



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Buitengrondwettelijke normen in de constituties van België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk

Klein, N.; Geertjes, G.J.A.

Citation

Klein, N., & Geertjes, G. J. A. (2025). Buitengrondwettelijke normen in de constituties van België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk. *Tijdschrift Voor Bestuurswetenschappen En Publiekrecht*, 79(2), 67-82. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4245657>

Version: Publisher's Version

License: [Licensed under Article 25fa Copyright Act/Law \(Amendment Taverne\)](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4245657>

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

Buitengrondwettelijke normen in de constituties van België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk

Niels KLEIN

Gert Jan GEERTJES¹

INHOUD

Inleiding	67
I. Theoretisch kader	68
II. Hiërarchie der rechtsnormen	73
III. Handhaving van de gewoonte	74
1. Gerechtelijke afdwinging	74
2. Buitengerechtelijke sanctioneringsmechanismen	75
IV. Praktijkvoorbeelden van het grondwettelijk gewoonterecht	76
1. De inperking van de regeringsbevoegdheden bij regeringsontslag	77
2. Het (in)formateurschap	78
3. De vertrouwensstemming van een nieuwe regering	80
Conclusie	81

Inleiding

Geen enkele grondwet ter wereld is volledig toegesneden op de dynamische politieke werkelijkheid. Iedereen die zich bezighoudt met het constitutioneel recht, zal daarom af en toe zijn of haar toevlucht moeten zoeken tot regels en principes die niet in de geschreven tekst van de Grondwet zijn terug te vinden. Dat bleek bijvoorbeeld ook in de aanloop naar de federale verkiezingen van 9 juni 2024.

Ten gevolge van de ontbinding van het federale parlement en het door de eerste minister aangeboden ontslag van de huidige regering aan de Koning, werd de regering ontslagnemend. Door het wegvallen van de parlementaire controle- en sanctiemechanismen worden de bevoegdheden van de regering in een dergelijke situatie beperkt tot de zogenaamde lopende zaken.² Dit heeft een merkbare en verregaande invloed op de uitoefening van het overheidsbestuur.³ Deze

impact is niet louter theoretisch. Cijfermateriaal toont aan dat het aantal rechtsregels geproduceerd door de federale regering merkbaar lager ligt tijdens periodes van bevoegdheidsinperking.⁴ De federale regering is tezelfdertijd op regelmatige basis voor langere periodes ontslagnemend. Recent waren er bijvoorbeeld de regeringen Michel I en Wilmès I, die het land van 2018 tot 2020 bestuurden en gecombineerd maar liefst 455 dagen ontslagnemend waren.⁵ Het principe van de lopende zaken is dus van steeds toenemender belang. Ondanks zijn belang staat dit principe niet in de federale grondwet: het is van ongeschreven aard. Meer specifiek betreft het een grondwettelijke gewoonte.⁶

De grondwettelijke gewoonten vormen een belangrijke, doch vaak over het hoofd gekeken bron van het grondwettelijk recht. In de aanloop naar en nasleep van (federale) verkiezingen behelzen zij een aantal fundamentele principes. Het hierboven geschetste principe van de lopende zaken is daarvan een schoolvoorbeeld. Het constitutioneel gewoonterecht reikt echter verder dan de electorale context. De bevoegdheidsbeperking van de regering tot de lopende zaken treedt bijvoorbeeld ook op wanneer deze ontslag neemt, wat niet noodzakelijk impliceert dat er verkiezingen georganiseerd zullen worden.⁷ Tevens zijn er andere grondwettelijke gewoonten die geen inherente band met de stembusgang vertonen. Een voorbeeld hiervan is de politieke ministeriële verantwoordelijkheid.⁸ Het is althans onmiskenbaar dat de gewoonte een relevante en niet te onderwaarderen bron van grondwettelijk recht is. De exacte draagwijdte van de grondwettelijke gewoonte blijft daarentegen onderbelicht. In het bijzonder dienen het ontstaan, de legitimiteit en de impact van deze rechtsbron aan

1. Niels Klein is mandaatassistent grondwettelijk recht aan de Vrije Universiteit Brussel. Dr. G.J.A. Geertjes, LL.M. is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. De delen van deze bijdrage die handelen over het Belgisch grondwettelijk recht zijn gebaseerd op de masterproef van dhr. Klein. Deze wordt in de nabije toekomst in het verzamelwerk "Juridische Meesterwerken" (KnopsPublishing) gepubliceerd.
2. Zie o.a. Cass. 4 februari 1999, AR C.97.0185.F.; RvS 3 november 1997, nr. 69.331, overw. 3.1.3.; RvS 28 april 2016, nr. 234.577; RvS 1 december 2022, nr. 255.150, overw. 33. Zie bv. ook A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 151-153.
3. Wanneer de bevoegdheden van een regering beperkt zijn tot de lopende zaken mag zij enkel de zaken van dagelijks bestuur, spoedeisende zaken, reeds aangevatte zaken en door het parlement gedragen zaken uitvoeren; zie *infra* hfdst. IV, titel 1.
4. J. VAN NIEUWENHOVE, "De regeldruk becijferd? Een eerste verkenning en een aanzet tot een methodologie", *TWV* 2021, afl. 1, (19) 23-24.
5. F. VERLEDEN en E. GERARD, *De Belgische regeringen sinds 1831: ministers, bevoegdheden, partijen*, Brussel, ASP – Academic and Scientific Publishers, 2022, 380.
6. Zie o.a. RvS 8 mei 2014, nr. 227.311, overw. 7.; RvS 30 juni 2022, nr. 254.197.
7. Zie *supra*, vn. 2.
8. De basis voor de politieke verantwoordelijkheid van de ministers in hoofde van de Koning ligt vervat in artikel 88. Een aantal andere grondwetsbepalingen, aangevuld door gewoonterechtelijke praktijken, regelen de modaliteiten van dit concept. Zie J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in UNIVERSITY OF ANTWERP LEGAL SCHOOL (ed.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 364.

bijkomend onderzoek onderworpen te worden. Dit vormt dan ook het uitgangspunt van deze bijdrage.

Deze bijdrage is rechtsvergelijkend. Grondwettelijke gewoonten zijn namelijk niet enkel in de Belgische rechtsorde te identificeren. In een heleboel moderne rechtsstaten kunnen op gewoonte gebaseerde normen die niet in de Grondwet zelf zijn opgenomen, waargenomen worden. Dat geldt bijvoorbeeld voor de context van Nederland en het Verenigd Koninkrijk waar deze normen worden aangeduid als *conventies* (de ‘conventions of the constitution’). In Nederland wordt daarnaast het zogeheten ‘ongeschreven staatsrecht’ of ‘gewoonterecht’ onderscheiden.⁹ Opvallend is dat dergelijke ongeschreven normen in de constituties van België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk, ondanks de soms grote verschillen tussen de drie constituties, belangrijke overeenkomsten vertonen. In de eerste plaats hebben zij relatief vaak betrekking op dezelfde onderwerpen. Zo worden in Nederland, net als in België, de bevoegdheden van een ontslagnemende regering buiten de Grondwet om beperkt. Een dergelijk landsbestuur wordt in het Nederlands recht als een demissionair kabinet betiteld. De theorie van het demissionair kabinet wordt beheerst door een conventie op grond waarvan kabinetten met een demissionaire status zoveel mogelijk terughoudendheid betrachten bij het maken van beleid dat het voorwerp is van de op dat moment lopende formatiebesprekingen.¹⁰ In het Verenigd Koninkrijk wordt juist, vergelijkbaar met de gewoonterechtelijke praktijk in België, de politieke ministeriële verantwoordelijkheid doorgevoerd als een conventie beschouwd.¹¹ In de tweede plaats blijkt dat er ook belangrijke overeenkomsten bestaan tussen de constituties van de drie genoemde landen, waar het de conceptualisering van deze ongeschreven bindende normen betreft. Deze analyse van de rol van het Belgische grondwettelijk recht kan dan ook aan scherpte winnen door vergelijkingen te trekken met vergelijkbare regels in Nederland en het Verenigd Koninkrijk.

In het navolgende zullen voor de Belgische context consequent de termen ‘grondwettelijke gewoonte’ en ‘grondwettelijk gebruik’ gehanteerd worden voor de aanduiding van op gewoonten gebaseerde regels in de constitutionele context. Als dergelijke regels in Nederland of het Verenigd Koninkrijk worden beschreven, dan wordt in beginsel de gangbare term conventies gebruikt, behalve waar het gaat om een bijzondere vorm van een conventie in Nederland, namelijk de in de volgende paragraaf te introduceren regels van ‘gewoonterecht’ en ‘ongeschreven staatsrecht’. De term

‘buitengrondwettelijke regels’ wordt gehanteerd als het gaat om deze regels in het algemeen, dus los van een specifieke nationale context.

Met het oog op het verduidelijken van de rol van de gewoonte in de constitutie, wordt vooreerst het rechtstheoretisch kader omtrent de grondwettelijke gewoonte geanalyseerd (hfdst. I). Het betreft zowel een schets van de gewoonte binnen de ruimere, internationale rechtstheorie, als een omschrijving van de gewoonte naar het Belgisch recht. Vervolgens komen de positie van de gewoonte in de hiërarchie der normen en de afdwingbaarheid ervan aan bod (hfdst. II en III). Verder worden een aantal voorbeelden van grondwettelijke gewoonten inhoudelijk uiteengezet en besproken (hfdst. IV). Dit gebeurt vanuit een rechtsvergelijkend perspectief, waarbij in het bijzonder de parallellen tussen Belgische en Nederlandse op gewoonte gebaseerde praktijken bestudeerd worden. Aldus toont deze bijdrage aan dat dergelijke praktijken een significante rol spelen in het huidige Belgische en ruimere staatsbestel.

I. Theoretisch kader

Zonder enige twijfel is het eerste land waarin ‘grondwettelijke’ gewoonten tot ontwikkeling zijn gekomen het Verenigd Koninkrijk.¹² De geschiedenis van dit land is uniek: het is uitgegroeid tot een stabiele parlementaire democratie zonder ooit een gecodificeerde grondwet te hebben gekend. Sinds de Glorious Revolution (1688-1689) is er nooit een concrete aanleiding geweest, zoals een revolutie of oorlog, of de politieke urgentie gevoeld voor een radicale wijziging van de bestaande structuren van het staatsbestel van dit land. De constitutie van het Verenigd Koninkrijk is daardoor nog altijd in meer of mindere mate het resultaat van een geleidelijke ontwikkeling.

De Glorious Revolution veranderde, mede dankzij de vrijwel gelijktijdig vastgestelde Bill of Rights, de basis voor de bevoegdheden van de Koning.¹³ Niet langer ontleende de vorst zijn macht alleen aan een op basis van erfelijkheid verkregen recht op de troon, maar ook aan de goedkeuring (*consent*) van het Westminster Parlement waaraan hij diende te gehoorzamen op basis van de eed die hij ten overstaan van dat orgaan had afgelegd. Hoewel de Koning in de praktijk helemaal niet uit zichzelf overtuigd was van het gezag van het parlement, kon hij dit orgaan om een heel andere reden niet negeren. Op basis van de Bill of Rights kon de Koning alleen belasting heffen na goedkeuring

9. Zie nader over het onderscheid tussen conventies, gewoonterecht en ongeschreven staatsrecht *infra*, hfdst. I.

10. Zie bv. L. PRAKKE, “De positie van een demissionair kabinet in Nederland” in L. PRAKKE en G. CRAENEN (eds.), *Preadviezen over de positie van een demissionair kabinet in Nederland en België*, Zwolle, W. E. J. Tjeenk Willink, 1975, 48.

11. M. ELLIOTT & R. THOMAS, *Public Law* (ed. 3), Oxford, Oxford University Press, 2017, 50.

12. Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op G.J.A. GEERTJES, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2021, 17-22.

13. Deze passage is grotendeels ontleend aan GEERTJES, *supra* vn. 12, 33-37.

van het parlement. Hij kon het zich daarom niet meer financieel permitteren om het parlement te passeren als hij nieuwe maatregelen wilde doorvoeren.

In feite was daarmee de basis gelegd van de basisdoctrine van de constitutie van het Verenigd Koninkrijk: de soevereiniteit van het parlement. Op basis van deze doctrine heeft het parlement de almacht om wetgeving met elke denkbare inhoud vast te stellen, zolang het daarbij de procedure voor de vaststelling van parlementaire wetgeving in acht neemt.¹⁴ Bovendien is geen enkel ander orgaan, dus ook niet een rechter, bevoegd om parlementaire wetgeving die volgens de juiste procedure tot stand is gekomen opzij te zetten of anderszins aan te tasten. Bij afwezigheid van een grondwettelijk document waarin de bevoegdheidsverdeling tussen de vorst en het parlement was geregeld, ontstonden al vanaf het begin van de achttiende eeuw de eerste ongeschreven normen die de invloed van de Koning beperkten ten gunste van het parlement.

