

# Kroniek van het Nederlands en Europees constitutioneel recht

Geerten Boogaard, Michiel van Emmerik, Jerfi Uzman & Wim Voermans<sup>1</sup>

Het laatste jaar liet bij uitstek zien dat onze staatsrechtelijke instituties en politiek-staatsrechtelijke cultuur meer teweegbrengen dan alleen polderen en opportunistisch meerderheden oprapen. Zij kenmerkten zich door onvermoed veel bestuurskracht. Politiek staatsrechtelijk gezien was het onrustig, onder meer door wisselingen in kabinetsposten en Kamerfracties en door ophef over de zogenaamde 'AMvB route'. Ook de rol van de Eerste Kamer werd weer van verschillende kanten onder de loep genomen. Verder bracht het kabinet een Grondwetswijzigingsvoorstel betreffende de waarborgfunctie in consultatie, was er tumult over het advies dat het Europese Hof uitbracht over de toetreding van de Unie tot het EVRM en sleepte de discussie over de reorganisatie van de hoogste bestuursrechter zich voort.

## 1. Inleiding: Verborgene bestuurskracht

De Tweede Kamer kent, na allerlei afsplitsingen, op het ogenblik zestien fracties op 150 zetels, waarvan veertien fracties minder dan vijftien zetels bezetten. Het kabinet Rutte-II had en heeft na de provinciale staten verkiezingen van maart 2015, geen meerderheid in de Eerste Kamer. Daar zetelen sinds mei 2015 twaalf fracties op 75 zetels waarvan het kabinet er niet meer dan een derde achter zich weet (21 zetels). Buitenlandse collega's worden meestal vervuld door zichtbaar ongeloof als je deze getallen noemt. De versplintering – beter wellicht: vergruizing – van ons politieke landschap neemt inderdaad duizelingwekkende vormen aan. De combinatie van ons niet door kiesdrempels getemperde kiesstelsel met volstrekte evenredige vertegenwoordiging, en de afwezigheid van districten, maakt het relatief eenvoudig voor een beweging, groep of partij een of enkele zetels te kapen bij de verkiezingen. Het gevolg is dat de politieke vernieuwing, die zich de afgelopen vijftien jaar aan het voltrekken is, zich hoofdzakelijk buiten bestaande, grote partijen afspeelt. Dat is nu eenmaal hoe het gaat in Nederland. Ook in het interbellum en de vroege jaren zeventig van de vorige eeuw ging versplintering vooraf aan vernieuwing en hergroepering. Een buitenstaander begrijpt niet hoe het land, met deze 'odds' toch nog bestuurd kan worden. En soms is dat ook inderdaad heel lastig. Aan de andere kant laat misschien juist het afgelopen jaar zien hoe dat Nederlandse mirakel van uiterste politieke verdeeldheid naar daadkrachtig bestuur toch kan

werken. Het is niet alleen polderen en uitruilen, en het is ook meer dan opportunistisch meerderheden oprapen. Het laatste jaar laat bij uitstek zien dat onze staatsrechtelijke instituties, maar vooral ook onze politiek-staatsrechtelijke cultuur zich kenmerken door onvermoed veel onderveense *bestuurskracht*. Hele ingewikkelde hervormingen blijken als de nood aan de man komt ineens doorgezet te kunnen worden (jeugdzorg, zorg, werk en inkomen), er liggen op de terreinen van wonen, zorg en arbeid (om er maar een paar te noemen) akkoorden; een kabinet dat rekenkundig onmogelijk is, blijkt zijn agenda af te kunnen ronden. Natuurlijk zullen de niet te onderschatten diplomatieke vermogens van Rutte en Asscher daaraan hebben bijgedragen, maar het is geenszins de eerste keer dat het gebeurt. Het kabinet De Jong wist met elf fracties in de Tweede Kamer belangrijke hervormingen door te voeren midden in de storm van de jaren zestig, iets dergelijks lukte het kabinet Den Uyl met veertien fracties in de Kamer (met oliecrisis en gijzeldrama's) en het kabinet Lubbers-I met twaalf fracties in de Kamer (met wereldwijde economische crisis). Toegegeven, de meerderheden lagen voor ieder van de voorbeelden gunstiger dan voor Rutte-II, maar bestuurskracht in tijden van politieke diaspora lijkt een Hollandse karakteristiek. Versplintering maakt kennelijk lenig. Dat de prijs der dingen een gouvernementele bestuurscultuur is, die niet uitblinkt in transparantie of openbaarheid en ook een cultuur van institutioneel conservatisme (toetsingsverbod, geen gekozen burgemeester, 'achterkamertjes', geen (bestuursrechte-

