Aan die aanvaarding ligt een oriëntatie ten grondslag die aan de oriëntatie op de geldende constitutie nog voorafgaat, preciezer: zowel van deze oriëntatie als van de mogelijkheid om zich op een andere constitutie te gaan oriënteren de *voorwaarde* vormt. (…) De herleiding van de gelding van het constitutionele recht tot een fundamentele consensus over de aanvaardbaarheid van een ordening als rechtsorde mag intussen niet doen vergeten dat in die consensus wederom de bestaande constitutie en haar beginselen belangrijke – zij het niet beslissende – referentiepunten vormen. In geval van een manifeste discrepantie met de (inmiddels) aanvaarde beginselen en de feitelijke machtsverhoudingen kan het echter voorkomen dat deze referentiepunten hun betekenis verliezen.'[613]

Hoewel de constitutie en de daaraan ten grondslag liggende beginselen belangrijke referentiepunten vormen voor het bestaan van consensus, kunnen zij in een uitzonderlijk geval op dat punt hun betekenis verliezen. Daarom is het onder uitzonderlijke omstandigheden denkbaar dat een praktijk, *zelfs* voor zover die de bestaande, gepositiveerde constitutionele orde doorbreekt, later uitgroeit tot een bindende regel. De aanneming van een dergelijke, aan de Grondwet derogerende, praktijk als rechtsnorm is echter wel afhankelijk van zeer strenge rechtszekerheidseisen.

Op basis van die eisen zal zoveel mogelijk vast moeten staan dat de aan te nemen ongeschreven rechtsregel derogeert aan een grondwettelijke bepaling die haar relevantie op dat punt heeft verloren. Daarvan kan alleen sprake zijn, als (i) alle ambten waaruit de grondwetgever bestaat

---

612 Dat roept overigens ook in het algemeen de vraag op of het nog zin heeft in dit kader over een *ongeschreven* regel te spreken, omdat dat adjectief suggereert dat de vertrouwensregel louter een soort mondeling overgeleverde regel vormt. Dat is, mede gelet op de erkenning van het bestaan van de vertrouwensregel door regering en parlement bij de grondwetsherziening van 1983, niet het geval. In zoverre is het onderscheid tussen het grondwettelijke en ongeschreven staatsrecht dan ook vals. Vgl. in die zin ook Voermans 2019, p. 239.

613 Hirsch Ballin 1982, p. 87 (cursivering in origineel; voetnoot verwijderd, GJAG).

(dus zowel de regering als de beide Kamers van de Staten-Generaal) expliciet, (ii) unaniem en (iii) herhaaldelijk de overtuiging uitdragen dat (iv) de betreffende grondwettelijke bepaling definitief (al dan niet gedeeltelijk) haar bindende kracht heeft verloren en daarmee niet langer aan de aanneming van een nieuwe, aan de Grondwet derogerende, norm in de weg staat.

Uiteraard moet daarbij worden bedacht dat de opvattingen van regering en parlement niet statisch zijn, maar afhankelijk zijn van (steeds veranderende) politieke opvattingen. Wil een *contra-legem*-norm kunnen ontstaan, dan zullen de ambten waaruit de grondwetgever is opgebouwd daarom herhaaldelijk, dat wil zeggen gedurende ten minste twee kabinetsperioden, openlijk de overtuiging moeten uitdragen dat een bepaalde grondwettelijke bepaling haar betekenis (gedeeltelijk) heeft verloren. Op die manier wordt het risico op het ondergraven van de Grondwet door een (toevallige) politieke meerderheid, ook gezien de eerder geformuleerde unanimiteitseis, zoveel mogelijk voorkomen.

In het licht van deze eisen zal de aanneming van een ongeschreven *contra-legem*-norm per definitie tot de (hoge) uitzonderingen behoren. Immers, als de aanneming van een *contra-legem*-norm op basis van deze strenge eisen mogelijk is, ligt het meer in de rede voor de grondwetgever om tot grondwetsherziening over te gaan. Die herziening kan zich dan richten op het (expliciet) mogelijk maken van de betreffende praktijk, zodat die niet langer een *contra-legem*-karakter heeft. Op basis van dit onderscheid tussen ongeschreven *intra-* en *contra-legem*-normen is het reeds mogelijk het belang van rechtszekerheid te relativeren. Voor de aanneming van ongeschreven, aan de Grondwet derogerende, normen als rechtsregels gelden immers strengere eisen dan voor de aanneming van nieuwe rechtsregels die alleen de Grondwet aanvullen.

Toch blijft voor beide soorten normen de rechtszekerheid een heikel punt. Als de betrokken organen zich aan een bepaalde praktijk gebonden achten, ongeacht of die *intra* of *contra legem* werkt, dan blijft de mogelijkheid openstaan dat zij in specifieke gevallen van die praktijk willen afwijken. Het open karakter van het staatsrecht laat daarvoor op zichzelf de ruimte, mits de afwijking of verandering van een als bindend ervaren norm niet in strijd komt met een *andere* staatsrechtelijke norm. Dat blijkt ook uit de bespreking van zowel de conventie omtrent de bekrachtiging van wetsvoorstellen door de koning als de vertrouwensregel; in beide gevallen is sprake van regels waarvan niet precies duidelijk is welke verplichtingen daaruit in concreto voortvloeien, noch onder welke omstandigheden zij afwijking toelaten.

Dat roept de vraag op hoe een bindende norm in het recht kan worden ondergebracht zonder dat die norm zijn flexibiliteit verliest. In ieder geval is het niet mogelijk om een bindende, ongeschreven norm te gieten in de vorm van een *afzonderlijke* regel van ongeschreven staatsrecht die zelf een volledig vaststaande gedraging voorschrijft. Om de openheid van het staatsrecht te waarborgen, is het nu eenmaal niet mogelijk in abstracto vast te leggen aan welke ongeschreven verplichtingen politieke organen precies zijn gebonden.

III.5.3.3.3 Conventies in het staatsrechtelijke systeem: primaire versus secundaire regels

Ten gevolge van het open karakter van het Nederlands staatsrecht staat zelden precies vast welke verplichtingen in politieke verhoudingen precies gelden. Deze rechtsonzekerheid bestaat tot op zekere hoogte ten aanzien van zowel de bepalingen uit de (Grond)wet[614] als de geldende conventies. Niettemin is het eenvoudiger voor politieke organen om vast te stellen welke precieze verplichtingen voortvloeien uit grondwettelijke bepalingen dan welke precieze verplichtingen voortkomen uit conventies. Geschreven regels maken immers deel uit van een *systeem*. De bepalingen uit de (Grond)wet tezamen kunnen daarom worden gezien als een kader op basis waarvan discussie mogelijk is over de daaruit voortvloeiende verplichtingen.

Voor conventies, die tezamen een afzonderlijke, onsamenhangende groep regels vormen,[615] geldt dit niet. In het Verenigd Koninkrijk kunnen zij als afzonderlijke groep regels verplichtingen opleggen aan politieke organen zonder deel uit te maken van het recht, omdat het daar vigerende rechtsbegrip alleen betrekking heeft op de vraag naar de handhaafbaarheid van een regel door de rechter. In Nederland, waar een ander rechtsbegrip geldt, is dat niet mogelijk. Een afzonderlijke conventie zal daarmee niet *als zodanig* een (altijd) bindende rechtsregel kunnen vormen. Daarom zal de conventie op een andere manier in het systeem van het Nederlandse staatsrecht moeten kunnen worden ondergebracht.

