



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 V

SLOTBESCHOUWING

V.1	Inleiding	607
V.2	De relatie tussen staatsrecht en conventie in ‘politieke’ constituties	611
V.3	‘Evenredige’ verdeling en wederkerigheid als onvermijdelijke structureringsprincipes in politieke verhoudingen	613
V.4	Machtsverdeling versus staatsrecht	618
V.5	Slot	620

V.1 INLEIDING

In deze studie stond de volgende onderzoeksvraag centraal:

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

In het kort luidt het antwoord op die vraag als volgt. De constitutionele conventie is een (i) binnen de grenzen van het staatsrecht geldende informele gedragsregel, die (ii) een verplichting voor de betrokken ambten binnen en tussen regering en parlement vormt op basis van een daartoe strekkende, bij die ambten bestaande (dus los van de persoonlijke opvattingen van de ambtsdragers), overtuiging en daarbij (iii) de mogelijkheid van afwijking openlaat met hun eigen instemming dan wel in het licht van (heel) bijzondere omstandigheden. De conventie is van invloed op de open structuur van het staatsrecht in de zin dat haar werking, net als die van het (grond-) wettelijke recht in politieke verhoudingen, steeds medeafhankelijk is van de opvattingen onder de betrokken ambten in het licht van hun feitelijke context. Met behulp van de bestudering van deze categorie regels is dankzij het hier onderscheiden consensuele (onderdeel ii) en contextuele karakter (onderdeel iii) ervan een beter begrip van de werking van het staatsrecht in politieke verhoudingen mogelijk.

Mede gezien deze kenmerken zijn de afzonderlijke conventies *geen* rechtsregels, maar kan hun schending wel in strijd met het recht (d.w.z. onconstitutioneel of onrechtmatig) zijn. De beoordeling van de (on)rechtmatigheid van de afwijking van een conventie is dan mogelijk aan de hand van de volgende erkenningsregel:

De afwijking van een constitutionele conventie is onconstitutioneel, behalve als (i) alle betrokken organen met die afwijking instemmen dan wel als die afwijking in het licht van (heel) bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd en (ii) die afwijking in het licht van de overige normen van het staatsrecht toelaatbaar is.

In de praktijk betekent dit dat verplichtingen die voortvloeien uit een conventie steeds primair *neutraal* van karakter moeten zijn. Wil een conventie van betekenis kunnen zijn in de politieke arena, dan moet haar naleving een wederzijds voordeel voor alle daarbij betrokkenen opleveren. Daarom geldt als algemeen uitgangspunt dat afwijking van een conventie alleen mogelijk is met instemming van alle betrokken organen.

Daarnaast is het soms denkbaar dat, ingeval aan die voorwaarde van instemming niet kan worden voldaan, ook heel bijzondere omstandigheden de afwijking van een conventie kunnen rechtvaardigen. Illustratief in dit kader is de afwijking van de conventie op basis waarvan de koning verplicht is om een regeringsbesluit of een door beide Kamers aangenomen wetsvoorstel te bekrachtigen. In een dergelijk geval ligt afwijking met instemming van alle betrokkenen niet voor de hand. Toch kan het bij wijze van (zeer)

hoge uitzondering worden gerechtvaardigd dat de koning ervoor kiest om een regeringsbesluit of wetsvoorstel niet te bekrachtigen, en wel indien het staatsbestel anders niet meer normaal zou functioneren, bijvoorbeeld door een machtsgreep van de ministers of door oorzaken van buitenaf. In een dergelijk (zeer) uitzonderlijk geval is afwijking van een conventie toch toegestaan in weerwil van het ontbreken van de instemming van de ministers en het parlement. Deze laatste mogelijkheid is overigens primair een theoretische; onder de huidige omstandigheden is het nauwelijks denkbaar dat afwijking van een conventie *zonder* instemming van alle daarbij betrokken organen toelaatbaar kan worden geacht.

Op basis van de hierboven geformuleerde erkenningsregel kan een conventie slechts binnen de grenzen van de Grondwet gelden, behalve als de ambten waaruit de grondwetgever bestaat er bij wijze van uitzondering unaniem, expliciet en herhaaldelijk blijk van geven dat een bepaalde conventie als *contra-legem*-norm aan de Grondwet derogeert. De inhoud van deze geherformuleerde erkenningsregel, die de voorwaarden bevat waaronder de integratie van de conventie in het staatsrecht mogelijk is, staat wel vast. Daarmee voldoet deze regel, anders dan de afzonderlijke conventies, wel aan de eis van rechtszekerheid, waardoor hij als onderdeel van het (ongeschreven) staatsrecht kan worden erkend.

Nu duidelijk is wat een conventie is, is het mogelijk haar onder te verdelen in drie verschillende typen.

In de eerste plaats zijn er conventies die de autonome bevoegdheden van de koning vergaand inperken. Het belangrijkste voorbeeld daarvan vormde de conventie van 1868 op basis waarvan de regering niet tweemaal de Tweede Kamer mag ontbinden wegens hetzelfde feit. Nadat eenmaal vaststond dat het aanblijven van de bewindspersonen uit de regering afhankelijk was van de steun van het parlement, stond ook vast dat de koning feitelijk de bevoegdheid om ministers 'naar welgevallen' te ontslaan (tot 1983 was die bevoegdheid opgenomen in de tekst van de Grondwet; zie art. 86, tweede lid Grondwet 1972) had verloren. Naast deze conventie, die later is vervangen door de huidige ongeschreven vertrouwensregel, valt onder dit type ook de conventie op basis waarvan de koning geen gebruik dient te maken van zijn bevoegdheid om ex artikel 47 Grondwet de bekrachtiging van regeringsbesluiten te weigeren. Voor deze conventies geldt dat zij in vergaande mate dwingend de ruimte van de Grondwet invullen. De rechtvaardiging voor de vergaande invulling van die ruimte vormt de positie die de koning in het staatsbestel dient te nemen: in het licht van het huidige karakter van Nederland als constitutionele democratie is er geen ruimte meer voor een koning die als permanente hindermacht functioneert. Het bestaan van dergelijke conventies levert in zekere zin ook een voordeel op voor de koning, in de zin dat het voortbestaan van de monarchie vermoedelijk op het spel zal komen te staan als hij zich niet houdt aan de conventies die op zijn positie betrekking hebben.

