

Kroniek van het Nederlands en Europees constitutioneel recht

Geerten Boogaard, Michiel van Emmerik, Jerfi Uzman & Wim Voermans¹

In welk teken stond het afgelopen constitutionele jaar? Zeker in dat van de veranderingen in democratische verwachtingen. Nieuwe vragen naar de legitimiteit van het zo heel anders geworden overheidsbestuur dienen zich aan. Andere vragen, verwachtingen en eisen aan het democratisch bestuur dan die waarop aloude democratische instituten (vertegenwoordigende democratie, periodieke algemene verkiezingen, participatie- en consultatiearrangementen en regels over transparantie en openbaarheid) een bevredigend antwoord kunnen geven. De *democratie is op drift*. En het is moeilijk te voorspellen welke kant we opdrijven, noch goed te ijken hoe acuut of structureel het probleem is. De geschiedenis zal leren wat er aan het gebeuren was in 2015 en 2016, de auteurs houden het er op dat niet zozeer de democratische instellingen versleten zijn, of dat de representatieve democratie op zijn laatste benen loopt, maar dat vooral onze verwachtingen ervan zijn veranderd, veel hoger zijn geworden; soms zelfs onrealistisch hoog.

1. Inleiding

Laat op de middag van de 14^{de} juli 1789 schreef Lodewijk XVI in zijn dagboek: 'Rien'. Niets.² Terwijl we nu toch weten dat er die dag toch wel degelijk wat gebeurde, gebeurtenissen met grote historische betekenis. Een schoolvoorbeeld van historische myopie: als je over de betekenis van ontwikkelingen wil schrijven – zoals in deze kroniek – zul je hoogstwaarschijnlijk het recente en actuele uitvergrooten, waardoor het zicht op de grotere ontwikkelingen en hun betekenis wordt belemmerd.

Dat ongemakkelijke gevoel van kans op historische bijziendheid bekruipt ons ook. Want in welk teken stond het afgelopen constitutionele jaar nu? Zeker in dat van de veranderingen in democratische verwachtingen. Nieuwe vragen naar legitimiteit van het zo heel anders geworden overheidsbestuur dienen zich aan. Andere vragen, verwachtingen en eisen aan het democratisch bestuur dan die waarop aloude democratische instituten (vertegenwoordigende democratie, periodieke algemene verkiezingen, participatie- en consultatiearrangementen en regels over transparantie en openbaarheid) een bevredigend antwoord kunnen geven. De *democratie is op drift*. En het is moeilijk te voorspellen welke kant we opdrijven, noch goed te ijken hoe acuut of structureel het probleem is. Met brede penseelstreken geschilderde alarmistische en zelfs apocalyptische commentaren en analyses zijn er

heel wat. Het lijkt bijna een sport geworden elkaar in sombere democratie-doemscenario's te overbieden. Zo verklaarde Juncker in zijn recente State of the Union van de EU (14 september 2016) groeiend nationalisme en populisme tot groot gevaar en het aanstaande jaar beslissend voor de kansen van de Unie.³ Commentaren over de gevaren van referenda buitelen over elkaar heen na het Nederlandse Oekraïne-referendum (maart 2016) en het Brexit-referendum (juni 2016). En ook de grotendeels onbewezen stelling dat de representatieve democratie in stervensnood verkeert, krijgt steeds meer bijval. Of het nu waar is of niet, we willen met David Van Reybrouck geloven dat de democratie er beroerd bij staat. Dat er niet zozeer sprake is van een deining van onze democratische instellin-

Auteurs

1. Mr. G. Boogaard, mr. dr. M.L. van Emmerik, mr. J. Uzman en prof. dr. W.J.M. Voermans zijn verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Deze kroniek bestrijkt de periode september 2015 tot en met augustus 2016, waarbij nog een enkele latere ontwikkeling kon worden meegenomen. De ruimte ontbreekt helaas om te verwijzen naar alle in

het verslagjaar verschenen interessante constitutionele publicaties. Met dank aan onze student-assistent Laura Pierik.

Noten

2. Waarmee hij trouwens refereerde aan zijn jachtbuit van die dag. 'Niks' geschoten dus.
3. Zie http://ec.europa.eu/priorities/state-union-2016_en.

gen, maar van een onbeheersbare storm.⁴ Ook Niall Ferguson ziet in *'The Great Degeneration'*⁵ uit 2013 veel bewijzen voor het verval van representatief democratisch bestuur in de Westerse wereld. Het gekke is wel dat, in tegenstelling tot al dat gesomber en geweeklaag, het vertrouwen van burgers in democratie groot is. Veel groter zelfs dan twintig jaar geleden.⁶ Wel bestaat er veel onvrede over de politieke praktijk. Al valt het dan misschien allemaal wel mee, dat weerhoudt bestuurders en bestuurden niet om koortsachtig andere vormen van (directe of participatieve) democratie te beproeven en de 'doe-democratie' – hoe diffuus dat begrip ook is – in de armen te sluiten. Daar *kan* je tegenwoordig gewoon niet tegen zijn. De geschiedenis zal leren wat er aan het gebeuren was in 2015 en 2016,⁷ maar historisch bijziend en al houden wij het er op dat niet zozeer de democratische instellingen versleten zijn, of dat de representatieve democratie op zijn laatste benen loopt, maar dat vooral onze verwachtingen ervan zijn veranderd, veel hoger zijn geworden; soms zelfs onrealistisch hoog. Dat 'we' meer van democratie verlangen is eigenlijk heel bemoedigend: het is gedeeltelijk de spiegel van het vertrouwen dat we er in hebben.

2. Europese ontwikkelingen

Ongelooft. Dat gebeurt af en toe ook. In de vroege ochtend van 24 juni 2016 bleek dat 51,9% van de 72,2% kiezersrechtigen die op kwamen dagen bij het Brexit-referendum zich had uitgesproken vóór een vertrek uit de EU – wel een heel wrang afscheidscadeau voor het – ove-

Dat 'we' meer van democratie verlangen is eigenlijk heel bemoedigend: het is gedeeltelijk de spiegel van het vertrouwen dat we er in hebben

rigens geslaagde – Nederlandse voorzitterschap.⁸ Niemand leek echt met die daadwerkelijke Brexit rekening te hebben gehouden.⁹ Wat nu? Dat is niet alleen een vraag die de Britse regering bezighoudt, maar ook de overgebleven 27 lidstaten. De samenwerking binnen de EU, die de afgelopen jaren al zowat door alle rampen van Egypte (financiële, budgettaire, monetaire, economische en vluchtelingen crisis) op de proef werd gesteld, wordt nu niet zozeer door externe crises, maar door een 'existentiële' interne crisis uitgedaagd. En eigenlijk op het slechtst denkbare moment. De EU lijkt te zijn vastgelopen in vraagstukken en dilemma's die onoplosbaar lijken en ze heeft schijnbaar niet de mogelijkheden, de politieke wil noch het draagvlak zich daaruit te manoeuvreren. Het probleem van de Europese Unie is dat er te weinig Europa en te weinig Unie is, volgens Juncker. En daar heeft hij