Daartoe doe ik het voorstel om in navolging van de rechtsfilosoof H.L.A. Hart drie typen secundaire regels ('secundary rules') te onderscheiden die regelen hoe de primaire regels ('primary rules') in de vorm van conventies worden erkend, gewijzigd en gehandhaafd.[616]

In de eerste plaats verdient de erkenningsregel, in dit verband zonder twijfel het belangrijkste type secundaire regel, bespreking. Wil de conventie een plaats kunnen krijgen in het Nederlands staatsrecht, dan is het noodzakelijk de regel omtrent de erkenning van het ongeschreven staatsrecht te

---

614 Gelet op de open formulering van veel grondwettelijke bepalingen is het vaak lastig om hun precieze betekenis voor een concrete situatie vast te stellen. Zie par. III.3.3.2.2.

615 Vgl. in dit verband het citaat van Munro die het geheel van conventies in de constitutie 'a "discrete unconnected set"' noemde. Zie par. II.3.3.1.2. Deze term is overigens ontleend aan het werk van Hart. Zie Hart 1994 (1961), p. 95.

616 Hart omschrijft dit onderscheid tussen 'primary' en 'secondary rules' als volgt: 'Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private. Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type provide for operations which lead not merely to physical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations.' Zie Hart 1994 (1961), p. 81.

herformuleren.[617] Afgaande op de gangbare, 'heersende' leer voor de aanneming van ongeschreven staatsrecht, geldt er, om in de terminologie van Hart te blijven, een erkenningsregel op basis waarvan voor het bestaan van ongeschreven staatsrecht ten minste is vereist dat sprake is van de overtuiging onder de betrokken organen dat een bepaalde praktijk rechtens moet worden gevolgd.[618] Inmiddels is gebleken dat deze erkenningsregel onvoldoende precies is geformuleerd, omdat – kort gezegd – de impliciet daarin besloten liggende rechtszekerheidseis geen recht kan doen aan de dynamiek van het politieke leven.

Wil het ongeschreven staatsrecht een volwaardige plaats kunnen krijgen in de Nederlandse constitutie, dan zal een *nieuwe* erkenningsregel moeten worden geformuleerd die wel recht doet aan de inherent veranderlijke politieke dynamiek. Daarbij is van belang dat het bestaan van het ongeschreven staatsrecht niet primair kan afhangen van de beantwoording van de vraag of zijn inhoud in algemene zin met een (zeer) grote mate van zekerheid vast te stellen is, maar vooral of de betrokken organen zich in bepaalde gevallen aan die (aan te nemen) regel gebonden zouden moeten achten. Op het eerste gezicht lijkt het hier misschien om twee kanten van dezelfde medaille te gaan, maar bij nader inzien is dat niet het geval. De vraag of een orgaan zich aan een bepaalde (aan te nemen) regel in een concreet geval gebonden zou moeten achten, staat immers los van de mate waarin die regel in algemene zin vaststaat.

Het is goed mogelijk om in een concreet geval vast te stellen dat een orgaan een bepaalde (vermeende) regel al dan niet had moeten naleven, zonder daarmee iets te zeggen over de gelding van die regel in de toekomst. Politieke organen hebben immers de autonomie om binnen de grenzen van het staatsrecht hun eigen informele gedragsregels vorm te geven en die, afhankelijk van nieuwe feitelijke ontwikkelingen, te wijzigen. Als echter eenmaal vaststaat *dat* in een bepaalde situatie een conventie geldt, dan is het van tweeën één: of de betrokken organen leven de betreffende conventie na of zij wijken van de conventie af met inachtneming van de daarvoor geldende voorwaarden. Afwijking van een conventie is slechts mogelijk als (i) alle daarbij betrokken organen c.q. ambtsdragers daarmee instemmen dan wel, in een enkel geval, (ii) als (heel) bijzondere omstandigheden die afwijking kunnen rechtvaardigen.

---

617 Hart noemt de erkenningsregel een 'rule of recognition': 'The simplest form of remedy for the *uncertainty* of the regime of primary rules is the introduction of what we shall call a "rule of recognition". This will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts.' Zie Hart 1994 (1961), p. 94 (cursivering in origineel, GJAG).

618 Vgl. in die zin ook Schutgens 2011, p. 12-13.

Een situatie waarin afwijking mogelijk is onder (heel) bijzondere omstandigheden doet zich primair voor bij conventies die de bevoegdheid van de koning inperken. In dat kader is de conventie die de koning verplicht regeringsbesluiten te bekrachtigen illustratief. De weigering van de koning om een door de Staten-Generaal aangenomen wetsvoorstel te bekrachtigen ex artikel 47 jo. 87, eerste lid Grondwet, is, zoals elders nog uitgebreider wordt toegelicht, alleen te rechtvaardigen als het staatsbestel anders niet meer normaal zou functioneren, bijvoorbeeld door een machtsgreep van de ministers of door oorzaken van buitenaf.[619] In een dergelijk (zeer) uitzonderlijk geval is afwijking van een conventie toch toegestaan in weerwil van het ontbreken van de instemming van de ministers en het parlement. Deze laatste mogelijkheid is overigens primair een theoretische; onder de huidige omstandigheden is het nauwelijks denkbaar dat afwijking van een conventie *zonder* instemming van alle daarbij betrokken organen toelaatbaar kan worden geacht.

In feite is dit niets anders dan een staatsrechtelijke uitwerking van het aloude adagium dat gemaakte 'afspraken' dienen te worden nagekomen (*pacta sunt servanda*). Of sprake is van een dergelijke afspraak die moet worden nagekomen, kan weer worden bepaald aan de hand van de vereisten voor de aanneming van de conventie. In zoverre staat een conventie dus niet *volledig* gelijk aan een (primaire) rechtsregel, maar zal haar naleving in veel gevallen wel door het ongeschreven recht worden gevorderd. In dat licht kan de (secundaire) regel ten behoeve van de erkenning van het ongeschreven staatsrecht als volgt komen te luiden:

> De afwijking van een constitutionele conventie is inconstitutioneel (d.w.z. een schending van het staatsrecht), behalve voor zover (i) alle betrokken organen met die afwijking instemmen of als die afwijking anderszins in het licht van (heel) bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd en (ii) die afwijking in het licht van de overige normen van het staatsrecht toelaatbaar is.

