

STAATS- EN BESTUURSRECHT

CONSTITUTIONEEL RECHT

AAK20178432

G. Boogaard & J. Uzman

1 Inleiding

Het afgelopen half jaar was ronduit woelig. Brexit, Oekraïne-referendum, Trump, *En Marche!* en Turks Grondwetsreferendum werden of bleven de trefwoorden van grote constitutionele kwesties. Maar gelukkig was er ook staatsrechtelijk *business as usual*. Zo verscheen er weer een nummer van het *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* en oreerde Janneke Gerards, dit keer in Utrecht, onder de titel *Grondrechten onder spanning. Bescherming van fundamentele rechten in een complexe samenleving*. De dag erna, op 30 maart, sprak Erik Jurgens de Artikel 50-lezing (over art. 67 lid 3 Grondwet – dat wel) en op 7 april was Job Cohen aan de beurt voor zijn Artikel 1-lezing, die hij aan het gelijkheidsbeginsel en de drie grote decentralisaties in het sociale domein wijdde. Van het Artikel 120 Grondwet Event (vorig jaar op 21 maart 2016) zijn dit jaar geen sporen op internet te vinden. Tussen de vele klachten over het betekenisverlies van onze eigen Grondwet door, is zo'n nieuwe functie als kapstok voor een jaarlijks terugkerende lezingencyclus een welkome aanvulling. Al zal de levensvatbaarheid van een Artikel 120-lezing misschien groter blijken dan die van de Artikel 128-lezing.

In Groningen vond op 12 mei de voorjaarsbijeenkomst van de Staatsrechtkring over 'Verborgene Staatsrecht' plaats, met een 'agenderende dialoog' tussen staatsrechtbeoefenaren en specialisten van aangrenzende bestuursrechtelijke rechtsgebieden. Door studenten van de Rijksuniversiteit Groningen werd tevens de Zilveren Thorbeckepenning binnengesleept in de jongste editie van het Studentenparlement. En in Den Haag? Daar was men druk met verkiezingen.

2 Politiek staatsrecht

Democratie betekent volgens Karl Popper: leven onder een regering waar je zonder bloedvergieten vanaf kunt. Gemeten aan die definitie, is Venezuela inmiddels niet meer, maar Nederland nog altijd wel een democratie. Bij het afscheid van het kabinet-Rutte II werd immers vooralsnog geen bloed vergoten. Wel veel zweet en tranen. Na de daverend hoge opkomst van meer dan 80% van de kiesgerechtigden, zaten er op de avond van 15 maart 2017 in totaal meer dan 10 miljoen enorme stembiljetten aangestampt in de stembussen (doorgaans verzegelde kliko's) van de ongeveer 10.000 stembureaus. Dat werd nachtelijk zweten voor de ongeveer 55.000 stembureauleden en tellers die in Nederland geacht worden de uitslag met de hand vast te stellen. Deze keuze om anno 2017 met het rode potlood te stemmen en vervolgens handmatig te tellen, was destijds ingegeven door wantrouwen tegen fraudegevoelige stem-

computers. Dit jaar had de argwaan ook toegeslagen in het proces tussen de telling in de stembureaus en de vaststelling van de uitslag door de gemeente, door de kieskring en door de Kiesraad. Geheel zonder grond was dat niet, toen met name RTL Nieuws blootlegde op welke houtje-touw-tje-manier werd gewerkt ('Zo werkt het softwaresysteem dat onze stemmen telt', *RTL Nieuws* 30 januari 2017). Net als destijds met de problemen bij de stemcomputers, werd voor de oplossing ook dit keer naar de IJzeren Eeuw gekeken. De verbindingen in maart 2017 werden op papier en per koerier onderhouden.

