

# CONVENTIES: CRUCIALE CONSTITUTIONELE CURIOSA

*Henk Kummeling*

## 1 INLEIDING

Luc Verhey heeft met zijn indrukwekkende Leidse oratie in 2014 het bijzondere fenomeen van de constitutionele conventie terecht weer onder de wetenschappelijke aandacht gebracht.<sup>1</sup> Conventies zijn namelijk cruciaal voor het functioneren van het constitutionele bestel. Tegelijkertijd zijn zij met veel misverstand en onbegrip omgeven. Lastig is vooral dat het antwoord op de vraag of we hier te maken hebben met een begrip met juridische implicaties door de literatuur niet eenduidig wordt gegeven. Naar mijn oordeel wordt een deel van de misverstanden veroorzaakt doordat auteurs – paradoxaal genoeg – in een poging tot verheldering van het begrip vergelijkingen maken met termen die in het buitenland of in Nederland bekender of gangbaarder zijn. Volgens mij gaat echter eigenlijk iedere vergelijking mank, en kan het instituut ‘conventie’ alleen maar goed begrepen worden door het als curiosum te beschouwen, met andere woorden: als eigenstandig fenomeen. Mijn bijdrage heeft vooral tot doel het bewijs te leveren voor de stelling in de voorgaande zin. Daarbij zal uitvoerig worden ingegaan op de onduidelijkheden in de staatsrechtelijke literatuur, en op het gegeven dat in de politiek – om politieke redenen – vaak een zwaarder gewicht aan conventies wordt gegeven dan deze toekomt. Het verschil met rechtsregels zal nog eens worden benadrukt, alsmede in dat verband de noodzaak om conventies vooral op zichzelf te beschouwen en niet als interpretatiemaatstaven voor bindende rechtsregels.

Verhey heeft met zijn oratie vooral de staatsrechtwetenschap willen stimuleren om een scherper zicht te krijgen op het verschijnsel. Daartoe heeft hij zeker een belangrijke aanzet gegeven. Hij veronderstelde dat er ook het nodige tegen zijn betoog in te brengen zou zijn.<sup>2</sup> Ook dat heeft hij juist gezien; uit het onderstaande zal blijken dat ik op een aantal punten graag met hem de discussie aanga.

1 L.F.M. Verhey, *De constitutionele conventie. Een blinde vlek in ons staatsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2014.

2 Verhey 2014, p. 18.

## 2 GLOBALE PLAATSBEPALING CONVENTIE

Voor een goed begrip van het functioneren van het staatsbestel kan men niet volstaan met het bestuderen van het positieve staatsrecht. Dat staatsrecht is beperkt in omvang en geeft nauwelijks zicht op de dagelijkse praktijk van het functioneren van de staatsinstellingen. Dat het staatsrecht zo weinig regelt, kan in het algemeen worden gezien als een terechte keuze<sup>3</sup> van de 'staatsrechtvormers', waarbij in Nederland vooral gedacht moet worden aan de grondwetgever. Zeker waar het gaat om de verhouding tussen regering en parlement is er sprake van een open systeem 'in deze zin dat het veel ruimte laat voor veranderingen, voor wisselende beleidskeuzes, voor politieke strategie en tactiek'.<sup>4</sup> Met name de Grondwet moet vooral worden gezien als een normatief kader waarbinnen veranderingen in maatschappelijke omstandigheden en opvattingen die daaromtrent worden gekoesterd, via wetgeving en andere overheidsactiviteiten kunnen worden afgewikkeld.<sup>5</sup> Het resultaat van dit alles is dat het staatsrecht wel de nodige organen kent, zoals bijvoorbeeld ministers en een ministerraad, maar niet regelt hoe personen in de desbetreffende ambten komen. Ook kent het staatsrecht tal van bevoegdheden, bijvoorbeeld voor de Tweede Kamer om de vertrouwensregel te activeren, maar het laat ons in het duister tasten als het gaat om de vragen wanneer en hoe die vertrouwensregel tegen afzonderlijke bewindslieden en kabinetten als geheel in stelling kan worden gebracht. Om nu de staatsrechtelijke instituties, in termen van zowel organen als bevoegdheden en rechtsregels, te laten functioneren zijn er in de loop der jaren, oplopend van decennia tot zelfs eeuwen, tal van praktijken ontwikkeld. Zoals dat een kabinet aan de vooravond van verkiezingen zijn ontslag aanbiedt, dat de grootste coalitiepartner de minister-president levert, dat moties niet in de eerste termijn van een debat worden ingediend, enzovoort.<sup>6</sup> Het gaat hier om praktijken waaraan men zich houdt omdat ze als nuttig worden ervaren voor het functioneren van bepaalde staatsrechtelijke instituties. Maar het zijn praktijken en men kan er dus ook van afwijken. Of men kan er zelfs helemaal vanaf als de conclusie van degenen die de praktijk moeten naleven, is dat – om welke reden dan ook – op enig moment er een betere manier is om een onderdeel van het staatsbestel te laten functioneren. Een duidelijk voorbeeld is hier de kabinetsformatie. Met op de achtergrond de vertrouwensregel is er na de Tweede

3 Dat dé kern van het parlementaire stelsel, de vertrouwensregel, niet in de Grondwet staat, acht ik echter nog steeds merkwaardig en onwenselijk. Vgl. M.C.B. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat* (zevende druk), Deventer: Kluwer 2012, p. 250.