Op basis van deze erkenningsregel kan een conventie slechts binnen de grenzen van de Grondwet gelden, behalve als de ambten waaruit de grondwetgever bestaat er bij wijze van uitzondering expliciet, unaniem en herhaaldelijk blijk van geven dat een bepaalde conventie als *contra-legem*-norm aan de Grondwet derogeert. De inhoud van deze geherformuleerde erkenningsregel, die de voorwaarden bevat waaronder de integratie van de conventie in het staatsrecht mogelijk is, staat wel vast. Daarmee voldoet *deze* regel, anders dan de afzonderlijke conventies, wel aan de eis van rechtsze-

619 Zie par. IV.3.2.2.

kerheid, waardoor hij als onderdeel van het ongeschreven staatsrecht kan worden erkend.[620]

De onvermijdelijke consequentie van deze benadering is dat de heersende leer omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht dient te worden verlaten.[621] Aan deze leer bleken immers twee belangrijke bezwaren te kleven.

In de eerste plaats heeft deze leer primair tot doel om ongeschreven, aan de Grondwet derogerende normen een plaats in het staatsrecht te geven. In de loop van de twintigste eeuw is deze leer echter ten onrechte ook gaan gelden voor *alle* aan te nemen ongeschreven rechtsregels, dus ook voor regels die slechts de normen van de Grondwet aanvullen. Er is geen aanleiding om aan de aanneming van *intra-legem*-regels dezelfde strenge eisen te stellen die voor de opsporing van *contra-legem*-regels gelden.

Dit had Elzinga reeds gesignaleerd in de door hem geïntroduceerde gedifferentieerde benadering omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht.[622] Toch is het niet mogelijk om Elzinga's benadering een-op-een over te nemen, omdat ook die benadering nadelen kent. Dat geeft aanleiding tot de benoeming van het tweede bezwaar. Net als de heersende leer, is Elzinga's gedifferentieerde benadering (impliciet) gebaseerd op de gedachte dat een ongeschreven, bindende norm een statisch karakter heeft; Elzinga expliciteert immers niet of, en onder welke omstandigheden, een *intra-legem*-norm afwijking toelaat. Aan onveranderlijke regels bestaat in het politieke leven echter maar in heel beperkte mate behoefte. De bovengenoemde erkenningsregel voor de inpassing van de conventie in het staatsrecht doet daarentegen wel recht aan de veranderlijkheid van het politieke leven door een flexibele toepassing van ongeschreven normen door politieke organen mogelijk te maken.

Verder geldt *mutatis mutandis* hetzelfde uitgangspunt voor het tweede type secundaire regel, dat betrekking heeft op de *verandering* van de conventie,[623] zij het met de toevoeging dat de (grond)wetgever er ook voor kan kiezen een conventie te wijzigen door haar al dan niet in andere vorm

620 Overigens kan daartegen in worden gebracht dat deze erkenningsregel een materieel karakter houdt, waardoor het nog altijd niet mogelijk is om in abstracto vast te stellen *wanneer* nu precies van inconstitutioneel gedrag sprake is. Dat betekent dat het probleem van de erkenning van het bestaan van ongeschreven staatsrecht in zekere zin wordt verplaatst. Vgl. in die zin Schutgens 2011, p. 12-13. Die tegenwerping is terecht; inderdaad zal het antwoord op de vraag of in een concreet geval een conventie moet worden nageleefd nooit een absolute waarheid kunnen vormen. Dit bezwaar is echter inherent aan al het ongeschreven staatsrecht en tot op zekere hoogte overigens ook aan het geschreven staatsrecht in politieke verhoudingen. Zie par. III.3.3.2. Op zichzelf vormt dat dus nog geen reden om de conventie geheel ongemoeid te laten.

621 Dat geldt daarmee ook voor de zogeheten 'terughoudende' benadering, die in belangrijke mate op de heersende leer is gebaseerd. Zie par. III.3.4.3.1.

622 Zie par. III.3.4.3.2.

623 Hart noemt de veranderingsregel een 'rule of change', 'that which empowers an individual or body of persons to introduce new primary rules for the conduct of the life of the group, or of some class within it, and to eliminate old rules'. Zie Hart 1994 (1961), p. 96.

in de (Grond)wet vast te leggen. In feite vormen de regels omtrent de wijziging van de conventie daarmee steeds een variant op de hiervoor besproken erkenningsregel:[624] of (i) de wijziging van een conventie vloeit voort uit een gewijzigde handelwijze en een daarmee corresponderende overtuiging van gebondenheid onder de betrokken organen, in welk geval het bestaan van een *nieuwe* conventie wordt erkend of (ii) er wordt een (grond)wettelijke regel vastgesteld die een reeds bestaande conventie vervangt, in welk geval wordt aangesloten bij de reeds bestaande (erkenning van de) normenhiërarchie (een grondwettelijke regel heeft voorrang boven een conventie).[625]

Ten slotte bestaat er ook nog een derde type secundaire regel, namelijk de regels die de procedures bevatten aan de hand waarvan het betrokken orgaan kan vaststellen of de niet-naleving van een conventie inconstitutioneel is ('rules of adjudication').[626] In feite is het nauwelijks mogelijk een dergelijke groep regels in abstracto te formuleren, omdat in het politieke proces zelden duidelijk is wie de (ongeoorloofde) schending van conventies vaststelt. Meestal zijn dit simpelweg de betrokken ambtsdragers *zelf*, die elkaar in de politieke arena over en weer aanspreken op de mate waarin zij een conventie hebben nageleefd. In een enkel geval zijn deze procesregels apart vastgelegd. Dat geldt bijvoorbeeld voor het toezicht op de naleving van de normen uit de Reglementen van Orde van beide Kamers, die, zoals elders wordt toegelicht, onder omstandigheden kunnen overlappen met conventies.[627] Zo ziet de Kamervoorzitter erop toe dat Kamerleden via hem spreken, dat Kamerleden op een geldige manier hun stem uitbrengen en dat de door Tweede Kamerleden ingediende schriftelijke vragen aan bewindspersonen aan de daarvoor geldende procedurele eisen voldoen. Op dit punt wijkt de conventie overigens niet af van geschreven staatsrechtelijke normen in politieke verhoudingen: het proces voor de vaststelling van de schending van dergelijke geschreven staatsrechtelijke normen is immers eveneens relatief onbepaald. De formulering van een aparte 'rule of adjudication' ten behoeve van de 'berechting' van conventies is daarom niet nodig.

III.5.3.3.4 Samenvatting

Op basis van de hier besproken definitie kan een korte omschrijving van de conventie voor de Nederlandse context worden gegeven: zij vormt een bindend, informeel akkoord tussen de betrokken ambten om volgens een bepaald gedragspatroon te handelen dat constitutioneel gezien verschil maakt. De conventie kan worden gezien als een mengvorm van de (onbe-

624 Vgl. in die zin ook Schutgens 2011, p. 10, nt. 25.

625 Behoudens uiteraard de theoretische mogelijkheid van de gelding van een conventie die bij wijze van uitzondering, op basis van een uitdrukkelijke beslissing van de ambten waaruit de grondwetgever is opgebouwd, derogeert aan de Grondwet.

626 Volgens Hart legt een 'rule of adjudication' onder andere 'the procedure to be followed' vast aan de hand waarvan kan worden bepaald of in een concreet geval een regel is geschonden. Zie Hart 1994 (1961), p. 97.