lijk) beroep tegen algemeen verbindende voorschriften, internetconsultatie met lange tanden,<sup>2</sup> en elf grondwetsherzieningsvoorstellen die heel lang hebben moeten 'rijpen'), verbaast dan misschien minder.

## 2. Staatsrecht en politiek

Op belangrijke kabinetsposten vonden in de kroniekperiode wisselingen plaats. In oktober 2014 werd minister Timmermans Eurocommissaris en volgde Koenders hem op als Minister van Buitenlandse Zaken. Onvrijwillig was het vertrek van het VVD-duo op Veiligheid en Justitie: minister Opstelten en staatssecretaris Teeven. Aanleiding voor hun vertrek was een *deal* die – destijds – officier van justitie Teeven had gesloten met drugshandelaar Cees H. Omdat minister Opstelten de Tweede Kamer eerder had verteld dat die schikking ongeveer f 2 miljoen betrof maar dat er geen stukken meer van bestonden, ontstond een groot politiek probleem toen Nieuwsuur wel bonnetjes boven water kreeg en daaruit ook nog eens bleek dat de *deal* veel groter was. Minister Opstelten besloot daarop te vertrekken. Volgens staatsrechtelijke gewoonte biedt de staatssecretaris dan zijn portefeuille aan, vaak in de hoop weer te worden aangenomen door de nieuwe minister. Staatssecretaris Teeven meende evenwel dat hij niet meer geloofwaardig kon functioneren, en verzocht de Koning ook hem ontslag te verlenen. Ze werden opgevolgd door Van der Steur en Dijkhoff, die daarvoor de Kamerfractie van de VVD verlieten. Bij het benoemen van hun opvolgers hanteert de Kiesraad de laatste verkiezingsuitslag en de volgorde in de lijsten waarmee de partijen aan die verkiezingen hebben deelgenomen. Omdat Teeven in 2012 de voorkeursdrempel had gehaald, kreeg hij de Kamerzetel aangeboden die vrijkwam door zijn eigen opvolging. Teeven accepteerde zijn benoeming en beheert sindsdien voor de VVD de portefeuilles Buitenlandse Handel en Defensiepersoneel. Naar de *deal* zelf wordt inmiddels onderzoek gedaan door een commissie onder leiding van de ex-ombudsman Oosting.

Niet alleen door het vertrek van minister Opstelten en staatssecretaris Teeven was het onrustig in de Kamerfracties van de coalitie. Bij de VVD stapten ook de Kamerleden Leegte (betaalde nevenfunctie bij een gesubsidieerd bedrijf) en Verheijen (eerder declaratiegedrag) op. In de plaats van de laatste benoemde de Kiesraad – op grond van de oorspronkelijke lijstvolgorde – Houwers, die al eerder was opgestapt wegens een verdenking van hypotheekfraude. Hoewel Houwers zelf meende dat hij na betalen van de boete weer als VVD-Kamerlid zou kunnen functioneren, liet de VVD-fractie hem niet meer toe in haar fractiekamer. Daarop besloot Houwers als zelfstandig Kamerlid door te gaan en verloor de VVD-fractie één zetel. Dat was de PvdA-fractie al eerder overkomen. Interne tegenstellingen over de integratiekoers van minister Asscher leidde in november 2014 tot het vertrek van de Kamerleden Kuzu en Öztürk. Zij begonnen vanuit hun afgesplitste fractie samen de politieke partij DENK. Met deze verwickelingen bereikte het aantal fracties in de Tweede Kamer een nieuw record: zestien

in totaal. Twee staatsrechtelijke discussies profiteren daar doorgaans in het bijzonder van: de verontwaardiging over zetelroof en de wenselijkheid van kiesdrempels. Naar het tegengaan van zetelroof (waarvoor een wijziging van artikel 67 lid 3 Gw nodig is) doet minister Plasterk inmiddels onderzoek. Het tweede idee, dat deels zonder grondwetswijziging kan, werd weer afgestoft door minister Schippers.