4 C.A.J.M. Kortmann/P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 26.

5 L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange & P. Mendelts, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2002, p. 9. De Staatscommissie Grondwet heeft ervoor gepleit om de Grondwet meer betekenis te geven, met name voor de burger. Een betoog waar ik het van harte mee eens ben. Zie Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag 2010, p. 21 e.v.

6 Vgl. H.M. Franssen & J.A. van Schagen, *Over de orde, mijnheer de voorzitter. Werkwijze van de Tweede Kamer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1990, p. 129; P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement* (elfde druk), Deventer: Kluwer 2010, p. 344.

Wereldoorlog een praktijk ontwikkeld waarin de Koning (nog steeds) een belangrijke rol vervulde, al was het maar door de formele aanwijzing van informateurs en formateurs. Voorafgaand aan de formatie van het kabinet-Rutte II besloot de Tweede Kamer echter dat zij zelf meer de regie wilde voeren op de formatie en zij besloot voortaan zelf de (in)formateurs aan te wijzen.<sup>7</sup> Met dit voorbeeld wordt een aantal zaken duidelijk. Blijkbaar is het nodig om in de praktijk procedures en regels te ontwikkelen en hanteren die helderheid bieden over de wijze waarop men aan staatssecretarissen, ministers en een ministerraad komt. Blijkbaar zijn de relevante staatsrechtelijke actoren bereid om conform deze procedures en regels te handelen. Maar eveneens is duidelijk dat het geen bindende staatsrechtelijke regels betreft, anders had men immers niet zo eenvoudig van de vorige regels kunnen afwijken. Hiermee komen we wat mij betreft tevens dichter bij het wezen van de constitutionele conventie. Er zijn regels en procedures waarvan het communis opinio is dat de naleving ervan buitengewoon nuttig is voor het functioneren van het staatsbestel. Ze bieden helderheid over hoe te handelen, ze voorkomen onzekerheid en chaos, en – hoewel ze vaak door een meerderheid worden bepaald en afgedwongen – bieden ook minderheden een zekere bescherming. Conventies hebben daarmee ook een ordenende functie en vanwege het feit dat ze actoren in het staatsbestel helderheid bieden over hoe met elkaar, met regels, procedures en bevoegdheden om te gaan, worden ze ook wel aangeduid als ‘smeerolie in de motor van ons staatsbestel’.<sup>8</sup> Maar diezelfde ‘smeerolie’ maakt het ook mogelijk dat binnen een onveranderd staatsrechtelijk kader transities worden gemaakt naar nieuwe praktijken die op enig moment door de actoren in het staatsbestel als wenselijk(er) worden ervaren. Kenmerkend is verder dat het hier niet gaat om rechtsregels, waarvan de naleving immers te allen tijde zal moeten worden zeker gesteld. Juist in deze unieke combinatie van factoren moet de eigenstandige, toegevoegde waarde van het begrip constitutionele conventie worden gezocht. Het gaat hier om gedragsregels, niet zijnde rechtsregels, die onmisbaar zijn voor het functioneren van de instituties in de wereld van het staatsrecht. In de staatsrechtelijke literatuur wordt dit onderscheid echter niet in alle opzichten in alle scherpheid gemaakt, met als gevolg dat door sommigen wordt geconcludeerd dat conventies zelfs regels van ongeschreven staatsrecht zouden kunnen zijn.<sup>9</sup> Ik zie niet in wat dan nog het nut zou kunnen zijn van het gebruik van het begrip conventie, nu immers voor dat soort gevallen de veel duidelijker aanduiding ‘ongeschreven staatsrecht’ beschikbaar is. Maar we kunnen er niet omheen, de staatsrechtelijke literatuur zorgt voor de nodige ver-warring. Reden om daar eens wat dieper op in te gaan.

7 De nieuwe aanpak is nu in de kern neergelegd in art. 139a Reglement van Orde van de Tweede Kamer.

8 Zie A.H.M. Dölle, *Over ongeschreven staatsrecht* (diss. Groningen), Groningen: Wolters Noordhoff 1988, p. 76.

9 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012, p. 23.

## 3 ONDUIDELIJKHEID IN STAATSRECHTELIJKE LITERATUUR

Een deel van de onduidelijkheid rond de betekenis van het begrip conventie wordt mijns inziens veroorzaakt doordat voor de uitleg ervan wordt teruggegrepen op het Britse staatsrecht. Moet men in zijn algemeenheid al beducht zijn voor ‘constitutional transplants’, dat geldt des te meer als het gaat om constructies uit het Britse staatsrecht, dat immers vanwege het ontbreken van een (integrale)<sup>10</sup> geschreven grondwet een geheel andere structuur en samenstelling heeft en waarin gewoonten en gebruiken als vanzelfsprekend een veel dominantere plaats hebben.<sup>11</sup> In het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* wordt uit de doeken gedaan hoe de receptie van de Britse ‘convention’ in Nederland heeft plaatsgevonden. Hoewel Freeman het begrip voor het eerst in de Britse staatsrechtelijke literatuur gebruikt schijnt te hebben,<sup>12</sup> is het vooral de onvermijdelijke Dicey, die er invulling aan heeft gegeven. Hij vond ‘conventions’ geen rechtsregels, omdat er niet voor de rechter een beroep op kon worden gedaan.<sup>13</sup> Hij zag ze meer als regels van constitutionele moraal. In navolging van Dicey heeft Oppenheim het begrip in 1885 in het Nederlandse staatsrecht geïntroduceerd, waarna een aantal van zijn leerlingen, onder wie Struycken, Krabbe en Kranenburg, eigenlijk met het begrip aan de haal is gegaan en het in het domein heeft gebracht van het gewoonterecht en ongeschreven staatsrecht.<sup>14</sup>