De terugkeer naar een handmatig verkiezingsproces mag dan de mogelijkheden voor president Poetin om de boel te *hacken* beperken, een garantie voor een foutloze uitslag is het bepaald niet. Vooral niet, omdat het staatsrecht uit angst voor bloedvergieten de periode waarin de uitslag ter discussie kan worden gesteld zo kort mogelijk wil houden. In het Nederlandse staatsrecht staat die nu op acht dagen. In die periode stellen de hoofdstembureaus de uitslagen vast en geven die door aan het Centraal Stembureau (de Kiesraad). Daarna sturen de hoofdstembureaus hun papieren door naar de Tweede Kamer. Aldaar buigt de Commissie voor het onderzoek van de Geloofsbrieven, benoemd door de op dat moment nog zittende (oude) Kamer, zich onder andere over het verloop van het verkiezingsproces. Geheel in lijn met wat artikel 58 Grondwet bepaalt: 'Elke kamer onderzoekt de geloofsbrieven van haar nieuwbenoemde leden en beslist met inachtneming van bij de wet te stellen regels de geschillen welke met betrekking tot de geloofsbrieven of de verkiezing zelf rijzen.' Feitelijk betekent dit dat op verzoek van deze commissie op zaterdag 18 maart 2017 een grote groep Kamermedewerkers heeft zitten zweten op alle 10.000 processen-verbaal met daarin de cijfers, de opmerkingen en de bezwaren van de kiezers. Het verslag dat commissievoorzitter Neppérus (VVD) op 22 maart 2017 aan de Kamer uitbracht (*Handelingen II* 2016/17, 58, item 3), geeft een indruk van de stofkam die men dan door de processen-verbaal haalt. Zo was het de commissie opgevallen dat 'zelfs stembureau Leiden 1, het stadhuis, waar doorgaans zeer ervaren stembureauleden zitten, ditmaal toch een stemverschil liet zien'. De druk was dus hoog geweest, constateerde de commissie, maar toch legde zij 'aan de Kamer haar conclusie voor dat de geuite klachten en de geringe onregelmatigheden geen aanleiding geven te twijfelen aan het rechtmatig verloop van de verkiezingen en de juistheid van de door het centraal stembureau voorgestelde uitslag'. Toen aldus geschiedde en overigens geen reden was om aan het Nederlanderschap van één van de nieuw benoemde Kamerleden te twijfelen (een erfenis van de kwestie-Ayaan Hirsi Ali), werden op 23 maart de 150 nieuwe Kamerleden geïnstalleerd. Om de kans op toekomstig bloedvergieten uit te sluiten, wil de Kieswet vervolgens rigoureus overgaan tot de orde van de dag: na drie maanden gaan alle stembiljetten en processen-verbaal door de shredder, tenzij de Officier van Justitie die bescheiden nog nodig heeft om verkiezingsfraude te bewijzen (art. N12 Kieswet). Het geheim houden en actief laten verdwijnen van stukken ter voorkoming van verdere

discussies wordt echter, buiten kringen aan de top van het ministerie van Veiligheid en Justitie, steeds minder als een kernwaarde van de overheid beleefd. Daarom werd in 2013, ter aanvulling op de ongetwijfeld blauwe ogen van de voorzitter van de Kiesraad, aan artikel N12 van de Kieswet de regel toegevoegd dat op elk gemeentehuis voor een ieder toch ten minste enige tijd een afschrift van de processen-verbaal van de stembureaus uit die gemeente ter inzage moesten liggen. Verontruste kiezers moeten toch iets kunnen bekijken. Van publicatie op internet werd destijds bewust afgezien, omdat het nog altijd niet de bedoeling was dat men ten eeuwigden dage verkiezingsuitslagen ter discussie kan blijven stellen. Daar dacht de Politieke Academie (<http://politiekeacademie.eu/>) dit jaar anders over, en zij stuurde 88 uitzendkrachten op pad om in 380 gemeenten de gegevens uit de processen-verbaal te verzamelen. Uit hun werk bleken meer stemverschillen dan de Kiesraad had geconstateerd (13.812 stemmen tegenover 9.064), al concludeerde ook de Politieke Academie dat de verschillen klein, acceptabel en voor de zetelverdeling niet beslissend waren. Voor de Tweede Kamer was (onder andere) dit op 20 juni wel reden om een chagrijnig spoeddebat met minister Plasterk te voeren (*Handelingen II* 2016/17, 89, item 22). In dat debat flakkerde nog even iets van de moderne 'Ome Roon' op die minister Plasterk in het verleden weleens was, de minister die de omroep PowNed tot het publieke bestel toeliet en actief de stemfie promootte. Plasterk was de Politieke Academie erkentelijk voor hun werk en vond eigenlijk zelf ook dat onder de huidige Kieswet een 'wat paternalistische gedachte' ligt waar 'in het huidige tijdsgewricht' andere redeneringen denkbaar zijn. Wat hem betreft moet minimaal op gemeentelijk niveau de bevoegdheid komen om fouten van stembureaus te corrigeren en moeten alle processen-verbaal van de stembureaus gewoon op internet beschikbaar zijn (*Kamerstukken II* 2016/17, 31142, 62).

