

Bedankt voor het downloaden van dit artikel. De artikelen uit de (online)tijdschriften van Uitgeverij Boom zijn auteursrechtelijk beschermd. U kunt er natuurlijk uit citeren (voorzien van een bronvermelding) maar voor reproductie in welke vorm dan ook moet toestemming aan de uitgever worden gevraagd.

Boom

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch door fotokopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikelen 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (postbus 3060, 2130 KB, www.reprorecht.nl) of contact op te nemen met de uitgever voor het treffen van een rechtstreekse regeling in de zin van art. 16l, vijfde lid, Auteurswet 1912.

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16, Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any way whatsoever without the written permission of the publisher.

info@boomamsterdam.nl
www.boomuitgeversamsterdam.nl

De noodzaak van checks-and-balances tussen de staatsmachten

De staatsmachten dienen elkaar door een systeem van checks-and-balances te controleren. Volgens de aan onze Grondwet ten grondslag liggende theorie van het regimen mixtum betekent dit dat het democratische element in het staatsbestel in balans moet worden gehouden door een aristocratisch en monarchaal element en vice versa. Tegen deze achtergrond geeft het voorstel om de formateur voortaan niet meer door de Koning te laten benoemen, blijk van een beperkte kijk op democratie.

door *Bart Fleuren*

De auteur is advocaat.

OP 27 MAART 2012 BESLOOT DE TWEDE KAMER om haar Reglement van Orde aan te passen.¹ Volgens artikel 139a en b van het Reglement van Orde wordt de formateur voortaan ‘benoemd’ door de Tweede Kamer en niet langer door de Koning,² zoals kan worden afgeleid uit het recht van de Koning om de Ministers te benoemen (artikel 43 Grondwet).³ Bij de kabinetsformatie van september 2012 werd dit voor het eerst in de praktijk gebracht: de Tweede Kamer ‘benoemde’ Kamp en Bos als verkenner en wees daarop Rutte als formateur aan.⁴ De Koning en de Eerste Kamer werden slechts van de resultaten op de hoogte gesteld.

Opvallend aan deze wijziging is dat de Eerste Kamer en de Raad van State, die normaliter ook bij de (in)formatie betrokken zijn, formeel niet gehoord zijn over deze beoogde wijziging van het staatsrecht, en dat terwijl de Koning voorafgaand aan de benoeming van een kabinets(in)

formateur ook de vicepresident van de Raad van State en de voorzitter van de Eerste Kamer hoort over de uitslag van de verkiezingen. Door verschillende Kamerleden is betoogd dat wijziging van het Reglement van Orde onvoldoende grondslag is voor de afschaffing van de rol van de Koning.⁵ Daarom is de vraag opgeworpen of de afschaffing van de rol van de Koning bij de (in)formatie wel rechtsgevolg heeft.⁶ Zoals de vicepresident van de Raad van State in 2006 nog benadrukte, heeft een wijziging van het Reglement van Orde immers geen extern werkend effect.⁷

De ‘revolutie’ van 27 maart 2012 is illustratief voor een groeiende maatschappelijke trend in de opvatting van democratie. Daarin lijkt de Tweede Kamer te worden gezien als hét orgaan dat de volkswil vertegenwoordigt en dat (daarom) hoger staat dan de Koning, de Eerste Kamer en de Raad van State. Deze opvatting gaat eraan voorbij dat ook de Eerste Kamer, de Raad van State en de Koning – de twee laatste via de Grondwet – democratisch gelegitimeerd zijn. Het is daarnaast zeer de vraag of het wenselijk is dat de Tweede Kamer eenzijdig de rol van de Koning bij de (in)formatie kan wijzigen.

DE THEORIE VAN HET *regimen mixtum*

Volgens de aan onze Grondwet ten grondslag liggende gedachte staat de Tweede Kamer immers niet boven de andere staatsorganen. Het uitgangspunt van de Grondwet, zoals bij de laatste algehele Grondwetsherziening in 1983 tot uitdrukking kwam, is dat het Nederlandse staatsbestel zodanig is ingericht dat ‘de diverse staatsorganen tot samenwerking gedwongen [worden] teneinde ongecontroleerde macht onmogelijk te maken’.⁸ Volgens die gedachte dient geen enkel orgaan de overhand te hebben en dienen de verschillende organen op voet van gelijkheid met elkaar te regeren.