De drie Kamerleden die voor zichzelf zijn begonnen, hebben de meerderheid van de coalitie in de Tweede Kamer wel verkleind tot de kleinst mogelijke, maar de 'vruchtbare samenwerking' met de regering uiteindelijk niet in gevaar gebracht. Die luxe heeft het kabinet Rutte-II, zoals bekend, in de senaat niet. Daar telt een tegenstem in eigen gelederen veel zwaarder. Toen de PvdA-senatoren Duivesteyn, Ter Horst en Linthorst tegen het wetsvoorstel Verbod verticale integratie stemden omdat ze daarin een onacceptabele beperking van de vrije artskeuze zagen,

## Bestuurskracht in tijden van politieke diaspora lijkt een Hollandse karakteristiek

ontketenden zij een zorgcrisis die het kabinet aan de rand van de afgrond bracht. De crisis bevatte alle ingrediënten van het betere constitutionele drama. Er waren futiele details (fractievoorzitter Barth (PvdA) was juist die dag haar telefoon vergeten en miste zo de tip van Rutte om een derde termijn aan te vragen), er was persoonlijk prestige (de wet was het sluitstuk van het plan van minister Schippers om de zorg betaalbaar te houden) en er was metaalmoetheid (de VVD vond dat ze al vaak hadden ingeleverd, terwijl de bezwaren van de senatoren in de achterban van de PvdA herkend werden). Maar er was vooral veel staatsrecht. VVD en PvdA bleken nog met elkaar door te willen en besloten dat het voorstel van minister Schippers in de herkansing zou gaan. Als extra gebaar beloofde de fractie van de PvdA in de Tweede Kamer eventueel te zullen accepteren dat het kabinet zoveel mogelijk van de oorspronkelijke plannen via een AMvB zou realiseren. Hoewel het even leek alsof daarvoor zelfs de zeldzame figuur van de 'zelfstandige AMvB' uit de kast zou worden gehaald (een AMvB rechtstreeks gebaseerd op artikel 89 lid 1 Gw), betrof de terugvaloptie 'alleen' het uitbundig gebruik van de bestaande delegatiegrondslagen in de Zorgverzekeringswet. Deze AMvB-route, waarbij de Eerste Kamer feitelijk buiten spel komt te staan, werd desondanks fel bekritiseerd door de oppositie in de Tweede Kamer en links en rechts veroordeeld op staatsrechtelijke gronden.

Ook de voorzitter van de Eerste Kamer keerde zich tegen de voorgenomen constructie. De Eerste Kamer is

### 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 is afgesloten op 31 augustus 2015, waarbij nog een enkele latere ontwikkeling kon worden mee-

### genomen. De ruimte ontbreekt helaas om

te verwijzen naar alle in het verslagjaar verschenen interessante constitutionele publicaties.

### Noten

2. Zie W. Voermans, 'Een hordenrace van formaat' SC 14 juli 2015.

namelijk bepaald niet gediend van de AMvB-route. Eveneens op 16 december 2014 accepteerden de senatoren het Wetsvoorstel verantwoorde groei melkveehouderij, maar namen ze tevens een motie aan om de 'grondgebondenheid', een belangrijk element in het voorstel, niet bij AMvB maar in de wet zelf te regelen.<sup>3</sup> Na de jaarwisseling stuitten de senatoren op – toen nog – staatssecretaris Teeven. In reactie op de motie bij de begroting om de gefinancierde rechtsbijstand met rust te laten en voor € 85 miljoen alternatieve financiering te zoeken<sup>4</sup> antwoordde de staatssecretaris 'geen andere keus' te hebben dan in ieder geval de voor 2015 ingeboekte bezuinigingen via een AMvB door te

### De redactie van de bepaling heeft in ieder geval nadere doordienking: de Grondwet is zelf subject van de norm. Dat kan niet.