627 Zie nader par. IV.4.3.2.

paalde) praktijk en het (vaststaande) recht: zij is feitelijk in de zin dat zij afhankelijk is van daarmee corresponderend gedrag van de betrokken organen en normatief in de zin dat zij niet (volledig) vrijblijvend is en binnen de grenzen van de Grondwet kan gelden. Tegelijkertijd laat de conventie daarmee ruimte voor afwijking, voor zover alle daarbij betrokken organen met die afwijking instemmen.

Het is nu mogelijk de drie componenten waaruit de conventie bestaat op een rij te zetten. De conventie is:

a. constitutioneel, in de zin dat zij betrekking heeft op (i) het handelen van een of meer in de constitutie erkende ambten en (ii) binnen de grenzen van de (Grond)wet kan gelden (de *intra-legem*-conventie) of, als een (vermeende) conventie daaraan niet kan voldoen, de grondwetgever (dus zowel regering als parlement gedurende ten minste twee termijnen) expliciet en unaniem de overtuiging uitdraagt dat de betreffende grondwettelijke bepaling waaraan de conventie derogeert definitief (gedeeltelijk) haar bindende kracht heeft verloren (de *contra-legem*-conventie);
b. bindend, in de zin dat onder de betrokken ambten, los van de persoonlijke opvattingen van de ambtsdragers, de overtuiging bestaat dat de naleving van de conventie een verplichting vormt, behoudens de mogelijkheid van afwijking of wijziging ervan conform de hieronder geformuleerde algemene erkenningsregel; en
c. informeel, in de zin dat een conventie een norm is waarvan het bestaan blijkt uit een gedragspatroon dat niet reeds wordt gevorderd door de (Grond)wet.

Gelet op de centrale rol die de rechtszekerheid in de theorievorming omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht vervult, is het niet mogelijk om *afzonderlijke* conventies als ongeschreven rechtsregels aan te nemen. Daarvoor zijn de precieze contouren van de in Nederland geldende conventies te onbepaald.

In plaats daarvan is het noodzakelijk om de gelding van conventies binnen het rechtssysteem nader te laten bepalen door een algemene erkenningsregel:

> De afwijking van een constitutionele conventie is inconstitutioneel, behalve als (i) alle betrokken organen met die afwijking instemmen of als die afwijking in het licht van (heel) bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd en (ii) die afwijking in het licht van de overige normen van het staatsrecht toelaatbaar is.[628]

Anders dan de *afzonderlijke* conventies (de primaire regels), staat de inhoud van deze (secundaire) erkenningsregel wel vast. Hij kan daarmee als onder-

628 *Mutatis mutandis* geldt er een veranderingsregel in dezelfde bewoordingen als deze erkenningsregel, met dien verstande dat in plaats van de term 'afwijking' dan het woord 'wijziging' moet worden gelezen.

deel van het (ongeschreven) staatsrecht worden erkend. Op die manier is het mogelijk recht te doen aan de behoefte aan rechtszekerheid zonder de mogelijkheid van een flexibele toepassing van de afzonderlijke conventies in gevaar te brengen. De consequentie daarvan is dat de huidige in de literatuur voorkomende benaderingen omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht, die alle (impliciet) zijn gebaseerd op de gedachte dat alleen onveranderlijke regels als ongeschreven recht kunnen worden erkend, moeten worden verworpen.

III.5.4 Nadere afbakening

In het licht van haar informele karakter overlapt de conventie ook met fenomenen die het onderwerp van bestudering van andere disciplines vormen. Voorbeelden daarvan zijn de 'politieke spelregel', welke term een object van studie in de politicologie vormt, respectievelijk het bredere, vooral door politiek historici gebruikte, begrip 'culturele conventie'. In deze paragraaf komen deze begrippen en hun relatie met de constitutionele conventie aan de orde.

III.5.4.1 Politieke wetmatigheden of 'spelregels' versus constitutionele conventies

In de politicologie bestond in ieder geval in de tweede helft van de twintigste eeuw een bijzondere theoretische belangstelling voor het Nederlandse politieke bestel. Vooral in het tijdvak van grofweg 1917 tot en met 1967, dat Lijphart in zijn boek *Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek* als de bloeiperiode van de pacificatiepolitiek beschouwt,[629] leek de inrichting van het Nederlandse staatsbestel uniek. Volgens Lijphart was dat mede[630] te danken aan het gedrag van de 'politieke elites', die hij omschrijft als personen met een belangrijke politieke functie zoals Kamerlid of bestuurder van een politieke partij.[631] Ondanks het bestaan van de grote maatschappelijke verdeeldheid die er in die periode op levensbeschouwelijk en sociaaleconomisch gebied bestond, slaagden deze elites erin potentiële geschilpunten in de politieke arena zo beperkt mogelijk te houden.[632]

---

629 Lijphart 1992, p. 27.

630 Voor een ander deel dankte het politieke bestel zijn unieke karakter aan het bestaan van de verzuiling. Recent historisch onderzoek wijst echter uit dat er aanleiding is om het unieke karakter van de 'verzuiling' voor Nederland te nuanceren. In andere landen, zoals België, Duitsland en Zwitserland, was de verdeling van de bevolking in diverse wat Van Dam 'zware gemeenschappen' noemt een normaal verschijnsel. Zie Van Dam 2011, p. 33-36. Zie over de verzuiling nader par. III.2.7.

631 Lijphart 1992, p. 68-78. Zie nader over dit begrip Heine 2019, p. 22-23.

632 Lijphart 1992, p. 130.

Volgens Lijphart is dat te danken aan zogeheten 'politieke spelregels',[633] die hij definieert als 'algemene houdingen en instellingen tegenover de politiek en uit regels omtrent de werkwijze in de politieke besluitvorming'.[634] Hij meent dat de politieke elites, gelet op de politieke verdeeldheid in het Nederlandse, verzuilde bestel, deze 'spelregels' navolgden om te voorkomen dat politieke spanningen zouden ontaarden in grote conflicten. In de periode van de pacificatiepolitiek (1917-1967)[635] waren er volgens Lijphart zeven 'spelregels' te onderscheiden:[636]

1. *zakelijke politiek*: uiteindelijk dient het resultaat in de politieke besluitvorming een beslissende rol te spelen; voor ideologie was slechts een beperkte rol weggelegd;
2. *tolerantieregel*: het ontzien van heilige overtuigingen van de ander in het licht van het pragmatische uitgangspunt dat (levensbeschouwelijke) verschillen van inzicht nooit geheel te overbruggen waren;
3. de organisatie van *topconferenties* als instrument ter beslechting van grote conflicten tussen politieke leiders;
4. in kwesties waarbij de verdeling van subsidies of benoemingen aan de orde is, dient zoveel mogelijk het uitgangspunt van *evenredigheid* te gelden;
5. *depolitisering*: het terugbrengen van politiek gevoelige, mogelijk emoties opwekkende kwesties naar een zaak die te beoordelen is naar objectieve, wetenschappelijke maatstaven;
6. het uitgangspunt van *geheimhouding* geldt voor het voeren van onderhandelingen, omdat de vorm van het openbaar debat zich slecht leent voor het sluiten van compromissen;
7. *de regering regeert*: voor te forse kritiek op de regering door de Kamer is geen plaats, omdat de regering voldoende marge moet hebben om haar taken te kunnen uitvoeren.