Ook Verhey heeft in zijn oratie inspiratie bij Dicey gezocht, maar toch ook niet de noodzakelijke helderheid gevonden naar het schijnt, want hij bestrijdt op een enkel punt de bewering van Dicey dat het cruciale verschil met rechtsregels is dat conventies niet kunnen worden afgedwongen bij de rechter. Zo toont hij aan de hand van jurisprudentie aan dat de Britse conventie van de collectieve ministeriële verantwoordelijkheid wel degelijk een rol speelt in rechterlijke afwegingen. Waarna hij vervolgens terecht aangeeft dat afdwingbaarheid bij de rechter sowieso geen onderscheidend criterium kan zijn, omdat ook delen van de Grondwet (met name op het gebied van het politieke staatsrecht; HK) niet door de rechter worden gehandhaafd.<sup>15</sup> De vraag is echter vooral of het uit het Britse staatsrecht geleende voorbeeld hier wel zo gelukkig is. Collectieve verantwoordelijkheid is immers onderdeel van het positieve Nederlandse staatsrecht. Het kan zijn dat het naar

10 Zeker met de inwerkingtreding van de Human Rights Act 1998 is er op zijn minst wel sprake van een partieel geschreven constitutie.

11 Uitvoeriger over de bronnen van het Britse staatsrecht: L. Prakke, ‘The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland’, in: L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer: Kluwer 2004, p. 870 e.v.

12 E.A. Freeman, *The Growth of the English Constitution from the Earliest Times* (derde druk), Londen: Macmillan 1876, p. 111 e.v.

13 A.V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution* (tiende druk), Londen: Macmillan 1959, p. 24.

14 Zie voor een uitvoeriger schets C.W. van der Pot/D.J. Elzinga e.a. *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 187-188.

15 Verhey 2014, p. 10.

Brits staatsrecht een 'convention' in de zin van Dicey is, maar voor het Nederlandse staatsrecht kan het nauwelijks dienen als bewijs.

Intussen blijft nog steeds de vraag staan: gaat het bij conventies nu om – al dan niet bij de rechter afdwingbare – rechtsregels of niet? De receptie van het begrip vanuit het Britse staatsrecht blijkt hier welhaast blijvend tot misverstanden te leiden, waarbij het opvallend is dat in de Nederlandse literatuur vaak de Engelse term wordt gebruikt om een voor het Nederlandse staatsrecht relevante situatie aan te duiden. Dat doet bijvoorbeeld ook Kortmann als hij schrijft dat 'regering en de Staten-Generaal zich houden aan een aantal vaste gedragspatronen of *conventions* waarvan er enige als ongeschreven recht worden of kunnen worden beschouwd'.<sup>16</sup> Ook ik heb tot dusver niet bijgedragen aan scherpte rond het begrip conventie. Zo schrijven Bovend'Eert en ik in het boek *Het Nederlandse parlement* dat met betrekking tot het ontbindingsrecht een regel van ongeschreven recht geldt, aangeduid als de 'convention van 1868', inhoudende dat de regering de Tweede Kamer niet tweemaal mag ontbinden naar aanleiding van eenzelfde aangelegenheid. Maar evenzeer hebben we het over de 'convention van 1922', een praktijk toegepast sinds het genoemde jaar, waarbij het gebruik is dat een kabinet bij gelegenheid van Kamerverkiezingen zijn portefeuilles ter beschikking stelt. We duiden dit aan als louter een gewoonte en niet als een rechtsregel.<sup>17</sup>

Volgens mij zou veel aan helderheid kunnen worden gewonnen als we er, zoals al in de vorige paragraaf werd gesteld, klip-en-klaar van uit zouden gaan dat we – in de gegeven context van het Nederlandse staatsrecht – bij conventies niet te maken hebben met rechtsregels. Verhey in zijn oratie en ook Geertjes in zijn bijdrage aan deze bundel helpen ons wat dat betreft een eind op weg, maar naar mijn oordeel proberen zij de conventie nog te veel in het domein van het recht te trekken of tegen dat recht aan te laten schuren. Zo heeft Verhey het over bindende regels, en over het feit dat schending van een conventie inconstitutioneel is.<sup>18</sup> En Geertjes heeft het over handelen van politieke instituties met 'een normatieve dimensie'.<sup>19</sup> Vanzelfsprekend heeft Verhey gelijk als hij in navolging van Hirsch Ballin schrijft dat een gedragsregel of een conventie moet passen binnen de constitutie, binnen het constitutionele recht. Maar daarmee is het nog geen rechtsregel.<sup>20</sup> En als Geertjes het heeft over conventies als handelen van instituties met een normatieve dimensie, dan liggen voor een argeloze jurist de misverstanden op de loer. Volgens mij is de normativiteit waar Geertjes het over heeft een sociaalwetenschappelijke normativiteit; het gaat over een sociaal behoren, in de zin dat binnen een groep een bepaald gedrag wordt verwacht. Zijn het daarmee dan ook regels van 'morality', zoals Geertjes in navolging van

16 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012, p. 25.