Naast het angstzweet voor de Russen en het werkszweet van de stembureauvrijwilligers, waren de tranen bij de machtswisseling van 2017 met name voor de PvdA, die 29 Kamerzetels moest inleveren en met een schamele negen zetels achterbleef. Winnaars waren GroenLinks (+ 10), D66 (+ 7), CDA (+ 6) en de PVV (+ 5). Regeringspartij VVD verloor ook acht zetels maar bleef, met een historisch laag aantal van 33 zetels, toch de grootste fractie in de nieuwe kamer. Opvallende nieuwkomers waren Baudet en Hiddema namens hun Forum voor Democratie. Daarnaast lukte het de voormalige PvdA'ers Kuzu en Öztürk van DENK om zichzelf op eigen kracht in de Kamer te handhaven en er zelfs een zeteltje bij te krijgen. Het constitutioneel interessante experiment van GeenPeil om levende stemkastjes naar Den Haag af te vaardigen, slaagde niet. Daardoor bleef de teller van het totaal aantal fracties in de nieuwe Kamer 'steken' op dertien, wat veel maar geen record is. Met deze verkiezingsuitslag, het politieke isolement van de PVV en de sterke voorkeur van *kingmaker* Pechtold, kwam de door de Tweede Kamer aangestelde verkenner, Schippers, relatief snel tot de conclusie dat de combinatie VVD/CDA/D66/GroenLinks beproefd moest

worden. De Kamer nam die conclusie over en benoemde op 28 maart dezelfde Schippers tot informateur. Technisch deed de Kamer dat door bij motie het advies van verkenner Schippers om informateur Schippers te benoemen over te nemen (*Kamerstukken II* 2016/17, 34700, 5). Of deze mystieke formule niet, na de motie van wantrouwen een tweede voorbeeld is van een motie met rechtsgevolg, moeten de geleerden nog maar eens goed uitzoeken. Het verslag dat informateur Schippers op 16 mei uitbracht, rept er in ieder geval niet over en besteedt vooral aandacht aan het mislukken van de coalitieonderhandelingen. In een verder weinig verhelderend debat bleek dat met de breuklijn met name tussen de VVD en GroenLinks op het thema integratie had gelopen. De Kamer benoemde Schippers andermaal tot informateur, zij het, gek genoeg, met een verkenningsoopdracht. Het was de bedoeling om 'op korte termijn de mogelijkheden te verkennen die er op dit moment zijn voor de vorming van een kabinet dat kan rekenen op een vruchtbare samenwerking met de Staten-Generaal en daarbij aan te geven op welke wijze dit tot stand kan komen'. Technisch gezien hanteerde de Kamer dit keer de constructie om in het dictum van de motie 'mevrouw E.I. Schippers tot informateur aan te wijzen' (*Kamerstukken II* 2016/17, 34700, 13). Als de geleerden overigens toch bezig zijn met de duiding van aanwijzings-moties, kunnen ze gelijk de vraag meenemen waarom ondanks het aanwijzen toch wordt gesproken van een 'benoemde' informateur. Want ook die vraag blijkt niet bij Schippers te zijn opgekomen. Zij rapporteerde althans op 29 mei aan de Kamer vooral dat het haar weer niet gelukt was om voldoende partijen aan tafel te krijgen danwel te houden. Met name de tegenstellingen tussen D66 en ChristenUnie hadden haar redelijk onoverbrugbaar geleken. In de impasse die zich toen volgde, werd weer eens voorzichtig naar de Koning gekeken en gefilosofeerd over de vermeend heilzame werking van een minderheidskabinet. Voor het zover kwam, was de onderkoning beschikbaar. Bij motie (*Kamerstukken II* 2016/17, 34700, 20) wees de Tweede Kamer op 30 mei *good old* Herman Tjeenk Willink aan als informateur met een brede opdracht. Tjeenk Willink zette alle oude en nieuwe truken in en boekte daarmee twee belangrijke resultaten. Niet alleen namen GroenLinks en D66 allebei definitief afscheid van hun kabinet, maar daarnaast praatte hij ook D66 en CU terug naar de onderhandelingsstafel. Zo maakte Tjeenk Willink de weg vrij voor de 'aanwijzing', op 28 juni, van de heer Zalm als informateur met de opdracht de (krappe) meerderheidscoalitie van VVD, CDA, D66 en ChristenUnie te onderzoeken (*Kamerstukken II* 2016/17, 34700, 28). Opvallend aan die motie was dan weer dat de opdracht ontbrak die nog wel was gegeven aan informateur Schippers, namelijk om de Koning 'met een zekere regelmaat te informeren over de voortgang van de gesprekken met betrekking tot de formatie.' In de staatsrechtelijke evaluatie van de eerste keer dat de Kamer zonder de Koning een kabinet had geformeerd (Evaluatie kabinetsformatie 2012, *Kamerstukken II* 2014/15, 33410, 72), was het beter informeren van de Koning als een verbeterpunt benoemd. Kennelijk was