wel een punt. Want wil de Unie doen waarvoor die is opgericht – via economische groei welvaart scheppen en die volgens rechtsstatelijke en democratische uitgangspunten (her)verdelen –, dan is die groei wel de kern. En die is er nauwelijks of in ieder geval te weinig. Een aantal lidstaten beijvert zich nu daarom om de begrotingsregels uit het Groei- en stabiliteitspact wat soepeler toe te passen (in feite gebeurt dat de afgelopen jaren al). Dat zou de groei op (neo)Keynesiaanse wijze aan kunnen wakkeren. Dat heeft wel het gevolg dat de landen die zich wel kunnen houden aan die begrotingsregels, en baat hebben bij een harde munt en weinig inflatie, (direct en indirect) mee gaan betalen aan landen die de tekorten op de begroting op laten lopen. De inflatie zal dan toenemen, de munt ontwaardt, en in wezen staan de rijkere EU-landen in zulke gevallen ook garant voor die oplopende schulden van die andere EU-landen. 'No-bail-out'-clausule (artikel 126 VWEU) of niet – het wordt dan (nog meer) een transferunie. Een tweede nadeel is dat met het versoepelen van de begrotingsregels de Unie het enige echte instrument om landen tot economische hervormingen (en daardoor mogelijk groei) aan te sporen uit handen wordt geslagen. Ook de vluchtelingen crisis, die onder het Nederlandse voorzitterschap met de Turkije-deal en herverdeling van vluchtelingen leek te zijn bezworen, bezwijkt zowat onder de weerstand van lidstaten die op titel van behoud van soevereiniteit en identiteit weigeren mee te werken aan een van de pijlers van het plan: de herverdeling zelf. Naar het voorbeeld van Griekenland vorig jaar (over de kwestie van de strenge voorwaarden voor het hulppakket) probeert nu ook Hongarije het vluchtelingenverdelingsplan te torpederen met een referendum. De lidstaten van de Unie lijken het over steeds meer oneens, en over steeds minder eens. De toegevoegde waarde van de samenwerking van de Unie is niet meer evident, de legitimiteit van de Unie tanende, waardoor ook andere lidstaten, naar Brits voorbeeld, een schuin oog lijken te werpen op de nooduitgang. Al was het maar als drukmiddel. De haperende samenwerking zorgt er ook voor dat de Unie steeds minder effectief en geloofwaardig als één blok op het geopolitieke toneel op kan treden en het belang van Europa kan dienen. Jammer, want juist op dat wereldtoneel worden de kaarten van de grote economische, humanitaire en milieuvraagstukken geschud – zeker voor Nederland. De EU zit vast. Dat zie je ook aan de beleidsdoelen en -prioriteiten van de EU-instellingen zelf, die op geen enkele manier in de pas lijken te lopen met grote politieke vraagstukken. Het is heel onwaarschijnlijk dat door de stoere 'Beter wetgeven' initiatieven, van 2015 en 2016 van de EU-Commissie, met nieuwe regelingstoets- en testmethoden, nieuwe interne procedures en een heuse 'regulatory scrutiny board', het EU-draagvlak onder burgers en bedrijven ineens dramatisch zal gaan vergroten. En ook gaat gratis Wifi in alle Europese steden – aangekondigd door Juncker in zijn State of the Union 2016 – niet helpen. In allerlei opzichten lijkt de Unie op dit ogenblik slecht toegerust op de existentiële crisis die ze doormaakt.¹⁰ Dat is geen kwestie van ontbrekende middelen, (juridische) instrumenten of procedures, maar een kwestie van politieke wil en doorzettingsvermogen, en dat kan de Unie alleen via zijn lidstaten mobiliseren.

3. Staatsrecht en politiek

Het politieke staatsrecht uit de kroniekperiode speelde zich grotendeels in gelegenheidsverband af. Het was het kroniekjaar van allerlei soorten commissies, waardoor het staatsrecht zich in al zijn flexibiliteit vertoonde. Ter afronding van het afleggen van de politieke verantwoordelijkheid voor de Teeven-*deal* werd twee keer een Onderzoekscommissie Ontnemingsschikking opgetuigd: de Commissie-Oosting I en de Commissie-Oosting II. De commissies werden 'in overeenstemming met het gevoe-

Het was het kroniekjaar van allerlei soorten commissies, waardoor het staatsrecht zich in al zijn flexibiliteit vertoonde

len van de ministerraad' bij ministeriële regeling ingesteld en ingeregeld.¹¹ In het geval van de Commissies-Oosting werd onder andere bepaald dat rijksambtenaren medewerkingsplicht hadden. Deze verplichting maakt het des te opvallender dat de Commissie-Oosting I niet boven tafel kreeg wat later wel via *Nieuwsuur* uitlekte: de ICT'ers van het Ministerie van Veiligheid en Justitie hadden het beruchte bonnetje wel degelijk in het vizier, maar ze kregen van hogerhand de opdracht om niet verder te zoeken. *Nieuwsuur* legde de zware aanklacht van een 'doofpot' op tafel, waarna de Commissie-Oosting II in overeenstemming met het gevoel van de ministerraad snel herrees om een oordeel te vellen over met name die aantijging. Zoals dat gaat met het ontmantelen van dergelijke zware aantijgingen, schroefde Oosting allereerst de delictsomschrijving op: een officiële doofpot vereist opzet op het buiten de openbaarheid houden van kennis. Informatie kan dus alleen in een doofpot worden gestopt door iemand die weet dat die informatie bestaat. De vraag werd daarmee of degene die de opdracht gaf om te stoppen met zoeken ook wist dat het bonnetje bijna

gevonden was. En *dat* kon niet worden bewezen. Een organisatie die het presteert om zoektochten naar cruciale gegevens op cruciale momenten stop te zetten, is volgens de Commissie-Oosting II geen 'doofpot' maar een 'chaos'. De vrijspraak van het zwaarste verwijt, werkte voor het moment. Maar de dagen van het Ministerie van Veiligheid en Justitie in zijn huidige omvang lijken inmiddels geteld. Niet de destijds door Tjeenk Willink gevreesde machtsconcentratie doet de liberale droom de das om, maar simpelweg het bestuurlijke onvermogen om te gaan met zoveel geconcentreerde macht. Staatsrechtelijk is dat een geruststellende uitkomst.

De Commissie-Schouten was formeel eveneens een onderzoekscommissie, benoemd door de Tweede Kamer op grondslag van artikel 9 Wet op de ministeriële verantwoordelijkheid (Wmv) uit 1855. De Commissie-Schouten was nodig omdat de aangifte tegen het lek uit de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CIVD), gedaan door haar voorzitter Zijlstra (VVD), halverwege het onderzoek werd teruggestuurd naar de Tweede Kamer. Het Openbaar Ministerie meende dat artikel 119 Grondwet niet alleen het initiatief tot de *vervolg*ing van ambtsmisdrijven van Kamerleden voorbehoudt aan de regering of de Tweede Kamer, maar dat ook de *opsporing* ervan door de Rijksrecherche buiten de constitutionele orde moet worden geacht. Absurd is deze ruime interpretatie van artikel 119 Grondwet niet. Opmerkelijk is die echter wel, omdat hier juist aangifte was gedaan vanuit de Tweede Kamer. In 2014 kon de Rijksrecherche, na aangifte vanuit het presidium, zonder constitutionele problemen vaststellen dat Kamerlid Voortman (GroenLinks) de naam van de kandidaat-Ombudsman niet gelekt kon hebben. Wat hier ook van zij, de Commissie-Schouten en later de Tweede Kamer namen de nieuwe, ruimere interpretatie van artikel 119 Grondwet over.¹² De conclusie van de Commissie Prinsjesdagstukken (in 2009 ingesteld door het presidium toen Paul Tang (PvdA) was betrappt op het lekken van de Macro Economische Verkenning) werd vervolgens alleen maar prangender: de wet uit 1855 biedt in de verste ver-ten geen bruikbaar kader voor de opsporing van onbekende verdachten zoals lekkende Kamerleden. Welke fractievoorzitter(s) er te loslippig zijn geweest over de gang van zaken in de Commissie Stiekem, blijft daardoor in de doofpot. De Wmv is inmiddels voorwerp van een 'moderniseringstraject.'

4. D. Van Reybrouck, *Tegen verkiezingen*, De Bezige Bij: Amsterdam 2013, p. 13.

5. N. Ferguson, *The Great Degeneration: How Institutions Decay and Economies Die*, Penguin Books, 2013.

6. Het Sociaal Cultureel Planbureau laat bijvoorbeeld in een recente studie zien dat het geloof in het principe van de democratie bijzonder groot is – net als trouwens in andere Europese landen. 93% vindt een democratie de beste vorm van regeren die er is. 95% vindt het belangrijk om in een land te wonen dat democratisch bestuurd wordt. Over de Nederlandse democratie is

men tevreden. Desgevraagd vindt in een onderzoek in 2012/13 84% Nederland voldoende democratisch en geeft 75% een voldoende voor het functioneren van de Nederlandse democratie (en 50% voor het functioneren van de regering). In het eigen Continu Onderzoek Burgerperspectieven (COB) van het SCP geeft in de eerste helft van 2015 73% een voldoende voor het functioneren van de democratie in ons land. Zie SCP, *Meer democratie, minder politiek? Een studie van de publieke opinie in Nederland*, Den Haag, 2015.

7. In het kroniekjaar ontvielen ons in ieder

geval twee staatsrechtelijke coryfeeën, T. Koopmans en C.A.J.M. Kortmann, onder meer herdacht in L.F.M. Verheij, 'In Memoriam Tim Koopmans', *NJB* 2016/139, afl. 3, p. 189-192 en W.J.M. van Genugten, 'In Memoriam Tijn Kortmann', *NJB* 2016/595, afl. 12, p. 800-801.

8. Zie over het voorzitterschap L.J. van Midelaar, 'Besluiten nemen of normen stellen?', *NJB* 2016/3, afl. 1, p. 16-27 en W.W. Stevens & J.A. Terstegen, 'Het Nederlandse voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie', *NJB* 2016/4, afl. 1, p. 28-32.