17 Bovend'Eert & Kummeling 2010, respectievelijk p. 430 en 444.

18 Verhey 2014, p. 18.

19 Zie de bijdrage van Geertjes aan deze bundel, p. 59.

20 Verhey 2014, p. 15.

Dacey beweert?<sup>21</sup> Dat waag ik sterk te betwijfelen. Bij de spelregels, gedragsregels waar we het hier over hebben, spelen de noties 'goed' en 'kwaad' geen rol van betekenis.<sup>22</sup> Tenminste, ik zie niet in hoe de inschakeling van de Koning bij de kabinetsformatie in dat perspectief kan worden gezien. En ook de conventie van 1922 heeft in mijn ogen niets met moraliteit te maken; met het oog op een soepele, flexibele formatie is het vooral heel nuttig en praktisch om een zo open mogelijk speelveld te maken, zodat men gemakkelijk van coalitiepartner kan wisselen en bewindslieden kan vervangen. Een vergelijking van conventies met regels van moraliteit gaat dus mank en datzelfde zou mijns inziens ook gelden als tussen conventies en de behoorlijkheidsnormen van de ombudsman een parallel zou worden getrokken, zoals Verhey in zijn oratie lijkt te doen, omdat dit – mits goed uitgevoerd – 'het bestuur zou kunnen stimuleren tot een praktischere werkwijze, tot een toepassing van het recht die dicht bij de dagelijkse praktijk staat'.<sup>23</sup> Ik ben het van harte met Verhey eens als hij staatsrechtbeoefenaren oproept om meer oog te hebben voor de relatie van staatsrecht en praktijk. Maar voor zover hij daarbij ook daadwerkelijk een vergelijking zou willen maken tussen de behoorlijkheidsnormen zoals toegepast door de Nationale ombudsman en conventies, gaat deze vergelijking mank. Behoorlijkheidsnormen worden nationaal beschouwd als een 'operationalisering van rechtvaardigheid' en internationaal worden ze wel gezien als 'normen van goed bestuur'.<sup>24</sup> Dat zijn noties die niet passen bij het fenomeen van de constitutionele conventie.

Dan is er nog een andere vergelijking waarop Verhey ons in een poging tot verdere verduidelijking van het begrip conventie trakteert, namelijk die met de beleidsregel in het bestuursrecht.<sup>25</sup> Hij heeft gelijk op het punt van de vergelijkbaarheid daar waar het gaat om de mogelijkheid tot afwijken. Maar voor het overige gaat de vergelijking mank, niet alleen omdat conventies, anders dan beleidsregels, niet hun bindende werking aan de wet ontlennen, zoals Verhey ook zelf aangeeft, maar ook omdat conventies niet schriftelijk vastgelegd hoeven te zijn en niet de functie vervullen die ze in het bestuursrecht vervullen, namelijk het bewerkstelligen van zorgvuldigheid in het afwegen van belangen, de vaststelling van feiten en het gebruik van bevoegdheden. Natuurlijk gaat het bij conventies ook vaak om het gebruik van bevoegdheden, maar dan meer over de bestendigheid dan over de zorgvuldigheid in het gebruik ervan.

21 Zie de bijdrage van Geertjes aan deze bundel, p. 59.

22 Nu zou men wellicht kunnen tegenwerpen dat een aantal conventies, zeker die welke de rechten van minderheden beschermen, de regel 'Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook de ander niet' als basis heeft. Deze regel staat in de Bijbel (Matt. 7:12), maar is ook bekend uit andere religieuze en filosofische teksten. Er wordt hier wel gesproken van 'de gulden leefregel', waarbij het kwestieus is of naleving berust op een moreel besef, dan wel op (rationele) berekening. In de sfeer van de politiek lijkt het mij logisch om van het laatste uit te gaan.

23 Verhey 2014, p. 7.

24 Burkens e.a. 2012, p. 189.

25 Verhey 2014, p. 18.

Kortom, eigenlijk gaan alle vergelijkingen met bestaande fenomenen, al dan niet uit aanpalende rechtsgebieden, mank en zijn ze potentieel vooral aanstichters van nieuwe misverstanden. Mijns inziens doen we er daarom goed aan om de constitutionele conventie vooral als een eigenstandig instituut binnen de context van het Nederlandse staatsrecht te beschouwen en te bestuderen.

#### 4 VERSCHIL MET RECHTSREGELS

Conventies zijn dus geen rechtsregels. Rechtsregels gelden ongeacht wat de adressaten er zelf van vinden. Daarom heb ik er ook moeite mee om de homogeniteitsregel als conventie aan te duiden, zoals Verhey doet.<sup>26</sup> Dat ministers een eenheid naar buiten horen te vormen en gebonden zijn aan besluiten van de ministerraad is eenvoudigweg noodzakelijk om enige vorm van coherent landsbestuur mogelijk te maken. Na de introductie van de ministeriële verantwoordelijkheid in de negentiende eeuw ontwikkelde deze norm zich als regel van ongeschreven staatsrecht. Tegenwoordig is zij ook in twee brokjes terug te vinden in artikel 45, derde lid, van de Grondwet en in artikel 12, tweede lid, van het Reglement van orde voor de ministerraad. Bewindslieden kunnen zich niet aan de werking van deze regel onttrekken, behalve dan door op te stappen. Kortom, we hebben hier te maken met een rechtsregel. Ik zie dan ook niet in wat ermee gewonnen zou worden om de homogeniteitsregel als conventie aan te duiden.

