

# NORMATIEVE VOORKEUREN EN POSITIEF RECHT: EEN REACTIE OP ROOS

J.J.J. Sillen\*

## 1 Inleiding

In de aflevering van december 2007 van dit blad verscheen het artikel 'Het tweede referendum en het falen van de democratie'.<sup>1</sup> In dat artikel stelt Roos drie vragen van constitutioneel recht aan de orde.<sup>2</sup> De wijze waarop hij die vragen beantwoordt verdient kritiek, omdat zij sterk geïnspireerd lijken te zijn op zijn eigen normatieve voorkeuren. Deze wijze van rechtsbeoefening zou naar mijn oordeel afgewezen moeten worden en moeten worden vervangen door een positiefrechtelijke methode van rechtsvinding.

## 2 Positiefrechtelijke rechtsbeoefening

Het 'positieve staatsrecht is recht, gesteld of erkend door overheidsambten, geconstitueerd door de geschreven en soms ongeschreven constitutie'.<sup>3</sup> De positiefrechtelijke methode<sup>4</sup> tracht, net als Kelsens *Reine Rechtslehre*,<sup>5</sup> de vraag wat rechtens is, niet te vermengen met de vraag wat (volgens de auteur) rechtens zou behoren te zijn. 'Positivisten, kenners en liefhebbers van de juridische meccanodoos, dragen', zo schrijft Kortmann, 'evenals andere nuchtere handwerkslieden, het nodige bij aan rationeel, logisch analytisch denken en doen. Zij vormen tot op zekere hoogte een barrière tegen postmodernistisch gezwam, tegen irrationele rechtsschepping, tegen chaotisering en verloedering van een rechtssysteem, tegen als recht bestempelen van wat louter of voornamelijk eigen verlangens en doeleinden zijn'.<sup>6</sup>

In de Nederlandse literatuur is echter veelal onbesproken gebleven, wat de positiefrechtelijke methode is. Voordat ik mijn kritiek formuleer op de wijze waarop Roos enkele constitutionele vragen beantwoordt, tracht ik (niet meer dan) een aanzet te geven tot een beschrijving van die methode. Zij wordt naar mijn oordeel gekenmerkt door beschrijving, uitlegging en toepassing van het recht aan de hand van objectieve maatstaven, zoals de tekst van de wet, rechterlijke interpretatie, wetsgeschiedenis ('de bedoeling van de wetgever') en de systematiek van de wet. Naast het geschreven en het – door de rechter erkende – ongeschre-

ven recht, erkennen positivisten onder bijzondere omstandigheden de gewoonte als rechtsbron. Van gewoonterecht is echter slechts sprake wanneer voldaan is aan de, door de doctrine breed gedeelde, voorwaarden van 'regelmatig terugkerend gedrag' en de 'overtuiging dat dat gedrag rechtens is vereist'.<sup>7</sup>

Ook aan deze methode zitten haken en ogen. Dat heeft enerzijds te maken met elementen van de methode zelf. Zo is het lastig te bepalen wat de bedoeling van de wetgever is. De toelichtende stukken kunnen tegenstrijdig zijn en de leden van het wetgevend ambt zijn dikwijls verdeeld in tegenstemmers en voorstemmers, terwijl ook binnen die twee groepen de motieven van de leden, om te stemmen zoals zij doen, kunnen verschillen.<sup>8</sup> Anderzijds is het, zo besef ook ik, onmogelijk om het eigen normatieve oordeel geheel buiten beschouwing te laten. Dat neemt echter niet weg, dat de positiefrechtelijke benadering de wijze is, waarop een objectieve wijze van rechtsbeoefening zo dicht mogelijk benaderd kan worden.

**Het is onmogelijk om het eigen normatieve oordeel geheel buiten beschouwing te laten. Dat neemt niet weg, dat de positiefrechtelijke benadering de wijze is waarop een objectieve wijze van rechtsbeoefening zo dicht mogelijk benaderd kan worden.**

## 3 Roos' normatieve positie

Roos is verklaard tegenstander van de Europese Grondwet en het, thans voorliggende, Hervormingsverdrag. Het democratische deficit binnen de EG zou met de nieuwe verdragen volgens hem niet opgelost worden.<sup>9</sup> Voorts lijkt hij een groot voorstander van (het houden van) een referendum over de goedkeuring van het Hervormingsverdrag, omdat de kiezers in het eerste referendum de Eu-