De gedachte die hierin tot uitdrukking komt is dat de democratie in ongebreidelde vorm geen rechtvaardige en duurzame staatsvorm is. Zoals Thorbecke (1798-1872) het in zijn *Narede* (1869) verwoordde: ‘De constitutionele Monarchie kent ééne absoluten wil niet; zij bestaat in een verband van elkander wederkeerig beperkende organen, aangelegd om met vrijheid zamen te werken tot eene wetgeving en een bestuur, die aan de eischen van een juist, regtvaardig, nationaal verstand beantwoorden.’⁹ Nederland kent weliswaar een parlementaire democratie, maar dus geen absolute. Want, zo schrijft Thorbecke: ‘Is het alleen de vraag, wat het volk of de meerderheid wil, dan vervalt de vraag naar hetgeen regt, waar, goed en uitvoerbaar is.’¹⁰

In hedendaagse termen uitgedrukt moet de democratie worden begrensd door de rechtsstaat om een rechtvaardige en daarmee duurzame ordening te bewerkstelligen. Meerderheden hebben in moeilijke en minder moeilijke

tijden de neiging om minderheden te onderdrukken of zelfs te vernietigen. Om dat te voorkomen, moet de staat zo worden ingericht dat de grondrechten van burgers worden gerespecteerd. Een middel daartoe is dat de met staatsmacht bekleedde personen en instituties nooit de overhand op elkaar mogen krijgen. De gedachte is dat ‘power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely’.¹¹ De staatsmachten dienen elkaar daarom door middel van een systeem van checks-and-balances te controleren. Volgens de aan onze Grondwet ten grondslag liggende theorie van het *regimen mixtum* (gemengd regime) betekent dit dat het democratische element in het staatsbestel in balans moet worden gehouden door een aristocratisch en monarchaal element en vice versa. Het aristocratische element, door Thorbecke ook ‘de aristocratie van het verstand’ genoemd, zorgt ervoor dat de wil van de meerderheid binnen de perken van de rechtsstaat blijft.¹² Het monarchale element is gelegen in de eenheid van de staat en het gezag dat daaruit voortvloeit voor het handelen van de wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende macht. Het democratische element in ons stelsel is daarmee het uitgangspunt van wetgeving en bestuur, maar dit heeft niet het laatste woord. Het aristocratische en monarchale beginsel, belichaamd in onder meer de Eerste Kamer en de Koning, beperken het en vullen het aan.

In 1815 werd de Eerste Kamer noodzakelijk geacht, omdat één kamer gemakkelijk ten prooi kan vallen aan de overheersing door een wrede of welsprekende politicus

DE EERSTE KAMER

In 1815 werd de Eerste Kamer noodzakelijk geacht, omdat één kamer gemakkelijk ten prooi kan vallen aan de overheersing door een wrede of welsprekende politicus: ‘eene kamer wordt doorgaans maar door weinig mensen geregeerd, door

de welsprekendheid van den een of de wreedheid van den ander, b.v. Robespierre en Mirabeau; dit leert ook overal de geschiedenis; daarom twee kamers.’¹³ Het is haar bijzondere taak om ‘in moeilijke tijden aan de driften heilzame palen te stellen’ en ‘aan de natie een volkomene zekerheid te waarborgen tegen alle willekeurige uitbreiding van gezag’.¹⁴

Ook in onze tijd zijn deze woorden actueel. Bij de Grondwetsherziening van 1983 werd de Eerste Kamer in stand gehouden, omdat zij een ‘waardevolle aanvullende toetsing [verricht] die een eigen karakter heeft’.¹⁵ Bij die aanvullende toetsing dient de Eerste Kamer zich terughoudend op te stellen om zich door politieke motieven te laten leiden. Dat neemt echter niet weg dat het wenselijk is dat de Eerste Kamer haar toetsing van wetsvoorstellen op uitvoerbaarheid, doelmatigheid en handhaafbaarheid intensief verricht en

zich daarbij onafhankelijk opstelt jegens de indiener van een wetsvoorstel.