9. Zie hierover ook C. Prins, 'Brexit', *NJB*

2016/1126, afl. 23, p. 1607 en H.C.F.J.A. de Waele, 'Het Britse referendum, het Brexit-preventie-pakket, en de gevolgen voor het recht van de Europese Unie', *NJB* 2016/1128, afl. 23, p. 1617-1621.

10. Zie Bernard Steunenbergh, Stefaan Van den Bogaert & Wim Voermans (eds.), *Fit for the future; reflections from Leiden on the functioning of the EU*, Den Haag: Eleven International Publishing 2016.

11. Zie de besluiten van de minister van 6 mei 2015, *Stcrt.* 2015, 12787 en 23 februari 2016, *Stcrt.* 2016, 8709.

12. Stukken onder nummer 34340.

De Commissie-Van Raak deed ook onderzoek, maar dan in de vorm van een evaluatie.¹³ Deze Tijdelijke commissie evaluatie Wet Parlementaire Enquête geheten, werd door de Tweede Kamer ingesteld op basis van artikel 18 van het eigen Reglement van Orde (RvO II). Een commissie als deze functioneert in een zekere partijpolitieke luwte en is daarom een geschikte gelegenheid voor het parlement om op het eigen functioneren te reflecteren. Naar aanleiding van de motie Segers¹⁴ adviseerde de Commissie-Van Raak om te gaan experimenteren met de zogenaamde Parlementaire Ondervraging: 'een kortlopende parlementaire enquête gericht op het verkrijgen van mondelinge inlichtingen door middel van het horen van personen onder ede.' Het idee van dergelijke 'flitsenquêtes' is om de zware medewerkingsplichten uit de Wet Parlementaire Enquête 2008 flexibeler te kunnen inzetten, bijvoorbeeld tegen belastingadvieskantoren die geen reden zien om op een hoorzitting over belastingparadijzen te verschijnen. Na het lekken van de Panama Papers is de Kamer voornemens om de eerste Parlementaire Ondervraging aan dit onderwerp te wijden. De grondslag zal dan het Tijdelijk Protocol zijn dat de Kamer hierover heeft vastgesteld.

Net als bij de Commissie-Van Raak is depolitisering wellicht ook de staatkundige ratio voor de Commissie-Bisschop die dit kroniekjaar eveneens een rapport afleverde.¹⁵ Dit was een door het Presidium van de Tweede Kamer ingestelde Werkgroep fractievorming waarin de Kamer de voortdurende discussie over zetelroof parkeerde.¹⁶ Na het vertrek van Kuzu en Öztürk eind 2014 uit de PvdA-fractie, leek minister Plasterk nog van zins om maatregelen voor te stellen. Maar na een bezinningsjaar stuurde hij op 10 november 2015 een brief dat het kabinet toch niet voornemens was om met maatregelen te komen. Een verbod op fractiesplitsing 'zou ons partijstelsel nog dominanter maken dan het nu is.'¹⁷ De Commissie-Bisschop bedacht vervolgens maatregelen die de Kamer zelf kon nemen: het afknippen van fractietoelage en spreektijd van wie voor zichzelf begint. Volgens de Commissie kan dat door in artikel 11 RvO II uitsluitend als 'fracties' te erkennen wie onder hetzelfde lijstnummer werden verkozen, en eventuele afsplitsers als 'groep' te kwalificeren. Met groepen wordt geen tegemoetkoming fractiekosten meer verrekend, en zij zouden vervolgens ook minder spreektijd moeten krijgen. De afgesplitste Kamerleden Bontes en Öztürk protesteerden hevig tegen het creëren van 'tweederangs Kamerleden', zoals zij de groepen noemden. Hun moties om de voorstellen van de Commissie-Bisschop ter constitutionele toetsing aan de Afdeling Advisering van de Raad van State voor te leggen door voorlichting te vragen, haalden het echter niet. Voor wie wel wat ziet in constitutionele toetsing zonder aanpassing van artikel 120 Grondwet (door de instelling van een Vaste Commissie Constitutionele Zaken en door een versterking van het Constitutioneel Beraad van de Raad van State) was dat een gemiste kans.¹⁸

Voor Oosting, Schouten, Van Raak en Bisschop was het ongetwijfeld eervol om hun naam te verbinden aan commissies. Maar de hoofdprijs blijft een staatscommissie, ingesteld bij Koninklijk Besluit op basis van artikel 6 lid 1 Kaderwet adviescolleges. De 'Staatscommissie Parlementair Stelsel' circuleert al een tijdje, en is weer een stapje verder

gebracht. De Voorzitters van de Eerste Kamer (waar het idee door voormalig senator Hermans (VVD) was gelanceerd) en van de Tweede Kamer hebben gezamenlijk een brief naar de regering gestuurd met het verzoek tot de instelling van een dergelijke staatscommissie.¹⁹ De beide Kamers waren volgens hun Voorzitters tot de overtuiging geraakt, dat 'bezinning over verkiezing, taken, positie en functioneren van het parlementair stelsel en de parlementaire democratie gewenst is.' Onderzocht moest worden of het huidige stelsel nog toekomstbestendig is, en zo niet,

Het naderen van het eeuwfeest van de Pacificatie van 1917 doet ook verlangen naar staatscommissies die de weg plaveien naar een grondwetswijziging

wat daarvoor nodig is. Oorspronkelijk was de gedachte om vooral actieve politici te benoemen in de staatscommissie, zoals destijds de Staatscommissie-Bos en de Staatscommissie-Oppenheim, in plaats van externe deskundigen zoals destijds in de Staatscommissie-Thomassen. Het naderen van het eeuwfeest van de Pacificatie van 1917 doet immers ook verlangen naar staatscommissies die de weg plaveien naar een grondwetswijziging. In de brief bleef hiervan alleen de wens over om de staatscommissie te voorzien van een 'uit beide Kamers samengestelde begeleidingsgroep'. De toekomstbestendigheid van het idee zelf zal na de verkiezingen moeten blijken.

Ondanks de veelzijdige mogelijkheden die dit kroniekjaar bleken, is een commissie niet het antwoord op alles. Zoals bijvoorbeeld de uitkomst van het raadgevende referendum over de Wet tot goedkeuring van het EU-associatieakkoord met Oekraïne. Met een opkomst van 32,8% werd de opkomstdrempel net gehaald en was de uitslag dus geldig in de zin artikel 3 Wet raadgevend referendum (Wrr). Een opkomstdrempel is niet ongebruikelijk in lokale referendumverordeningen,²⁰ maar in de aanloop naar het nationale referendum van 6 april ontstond een, in de woorden van de Kiesraad, 'onbedoeld en ook ongewenst effect': het bewust niet stemmen van voorstanders in de hoop de opkomst daarmee onder de 30% te houden.²¹ Het advies van de Kiesraad om daar spoedig naar te kijken, is door het kabinet verbonden met de al bestaande verplichting uit artikel 123 Wrr om de wet binnen drie jaar (dat is: uiterlijk 1 juli 2018) te evalueren.²² Evenmin laat het kabinet zich opjagen door het vereiste uit artikel 11 Wrr om 'zo spoedig mogelijk' een wetsvoorstel aan de Kamer te sturen. In plaats daarvan wordt er overlegd met de Europese partners om de kwestie naar ieders tevredenheid op te lossen. De Tweede Kamer heeft deze aanpak geaccordeerd, en daar had zij ongetwijfeld goede inhoud

delijke redenen voor. Desalniettemin zou naar ons oordeel de constitutionele zindelijkheid van het politieke debat zijn bevorderd wanneer meer expliciet was erkend dat de Wet raadgevend referendum hier een situatie van grote internationale verlegenheid creëert waarin strikte toepassing van die wet achterwege moet blijven. Verantwoording daarover zal worden afgelegd bij de verkiezingen voor de Tweede Kamer, waar de termijnen van de Wrr door de kiezer kunnen worden afgewogen tegen alle andere dingen die ook in het landsbelang zijn. In ieder geval bestaan er elegantere manieren om een wet redelijk of zelfs contra-legendem toe te passen, dan een schending simpelweg ontkennen.