\* Mr.dr.s. J.J.J. Sillen is promovendus staatsrecht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

- 1 N.H.M. Roos, 'Het tweede referendum en het falen van de democratie', *AA* 2007, p. 963-971 (verder: Roos 2007).
- 2 In zijn artikel komen meer constitutionele vragen aan de orde. Drie daarvan vormen echter de kern van zijn betoog en worden hierna (paragraaf 4) besproken.
- 3 C.A.J.M. Kortmann, 'Positivismisme, soevereiniteit en recht', *NJB* 1997, p. 482 (hierna: Kortmann 1997).
- 4 Vergelijk G.C.J.J. van den Berg, 'Wat is positivismisme?', *NJB* 1993, p. 1265-1269.
- 5 Daarover inleidend H. Kelsen, 'The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence', *Harvard Law Review* 1941, p. 44-70. Zie verder H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien: Franz Deuticke 1960.
- 6 Kortmann 1997, p. 483 (mijn cursivering).
- 7 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 31. Vergelijk voorts D.J. Elzinga & R. de Lange (m.m.v. H.G. Hoogers), *Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 192.
- 8 Vergelijk K. Waaldijk, *Motiveringsplichten van de wetgever* (diss. Maastricht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 30.
- 9 N.H.M. Roos, 'Arithmétique hollandaise, rhétorique européenne', *NJB* 2005, p. 1042; Roos 2007, p. 969-970. Zie voorts zijn internetpagina [www.nederlandnederland.tk](http://www.nederlandnederland.tk).

ropese Grondwet verworpen hadden en vanwege het – ik ben het op dit punt hartgrondig met hem eens – ‘gebrek aan substantiële verschillen [van het Hervormingsverdrag, JS] met de Europese Grondwet’.<sup>10</sup>

Of ik (of de lezer) het eens ben met Roos’ normatieve positie, behoort naar mijn oordeel – en in de positiefrechtelijke benadering – niet de beantwoording van constitutionele vragen te beïnvloeden. Ik meen dat het Roos niet is gelukt die scheiding aan te brengen.

## Of ik (of de lezer) het eens ben met Roos’ normatieve positie, behoort naar mijn oordeel – en in de positiefrechtelijke benadering – niet de beantwoording van constitutionele vragen te beïnvloeden

### 4 Drie constitutionele vragen

#### 4.1 Is de regering bevoegd een initiatiefwetsvoorstel van de Kamer niet te bekrachtigen?

Toen duidelijk werd dat de regering niet voornemens was opnieuw een referendum te houden over het Hervormingsverdrag, bereidden enkele Kamerleden een initiatiefwetsvoorstel voor, strekkende tot het houden van zo’n referendum.<sup>11</sup> De regering besloot zo’n initiatiefvoorstel, als het door beide kamers der Staten-Generaal zou worden aangenomen, niet te bekrachtigen.<sup>12</sup>

Roos stelt zich in zijn artikel de vraag of de regering tot niet-bekrachtiging van zo’n initiatiefwetsvoorstel bevoegd is. Hij oordeelt, dat die bevoegdheid slechts bestaat in twee gevallen. Bekrachtiging mag niet geweigerd worden indien (1) ‘van strijd [van het voorstel, JS] met het kabinetsbeleid duidelijk geen sprake is en weigering van het contraseign alleen een politieke manoeuvre zou zijn’<sup>13</sup> of (2) wanneer het initiatiefwetsvoorstel ‘de uitoefening van de rechten van het parlement als zodanig betreft’.<sup>14</sup> Roos geeft niet aan waarop deze door hem gepresenteerde beperkingen berusten.

Naar positief recht bestaat die beperking naar mijn oordeel niet. Zo bevat artikel 87, eerste lid, Gw naar de tekst geen beperkingen van de bekrachtigingsbevoegdheid van de regering.<sup>15</sup> Daarnaast blijkt ondubbelzinnig uit de grondwetsgeschiedenis dat de regering ook bevoegd is wetsvoorstellen niet te bekrachtigen, zonder dat aan die bevoegdheid nadere voorwaarden zijn verbonden. Bij de voorbereiding van de grondwetsherziening van 1983 hebben de Kamer en de regering daarover van gedachten gewisseld. De Tweede Kamer, zo blijkt uit zijn eindverslag, oordeelde: ‘Een evenwichtige benadering [...] van de relatie tussen de Tweede Kamer en de Regering brengt met zich dat ten principale het recht van niet-bekrachtiging wordt gehandhaafd, als

tegenhanger van het recht van verwerpen van een wetsvoorstel door de Tweede Kamer.’<sup>16</sup> Zij deelde daarmee het oordeel van de regering.<sup>17</sup>