dat leerpunt na al die maanden formeren misschien weer wat op de achtergrond geraakt. Veel consequenties voor de Koning zal het ontbreken van deze expliciete opdracht om hem te informeren waarschijnlijk niet hebben. Niet alleen zal een informateur van VVD-huize republikeinse *Prinzipienreiterei* wel achterwege willen laten of kan de Willem-Alexander alles wat er over de formatie te weten valt inmiddels lezen in het proefschrift van Peter Bootsma (*Coalitievorming. Een vergelijking tussen Duitsland en Nederland*, Amsterdam: Boom 2017), maar bovenal zal het abonnement op *Ars Aequis* kwartaalsignalen dat hij ongetwijfeld heeft ook hem ‘met een zekere regelmaat over de voortgang van de formatie informeren’.

In de luwte van het verkiezingsgeweld deed intussen de Parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies verslag van haar bevindingen (*Kamerstukken II* 2016/2017, 34566, 3). Opvallend in het rapport is dat de commissie niet alleen haar inhoudelijke bevindingen met de Kamer deelt, maar ook maar meteen van de gelegenheid gebruikmaakt om het instituut van de parlementaire ondervraging alvast even te evalueren. Daaruit blijkt dat de commissie zichzelf niet overbodig vindt. De parlementaire ondervraging heeft haar meerwaarde duidelijk bewezen, aldus de commissie. Dat blijkt uit het feit dat een aantal belastingadviseurs niet op vrijwillige basis plaatsnam voor de commissie. De verschijningsplicht en het horen onder ede hebben enorm geholpen om inzicht te krijgen in het fiscale constructiewezen, aldus de commissie. Dat wekt uiteraard geen verbazing. De vraag is natuurlijk of men er in de financiële wereld net zo zonnig tegenaan kijkt. Misschien dat die vraag nog aan de orde komt als de commissie met de, in haar rapportage aangekondigde, definitieve evaluatie van de parlementaire ondervraging komt. In elk geval leverde het ondervragingsproces al meteen spektakel op: diverse media meldden reeds dat één van de getuigen meeneed zou hebben gepleegd voor de commissie. De commissie zelf heeft aangegeven de kwestie hoog op te nemen en er op een later moment op terug te komen (vgl. ‘Mogelijke meeneed gepleegd tijdens parlementaire enquête over Panama Papers’, *De Volkskrant*, 8 juli 2017).

Minder spectaculair, maar bepaald niet minder wezenlijk, was de vaart die het kabinet, zo aan het eind van de rit, nog maakte met een aantal wetsvoorstellen. Zo is het wetsvoorstel dat beoogt een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34516, 2). Opmerkelijk was dat het debat niet alleen om déze grondwetswijziging ging, maar dat een deel van de tijd werd besteed aan een motie van Kamerleden Van der Staaij en Van Raak, die graag vastgelegd zagen dat het voorstel-Halsema over de gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, niet meer in stemming zou komen. Onder verwijzing naar de notitie die minister Ter Horst in 2009 over de herzieningsprocedure van de Grondwet uitbracht, stelden Van der Staaij en Van Raak dat een voorstel in tweede lezing ‘voortvarend’ en dus het liefst nog in dezelfde periode waarin het in tweede lezing werd ingediend, zou worden behandeld. Die