De tweede groep conventies is ontstaan na 1917. In dat jaar werd het kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging ingevoerd, waarna, mede

dankzij de keuze van de grondwetgever om het handelen van politieke partijen *niet* grondwettelijk te reguleren, volop de ruimte ontstond voor de ontwikkeling van de partijendemocratie. Sindsdien bestaat onder de betrokken politieke organen een zekere behoefte aan het instandhouden van een gelijk speelveld in de politieke arena. Voorbeelden van conventies die aan dit doel beantwoorden, zijn de regel op basis waarvan alle bewindspersonen aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen hun ontslag aan de koning dienen aan te bieden (de conventie van 1922), de conventie die een demissionair kabinet dwingt geen vergaande beleidsbeslissingen te nemen ten aanzien van thema's die het voorwerp zijn van de formatiebesprekingen van een volgend kabinet en de conventie die de informateur verplicht de regie over de kabinetsformatie te houden. Deze conventies bewerkstelligen dat alle Kamerfracties naar rato van hun grootte in een gelijk speelveld opereren.

In de derde plaats kunnen conventies worden onderscheiden die al sinds het einde van de negentiende eeuw gelden in de sfeer van het parlement. Deze conventies hebben tot doel om te verzekeren dat individuele Kamerleden, los van hoe groot hun fractie in de Kamer is, van hun rechten in het parlement gebruik kunnen maken. In dat kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de regel die voorschrijft dat de Kamer in beginsel steevast de indiening van een motie door een individueel Kamerlid faciliteert en aan allerhande conventies die vaak overlappen met de voorschriften uit de Reglementen van Orde van beide Kamers. Daarbij is echter wel van belang de conventie te onderscheiden van de opgetekende normen in de Reglementen van Orde. Een conventie is voor haar bestaan immers primair afhankelijk van de overtuiging onder de betrokken staatsinstellingen dat zij daadwerkelijk geldt. Zolang het betrokken orgaan zich aan de opgetekende norm *blijvend* gebonden acht, zullen de conventie en de in het Reglement opgetekende norm samenvallen. Als de betrokken organen echter besluiten (permanent) van de opgetekende norm af te wijken *zonder* de betreffende norm te wijzigen, dan kunnen de conventie en de opgetekende norm een van elkaar verschillende betekenis gaan krijgen.

In feite is de formulering van de erkenningsregel die betrekking heeft op de integratie van de conventie in het staatsrecht een uitwerking van het aloude adagium dat gemaakte 'afspraken', voor zover die tot uiting komen in nieuwe informele gedragsregels, moeten worden nagekomen (*pacta sunt servanda*). Politieke organen zijn uiteraard niet verplicht om, los van de (vastgelegde) staatsrechtelijke normen die zij sowieso moeten nakomen, met elkaar aanvullende 'afspraken' te maken voor zover het staatsrecht daarvoor de ruimte biedt. Voor zover dergelijke afspraken *wel* zijn gemaakt, is het echter niet meer dan logisch dat die in beginsel moeten worden nagekomen.

De onvermijdelijke consequentie van deze benadering is dat de doctrine van de 'heersende leer' omtrent de aanneming van ongeschreven staatsrecht in feite geen betekenis meer heeft. Deze heersende leer vereist voor de aanneming van een ongeschreven rechtsregel ten minste het bestaan van (i) een of meer precedents (ii) die wijzen op een bij de betrokken organen leven-

de overtuiging dat het aan die precedenten ten grondslag liggende gedrag rechtens is voorgeschreven. Het probleem van deze benadering is echter dat Nederland niet een vastomlijnd rechtsbegrip kent, op basis waarvan kan worden getoetst of een bepaalde praktijk wordt nageleefd door de betrokken organen in overeenstemming met zo'n rechtsovertuiging. In de praktijk werd dit probleem opgelost door de toepassing van de heersende leer in te kleuren door een zeer strenge rechtszekerheidseis: alleen als (ten minste) onomstotelijk vaststaat dat een praktijk blijvend wordt nagevolgd door de betrokken organen, kan die onderdeel van het recht worden. Tot dusverre heeft in feite alleen de (kern van de) vertrouwensregel aan deze zeer strenge eis kunnen voldoen.

Aan deze leer bleken twee grote bezwaren te kleven. In de eerste plaats was deze leer oorspronkelijk slechts een maatstaf waarmee kon worden bepaald onder welke voorwaarden ongeschreven, aan de Grondwet derogerende normen een plaats in het staatsrecht kunnen krijgen. In de loop van de twintigste eeuw is deze leer echter langzaam maar zeker ook gaan gelden voor alle aan te nemen ongeschreven rechtsregels, dus ook voor regels die slechts de normen van de Grondwet aanvullen. Gezien de ontwikkeling van het grondwetsdenken in Nederland vanaf het begin van de twintigste eeuw is dat echter steeds problematischer geworden. In die periode is namelijk bij de grondwetgever de gedachte dominant geworden dat de Grondwet niet te veel belemmeringen moet opwerpen voor verdere (wenselijke) ontwikkelingen van de constitutie. Nu de Grondwet in de loop van de twintigste eeuw een steeds soberder karakter heeft gekregen en daarmee steeds meer ruimte is gaan bieden voor het ontstaan van aanvullende (ongeschreven) regels, ligt het niet voor de hand om *alle* aan te nemen ongeschreven regels aan de strenge rechtszekerheidseis van de heersende leer te onderwerpen. Voor de erkenning van *contra-legem*-normen dienen immers strengere eisen te gelden dan voor regels die het bestaande positieve recht slechts aanvullen. Toch is dat niet het enige probleem dat aan de heersende leer blijkt te kleven. Deze leer mist namelijk, in de tweede plaats, een criterium waarmee kan worden vastgesteld in hoeverre ofwel (i) eenmalig rechtmatig van een ongeschreven regel kan worden afgeweken dan wel (ii) wanneer een ongeschreven regel permanent van inhoud is veranderd. Daarmee blijkt de heersende leer impliciet te zijn gebaseerd op de gedachte dat ongeschreven regels primair een statisch karakter hebben. Dat bleek echter problematisch te zijn, omdat aan onveranderlijke regels (althans, als zodanig geformuleerde regels) in het politieke leven maar in heel beperkte mate behoefte bestaat.