Al vanaf het begin van de achttiende eeuw kwam de eerste conventie tot stand: op basis daarvan mag de Koning geen gebruik meer maken van zijn formeel nog altijd bestaande bevoegdheid om de bekrachtiging van wetgeving (de verlening van het zogenaamde 'Royal Assent') te weigeren.¹⁵ Vanaf de negentiende eeuw ontstond ook langzaam maar zeker een nieuw orgaan, eveneens op een informele wijze, dat de invloed van de Koning ten aanzien van bestuurlijke vraagstukken indamde, namelijk het zogenaamde 'Cabinet'. Het Cabinet stond onder het voorzitterschap van de 'Prime Minister', een nieuw ambt dat in diezelfde periode tot ontwikkeling kwam. Tegelijkertijd ontstond de regel dat de Koning alleen gebruik mag maken van zijn bevoegdheden uit hoofde van het Royal Prerogative, bijvoorbeeld met het oog op de ontbinding van het parlement ('dissolution') of de verdaging van een parlementaire sessie ('prorogation'), na een daartoe strekkend advies van de Prime Minister (die zijn advies geeft op basis van het gevoel van het gehele Cabinet).¹⁶

Hoewel informele regels die voortkomen uit gewoonten al aan het begin van de achttiende eeuw tot ontwikkeling zijn gekomen, komt de theorievorming over deze regels pas in de tweede helft van deze eeuw op gang. In 1770 was BURKE een van de eerste auteurs die stelde dat de bevoegdheden van de Koning niet alleen worden ingetoomd door het recht, maar ook door

andersoortige beginselen die daarvan strikt genomen geen deel uitmaken ('public principles and national grounds').¹⁷ In de jaren daarna probeerden verschillende andere auteurs, waaronder HALLAM en AUSTIN, deze buiten het recht liggende beginselen meer handen en voeten te geven.¹⁸ Het was vervolgens MILL die in 1861 constateerde dat er in de constitutie van het Verenigd Koninkrijk een tweedeling bestaat tussen het constitutionele recht ('constitutional law') enerzijds en de constitutionele moraliteit ('the constitutional morality of the country') anderzijds.¹⁹ MILL betoogde bijvoorbeeld dat de Koning weliswaar in *juridische* zin bevoegd is om te weigeren een wet te bekrachtigen, maar dat de Koning op basis van de *constitutionele moraliteit* geen gebruik mag maken van deze bevoegdheid.

Deze tweedeling blijkt vervolgens, zoals HEARN in 1867 laat zien, samen te vallen met het onderscheid tussen het positieve recht, te weten het recht zoals dat volgt uit wetgeving (*statute law*) en rechtspraak (*common law*), en normen die geen deel uitmaken van het positieve recht. Nadat FREEMAN deze niet-juridische normen in 1867 als eerste omschreef als '*the conventional constitution*' was het vervolgens de beroemde constitutionalist DICEY die in de eerste druk van zijn beroemde boek *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* uit 1885 aan deze normen hun eigenlijke naam '*the conventions of the constitution*' meegaf.²⁰ Volgens zijn nog altijd invloedrijke benadering maken zij geen deel uit van het recht, omdat zij niet handhaafbaar zijn voor de rechter. De twee laatstgenoemde auteurs sluiten zich aan bij HEARN in de zin dat zij de naleving van conventies een kwestie van moraliteit vinden: FREEMAN sprak ten aanzien van deze informele regels over 'a whole system of political morality' en DICEY stelde dat de '*conventions of the constitution*' ook wel eenvoudig konden worden aangeduid als 'constitutional morality'. De kwalificatie van conventies als morele regels is echter enigszins misleidend, omdat deze regels wel degelijk politieke organen kunnen binden. Hun niet-juridische status duidt slechts aan dat zij niet voor de rechter kunnen worden gehandhaafd, maar dat gegeven staat los van hun bindende kracht in de politieke arena.

In het Verenigd Koninkrijk is het, vanwege de nog altijd voortdurende afwezigheid van een grondwet in dat land, al sinds het einde van het negentiende eeuw onomstreden geweest dat er bindende regels zonder

14. Vgl. A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londen, MacMillan, 1959 (gebaseerd op de laatste door Dicey zelf bewerkte druk uit 1915), 39-40: "Parliament has the right to make or unmake any law whatever, and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament."
15. In 1708 kwam het voor de laatste keer voor dat het staatshoofd de bekrachtiging van een wetsvoorstel weigerde te verlenen. In dat jaar vetode koningin Anne de totstandkoming van de Scottish Militia Bill die het oogmerk had het Schotse leger te bewapenen. Zie 18 House of Lords Journal 506 (1708).
16. G. MARSHALL, *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984, 19-23.
17. E. BURKE, "Thoughts on the Cause of the Present Discontents" (1770) in *The Works of the Right Honourable Edmund Burke*, Londen, Henry G. Bohn, 1854, vol. I, (306) 331.
18. O. HOOD PHILIPS, "Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors", *The Modern Law Review* 1966, vol. 29 (2), (137) 138.
19. J.S. MILL, *Considerations on Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 87-88 (fotografische herdruk van oorspronkelijke uitgave uit 1861).
20. A.V. DICEY, *supra* vn. 14, 24.

juridische grondslag kunnen ontstaan. In Nederland ligt dat anders. Toch zijn er ook in dit land conventies tot ontwikkeling gekomen, die als het ware de constitutie weer bij de tijd brachten. In de tijd dat de Grondwet van 1814, waarvan tegenwoordig nog altijd een versie van kracht is, tot stand kwam, was Nederland in de woorden van de historicus AERTS ‘een monarchaal-notabel bestel’ waarin ‘elke democratische suggestie’ was uitgebannen’.²¹

Vanaf het moment dat Nederland zich vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw ontwikkelde tot een volwaardige parlementaire democratie, hebben buitengrondwettelijke regels hun intrede gedaan in het constitutionele denken in dat land.²² In die periode kwam vast te staan dat ministers voor hun aanblijven afhankelijk zijn van de steun van het parlement. De Grondwet suggereerde echter dat alleen de Koning zeggenschap had over de benoeming en het ontslag van de ministers in zijn regering. Daarin was destijds opgenomen dat de vorst feitelijk de bevoegdheid had om ministers ‘naar welgevallen’ te ontslaan.²³ Het ontstaan van wat nu de zogeheten (nog altijd ongeschreven) ‘vertrouwensregel’ is, op basis waarvan een minister of staatssecretaris dient af te treden als een meerderheid van het parlement er blijk van geeft geen vertrouwen meer te hebben in de betreffende bewindspersoon, maakte daarmee in feite deze discretionaire bevoegdheid van de Koning tot het ontslaan van ministers ongedaan. Dat betekende dat deze ongeschreven regel niet zomaar een bindende rechtsregel was, maar ook een rechtsregel die lange tijd (tot 1983, toen de woorden ‘naar welgevallen’ uit de Grondwet werden geschrapt) aan de Grondwet derogeerde.

Na 1917 kwamen nieuwe buitengrondwettelijke regels tot ontwikkeling, toen het oude kiesstelsel, een meerderheidsstelsel met districten, plaatsmaakte voor het nieuwe kiesstelsel van evenredige vertegenwoordiging in Nederland. Vanaf dat moment werd Nederland als geheel één kiesdistrict, waarna de zetels voor het parlement werden verdeeld over alle partijen die ten minste eenmaal de kiesdeler hadden gehaald. Dankzij dit nieuwe kiesstelsel konden veel meer politieke partijen dan voorheen een zetel bemachtigen in het parlement. Vanaf dat moment vergde de formatie van een nieuw kabinet per definitie ook de vorming van coalities van ten minste twee partijen. In 1917 maakte de grondwetgever echter ook de keuze om geen aanvullende grondwettelijke eisen te stellen aan politieke partijen zelf. De verandering van het kiesstelsel noodzaakte echter wel tot de ontwikkeling

van een aantal basisregels die het bestaan van een gelijk speelveld garandeerden tussen de verschillende partijen in het parlement als een nieuw kabinet werd gevormd. Voorbeelden daarvan zijn de regel op basis waarvan alle bewindspersonen aan de vooravond van de Tweede Kamerverkiezingen hun ontslag dienen aan te bieden aan de Koning (de conventie van 1922) en de regel die voorschrijft dat een demissionair kabinet geen vergaande beleidsbeslissingen mag nemen ten aanzien van thema’s die het voorwerp vormen van de formatiebesprekingen van een volgend kabinet (vergelijkbaar met het principe van de lopende zaken).

Hoewel Nederland en het Verenigd Koninkrijk elk hun eigen constitutionele context hebben, zijn de criteria voor de aanneming van het bestaan van deze buitengrondwettelijke regels vergelijkbaar. In de kern zijn er stevast drie eisen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een bepaalde gewoonte kan worden aangeduid als een bindende buitengrondwettelijke regel: de precedenten, de overtuiging van gebondenheid en de achterliggende (normatieve) redenen voor de naleving van de betreffende regel. In het Verenigd Koninkrijk zijn deze eisen bekend geworden dankzij het werk van Sir Ivor JENNINGS, naar wie de zogeheten ‘Jennings-test’ voor de vaststelling van conventies is genoemd:

“[F]irst, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule?”²⁴

In Nederland bestaan er twee verschillende soorten buitengrondwettelijke regels. In de eerste plaats worden in dit land conventies onderscheiden op een vergelijkbare manier als in het Verenigd Koninkrijk. In Nederland wordt voor de vaststelling van deze normen ook gebruikgemaakt van de bovengenoemde Jennings-test. Kenmerkend voor deze regels is dat zij bindend zijn voor politieke actoren, maar onder bijzondere omstandigheden afwijking toelaten.²⁵ In de tweede plaats wordt daarbinnen het zogeheten ‘gewoonterecht’ of ‘ongeschreven staatsrecht’ onderscheiden. Anders dan bij conventies, laten deze regels geen afwijking toe. Voor de vaststelling van deze regels gelden twee criteria: een vermeende regel van gewoonterecht dient de uitdrukking te vormen van (i) ‘duurzame gewoonten’ die worden gedragen door (ii) ‘algemene rechtsovertuiging’ onder de betrokken organen (soms ook wel aangeduid als *opinio iuris* of *opinio necessitatis*).²⁶ In het begrip ‘rechtsovertuiging’ ligt dan zowel de overtuiging van gebondenheid besloten

21. R.A.M. AERTS, “Het ingesloten pad: over de betekenis van de Grondwet van 1815” in A. ALLEN, A.W. HERINGA, D. HEIRBAUT en C.J. ROTTEVEEL MANSVELD (eds.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden van 1815*, Den Haag, Boom juridisch, 2016, 45-56.

22. Deze passage is grotendeels gebaseerd op G.J.A. GEERTJES, *supra* vn. 12, 608-609.

23. Art. 86, lid 2 Nederlandse Grondwet 1972.

24. I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, Londen, London University Press, 1959, 136.

25. L.F.M. VERHEY, *De constitutionele conventie. Een blinde vlek in ons staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 11.

26. G.J.A. GEERTJES, *supra*, vn. 12, 283-285. Deze eisen zijn oorspronkelijk ontleend aan het werk van GEORG FRIEDRICH PUCHTA, een romanist die tot de Pruisische Historische School behoorde. PUCHTA formuleerde deze criteria in de eerste helft van de negentiende eeuw voor het vaststellen van (civielrechtelijk) gewoonterecht op basis van het Romeinse (gemene) recht. Zie G.F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* (tweede dl.), Erlangen, Palm’sche Verlagsbuchhandlung, 1837, 33.

als de achterliggende reden voor naleving van de buitengrondwettelijke regel die rechtvaardigt dat de betreffende regel deel uitmaakt van het gewoonterecht. Of buitengrondwettelijke regels deel uitmaken van het *recht* is afhankelijk van het rechtsbegrip dat in een bepaald land wordt gehanteerd. In het Verenigd Koninkrijk worden zij geacht *geen* deel uit te maken van het recht omdat zij niet voor de rechter worden gehandhaafd (en dat is weer het geval omdat zij niet zijn terug te vinden in *statute* of *common law*). In Nederland ligt dat, net als in België, echter anders, omdat daar in beginsel ook het gewoonterecht als bron van het staatsrecht wordt erkend.²⁷ Het ongeschreven staatsrecht of gewoonterecht kan aldus worden gezien als een specifiek type conventie waarvan het belang zo groot is dat het niet zozeer een bindende regel is, maar zelfs een bindende *rechts*regel. De Nederlandse constitutie kent slechts één onomstreden regel van ongeschreven staatsrecht of gewoonterecht: de hiervoor al genoemde vertrouwensregel.²⁸ Andere op gewoonte gebaseerde buitengrondwettelijke regels kunnen politieke organen 'slechts' als conventie binden.

Of een buitengrondwettelijke regel ook een in juridische zin bindende regel kan zijn, is afhankelijk van het in het betreffende land gehanteerde rechtsbegrip. In het Verenigd Koninkrijk wordt een juridisch bindende regel over het algemeen gekarakteriseerd als een door de rechter gehandhaafde norm, dat wil dus zeggen: een norm die, zoals al bleek, in een van de twee gangbare rechtsbronnen is opgenomen: rechtspraak (*common law*) of wetgeving (*statute law*). Een conventie kan daarom in dit land nooit een in juridische zin bindende regel zijn.²⁹ In Nederland geldt daarentegen een heel ander rechtsbegrip: niet zozeer is bepalend of een regel handhaafbaar is voor de rechter, maar of zijn gelding afhankelijk is van degenen voor wie de regel geldt. Een bindende regel zou daarom altijd in een gereguleerd proces van wetgeving of rechtspraak tot stand moeten komen en moet daarmee altijd aan bepaalde rechtszekerheidseisen voldoen.³⁰ Aan conventies, die onder bijzondere omstandigheden afwijking toelaten, worden dergelijke rechtszekerheidseisen niet gesteld, terwijl die wel voor het ongeschreven staatsrecht gelden. De rechtszekerheidseisen voor het ongeschreven staatsrecht in Nederland zijn zeer streng: in feite brengen zij mee dat

een op gewoonte gebaseerde regel alleen een *rechts*regel kan zijn als hij geen ruimte voor afwijking biedt.³¹ Vandaar dat alleen de hierboven besproken vertrouwensregel algemeen wordt erkend als regel van ongeschreven staatsrecht. Het aantal conventies is groter, omdat zij niet aan deze eis hoeven te voldoen.