#### 4.2 Was de regering bevoegd een adviesaanvraag in te dienen bij de Raad van State over het Hervormingsverdrag?

De tweede vraag die Roos aan de orde stelt, is, of de regering bevoegd was, de Raad van State om advies te vragen over het Hervormingsverdrag. Dat advies van de Raad van State heeft, zoals bekend, een belangrijke rol gespeeld bij de keuze van de regering om geen referendum te houden over de goedkeuring van dat verdrag. Het advies van de Raad van State is terecht bekritiseerd.<sup>18</sup> Het redeneert, zo is ook mijn oordeel, naar een doel toe. Roos formuleert echter een ander, en fundamenteeler, bezwaar tegen het advies: het had volgens hem niet gegeven mogen worden. Die stelling baseert hij op artikel 15, tweede lid, Wet RvS. Dat artikel bepaalt, in de woorden van Roos, ‘dat de regering de Raad geen advies mag vragen over een initiatiefwet voordat zo’n wet door het parlement is goedgekeurd. Het ligt daarom voor de hand dat de regering zich dan ook, anticiperend op een initiatiefwet, van een consultatie van de Raad zou moeten onthouden.’<sup>19</sup>

De stelling dat artikel 15, tweede lid, Wet RvS de regering verbiedt advies te vragen over een door de leden van de Tweede Kamer (of van de Verenigde Vergadering) aanhangig gemaakt wetsvoorstel, voordat het door de Staten-Generaal is aangenomen, is juist. Dat volgt uit de tekst van de bepaling. De conclusie, dat de regering dientengevolge ook niet bevoegd was advies te vragen over het Hervormingsverdrag, deel ik echter niet. Ten tijde van de adviesaanvraag was er namelijk geen wetsvoorstel aanhangig bij de Tweede Kamer over (de goedkeuring van) het Hervormingsverdrag. Op 18 juli 2007 heeft de adviesaanvraag de Raad van State bereikt,<sup>20</sup> terwijl het initiatiefvoorstel, dat er toe strekt een referendum te houden over de goedkeuring van het Hervormingsverdrag, pas op 2 november van dat jaar aanhangig is gemaakt.<sup>21</sup> Alleen al deze chronologie maakt, dat naar positief recht de regering bevoegd was een adviesaanvraag in te dienen bij de Raad van State.

Als de regering bij die adviesaanvraag anticipeerde, zoals Roos suggereert,<sup>22</sup> op een aanhangig te maken initiatiefvoorstel (daargelaten in hoeverre reeds in juli deze gang van zaken voorspelbaar was), maakt dat mijn oordeel niet anders. Ten eerste rept de wet niet over zo’n beperking. Ten tweede volgt uit het systeem en uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet op de Raad van State, dat zo’n beperking niet bestaat. Advies van de Raad over initiatiefwetsvoorstellen is immers steeds verplicht voordat een wetsvoorstel door Tweede Kamer in behandeling wordt genomen (art. 15a, eerste lid, Wet RvS). Artikel 15, tweede lid, Wet RvS beoogt slechts te voorkomen dat de regering, na dat advies, tijdens de behandeling van de wetsvoorstel door de Staten-Generaal nógmaals advies vraagt aan de

10 Roos 2007, p. 971. Voor een – mijns inziens overtuigende – onderbouwing van die stelling, zij verwezen naar het rapport van de *European Scrutiny Committee* van het Britse House of Commons over het Hervormingsverdrag, te vinden op: [www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmeuleg/1014/1014.pdf](http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmeuleg/1014/1014.pdf).

11 Het voorstel is thans aanhangig (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 259, nr. 1 e.v.).

12 In zijn artikel schrijft Roos – op één uitzondering na – steeds van contraseigneren door de regering (Roos 2007, p. 963, 964, 965). Die combinatie van ambt en rechtshandeling kent het Nederlandse constitutionele recht niet. Ik spreek daarom hierna steeds van het onthouden van bekrachtiging door de regering.