De in dit boek onderscheiden benadering omtrent de inpassing van de conventie in het staatsrecht doet daarentegen wel recht aan de veranderlijkheid van het politieke leven door een flexibele toepassing van ongeschreven normen door politieke organen, binnen de grenzen van het staatsrecht, mogelijk te maken. In zoverre vormt zij een vervanging van de heersende leer. Een ander, bijkomend, voordeel van deze benadering is dat zij scherper de wisselwerking tussen feiten en normen in de politieke sfeer in beeld brengt.

Dit alles neemt niet weg dat de in dit punt geformuleerde uitgangspunten niet veel meer zijn dan een basis voor verder onderzoek en niet het laatste woord over dit onderwerp. In de toekomst kunnen zich immers weer nieuwe ontwikkelingen voordoen, die aanleiding geven om de hier geformuleerde stellingen opnieuw te bevragen.

In de volgende paragrafen van deze slotbeschouwing worden deze bevindingen nader uitgewerkt. Daarbij wordt aan de hand van drie thesen besproken hoe de erkenning van de conventie zich verhoudt tot de structuur van het staatsrecht in politieke verhoudingen. Ik sluit af met een slotwoord.

V.2 DE RELATIE TUSSEN STAATSRECHT EN CONVENTIE IN 'POLITIEKE' CONSTITUTIES

De eerste these van deze studie is dat de bestudering van conventies, die hier zijn gedefinieerd als constitutionele, bindende en flexibele regels, bijdraagt aan het begrip van de structuur van het staatsrecht. Op het eerste gezicht ligt dit niet direct voor de hand. Zowel in het Verenigd Koninkrijk als in Nederland domineert immers de gedachte dat deze categorie regels (als zodanig) *geen* deel uitmaakt van het staatsrecht. In het Verenigd Koninkrijk vloeit deze gedachte voort uit het daar vigerende rechtsbegrip op basis waarvan het recht bestaat uit de regels en beginselen die op basis van hun bron (common law en statute law) vatbaar zijn voor rechterlijke handhaving.

Hoewel in Nederland niet een dergelijk, algemeen erkend rechtsbegrip kan worden aangewezen, bestaat ook hier sinds de tweede helft van de twintigste eeuw een neiging tot terughoudendheid om conventies als onderdeel van het staatsrecht aan te merken. Ditmaal niet zozeer vanwege de afwezigheid van een mogelijkheid tot rechterlijke handhaving, maar vanwege de onmogelijkheid om met zekerheid vast te stellen welke normen in de (veranderlijke) politieke praktijk deel uitmaken van het (vaststaande) recht. Tot pakweg de oorlogsjaren was dit overigens anders, toen het conventiebegrip nog min of meer functioneerde als een alternatieve benaming voor het ongeschreven staatsrecht. Pas na die periode zijn verschillende auteurs de conventie meer gaan zien als een praktijk zonder normatieve betekenis, waardoor verwarring over de precieze betekenis van dit begrip kon ontstaan. In dit boek wordt weer aangesloten bij de oorspronkelijke (normatieve) betekenis die dit begrip in de Nederlandse literatuur had.

Hoewel de afzonderlijke conventies (als zodanig) geen deel uitmaken van het recht, blijkt een goed begrip van deze categorie regels bij nader inzien onontbeerlijk voor het verkrijgen van een goed inzicht in de constituties van beide landen. In het Verenigd Koninkrijk is deze gedachte algemeen aanvaard. Dit land heeft in zijn geschiedenis nooit een gecodificeerde constitutie gekend, waardoor het parlement van dit land, afgezien van de doctrine van de parlementaire soevereiniteit zelf, nooit aan regels van 'hogere' recht gebonden is geweest. Bijgevolg bestaat het constitutionele recht in dit land, naast een beperkt aantal andere regels en beginselen uit de common

law (waaronder de doctrine van de parlementaire soevereiniteit), slechts uit de wetten die het parlement zelf heeft vastgesteld (Acts of Parliament) en die het desgewenst ook weer met een 'gewone' meerderheid kan wijzigen. Voor zover ten aanzien van een bepaald constitutioneel onderwerp geen Act of Parliament geldt, bestaat er ruimte voor de ontwikkeling van, niet voor de rechter handhaafbare, constitutionele conventies. In zoverre bestaat er in het Verenigd Koninkrijk op papier een vrij duidelijke tweedeling tussen (staats-) recht en conventie: de handhaving van het (staats)recht is het domein van de rechter, de handhaving van conventies is een politieke kwestie. Op basis daarvan is ook te begrijpen waarom het Verenigd Koninkrijk een zogeheten 'politieke' constitutie kent: het laatste woord over de inhoud van (het politieke deel van) de constitutie ligt uiteindelijk bij het hoogste politieke orgaan van het land: het parlement en de (daaruit samengestelde) regering.