4. Grondwet

Met de eerste reguliere verkiezingen sinds tijden in aantocht (hoogstwaarschijnlijk maart 2017) ligt er veel constitutioneel huiswerk te wachten op de kiezer; er zijn maar liefst vijftien beoogde herzieningen van de Grondwet bij de Staten-Generaal in behandeling, waarvan negen op initiatief van de Tweede Kamer en zes ingediend door de regering.²³ Daarvan gaan er zes (bijna) op voor tweede lezing. Vijftien verschillende voorstellen tot herziening, die geen bundel of pakket vormen – met daarbij nog wat uit de (deels vergeten) voorraadkast. Dat is een record. Soort van dan toch. Sinds het ontstaan van de Grondwet in 1814 hebben er tot nu toe zo'n 23 herzieningen plaatsgevonden, de meesten daarvan na 1917, dat wel, maar de meesten daarvan zijn dan weer klein bier, op die van 1983 na.²⁴

Twee deze zomer ingediende regeringsvoorstellen springen er uit. In de eerste plaats het voorstel voor de opening van een algemene bepaling dat Nederland een democratische rechtsstaat is.²⁵ De Raad van State maakt – uiteraard wellevend en minzaam – gehakt van dit voorstel in een recent gepubliceerd (maar al eerder uitgebracht) advies van juli 2016.²⁶ Onnodig en onduidelijk, vol-

gens de Raad. Vooral wat de normatieve kracht is van de constatering – want meer lijkt de bepaling eigenlijk niet uit te drukken – dat Nederland een democratische rechtsstaat is, is op zijn zachtst gezegd niet erg helder.²⁷ Een soort grondwettelijk voorbeeld van Nijhoff's: 'lees maar, er staat niet wat er staat.'²⁸ Maar juist omdat er niks in lijkt te staan, heeft het voorstel grote kans ook de tweede lezing door te komen: je kunt het er eigenlijk in deze moeilijke tijden, die vragen om kleur te bekennen, nauwelijks mee oneens zijn. Het is in ieder geval duidelijk dat er verschillend gedacht kan worden over de toegevoegde waarde van deze algemene bepaling.²⁹

In de tweede plaats zag het voorstel tot het grondwettelijk verankeren van het recht op een eerlijk proces het levenslicht.³⁰ Dit na een lange voorgeschiedenis waarover in eerdere kronieken uitgebreid verslag is gedaan. Voorgesteld wordt een volgende formulering aan artikel 17 Grondwet toe te voegen: 'Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.' Het kabinet benadrukt dat het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter van fundamenteel belang is in een democratische rechtstaat en een belangrijke schakelfunctie heeft bij de realisering van andere (grond)rechten. Het voorstel 'strekt ertoe het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter binnen een redelijke termijn op te nemen in de Grondwet, alsmede het daaraan inherente recht op toegang tot de rechter te waarborgen en aldus de individuele rechtsbescherming op grondwettelijk niveau te garanderen'. Op deze wijze biedt de grondwettelijke bepaling meer bescherming dan het op Europees niveau gewaarborgde recht op toegang tot de rechter. Artikel 6 EVRM is immers beperkt tot geschillen over de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen (zo vallen geschillen ten aanzien van de toelating en uitzetting van vreemdelingen en

13. Kamerstukken II, 34400, 2.

14. Kamerstukken II, 33609, 14

15. Bijlage bij Kamerstukken II 2015/16, 34444, 7.

16. Een kwestie die overigens ook aan de orde kwam in de bundel over politieke partijen die dit jaar verscheen: H. Broeksteeg & R. Tinnevelt (red.), *Politieke partijen en als anomalie van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

17. Kamerstukken II 2015/16, 34183, 35.

18. Op 2 juni 2016 werd op een symposium in de oude zaal van de Tweede Kamer het voorstel van het Kamerlid Taverne (VVD) besproken om de parlementaire constitutionele toetsing te versterken door de instelling van een commissie die zich die taak in het bijzonder aantrekt. Zie ook J.J.J. Sillen, 'Toetsing van wetgeving door het parlement', *NJB* 2016/1473, afl. 29, p. 2072-2077.

19. Kamerstukken II/I 2015/16, 34430,

3/B.

20. Matthijs de Meer noteerde voor zijn masterscriptie 99 voorbeelden uit 118 lokale referendumverordeningen die doorgaans op of rond de 30% liggen. Zie M. de Meer, *Raadgevende referenda, dubbele drempels voor een geldig advies* (masterscriptie Leiden), 2016.

21. Evaluatie Kiesraad, bijlage bij Kamerstukken II 2015/16, 34270, 20.

22. Kamerstukken II 2015/16, 34270, 20.

23. Zie www.de-nederlandsegrondwet.nl voor een actueel en handzaam overzicht en het inmiddels voltooide digitale (Tilburgse)

wetenschappelijke commentaar op de Grondwet op www.nederlandrechtstaat.nl.

Vergelijk P. Scholten, *Schets van een Korte Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, die juist een beknopte(re) Grondwet pleit.

24. Zie voor deze inschatting ook M.C.B. Burkens, 'The Complete Revision of the

Dutch Constitution', *Netherlands International Law Review* 1982, vol. 29, p. 323-336 en later C.A.J.M. Kortmann & P.P.T. Bovend'Eert, *Dutch Constitutional Law*, Deventer: Kluwer Law International 2000, p. 30. Die twee laatste auteurs houden hun internationale publiek zelfs voor dat alleen de herzieningen van 1848 en 1917 van 'any real significance' waren.

25. Kamerstukken II 2015/16, 34516, 1-3 en Kamerstukken II 2015/16, 31570, 24 (een wel heel kort briefje met summier verwijzing naar buitenlandse voorbeelden).

26. Kamerstukken II 2015/16, 34516, 4.

27. In de kernachtige samenvatting van het advies: 'In het wetsvoorstel wordt echter niet uitgelegd wat het normatieve gehalte van de bepaling is en welke grenzen met deze bepaling worden getrokken. Zo blijft onduidelijk of na het invoeren van de algemene bepaling bepaalde onderwerpen in de Grondwet moeten worden vastgelegd of

juist daaruit kunnen worden gehaald. In het wetsvoorstel staat niet expliciet of de regering met de algemene bepaling het huidige constitutionele bestel wil behouden, of dat zij daarmee slechts wil vaststellen dat dit bestel weliswaar aan de beginselen van democratie, rechtsstaat en grondrechten voldoet, maar dat andere invullingen van deze beginselen ook toelaatbaar zijn. Onbesproken blijft bovendien welke grenzen in acht genomen moeten worden bij een andere invulling.'

28. Uit: Martinus Nijhoff, *Awater*, 1934.

29. Zie bijv. M. von Meijenfeldt & R.

Molendijk, 'Een algemene bepaling of preambule voor de Nederlandse Grondwet – gerommel in de marge?', *Regelmaat* 2016, p. 152-160.

30. Kamerstukken II 2015/16, 34517, 1-4.

het niet-punitieve belastingrecht hier niet onder) en zaken betreffende een tegen betrokkene ingestelde strafvervolgning. Artikel 47 EU-grondrechtenhandvest kent deze beperking tot bepaalde geschillen niet, maar komt alleen binnen de nationale rechtsorde in beeld als het gaat om de tenuitvoerlegging van EU-recht. De voorgestelde grondwettelijke bepaling legt op deze manier over de hele linie van mogelijke geschillen een minimum beschermingsniveau vast van het recht op een eerlijk proces, zoals dat in Straatsburg is ontwikkeld ten aanzien van artikel 6 EVRM. Tegelijkertijd haast het kabinet zich – in reactie op het advies van de Raad van State – te benadrukken dat in de huidige wetgeving en rechtspraak het recht op een eerlijk proces ook verzekerd is ten aanzien van de niet door artikel 6 EVRM bestreken geschillen.

Onder verwijzing naar het sobere karakter van onze Grondwet, kiest het kabinet ervoor niet alle deelelementen van het recht op een eerlijk proces, inclusief de strafrechtelijke waarborgen, uitdrukkelijk in de nieuwe grondwetsbepaling op te nemen. Voor de nadere uitleg van de term eerlijk proces, kan volgens de regering worden aangeknoopt bij de Straatsburgse en Luxemburgse uitleg van respectievelijk artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest. De grondwettelijke bepaling laat – naast de betekenis als grondrecht van de burger – tevens de ruimte voor de nationale wetgever en rechter om te komen tot een nadere invulling van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces. De toekomst zal moeten uitwijzen of een grondwettelijk verankerd recht op een eerlijk proces tot een ruimere bescherming gaat leiden dan artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest maar deze juridische meerwaarde valt niet op voorhand uit te sluiten.³⁴

De toekomst zal moeten uitwijzen of een grondwettelijk verankerd recht op een eerlijk proces tot een ruimere bescherming gaat leiden dan artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest

Het initiatiefvoorstel Van der Staaij tot de invoering van de eis van een tweederdemeerderheid bij de goedkeuring van Europese verdragen ligt inmiddels in eerste lezing bij de Eerste Kamer, waar de initiatiefnemer nog diverse – kritische – vragen dient te beantwoorden.³² Over goedkeuring van verdragen gesproken, het kabinet bracht een notitie uit over de huidige goedkeuringspraktijk van verdragen, met bijzondere aandacht voor de criteria op grond waarvan een verdrag ter stilzwijgende of uitdrukkelijke goedkeuring aan het parlement wordt voorgelegd.³³ De notitie werd op verzoek van enkele fracties uitgebracht in het kader van de behandeling van een initiatiefvoorstel van het Kamerlid Taverne tot wijziging van de Rijkswet

goedkeuring en bekendmaking verdragen. Waar zijn voorstel eerst inhield een verplichting voor de regering om elk verdrag met een ieder verbindende bepalingen ter uitdrukkelijke goedkeuring aan het parlement voor te leggen, is dit na het debat in de Tweede Kamer (en kritisch advies van de Raad van State) afgezwakt tot een informatieverplichting voor de regering om bij het ter goedkeuring voorleggen van een verdrag aan te geven welke bepalingen daaruit naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden. Het aldus gewijzigde wetsvoorstel ligt nu ter goedkeuring in de Eerste Kamer.³⁴ Ten aanzien van Taverne's initiatiefvoorstel tot wijziging van de Grondwet, dat de rechterlijke toetsingsmogelijkheden van wetten in formele zin aan internationaal recht beperkt, is het nog steeds stil.³⁵ Dit geldt overigens ook voor initiatiefwetsvoorstel-Halsema tot gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod, dat nog steeds in tweede lezing aanhangig is in de Tweede Kamer, terwijl duidelijk lijkt dat de vereiste twee derde meerderheid niet zal worden gehaald.³⁶

Het laatste hier te noemen herzieningsvoorstel staat al wat langer aan de lat, maar kreeg door het hiervoor al gememoreerde Oekraïne-referendum alsnog grote actualiteitswaarde: het grondwetsherzieningsvoorstel dat decisieve, correctieve referenda mogelijk maakt. In Nederland hebben we al een lang slepende discussie over landelijke referenda, met dringende vragen over het 'of' van referenda en de gewenste soort (raadgevend of correctief, bijvoorbeeld). Een heel omstreden vraagstuk, dat als een graat in veel polderkelen steekt. Op kousenvoeten bijna, behaalde het initiatiefvoorstel van (ooit) Niesco Dubbelboer na een meanderende discussie van bijna tien jaar op 30 september 2014 een meerderheid in beide Kamers en verkreeg de status van overwegingswet.³⁷ Meer aandacht trok natuurlijk het voorschot op deze herziening: de Wet raadgevend referendum. Het grondwetsherzieningsvoorstel gaat veel verder en stelt de grondwettelijke mogelijkheid open tot *correctief* referenderen. Het staat te bezien of dit voorstel de twee derde meerderheid gaat behalen in tweede lezing, na de ervaringen met het Oekraïne-referendum uit maart, het Brexit-referendum uit juni 2016, en het recente PVV-plan om vier keer per jaar een bindend correctief referendum te houden als deze grondwetsherziening wordt doorgezet.³⁸

5. Openbaarheid van bestuur

Op 1 oktober 2016 is de Wet ter voorkoming van misbruik van de Wet openbaarheid van bestuur in werking getreden.³⁹ Kern van deze wet is dat Wob-verzoeken worden uitgezonderd van de wet dwangsom, zodat voor het niet tijdig beslissen op dergelijke verzoeken niet langer dwangsommen worden verbeurd. Dit teneinde een halt toe te roepen aan het misbruik om door verborgen en veelvuldige Wob-verzoeken financieel flink wijzer te worden. In de Eerste Kamer is inmiddels aanhangig het initiatiefvoorstel inzake de Wet open overheid van Voortman (GL) en Van Weyenberg (D66) tot verruiming van het openbaarheidsregime op grond van de Wob.⁴⁰ Over het na debat in de Tweede Kamer afgezwakte wetsvoorstel (zo is onder meer de voorgestelde introductie van een informatiecommissaris geschrappt) is nu onder meer door de VNG een discussie aangezwengeld. De in het wetsvoorstel voorziene actieve openbaarheidsplicht en de verplichting voor

Men kan zich afvragen of Nederland zich langzamerhand op internationaal niveau niet in de achterhoede bevindt als het gaat om het bieden van transparantie ten aanzien van overheidsinformatie

bestuursorganen een register bij te houden van alle documenten die bij hen berusten zouden volgens de VNG tot hoge kosten leiden en de wet onuitvoerbaar maken. Een en ander heeft er inmiddels toe geleid dat de Minister van BZK opdracht heeft gegeven tot een nadere impactanalyse naar de kosten en uitvoeringslasten voor bestuursorganen. Al met al blijft de overheid huiverig als het gaat om de (actieve) openbaarmaking van informatie en kan men zich afvragen of Nederland zich langzamerhand op internationaal niveau niet in de achterhoede bevindt als het gaat om het bieden van transparantie ten aanzien van overheidsinformatie. Ook de recente brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer inzake de toepassing van artikel 68 Grondwet (informatieverplichting voor bewindspersonen op verzoek van Kamerleden) getuigt van niet al te veel ambitie op het terrein van de actieve inlichtingenplicht.⁴¹ De minister sluit grotendeels aan bij een in 2002 door een van zijn voorgangers uitgebrachte notitie, ook als het gaat om de verhouding tussen artikel 68 Grondwet en de Wob.⁴²

6. Decentralisatie

Bij de drie grote decentralisaties spelen twee staatsrechtelijke vragen. Allereerst zijn daar de sociale grondrechten. Zeker voor zover ze internationaal zijn gecodificeerd, blijft de verzekering daarvan altijd deels een verantwoordelijkheid van de centrale overheid. De regering kan zich jegens de partners van het VN-Kinderrechtenverdrag immers niet verschuilen achter de gedecentraliseerde uitvoering van de jeugdzorg. Voor zover de betreffende sociale grondrechten rechtstreeks werken, kunnen ze voor de nationale rechter altijd ook aan de nationale overheid worden tegengeworpen. Ter versterking van die nationale sociaal-grondrechtelijke bescherming pleit Vonk voor een klachtenprocedure bij het College voor de Rechten van de Mens.⁴³ De tweede staatsrechtelijke kwestie betreft de grenzen die in de eenheidsstaat moeten worden gesteld

aan de verschillen tussen gemeenten. Is het acceptabel dat het voorzieningenniveau in de ene gemeente aanmerkelijk lager is dan in de andere? Voor Elzinga wordt de grens van het toelaatbare inmiddels overschreden,⁴⁴ maar juridisch is een schending van het discriminatieverbod nog niet zo eenvoudig te construeren. Een belangrijke oorzaak daarvan is de verwarrende werking van het begrip 'maatwerk'. Zoiets past niet helemaal lekker in een rechtssysteem dat juist algemeenheid als uitgangspunt neemt. Munneke observeert scherp: 'maatwerk als fundament voor een wettelijk systeem [raakt] onmiddellijk in de problemen met de democratisch-rechtsstatelijke verworvenheden die in de 'algemeenheid van de wet' besloten liggen: maatwerk leidt tot willekeur en ongelijkheid, tot rechtsonzekerheid, tot machtsofphoping bij het bestuur en tot een gebrek aan democratische legitimatie.'⁴⁵ Als het desalniettemin lukt om twee gevallen in twee verschillende gemeenten voor gelijke gevallen te houden waarvan de ongelijke behandeling aan één orgaan kan worden toegerekend, dan moet vervolgens worden afgewogen hoeveel ongelijkheid wordt gerechtvaardigd door het decentralisatiebeginsel. In de eerste uitspraken van de Centrale Raad van Beroep is deze afweging nog niet aan de orde geweest. Wel stelt de jurisprudentie inhoudelijke grenzen aan de lokale beleidsvrijheid,⁴⁶ waardoor een deel van de ruimte die door wetgever en bestuur waren gedecentraliseerd, door de rechter weer wordt gecentraliseerd.