Of een buitengrondwettelijke regel deel uitmaakt van het recht, is echter een minder relevante vraag dan de vraag of de betreffende regel *bindend* is of niet. In alle door ons onderzochte landen zijn voor de beantwoording van die vraag in de kern de drie bovengenoemde criteria van belang, hoewel ze in alle drie de systemen verschillend worden geformuleerd en gepercipieerd. Ondanks deze verschillen ligt het in België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk voor de hand om het criterium van de (rechts)overtuiging van gebondenheid centraal te stellen. De invulling van de andere twee criteria (de precedents en de achterliggende reden, waarvan het laatste in het Verenigd Koninkrijk een afzonderlijk criterium vormt en bij alle grondwettelijke gewoonten in België en bij het ongeschreven staatsrecht in Nederland deel uitmaakt van het criterium van de rechtsovertuiging) geeft dan inzicht ten aanzien van hoe sterk de overtuiging van gebondenheid aan de betreffende conventie (of gewoonterechtelijke regel) is. Kortom, hoe meer precedents er zijn die wijzen op de navolging van een bepaalde gewoonte en hoe sterker de achterliggende reden is die rechtvaardigt dat die gewoonte wordt nagevolgd, hoe aannemelijker het is dat sprake is van een bindende buitengrondwettelijke regel (een conventie of regel van ongeschreven staatsrecht).³² Dat betekent dat de invulling van de bovengenoemde drie criteria een kwestie is van *gradatie*: afhankelijk van hoe de drie criteria worden ingevuld, ligt het meer of minder voor de hand dat van een bindende regel sprake is. Of er sprake is van een bindende ongeschreven constitutionele regel is dus geen wet van Meden en Perzen: zelfs als er maar één precedent is, kan bij een zeer sterke (rechts)overtuiging onder de betrokken actoren sprake zijn van een conventie of regel van ongeschreven staatsrecht.³³

België heeft evenals Nederland een geschreven grondwet en kent evenzeer bindende gewoontes op dit niveau. Oudere rechtsleer betoogde dat deze praktijken

27. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer, Wolters Kluwer 2021, 155-157; C.W. VAN DER POT, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 187-192.

28. L.F.M. VERHEY, *supra* vn. 25, 4.

29. A.V. DICEY, *supra* vn. 14, 24: "Conventions (...) are not in reality laws at all since they are not enforced by the courts." Hoewel dit nog altijd de meest gangbare benadering is in de literatuur, bestaat daarop ook kritiek. Zie m.n. T.R.S. ALLAN, *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 55-87.

30. Vgl. L.F.M. VERHEY, *supra* vn. 25, 11.

31. Zie voor kritiek op deze benadering G.J.A. GEERTJES, *supra* vn. 12, 351-354.

32. Vgl. M. ELLIOTT & R. THOMAS, *supra* vn. 11, 54-55.

33. Vgl. voor het Verenigd Koninkrijk I. JENNINGS, *supra* vn. 24, 136: "A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons regarded them as bound by it." Vgl. voor Nederland reeds C.W. VAN DER POT, *De verdeling der Staatstaak*, Leiden, Eduard IJdo, 1921, 14-15: "Wel zal haast altijd de rechtsovertuiging eerst kunnen blijken uit het volgen der gewoonte, maar dit behoeft niet het geval te zijn. Juist op staatsrechtelijk gebied, waar een bepaalde constellatie zich soms slechts met zeer lange tussenpozen herhaalt, zien we deze wel eens terstond aanleiding geven tot een rechtsovertuiging van zodanige intensiteit, dat wij de aldus spontaan gebonden norm als een rechtsnorm moeten aanvaarden." Hét voorbeeld van een ongeschreven rechtsregel die uit slechts één precedent is voortgekomen is volgens Van der Pot de reeds hierboven in de hoofdttekst behandelde vertrouwensregel.

niet als bron van grondwettelijk recht te beschouwen waren.³⁴ Op heden is er echter eensgezindheid dat zij wel degelijk deze status kunnen genieten.³⁵ De gewoonte vervult ook in het Belgische staatsrecht een niet te onderschatten rol. Deze verzekert dat het recht in verbinding blijft staan met de realiteit.³⁶ De Grondwet mag niet slechts een historische reflectie zijn van het fundamentele gedachtegoed dat aan de basis van een staat lag, maar moet eveneens mee evolueren met de tijd.³⁷ In de Belgische rechtsorde vallen aldus twee soorten gewoonte te onderscheiden. Enerzijds is er de gewoonte *secundum constitutionem*, die de draagwijdte van een grondwetsbepaling duidt. Bepaalde principes in de Grondwet zijn uitermate theoretisch. De desbetreffende praktijken faciliteren de toepassing van deze leerstukken in de praktijk.³⁸ Anderzijds is er de gewoonte *praeter constitutionem*. De Grondwet is niet volmaakt en bevat een aantal leemtes. Deze soort gewoonte vult deze lacunes op.³⁹

Naar Belgisch recht moet de gewoonte eveneens voldoen aan de eerder vermelde criteria. Andermaal betreft het de norm die nergens schriftelijk is neergelegd, maar voortvloeit uit een constant en soortgelijk optreden, gestoeld op de overtuiging dat op een dergelijke wijze gehandeld moet worden.⁴⁰ De gewoonte situeert zich op het grondwettelijk niveau indien deze veruitwendigd wordt door de hogere echelons binnen de staatsstructuur, waarbij de betrokken praktijk hun werking of onderlinge relaties betreft.⁴¹ De voornoemde voorwaarden worden in de Belgische doctrine weliswaar met andere terminologie omschreven.

Er moet vooreerst een vaste praktijk voorhanden zijn. Dit vereist dat de praxis in kwestie zich consistent, op periodieke en gelijkaardige wijze voltrekt.⁴² Het is echter niet duidelijk hoe frequent een handeling zich moet voordoen opdat deze als vaste en consistente praktijk beschouwd kan worden. Het is, anders dan in Nederland of het Verenigd Koninkrijk, zeker dat

een eenmalig of incidenteel optreden niet voldoende is: *une fois n'est pas coutume*.⁴³ Een enkele gedraging kan wel dusdanig indrukwekkend zijn dat de betrokken entiteiten onmiddellijk menen gebonden te zijn en alzo de basis leggen voor een nieuwe gewoonte.⁴⁴

Daarenboven moet de praktijk ervaren worden als een juridische verplichting. Deze overtuiging dient algemeen gedeeld te zijn.⁴⁵ De vraag rijst dan wie deze zogenaamde rechtsovertuiging (*opinio iuris*) creëert, in stand houdt en hoe deze bewezen wordt. Is het oordeel van het opperbestuur doorslaggevend of moeten de instellingen *sensu lato* de overtuiging delen? Of is een ruime politieke en maatschappelijke consensus nodig, waarbij bijvoorbeeld ook de politieke partijen, lobbygroepen en de media in de bindenheid moeten geloven? Op heden is dit niet duidelijk.⁴⁶

In de Belgische rechtsleer heerst bovendien enige discussie over deze voorwaarden. Met name wordt regelmatig geopperd dat de grondwettelijke gewoonte aan bijkomende voorwaarden moet voldoen. Zo oppert LEJEUNE dat een praktijk slechts een gewoonterechtelijk karakter kan verwerven nadat deze rechterlijk erkend wordt.⁴⁷ VELAERS bepleit daarentegen terecht dat een dergelijke erkenning louter een declaratieve waarde heeft. De rechterlijke erkenning als constitutief element van de gewoonte beschouwen, zou het onmogelijk maken de gewoonte te identificeren. Er zou namelijk telkenmale een eerdere gerechtelijke erkenning vereist zijn om het bestaan van de gewoonte vast te stellen.⁴⁸ Daarnaast stellen DUMONT en EL BERHOUMI dat de gewoonte niet mag ingaan tegen de geschreven Grondwet en noodzakelijk moet zijn voor de werking van de instellingen.⁴⁹ Ook UYTENDAELE benadrukt deze functionaliteitsvereiste en meent bovendien dat de gewoonte een voortvloeisel van de geschreven principes in de Grondwet moet zijn.⁵⁰ Zoals dadelijk verder uiteengezet, heeft de Grondwet voorrang op de gewoonte. Indien een gewoonte ingaat tegen de Grondwet kan deze wel

34. Zo stelde ALLEN in 1995 het volgende: "In feite behoort de gewoonte niet tot het grondwettelijk recht (de law of the constitution) maar tot de sfeer van de politiek [...]". Zie A. ALLEN, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995, 85.

35. Zie o.m. M. VAN DAMME, *Overzicht van het Grondwettelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2015, 105; J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, I, Brugge, die Keure, 2019, 20; C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, Brussel, die Keure, 2021, 415.

36. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Pouvoir de fait et règle de droit dans le fonctionnement des institutions politiques*, Brussel, Éditions de la librairie encyclopédique, 1957, 22.

37. A. MAST, "De gewoonte in de vorming van ons huidige staatsrecht" in X, *Veertig jaar Belgische politiek. Liber Amicorum Minister van Staat A.E. De Schryver*, Antwerpen, Standaard, 1968, (522) 530.

38. Y. LEJEUNE, "Un gouvernement fédéral remanié doit-il solliciter la confiance de la Chambre quand il est devenu minoritaire?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Semper perseverans: liber amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (439) 445; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Limal, Anthemis, 2020, 93.

39. P. WIGNY, *Droit constitutionnel: principes et droit positif*, I, Brussel, Bruylant, 1952, 176; Y. LEJEUNE, "Un gouvernement fédéral remanié doit-il solliciter la confiance de la Chambre quand il est devenu minoritaire?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Semper perseverans: liber amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (439) 444-445.

40. M. VAN DAMME, *Overzicht van het Grondwettelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2015, 105.

41. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge: fondements et institutions*, Brussel, Larcier, 2021, 106.

42. H. DUMONT en M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel: approche critique et interdisciplinaire*, Brussel, Larcier, 2021, 312.

43. A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 99.

44. J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, I, Brugge, die Keure, 2019, 21.

45. A. MAST, "De grondwettelijke norm", *TBP 1970*, (426) 430.

46. J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, I, Brugge, die Keure, 2019, 21.

47. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge: fondements et institutions*, Brussel, Larcier, 2021, 107.

48. J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, I, Brugge, die Keure, 2019, 21.

49. H. DUMONT en M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel: approche critique et interdisciplinaire*, Brussel, Larcier, 2021, 312.

50. M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Limal, Anthemis, 2020, 93.

degelijk bestaan, maar zal, op basis van het principe van de hiërarchie der normen, voorrang gegeven worden aan de in de Grondwet neergelegde bepalingen. De gewoonte zal, zoals eerder aangehaald, doorgaans inderdaad stoelen op beginselen uit de Grondwet en bijdragen aan het probleemloos functioneren van de staatsstructuren. Deze aspecten lijken dus karakteristieken van de gewoonte te zijn, maar geen wezenlijke bestanddelen op zichzelf.

Naar analogie met de *conventions of the constitution* in het Verenigd Koninkrijk, bestaan in België eveneens bindende praktijken die niet handhaafbaar zijn voor de rechter. Het zogenaamde grondwettelijk gebruik verschilt van de gewoonte doordat het geen juridische verplichting inhoudt.⁵¹ Het betreft afspraken, handelwijzen en praktijken die stelselmatig aan belang hebben gewonnen, maar juridisch niet afdwingbaar zijn.⁵² De gebruiken maken aldus geen deel uit van 'de regels van het spel', maar bepalen mede 'de wijze waarop het spel gespeeld wordt'.⁵³

Overigens meent LEJEUNE dat bepaalde politieke praktijken toch afdwingbaar zijn voor de rechter indien zij de uiting zijn van de noodzakelijke gevolgen van een grondwetsbepaling. Er is sprake van een juridische verplichting, waardoor het niet kan gaan om een gebruik. Aangezien de praktijk simpelweg aan rigide en algemene grondwetsbepalingen de nodige verduidelijking en soepelheid geeft, gaat het echter evenmin om een grondwettelijke gewoonte.⁵⁴ Het betreft met name een interpretatie van de grondwetsclausule in kwestie, waarbij deze verduidelijkt en vormgegeven wordt in het licht van de politieke en institutionele ontwikkelingen. Het bindend karakter van deze handelingen vloeit voort uit de interpretatieve oorsprong ervan.⁵⁵

II. Hiërarchie der rechtsnormen

De positie van de grondwettelijke gewoonte in de hiërarchie der normen is in België geruime tijd een discussiepunt geweest. In Nederland en het Verenigd Koninkrijk is dit veel minder het geval, omdat in beide landen buitengrondwettelijke regels niet rechtstreeks vatbaar zijn voor rechterlijke handhaving; de rechter hoeft zich daarom niet te buigen over de vraag waar een buitengrondwettelijke regel zich in de hiërarchie der normen bevindt.⁵⁶

Oudere Belgische doctrine bepleitte consistent dat de grondwettelijke gewoonte onder de wet stond en deze enkel kon aanvullen.⁵⁷ Thans is er eensgezindheid dat de grondwettelijke gewoonte primeert op de wet.⁵⁸ De wet mag alto niet ingaan tegen de grondwettelijke gewoonte.⁵⁹ Ten opzichte van de Grondwet is de gewoonte slechts van supplementaire aard, waardoor deze geen afbreuk kan doen aan de hoogste interne norm en deze niet kan wijzigen.⁶⁰ Ten gevolge hiervan kan de Grondwet, net zoals een nieuwe, afwijkende praktijk, een gewoonte opheffen.⁶¹

Deze ondergeschiktheid impliceert tevens dat een ongrondwettelijke praktijk, de regelmatige schending van een grondwetsbepaling of het niet gebruikmaken van een grondwettelijk prerogatief kunnen uitgroeien tot een nieuwe, bindende grondwettelijke regel van gewoonterechtelijke aard.⁶²

Opvallend is dat DUMONT en LEJEUNE menen dat er praktijken bestaan in de Belgische rechtsorde die als bindend beschouwd worden, maar strijden met de Grondwet. Het bestaan van deze praktijken noopt de verschillende hoogste rechtssprekende organen ertoe de Grondwet te interpreteren in het licht van het huidige politiek systeem. Een dergelijke interpretatie garandeert dat er van een gewoonte *contra constitutionem* geen sprake kan zijn.⁶³ Een voorbeeld hiervan

51. J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, I, Brugge, die Keure, 2015, 149.

52. Deze omschrijving gelijkt sterk op de definitie die DICEY hanteert voor de *conventions of the constitution*. Zie A.V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Londen, Macmillan, 1915, 277.