De kwalificatie van een regel als conventie betekent dus dat ervan afwijken mogelijk is. En dan louter onder de erkenning van het feit dat het een uitzondering is, en dat de groepsgenoten, de relevante actoren, zich er niet tegen verzetten of uiteindelijk de uitzondering accepteren. Zo hebben we binnen het huidige constitutionele bestel een uiterst nuttige conventie dat de Koning wetten ondertekent, zodra deze hem worden voorgelegd. Weigeren is in theorie mogelijk, maar kan hooguit een incident zijn, in een uitzonderlijke situatie, waarmee de rest van de regering moet kunnen leven, want gegeven de ontwikkeling van ons staatsbestel in democratische zin is het onacceptabel dat de Koning als permanente hindermacht zou gaan functioneren.

Met Verhey ben ik het geheel eens als hij in navolging van Jennings zegt dat de werking van een conventie berust op zelfbinding.<sup>27</sup> De actoren bepalen zelf door hun gedrag of ze de naleving van de regel nog steeds de moeite waard vinden.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Verhey 2014, p. 13.

<sup>27</sup> Verhey 2014, p. 13.

<sup>28</sup> Discussies over de vraag of er precedents nodig zijn voor het vestigen van een conventie, zoals die ook wel worden gevoerd rond de vestiging van ongeschreven staatsrecht, zijn dan ook wat onzinnig. Een conventie bestaat bij de gratie van de continue navolging van het eerste precedent.

Wie zijn de actoren die bepalen of er sprake is van een conventie? Dat zijn niet steeds dezelfde. De voornaamste aanwijzing voor wie de relevante actor is of actoren zijn, lijkt mij te liggen in de bepaling van wie de bevoegdheid is waarvoor de smeerolie bedoeld is. Zo is de kabinetsformatie gericht op het voorkomen van de toepassing van de vertrouwensregel. Dat is een bevoegdheid van het parlement. De regering is hier dus geen relevante actor. En wat is dan de positie van de Eerste Kamer? Uit haar samenstel van bevoegdheden en haar wijze van verkiezing vloeit voort dat de Eerste Kamer nooit een rol kan vervullen gelijkwaardig aan die van de Tweede Kamer bij de kabinetsformatie. Het risico zou anders te groot zijn dat de totstandkoming van kabinetten en verdere besluitvorming compleet geblokkeerd zou kunnen worden. Dat wil niet zeggen dat er niet ook bij de kabinetsformatie met de politieke realiteit van de Eerste Kamer rekening moet worden gehouden. Maar er is een zeer nuttige conventie die bepaalt dat de Tweede Kamer de dominante factor is bij de kabinetsformatie.

In dat verband kan er in navolging van Verhey<sup>29</sup> ook nog op een andere conventie worden gewezen, namelijk die van de noodzakelijke terughoudendheid van de Eerste Kamer (in vroeger jaren door mij aangeduid als een rechtsregel).<sup>30</sup> Dat de Eerste Kamer zo af en toe eens een wetsvoorstel tegenhoudt, is zeer acceptabel,<sup>31</sup> maar onwerkbaar zou zijn als dit schering en inslag zou worden.<sup>32</sup> Dat geldt mijns inziens ook voor de volgtijdelijkheid in het wetgevingsproces. Artikel 85 van de Grondwet geeft weliswaar aan dat de Eerste Kamer een wetsvoorstel overweegt zoals het haar is toegezonden, maar daarmee geeft de grondwetgever vooral aan dat de Eerste Kamer het recht van amendement en initiatief mist. Maar mag de Eerste Kamer al over een wetsvoorstel praten, voordat het bij haar is ingediend, of zelfs al afschieten? Daartoe werd in december 2013 een poging gewaagd bij de motie-Van Bijsterveld c.s., waarin werd gevraagd het wetgevingsproces voor de vorming van de Noordvleugelprovincie op te schorten.<sup>33</sup> De Eerste Kamer handelde hiermee niet in strijd met de Grondwet, maar wel in strijd met de conventie van volgtijdelijkheid,<sup>34</sup> inhoudende dat eerst de Tweede Kamer een wetsvoorstel op zijn merites beoordeelt voordat de Eerste Kamer zich erover buigt. Wordt deze conventie niet gevolgd, dan wordt potentieel het wetgevingsproces gefrustreerd, en eigent de Eerste Kamer zich een veel

29 Verhey 2014, p. 2.

30 H.R.B.M. Kummeling, 'De Eerste Kamer: Chambre de Révolution?', *NJB* 1990, p. 266. Een duidelijk voorbeeld van de hoopvol stemmende gedachte dat in het staatsrecht de wetenschap gebaat is bij het stijgen van de leeftijd.

31 Gemiddeld één per jaar op een aantal van twee- à driehonderd dat jaarlijks de Kamer passeert. Zie Bovend'Eert & Kummeling 2010, p. 52.