13 Roos 2007, p. 963.

14 Roos 2007, p. 963.

15 Dat doet art. 47 Gw evenmin.

16 *Kamerstukken II 1979/80*, 15 074 (R 1099), nr. 10, p. 3.

17 *Kamerstukken II 1979/80*, 15 074 (R 1099), nr. 8, p. 19-20.

18 Vergelijk J.A. Peters & J.-H. Reestman, ‘Raad van State politieker dan het Engelse Lagerhuis’, *NJB 2007*, p. 2438; Ph. van Praag, ‘De dubbele agenda van de Raad van State’, *NJB 2007*, p. 2547-2550.

19 Roos 2007, p. 964.

20 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 091, nr. 4, p. 1.

21 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 259, nr. 1, p. 1.

22 Roos 2007, p. 964.

Raad. Het amendement,<sup>23</sup> dat heeft geleid tot die bepaling, gaf uitvoering aan het systeem van de wet, waarin alleen het ambt dat 'het wetsvoorstel voor zijn rekening neemt en verdedigt',<sup>24</sup> tijdens de behandeling van het voorstel toegang heeft tot advisering door Raad.<sup>25</sup>

#### 4.3 Wat is de strekking van artikel 91, derde lid, Gw?

Ten slotte betoogt Roos, dat artikel 91, derde lid, Gw een sterke aanwijzing is, dat over (de goedkeuring van) het Hervormingsverdrag een referendum gehouden moet worden.<sup>26</sup> Zijn redenering is als volgt: de Raad van State heeft in zijn advies voorwaarden genoemd, waaronder een raadplegend referendum over de goedkeuring van een verdrag gehouden zou kunnen worden. Eén van die voorwaarden is dat het verdrag, dat ter goedkeuring voorligt, 'naar inhoud, methodiek en ambitie, in samenhang bezien, zo ingrijpend is dat het gewenst is de normale grondwettelijke goedkeuringsprocedure aan te vullen met een raadplegend referendum.'<sup>27</sup> De Raad van State lijkt het Hervormingsverdrag – anders dan de Europese Grondwet – niet als zodanig te beschouwen, maar laat dat eindoordeel over aan de regering.<sup>28</sup> Roos betwist de juistheid van de door de Raad genoemde criteria. Hij acht voor de beantwoording van de vraag of een referendum over de goedkeuring van het verdrag gewenst is, van belang of door sluiting van het verdrag 'een massale overdracht van bevoegdheden' plaatsvindt aan de EU, omdat een dergelijke overdracht volgens hem een afwijken van de Grondwet inhoudt als bedoeld in artikel 91, derde lid, Gw.<sup>29</sup>

Allereerst zie ik niet goed in waarom artikel 91, derde lid, Gw een aanwijzing is voor het houden van een referendum over de goedkeuring van een verdrag, nu die bepaling de goedkeuring van verdragen, zonder de mogelijkheid van een raadplegend referendum te noemen, voorbehoudt aan de Staten-Generaal. Mijn juridisch bezwaar is echter een ander, namelijk dat de uitleg die Roos aan artikel 91, derde lid, Gw geeft, niet lijkt te stroken met de bedoeling van de wetgever.

Ten eerste blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis, dat niet elke overdracht van bevoegdheden bij verdrag een afwijken inhoudt van de Grondwet.<sup>30</sup> Artikel 92 Gw bevestigt dat ook, doordat het bepaalt, dat bevoegdheden bij of krachtens verdrag kunnen worden overgedragen '[m]et inachtneming, zo nodig, van het bepaalde in artikel 91, derde lid' Gw.

Of, ten tweede, van een afwijken van de Grondwet wél sprake is bij 'massale overdracht van bevoegdheden', is onaannemelijk. Roos verwijst ter onderbouwing van stelling naar een rapport dat Besselink daarover heeft uitgebracht.<sup>31</sup> Besselink wijst op zijn beurt naar een passage in de grond-

wetsgeschiedenis van 1953. Die onderbouwing is echter niet overtuigend.<sup>32</sup> De regering verklaarde toen slechts, anders dan Besselink meent,<sup>33</sup> 'dat harerzijds er uiteraard er voor zal worden gewaakt, dat de fundamenten of essentialia van de nationale rechtsorde [...] zelfs voorzover zij niet in bepalingen van de Grondwet zijn belichaamd, niet aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde mogen worden opgeofferd.'<sup>34</sup> Later noemde zij dat 'een ethisch postulaat'.<sup>35</sup> Van een juridische plicht is aldus geen sprake.