---

633 De gedachte dat de politiek een 'spelelement' kent gaat verder terug. In zijn beroemde werk *Homo ludens* constateerde Huizinga dat de aanwezigheid van dit element in de politiek, althans in het Verenigd Koninkrijk van de negentiende eeuw, een belangrijk doel dient: 'Het waarborgt een elasticiteit der verhoudingen, die spanningen toelaat, welke anders ondragelijk zouden zijn'. Zie Huizinga 1940, p. 306. Hij leek daarmee een van de eerste auteurs te zijn die ook aandacht vroeg voor de positieve connotatie van de spelmetafoor voor het politieke leven. Vgl. ook Hoetink 2016, p. 17.

634 Lijphart 1992, p. 116, ook voor het volgende citaat.

635 Althans, volgens het beeld dat Lijphart schetst. Historici twijfelen over de juistheid van de door Lijphart geponeerde stelling dat het tijdperk vanaf 1917 door pacificatiepolitiek werd gedomineerd. Van Dam bijvoorbeeld betoogt: '[L]ang niet ieder politiek conflict werd met behulp van topoverleg en evenredigheid aangepakt. Zo kwam de sociale wetgeving ondanks haar grote belang nauwelijks van de grond. Er is met andere woorden na 1917 geen sprake van nieuwe politieke spelregels'. Zie Van Dam 2011, p. 39. Het lijkt erop dat de genoemde politieke spelregels niet alle gelijkelijk zo nauw verbonden waren met het tijdperk van de pacificatiepolitiek als Lijphart suggereert. Vgl. in die zin ook Heine 2019, p. 319-321.

636 Lijphart 1992, p. 116-130. Vgl. ook de beschrijvingen van deze spelregels in Van den Berg 1990a, p. 10-11; Heine 2019, p. 24-26. Van den Berg voegt hier overigens nog een achtste regel aan toe: het periodiek verzamelen van belangrijke problemen en het samenbrengen daarvan in *package deals*, waarvan het schoolvoorbeeld de Pacificatie van 1917 zou zijn.

Deze 'spelregels' droegen deels bij aan de bescherming van de stabiliteit van het politieke bestel uit de tijd van de pacificatiepolitiek. Deze stabiliteit was mede te danken aan twee andere factoren. In de eerste plaats gold dat voor de betrokkenheid van overlegorganen, zoals de in 1950 opgerichte Sociaal-Economische Raad (SER), bij de politieke besluitvorming waarin de verschillende 'zuilelites' waren georganiseerd. In de tweede plaats leek de bevolking de politieke besluitvorming uit die tijd met een betrekkelijk grote mate van lijdzaamheid te ondergaan. Als gevolg daarvan was het gedrag van de politieke elites uit die tijd, althans volgens het door Lijphart geschetste beeld, in sterke mate gericht op het bereiken van onderlinge consensus.

Na 1967 zouden zowel de sterke scheidslijnen tussen de verschillende bevolkingsgroepen als de bijbehorende zuilen hun scherpte verder verliezen, omdat burgers zich steeds minder passief gingen opstellen tegenover de politiek.[637] Als gevolg daarvan zou de zakelijkheid die zo kenmerkend was voor het politieke klimaat uit het tijdperk van de pacificatiepolitiek aan kracht verliezen; politieke leiders, met name voor zover zij partijen aan de linkerkant van het politieke spectrum vertegenwoordigden, zagen voortaan in toenemende mate juist aanleiding om de tussen hen bestaande politieke verschillen te benadrukken. Vanaf het einde van de jaren zeventig en het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw leek aan deze kentering een einde te zijn gekomen, toen politieke elites in toenemende mate de tussen elkaar bestaande verschillen probeerden te overbruggen; vooral aan de maatregelen op sociaal-economisch terrein uit die tijd was dat te zien. Vanaf 2002 zou de polarisatie in de Nederlandse politiek weer toenemen, vooral op het terrein van migratie, de integratie van etnische minderheden en de plaats van Nederland in de EU. Ironisch genoeg, zo stelt Van den Berg, heeft deze polarisatie, die deels is veroorzaakt door de toenemende volatiliteit van het stemgedrag van de kiezer[638] niet geleid tot een versterkte positie van het parlement maar, integendeel, tot een terugkeer naar een aantal belangrijke, door Lijphart geformuleerde 'spelregels' van de pacificatiepolitiek, zoals de organisatie van topconferenties, depolitisering en 'de regering regeert'.[639] Ondanks de verschillen tussen de periode van de pacificatiepolitiek en de periode vanaf het einde van de jaren zeventig,[640] lijken 'spelregels' een hardnekkige invloed te blijven uitoefenen op de politiek. Zo is de cirkel weer rond.

637 Vgl. daarover o.a. Van den Berg 1990a, p. 11-13; Heine 2019, p. 26-30, met verdere verwijzingen.

638 Zie par. III.2.7.

639 Van den Berg 2019, p. 133. Vgl. in die zin ook Te Velde & Voermans 2019, p. 162; Voermans 2021, p. 154-161.

640 Zie par. III.2.7.

Lijpharts boek vormt een centraal aangrijpingspunt voor verder politicologisch onderzoek naar het begrip 'spelregel' in Nederland.[641] In dat kader verdient vooral Van den Bergs Leidse oratie de aandacht. Hierin poneert de auteur een, van het tijdperk van de pacificatiepolitiek abstraherend, algemene definitie van de term 'spelregel': '[G]edragsregels die gedicteerd worden door politieke machtsverhoudingen'.[642] In een terugblik op deze rede uit 2016 merkt Van den Berg op dat deze definitie uitdrukkelijk niet normatief, maar zuiver empirisch was bedoeld: '[W]ie niet leeft in een zelfgeschapen wereld, voegt zich naar de wetmatigheden die hem door de bestaande machtsverhoudingen worden opgelegd'.[643] Hij contrasteert deze spelregels met een categorie regels die uitdrukkelijk wel normatief geladen zijn, de zogeheten 'stelregels', die de gedaante kunnen aannemen van 'hetzij rechtsregels, hetzij in bredere zin conventies'.[644] In theorie is volgens hem makkelijk vast te stellen wat de consequentie van niet-naleving van 'spelregels' respectievelijk 'stelregels' is: de overtreding van een stelregel levert de kwalificatie van 'onbetamelijk' gedrag op, terwijl iemand die een spelregel aan zijn laars lapt zich vooral 'onverstandig' gedraagt. In de praktijk is het, zo betoogt Van den Berg, echter niet eenvoudig beide fenomenen van elkaar te onderscheiden:

> 'Wat voor "stelregel" doorgaat blijkt bij nader toezien een kwestie te zijn van machtsverhoudingen. Omgekeerd kan, wat er uitziet als een *rule of the game* [een synoniem voor politieke spelregel, GJAG], bij nader toezien een sterke normatieve lading hebben. De regels van het spel zullen zich, wellicht met enige vertraging, onvermijdelijk wijzigen zodra de politieke machtsverhoudingen veranderen. Stelregels zullen veranderen, naarmate rechtsopvattingen en rechtspraktijken zich wijzigen, maar behoeven niet per definitie te worden vernieuwd onder gewijzigde machtsverhoudingen.'