53. J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, I, Brugge, die Keure, 2019, 23.

54. Y. LEJEUNE, "Un gouvernement fédéral remanié doit-il solliciter la confiance de la Chambre quand il est devenu minoritaire?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Semper perseverans: liber amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (439) 447.

55. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge: fondements et institutions*, Brussel, Larcier, 2021, 110.

56. Wel is er in Nederland discussie mogelijk over de vraag of een conventie (of regel van gewoonterecht) aan de Grondwet kan derogeren. Doorgaans wordt aangenomen dat dit onder zeer uitzonderlijke omstandigheden mogelijk is. Zie GEERTJES, *supra* vn. 12, 354-360. In het Verenigd Koninkrijk ligt dit anders, omdat in dit stelsel bij ontstentenis van een gecodificeerde grondwet en vanwege de werking van de parlementaire soevereiniteit, de hoogste rechtsbron een 'gewone' Act of Parliament is. Een conventie kan daarom per definitie niet aan het geschreven recht derogeren. Vgl. P. ELEFTHERIADIS, "Parliamentary Sovereignty and the Constitution", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2009, vol. 22(2), (267) 275.

57. Zie bv. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux de droit*, Brussel, Bruylant, 1970, 19.

58. R. ERGEC, *Introduction au droit public*, I, Brussel, Story-Scientia, 1994, 31.

59. J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, "Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen" in POSTUNIVERSITAIRE CYCLUS WILLY DELVA (ed.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, MYS & Breesch, 1997, (37) 69.

60. A. MAST, "De grondwettelijke norm", *TBP* 1970, (426) 430; J. VELU, *Droit public*, Brussel, Bruylant, 1986, 158; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, I, Brugge, die Keure, 2015, 152; C. BEHRENDT en M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, Brussel, die Keure, 2021, 415.

61. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge: fondements et institutions*, Brussel, Larcier, 2021, 109.

62. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Pouvoir de fait et règle de droit dans le fonctionnement des institutions politiques*, Brussel, Éditions de la librairie encyclopédique, 1957, 23; F. DELPÉRIE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 2000, 52; J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, I, Brugge, die Keure, 2019, 22.

63. H. DUMONT, "Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses" in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST en M. VAN DE KERCKHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées*, I, Limal, Anthemis, 2012, (581) 621; Y. LEJEUNE, "Un gouvernement fédéral remanié doit-il solliciter la confiance de la Chambre quand il est devenu minoritaire?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Semper perseverans: liber amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (439) 445.

is de gedeeltelijke delegatie van de koninklijke bevoegdheden aan een minister. Deze praktijk stoelt op efficiëntieoverwegingen, maar is schijnbaar niet in overeenstemming met de tekst van artikel 33 Gw. Desalniettemin hebben het Hof van Cassatie en de Raad van State intussen reeds bepaald dat deze gewoonte niet ongrondwettig is.⁶⁴

Het grondwettelijk gebruik kan geen plaats toebedeeld worden in de hiërarchie der normen, aangezien het niet juridisch bindend is. Om die reden mag het nooit ingaan tegen om het even welke bindende rechtsregel.⁶⁵ Deze principes zijn louter richtlijnen voor het bestuur, dat er probleemloos en naar eigen goeddunken van kan afwijken.⁶⁶ Gelijklopend met de gewoonte, verdedigen DUMONT en LEJEUNE eveneens de doorwerking van gebruiken *contra constitutionem*.⁶⁷ In een constitutionele democratie zoals de Belgische valt echter niet in te zien hoe de toepassing van deze *conventions de la Constitution parallèles* aanvaardbaar is.

Tot slot vonden een aantal gewoonterechtelijke praktijken reeds hun weg naar het geschreven recht. De bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980 codificeert de principes van lopende zaken en consensus in de besluitvorming van de regering voor de Belgische deelstaten.⁶⁸ De codificatie heeft als gevolg dat de positie van deze beginselen in de hiërarchie der normen duidelijk afgelijnd is. De bijzondere wet staat namelijk boven de gewone wet, maar onder de Grondwet.⁶⁹

III. Handhaving van de gewoonte

1. Gerechtelijke afdwinging

In het Verenigd Koninkrijk en Nederland zijn buitengrondwettelijke regels per definitie niet vatbaar voor *rechtstreekse* rechterlijke handhaving. Wel komt het in een enkel geval voor dat rechters het bestaan van een conventie erkennen zonder haar te kunnen

toepassen.⁷⁰ In België ligt dit genuanceerder. Naar Belgisch recht is de grondwettelijke gewoonte principieel juridisch afdwingbaar.⁷¹ Deze rechterlijke handhaving is wel enigszins versnipperd. Met name onderzoeken een aantal rechtscolleges de overeenstemming met de grondwettelijke gewoonte niet. Hierdoor worden slechts bepaalde rechtsbronnen aan de grondwettelijke gewoonte getoetst. De mogelijke sancties bij vaststelling van een schending van de gewoonte verschillen eveneens.

Het Grondwettelijk Hof voelt als een logische rechter om de inbreuk op een grondwettelijke gewoonte te bespisen. In de Belgische rechtsorde heeft het Hof namelijk een monopolie op het toetsen van wetskrachtige regels aan de Grondwet. Uit de vaste rechtspraak van het Hof blijkt echter dat het niet toetst aan de gewoonte. Het Hof poneert consistent dat het enkel bevoegd is wetgevende normen aan een inhoudelijke grondwettigheidstoets te onderwerpen. Een controle van de wijze of de nadere regels van totstandkoming maakt hier geen deel van uit. Een middel dat een dergelijke, formele ongrondwettigheid opwerpt, onderzoekt het Hof niet.⁷² Het Hof put daarnaast een bijkomend argument voor diens onbevoegdheid uit de limitatieve omschrijving in de Grondwet en bijzondere wet van de grondwetsbepalingen waaraan getoetst mag worden.⁷³ Het is dan ook weinig verbazingwekkend dat er geen rechtspraak is waarin het Hof de grondwettelijke gewoonte expliciet als bron van grondwettelijk recht erkent. Een wetgevende norm die de grondwettelijke gewoonte schendt, kan op basis van dat argument dus niet gesanctioneerd worden.

Wat betreft de administratieve besluiten, liggen de kaarten anders. Vooreerst kan de Raad van State de wettigheid van een besluit nagaan. Deze wettigheidscontrole kent een ruime invulling en omvat de overeenstemming met elke rechtsregel hoger dan het desbetreffende besluit. De schending van een grondwettelijke gewoonte zou in abstracto dus een annulatieberoep bij de Raad kunnen staven. De rechtspraak van de Raad bevestigt deze theoretische hypothese.

64. Deze gewoonte is niet strijdig met artikel 33 Gw. aangezien het gaat om de delegatie van detailmatige beslissingsmacht of het nemen uit uitvoeringsmaatregelen met minimale impact. Bovendien kan de bevoegdheidsoverdracht ten alle tijden stopgezet worden. Zie Cass. 4 mei 1920, *Pas.* 1920, I, 135; RvS 26 oktober 2010, 208.462.

65. J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMACKER, *Belgisch Publiekrecht*, I, Brugge, die Keure, 2015, 152.

66. J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, "Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen" in POSTUNIVERSITAIRE CYCLUS WILLY DELVA (ed.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, (37) 69-70.

67. H. DUMONT, "Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses" in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST en M. VAN DE KERCKHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées*, I, Limal, Anthemis, 2012, (581) 621; Y. LEJEUNE, "Un gouvernement fédéral remanié doit-il solliciter la confiance de la Chambre quand il est devenu minoritaire?" in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Semper perseverans: liber amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (439) 449.

68. Art. 69 en 73, tweede lid BWHI, BS 15 augustus 1980, 9.434. De bijzondere wet laat bovendien toe dat de gemeenschaps- en gewestparlementen deze regels omtrent hun regeringen zelf bij decreet wijzigen, aanvullen, vervangen of opheffen. Vlaanderen maakte van deze mogelijkheid gebruik. De beginselen van de lopende zaken en regeringsconsensus werden echter identiek neergelegd in het Vlaamse Decreet. Zie art. 22, 26 en 28, 1° Bijz.Decr. 7 juli 2006 over de Vlaamse instellingen, BS 17 oktober 2006, 55.090.

69. P. POPELIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, die Keure, 2004, 365-366.

70. Zie voor een bespreking van de relevante rechtspraak in Nederland M.J. VETZO, "The Legal Relevance of Constitutional Conventions", *Utrecht Law Review* 2018, vol. 14 (1), 150-154 respectievelijk het Verenigd Koninkrijk GEERTJES, *supra* vn. 12, 147-184.

71. M. VAN DAMME, *Overzicht van het Grondwettelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2015, 105.

72. Anders verwoord gaat het Hof enkel de grondwettigheid van de rechtsregels die de wetskrachtige norm bevat na. Een controle van de proceduredimensies ervan, bijvoorbeeld de naleving van procedurele voorschriften, beschouwt het Hof niet als een van zijn bevoegdheden. Zie GwH 15 januari 2009, overw. B.8.2.; GwH 22 juni 2017, nr. 82/2017, overw. B.14.1.; GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.28.3.

73. GwH 22 mei 2013, nr. 70/2013, overw. B.3. Zie art. 142, tweede lid Gw. en art. 1 bijzondere wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, BS 7 januari 1989, 315.

Het middel dat een schending van een grondwettelijke gewoonte door een besluit aanvoert, wordt door de Raad als ontvankelijk beschouwd en onderzocht.⁷⁴ Indien een dergelijk middel voldoende onderbouwd is, kan het leiden tot de vernietiging van het aangevochten besluit.⁷⁵ Bovendien benadrukt de Raad regelmatig het gewoonterechtelijk karakter van de bindende praktijken waaraan getoetst wordt.⁷⁶ Alzo is het onmiskenbaar dat de Raad van State de grondwettelijke gewoonte handhaaft.

Daarnaast neutraliseren de gewone hoven en rechtbanken via artikel 159 van de Grondwet het besluit dat ingaat tegen de grondwettelijke gewoonte. De in dat artikel vervatte exceptie van onwettigheid gebiedt deze de besluiten en verordeningen die strijden met de wet buiten toepassing te laten. Andermaal kent dit wetsbegrip een ruime invulling. Het betreft elke norm die hoger staat dan de akte waarvan de buitentoepassinglating verzocht wordt.⁷⁷ De grondwettelijke gewoonte bekleedt in de hiërarchie der rechtsnormen een hogere positie dan het besluit. Bij een conflict tussen een gewoonte en een besluit zou het aan de rechter zijn dit laatste niet in acht te nemen. Onzes inziens is dit een correcte hypothese. Artikel 159 is op algemene en abstracte wijze geformuleerd, waardoor niets de toepassing ervan in de voormelde hypothese in de weg staat. Andere stemmen in de doctrine lijken dit standpunt eveneens te volgen.⁷⁸

Ook gerechtelijke uitspraken mogen de grondwettelijke gewoonte niet miskennen. Het Hof van Cassatie werd reeds, weliswaar uitermate sporadisch, verzocht de conformiteit van uitspraken gedaan in laatste aanleg met de gewoonte te onderzoeken.⁷⁹ Tot op heden zijn er twee dergelijke arresten te vinden. Deze arresten tonen schijnbaar dat het Hof de gewoonte als deel van het wettigheidstoezicht beschouwt. In een geschil tegen de Belgische Staat, waar het Hof zich over uitsprak in 1987, werd opgeworpen dat een minister geen voorziening in cassatie kan instellen zonder dit

voorafgaand in de ministerraad te overleggen, conform de grondwettelijke gewoonte. Het Hof stelde dat de omschreven verplichting niet bestond en dat het cassatieberoep geldig werd ingesteld.⁸⁰ Dat het Hof de praktijk in kwestie niet als bindend beschouwde, doet geen afbreuk aan de mogelijkheid om de naleving ervan na te gaan. Het toont daarentegen juist aan dat het Hof hiervoor openstaat.⁸¹ Een decennium later, in 1999, sprak het Hof zich uit over een mogelijke schending van de theorie van de lopende zaken.⁸² Er mag dus verondersteld worden dat het Hof de rechterlijke uitspraak die de grondwettelijke gewoonte met de voeten treedt, zal casseren.