Ook het belang van de Eerste Kamer bij de controle van het regeringsbeleid kan vanuit het oogpunt van checks-and-balances niet worden onderschat. Het kabinet weet zich immers middels het regeerakkoord verzekerd van steun van de meerderheid van de Tweede Kamer. Daarnaast komt het zelden voor dat Tweede Kamerleden inhoudelijk afwijken van de lijn van hun geestverwanten in het kabinet. Het is dus de vraag in hoeverre de Tweede Kamer voldoende kan worden vertrouwd om haar taak als controleur van het regeringsbeleid onafhankelijk uit te oefenen. Geestverwanten van de kabinetsleden in de Eerste Kamer zijn niet gebonden aan het regeerakkoord en hebben derhalve een onafhankelijker positie ten overstaan van het kabinet. Zeker als de Eerste Kamer een andere samenstelling heeft dan de Tweede Kamer is het vanuit het oogpunt van checks-and-balances wenselijk dat zij zich – weliswaar vanuit het bijzondere karakter van haar toetsing – waar nodig kritisch opstelt jegens de Regering.

De Eerste Kamer ontleent haar legitimatie welbeschouwd dus aan het feit dat zij een tegenwicht kan bieden aan het kabinet (en de daarmee eensgezind optrekkende meerderheid in de Tweede Kamer). De enkele omstandigheid dat de Eerste Kamer in geringer opzicht dan de Tweede Kamer democratisch is gelegitimeerd vanwege de indirecte verkiezing van haar leden, betekent derhalve niet dat de Eerste Kamer ondergeschikt is aan de wil van de Tweede Kamer. De Eerste Kamer heeft immers een bijzondere taak om de democratische rechtsstaat te beschermen tegen de uitwassen van de democratie. In dat opzicht vertegenwoordigt zij niet alleen een democratische, maar ook een aristocratische functie in ons staatsbestel.

DE KONING

Ook de positie van de Koning in ons staatsbestel kan vanuit het perspectief van checks-and-balances niet worden onderschat. Omdat de Koning

De Koning is in een onrustige democratie een rustpunt, dat middelpuntvliedende krachten tot bedaren kan brengen

onschendbaar is en de Ministers verantwoordelijk zijn, stijgt de Koning boven de partijen uit. Daarmee is de Koning in een naar haar aard onrustige democratie een rustpunt, dat middelpuntvliedende krachten tot bedaren kan brengen.¹⁶ Het gegeven dat ons staatshoofd niet gekozen

is, geeft een zekere rust en continuïteit die ontbreekt in systemen waarin het staatshoofd periodiek wordt gekozen.¹⁷ De onschendbaarheid van de Koning geeft partijen daarnaast de mogelijkheid om het regeringsbeleid

te bekritisieren zonder weerslag op de positie van het staatshoofd. Dit geeft het democratische proces in Nederland minder beladenheid dan in andere landen, waardoor er potentieel meer ruimte is voor de inhoud.

Ernst Hirsch Ballin heeft er recentelijk op gewezen dat ook de Koning in ons staatsbestel een tegenwicht vormt tegen de ‘verabsolutering van het democratisch meerderheidsprincipe’.¹⁸ Dit uit zich onder meer in het recht van de Koning om ‘to be consulted, to encourage, to warn’ uit hoofde van artikel 42 van de Grondwet.¹⁹ In praktische zin komt dit tot uiting in het wekelijkse overleg met de minister-president. De ministeriële verantwoordelijkheid brengt met zich dat de Koning terughoudend gebruikmaakt van zijn adviesrecht. Daarbij zal de Koning zich niet moeten laten leiden door politieke motieven en een minister alleen mogen aanspreken ‘op de basisprincipes van democratisch rechtsstatelijk bestuur zoals de betrouwbaarheid van de overheid en de integere afwikkeling van de beslissingen die met een koninklijke toespraak [...] of ambtshandeling aan de burgers kenbaar worden gemaakt’.²⁰