641 De hier besproken definitie van het begrip 'spelregel' is sterk geënt op de context van de pacificatiepolitiek zoals die door Lijphart is omschreven. In de dissertatie van Heine zijn beschrijvingen te vinden van deze in algemener termen geformuleerde 'spelregels van de consensuspolitiek', die hij vervolgens contrasteert met de zogeheten 'spelregels van de meerderheidspolitiek'. Aan de hand van deze tweedeling stelt hij vervolgens vast in hoeverre politieke leiders in concrete politieke kwesties op zoek zijn naar extra consensus in aanvulling op de vereiste gewone meerderheid voor het nemen van een concreet besluit. Zie Heine 2019, p. 56-62. De precieze inhoud van deze spelregels en de uitkomst van dit onderzoek blijven op deze plaats buiten beschouwing.

642 Van den Berg 1990a, p. 6.

643 Van den Berg 2016a, p. 43.

644 Van den Berg 1990a, p. 6, ook voor de volgende twee citaten. Opmerking verdient dat Van den Berg de term 'conventie' in 1990 bij nader inzien vooral leek te hebben bedoeld als een synoniem voor het begrip 'ongeschreven staatsrecht', waaronder hij indertijd eigenlijk alleen de vertrouwensregel schaarde. In feite sloot hij daarmee destijds aan bij een definitie van het conventiebegrip die in de eerste helft van de twintigste eeuw relatief gangbaar was in de staatsrechtswetenschap. Zie par. III.5.2. Inmiddels lijkt Van den Berg van een andere definitie van het conventiebegrip uit te gaan, in de zin dat de conventie volgens hem niet per definitie gelijkstaat aan het ongeschreven staatsrecht. Vgl. Van den Berg 2016a, p. 45-47.

Uit deze benadering blijkt hoezeer machtsverhoudingen en bindende regels op elkaar inwerken; zij overlappen deels en daarom, zo betoogt Van den Berg, is het raadzaam beide categorieën regels in onderlinge samenhang te bestuderen. In dat kader bestaat een parallel tussen Van den Bergs benadering van 'spelregels' en 'stelregels' enerzijds en de eerder besproken betekenis van het begrip 'binding' in relatie tot ongeschreven normen anderzijds.[645] Een spelregel wordt op zichzelf alleen feitelijk nageleefd zonder dat daartoe een juridische noodzaak bestaat, terwijl een stelregel wel kan binden. Eerder bleek al dat het niet altijd mogelijk is om objectief vast te stellen of een ongeschreven norm zoals een conventie (feitelijk gezien) *wordt* gevolgd of (normatief gezien, op basis van het recht) *moet worden* gevolgd. De conventie houdt daarom het midden tussen de (zuivere) spelregel en de (bindende) stelregel.

De definities van de conventie en de 'spelregel' vallen daarom niet samen. Een 'politieke spelregel' vormt een zuiver empirische gedragsregelmaat die in de woorden van Heine betrekking heeft op 'de onderlinge verhouding tussen de politieke elites en partijen en hun houding ten opzichte van de politieke besluitvorming',[646] terwijl de conventie een bindende norm van constitutionele aard vormt. Vooral in de sfeer van de informele verhoudingen binnen en tussen politieke partijen lijken in dat licht 'politieke spelregels' te bestaan, die vanwege het ontbreken van concrete constitutionele (grondwettelijke) normen met betrekking tot partijen niet het karakter van een conventie hebben. Hoewel het begrip 'spelregel' in een dergelijk geval niet rechtstreeks van belang is voor de staatsrechtswetenschap, kan het onder omstandigheden behulpzaam zijn voor een beter begrip van conventies; beide soorten 'regels' zijn voor hun bestaan immers in grote mate afhankelijk van machtsverhoudingen en kunnen derhalve, ook als zij niet rechtstreeks met elkaar overlappen, in elkaars verlengde liggen.[647]

Wel verdient het, voor zover sprake is van een zuiver feitelijke wetmatigheid, de voorkeur niet de term 'spelregel' te gebruiken. Deze term kan, zoals Van den Berg al opmerkte, de indruk wekken een bindende (normatieve) kracht te hebben, terwijl daarvan behoudens de mogelijkheid van overlap met een conventie, juist *geen* sprake is. Daarom is het beter in dit kader te spreken van een politieke 'wetmatigheid' of 'gedragsregelmaat'.

III.5.4.2 Culturele conventies versus constitutionele conventies

Het conventiebegrip kan ook los worden gezien van de constitutionele context. Illustratief is de politiek-historische benadering van deze term, waaronder bijvoorbeeld sociale gewoonten, rituelen, tradities en andere

645 Zie par. III.5.3.3.1.

646 Heine 2019, p. 51.

647 Voorbeelden van spelregels die geen conventie zijn, namelijk het non-interventiebeginsel en de wetmatigheid dat coalitiefracties in de Kamer en de collega-ministers in beginsel over en weer elkaars minister van de *andere* partij blijven steunen, zolang de betreffende minister ook steun houdt van zijn eigen partij, worden besproken in par. IV.3.3.1.

gedragscodes met een symbolisch karakter vallen. Sommige van deze culturele conventies zijn ook constitutioneel relevant, maar zij hoeven voor hun bestaan niet een aanvulling op de constitutie te vormen; eerst en vooral vormen zij de uitdrukking van de politieke *cultuur* van een bepaald orgaan.[648]

Een scherpe definitie van deze culturele conventies valt op deze plaats niet te geven in het licht van de grote variëteit aan normen die onder dit begrip vallen.[649] In plaats daarvan licht ik twee termen uit die onder deze brede waaier van de 'culturele' conventie vallen: de politieke traditie en het ritueel.

Op het eerste gezicht lijkt de traditie een statisch gegeven waarvan het bestaan niet afhangt van concreet gedrag. Te Velde merkt echter op dat politieke tradities, in tegenstelling tot het gangbare beeld dat daarvan zou kunnen bestaan, niet 'uit het niets' worden geschapen, maar ook 'niet als een geheel in de maatschappij "gevonden" worden om vervolgens "ongeschonden" te worden doorgegeven'.[650] In plaats daarvan beschouwt hij tradities als 'interactieve praktijken' met een buiten zichzelf liggend doel, waaraan de betrokkenen deelnemen volgens bepaalde regels. Aldus is de politieke traditie volgens historici iets wat de betrokken actoren *actief* in stand houden in plaats van een passief gegeven. Willen zij hun gelding behouden, dan dient hun gelding in de praktijk te worden bevestigd; anders kunnen zij geruisloos verdwijnen.