zetten. Wel was hij bereid de bezuinigingen voor de daarop volgende jaren op te schorten in afwachting van de resultaten van nieuw onderzoek naar de effecten. Toen de AMvB in het Staatsblad verscheen,<sup>5</sup> stuurde de Eerste Kamer een aantal scherpe brieven over deze gang van zaken. Uiteindelijk besloten de senatoren om hun ergenis over het gedeeltelijk niet-uitvoeren van de motie te parkeren tot de bespreking van de onderzoeksresultaten.<sup>6</sup> Hoe heet de soep van de vrije artsenkeuze uiteindelijk zal worden opgediend, is op dit moment nog niet te zeggen. De voornemens van minister Schippers zitten versleuteld in een omvangrijk pakket met de onschuldige aanduiding 'Kwaliteit Loont' waarover (nog) lang niet zoveel te doen is als in de dagen vlak voor Kerst 2014.

Feit is in ieder geval dat de drie dissidente PvdA-senatoren de soep niet meer hoeven op te lepelen. Op 26 mei 2015 kozen de nieuwe leden van Provinciale Staten een nieuwe Eerste Kamer, waarin geen van de drie terugkeerden. Anders dan vier jaar geleden waren er geen ingewikkelde stemafspraken gemaakt en stemde iedereen met de juiste kleur potlood. Alleen de PVV, vaak verdacht van kadeverdiscipline, stemde verrassend. Veel statenleden van die partij kozen voor een regionale kandidaat en stemden zo de senatoren Van Hattem en Kops met voorkeursstemmen en doorbreking van de lijstvolgorde op het groene pluche. Senator Broekers-Knol (VVD) stelde zich vervolgens weer kandidaat voor het voorzitterschap, en werd op 23 juni 2015 zonder tegenkandidaat of blanco stem herkozen als voorzitter. Een week later werden senator Flierman (CDA) en senator Backer (D66) eerste en tweede ondervoorzitter.

Omdat het verlies van negen zetels in de met de coalitie verwante fracties (drie VVD en zes PvdA) groter was dan de zeven zetels winst in de zogenaamde constructieve oppositie (vijf D66, één ChristenUnie en één SGP) is het kabinet weer terug bij waar het in 2012 begon: als een minderheidskabinet in de Eerste Kamer. Maar anders dan twee jaar geleden staat het land er beter voor, heeft het meren-

deel van het wetgevingsprogramma van het kabinet-Rutte II het Staatsblad reeds bereikt en blijkt het CDA uiteindelijk net zo constructief als de rest van de oppositie.<sup>7</sup> Minister-president Rutte kan de behandeling van zijn begroting dus een stuk een geruster tegemoet zien dan in 2012.

Ondertussen heeft het staatsrechtelijke denken over de rol van de Eerste Kamer in de afgelopen kroniekperiode niet stilgestaan. Van de zijde van de regering verscheen eind september 2014 de door Kamerlid Pechtold (D66) gevraagde Notitie vormgeving tweekamerstelsels.<sup>8</sup> De voorjaarsbijeenkomst van de Staatsrechtkring en het Studentenparlement waren aan het onderwerp gewijd, terwijl het Montesquieu Instituut een bundeltje met de titel *Het 'probleem' Eerste Kamer* liet verschijnen.<sup>9</sup> Broeksteeg concludeerde dat een Eerste Kamer die sterk lijkt op de Tweede Kamer geen staatsrechtelijke omissie is, maar vaker voorkomt.<sup>10</sup> In het *NJB* deed Roorda desalniettemin een uitgewerkt voorstel om zowel de Eerste als de Tweede Kamer rechtstreeks te laten kiezen, maar beide Kamers dan vervolgens wel een onderscheiden functie te geven: de Eerste Kamer doet de wetgeving, de Tweede handelt de overige parlementaire taken.<sup>11</sup> Zijn voorstel ontlokte Degenkamp het idee om de Eerste Kamer niet meer te kiezen, maar via loting samen te stellen.<sup>12</sup> Mocht het idee voor de Staatscommissie Parlementair Stelsel ooit verder komen dan het College van Senioren van de Eerste Kamer, waar het al heel lang besproken wordt, dan is in ieder geval het nodige voorwerk reeds verricht.