In sommige omstandigheden mag de Koning echter meer dan slechts adviseren of waarschuwen, bijvoorbeeld in het geval van een ongrondwettige machtsgreep van een minister of de Tweede Kamer.²¹ De praktijk wijst uit dat veel minister-presidenten het adviesrecht van de Koning in crisistijd bijzonder hebben gewaardeerd. In de woorden van oud-minister-president Willem Drees: ‘Koninginnen doen weleens verstandige dingen tegenover ministers die soms meer politieke motieven hebben.’²² Dit wekt, gezien de vorming die voorafgaat aan het Koningschap en de ernst waarmee deze taak in de recente geschiedenis is opgevat, geen verbazing.

De Koning wordt ook wel aangeduid als de beschermer van ‘constitutionele zeden’.²³ Deze rol komt mede tot uiting bij de kabinets(in)formatie, die erop is gericht om de vertaling van een verkiezingsuitslag naar een stabiele Regering ordelijk te laten verlopen. Een voorwaarde voor een stabiele Regering is dat de Staten-Generaal voldoende vertrouwen hebben in het kabinet, dat door de Koning wordt benoemd. De Koning ziet daarop toe door alle betrokken partijen te horen en zich te laten adviseren. Omdat de Regering niet alleen het vertrouwen van de Tweede Kamer, maar ook van de Eerste Kamer behoeft, is het wenselijk dat de (in)formatie wordt gecoördineerd door een van beide Kamers onafhankelijke derde. Wie kan deze taak met meer onafhankelijkheid vervullen dan de Koning?

De belangrijkste rol van de Koning is dat hij de eenheid van de staat symboliseert en daarmee gezag verleent aan de handelingen van de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht. In het (in)formatieproces komt dit tot uiting doordat hij (symbolische) legitimatie verschaft aan de machtswisseling.²⁴ Die machtswisseling is democratisch gelegitimeerd door de

verkiezingen van de Tweede Kamer en verkrijgt *daarnaast* een historische c.q. staatkundige legitimatie door de Koninklijke benoeming.²⁵ Deze is van belang, omdat burgers zich na de verkiezingen moeten neerleggen bij het feit dat zij geregeerd worden door personen op wie zij niet gestemd hebben en die mogelijk beleid voeren waartegen zij weerzin voelen. Een democratie werkt alleen zolang burgers bereid zijn om dat te accepteren. Door de Koning verder op afstand te plaatsen van de (in)formatie vermindert ook het gezag van de benoeming. De constatering dat het gezag van politici in de laatste jaren is gedaald, maar dat het gezag van de Koning juist gestegen, maakt het wenselijk om de rol van de Koning bij de (in)formatie te behouden.²⁶

CONCLUSIE

De ‘revolutie’ van 27 maart 2012 geeft zowel qua vorm als qua inhoud blijk van een te beperkte kijk op democratie. Hoe verhoudt de wijziging zich tot de gelijkwaardige positie van de Tweede Kamer aan de Eerste Kamer, de Raad van State en de Koning? Wat te doen bij impasses? Vergroot of verkleint de rol van de Koning bij de (in)formatie de legitimiteit van een nieuw kabinet? De Tweede Kamer heeft bij de wijziging onvoldoende oog gehad voor deze vragen. Daarnaast heeft de Tweede Kamer de kwestie, door haar in het Reglement van Orde te regelen, ten onrechte onttrokken aan de beschermers van de ‘constitutionele zeden’, die er juist voor zijn om te behoeden voor constitutionele misstappen. De indieners van het voorstel hebben daarmee miskend dat de rol van de Koning bij kabinets(in)formatie volgt uit artikel 43 van de Grondwet en niet rechtsgeldig kan worden beperkt door een wijziging van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer. Om dit gebrek te herstellen kunnen de indieners alsnog een procedure tot wijziging van de Grondwet entameren. Daarmee kunnen zij laten zien dat ook de Tweede Kamer ‘pal staat’ voor de rechtsstaat en de wijze waarop daaraan in Nederland uitvoering wordt gegeven, en dat ook zij trouw zijn aan de Grondwet, zoals zij tenslotte bij hun beëdiging hebben gezworen.