Naar mijn oordeel wijkt een verdrag dan ook slechts af van de Grondwet (of het noopt daartoe), wanneer het verdrag, zoals Fleuren heeft geconcludeerd, 'het Koninkrijk verplicht zijn rechtsmacht uit te oefenen op een wijze die de Grondwet niet toelaat'.<sup>36</sup> Of al dan niet sprake is van 'een massale overdracht van bevoegdheden', is daarvoor niet relevant.

## Roos' wijze van rechtsbeoefening – hoezeer ik mij ook kan vinden in een deel van zijn kritiek – verdient geen navolging

### 5 Slot

Roos wekt in zijn artikel de indruk zijn normatieve voorkeuren te verheffen tot recht: hij is verklaard tegenstander van het Hervormingsverdrag en tracht in zijn artikel aan te tonen dat het besluit van de regering om een initiatiefvoorstel, strekkende tot het houden van een referendum over dat verdrag, niet te bekrachtigen, onrechtmatig is; dat het advies waarop die beslissing mede steunt onbevoegd is gevraagd en dat artikel 91, derde lid, Gw een aanwijzing vormt voor de juridische noodzaak van zo'n referendum. Geen van deze drie stellingen vindt echter steun in het positieve recht.

Roos' wijze van rechtsbeoefening – hoezeer ik mij ook kan vinden in een deel van zijn kritiek – verdient geen navolging, omdat zij lijkt te worden 'beheerst door een sterk pragmatische inslag, dat wil zeggen een weinig abstraherende, op geïsoleerde kwesties toegesneden wijze van analyseren, maar ook door een – daarmee samenhangende – sterk a- of antitheoretische, primair politiek geëngageerde houding ten opzichte van het object. [Hij] argumenteert vooral als politiek advocaat en niet vanuit een door methodische discipline beheerste objectiviteit. Een en ander leidt [...] tot een zeer onzorgvuldig omspringen van rechtsbronnen, taal en literatuur alsmede tot een slappe, retorische stijl van redeneren en een wisseling van theorie met ideologische slagzinnen.'<sup>37</sup>

Scherper had ik het niet kunnen formuleren.

23 *Kamerstukken II* 1988/89, 19 890, nr. 17.

24 *Handelingen II* 1988/89, nr. 38, p. 2353.

25 *Handelingen II* 1988/89, nr. 38, p. 2351-2353.

26 Roos 2007, p. 969.

27 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 091, nr. 4, p. 12.

28 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 091, nr. 4, p. 9-10 en p. 17.

29 Roos 2007, p. 968-969 en N.H.M. Roos, 'Constitutionele spookgeest?', *NJB* 2007, p. 2812-2813.

30 *Kamerstukken II* 1955/56, 4133 (R 19), nr. 4, p. 15. Zie voorts *Kamerstukken II* 1955/56, 4133 (R19), nr. 3, p. 5.

31 L.F.M. Besselink, 'De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties', *Kamerstukken I* 2003/04, 27 484 (R 1669), nr. 289, bijlage, p. 29. Roos verwijst in zijn artikel niet naar dit onderzoeksrapport, maar naar het boek 'De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie' (Roos 2007, p. 969, nt. 13). Daarin is het onderzoek waarnaar hij kennelijk wil verwijzen echter niet opgenomen.

32 J.J.J. Sillen, 'Verdragen die afwijken van de Grondwet en beperking van soevereiniteit: een nieuwe benadering', *RegelMaat* 2005, p. 130-131.

33 L.F.M. Besselink, 'De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties', *Kamerstukken I* 2003/04, 27 484 (R 1669), nr. 289, bijlage, p. 28.

34 *Handelingen I* 1952/53, p. 480.

35 *Handelingen I* 1952/53, p. 484.

36 J.W.A. Fleuren, 'Verdragen die afwijken van de Grondwet', in: D. Breillat, C.A.J.M. Kortmann & J.W.A. Fleuren, *Van de constitutie afwijkende verdragen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 66.

37 N.H.M. Roos, 'De retorische pest in het staatsrecht', *NJB* 1986, p. 918. Vergelijk Roos 2007, p. 971, nt. 19.