32 Zie voor een aantal remmen op een dergelijke ontwikkeling J.Th.J. van den Berg, *De Eerste Kamer, of: de zin van rivaliteit* (afscheidscollege Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2006, p. 14 e.v.

33 *Handelingen I* 17 december 2013, 33750-VII, C.

34 Meer over volgtijdelijkheid in: H.R.B.M. Kummeling, B. van Mourik & R. Nehmelman, *Enkele staatsrechtelijke reflecties op de positie van de Eerste Kamer in het kader van de Europese Unie*, 2009, [www.eerstekamer.nl/eu/publicatie/20090201/bijlage\\_europese\\_herbezinning/document](http://www.eerstekamer.nl/eu/publicatie/20090201/bijlage_europese_herbezinning/document) (geraadpleegd op 4 januari 2016).



zwaardere positie toe dan die haar volgens de Grondwet toekomt. Dat alles neemt natuurlijk niet weg dat de regering er in sommige gevallen verstandig aan doet om af te tasten bij de Eerste Kamer waar eventuele problemen liggen, voordat zij met een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gaat.

Bij conventies zijn het dus de relevante staatsrechtelijke actoren zelf die bepalen of een bepaalde praktijkregel nog steeds navolging verdient. Bij die afweging genieten ze een grote mate van vrijheid, maar ze zullen daarbij wel de grenzen die het staatsrecht stelt in de gaten moeten houden. Zo geeft de Grondwet aan de Eerste Kamer de ruimte om naargelang de omstandigheden een kleinere of grotere politieke broek aan te trekken, en zelfs om oordelen te vellen over nog niet bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstellen, maar als het tot een indiening en aanvaarding van een wetsvoorstel in de Tweede Kamer komt, zal zij grondwettelijk niets anders kunnen doen dan dat wetsvoorstel beoordelen. Ze kan het niet negeren, noch vervangen door een ander voorstel. Zelfs een novelle kan zij alleen maar afdwingen met instemming van de andere wetgevingsactoren, regering en Tweede Kamer.

## 5 CONVENTIES ALS ZELFSTANDIGE REGELS

Conventies zijn zelfstandige regels, en daarmee te onderscheiden van interpretatieve maatstaven, handvatten, richtlijnen die een uitleg bieden van staatsrechtelijke regels, bijvoorbeeld over de uitleg van wat gemeentelijke autonomie is, een algemeen vertegenwoordigend orgaan of wat de inhoud van de vertrouwensregel is. Ook of de Eerste Kamer de vertrouwensregel mag activeren, en hoe deze precies luidt, zijn vragen van interpretatie, maar het recht zelf helpt ons niet veel verder als het gaat om de beantwoording van de vraag: wanneer is de vertrouwensregel nu precies in het geding? Wie bepaalt dat? Volgens mij stuiten we hier op een vaste praktijk, een conventie zogezegd, waarin het regel is dat aan de indiener wordt gevraagd om de lading van zijn/haar motie te duiden.<sup>35</sup> Dat was volgens mij de kern van het vraagstuk rond het niet aftreden van minister Verdonk in 2006. Doordat de indiener van de motie van afkeuring, Dijsselbloem (PvdA), herhaalde malen weigerde de motie te kwalificeren als een motie van wantrouwen, en de Kamer niet

<sup>35</sup> Bovend'Eert & Kummeling 2010, p. 346 e.v. Zie voor oudere voorbeelden Franssen & Van Schagen 1990, p. 123 e.v. Dat betekent uiteraard niet dat de indiener bij uitsluiting de betekenis van een motie vaststelt. De Kamer kan bij meerderheid een andere betekenis geven aan de motie, en ook bewindslieden en kabinetten kunnen een door de indiener niet als zodanig aangeduide motie opvatten als een blijk van wantrouwen, met als meest sprekende voorbeeld natuurlijk de motie-Schmelzer, die tot de val leidde van het kabinet-Cals in 1966.

bij meerderheid aangaf dat er sprake was van wantrouwen, hoefde zij niet af te treden en kon het kabinet op zoek naar andere oplossingen om de Kamer tot rust te brengen.<sup>36</sup>

Nu speelde hier een conventie dus wel een rol bij de bepaling van de houding van de Tweede Kamer in het kader van een regel van ongeschreven staatsrecht, maar de conventie bepaalde niet de inhoud van de staatsrechtelijke regel.