Ondanks het bestaan van deze vrijwel algemeen erkende tweedeling tussen staatsrecht en conventie, staan beide categorieën regels niet geheel los van elkaar. In de eerste plaats blijkt dat uit de algemene erkenning van de conventie als een categorie bindende regels. Aan de naleving van deze groep regels ligt steeds een door de betrokken actoren als zodanig erkende goede reden ten grondslag. Kenmerkend voor een 'politieke' constitutie als die van het Verenigd Koninkrijk is dan ook niet zozeer dat zij voor politieke processen geen bindende regels kent, maar veeleer dat die regels door niet-rechterlijke (politieke) actoren worden gehandhaafd. In de tweede plaats blijkt dat het lang niet altijd mogelijk is een scherpe tweedeling tussen staatsrecht en conventie te maken. De rechtspraak laat immers zien dat de redenen voor het bestaan van een (niet voor de rechter handhaafbare) conventie kunnen overlappen met de (wel voor de rechter handhaafbare) beginselen van de common law. In een dergelijk geval is de conventie *op zichzelf* niet vatbaar voor rechterlijke handhaving, maar het daaraan ten grondslag liggende common-law-beginsel wel; tot de handhaving van dergelijke beginselen, die nota bene in de rechtspraak tot ontwikkeling zijn gekomen, is de rechter uiteraard wel bevoegd. Daarmee blijkt ironisch genoeg uit de rechtspraak hoe nauw staatsrecht en conventie met elkaar verweven zijn. Hoewel recht en politiek in veel gevallen gescheiden sferen zijn, is overlap tussen deze sferen niet uitgesloten.

Tot op zekere hoogte kent Nederland eveneens een 'politieke' constitutie die met die van het Verenigd Koninkrijk vergelijkbaar is. Weliswaar geldt in dit land wel een grondwet waaraan (de organen van) regering en parlement zijn gebonden, maar desondanks beschikken deze organen over relatief veel autonomie om naar bevind van zaken te handelen. Zij danken deze autonome positie zowel aan de sobere opzet van de Grondwet, die de verhoudingen binnen en tussen regering en parlement bij lange na niet uitputtend regelt, als aan de afwezigheid van een (constitutioneel) rechterlijk orgaan dat op de naleving van de meeste in politieke verhoudingen geldende normen toeziet. Bijgevolg bestaat er een belangrijke overeenkomst tussen de geschreven en de ongeschreven normen van de Nederlandse constitutie, voor zover zij gelden in politieke verhoudingen: zij zijn beide voor hun toepassing tot

op zekere hoogte afhankelijk van de inherent veranderlijke opvattingen van de politieke meerderheid van een bepaald moment.

Het belang van dit inzicht kan nauwelijks worden overschat. Vooral voor het denken over ongeschreven regels in de Nederlandse constitutie, zoals conventies, is deze gedachte van belang. Deze ongeschreven regels blijken namelijk minder van geschreven normen te verschillen dan op het eerste gezicht lijkt. In dat kader kan worden gewezen op diverse open geformuleerde grondwetsbepalingen, zoals artikel 42, tweede lid Grondwet: 'De Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk'. Waar dit artikellid vanaf 1848 vooral de nieuwe verhoudingen tussen de koning en zijn ministers markeerde, wordt thans ook in dit artikel gelezen dat slechts voor de uitoefening van bevoegdheden (onder de verantwoordelijkheid) van ministers verantwoording dient te worden afgelegd aan het democratisch verkozen parlement ('Geen verantwoordingsplicht zonder bevoegdheid'). Uit dit voorbeeld blijkt dat grondwetsbepalingen niet per definitie een statische betekenis hebben, zelfs niet als hun bewoordingen in de tussentijd niet worden gewijzigd. Zolang over de juistheid van een dergelijke gewijzigde interpretatie consensus bestaat onder regering en parlement en de betreffende uitleg ook niet op gespannen voet staat met de bewoordingen van de betreffende grondwetsbepaling, is een dergelijke wijziging van de interpretatie van de betreffende bepaling weinig bezwaarlijk. In zoverre kan de inhoud van zowel geschreven rechtsregels als conventies tot op zekere hoogte veranderen onder invloed van feitelijke ontwikkelingen.

Uiteraard is de bestudering van de conventie niet louter zaligmakend. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk om in abstracto vast te stellen welke (onvoorziene) uitzonderingen in bepaalde conventies besloten (kunnen) liggen. Toch moet dit bezwaar ook niet worden overdreven. Uit dit onderzoek blijkt namelijk dat het in zowel Nederland als het Verenigd Koninkrijk relatief weinig voorkomt dat een eenmalige, toelaatbare uitzondering op een conventie wordt gemaakt. Daar komt een opmerkelijke paradox aan het licht: de betrokken politieke organen hebben weliswaar alle ruimte om met elkaars instemming af te wijken van een conventie, maar in de praktijk is het belang van de naleving van conventies vaak zo groot dat de betrokken actoren slechts in heel beperkte mate gebruikmaken van die ruimte.

V.3 'EVENREDIGE' VERDELING EN WEDERKERIGHEID ALS ONVERMIJDELIJKE STRUCTURERINGSPRINCIPES IN POLITIEKE VERHOUDINGEN

De tweede these van dit boek is dat voor normen in politieke verhoudingen een bijzonder, van veel andere (rechts)normen afwijkend, handhavingsmechanisme bestaat: politieke organen zien er zelf op toe dat zij de aan hen gerichte (rechts)normen naleven op basis van de noties van 'evenredige' verdeling en wederkerigheid. Dit gegeven heeft zijn weerslag op de bindende kracht van zowel conventies als (geschreven) rechtsregels. Deze stelling verdient nadere toelichting. In dat kader kunnen de drie casus uit het inlei-

dende deel van dit boek als illustratiemateriaal dienen, te weten (i) de vraag in hoeverre een Tweede Kamerlid informele contacten met een minister mag onderhouden in het kader van de voorbereiding van een Kamerdebat, (ii) de vraag in hoeverre het handelen van de informateur bij een kabinetsformatie aan bepaalde grenzen gebonden is en (iii) in hoeverre het staatsrecht de verhouding tussen Eerste Kamer en kabinet reguleert. Tot op zekere hoogte loopt elk van deze casus parallel aan een van de drie categorieën handelen die in dit boek zijn onderscheiden, namelijk respectievelijk (i) de politieke praktijk, (ii) de conventie en (iii) het staatsrecht.