2. Buitengerechtelijke sanctioneringsmechanismen

Een andere belangrijke vorm van handhaving van buitengrondwettelijke regels vindt buiten de rechtszaal plaats. In het Verenigd Koninkrijk en in Nederland kan de bindende werking van de conventie – die daar immers in het geheel niet gerechtelijk afdwingbaar is – worden gezien als een soort informele afspraak, die haar oorsprong vindt in een constante stroom van handelingen waaruit binnen en tussen instellingen verwachtingen voortvloeien over de bindende kracht van een bepaalde buitengrondwettelijke regel.⁸³ Ook voor buitengrondwettelijke regels die gelden in de verhouding tussen coalitie en oppositie is dit de belangrijkste verklaring voor de bindende kracht van conventies. Illustratief is de regel in het Verenigd Koninkrijk die voorschrijft dat de Prime Minister bij iedere ‘national emergency’ de ‘senior members of the opposition parties’ raadpleegt.⁸⁴ Als opeenvolgende Prime Ministers zich consequent aan deze regel houden, dan ontstaat op den duur bij de oppositiepartijen de verwachting dat ook latere Prime Ministers deze regel zullen volgen. De precieze inhoud is mede afhankelijk van de wijze waarop de Prime Minister het begrip ‘national emergency’ uitlegt. Als hij of zij in een bepaalde situatie van oordeel is dat sprake is

74. Zie bv. RvS 10 mei 1968, nr. 12.951, Jassogne, *Arr.RvS* 1968, (384) 387; RvS 28 maart 1991, nr. 36.772, Van Steenlandt en Kempnaers, *Arr.RvS* 1991.

75. Zie bv. RvS 14 juli 1975, nr. 17.131, V.Z.W. Association du personnel wallon et francophone des services publics, *Arr.RvS* 1975, (745) 750; RvS 17 mei 2016, nr. 234.747; RvS 8 maart 2024, nr. 259.078.

76. Zie o.m. RvS 8 mei 2014, nr. 227.311, overw. 7 (betreffende de lopende zaken); RvS 18 december 2018, nr. 243.271, overw. 14 (betreffende de consensus bij regeringsbesluiten); RvS 30 juni 2022, nr. 254.199, overw. VII.2. (betreffende de lopende zaken).

77. F.-X. BARCENA, “Quelles normes? Le champ d’application normatif du contrôle de légalité” in M. NIHOUL (ed.), *L’article 159 de la Constitution: le contrôle de légalité* incident, Brussel, die Keure, 2010, (103) 131.

78. De auteurs die hierover reeds schreven, deden dit over de verhouding tussen de theorie van de lopende zaken en artikel 159. Hierbij stelden zij dat het besluit dat de lopende zaken schendt buiten toepassing gelaten kan worden bij de gewone rechter op basis van artikel 159. Aangezien dit principe het schoolvoorbeeld van een grondwettelijke gewoonte is, bevestigt dit schijnbaar de vooropgestelde visie. Zie J. VELAERS en Y. PEETERS, “De ‘lopende zaken’ en de ontslagnemende regering”, *TBP* 2008, afl. 1, (3) 5; A.-S. RENSON en M. VERDUSSEN, “Le contrôle juridictionnel des actes posés en affaires courantes”, *RBDC* 2020, afl. 3, (341) 343; C. BEHRENDT, “Le régime des affaires courantes et la Constitution belge”, *RBDC* 2020, afl. 3, (381) 383.

79. De mogelijke miskenning van de grondwettelijke gewoonte door een gerechtelijke uitspraak gedaan in laatste aanleg betreft een zogenaamde overtreding van de wet of schending van een substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm, die het Hof op basis van artikel 608 Ger.W. kan sanctioneren.

80. Cass. 10 april 1987, *Arr.Cass.* 1987, (1043) 1080-1081, concl. J. VELU. UYTENDAELE formuleerde scherpe kritiek op de visie van het Hof in dit arrest. Zie M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel: regards sur un système institutionnel paradoxale*, Brussel, Bruylant, 2005, 101.

81. DUMONT benadrukt evenzeer dat het Hof zich slechts over de opgeworpen gewoonte in het onderliggende geschil heeft uitgesproken en niet op algemene wijze bepaald heeft dat het middel dat de niet-naleving van een grondwettelijke gewoonte aanvoert onontvankelijk is. Zie H. DUMONT, “Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses” in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST en M. VAN DE KERCKHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées*, I, Limal, Anthemis, 2012, (581) 593.

82. Cass. 4 februari 1999, AR C.97.0185.F.

83. J. JACONELLI, “Do Constitutional Conventions Bind?”, *The Cambridge Law Journal* 2005, vol. 64(1) (149) 170: “[T]heir essence [d.w.z. van conventies, NK & GJG] is found to subsist in a stream of concordant actions and expectations deriving from such actions. In such a system of reciprocal acts and forbearances it is possible to derive the basis of obligation.”

84. *Cabinet Manual* (eerste ed., oktober 2011), par. 1.12: “Exceptionally, (...) senior members of opposition parties can be given briefings on confidential terms.”

van 'a national emergency', dan zal de oppositie in toekomstige, vergelijkbare gevallen verwachten dat de Prime Minister deze regel opnieuw zal volgen. De Prime Minister kiest er op zijn beurt voor om deze conventie na te leven in de verwachting dat de oppositie deze regel op haar beurt ook weer zal navolgen als de partij van de Prime Minister in de oppositie terechtkomt (en de huidige oppositie de coalitie van de toekomst wordt).⁸⁵

Afgezien van de verschillende juridische procedures in België, wordt het gewoonterecht in dat land eveneens buitengerechtelijk gehandhaafd.⁸⁶ Dit is het geval voor de grondwettelijke gewoonte, evenals voor het grondwettelijk gebruik. Het gebruik kan overigens enkel op deze politieke en sociale wijze afgedwongen worden, aangezien het geen juridische verplichtingen omvat.⁸⁷ Het risico op politiek tumult motiveert de betrokken actoren het gebruik, ondanks het gebrek aan juridische verplichting, desalniettemin in acht te nemen.⁸⁸ Dat geldt niet alleen voor de grondwettelijke gewoonte en het grondwettelijke gebruik in België, maar ook voor conventies in Nederland en het Verenigd Koninkrijk.

Er zijn allerhande politieke technieken om de naleving van het constitutioneel gewoonterecht te verzekeren, dan wel een overtreding ervan niet ongemerkt te laten voorbijgaan. Voorbeelden zijn openlijke kritiek, politiek gezichtsverlies of electorale schade. Een schending die uitermate slecht onthaald wordt door de bevolking zou zelfs aanleiding kunnen geven tot protesten of opstanden.⁸⁹

Er ligt bovendien nog een wezenlijk sanctioneringsmechanisme verrat in de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. De minister is verantwoordelijk voor het (nalaten te) handelen in de uitoefening van zijn functie, evenals de daden die zijn ondergeschikten stellen.⁹⁰ De aansprakelijkheid impliceert dat de minister het parlement rekenschap verschuldigd is wanneer het dit eist.⁹¹ Het betreft een uitsluitend politieke verantwoordelijkheid, aangezien geen juridische fout

of nalatigheid nodig is om de minister op het matje te roepen.⁹²

Indien het parlement de door de minister afgelegde verklaring onvoldoende acht, kan het hem hiervoor sanctioneren. Het parlement beoordeelt soeverein de opportuniteit van een berisping.⁹³ Het beschikt over een arsenaal aan mogelijkheden in dit opzicht, gaande van een (relatief schadeloze) tik op de vingers tot het (veel ernstigere) intrekken van het vertrouwen in de betrokken minister of regering.⁹⁴ Bovendien is het niet ongebruikelijk dat de minister, die zich zodanig in de nesten heeft gewerkt, de eer aan zichzelf houdt en vrijwillig opstapt.⁹⁵

De niet-inachtnaam van een grondwettelijke gewoonte of gebruik kan de minister dus zuur opbreken. Gelet op het huidige politieke landschap, dat zodanig verdeeld en versnipperd is, bestaat er geen twijfel dat deze mechanismen gebruikt zullen worden. Tezeldertijd moet het belang van dit instrument enigszins genuanceerd worden. Verschillende regeringsleden maakten de voorbije jaren (grote) fouten in het kader van hun functie, maar ondervonden hier, afgezien van tijdelijke politieke en maatschappelijke commotie, al bij al weinig impact van.⁹⁶ Het oordeel van de partij waartoe de minister behoort en het eigen moreel kompas lijken de bovenhand te nemen op de overwegingen van het parlement. De politieke ministeriële verantwoordelijkheid is derhalve geen zaligmakend buitengerechtelijk handhavingsinstrument.

IV. Praktijkvoorbeelden van het grondwettelijk gewoonterecht

Er zijn tal van voorbeelden van buitengrondwettelijke regels terug te vinden in de Belgische, Nederlandse en Britse rechtsordes. Gelet op de inhoudelijke parallellen tussen deze specifieke regels, worden de inperking van de regeringsbevoegdheden bij regeringsontslag, het (in)formateurschap en de vertrouwensstemming van een nieuwe regering verder toegelicht. Voor al

85. JACONELLI, *supra* vn. 83, 171: "The party that is in power at the moment respects the constraints that are imposed on it by constitutional conventions in the expectation that the opposition parties, when they attain office, will likewise respect the same constraints." Zie voor een vergelijkbare verklaring voor de naleving van conventies in de Nederlandse context: VERHEY, *supra* vn. 25, 8.
86. J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, "Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen" in POSTUNIVERSITAIRE CYCLUS WILLY DELVA (ed.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, (37) 68.
87. M. VAN DAMME, *Overzicht van het Grondwettelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2015, 106.
88. J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, I, Brugge, die Keure, 2019, 23.
89. J. VELAERS, "Op de grens van Grondwet en politiek. Enkele beschouwingen bij het 'uitgedoofde' koninklijke vetorecht" in J. VELAERS (ed.), *Publiek recht, ruim bekeken: opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 1994, (445) 461-462.
90. J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in UNIVERSITY OF ANTWERP LEGAL SCHOOL (ed.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 364.
91. Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 631.
92. F. DELPÉRE, "Les développements récents de la responsabilité ministérielle en Belgique" in INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR STAATSRECHT V.Z.W. (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid – La responsabilité ministérielle*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, (3) 6.
93. Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 631.
94. J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in UNIVERSITY OF ANTWERP LEGAL SCHOOL (ed.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 379-380.
95. Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 632. In de praktijk wordt een minister zelden tot ontslag gedwongen door het parlement, maar stapte deze doorgaans uit eigen beweging op. Over de vertrouwensvraag, zie W. PAS, "Losse bedenkingen over de parlementaire controle op de regering anno 2020" in E. VANDENBOSSCHE (ed.), *Regeren anno 2020*, Brugge, die Keure, 2020, (253) 258.
96. In 2020 bijvoorbeeld nam toenmalig staatssecretaris van Begroting en Consumentenbescherming Eva De Bleeker geen ontslag na de prijzen van verschillende COVID-vaccins gedeeld te hebben op Twitter, ook al was de Belgische overheid gebonden aan een geheimhoudingsovereenkomst.

deze voorbeelden geldt dat zij van essentieel belang zijn voor een goed begrip van de werking van de Belgische en Nederlandse constituties. Bovendien illustreren deze voorbeelden dat beide landen weliswaar kampen met gelijkaardige problemen maar daar verschillend mee omgaan. In deze paragraaf wordt geprobeerd deze verschillen in kaart te brengen en aan de hand daarvan te analyseren wat die verschillen precies betekenen voor de duiding van buiten(grond)wettelijke regels.

Alle voorbeelden uit deze paragraaf hebben betrekking op de periode waarin de oude regering ontslagnemend is en er nog geen volwaardige nieuwe regering aan het bewind is. Zowel in België als Nederland roept deze transitieperiode complexe constitutionele vragen op. In het Verenigd Koninkrijk ligt dit anders. De verkiezingen voor het Lagerhuis in dit land geven vrijwel steeds meteen duidelijkheid over de samenstelling van de nieuwe regering. De noodzaak tot coalitievorming na de verkiezingen voor het Lagerhuis behoort daar tot de hoge uitzonderingen.⁹⁷ Tegen die achtergrond komen in deze paragraaf geen praktijkvoorbeelden uit dit land aan de orde.

1. De inperking van de regeringsbevoegdheden bij regeringsontslag

In grote lijnen kennen België en Nederland een vergelijkbaar uitgangspunt voor een regering die recent haar ontslag heeft aangeboden: waar in België in dit kader wordt gesproken van een ontslagnemende regering, wordt in Nederland in dit verband gesproken van een demissionair kabinet.