Het is soms lastig om vast te stellen of er bij de toepassing van bevoegdheden sprake is van een interpretatie (regel of -maatstaf) of van een conventie. Deze problematiek speelt in het bijzonder bij de bevoegdheid van de wetgever. Terecht wijzen daarom Verhey<sup>37</sup> en Geertjes<sup>38</sup> in dat verband op de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar). Deze Aanwijzingen zijn zeer gezaghebbend<sup>39</sup> en kunnen zeker voor een groot deel ook worden gezien als conventies waaraan de actoren die samen de wetgever vormen zich in de praktijk houden. In de Aanwijzingen is ook het primaat van de wetgever nader uitgewerkt. Zo wordt bijvoorbeeld in Ar 24, onder 1a aangegeven dat vergunningenstelsels zo veel mogelijk een wettelijke basis dienen te hebben. Het zou echter te ver gaan als men zou aannemen dat men voor de invulling van het legaliteitsbeginsel in het Nederlandse staatsrecht, met daarbinnen het primaat van de wetgever, louter afhankelijk zou zijn van in de Aanwijzingen vervatte conventies. Het legaliteitsbeginsel bevat namelijk een harde juridische kern, die inhoudt dat inbreuken op vrijheden en eigendommen van burgers een wettelijke basis dienen te hebben. Dat wordt ook overigens in alle helderheid in de toelichting op de Aanwijzingen erkend.<sup>40</sup> Het is onderdeel van vaste jurisprudentie.<sup>41</sup> Daarmee kan tevens een richtinggevend antwoord worden gegeven voor de kwestie die de aanleiding vormde voor de buitengewoon boeiende bijdrage van Geertjes aan deze bundel, namelijk de – na de verwerping door de Eerste Kamer van de wijziging van de Zorgverzekeringswet in december 2014 – door sommige politici opgeworpen suggestie om de daarin vervatte beperking van de vrije artskenkeuze dan maar per zelfstandige algemene maatregel van bestuur (AMvB) te regelen. Dat zou onmiskenbaar in strijd zijn geweest met het legaliteitsbeginsel. Wie daarover nog twijfels mocht hebben, kon zelfs het antwoord vinden in de toelichting op Ar 21. Daarin staat te lezen dat zelfstandige AMvB's alleen in uitzonderlijke situaties en bij wijze van tijdelijke voorziening kunnen worden gebruikt. Maar ook in gevallen waarin de Grondwet

36 Bovend'Eert & Kummeling 2010, p. 350. Uitvoeriger over deze affaire: L. de Jongh, 'De vertrouwensregel onder druk', *NJB* 2008, p. 1475-1479. Anders: C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat* (afscheidscollege Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 15.

37 Verhey 2014, p. 14.

38 Zie de bijdrage van Geertjes aan deze bundel, p. 55-57.

39 G.J. Veerman, D.R.P. de Kok & B.J. Clement, *Over wetgeving* (derde druk), Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 186.

40 Zie bijvoorbeeld de toelichting op Ar 21.

41 Zie voor een boeiende beschouwing over het legaliteitsbeginsel E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet* (oratie Tilburg; tweede herziene druk), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 28.

het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften bij zelfstandige AMvB niet uitsluit, is die weg ongewenst aangezien daarmee geen recht wordt gedaan aan het primaat van de wetgever (zie Ar 22). 'Bepalingen die de aan de betrokkenen toekomende rechten en vrijheden inperken, kunnen naar huidige *rechtsopvatting* [curs. HK] niet bij zelfstandige Algemene Maatregel van Bestuur worden vastgesteld', aldus de toelichting.

Met het voorgaande hoop ik ook duidelijk gemaakt te hebben waarom het belangrijk is om daar waar het maar enigszins mogelijk is een scherp onderscheid te maken tussen interpretatieregels en de gedragsregels die we conventies noemen. In het eerste geval hebben we te maken met regels of maatstaven die ons helpen om vast te stellen wat regels van bindend recht zijn. In het tweede geval hebben we te maken met regels waarvan de actoren naar bevind van zaken kunnen afwijken. Als ervan uit zou worden gegaan dat het legaliteitsbeginsel en het daarvan onderdeel uitmakende primaat van de wetgever voor de invulling en toepassing vooral afhankelijk zijn van de in de Aanwijzingen vervatte conventies, dan zou daarmee een uiterst belangrijke rechtsstatelijke rechtsregel worden ontkracht.

## 6 CONVENTIES ALS BRON VAN CONFLICTEN

Inmiddels kan niet zijn ontgaan wat mijn kernboodschap is: conventies zijn voor het functioneren van staatsrechtelijke instituties onontbeerlijke gedragsregels, maar het zijn geen rechtsregels. Als men ervan afwijkt, wordt geen regel van het recht geschonden, maar ook geen regel van moraal of fatsoen. Dat is goed om in het oog te houden als het gaat om discussies in de politiek over de betekenis van een bepaalde conventie. Zo vindt er op gezette tijden een discussie plaats over de vraag of op basis van eenzelfde verkiezingsuitslag achtereenvolgens verschillende volwaardige kabinetten kunnen aantreden. Sinds de jaren zestig van de vorige eeuw is dit niet meer voorgekomen. Blijkbaar werd het door politieke partijen sindsdien als nuttig ervaren om in het geval dat bij een kabinetscrisis lijmen niet meer mogelijk was een gang naar de stembus te maken. Staatsrechtelijk is een kiezersoordeel in dat soort situaties niet nodig.<sup>42</sup> Men kan hier dus hooguit spreken van een conventie. Desondanks wordt er soms groot misbaar gemaakt als de mogelijkheid van een tussentijdse kabinetswissel wordt geopperd, zonder gang naar de stembus. Zoiets zou ondemocratisch zijn of zelfs in strijd met het staatsrecht.