Hoewel de Nederlandse constitutie in belangrijke mate autonomie toekent aan het dagelijkse politieke proces, dienen in dat proces wel de grenzen van het staatsrecht in acht te worden genomen. De belangrijkste staatsrechtelijke regels in politieke verhoudingen, die vooral te vinden zijn in de hoofdstukken 2 tot en met 5 van de Grondwet, bevatten een aantal duidelijke grenzen waarbinnen het dagelijkse politieke proces kan plaatsvinden. Over het algemeen bieden zij de betrokken politieke organen dermate veel ruimte, dat hun naleving zelden ter discussie staat.

Illustratief is de eerste casus uit het inleidende deel, die betrekking heeft op het handelen van toenmalig Tweede Kamerlid Van der Steur die – naar achteraf bleek – in mei 2014 toenmalig minister van Veiligheid en Justitie Opstelten had gesouffleerd over de beantwoording van vragen van de (overige leden van de) Tweede Kamer. In zijn hoedanigheid als minister diende hij daarvoor in juni 2016 verantwoording af te leggen. Opvallend daarbij was dat zowel de Tweede Kamer, inclusief de fractie van de partij van Van der Steur (VVD), als Van der Steur zelf van oordeel was dat er een staatsrechtelijke norm was geschonden, namelijk dat Tweede Kamerleden voldoende afstand dienen te houden tot de bewindspersonen die zij controleren. In dit *specifieke* geval kan daarom, afgaande op het oordeel van de betrokken organen, worden geconcludeerd dat sprake is geweest van inconstitutioneel handelen.

Het is echter niet duidelijk in hoeverre op basis van dit precedent ook *algemene* conclusies kunnen worden getrokken over de relatie tussen regering en parlement. Het is niet gebruikelijk dat naar buiten wordt gebracht met wie en waarover bewindspersonen voorafgaand aan een Kamerdebat informele contacten hebben onderhouden. In feite is dat ook niet de bedoeling, omdat uit de ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42, tweede lid Grondwet) voortvloeit dat de Staten-Generaal *alleen* de bewindspersonen (en niet anderen, zoals ambtenaren) op het gevoerde beleid kunnen aanspreken. Daar komt nog bij dat er in de Kamer nauwelijks een probleem van wordt gemaakt dat bewindspersonen en Kamerleden voorafgaand aan een debat dergelijke informele contacten met elkaar onderhouden.

Dat leidt tot de conclusie dat het ‘souffleren’ door Van der Steur in deze casus dermate ver ging, dat in *dit* geval een grens was overschreden. Deze grens bestaat uit een zekere, uit de notie van het dualisme voortvloeiende, terughoudendheid die Kamerleden in acht dienen te nemen als zij informele contacten met bewindspersonen onderhouden. Deze notie van dualisme

kan worden afgeleid uit (het samenstel van) diverse grondwettelijke bepalingen, waaruit blijkt dat het bij uitstek de taak van de Staten-Generaal is om de regering te controleren. In dat kader valt te denken aan de politieke ministeriële verantwoordelijkheid (artikel 42, tweede lid Grondwet) en de controlerende bevoegdheden van het parlement (o.a. het inlichtingenrecht van art. 68 Grondwet en het begrotingsrecht van art. 105 Grondwet).

Het praktische belang van de notie van het dualisme moet echter niet worden overschat. Hoewel er onder de betrokken organen nog altijd een zeker besef bestaat van het belang van deze notie, wordt daarmee in de praktijk slechts in beperkte mate rekening gehouden. Daarbij speelt politieke opportuniteit een belangrijke rol. Door de bank genomen kan de coalitie immers rekenen op de steun van een meerderheid in de Tweede Kamer. Daardoor zal het zelden voorkomen dat een Kamermeerderheid tijdens een Kamerdebat expliciet de conclusie trekt dat een Kamerlid in een concreet geval geen informele contacten met een minister had mogen onderhouden (of anderszins informeel betrokken mag zijn bij overleggen over de vormgeving van het regeringsbeleid). Zolang deze gang van zaken als zodanig niet door een Kamermeerderheid wordt geproblematiseerd, heeft de notie van dualisme slechts beperkte betekenis voor de wijze waarop Kamerleden van de coalitie informele contacten met bewindspersonen onderhouden.

Bepalend voor het verloop van het dagelijkse politieke proces, zo blijkt, is dan ook niet langer zozeer de tegenstelling tussen regering en parlement, maar primair die tussen de diverse politieke fracties die in het parlement (waarbij de partijen van de coalitiefracties ook een afvaardiging in de regering hebben) zijn vertegenwoordigd. Illustratief daarvoor is ook het verloop van de kabinetsformatie, welke procedure erop is gericht een kabinet te vormen dat kan rekenen op de steun van een meerderheid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Deze procedure is gericht op het bijeenbrengen van een aantal partijen die in het te vormen kabinet een samenwerkingsverband met elkaar aangaan, waarvan een regeerakkoord de weerslag vormt.