Wat voor 'maatwerk' geldt, klopt eigenlijk ook voor het begrip 'experiment'. Het klinkt sympathiek, maar systematisch is het lastig in te passen. In de Experimentenwet Gemeenten, het idee waarmee minister Plasterk destijds op de experimentele kar sprong, staan in de consultatieversie slechts twee bescheiden experimenten: een raadscommissie tijdelijk laten voorzitten door iemand van buiten de raad en het tijdelijk registreren van adviesaanvragen huiselijk geweld en kindermishan-

31. Zie R. de Lange, B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, *Grondwet en het recht op een eerlijk proces. Algemene verkenning en uitwerking voor het strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009 en T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009 (voorstudie staatscommissie).
32. *Kamerstukken I* 2015/16, 30874 (R1818), B.
33. *Kamerstukken II* 2015/16, 34158 (R2048), 12. Zie nader in dit verband J.W.C. van Rossem & O. Spijkers, 'Rechtstreekse werking van internationale verdragen: een

Hollands probleem met een Amerikaanse of Franse oplossing?', *RM Themis* 2016, p. 136-152.
34. *Kamerstukken I* 2015/16, 34158 (R2048), A.
35. Na een zeer kritisch onthaal door de Raad van State, ligt dit voorstel nog steeds voor eerste lezing in de Tweede Kamer *Kamerstukken II* 2013/14, 33359 (R1986), 4-6.
36. *Kamerstukken II* 32334.
37. Wet van 30 september 2014, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot opnemng van

bepalingen inzake het correctief referendum, *Stb.* 2014, 355.

38. Zie www.pvv.nl/images/Onderzoeksrapport_-_Echte_democratie_-_pdf.

39. *Stb.* 2016, 301.

40. *Kamerstukken II* 33328 (Wet open overheid).

41. *Kamerstukken II* 2015/16, 28362, 8.

42. Zie nader S. Hillebrink, 'Het parlementaire inlichtingenrecht', *TvCR* 2016/3.

43. G.J. Vonk, 'Decentralisaties in het sociale domein en grondrechtelijke zorgplichten', *TvCR* 2016/3 p. 202-220.

44. Zie bijv. zijn columns *Binnenlands*

Bestuur van 1 juli 2016, 3 juni 2016, 15

januari 2016, 5 juni 2015.

45. S.A.J. Munneke, 'Maatwerk, gelijkheid, zeggenschap', in: G.J. Vonk (red.), *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2016, p. 88.

46. Gemeenteraden hebben bijvoorbeeld niet (meer) de vrijheid om zich op het standpunt te stellen dat huishoudelijke verzorging helemaal niet meer onder de Wmo 2015 valt. Zie CrvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1402, r.o. 5.6.1, AB 2016/202, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

deling. Voor het uit nieuwsgierigheid contra-legen toepassen van de wet, bleek nog minder ruimte. Het experiment vanuit de VNG waarin burgemeesters in strijd met de Drank- en Horecawet mengvormen van horeca en detailhandel toestaan, overleefde zowel in Nieuwegein als in Zwolle de toets aan de beginselplicht tot handhaving vooralsnog niet.⁴⁷

7. Koninkrijksrecht

Het Koninkrijksrecht stond het afgelopen jaar sterk in de belangstelling. Daarvan getuigt alleen al de bundel essays naar aanleiding van de Staatsrechtconferentie 2015 over de verhoudingen in het Koninkrijk.⁴⁸ Berichten we vorig jaar nog dat de gemoederen in de West enigszins tot bedaren leken te komen, inmiddels blijkt het bepaald geen saai jaar te zijn geworden. Dat begon al meteen in september, met een pikante voorlichting van de Raad van State.⁴⁹ Die was door de Tweede Kamer gevraagd om in te gaan op de verhouding tussen de rijksministerraad en de gouverneurs. Directe aanleiding was de aanwijzing die het kabinet in 2014 aan de gouverneur van Aruba gaf, om de begroting van dat land niet te tekenen. De Raad van State wijst in het advies op de kwetsbare positie van de gouverneur als landsorgaan en als Koninkrijksorgaan. Deze dubbelrol kan leiden tot ongemakkelijke situaties. Het is daarom essentieel dat terughoudend met het instrument van de aanwijzing wordt omgegaan. Men wijst er voorts op dat het Statuut geen grondslag biedt voor het, voor langere tijd, opschorten van een landsverordening. Een algemene maatregel van rijksbestuur is daarvoor de koninklijke weg.

Amper een maand na het advies van de Raad van State illustreerde een constitutionele crisis op Sint Maarten hoe gevoelig de positie van de gouverneur is. De landsregering weigerde daar gevolg te geven aan een motie van wantrouwen. De gouverneur kreeg zowel een regeerakkoord van de nieuwe meerderheid in de Staten als een concept-landsbesluit tot ontbinding van die Staten voorgelegd. Hij vroeg daarop advies aan drie rechters. Die concludeerden dat de ministers na een motie van wantrouwen onmiddellijk ontslag moeten aanbieden. Dat laat onverlet dat de regering, nadat ze ontslag heeft aangeboden, volgens het driemanschap bevoegd is om aan te sturen op ontbinding en nieuwe verkiezingen. Wel kan de gouverneur wachten met het ondertekenen van het ontbindingsbesluit totdat de ministers hun ontslag hebben ingediend. De trojka signaleert dat de conflictontbinding in Nederland tegenwoordig omstreden is, maar dat betekent niet dat dit op Sint Maarten ook het geval is.⁵⁰ Intussen heeft de regering inderdaad haar ontslag aangeboden, waarop de gouverneur van zijn kant het ontbindingsbesluit heeft ondertekend.

Ook het integriteitsbeleid op Sint Maarten blijft de gemoederen bezighouden. We schreven vorig jaar over de plannen om een integriteitscommissie in het leven te roepen. Dat leidde tot de Landsverordening Integriteitskamer. Die haalde deze zomer het nieuws, zij het niet op de manier die regering en Staten graag zagen. Ze was het voorwerp van de tweede uitspraak van het constitutionele hof van Sint Maarten.⁵¹ Het hof vernietigt de verordening, in de eerste plaats omdat de wetgever het wetsvoorstel tussentijds ingrijpend wijzigde maar die

wijzigingen niet (opnieuw) voorlegde aan de Raad van Advies van Sint Maarten. Daar had het hof het bij kunnen laten, maar het besluit vervolgens om ook nog de inhoudelijke zorgen over het wetsvoorstel met de wetgever te delen. Die zien vooral op de onderzoeksbevoegdheden van de integriteitskamer. De rechten van onderzochte personen of organisaties zouden in dat verband te weinig gewaarborgd zijn.

Een belangrijke vraag is in hoeverre de rechter als een van de belangrijke spelers binnen de trias buiten de rechtszaal in de openbaarheid mag of moet treden

Ook ten aanzien van de BES-eilanden was er afgelopen jaar sprake van beweging. Na enig getouwtrek tussen Tweede en Eerste Kamer lijkt er schot te komen in het creëren van een grondwettelijke basis voor de BES-eilanden. Het getouwtrek van de afgelopen jaren had betrekking op het kiesrecht en de wijze waarop de eilanden mede de samenstelling van de Eerste Kamer bepalen. Inmiddels zitten de beide Kamers op één lijn. Men stevent af op de instelling van een apart kiescollege dat gekozen wordt door Nederlanders op de BES-eilanden, en op haar beurt mede de samenstelling van de Eerste Kamer bepaalt. De novelle was in de Tweede Kamer een hamerstuk en het voorstel tot Grondwetswijziging lijkt, mits er in de Eerste Kamer geen gekke dingen gebeuren, op weg naar de tweede lezing.⁵²

Eind vorig jaar kwam ook het rapport van de commissie-Spies uit. Die evalueerde de nieuwe staatkundige structuur van de BES-eilanden.⁵³ De commissie signaleert dat de eilanden na de overgang van de Antillen naar het land Nederland, minder autonoom zijn geworden, deels vanwege divergerende opvattingen over het begrip 'openbaar lichaam'. Daarnaast constateert ze teleurstelling op de eilanden. Dat gegeven hangt samen met de vaagheid van de in 2010 gemaakte afspraken. Het idee dat de Antilliaanse wetgeving op de BES-eilanden geleidelijk zou worden vervangen door Nederlandse wetgeving, met de mogelijkheid van afwijkende voorzieningen, wordt aan beide zijden van de oceaan verschillend uitgelegd. Op de eilanden leeft, aldus de commissie, het gevoel dat 'Europees Nederland' het gelijkheidsbeginsel soms willekeurig toepast. Omgekeerd is er in 'Europees Nederland' irritatie en zorg over de bestuurscultuur op de eilanden. Staatsrechtelijk gewenste 'checks and balances' zijn op de kleine eilandjes moeilijk te realiseren. Met name de positie van de eilandsraden baart zorgen. De commissie roept tot slot op tot een gemeenschappelijk door Europees Nederland en de eilanden gesteunde toekomstvisie.