Wat het begrip van politieke tradities in Nederland niet eenvoudiger maakt, is dat zij vaak, in de woorden van Te Velde 'introvert' van aard zijn; zij vallen niet op, omdat hun bestaan in de praktijk zelden de nadruk krijgt. Een voorbeeld van een dergelijke traditie is de in de Tweede Kamer heersende spreekcultuur, waarover oud-premier Drees in 1975 het volgende opmerkte:

> 'Vergeleken bij verschillende andere parlementen is (…) de situatie in de volksvertegenwoordiging bij ons [ten aanzien van de mate van welsprekendheid, GJAG] bepaald rustig te noemen. Zelfs het Engelse [sic] parlement, vaak als voorbeeld geldend van democratisch optreden, geeft soms uitbarstingen te zien zoals we die niet meer kennen.'[651]

Volgens de historicus Te Velde schemert in deze uitspraak de suggestie door dat naarmate een parlementariër zich van meer lawaai bedient, hij of zij minder respect voor de democratie heeft.[652] Hij leidt mede hieruit het bestaan van een conventie van rustige discussie af, die in ieder geval tot en met de jaren negentig van de vorige eeuw in de Tweede Kamer heeft gegolden. Te Velde betoogt dat volgens deze redeneerwijze een rustige wijze van debat-

648 Vgl. Hoetink 2016, p. 26.
649 Vgl. Hoetink 2016, p. 25.
650 Te Velde 2010, p. 10, ook voor het volgende citaat.
651 Drees 1975, p. 46. Aangehaald in Te Velde 2016, p. 35.
652 Te Velde 2016, p. 35-36.

teren de kwaliteit van het debat bevordert en daarmee ook de fundamenten van de democratische rechtsstaat ondersteunt.[653] Hij beschouwt deze conventie als primair cultureel van aard. Van een constitutionele conventie is in dit geval geen sprake, omdat de wijze van debatteren van een Kamerlid geen betrekking heeft op een *aanwijsbare* constitutionele norm of ambt; deze cultuurnorm ligt derhalve niet of nauwelijks in het verlengde van het geldende staatsrecht. Van het constitutionele perspectief staat deze praktijk te ver verwijderd om als *constitutionele* conventie te kunnen gelden.

Relevant is deze praktijk op zichzelf wel voor een goed begrip van politieke effectiviteit: een Kamerlid dient zich aan deze culturele conventie te committeren om politiek effectief te kunnen zijn.[654] Daarin ligt een bepaalde opvatting over de legitimiteit van besluitvorming besloten: Kamerleden hebben niet tot taak om de toehoorder te ontroeren, maar om hem te overtuigen; willen zij effectief zijn, dan dienen zij zich aan de in de Kamer heersende spreekcultuur te conformeren.[655] De traditie is zo bezien relevant voor een goed begrip van het functioneren van de Kamer, dus los van de constitutionele normen die in deze sfeer gelden.

Voor de tweede hier te bespreken vorm van een culturele conventie, het ritueel, geldt dat evenzeer. Tanja omschrijft het ritueel als 'gestandaardiseerde handelingen met een betekenis die de handeling zelf overstijgt'.[656] Volgens haar ontlenen de betrokken deelnemers en toeschouwers duidelijkheid aan wat zij van het ritueel kunnen verwachten. Het voorbeeld bij uitstek van een ritueel in het parlement vormt Prinsjesdag dat, hoewel overgoten met een monarchaal sausje, feitelijk functioneert als feestdag van de parlementaire democratie. Al sinds 1848 leest de koning op deze dag, de derde dinsdag van september, de troonrede voor in een verenigde vergadering van de Staten-Generaal (art. 65 Grondwet). In dit ritueel komt zowel de symbolische als de feitelijke bron van de macht samen: de koning is het symbool van het staatsgezag, terwijl de Staten-Generaal het orgaan is waar het feitelijke gezag vanaf 1848 steeds meer is komen te liggen.[657] Het bestaan van een ritueel als Prinsjesdag zou in ieder geval tot op zekere hoogte bijdragen aan de legitimiteit van de besluitvorming, omdat het voor een gevoel van verwantschap binnen het parlement zou zorgen. De onenigheid die in het normale

---

653 Te Velde wijst erop dat Kamerleden zich vroeger tevens aan deze conventie hielden uit respect voor het instituut Tweede Kamer, waarbij een zekere mate van beschaafd gedrag en beschaafde taal hoorde. Ik laat dit aspect hier verder buiten beschouwing. Zie Te Velde 2016, p. 36.

654 Vgl. o.a. Tanja 2011, p. 209-210. Het onderzoek van Tanja heeft weliswaar betrekking op wat het begrip 'goede politiek' in de Tweede Kamer in de periode 1866-1940 behelsde, maar de in de hoofdtekst geformuleerde gedachte lijkt evenzeer toepasbaar op latere tijdvakken.

655 Vgl. Te Velde 2010, p. 106-112.

656 Tanja 2011, p. 189-190.

657 Deze tweedeling is afkomstig van Bagehot die een onderscheid maakt tussen de 'dignified' en de 'efficient parts of the constitution'. Aangehaald in Tanja 2011, p. 186. Zie nader over Bagehots tweedeling par. II.2.5.

parlementaire verkeer over allerhande vraagstukken bestaat, wordt door het uitvoeren van een ritueel in ieder geval tijdelijk doorbroken.

Rituelen geven op die manier aan het handelen van de volksvertegenwoordiging iets heiligs of mystieks, in de zin dat iedereen aan het verloop ervan precies dezelfde uitleg geeft.[658] De feitelijke aspecten van dit ritueel, zoals het moment van Prinsjesdag en de keuze om de koning de troonrede te laten voorlezen, maken deel uit van het staatsrecht, de overige aspecten zijn echter louter cultureel van aard. Toch geven zij desondanks aan alle deelnemers en toeschouwers van het ritueel een gemeenschappelijke basis, waardoor rituelen verbinding in zowel het parlement als de bevolking kunnen creëren. Gezien de grote betekenis van bijvoorbeeld Prinsjesdag en alle symboliek die daarbij hoort, kan bestudering van het ritueel helpen om het functioneren van (onder meer) staatsrechtelijke organen beter te begrijpen.

De relevantie van culturele conventies in brede zin voor de legitimiteit van politieke besluitvorming brengt niet mee dat hun gelding in concrete gevallen altijd positief te waarderen is. Integendeel. Volgens Te Velde zijn zij nimmer onschuldig, omdat zij politici in hun handelen beperken en als gevolg daarvan conservatisme in de hand werken.[659] Hij meent echter ook dat er geen alternatief is, omdat een traditieloze politiek zou neerkomen op 'een structuurloze' of zelfs 'een despotische politiek'. Aldus zijn deze en andere (soorten) culturele conventies relevant, omdat hun grenzen vaak poreus zijn; het is niet altijd mogelijk deze bredere variant van het conventiebegrip af te bakenen van de specifiekere constitutionele conventie.[660] Hoewel zij niet rechtstreeks betrekking hoeven te hebben op een concrete constitutionele norm, zijn zij ook voor de staatsrechtswetenschap relevant in de zin dat zij (het denken over) het feitelijke functioneren van (onder andere) de politiek beïnvloeden en dus ook indirect de constitutie kunnen affecteren.