Indien de regering ontslagnemend is, schrijft de Belgische grondwettelijke gewoonte voor dat de bevoegdheden van de regering beperkt worden tot de zogenaamde lopende zaken.⁹⁸ Wanneer het parlement ontbonden is en in de periode tussen verkiezingen en de vorming van een nieuwe regering geldt dit principe evenzeer.⁹⁹ De ratio voor deze bevoegdheidslimitatie ligt verval in het verval of de ingrijpende beperking van de controle die het parlement op de regering kan uitoefenen.¹⁰⁰ De ultieme stok achter de deur van het parlement, namelijk het gedwongen regeringsontslag, is niet langer een mogelijkheid, aangezien de regering reeds ontslagnemend is of het parlement ontbonden is en aldus geen zitting kan hebben.¹⁰¹ Ten gevolge van deze verstoring van de grondwettelijk ingebouwde balans tussen het parlement en de regering, moet de laatstgenoemde macht zich terughoudend opstellen.¹⁰² Tezeldertijd laat de continuïteit van de openbare dienst niet toe dat het bestuur van het land volledig tot stilstand komt. Alzo is het gerechtvaardigd dat de regering, ondanks het wegvallen van de parlementaire controlemogelijkheden, nog steeds bepaalde bevoegdheden kan uitoefenen.¹⁰³

Traditioneel worden in de Belgische rechtspraak en rechtsleer drie soorten lopende zaken onderscheiden. Ten eerste zijn er de zaken van dagelijks bestuur, ofwel zaken die weinig tot geen politieke dimensie hebben en daardoor nooit de vertrouwensband tussen het parlement en de regering in gevaar zouden brengen.¹⁰⁴ Ten tweede zijn er de dringende zaken, die geen uitsstel toelaten aangezien anders bepaalde belangen in het gedrang zouden komen.¹⁰⁵ Ten derde mogen ook de reeds aangevatte zaken verder afgehandeld worden

97. Na de Tweede Wereldoorlog heeft dit land maar één formele coalitieregering gekend, namelijk de regering-Cameron/Clegg (2010-2015). Het kwam echter in die periode veel vaker voor dat de grootste partij in dit land (de Conservative Party of de Labour Party) niet een absolute meerderheid van het aantal zetels in het parlement haalde. In al die gevallen kwam er een minderheidsregering aan het bewind die een overeenkomst sloot met een andere partij om zich van voldoende steun te verzekeren zonder dat die andere partij ministers leverde aan de regering. Laatstelijk sloot premier Theresa May als eerste minister een dergelijke overeenkomst met de Noord-Ierse DUP. Zie "The Conservative/DUP Deal: What It Says and What It Means", *The Guardian* 26 juni 2017.
98. Zie bv. RvS 22 oktober 1974, nr. 16.682, Vergucht, *Arr.RvS* 1974, (1104) 1108; RvS 15 maart 1978, nr. 18.848, Nationaal Christelijk Middenstandsverbond N.C.M.V., *Arr.RvS* 1978, (354) 360. Gelet op de strekking en beperkte omvang van deze bijdrage, zullen niet alle aspecten van de lopende zaken besproken worden. Voor een uitgebreide analyse van dit concept, zie onder meer L. MANISCALCO, "Des affaires pas si courantes que cela...", *RBDC* 2015, afl. 1, 13-55; J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, II, Brugge, die Keure, 2019, 466-481; W. PAS, "Omtrent de lopende zaken" in E. VANDENBOSSCHE (ed.), *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure, 2019, 215-263; N. BERNARD, "L'expédition des affaires courantes: évolutions d'une coutume constitutionnelle", *RBDC* 2020, afl. 3, 313-339.
99. Zie o.m. RvS 9 juli 1975, nr. 17.128, Berckx, *Arr.RvS* 1975, (725) 733-734; RvS 31 mei 1994, nr. 47.689, Leclercq, *Arr.RvS* 1994; RvS 25 maart 2013, nr. 222.969, overw. 86; RvS 1 december 2022, nr. 255.153, overw. 25. Wat betreft de ontbinding, dient opgemerkt te worden dat deze wel al effectief plaats moet hebben gevonden. Een ontbinding die imminent is of zelfs gepland is, maar nog niet heeft plaatsgevonden, heeft geen impact op de bevoegdheden van de regering. Zie RvS 15 oktober 2008, nr. 187.095.
100. Zie o.a. Cass. 4 februari 1999, AR C.97.0185.F.; RvS 21 juni 2000, nr. 88.138; RvS 8 mei 2014, nr. 227.311, overw. 7; RvS 19 augustus 2020, nr. 248.156, overw. 12.
101. P. POPELIER, "Lopende zaken: over een regering zonder vertrouwen en een parlement zonder motor", *CDPK* 2008, afl. 1, (94) 98. In de periode tussen verkiezingen en de vorming van een nieuwe regering zal het parlement doorgaans wel al bijeengeroepen zijn en zitting hebben. De inperking van de regeringsbevoegdheden tot de lopende zaken kan hierdoor enigszins betwifelbaar zijn, aangezien parlementaire controle wel mogelijk is. Het is echter gebruikelijk dat de regering, indien deze nog niet ontslagnemend was, de dag na de wetgevende verkiezingen haar ontslag aan de Koning aanbiedt. Deze aanvaardt dit dan officieus en belast de regering in kwestie met de afhandeling van de lopende zaken. Dit is een vaste praktijk en gebeurt ook als de aftredende regering opnieuw een meerderheid veiligstelt of deze zelfs kan verruimen. Zie A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 150-153. Afgezien van deze praktijk zou bepleit kunnen worden dat een aftredende regering geen volheid van bevoegdheid heeft zolang de gewoonterechtelijk opgelegde vertrouwensstemming niet plaatsvindt. Indien de regering haar ontslag niet aan de Koning zou aanbieden, zou de verplichte vertrouwensstemming o.i. een gelijkaardig effect hebben en leiden tot de inperking van de regeringsbevoegdheden.
102. J. VANDE LANOTTE, "Neem plechtig uw hoofd af: beschouwingen bij enkele actuele knelpunten in het Belgische publiekrecht", *RW* 1988-89, afl. 34, (1145) 1153.
103. RvS 14 juli 1975, nr. 17.131, V.Z.W. Association du personnel wallon et francophone des services publics, *Arr.RvS* 1975, (745) 750; RvS 16 maart 1984, nr. 24.143, Deval, *Arr.RvS* 1984, (531) 535.
104. Voorbeelden van deze categorie zijn het bestuurlijk toezicht op lagere besturen en het vacant verklaren van een overheidsbetrekking. Zie RvS 30 juni 1983, nr. 23.419, Wagemans, *Arr.RvS* 1983, 1535; RvS 18 mei 1988, nr. 30.060, Gemeente Ecaussinnes en consorten, *Arr.RvS* 1988; RvS 17 mei 2016, nr. 234.747; A. MAS-CARENHAS GOMES MONTEIRO, "L'expédition des affaires courantes", *Res Publica* 1978, afl. 3, (433) 439; S. STORMS, "Een loopje met de lopende zaken", *RW* 2014-15, afl. 9, (323) 328.
105. De aanstelling van een ambassadeur, gelet op het internationale belang hiervan voor de Belgische Staat, is een voorbeeld van een dringende zaak. Zie Cass. 4 februari 1999, AR C.97.0185.F.; RvS 5 februari 1981, nr. 20.933, Stad Brussel, *Arr.RvS* 1981, 198; RvS 31 augustus 2011, nr. 214.910, overw. 17; RvS 24 september 2012, nr. 220.717; RvS 8 mei 2014, nr. 227.311, overw. 7.

tijdens een periode van lopende zaken.¹⁰⁶ In de voorbije jaren werd tevens een vierde soort lopende zaken erkend. Het betreft de zogenaamde door het parlement gedragen zaken.¹⁰⁷

In Nederland gelden voor het demissionaire kabinet vergelijkbare uitgangspunten: de bevoegdheid van een dergelijk kabinet dient te worden beperkt, omdat het parlement niet meer beschikt over de mogelijkheid om het vertrouwen op te zeggen in het voltallige kabinet en het kabinet op zijn beurt niet meer in staat is de 'kabinetskwestie' te stellen.¹⁰⁸ Wel kan het parlement nog het vertrouwen opzeggen in *individuele* ministers of staatssecretarissen in welk geval zij direct (voordat de Koning daadwerkelijk het ontslag aan het gehele kabinet verleent) moeten opstappen. Formeel geldt als uitgangspunt dat er ten minste één demissionaire minister moet aanblijven, omdat anders de Koning niet meer gedekt kan worden tegen de politieke verantwoordelijkheid van bewindspersonen voor het handelen van de regering (art. 42, tweede lid Nederlandse Grondwet).¹⁰⁹ Als een kabinet demissionair is, dan blijven de bevoegdheden van het parlement volledig onaangetast. Anders dan in België, gaat een besluit tot ontbinding van de Tweede Kamer op basis van artikel 64, derde lid van de Nederlandse Grondwet pas in op het moment dat de *nieuwe* Tweede Kamer samenkomt. De vertrekkende Kamer kan tot het moment dat de ontbinding ingaat van al haar bevoegdheden gebruik blijven maken. Als de ontbinding daadwerkelijk geëffectueerd is, dan is de nieuwe Tweede Kamer al geïnstalleerd. Er is uiteraard geen aanleiding om aan te nemen dat de nieuwgekozen Kamer, die immers een vers kiezersmandaat heeft, over beperkte bevoegdheden beschikt als een kabinet demissionair is. Hoewel de demissionaire status van een kabinet in Nederland niet leidt tot een zo sterke verstoring van de verhoudingen tussen regering en parlement als in België, wordt de verhouding tussen de coalitie en de oppositie wel diffuser. Dat is in het bijzonder het geval vanaf het moment dat de formatie van het nieuwe kabinet van start gaat, omdat het dan voor de (nieuw gekozen) fracties in de Tweede Kamer

nog niet (volledig) duidelijk is welke partijen regeringsverantwoordelijkheid zullen dragen.

Bij een demissionair kabinet geldt dus als uitgangspunt dat het kan optreden zolang het parlement dat toestaat. Dit uitgangspunt komt ook tot uitdrukking in de opdracht van de Koning aan bewindspersonen van demissionaire kabinetten om "al datgene te blijven verrichten, wat zij in het belang van het Koninkrijk noodzakelijk achten".¹¹⁰ Of de uitoefening van een bepaalde taak inderdaad in het belang van het Koninkrijk noodzakelijk is, is deels ter beoordeling van het parlement dat een lijst van 'controversiële onderwerpen' opstelt waarvan de behandeling moet worden uitgesteld tot het aantreden van een nieuw, missionair kabinet. Niettemin garandeert deze gang van zaken niet dat een demissionair kabinet zich niet hoeft in te laten met politiek controversiële thema's. Er geldt daarom in Nederland een conventie met een soort 'restfunctie' op basis waarvan bewindspersonen zich zoveel mogelijk dienen te onthouden van het nemen van politiek omstreden beslissingen.¹¹¹ Anders dan in België, kent Nederland een uitwerking van 'soorten' beslissingen die al dan niet politiek omstreden zijn (of tot de lopende zaken behoren). Dat maakt dit een relatief lastige conventie om te handhaven, omdat nooit precies duidelijk zal zijn wanneer zij geldt en dus ook niet wanneer zij gehandhaafd moet worden.

2. Het (in)formateurschap

De Belgische Grondwet bepaalt dat de Koning de ministers van de federale regering benoemt en ontslaat.¹¹² Het is echter niet de hoogste interne norm die regelt hoe deze regering gevormd wordt, maar het grondwettelijk gewoonterecht.¹¹³ Nadat de Koning bepaalde vooraanstaande politieke en socio-economische actoren, zoals de ontslagnemende premier, raadpleegt, stelt hij een informateur aan die verkennende gesprekken opstart.¹¹⁴ Deze informateur bekijkt de politieke verhoudingen na de verkiezingen en brieft de Koning vervolgens over mogelijke coalitieformules.¹¹⁵ Indien de informateur vastloopt of zijn taak niet naar behoren kan vervullen, kan deze zijn

106. Het betreft aangelegenheden waarvoor de beslissingsprocedure reeds geruime tijd voor de start van de lopende zaken werd aangevat, die vervolgens niet in allerijl behandeld worden en waarvan de regering de essentiële beleidskeuzes eveneens reeds voor de periode van bevoegdheidsinperking heeft genomen. Een voorbeeld hiervan zijn de benoemings- en bevorderingsprocedures in het openbaar ambt. Zie RvS 18 mei 1976, nr. 17.657, Valin, *Arr.RvS* 1976, 544; RvS 21 november 1978, nr. 19.272, Beets, *Arr.RvS* 1978, 1240; RvS 10 maart 1982, nr. 22.109, Gillet, *Arr.RvS* 1982, 530; RvS 20 mei 2014, nr. 227.485, overw. 7.5.

107. Deze beslissingen worden genomen in navolging van parlementaire goedkeuring, doorgaans via een motie of resolutie. De instemming van het parlement legitimeert het regeringsoptreden ondanks de bevoegdheidsinperking, aangezien van een gebrek aan parlementaire controle in een dergelijke hypothese geen sprake is. Een voorbeeld hiervan is de regeringsbeslissing om militair op te treden in Libië in 2011, die steunde op een parlementaire resolutie. Zie RvS 18 december 2018, nr. 243.271, overw. 19; Y. PEETERS en W. VANDENBRUWAENE, "Mag een ontslagnemende regering tot militaire operaties in het buitenland besluiten?", *Juristenkrant* 2011, afl. 227, 6; J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, II, Brugge, die Keure, 2019, 476-477.

108. Het stellen van de kabinetskwestie houdt in dat het kabinet dreigt zijn ontslag aan te bieden als het parlement (Tweede of Eerste Kamer) niet akkoord gaat met een bepaald voorstel van het kabinet.

109. C.N. SYRIER, "Staatsrecht in crisistijd: de staatsrechtelijke gang van zaken tijdens de kabinetscrisis van 2006", *Ars Aequi* 2008, afl. 4, (261) 267-268.

110. Dit is steeds de tekst geweest van het verzoek van de Koning of Koningin aan bewindspersonen die hun ontslag hebben aangeboden. Zie P.P.T. BOVEND'EERT & H.R.B.M. KUMMELING, *Het Nederlands parlement*, Deventer, Wolters Kluwer 2017, 492.

111. GEERTJES, *supra* vn. 12, 448 met verdere verwijzingen.

112. Art. 96, eerste lid Gw.

113. T. MOONEN, "De Koning en de vorming van de federale Regering. Evaluatie van de langste institutionele crisis ooit", *TBP* 2013, afl. 4, (230) 239; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge: fondements et institutions*, Brussel, Larcier, 2021, 806.

114. M. BELMESSIERI, "Les pouvoirs réels du monarque constitutionnel en cas de formation d'un gouvernement – Analyse comparative de la fonction royale belge et britannique", *CDPK* 2008, afl. 4, (800) 824; A. ALLEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 149.