### 3. Grondwet en wetgeving

De viering van 200 jaar Grondwet beslaat in totaal meer dan twee jaar. Je zou denken dat Nederlanders hun Grondwet koesteren, maar wie het programma 200 jaar Koninkrijk goed bekijkt, ziet toch dat we vooral de verjaardag van het Koninkrijk der Nederlanden vieren. Na een heel geslaagd grondwetsfestival op 29 maart vorig jaar was er in dit verslagjaar op 4 december in de Eerste Kamer een themadag over constitutionele vernieuwing, getiteld 'De rechtsstaat van de toekomst', georganiseerd door Tilburg University en het vfonds. Tijdens de bijeenkomst werden via zogenaamde *pitches* lansen gebroken voor rechtsstatelijke vernieuwing (Rechten van vluchtelingen – Hirsch Ballin, Preamble – Leenknegt, mediageniciteit van de Grondwet – Kustaw Bessems, Constitutioneel aanpassingsvermogen aan nieuwe technieken – Prins, Rechtsstatelijke innovatie en peer review – Meuwese, Burgerschapsverlof voor politieke functies – Bovens en vele anderen). Op 3 november 2015 wordt in Brussel de slotakt van het grondwettelijke bicentenaire gevierd. Daar wordt dan, georganiseerd door het Montesquieu Instituut, de 200-jarige Grondwet 1815 gevierd in een Belgisch-Nederlands gezelschap.

De regering is voornemens om een algemene bepaling – op te nemen in de Grondwet vóór artikel 1<sup>13</sup> – voor te leggen aan het parlement in eerste lezing.<sup>14</sup> De tekst ervan luidt: 'De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten'.<sup>15</sup> Het voorstel is een uitvloeisel van de adviezen van de Commissie Grondwet, de kabinetsreactie daarop en de Eerste Kamer moties Engels en Lokin-Sassen.<sup>16</sup> Het voorstel, dat tussen augustus en oktober 2014 in internetconsultatie werd gebracht, bedoelt volgens de memorie toelichting de waarborgfunctie van de Grondwet te versterken – de kernelementen van ons demo-

cratisch rechtsstatelijke constitutionele bestel worden zo grondwettelijk verankerd. Veel andere grondwetten in de wereld kennen dergelijke algemene bepalingen, vaak ook vervat in preambules. Naast juridische borging hebben dergelijke bepalingen een stichtende en appellerende functie. Van verschillende kanten is er aandacht gevraagd voor de meerwaarde van de door de regering voorgestelde bepaling. Daarover kan natuurlijk altijd worden getwist. De redactie van de bepaling behoeft in ieder geval nadere doordenking: de Grondwet is zelf subject van de norm. Dat kan niet: het subject van de voorgestelde bepaling, is niet een echt subject doch een ding.<sup>17</sup> Met Konijnenbelt zijn wij het eens dat iemand moet worden aangewezen op wie de taak rust, dit een en ander waar te maken, bijvoorbeeld de overheid.

Eind 2014 stuurde minister Plasterk van BZK een notitie naar de Tweede Kamer met een overzicht van voorstellen tot herziening van de Grondwet. Blijkens deze notitie zijn er op het moment<sup>18</sup> elf wijzigingen van de Grondwet in behandeling, waarvan acht op initiatief van de Tweede Kamer en drie ingediend door de regering.<sup>19</sup> In de notitie wordt nog eens benadrukt dat de Grondwet primair een juridisch-staatsrechtelijke en staatkundige basisregeling is met als belangrijke functie een stabiliserende werking in de politieke praktijk. In dit verband dient de Grondwet te laven tussen stabiliteit en veranderlijkheid. Hierbij geldt een verzwaarde herzieningsprocedure, teneinde de Grondwet te behoeden voor de spreekwoordelijke 'waan van de dag'. De minister herhaalt het vaste kabinetsstandpunt dat om die reden behoedzaam moet worden omgegaan met voornemens tot wijziging van de Grondwet en dat hier slechts toe moet worden overgegaan in geval van maatschappelijke noodzaak en constitutionele rijpheid. Voorstellen tot wijziging van de Grondwet moeten op een breed draagvlak kunnen rekenen en extra goed worden doordacht. Onder de genoemde voorstellen bevindt zich een aantal onder een flinke laag stof, de behandeling ligt soms al jaren stil. Als belangrijkste verklaring hiervoor noemt de Minister van BZK de mate waarin politiek draagvlak voor een bepaald voorstel juist ook op langere termijn aanwezig is of wordt ingeschat te zijn. Ook kan de juiste inschatting van de constitutionele rijpheid en maatschap-