In de kern is dit steeds een kwestie van *verdeling*. In de eerste plaats geldt dit voor de onderhandelingen zelf waarin iedere onderhandelende partij haar best zal doen om een zo groot mogelijk deel van haar verkiezingsprogramma terug te laten komen in het regeerakkoord. In de tweede plaats geldt dit voor de aanloop naar die onderhandelingen; in de verkennende fase van de kabinetsformatie gelden namelijk verschillende conventies die tot doel hebben een gelijk speelveld tussen de diverse Kamerfracties te verzekeren. Daarbij geldt het uitgangspunt dat iedere in de Tweede Kamer vertegenwoordigde fractie een naar rato van haar grootte min of meer evenredige invloed op het verloop van de kabinetsformatieprocedure moet kunnen uitoefenen. Het mooie van dit uitgangspunt is dat het een helder, neutraal kader biedt voor de structurering van het politieke proces, waarmee alle fracties ongeacht hun inhoudelijke standpunten kunnen instemmen.

Toch is de naleving van deze en andere conventies in de verkennende fase van de kabinetsformatie nog niet altijd gegarandeerd, zoals de tweede casus uit het inleidende deel illustreert: het verloop van de kabinetsformatie

van 2010, waarbij informateur Lubbers de drie fractievoorzitters van VVD, CDA en PVV buiten zijn aanwezigheid liet onderhandelen over de vorming van een nieuw kabinet. In dit concrete geval was dat problematisch, omdat Lubbers de overige fractievoorzitters niet had voorgehouden dat dit een concrete mogelijkheid was die wat hem betreft in zijn formatieopdracht besloten lag. Anders dan de conventies rond de inrichting van de kabinetsformatieprocedure voorschrijven, gaf hij de voorzitters van de overige Tweede Kamerfracties op die manier niet een gelijke kans om invloed uit te oefenen op de uitkomst van de verkennende fase van de informatieonderhandelingen. Daarmee was van afwijking met instemming van alle betrokkenen in dit geval geen sprake. Lubbers hield zich zo niet aan het centrale uitgangspunt van de formatieprocedure: het bieden van een gelijk speelveld voor alle in de Tweede Kamer vertegenwoordigde fracties.

In andere gevallen vervult het structureringsprincipe van 'evenredige' verdeling eveneens een belangrijke rol. In dat kader is de derde kwestie uit het inleidende deel illustratief, namelijk de verhouding tussen het kabinet en de Eerste Kamer. Deze vraag is vooral sinds 2010 weer actueel, omdat het sinds dat jaar verre van vanzelfsprekend is dat de coalitiefracties in de Eerste Kamer over een meerderheid van het aantal zetels in die Kamer beschikken. Daarom is geregeld de vraag gerezen of er een verplichting voor Eerste Kamerleden bestaat om zich terughoudend op te stellen over politieke kwesties jegens het kabinet. Het antwoord luidt, gelet op het in artikel 51, eerste lid Grondwet besloten liggende politieke primaat van de Tweede Kamer, bevestigend. Ondanks het bestaan van dit politieke primaat van de Tweede Kamer, is het niet mogelijk daaruit het bestaan van een absolute terughoudendheidsplicht voor de Eerste Kamer af te leiden. De Grondwet bepaalt namelijk ook dat *individuele* Eerste Kamerleden het recht hebben om naar eigen inzicht van hun stemrecht gebruik te maken (vgl. art. 67, derde lid Grondwet). Er zou slechts in aanvulling daarop een conventie kunnen gelden, ingeval er fundamentele consensus bestaat omtrent de vraag in hoeverre de uitoefening van vrije bevoegdheden van Eerste Kamerleden dwingend door deze terughoudendheidsregel wordt ingevuld. Dat is echter niet het geval. De verhouding tussen beide Kamers vloeit daarom nog altijd alleen voort uit de Grondwet.

In de kern kleurt de notie van het politieke primaat van de Tweede Kamer zowel de medewetgevende als de controlerende bevoegdheid van de Eerste Kamer in. Daaruit vloeit voort dat de *basishouding* van de Eerste Kamer terughoudendheid ten aanzien van politieke vraagstukken is, althans zou moeten zijn. In beginsel dient de Eerste Kamer zich daarom te conformeren aan het politieke oordeel van de Tweede Kamer, tenzij er iets (heel) bijzonders aan de hand is. Voor de medewetgevende bevoegdheid respectievelijk de controlerende bevoegdheid van de Eerste Kamer betekent dit het volgende.

Op het gebied van de medewetgevende bevoegdheid is de invloed van het politieke primaat van de Tweede Kamer enigszins diffuus. Het is vaak niet mogelijk op basis van het politieke primaat van de Tweede Kamer *alleen*

om de Eerste Kamer te verplichten tot een beoordeling van wetgeving louter op basis van kwaliteitsmaatstaven. De Grondwet laat de Eerste Kamer ook (enige) ruimte om de door haar te beoordelen wetsvoorstellen aan een politieke beoordeling te onderwerpen. In het licht van het politieke karakter van de Eerste Kamer en de verwevenheid tussen wetgevingskwaliteit en ideologie is het bovendien nauwelijks mogelijk om precies vast te stellen in welk geval zij de grens van politieke terughoudendheid overschrijdt. Wil een kabinet voorkomen dat de Eerste Kamer de wetgevingskwaliteitsmaatstaven van rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid voor politieke doeleinden gebruikt, dan zal het derhalve een meerderheid van de Eerste Kamer aan zich moeten weten te binden via (ad-hoc-)gedoogconstructies. In zekere zin kan het grondwettelijk vastgelegde primaat van de Tweede Kamer worden gezien als een rechtvaardiging voor de afzijdigheid van de Eerste Kamer bij de formatie.