eis zou besloten liggen in artikel 137 lid 4 Grondwet. Nu die tweede lezing van het voorstel-Halsema reeds in 2010 werd ingediend en de Tweede Kamer inmiddels al twee keer van samenstelling is veranderd, vonden de beide Kamerleden het welletjes geweest. Het moest geacht worden te zijn verworpen. Daarin kregen Van der Staaij en Van Raak de Kamer echter niet zonder meer mee. Uiteindelijk is voorgesteld stemming over deze motie aan te houden in afwachting van een adviesaanvraag hierover aan de Raad van State.

Een tweede mijlpaal, want zo mag men het toch wel noemen, is de nieuwe Wet op de inlichtingen- en de veiligheidsdiensten (Wiv 20xx) die op 14 februari door de Tweede, en op 11 juli 2017 door de Eerste Kamer werd aangenomen. Dat is sneller dan wij, de kritische bejegening van het voorstel door de Raad van State in het achterhoofd, verwachtten. Anders dan gedacht is het toch nog ruimschoots gelukt om de kwestie te regelen, nog vóór een nieuw kabinet het bordes beklimt. Over het wetsvoorstel zelf, en de kritiek erop van de Raad van State, hebben we het hier al eerder gehad. Van die kritiek lijken de beide Kamers niet echt onder de indruk. De inlichtingendiensten krijgen de bevoegdheid om tot ‘onderzoeksopdrachtgerichte interceptie’ over te gaan, wat – als wij goed zijn ingelicht – een Wordfeudvriendelijk woord voor ‘sleepnet’ is. Daar staat tegenover dat de ministers van BZK en Defensie de diensten niet zonder meer zelf verlof kunnen geven om van die nieuwe bevoegdheid gebruik te maken. Daarvoor moet groen licht komen van een Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden. De kritiek, dat deze – aanvankelijk zeer kleine – commissie vooral een papieren tijger zou zijn, heeft in elk geval opgeleverd dat de regering inmiddels toezeggingen heeft gedaan om de commissie wat uit te breiden, onder andere met iemand die technisch geschoold is. Een aardig staatsrechtelijk punt is nog dat die nieuwe toetsingscommissie een aanvulling vormt op de reeds bestaande Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en de Veiligheidsdiensten (CTIVD). Tijdens de behandeling in de beide Kamers figureerde prominent de vrees dat deze beide commissies elkaar in de haren vliegen. Wat als de één het plaatsen van telefoontaps een uitstekend idee, maar de ander het juist onrechtmatig vindt? Daarbij merkte minister Plasterk op dat het niet de bedoeling is dat de CTIVD achteraf de beoordeling van de TIB (voor de inzet van de bevoegdheid) nog eens dunntjes over gaat doen. Of dat nu echt zo onwenselijk is, kan men zich afvragen. Met een oordeel, achteraf, van de CTIVD dat een bepaalde interceptie minder proportioneel is dan (aanvankelijk) gedacht, kan de TIB alleen maar haar voordeel doen zou men zeggen, zeker gelet op de expertise die de CTIVD nu reeds heeft. Veel hangt in elk geval af van de samenwerking tussen de beide commissies. Dat is vooral voor die nieuwe TIB van belang, want onder druk van de Eerste Kamer heeft de minister toegezegd de nieuwe commissie al na twee jaar te gaan evalueren. Een aardige vraag is dan nog wel wanneer de TIB haar werk goed gedaan heeft: als de ministers en de diensten blij zijn met een soepele TIB? We zullen het zien.