In veel van deze discussies zal al snel duidelijk zijn dat er van ongeschreven staatsrecht geen sprake is, daarvan hebben we immers maar heel weinig.<sup>43</sup> Degenen die betogen dat er een conventie aan de orde is, leggen daarin soms de suggestie dat zij zich (kunnen) beroepen op een hoger moreel of normatief standpunt. Daarbij kan het zeker zo zijn dat

42 Zie Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012 met uitvoerige verwijzing naar andere bronnen.

43 Zo ook Verhey 2014, p. 4, die verwijst naar een vrijwel eensluidende opvatting ter zake in de staatsrechtelijk literatuur.

in hun eigen opvattingen of ideologie van een dergelijk uitgangspunt sprake is. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de Staatskundig Gereformeerde Partij (SGP) in discussies over de rol van de Koning in het staatsbestel in relatie tot de kabinetsformatie. De SGP beschouwt het constitutioneel koningschap als van God gegeven.<sup>44</sup> Verder kan erop worden gewezen dat op vele terreinen van het parlementaire werk conventies zijn ontstaan die de kleine fracties onevenredig veel ruimte geven, zoals bijvoorbeeld het feit dat er geen spreektijdbeperking geldt tijdens de plenaire behandeling van wetgeving. En dat interpellaties vrijwel altijd worden toegestaan, juist met het oog op de bescherming van de rechten van minderheden.<sup>45</sup> De bescherming van de kleinere politieke fracties en partijen wordt blijkbaar door velen in de politiek als activiteit van een hoger doel gezien<sup>46</sup> en beperking van de rechten van kleinere partijen roept dan ook vaak veel weerstand op.<sup>47</sup>

Dat brengt mij tot een laatste conclusie. Conventies zijn niet 'hoger' dan andere praktijken in de zin dat zij 'bindend' zouden zijn. Dat idee kan gemakkelijk postvatten als we het Britse begrip *convention* een-op-een zouden transplanteren naar Nederland. In het Verenigd Koninkrijk worden *conventions* wel als bindend beschouwd.<sup>48</sup> In het voorgaande heb ik hopelijk genoegzaam duidelijk gemaakt dat dit in Nederland niet het geval is. Er is hooguit sprake van een argumentatief voordeel als men zich op een conventie kan beroepen; degenen die van de conventie willen afwijken of zelfs helemaal van de conventie af willen, zijn aan zet om daarvoor de noodzakelijke argumenten aan te dragen.

## 7 SLOT

Naar mijn oordeel zijn conventies buitengewoon belangrijk vanwege hun ordenende functie voor het staatsbestel, zowel ten aanzien van de situatie waarin het staatsbestel 'in rust' is, alsook in het geval waarin het staatsbestel 'in beweging' komt, wanneer gewijzigde maatschappelijke en politieke verhoudingen dwingen tot aanpassing van bestaande praktijken zonder dat daarmee het vigerende staatsrecht geweld hoeft te worden aangedaan.

44 Zie haar 'Program van beginselen'.

45 Zie voor de beide voorbeelden Bovend'Eert & Kummeling 2010, respectievelijk p. 509 en 318. In 2004 werd de invoering van de zogenaamde dertigledenregel in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer gemotiveerd met het argument dat dit ter bescherming van minderheden zou zijn. Maar de invoering van die regel heeft zo op het oog weinig gevolgen gehad. Nog steeds wordt de kleine fracties geen strobreed in de weg gelegd.

46 Zie ook het feit dat discussie over de verhoging van de kiesdrempel nooit van de grond komt. Een ander voorbeeld betreft de gedachte van minister Plasterk van BZK dat de eventuele afschaffing van de mogelijkheid tot het aangaan van lijstcombinaties bij verkiezingen tot compensatie voor de kleinere partijen zou moeten leiden. Zie hierover het Advies van de Kiesraad van 22 juli 2015.

47 Zie bijv. ook de discussie die ontstond over het voorstel van het Presidium van de Tweede Kamer van 1 april 2015, dat beoogde het budget en het spreekrecht van afsplitters van fracties te beperken, *Kamerstukken II* 2014/15, 34183, 5.

48 Prakke 2004, p. 873.

Maar hoe belangrijk conventies ook zijn, het zijn geen rechtsregels. Volgens mij valt er veel voor te zeggen om bij conventies uit te gaan van staatkundige regels die noodzakelijk zijn om staatsrechtelijke instituties naar behoren te laten functioneren. En met instituties bedoel ik dan zowel organen als rechtsregels.

Conventies zijn ook geen regels die een hogere status kunnen ontlenuen aan het feit dat ze zouden berusten op een bepaalde (hogere) moraal of fatsoen. Bindend zijn conventies hooguit door middel van zelfbinding en ze geven in dat verband vooral een argumentatief voordeel, in die zin dat ze degenen die van de conventie willen afwijken of zelfs geheel van de conventie af willen in de positie plaatsen dat ze daarvoor overtuigende argumenten zullen moeten aandragen.

De conventie heeft dus geen hogere (juridische) status, ook al noemen we haar constitutionele conventie. Toch wordt die suggestie vaak gewekt in discussies in en over de politieke arena. Maar dat heeft veel weg van gedrag dat Winston Churchill zichzelf ooit toegedicht schijnt te hebben: 'Als ik het met politieke argumenten niet meer red, dan breng ik de constitutie in stelling.'<sup>49</sup>

49 Het kan ook best zijn dat dit een van de vele apocriefe verhalen rond Churchill zijn. Zie daarover het prachtige boek van B. Johnson, *The Churchill Factor*, Londen: Hodder & Stoughton 2014, die vanaf p. 8 zijn betoeg rijkelijk met dit soort verhalen heeft gelardeerd.