115. R. HENRION, "L'informateur", *Journ.proc.* 1988, afl. 120, 7; K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 222.

ontslag aanbieden aan de Koning. Dit gebeurt regelmatig, waardoor het niet ongewoon is dat tijdens één regeringsformatie meerdere informateurs aan zet komen.¹¹⁶

Nadat de informateur succesvol de eerste stappen richting een nieuwe regering heeft gezet, komt de formateur aan bod.¹¹⁷ Deze heeft als taak effectief een regering te vormen.¹¹⁸ In deze hoedanigheid bepaalt de formateur in samenspraak met potentiële coalitiepartners de krachtlijnen van een toekomstig regeerakkoord en onderhandelt hij met de partijvoorzitters van de nieuw samengestelde meerderheid over de verdeling van de ministerposten.¹¹⁹ De Koning stelt doorgaans de winnaar van de verkiezingen aan als formateur, maar is formeel niet verplicht dit te doen.¹²⁰ De formateur wordt nagenoeg steeds de nieuwe eerste minister.¹²¹

Reeds sinds de eerste Belgische regeringsvorming in 1831 benoemt de Koning een formateur.¹²² Vermoedelijk was Leopold I toen niet voldoende vertrouwd met de Belgische politieke context, waarop hij besloot de hulp in te schakelen van iemand met meer kennis van zaken.¹²³ Een eeuw later, in 1935, werd door Leopold III voor het eerst een informateur aangesteld.¹²⁴ Tot op heden wordt deze praktijk consequent gevolgd bij elke regeringsvorming.¹²⁵

Ook de Nederlandse Grondwet bepaalt dat de Koning ministers benoemt en ontslaat. Net als in België is dit slechts het sluitstuk van de kabinetsformatie. Hoe die formatieprocedure verloopt, is nergens in het positieve recht terug te vinden. Tot 2012 had de Koning ook in Nederland een belangrijke regisserende rol bij de kabinetsformatie. Waar de Koning tussen 1840 en 1848 volledig zelf bepaalde welke departementen er zouden zijn en welke personen aan het hoofd daarvan

zouden staan, benoemde hij vanaf 1848 een formateur die het nieuwe kabinet zou samenstellen.¹²⁶ Ruim een eeuw later, in 1951, benoemde de Koning voor het eerst een informateur voordat hij aan de benoeming van een formateur toekwam die enig 'voorwerk' doet voordat de formateur daadwerkelijk zijn kabinetsploeg kan samenstellen.¹²⁷ Sinds 1989 geldt er een vaste conventie op basis waarvan de eerst te benoemen informateur verkent welke mogelijkheden er zijn om een coalitie te vormen die kan rekenen op de steun van een Kamermeerderheid.

In grote lijnen is dit nog altijd het uitgangspunt in Nederland. De kabinetsformatie is een precair proces, omdat het over machtsverdeling en -vorming gaat en zich daarom per definitie moeilijk laat vangen in regels. Tegen die achtergrond is het de taak van de informateur om het gelijke speelveld te waarborgen tussen alle fracties in de Tweede Kamer naar rato van hun zetelaantal: iedere partij moet, als zij daar vanuit politiek oogpunt belangstelling voor heeft, naar rato van haar zetelaantal een gelijke kans krijgen om aan de nieuwe regering te kunnen deelnemen. De informateur dient te voorkomen dat vertegenwoordigers van een specifieke politieke partij of ideologie de formatieprocedure naar hun hand kunnen zetten. Sinds 2012 heeft deze conventie een ietwat ander karakter gekregen. Niet langer ligt de bevoegdheid tot de benoeming van de (in)formateur bij de Koning, maar bij de Tweede Kamer zelf. De Tweede Kamer heeft dit destijds vastgelegd in haar eigen Reglement van Orde.¹²⁸ Hoewel deze nieuwe regel nu is vastgelegd, blijft hij het karakter van een conventie behouden omdat het eigen huishoudelijke reglement buiten de Kamer geen officieel rechtskarakter heeft (en ook andere organen dan de Kamer vanzelfsprekend niet kan binden).¹²⁹ Ondanks deze grote wijziging blijft de achterliggende waarde van de conventies rond de kabinetsformatie

116. R. HENRION, "L'informateur", *Journ.proc.* 1988, afl. 120, 7.

117. M. BELMESSIERI, "Les pouvoirs réels du monarque constitutionnel en cas de formation d'un gouvernement – Analyse comparative de la fonction royale belge et britannique", *CDPK* 2008, afl. 4, (800) 825.

118. F. DELPÉRE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 2000, 422.

119. K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 222; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel: regards sur un système institutionnel paradoxale*, Brussel, Bruylant, 2005, 418.

120. T. MOONEN, "De Koning en de vorming van de federale Regering. Evaluatie van de langste institutionele crisis ooit", *TBP* 2013, afl. 4, (230) 239.

121. M. BELMESSIERI, "Les pouvoirs réels du monarque constitutionnel en cas de formation d'un gouvernement – Analyse comparative de la fonction royale belge et britannique", *CDPK* 2008, afl. 4, (800) 825.

122. In 1831 benoemde Leopold I dhr. Lebeau, een prominent figuur tijdens de Belgische revolutie en daarom een voor de hand liggende keuze, tot formateur. Zie J. STENGERS, *L'action du Roi en Belgique depuis 1831: pouvoir et influence*, Brussel, Editions Racine, 1996, 40.

123. J. STENGERS, "Léopold I^{er} et la formation de la coutume constitutionnelle en Belgique" in P. GOFFIN, L. INGBER, J. VANDERLINDEN, G. CROISIAU, F. GORLÉ en M. MAGITS (eds.), *Liber amicorum John Gilissen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, (327) 329.

124. Het betrof minister van staat George Theunis, die geen formateur wou worden, maar wel bereid was verkennde gesprekken te voeren met de verschillende politieke partijen. Zie A. MOLITOR, *La fonction royale en Belgique*, Brussel, Centre de recherche et d'information socio-politiques, 1994, 34.

125. J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, II, Brugge, die Keure, 2019, 451. Over de kwalificatie van deze praktijk, in het bijzonder het aanstellen van een formateur, is geen eensgezindheid in de rechtsleer. Zo menen VAN DAMME en DELPÉRE dat het slechts een grondwettelijk gebruik en aldus een louter politieke praktijk betreft. Andere rechtsgeleerden, waaronder DUMONT en UYTENDAELE, bepleiten dat het wel degelijk een bindende grondwettelijke gewoonte betreft, gelet op de eeuwenlange toepassing ervan, de nauwe band met de Grondwet en de noodzakelijkheid om de instellingen vlot te laten functioneren. Zie F. DELPÉRE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 2000, 420; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel: regards sur un système institutionnel paradoxale*, Brussel, Bruylant, 2005, 102; H. DUMONT, "Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses" in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST en M. VAN DE KERCKHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées*, I, Limal, Anthemis, 2012, (581) 612; M. VAN DAMME, *Overzicht van het Grondwettelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2015, 200.

126. GEERTJES, *supra* vn. 12, 534.

127. C. VAN BAALEN en A. VAN KESSEL, *De kabinetsformatie in vijftig stappen*, Amsterdam, Boom, 2012, 68-70.

128. Zie artikel 11.1 Reglement van Orde van de Tweede Kamer. Verder benoemt de oude Kamer direct na de Tweede Kamerverkiezingen (dus nog voor de installatie van de nieuwe Kamer die pas 13 dagen na de verkiezingen plaatsvindt) nog een verkenner die de eerste inventariserende gesprekken voert met de beoogde fractievoorzitters in de nieuwe Kamer. Zie daarover G.J.A. GEERTJES en F.J.C. VAN HOUT, "De verkenningfase in de kabinetsformatie: regels versus ruimte", *Nederlands Juristenblad* 2023, afl. 38, 3294-3302.

129. GEERTJES, *supra* vn. 12, 557-559.

ongewijzigd: nog altijd heeft de vormgeving van de formatieprocedure tot doel om het gelijk speelveld tussen alle onderhandelaars te waarborgen.

3. De vertrouwensstemming van een nieuwe regering

Wanneer een nieuwe Belgische regering is gevormd, leggen de ministers vooreerst de eed af bij de Koning.¹³⁰ Vervolgens begeeft de eerste minister zich naar de Kamer om de regeringsverklaring voor te stellen, gevolgd door het door de grondwettelijke gewoonte voorgeschreven investituurdebat.¹³¹ Na dit debat bepaalt het parlement bij stemming of het zijn vertrouwen in het kersverse bestuur vestigt.¹³²

De vertrouwensstemming heeft een impact op de bevoegdheden van de regering. Verschillende rechtsgeleerden menen dat de ministers na hun eedaflegging in handen van de Koning de werkzaamheden onvoorwaardelijk mogen aanvaarden. De vertrouwensstemming zou de ministeriële handelingsbevoegdheid niet impacteren, waardoor het aldus niet werkelijk om een investituurdebat gaat.¹³³ Dit standpunt gaat op, maar moet enigszins genuanceerd worden. De regering beschikt na dier benoeming effectief over de volheid der bevoegdheid. De grondwettelijke gewoonte begrenst deze evenwel.¹³⁴ Deze praktijk verplicht de regering met de nodige terughoudendheid en voorzichtigheid

te handelen tot het verkrijgen van het vertrouwen. Hierdoor mag de regering pas effectief de volle bevoegdheden uitoefenen na de stemming.¹³⁵ Hieruit vloeit bijgevolg voort dat het Belgisch federaal parlement over de zogenaamde *government making power*, ofwel “*the power to make and unmake governments*” beschikt.¹³⁶

Het vertrouwen moet expliciet en op positieve wijze gegeven worden. Een louter vermoeden van vertrouwen of de afwezigheid van een motie van wantrouwen volstaan niet.¹³⁷ Indien de vertrouwensstemming een negatieve uitkomst kent, beschikt de prille regering niet over volheid van bevoegdheid en kan deze bijgevolg niet aantreden. Deze regering moet dan in principe opstappen.¹³⁸

De totstandkoming van deze regel is nauw gelieerd aan de invoering van het algemeen enkelvoudig stemrecht in 1918.¹³⁹ Deze democratisering van het stemrecht sloot namelijk het tijdperk van de eenpartijregeringen af en deed de coalitieregering ontstaan.¹⁴⁰ Hierdoor was het niet langer een evidentie dat de regering gesteund werd door een meerderheid van de parlementsleden en moest zij dit vooraf nagaan.¹⁴¹ De vertrouwensstemming geeft de regeringsbesluiten bovendien democratische legitimiteit, aangezien deze tot stand komen zonder inspraak van enig democratisch verkozen orgaan.¹⁴²

130. Art. 96, eerste lid Gw. bepaalt dat de Koning de ministers benoemt en ontslaat.

131. J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, II, Brugge, die Keure, 2019, 452. Voor een schets van wat de verklaring en het debat juist inhouden, zie K. MUYLLE en M. VAN DER HULST, *Le Parlement fédérale*, Brussel, Larcier, 2021, 413-414. Ook wat betreft de kwalificatie van de vertrouwensstemming bestaat enige discussie. Waar onder meer POPELIER, UYTENDAELE en VELAERS bepleiten dat het een bindende gewoonte betreft, zijn LEJEUNE en DUMONT van mening dat het slechts om een gebruik gaat. Volgens LEMMENS valt de verplichting bovendien indirect af te leiden uit artikel 96, tweede lid Gw., dat de constructieve motie van wantrouwen regelt. Zie H. DUMONT, “Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses” in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST en M. VAN DE KERCKHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées*, I, Limal, Anthemis, 2012, (581) 591; P. POPELIER, “De grondwettelijke contouren van een regeringscrisis: tussen staatsrechtelijke principes en politieke realiteit”, *CDPK* 2018, afl. 3-4, (382) 385; J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, II, Brugge, die Keure, 2019, 452; K. LEMMENS, “Een minderheidsregering als uitdaging voor het Belgisch grondwettelijk recht” in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS en W. VERRIJDT (eds.), *Semper perseverans: liber amicorum André Alen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (453) 457; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Limal, Anthemis, 2020, 440; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge: fondements et institutions*, Brussel, Larcier, 2021, 806.

132. J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, II, Brugge, die Keure, 2015, 824. Een dergelijke motie van vertrouwen is aangenomen indien een volstrekte, doch relatieve meerderheid is bereikt. Zie art. 53, eerste lid Gw.; art. 61, 1. reglement van de Kamer van Volksvertegenwoordigers van België van 2 oktober 2003, BS 2 oktober 2003, 48.273.

133. Zie in deze zin o.m. F. DELPÉRE, *Chroniques de crise 1977-1982*, Brussel, Centre de recherche et d'information socio-politiques, 1983, 29; E. GERARD, “Kamer versus regering? Vertrouwensstemmingen, begrotingsdebatten en interpellaties” in E. GERARD, E. WITTE, E. GUBIN en J.-P. NANDRIN (eds.), *Geschiedenis van de Belgische kamer van volksvertegenwoordigers 1830-2002*, Brussel, Kamer van Volksvertegenwoordigers, 2003, (251) 252; D. BATSELÉ, T. MORTIER en M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 2014, 280.

134. S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 172.

135. Dit wordt bevestigd door een verscheidenheid aan auteurs. Zie SOTTIAUX, zoals aangehaald in de vorige voetnoot, en o.a. L. NEELS, “Het leven van een grondwet – de kabinetcrisis 1977”, *RW* 1976-77, afl. 35, (2177) 2184; A. ALLEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 150; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, II, Brugge, die Keure, 2015, 824; J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, II, Brugge, die Keure, 2019, 452.