Daarentegen is de invloed van artikel 51, eerste lid Grondwet op de reikwijdte van de vertrouwensregel makkelijker aan te wijzen. De activering van deze ongeschreven regel zal immers vrijwel altijd (primair) door politiek-ideologische overwegingen worden ingegeven. Tegen die achtergrond zal de Eerste Kamer, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, niet een bewindspersoon of een voltallig kabinet kunnen verplichten om af te treden. De invloed van het uit artikel 51, eerste lid Grondwet voortvloeiende primaat van de Tweede Kamer illustreert dat de normatieve kracht van de Grondwet niet te snel moet worden onderschat. Hoewel deze norm door zijn relatief onbepaalde karakter niet precies vastlegt op welke wijze Eerste Kamerleden van hun bevoegdheden gebruik moeten maken, heeft zij op de staatsrechtelijke positie van de Eerste Kamer wel degelijk een belangrijke invloed. De invloed van de terughoudendheidsnotie op zowel de uitoefening van de medewetgevende als de controlerende bevoegdheid van de Eerste Kamer bewerkstelligt dat politieke verdelingskwesties primair het domein van kabinet en *Tweede Kamer* zouden moeten zijn.

Aldus biedt het staatsrecht enerzijds relatief veel ruimte voor de invulling van machtsvormingsprocessen door politieke partijen en stelt het anderzijds een aantal grenzen ter bescherming van de waarde van representatie door individuele (Eerste) Kamerleden. Wie vervolgens een blik werpt op de conventies die binnen de grenzen van het staatsrecht gelden, ziet dat de daaruit voortvloeiende verplichtingen zich bewegen in het spanningsveld tussen machtsvorming en representatie.

In dat spanningsveld kunnen conventies, afgezien van een algemene ordeningsfunctie die eigen is aan alle bindende normen, twee functies vervullen. In de eerste plaats structureren zij machtsvormingsprocessen, zoals de conventies rond de verkennende fase van de kabinetsformatie illustreren; zij hebben immers tot doel om ervoor te zorgen dat alle Kamerfracties naar rato van hun grootte gelijke kansen hebben om een plaats aan de onderhandelingstafel te bemachtigen. In de tweede plaats bieden zij bescherming aan individuele Kamerleden, zoals de conventie die voorschrijft dat ieder individueel Kamerlid de kans krijgt een motie in te dienen; hoewel formeel

nog tot 31 maart 2021 de eis gold op basis waarvan een Kamerlid over de steun van ten minste vier andere Kamerleden diende te beschikken om een motie te kunnen indienen (art. 66, eerste lid RvO II (oud)), kwam het ruim voor het moment van de afschaffing van die eis praktisch nooit voor dat de indiening van een motie op basis van deze eis door de Kamer werd geblokkeerd. Op de naleving van deze praktijk, die inmiddels is uitgegroeid tot een volwaardige constitutionele conventie, is zowel de notie van wederkerigheid als de parlementaire minderhedencultuur van invloed. In de Kamer als geheel leeft sterk de overtuiging dat alle daarin vertegenwoordigde groeperingen, hoe klein die groeperingen ook mogen zijn, de kans moeten krijgen van zich te laten horen. Deze overweging is niet alleen principieel, maar ook praktisch: de meerderheid in het parlement respecteert de rechten van de minderheid op basis van de overtuiging dat zij zelf ook in de toekomst een minderheid kan worden en dan zelf ook baat bij de naleving van de daarbij relevante conventies heeft.

V.4 MACHTSVERDELING VERSUS STAATSRECHT

De conventie dankt haar relatief neutrale karakter aan de kracht van de notie van wederkerigheid: de betrokken organen leven een conventie na, omdat zij daar alle (op de lange termijn) een voordeel bij hebben. Het risico dat een conventie wordt ondergraven onder invloed van overwegingen van politieke opportuniteit blijft zo relatief beperkt. Toch kleven aan het bestaan van dit mechanisme ook nadelen. Soms leiden overwegingen van politieke opportuniteit er juist toe dat politieke wetmatigheden ontstaan die op gespannen voet staan met het geldende staatsrecht. In een dergelijk geval kan geen sprake zijn van conventies, die immers slechts binnen de grenzen van het staatsrecht kunnen gelden.

Deze observatie geeft aanleiding tot de formulering van de derde these van dit boek: het primaat van het staatsrecht dreigt soms al dan niet ongemerkt plaats te maken voor het primaat van de machtsverdeling. Kenmerkend voor het staatsrecht is dat het vaak min of meer onopvallend geldt; het komt relatief zelden voor dat in politieke discussies de aandacht uitgaat naar de uitleg van de uit het staatsrecht voortvloeiende verplichtingen. Op zichzelf is dat niet problematisch, zolang het staatsrecht maatgevend voor het handelen van de betrokken politieke organen blijft. Het is echter niet altijd vanzelfsprekend dat het staatsrecht ook daadwerkelijk wordt gerespecteerd. Twee voorbeelden kunnen dat illustreren.

In de eerste plaats valt te wijzen op de positie van de staatssecretaris. Toen dit nieuwe ambt in 1948 werd geïntroduceerd in de Grondwet, had de nieuwe mogelijkheid om een staatssecretaris te benoemen uitdrukkelijk tot doel om de minister te ontlasten. Volgens de grondwettelijke regeling van dit ambt, die thans te vinden is in artikel 46, tweede lid, zou de minister daarom zelf de bevoegdheid hebben om een staatssecretaris te benoemen en zijn takenpakket vast te stellen. De staatssecretaris oefent zijn bevoegdhe-

den vervolgens uit onder zowel zijn eigen verantwoordelijkheid als onder de verantwoordelijkheid van de minister. Een belangrijk uitgangspunt van deze grondwettelijke regeling was ministeriële autonomie, die nog in de bewoordingen van artikel 46, tweede lid Grondwet besloten ligt: volgens dit artikel treedt een staatssecretaris op 'in de gevallen waarin de minister het nodig acht en met inachtneming van diens aanwijzingen'.