8. Rechtspraak

Rechterlijke organisatie

Op het terrein van de rechtseenheid is vermeldenswaard het advies van de Commissie rechtseenheid bestuursrechtspraak.⁵⁴ Kern van het advies is de oprichting van een uit vijf leden bestaande rechtseenheidskamer bij de Hoge Raad en bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (door kruisbenoemingen samen te stellen uit leden van beide colleges) die uitspraak kan doen over belangrijke vragen van rechtseenheid binnen het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en de andere rechtsgebieden. Voor lichte rechtseenheidsvragen kan worden volstaan met een meer informele afstemming. De voorziening bij de rechtseenheidskamer moet transparant zijn, met betrokkenheid van procespartijen. Ook moet het voor anderen dan procespartijen mogelijk zijn inbreng te leveren. Verder vindt de commissie dat het belang van rechtseenheid in algemene zin uitdrukkelijk door de wetgever moet worden onderschreven. De commissie stelt daarom voor in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Hoge Raad over en weer de eenheid en consistentie van het recht bevorderen. Het kabinet heeft het advies inmiddels onderschreven. De noodzakelijke wetswijzigingen worden opgenomen in een wetsvoorstel dat dit najaar in consultatie zal gaan.

Een belangrijke vraag is in hoeverre de rechter als een van de belangrijke spelers binnen de trias buiten de rechtszaal in de openbaarheid mag of moet treden. Bas Heijne meent in zijn Rechtspraaklezing 2016 dat de rechter zich als hoeder van de rechtsorde verre moet houden van de arena van het publieke debat, maar zich wel moet laten zien als vertegenwoordiger van de rechtsstaat.⁵⁵ Uitleg van een uitspraak door de rechter moet voldoende zijn, debat daarover is niet gewenst, aldus Heijne. In die zin lijkt hij niet veel op te hebben met twitterende rechters. In dit opzicht fungeert de rechter als evenwichtskunstenaar als het gaat om de vraag wat hij of zij in het dagelijks leven wel en niet mag zeggen of doen. In haar proefschrift over dit thema stelt rechter Sietske Dijkstra een ethische adviescommissie naar Amerikaans model voor waar rechters in geval van twijfel over deze vraag voor advies terecht kunnen.⁵⁶ De gang van zaken rond de (niet-)politieke kleur van de rechters in de strafzaak tegen politicus Wilders maakt nog eens duidelijk dat er dringend behoefte bestaat aan de wettelijke verankering van een transparant systeem van rechterlijke zaakstoedeling.⁵⁷

Nederlandse constitutionele rechtspraak

De Nederlandse rechter kwam het afgelopen jaar een aantal keren in het staatsrechtelijke vaarwater. In sommige gevallen ging het daarbij om politiek getinte kwesties of rechtszaken waarin vragen van staatsrechtelijke aard speelden. In deze categorie valt bijvoorbeeld de strafzaak tegen relschoppers uit Geldermalsen die een gemeenteraadsvergadering over de komst van een asielzoekerscentrum 'door geweld uiteenjoegen' in de zin van artikel 124 Sr.⁵⁸ Dat geldt ook voor de taakstraffen die oud-burgemeester Offermanns en oud-wethouder Van Rey werden opgelegd wegens ambtsmisdriven.⁵⁹ Zo moest de rechter zich in de zaak van Van Rey uitspreken over de vraag of 'klankborden in de partijlijn' gebruikelijk en geaccepteerd is, een kwestie waarin de Minister van Binnenlandse Zaken publiekelijk intervenieerde. In dezelfde zaak was ook de vraag aan de orde of Van Rey, die naast wethouder ook senator was toen hij de tenlastegelegde feiten zou hebben gepleegd, op basis van artikel 119 Grondwet niet bij de Hoge Raad terecht had moeten staan. De Rechtbank Rotterdam oordeelde terecht dat deze bijzondere regeling alleen betrekking heeft op ambtsdelicten die in het kader van het Kamerlidmaatschap zijn gepleegd.

Het referendum over het Associatieverdrag met Oekraïne gaf eveneens aanleiding tot een reeks rechtszaken. Zo kregen diverse voorzieningenrechters de vraag voorgelegd of gemeenten wel genoeg stembureaus hadden ingericht. Zij kwamen daarbij tot heel verschillende beoordelingen. Zo kon de gemeente Oldenzaal volgens de bestuursrechter in redelijkheid besluiten dat vijf stembureaus genoeg waren.⁶⁰ De burgerlijke rechter daarentegen vond zeven stembureaus het minimum voor gemeente Son en Breugel.⁶¹ Een actie tegen de Staat der Nederlanden om gemeenten in algemene zin tot meer enthousiasme te bewegen vond echter ook de burgerlijke rechter te ver gaan.⁶² Inmiddels is het referendum geweest en zit het kabinet met de vraag hoe aan het 'neen' van de kiezer het beste handen en voeten kan worden gegeven. Over de termijn waarop de regering aan de Tweede Kamer moet laten weten wat het exact gaat doen loopt momenteel nog een procedure bij Rechtbank Den Haag.

Naast zaken met een hoog politiek profiel, waren er dit jaar ook nog wat uitspraken die de staatsrechtelijke verhouding tussen de staatsmachten betroffen.⁶³ Reeds in september was het raak in het overheidsaansprakelijkheidsrecht, toen de Hoge Raad in het *Vakantiedagen*-arrest, uitmaakte dat (ook) het uitvaardigen van formele wetgeving op basis van artikel 6:162 BW onrechtmatig

47. Rb. Overijssel 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1078 en Rb. Midden-Nederland 28 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4298.

48. P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De verhoudingen in het Koninkrijk der Nederlanden – Een perspectief op de toekomst*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016.

49. *Kamerstukken II 2014/15*, 34000 IV, 52.

50. Brief van 21 oktober 2015, zie: www.njb.nl/Uploads/2015/10/Advies-aan-Gouverneur-Sint-Maarten.pdf.

51. Constitutioneel Hof Sint Maarten 7 juli 2016, 2015/1.

52. *Kamerstukken II 2015/16*, 34341, 2.

53. *Kamerstukken II 2015/16*, 34300 IV, 23 (bijlage).

54. *Kamerstukken II 2015/16*, 34389, 9.

55. Zie www.rechtspraak.nl/SiteCollection/Documents/Rechtspraaklezing-2016.pdf.

56. S. Dijkstra, *De rechter als evenwichtskunstenaar* (diss. Open Universiteit), Den Haag 2016.

57. Zie bijv. R.J.B. Schutgens, 'Dit is de

rechter die de wet u toewijst', *RM Themis* 2016, p. 113-114; M.L. van Emmerik & Y.E.

Schuurmans, 'Meer transparantie bij rechterlijke zaakstoedeling dringend gewenst', *NJB* 2016/593, afl. 12, p. 795-799 en H.U.

Jessurun d'Oliveira, 'Zaakstoedeling en het vleugellamme artikel 17 Grondwet. Een

oproep tot formele wetgeving', *NJB*

2016/1474, afl. 29, p. 2078-2082.

58. Rb. Gelderland 13 juni 2016,

ECLI:NL:RBGEL:2016:3177.

59. HR 28 juni 2016,

ECLI:NL:HR:2016:1330 (*Offermanns*); Rb. Rotterdam 12 juli 2016,

ECLI:NL:RBROT:2016:5272 (*Van Rey*).

60. Rb. Overijssel (vzr.) 8 maart 2016,

ECLI:NL:RBOVE:2016:770.

61. Rb. Oost-Brabant (vzr.) 14 maart 2016,

ECLI:NL:RBOBR:2016:1142.

62. Rb. Den Haag (vzr.) 11 maart 2016,

ECLI:NL:RBDHA:2016:2522.

63. Vergelijk M. de Werd, *Rechtspreken in de Europese context* (oratie Maastricht), 2015.

kan zijn als dat in strijd komt met Unierecht of ander rechtstreeks werkend internationaal recht.⁶⁴ Voor het Unierecht betekent het concreet dat de aansprakelijkheid niet rechtstreeks gebaseerd is op de Europese *Francovich*-jurisprudentie, maar op het nationale recht. Dat lijkt op het eerste gezicht winst voor de rechtsbescherming omdat het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht (anders dan het Unierecht) in beginsel uitgaat van de verwijtbaarheid van de overheid bij strijd tussen een lagere regeling met hoger recht.