Bij afwezigheid van een formatiespektakel voor de deur, verscheen op 11 juli 2017 het verslag van de Tijdelijke Commissie Werkwijze Eerste Kamer. De commissie had als doelstelling om naast de werkzaamheden van de Staatscommissie Parlementair Stelsel (de Staatscommissie-Remkes) als Eerste Kamer zelf ook naar de eigen interne werkwijze te kijken. De commissie concludeerde dat die werkwijze niet grootschalig op de schop hoefde. Wel was er reden om wat achterstallig onderhoud aan het Reglement van Orde van de Eerste Kamer te plegen. Zo staat daarin nog altijd als hoofdregel dat de Eerste Kamer hoofdelijk stemt, terwijl in de praktijk al sinds jaar en dag bij zitten en opstaan wordt gestemd. Ook begint het door Thorbecke in de Grondwet 1848 ingevoerde beginsel dat parlementaire beraadslagingen openbaar dienen te zijn, langzaam door te dringen tot de senatoren. Destijds volstond de senaat met het openbaar maken van de plenaire vergaderingen, maar bleven de vergaderingen in de commissiekamers niet toegankelijk voor het publiek. Dat moet veranderen. Commissievergaderingen zouden volgens de Commissie Werkwijze alleen nog maar achter gesloten deuren plaats mogen vinden wanneer die ‘een sterk procedureel karakter’ hebben. En zelfs dan zijn de verslagen niet geheim en de senatoren niet verplicht om geheimhouding te bewaren. Voor het overige moet het Reglement van Orde gaan voorzien in de hoofdregel dat commissievergadering in beginsel in het openbaar worden gehouden. Verschil met 1848 is wel dat destijds van een oude spoorbrug publieke tribunes in de plenaire zaal van de Eerste Kamer gemaakt moesten worden, terwijl tegenwoordig de minder ingrijpende plaatsing van een webcam in de commissiekamers volstaat. Liefhebbers van het politieke staatsrecht die daarop niet willen wachten, kunnen gebruik maken van de subsidiepot van 50.000 euro die de Eerste Kamer beschikbaar wil stellen voor stagiaires bij fracties.

Het meest interessante aspect van het rapport van de Tijdelijke Commissie Werkwijze Eerste Kamer is evenwel de eigen werkwijze. Doordat men een enquête onder senatoren had uitgezet, is het rapport ook *Fundgrube* voor wie studie maakt van conventies. Het rapport van de commissie bevat zelfs een registratie van wat het zelf ‘de politieke cultuur van de Eerste Kamer’ noemt: een verzameling gedragsregels die dan weliswaar niet afdwingbaar zijn bij de rechter, maar die desalniettemin wel normatief zijn. Een daarvan luidt: in dit huis vermijden wij het stelselmatig gebruik van procedures voor politieke doeleinden. Het doet denken aan de indrukwekkende speech die de doodzieke Amerikaanse senator John McCain op 25 juni 2017 in de Amerikaanse senaat hield en die iedereen zou moeten terugkijken op internet:

‘Our deliberations [...] are more partisan, more tribal more of the time than any other time I remember. Our deliberations can still be important and useful, but I think we’d all agree they haven’t been overburdened by greatness lately. And right now they aren’t producing much for the American people.’