Noten

- 1 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 759, nr. 66 item 6, pp. 26-47.
- 2 Uit de letterlijke tekst van artikel 139a blijkt niet dat de (in)formateur door de Tweede Kamer wordt benoemd, maar slechts dat de Tweede Kamer over de benoeming van een (in)formateur be-raadslaagt met als doel een of meer (in)formateurs te benoemen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter

dat het de bedoeling is dat de (in)formateurs door de Tweede Kamer worden benoemd.

- 3 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 035, nr. 8, p. 2. Vgl. J.Th.J. van den Berg, *De kabinetsformatie en de instituties: 3. De Koning. Preadvies voor de Parlementaire Conferentie over de kabinetsformatie en de instituties*, Den Haag, 20 april 2011, p. 6.
- 4 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 410, nr. 17. Zie het verslag van de formateur d.d. 3 november 2012.

- 5 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 759, nr. 66 item 6, p. 46.
- 6 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 759, nr. 66 item 6, p. 46.
- 7 Zie de brief die Herman Tjeenk Willink, vicepresident van de Raad van State, op persoonlijke titel aan Frans Weisglas, de voorzitter van de Tweede Kamer, van 30 oktober 2006 (Kab 06-01415/ap).
- 8 Memorie van antwoord, *Kamerstukken II* 1980/81, 16 035, nr. 8, p. 4.
- 9 J.R. Thorbecke (1869), *Narede*. Zie home.kpn.nl/dmjanssen1960/Narede.html.
- 10 Thorbecke 1869.
- 11 Lord Acton in een brief aan bisschop Mandell Creighton in 1887. Zie www.phrases.org.uk/meanings/absolute-power-corrupts-absolutely.html.
- 12 Thorbecke 1869.
- 13 H.Th. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet. Bronnenverzameling. Deel II: 1815*. Den Haag: Nijhoff, 1909, p. 125.
- 14 J. van der Haar, 'De Eerste Kamer der Staten-Generaal', *AR Staatskunde* 14 (1940), pp. 153-154.
- 15 *Kamerstukken II* 1978/79, 14 222, nr. 7, p. 2. Vgl. *Kamerstukken II* 1973/74, 12 944, nr. 2, p. 7.
- 16 Van den Berg 2011, p. 11.
- 17 D.J. Elzinga, 'Monarchie en constitutioneel neutrum. Over de betekenis van de "pouvoir neutre" in de Nederlandse democratie', in: D.J. Elzinga (red.), *De Nederlandse constitutionele monarchie in een veranderend Europa*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2006, p. 18.
- 18 E.M.H. Hirsch Ballin, *De Koning. Continuïteit en perspectief van het Nederlandse koningschap*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2012, p. 34.
- 19 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 035, nr. 8, p. 2. Vgl. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 III (Notitie Kok over koningschap); *Handelingen II* 2000/01, 5 oktober 2000, i.h.b. 9579-9580 en bijbehorend advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 III A.
- 20 Hirsch Ballin 2012, p. 13.
- 21 J. van der Hoeven, 'Modern koningschap', *Socialisme en democratie* 30 (1973), nr. 10, p. 444. Geciteerd in Hirsch Ballin 2012, p. 33.
- 22 John Jansen van Galen en Herman Vuijsje, *Willem Drees. Wethouder van Nederland* (derde druk). Baarn: Bosch & Keuning/Sesam, 1992, p. 91. Geciteerd in A. van Liempt, *Nederland valt aan. Op weg naar oorlog met Indonesië, 1947*. Amsterdam: Balans, 2012, p. 14.
- 23 Zie de brief die Herman Tjeenk Willink, vicepresident van de Raad van State, op persoonlijke titel aan Frans Weisglas, de voorzitter van de Tweede Kamer, van 30 oktober 2006 (Kab 06-01415/ap).
- 24 D.W.J.M. Pessers, 'De symbolische legitimaties van de constitutionele monarchie', in: Elzinga 2006, p. 51.
- 25 Hirsch Ballin 2012, p. 14.
- 26 H.D. Tjeenk Willink, 'Enige waarnemingen over het koningschap', in: Elzinga 2006, p. 5.