De hoogste bestuursrechters kregen van hun kant te oordelen over de vraag of van illegaal verblijvende vreemdelingen geëist kan worden dat zij meewerken aan hun vertrek uit Nederland, alvorens hen onderdak ('bed, bad, brood') in een zogenoemde vrijheidsbeperkende locatie wordt gegund. De kwestie lag gevoelig in het licht van een oordeel van het Comité voor Sociale Rechten uit 2014.⁶⁵ De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State overwoog dat dit oordeel niet bindend is en dat vreemdelingen voor de rechter niet rechtstreeks een beroep kunnen doen op het Europees Sociaal Handvest.⁶⁶ Uit het EVRM volgt bovendien niet een algemeen recht op *onvoorwaardelijk* onderdak te bieden. De Centrale Raad sloot zich bij die lijn aan.⁶⁷

Voor de creatieve wijze waarop de Hoge Raad de wetgever ruimte gunde om de kwestie op te lossen springt in het oog

Tot slot baarde de strafkamer van de Hoge Raad opzien en niet alleen omdat hij, op basis van Straatsburgse jurisprudentie, uitmaakte dat het opleggen van levenslange gevangenisstraf artikel 3 EVRM schendt zolang geen reële mogelijkheid tot herbeoordeling bestaat. Vooral de creatieve wijze waarop hij de wetgever ruimte gunde om de kwestie op te lossen springt in het oog.⁶⁸ De Hoge Raad doet dat door het EVRM-probleem te constateren en vervolgens de zaak met een jaar aan te houden. In september 2017 beziet hij dan hoe de zaken ervoor staan. De wetgever krijgt zo enig respijt en de verdachte perspectief op succes in zijn zaak. Een dergelijk creatief gebruik van de tussenuitspraak werd eerder – als 'constitutionele lus' – bepleit als mogelijkheid om de dialoog tussen rechter en wetgever te stimuleren zonder dat de individuele rechtsbescherming daar al te zeer onder te lijden zou hebben.⁶⁹ Het wordt interessant of de Hoge Raad het instrument ook buiten de sfeer van het strafrecht gaat inzetten.

Europese jurisprudentie

Voor het Europese constitutionele recht blijft het kat-en-muis-spel tussen het Hof van Justitie en het Duitse Constitutionele Hof van fundamenteel belang. Vorig jaar berichtten we in dat verband over de OMT-zaak. De Duitsers legden hun twijfels over de koers van de ECB voor

aan het Hof van Justitie.⁷⁰ In Luxemburg schoof men die bezwaren terzijde, grotendeels vanwege de ruime beoordelingsmarge van de ECB.⁷¹ Inmiddels is het Duitse antwoord bekend. Zoals verwacht, ziet de Duitse rechter een Europese crisis momenteel niet zitten. Dat is verstandig, want voor crises heeft men in de Unie de Duitsers niet nodig. De Britten en de Grieken zijn meer dan genoeg. Toch is de Duitse rechter niet helemaal overtuigd: hij leest in het arrest van het Hof van Justitie een aantal randvoorwaarden waaraan het OMT-programma moet voldoen en overweegt dat *als en solange* daaraan voldaan is, het beleid nog *nét* door de constitutionele beugel kan.⁷² De Europese instellingen gaan dan niet '*manifestly*' hun boekje te buiten. Dat laat open dat het Duitse hof vindt dat wel sprake is van bevoegdheidsoverschrijding, zij het niet zo ernstig dat ingrijpen noodzakelijk is. Zij blijven het beleid van de ECB dus 'monitoren'.⁷³

De trend van democratisering en constitutionalisering van het Unierecht zet ook op andere terreinen door, en het Hof van Justitie speelt daarbij een belangrijke rol. Zo versterkte het de rol van het Europees Parlement bij de vormgeving van het gemeenschappelijk visserijbeleid van de Unie.⁷⁴ Daarnaast stelde het zich op een aantal dossiers loyaal achter de Straatsburgse evenknie op. Dat deed het bijvoorbeeld in een arrest over het Europees Arrestatiebevel.⁷⁵ Zoals bekend vindt het EHRM de detentieomstandigheden in diverse Europese landen onder de maat.⁷⁶ Uitlevering aan zulke landen kan een schending van artikel 3 EVRM inhouden. Dat levert een potentieel conflict op tussen het Unierecht en het EVRM, zeker als Luxemburg vasthoudt aan de strikte naleving van het arrestatiebevel. Effectieve grensoverschrijdende criminaliteitsbestrijding is immers een belangrijk thema binnen de Unie. De Grote Kamer van het Hof opereert dan ook behoedzaam. Enerzijds erkent het dat het verbod van onmenselijke of vernederende behandeling een Unierechtelijk grondrecht is. Anderzijds onderstreept het dat een algemene indicatie dat de detentieomstandigheden onder de maat zijn, onvoldoende is om van uitlevering af te zien. Daarvoor is vereist dat er zwaarwegende gronden zijn om aan te nemen dat de betrokken persoon in concreto gevaar loopt om slecht behandeld te worden. Pas als die informatie voorhanden is, kan eventueel van uitlevering worden afgezien.

In de sfeer van de grondrechten waren er meer opzienbarende zaken. Wat te denken van het arrest Schrems, waarin het Hof van Justitie de *Safe Harbour*-beschikking van de Europese Commissie nietig verklaarde, op basis waarvan bedrijven als Facebook persoonsgegevens naar de Verenigde Staten doorgeven?⁷⁷ Of van het – op dezelfde dag gewezen – arrest *Delvigne*, waarin het Hof zich uitsprak over het kiesrecht van een veroordeelde moordenaar voor het Europees Parlement.⁷⁸ Het arrest, alleen al belangrijk voor de ontwikkeling van het Europese burgerschap, lag gevoelig vanwege de felle kritiek op de Straatsburgse koers ten aanzien van het kiesrecht voor gedetineerden. Het Hof van Justitie noemt die Straatsburgse jurisprudentie niet, maar vaart wel een enigszins soortgelijke koers: beperkingen op het kiesrecht zijn mogelijk zolang de ernst van het vergrijp en de duur van de straf daarbij maar een rol spelen. Opmerkelijk was, tot slot, ook het scherpe contrast tussen de conclusies van de advocaten-generaal Sharpston en Kokott in twee zaken

over een verbod op het dragen van een hoofddoek in het bedrijfsleven. Kokott meent dat zo'n verbod door de beugel kan omdat van de werkneemster verwacht mag worden dat deze terughoudend is met de uitoefening van religie op de werkplaats.⁷⁹ Een bedrijf dat daartoe verplicht discrimineert volgens de Duitse A-G niet, want een hoofddoek is iets anders dan geslacht of huidskleur. De eerste kan men thuislaten, de tweede niet. Haar Britse collega Sharpston ziet dat anders. Zij overweegt dat '*the require-*

ments of one's faith (...) are not elements that (...) can politely be discarded during working hours'. Voor haar geldt dat de werkgever een legitiem belang kan hebben bij een hoofddoekverbod, maar dat het belang van de gelovige werkneemster in dat verband zwaar weegt.⁸⁰ Hoewel de beide zaken waarin de advocaten-generaal hun respectievelijke conclusies schreven niet helemaal identiek zijn, wordt het een duidelijke keuze voor het Hof van Justitie. Volgend jaar meer. •

64. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, AB 2016/30, m.nt. Widdershoven, NJ 2016/166, m.nt. Lindenbergh, JB 2015/181, m.nt. Sanderink, O&A 2015/90, m.nt. Uzman.

65. ECSR 1 juli 2014, nr. 90/2013 (CEC/Nederland).

66. ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415, AB 2016/40, m.nt. Bruggeman. Vergelijk J.H. Gerards, 'De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van

de grondrechten', in: *Hybride bestuursrecht*, VAR-adviezen 2016, Den Haag: Boom juridisch 2016.

67. CRvB 26 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2015:3834.

68. HR 5 juli 2016, ECLI: NL:HR:2016:1325.

69. Vergelijk J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten – over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk absteren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

70. BVerfG 14 januari 2014, 2 BvR 2728/13.

71. HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14 (*Gauweiler e.a./Bundestag*).

72. BVerfG 21 juni 2016, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813.

73. Zie o.a.: P. Lindseth, 'Meanwhile in Germany...the OMT ruling of the German Constitutional Court', *Eutopia law blog*, 23 juni 2016, te raadplegen op: www.europialaw.com.

74. HvJ EU 1 december 2015, C-124/13

(*Parlement/Raad*).

75. HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 (*Aranysosi & Căldăraru*).

76. Vergelijk o.a. EHRM 10 maart 2015, no. 14097/12 (*Varga/Hongarije*) en EHRM 24 juli 2012, 35972/05 (*Stanciu/Roemenië*).

77. HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14.

78. HvJ EU 6 oktober 2015, C-650/13.

79. HvJ EU 31 mei 2016, C-157/15 (*Achbita/G4S*) (concl. A-G Kokott).

80. HvJ EU 13 juli 2016, C-188/15 (*Bougnanou/Micropole*) (concl. A-G Sharpston).