3 Politieke rechtspraak en constitutioneel procesrecht

Het hierboven geciteerde artikel 58 Grondwet heet ook wel ‘het tweede toetsingsverbod’. De bedoeling van het artikel is immers, net als van artikel 120 Grondwet, dat de democratisch verkozen Kamer *zelf* en niet de onverkozen rechter de verkiezingsgeschillen beslecht. De ruime opvatting van de civiele rechter ten aanzien van zijn bevoegdheid om kennis te nemen van vorderingen (de bekende objectum-litis-leer uit het arrest *Noordwijkerhout / Guldemond*) sluit echter bepaald niet uit dat de civiele rechter onder omstandigheden toch in verkiezingsgeschillen wordt betrokken. Rondom de afgelopen verkiezingen werd dat bijvoorbeeld geprobeerd door de Nederlanders die in het buitenland verblijven en daarom per brief stemmen. Omdat de kandidatenlijsten pas laat definitief werden vastgesteld en dus pas vlak voor de verkiezingsdag konden worden verzonden, eisten deze briefstemmers dat de burgemeester van Den Haag zijn stembus voor hen wat langer open zou houden: briefstemmen die wel op de dag van de stemming ter post zouden zijn bezorgd, maar die pas in de dagen daarna in Den Haag zouden arriveren, moesten toch meetellen. In lijn met het tweede toetsingsverbod definieerde de Haagse voorzieningenrechter een zeer beperkte taak voor zichzelf: voor een belangenafweging was bij het strikt toepassen van heldere keuzes van de Kieswetgever geen plaats en alleen bij onmiskenbare strijd met hoger recht zou er ruimte zijn voor ingrijpen (Rb. Den Haag 22 maart 2017, ECLI: NL:RBDHA:2017:2723). Zo terecht terughoudend als de Haagse voorzieningenrechter was, zo activistisch bleek de Amsterdamse. Hij moest oordelen over het gebruik van de naam ‘Artikel 1’ door Sylvana Simons, terwijl de Stichting Expertisecentrum Discriminatie (de opvolger van het Landelijk Bureau Racismebestrijding) eigenaar van het woordmerk ‘Artikel 1’ is. Zonder veel (zichtbare) democratische scrupules vinkte de rechter gewoon af dat Sylvana’s partij ‘aan het zakelijk verkeer deelneemt’, daarin ‘soortgelijke diensten aanbiedt’ en dusdoende ‘bij het publiek verwarring zaait’. Er hadden zich ‘reeds tal van concrete gevallen van verwarring hebben voorgedaan.’ Gegeven de racistische bagger die Sylvana Simons overigens ten deel is gevallen van publiek dat onmiskenbaar in verwarring verkeert, beschikte de stichting wat ons betreft daarmee eerder over de contactgegevens van personen die wel wat expertise omtrent discriminatie kunnen gebruiken dan dat er heel veel reden is om onmiddellijk via het intellectuele-eigendomsrecht een politieke partij te ontmantelen. Maar daar dacht de voorzieningenrechter anders over. In de belangenafweging wilde hij nog wel toegeven dat de jonge partij het verlies van haar landelijke bekendheid mogelijk niet zou overleven, maar desalniettemin woog het belang van de Stichting ‘om niet met enige partij gelieerd te zijn’ in kort geding voorlopig zwaarder. Sylvana werd bevolen om de naam ‘Artikel 1’ niet langer te gebruiken (Rb. Amsterdam 6 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3912).

Opvallende politieke rechtspraak (in de zin van: jurisprudentie over politiek geprofileerde kwesties) was de uitspraak van de Haagse rechtbank in de procedure van

het Forum voor Democratie, gericht tegen het in hun ogen onrechtmatig uitblijven van een wetsvoorstel tot intrekking van de goedkeuring van het Associatieverdrag met de Europese Unie (Rb. Den Haag 12 april 2014, ECLI: NL:RBDHA:2017:3667). Niet geheel zonder grond laten zij een verplichting daartoe in artikel 11 Wet raadgevend referendum: indien onherroepelijk is vastgesteld dat een referendum heeft geleid tot een raadgevende uitspraak tot afwijzing, wordt zo spoedig mogelijk een voorstel van wet ingediend dat uitsluitend strekt tot intrekking van de wet of tot regeling van de inwerkingtreding van de wet. Weliswaar zijn de woorden ‘zo spoedig mogelijk’ voor meerder uitleg vatbaar, maar een half jaar de hete aardappel vooruit schuiven zal niemand meer ‘spoedig’ kunnen noemen. Problematisch aan de procedure is echter de bekende *Waterpakt*-jurisprudentie (HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462) op basis waarvan de rechter het wetgevingsinitiatief aan de Staten-Generaal moet laten en niet bevelend mag interveniëren. Het Forum voor Democratie, zich uiteraard bewust van deze jurisprudentie, stak de vordering daarom in als een verklaring voor recht, gericht op het kunnen vorderen van een schadevergoeding: de 130.000 euro campagnebudget ze in de referendumcampagne hadden verstookt. Deze processtrategie wordt door de rechtbank opmerkelijk indringend getoetst en vervolgens doorgeprikt. De rechtbank gelooft eenvoudig niet het Baudet c.s. om een schadevergoeding te doen is, maar acht het veel waarschijnlijker dat zij met hun procedure beogen in te grijpen in het wetgevingsproces en zelfs in toekomstige wetgevingsprocessen. Een inhoudelijk oordeel over de rechtsvraag (is art. 11 Wrr geschonden?) is volgens de rechtbank *als zodanig* al een interventie in het wetgevingsproces. De rechtbank gelooft niet zo in de tegenwoordig populaire metafoor van de ‘dialogue’ tussen rechter en wetgever. Want als de rechter immers vaststelt dat artikel 11 Wrr is geschonden, wat zal de politiek daar dan nog aan afdoen? Zo schuiven hier het *Tegelen*-arrest (HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1056) en het *Waterpakt*-arrest in elkaar tot een zuiver institutionele *political question*-doctrine: sommige rechtsvragen beantwoordt de rechter om staatsrechtelijke redenen niet, hoewel de vraag als zodanig juridisch niet zo moeilijk is. In de woorden van de rechtbank:

‘De rechtbank is van oordeel dat de op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen eraan in de weg staat dat zij de vorderingen van Forum voor Democratie inhoudelijk beoordeelt. Voor een dergelijke beoordeling is immers noodzakelijk dat de rechtbank oordeelt over de vraag of het in artikel 11 Wrr vervatte procedurevoorschrift is geschonden doordat niet zo spoedig mogelijk een voorstel van wet is ingediend, welk oordeel haar – gezien het onder 4.2 geschetste toetsingskader – niet toekomt en aan de formele wetgever is voorbehouden.’

Om die reden wordt de vordering afgewezen. Overigens is het de vraag of niet-ontvankelijkheid in dit geval dan geen zuiverder uitkomst zou zijn geweest (vgl. HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693).

Het ineenschuiven van het *Waterpakt*-arrest en het *Tegelen*-arrest tot een Nederlandse *political question*-doctrine, gebeurde ook in de zaken van de gemeente Haren.

Deze gemeente protesteert fel en heftig tegen de door de provincie Groningen bevorderde samenvoeging met de stad Groningen, onder andere bij de rechter. Op 25 mei deed het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uitspraak in hun hoger beroep tegen de afwijzing van hun vordering om de provincie te bevelen Haren met rust te laten (ECLI: NL:GHARL:2017:4366). Ook hun advocaat had zijn best gedaan om tussen de kaken van *Waterpakt* en *Tegelen* door te laveren, en betoogde dat het zijn cliënt alleen om het feitelijk handelen van de provincie te doen was. Bovendien wilden zij de wetgever in het geheel niet voor de voeten lopen, maar juist verzekeren dat de wetgever niet verkeerd zou worden voorgelicht door de provincie Groningen. Maar ook het gerechtshof beantwoordt deze vondst met de ‘dit komt neer op’-redenering.

‘Hetgeen Burgercomité c.s. beogen kan [...] niet worden beschouwd als een, zoals zij dat aanduiden, buitenwettelijke gang van zaken, die los kan worden gezien van de wettelijke herindelingsprocedure. [...] Het hof zal zich in het kader van de hierboven genoemde rechtspraak, welke is geënt op artikel 120 Gw, daarom dienen te onthouden van toewijzing van de gevorderde interventies in het wetgevingsproces, zoals ook de rechtbank heeft overwogen’ (r.o. 5.14).

Dat wil niet zeggen dat, dat er in de afgelopen periode in het constitutioneel procesrecht alleen maar deuren dicht zijn gegaan en alle inventieve advocaten de pas werd afgesneden. Er werden ook nieuwe dingen mogelijk. In de zaak van de moeders van Srebrenica tegen de Staat, zette het Hof Den Haag een door velen gewenste stap met betrekking tot de rechterlijke uitspraakbevoegdheden (Hof Den Haag, 27 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761). In het beruchte *Jeffrey*-arrest (HR 9 oktober 1998, ECLI: NL:HR:1998:ZC2735) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechter niets te zoeken heeft bij geschillen die alleen om een zuiver emotioneel belang worden uitgevochten. De ongetwijfeld therapeutische waarde van een verklaring voor recht is onvoldoende reden voor de rechter om rechtsvragen te beantwoorden. Op die harde lijn maakt het gerechtshof dus nu een uitzondering door te overwegen dat in het geval van Srebrenica de Staat niet schadeplichtig was (omdat Nederland uiteindelijk niemand gedood heeft), maar dat het meewerken aan de logistiek van de massamoord wel een onrechtmatigheid oplevert in het kader waarvan een verklaring voor recht als genoegdoening op zijn plaats is. Daar zullen we de Hoge Raad ongetwijfeld nog over horen.