III.5.4.3 Balans

Tussen politieke spelregels en culturele conventies enerzijds en de constitutionele variant van het conventiebegrip anderzijds bestaan duidelijke overeenkomsten. Voor al deze fenomenen geldt dat zij in meer of mindere mate (het denken over) het functioneren van de politiek beïnvloeden. In de drie besproken disciplines wordt de politiek steeds vanuit een andere invalshoek bestudeerd; de politieke spelregel vormt de weerslag van de vigerende machtsverhoudingen in een bepaalde situatie die voor de politicoloog relevant zijn, de historicus gebruikt de brede term culturele conventie voor zijn studie naar de politieke cultuur in een bepaalde periode en de staatsrechtswetenschapper

658 Hoetink 2018, p. 319.

659 Te Velde 2010, p. 12, ook voor het volgende citaat. Vergelijkbare kanttekeningen zijn te maken bij de legitimiteit van het ritueel. Volgens Hoetink gaan achter rituelen immers ook 'elementen van hiërarchie en hegemonie' schuil, die bij sommigen juist weerstand kunnen oproepen. Zie Hoetink 2018, p. 319.

660 Vgl. in die zin ook Hoetink 2016, p. 26.

bestudeert, mede met behulp van constitutionele conventies, in hoeverre bindende normen in politieke verhoudingen ontstaan en functioneren.

In het licht van deze kenmerken bestaat er een overlap tussen politieke spelregels en culturele conventies enerzijds en constitutionele conventies anderzijds: al deze begrippen hebben betrekking op het *feitelijke* (actieve) handelen en functioneren van politieke ambtsdragers. In zoverre kan de bestudering van politieke 'spelregels' en culturele conventies mede bijdragen aan het begrip van de verhouding tussen feiten en normen in de politiek; de meerwaarde van het zoeken van een dergelijke verbinding ligt in de mogelijkheid van het betrekken van de politieke en historische context van het staatsrecht in staatsrechtelijk onderzoek. Het staatsrecht functioneert immers niet in een vacuüm.[661] De jurist dient er daarbij echter wel op bedacht te zijn dat een (zuivere) 'spelregel' en een (zuivere) traditie niet kunnen binden.

III.5.5 Slot

De conventie is een veelzijdig begrip, waaronder veel verschillende soorten normen kunnen vallen. Wat een goed begrip van de constitutionele variant van de conventie er niet eenvoudig op maakt, is dat in staatsrechtelijke publicaties twee betekenissen van dit begrip zijn te vinden: volgens de ene definitie is de conventie een informele norm die geen deel uitmaakt van het recht, terwijl in de andere (vaak impliciet gehanteerde) definitie, die in de loop van de twintigste eeuw een aantal decennia relatief gangbaar was, de conventie juist een synoniem voor het ongeschreven staatsrecht vormt.

Nadat Van der Pot zich in 1921 afvroeg wanneer het mogelijk is om te spreken van ongeschreven *recht*, bleek na de Tweede Wereldoorlog dat het nauwelijks mogelijk is om een beslissend antwoord op die vraag te formuleren. Het gevolg daarvan was dat de staatsrechtswetenschap in Nederland zich daarna in sterke mate zou richten op de bestudering van het geldende geschreven staatsrecht. In zijn Leidse oratie uit 2014 vroeg Verhey, mede gelet op de positiefrechtelijke inslag van de Nederlandse staatsrechtswetenschap, aandacht voor de constitutionele conventie in haar oorspronkelijke betekenis als *norm*. Op die manier zou de staatsrechtswetenschap een beter zicht kunnen krijgen op ongeschreven normen in de constitutionele sfeer, ook voor zover zij onder omstandigheden afwijking toelaten.

Toch blijven ook in Verheys benadering vragen onbeantwoord, vooral ten aanzien van het verschil tussen de constitutionele conventie en het ongeschreven staatsrecht. Anders dan het (vaststaande) recht, is de conventie niet alleen normatief maar *ook* feitelijk van aard, waardoor bij het bestaan van consensus onder de betrokken ambtsdragers afwijking van de conventie in strikte zin mogelijk is; in dat laatste geval wordt een (onvoorziene) uitzondering geformuleerd die in de conventie besloten ligt. De consequentie

661 Vgl. in die zin ook Verhey 2014, p. 19.

daarvan is dat het nooit volledig mogelijk is om in abstracto vast te stellen welke precieze verplichtingen uit conventies voortvloeien. Het is ook niet wenselijk om die verplichtingen precies te willen vaststellen, omdat anders de openheid van het staatsrecht in gevaar komt.

Op zichzelf is dat geen reden om het conventiebegrip te veronachtzamen. In dat kader weegt het houvast dat de conventie biedt bij de opsporing van bindende ongeschreven regels in de constitutionele sfeer zwaar. Bovendien bestaat een dergelijk houvast bij het vaststellen van de precieze verplichtingen die voortvloeien uit het geschreven staatsrecht evenmin; ook de vaststelling van een mogelijke schending van de Grondwet is een activiteit die een beoordeling vergt van concrete, feitelijke gebeurtenissen, waardoor ook nooit met volledige zekerheid is vast te stellen welke verplichtingen in abstracto uit het geschreven recht voortvloeien.

Aan het slot van dit hoofdstuk is een voorstel geponeerd voor het onderbrengen van de conventie in de Nederlandse constitutie. Volgens dit voorstel kan de conventie een plaats krijgen in het staatsrecht door de bestaande regel ten behoeve van de erkenning van het ongeschreven staatsrecht zodanig te herformuleren dat de mogelijkheid van afwijking met instemming van alle betrokken organen (of onder andere, heel bijzondere, omstandigheden) daarin wordt verdisconteerd; op die manier hoeft de afzonderlijke conventie *zelf* geen deel uit te maken van het ongeschreven recht, maar kan in geval van niet-naleving ervan toch de conclusie worden getrokken dat van inconstitutioneel handelen sprake is. Dankzij deze overkoepelende erkenningsregel is het mogelijk de conventie te integreren in het staatsrecht zonder dat daarmee haar flexibiliteit in gevaar komt.

III.6 Uitleiding

In dit deel van het boek kwam driemaal, steeds vanuit een andere invalshoek, hetzelfde verhaal aan de orde: de Grondwet, die in het politieke leven van de negentiende eeuw een centrale rol innam, verwerd in de loop van de twintigste eeuw onder invloed van tal van ontwikkelingen tot slechts één naast tal van andere (sociale en economische) factoren die politici bij de uitvoering van hun werkzaamheden in ogenschouw zijn moeten gaan nemen. Deze ontwikkeling was van grote invloed op het denken over respectievelijk de rol van de staat (hoofdstuk III.2), de voor politieke organen belangrijkste rechtsbronnen (hoofdstuk III.3) en het object en de methode van de staatsrechtswetenschap (hoofdstuk III.4). In dat licht bestaat er aanleiding voor de bestudering van de constitutionele conventie waarvan de gelding onder omstandigheden kan worden erkend als ongeschreven staatsrecht (hoofdstuk III.5).

Uit deze theoretische exercitie blijkt echter nog niet in hoeverre het conventiebegrip ook daadwerkelijk in praktische zin van toegevoegde waarde is voor de bestudering van het staatsrecht. Onder het in goed Nederlands geformuleerde motto 'the proof of the pudding is in the eating' is het daarvoor noodzakelijk een blik op de praktijk te werpen.