136. J. DE MEYER, *Staatsrecht*, Leuven, Katholieke Universiteit Leuven, 1985, 143.

137. P. POPELIER, “Michel II en de vertrouwenskwesitie”, *RW* 2018-19, afl. 21, 802.

138. P. WIGNY, *Droit constitutionnel: principes et droit positif*, II, Brussel, Bruylant, 1952, 611; J. VELAERS, “Honderd jaar vertrouwensstemmingen in de regering (1919-2018): een gewoonte die de crisis over het Marrakesh-pact overleeft”, *TBP* 2020, afl. 1, (4) 10. De vereiste van een positieve vertrouwensstemming houdt tevens verband met de in 1993 ingevoerde constructieve motie van wantrouwen. Enkel door middel van een dergelijke motie, geregeld in artikel 96, tweede lid Gw., kan het parlement de regering verplichten op te stappen. De vertrouwensstemming van een nieuwe regering vormt hierop een uitzondering. Het uitblijven van het parlementair vertrouwen, door het wegstemmen van een motie van vertrouwen dan wel het aannemen van een ordinaire motie van wantrouwen, verplicht de nieuwe regering te vertrekken. Indien dit in deze hypothese enkel het geval zou zijn bij het aannemen van een constructieve motie van wantrouwen, zou een regering die nooit het vertrouwen van het parlement kreeg toch over de volheid van bevoegdheid beschikken. Dat zou lijnrecht ingaan tegen het in artikel 96 Gw. geregelde rationeel parlementair bestel en een te grote macht bij de Koning leggen, die de ministers in eigen naam zou kunnen kiezen en op basis van zijn vertrouwen kunnen laten ageren. In de praktijk zal de vertrouwensstemming overigens zelden tot nooit aanleiding geven tot problemen, aangezien de regering zich op voorhand verzekerd heeft van de steun van de verschillende meerderheidspartijen. Zie J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, II, Brugge, die Keure, 2019, 453; M. SERVAIS, N. HENRY en F. BOUHON, “Le polymorphisme du gouvernement minoritaire: de la composition de la coalition à la question de la confiance”, *APT* 2020, afl. 3-4, (379) 384; K. MUYLLE en M. VAN DER HULST, *Le Parlement fédérale*, Brussel, Larcier, 2021, 414.

139. Het betrof weliswaar enkel een stemrecht voor mannen.

140. J. VELAERS, “Honderd jaar vertrouwensstemmingen in de regering (1919-2018): een gewoonte die de crisis over het Marrakesh-pact overleeft”, *TBP* 2020, afl. 1, (4) 7.

141. C.-H. HÖJER, *Le régime parlementaire belge de 1918 à 1940*, Uppsala, Almqvist Wiksells, 1969, 319.

142. J. VELAERS, *De Grondwet, een artikelsgewijze commentaar*, II, Brugge, die Keure, 2019, 452.

Nederland kent daarentegen niet het fenomeen van een formele investituurstemming. De belangrijkste oorzaak daarvan ligt in de negatieve formulering van de eveneens op een conventie gebaseerde vertrouwensregel: de regering wordt verondersteld het vertrouwen van het parlement te hebben, totdat het parlement actief dat vertrouwen opzegt, bijvoorbeeld door een motie van wantrouwen aan te nemen.¹⁴³ Tegen die achtergrond heeft de Kamer nooit de behoefte uitgesproken om een formele investituurstemming in het leven te roepen. Materieel bestaat zo'n moment echter wel, want de kabinetsformatieprocedure komt pas tot een einde als het debat over de regeringsverklaring *niet* uitmondt in een wantrouwensvotum van de Tweede Kamer. In dat geval heeft de Kamer de regering gelegitimeerd en daarmee is de formatie definitief afgerond.¹⁴⁴ Als de Kamer *wel* het wantrouwen zou uitspreken bij het debat over de regeringsverklaring, dan krijgt de formatieprocedure een vervolg totdat zich wel een kabinet kan presenteren bij het debat over de regeringsverklaring dat kan rekenen op het (impliciete) vertrouwen van de Tweede Kamer.

Conclusie

Hoewel dit niet altijd beseft wordt, spelen buitengrondwettelijke regels een belangrijke rol in de moderne Belgische, Nederlandse en Britse rechtsordes. De oorsprong van deze rechtsbron ligt in het Verenigd Koninkrijk. Dankzij de Bill of Rights uit 1688/89 verschoof het zwaartepunt van de Britse macht van de Koning naar het parlement. Bij gebrek (nog altijd) aan een formele geschreven grondwet die op precieze wijze de bevoegdheidsverdeling tussen vorst en volksvertegenwoordiging regelde, zagen de eerste ongeschreven normen aan het begin van de achttiende eeuw het levenslicht. Vanaf de tweede helft van diezelfde eeuw poogden verschillende auteurs, waaronder BURKE, MILL en HEARN, deze rechtsbron theoretisch vorm te geven. Het was uiteindelijk DICEY die de term '*conventions of the constitution*', die vandaag de dag nog steeds gebruikt wordt, bedacht. Ook in Nederland, dat wel een geschreven grondwet heeft, komen zogenaamde buitengrondwettelijke regels voor. De opkomst hiervan is onlosmakelijk verbonden met de evolutie van de Nederlandse staat tot een volmaakte parlementaire democratie, halverwege de negentiende eeuw. Zo ontstonden er, afgezien van het ongeschreven staatsrecht of gewoonterecht (waartoe alleen de vertrouwensregel behoort), twee soorten constitutionele conventies, met betrekking tot respectievelijk de verhouding tussen ministers en het parlement en de kabinetsformatie.

Ondanks de vele verschillen tussen het Britse en Nederlandse rechtsstelsel, gelden er gelijkaardige criteria om het bestaan van buitengrondwettelijke regels vast te stellen: het betreft de precedents, de overtuiging van gebondenheid en de achterliggende (normatieve) reden voor de naleving van de betreffende regel. Opvallend is dat in de Britse en Nederlandse rechtsordes de conventie niet wordt gezien als een *rechtsregel* omdat de daar gehanteerde definities van het begrip 'recht' de conventie daarvan afsluiten. In het Verenigd Koninkrijk wordt het 'recht' doorgaans gezien als de verzameling regels die zijn opgenomen in wetgeving (*statute law*) en rechtspraak (*common law*) en conventies zijn per definitie niet in een van beide rechtsbronnen opgenomen. In Nederland wordt doorgaans aangenomen dat een conventie onder uitzonderlijke omstandigheden afwijking toelaat, terwijl een rechtsregel daar doorgaans wordt gezien als een norm die wel afwijking toelaat. Het ongeschreven staatsrecht is net als de conventie niet handhaafbaar voor de rechter, maar de eerstgenoemde categorie regels wordt wel – gezien zijn gezag en de moeilijkheid om daarvan af te wijken – gezien als een rechtsbron. In zowel het Verenigd Koninkrijk als Nederland maken conventies wel deel uit van de constitutie in de ruimere zin.

Ook in het Belgisch grondwettelijk recht bestaan bindende praktijken, die grondwettelijke gewoontes worden genoemd. Het gaat andermaal om regels die ontstaan uit een vaste en uniforme gedraging die als bindend ervaren wordt. Verschillende auteurs formuleren daarenboven bijkomende voorwaarden. Hieromtrent is echter geen eensgezindheid. Verder bestaan in België, naar analogie met de Britse en Nederlandse buitengrondwettelijke regels, praktijken die vanuit juridisch oogpunt niet voor de rechter handhaafbaar zijn. Het betreft de zogenaamde grondwettelijke gebruiken.

De positie van de gewoonte in de hiërarchie der normen is in Nederland en het Verenigd Koninkrijk geen discussiepunt, aangezien de nationale rechter er deze norm niet handhaaft. In België ligt dit anders. De moderne Belgische doctrine neemt eensgezind aan dat de grondwettelijke gewoonte boven de wet staat, maar onder de (geschreven) Grondwet. DUMONT en LEJEUNE bepleiten verder dat er gewoontes bestaan die tegen de Grondwet ingaan. Het grondwettelijk gebruik valt buiten de hiërarchie der normen, aangezien het louter een politieke praktijk betreft. Om die reden mag het gebruik nooit ingaan tegen een bindende rechtsregel.

De gewoonte wordt, zoals eerder vermeld, niet rechtstreeks gerechtelijk gehandhaafd in het Verenigd Koninkrijk en Nederland. In België kan de rechter wel toezien op de naleving van de grondwettelijke gewoonte. Of dit ook effectief gedaan wordt, hangt af

143. GEERTJES, *supra* vn. 12, 436.

144. H. BEEKMAN, "Ongeschreven staatsrecht en kamerontbinding", *Nederlands Juristenblad* 1973, afl. 14, 403.

van het rechtscollege. Zo toetst de Raad van State regelmatig besluiten aan de grondwettelijke gewoonte, terwijl het Grondwettelijk Hof zich niet bevoegd acht hetzelfde te doen met wetkrachtige normen. De gewone hoven en rechtbanken kunnen besluiten die strijden met de grondwettelijke gewoonte op basis van artikel 159 Gw. buiten toepassing laten. Het lijkt er daarnaast op dat het Hof van Cassatie gerechtelijke uitspraken die de grondwettelijke gewoonte misken- nen kan vernietigen.

De buitengrondwettelijke regels worden in het Verenigd Koninkrijk, Nederland en België buitenge- rechtelijk afgedwongen. In de Britse en Nederlandse rechtsordes ligt de bindende kracht van de conventie verrat in het repetitief karakter en de daaruit voort- vloeiende verwachtingen binnen en tussen instellin- gen. Naast de juridische overwegingen die gepaard gaan met het inachtnemen ervan, vormen in België politieke motieven eveneens vaak de drijfveer voor het respecteren van grondwettelijke gewoonten. Deze maatschappelijke motieven spelen ook op bij het volgen van grondwettelijke gebruiken. Er zijn tevens allerlei politieke technieken voorhanden om de na- leving af te dwingen. Een significant voorbeeld hier- van is de politieke ministeriële verantwoordelijkheid, niettegenstaande de afzwakking ervan door de jaren heen.

Uit een korte *tour d'horizon* volgt dat de constitutione- nele problemen rond de transitie van een oude naar een nieuwe regering in België en Nederland zowel zeer vergelijkbaar als afhankelijk van buiten(grond) wettelijke regels zijn. Uit deze voorbeelden kunnen drie factoren worden gedestilleerd die beïnvloeden hoe dergelijke op gewoonte gebaseerde regels functi- oneren.

Allereerst laten de regels rond de doctrine van de 'lo- pendende zaken' (in België) en het functioneren van het demissionaire kabinet (in Nederland) zien dat bui- ten(grond)wettelijke regels zowel heel duidelijk en goed uitgewerkt kunnen zijn (in België) als een alge- meen beginsel omvatten zonder dat dat veel richting geeft (in Nederland). De belangrijkste verklaring voor dit verschil is dat rechters in België enige richting kunnen geven aan hoe grondwettelijke gewoonten moeten worden uitgelegd, terwijl rechters in Neder- land dit soort duidelijkheid voor conventies of onge- schreven staatsrecht zelden tot nooit kunnen bieden.

Ten tweede laat het voorbeeld rond het (in)forma- teurschap zien dat het grondwettelijk gewoonterecht ondanks zijn ongeschreven karakter een buitenge- woon onveranderlijk karakter kan hebben: in België benoemt de Koning sinds 1831 een formateur die een regering samenstelt en sinds 1935 een informateur die het 'voorwerk' voor de formateur doet zonder dat hieraan in al die jaren iets is veranderd. In Nederland geldt een vergelijkbare norm rond de benoeming van de (in)formateur, zij het dat de Tweede Kamer sinds 2012 zelf de (in)formateur benoemt. Hieruit blijkt dat zelfs een bestendige norm als deze ineens kan veran- deren als daartoe de politieke wil bestaat (en de ove- rige grondwettelijke normen een dergelijke verande- ring toestaan).

Ten derde blijkt uit het voorbeeld rond de vertrou- wensstemming van een nieuwe regering dat het ont- staan van buiten(grond)wettelijke regels sterk afhan- kelijk is van het design van constitutie. In België was het ontstaan van nieuwe normen rond de investituur van de nieuwe regering vrijwel onontkoombaar gelet op de inkadering van de vertrouwensband tussen re- gering en parlement. In Nederland is de vertrouwens- band tussen regering en parlement nooit gereguleerd geweest maar daarentegen zélf voorwerp van een con- ventie. De negatieve formulering van de vertrouwens- regel brengt mee dat het parlement geen behoefte heeft aan aparte buiten(grond)wettelijke regels rond de investituur van een nieuwe regering.

Kortom, deze bijdrage laat zien dat op gewoonte ge- baseerde regels voorkomen in de drie constituties van België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk. On- danks de verschillen tussen deze constituties, valt op dat dergelijke regels op basis van min of meer dezelfde criteria worden vastgesteld (in alle drie de stelsels) en zelfs min of meer vergelijkbare kwesties reguleren (in België en Nederland). Uit deze bijdrage blijkt dat be- paalde kwesties rond de grondwettelijke gewoonte zeer contextbepaald zijn en andere juist niet. Zélf als over bepaalde kwesties niets is geregeld, is het onontkoom- baar dat er nieuwe ongeschreven regels (zoals de doc- trine van de lopende zaken) ontstaan, terwijl andere vraagstukken (de hiërarchie van grondwettelijke ge- woonten ten opzichte van geschreven constitutionele normen) weer sterk afhangen van de nationale context, zoals de bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en politieke organen. Deze bijzondere kenmerken maken de grondwettelijke gewoonte een fascinerend object van studie voor iedere staatsrechtbeoefenaar.