In de eerste decennia na 1948 heeft deze regeling inderdaad volgens de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever gefunctioneerd, in de zin dat een minister de vrijheid had zelf te bepalen of hij een staatssecretaris aanstelde en wat zijn takenpakket zou moeten zijn. Sinds het einde van de jaren zeventig is het echter gebruikelijk dat ministers ervan afzien gebruik te maken van de grondwettelijke bevoegdheid om zelfstandig invloed uit te oefenen op de keuze van de persoon en de vaststelling van het takenpakket van 'hun' staatssecretarissen. In plaats daarvan beslissen de bij de kabinetsformatie betrokken onderhandelaars zowel wie staatssecretaris zullen worden als welke taken zij zullen uitoefenen; de autonomie van de (kandidaat-) minister om al dan niet na de kabinetsformatie zelf te beslissen of hij voor een bepaalde taak een staatssecretaris aanstelt, is daarmee vergaand uitgehold. Opvallend genoeg biedt het staatsrecht daarvoor, anders dan bij veel andere nieuwe praktijken, blijkens de bewoordingen van artikel 46, tweede lid Grondwet eigenlijk geen ruimte. Toch wordt deze praktijk nauwelijks nog om deze reden bekritiseerd.

Op zichzelf is het verklaarbaar dat (kandidaat-)ministers in de praktijk geen gebruik meer maken van hun autonomie om (vergaande) invloed uit te oefenen op de benoeming van een staatssecretaris. Tijdens de kabinetsformatieprocedure wordt immers al onderhandeld over de verdeling van de staatssecretariaten; als een minister zelfstandig die verdeling doorkruist door bijvoorbeeld na de formatie het takenpakket van zijn staatssecretaris vergaand in te perken, is de kans op verstoring van de coalitieverhoudingen immers groot. Maakt immers de ene minister gebruik van zijn autonomie op dit punt, dan zal een andere dat ook willen doen. Dergelijk handelen staat ook haaks op het in de vorige paragraaf besproken uitgangspunt van (min of meer) evenredige verdeling dat bij formatieonderhandelingen een belangrijke rol speelt.

Het tweede voorbeeld dat in dit kader bespreking verdient is de praktijk van de 'fictieve aanwezigheid' bij stemmingen in de Eerste Kamer. Op basis van de hoofdregel van artikel 108 RvO I geschieden stemmingen in dit orgaan door middel van zitten en opstaan door de fracties van de Eerste Kamer. Van dit uitgangspunt wordt echter afgeweken als één Kamerlid om een hoofdelijke stemming vraagt (art. 67, vierde lid Grondwet). Het voordeel van een stemming bij zitten en opstaan is dat van iedere fractie slechts één Kamerlid aanwezig hoeft te zijn om een geldige stem namens zijn gehele fractie te kunnen uitbrengen. Op zichzelf is deze wijze van stemmen in het voordeel van ieder Eerste Kamerlid, omdat zij allen weleens een vergadering zullen moeten missen en dan niet zelf in de gelegenheid zijn om van hun stemrecht gebruik te maken. Niettemin staat deze wijze van stemmen

haaks op artikel 67, derde lid Grondwet waarin expliciet is vastgelegd dat de individuele *leden* in plaats van de fractievoorzitters namens de fractieleden in de Kamer een stem uitbrengen. In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1953 was bovendien expliciet door de Eerste (!) Kamer overwogen dat het onwenselijk is als een Kamerlid namens een ander Kamerlid zijn stem kan uitbrengen. Dergelijk handelen zou namelijk haaks staan op de gedachte dat de uitslag van een eindstemming moet afhangen van de argumenten die tijdens een openbaar debat in de Kamer zijn gewisseld.

De gang van zaken in de twee besproken voorbeelden roept de vraag naar de betekenis van het staatsrecht in politieke verhoudingen op. Daarbij gaat het niet zozeer om de twee hier gememoreerde situaties. Het is immers op zichzelf goed mogelijk dat de grenzen die het staatsrecht in deze gevallen opwerpt, geen toegevoegde waarde meer zouden moeten hebben; in dat geval worden de genoemde normen niet meer nageleefd, omdat zij onvoldoende zijn geïnternaliseerd bij de betrokken organen. Toch vormt dat nog geen rechtvaardiging voor het handelen van de betrokken organen, omdat de *tekst* van de Grondwet hier geen ruimte voor ander handelen biedt. In dat geval hebben de betrokken organen immers altijd nog de verantwoordelijkheid om duidelijk te maken dat de betreffende bepalingen in dit kader niet langer van betekenis zijn en ook om de bewoordingen van de Grondwet op die punten weer in overeenstemming te brengen met de praktijk.

Hoe het ook zij, het is opvallend dat het proces van veronachtzaming van de Grondwet in deze gevallen vrijwel ongemerkt kon plaatsvinden. De hoogste nationale staatsregeling, die slechts met een bijzondere, relatief zware procedure kan worden gewijzigd, verdient beter. In een rechtsstaat als de Nederlandse, hebben ook (de organen van) regering en parlement, net als iedere burger, de plicht om zich aan het recht te houden.

V.5 SLOT

Het staatsrecht in politieke verhoudingen heeft een bijzonder karakter. Bij afwezigheid van de mogelijkheid van rechterlijke handhaving van dit deel van het recht, is de naleving van dergelijke normen vaak in sterke mate afhankelijk van feitelijke ontwikkelingen. Hoewel het functioneren van de politieke arena daardoor per definitie afhankelijk is van bestaande, inherent veranderlijke, (meerderheids)opvattingen binnen (de organen van) regering en parlement, gelden in die arena wel degelijk bepaalde informele normen. Dankzij het conventiebegrip is het mogelijk deze normen in de constitutie te onderscheiden, zonder de notie van rechtszekerheid op het spel te zetten. Op die manier helpt het conventiebegrip zowel de opzet als het karakter van de constitutie beter te begrijpen en kan het zo het staatsrecht een nog mooier vak maken dan het al was.