pelijke noodzaak wel eens onvoldoende worden gemaakt, zo lijkt de minister te suggereren, ook met zijn verwijzing dat er door toetsing aan deze criteria relatief weinig regeringsvoorstellen aanwezig zijn. Aan het slot van de notitie herhaalt minister Plasterk het kabinetsstandpunt dat het in het kader van een procedure tot wijziging van de Grondwet niet ongrondwettig is als de behandeling van de tweede lezing wordt afgerond door een 'latere' Tweede Kamer. Daarbij tekent hij wel aan dat het de voorkeur geniet om de behandeling van deze tweede lezing te laten afronden door de Tweede Kamer die gekozen is direct na de afronding van de tweede lezing. Dit laatste mogelijk als vingerwijzing naar de gang van zaken rond het bekende initiatiefwetsvoorstel-Halsema tot gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod, dat nu na vele jaren aanhangig te zijn geweest in tweede lezing haar definitieve Waterloo in de Tweede Kamer dreigt te vinden. Het is nog steeds stil rond een initiatiefvoorstel tot wijziging van de Grondwet van het VVD Tweede Kamerlid Taverne, dat er juist toe strekt de rechter in zijn toetsingsmogelijkheden van wetten in formele zin aan internationaal recht te beperken en dat al enige tijd in eerste lezing bij de Tweede Kamer ligt na een zeer kritisch onthaal door de Raad van State.<sup>20</sup> Dit voorstel moet niet worden verward met een ander initiatiefvoorstel van Taverne, niet tot wijziging van de Grondwet maar tot wijziging van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Dit voorstel beoogt – kort gezegd – het parlement een sterkere positie te geven bij de goedkeuring van verdragen met een ieder verbindende bepalingen. Ook hier adviseerde de Raad van State kritisch en plaatste hij in het bijzonder vraagtekens bij de onderbouwing van de meerwaarde van een wettelijke eis van uitdrukkelijke goedkeuring van alle verdragen die een ieder verbindende verdragsbepalingen kunnen bevatten.<sup>21</sup> Als het gaat om de betrokkenheid van het parlement bij de totstandkoming van verdragen, was er ook na lange tijd enig leven rond het initiatiefvoorstel Van der Staaij tot de invoering van de eis van een twee-derde meerderheid bij de goedkeuring van Europese verdragen.<sup>22</sup> In een nota naar aanleiding van het nader verslag ging de initiatiefnemer in op diverse – vaak kritische – vragen van de zijn collega's, in het bijzonder over het lange stilliggen

3. Kamerstukken I 2014/15, 33979, G. De AMvB is inmiddels vastgesteld, naar de indiening van een gelijkkluidend wetsvoorstel op 1 september 2015 werd door staatssecretaris Dijkstra gestreefd.

4. Kamerstukken I 2014/15, 34000 VI, M.

5. Besluit van 29 januari 2015, houdende wijziging van het Besluit eigen bijdrage rechtsbijstand, het Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000 en het Besluit toevoe-ging mediation in verband met het treffen van enige maatregelen inzake de gesubsidi-eerde rechtsbijstand, *Stb.* 2015, 35.

6. Kamerstukken I 2014/15, 34000 VI, T en Z.

7. Zoals blijkt uit de *midterm review* van het Montesquieu Instituut: G. Voerman (red.), *Halverwege? Tussenbalans kabinet Rutte II*, Den Haag: Montesquieu Instituut 2014.

8. Kamerstukken II 2014/15, 3400 VII, nr.

4. Zie nader B. Drexhage, 'De Eerste Kamer en het politieke primaat van de Tweede Kamer', *NJB* 2014/1769, afl. 34, p. 2346

9. Zie voor meer informatie [www.staatsrechtkring.nl](http://www.staatsrechtkring.nl) en [www.montesquieu-instituut.nl/](http://www.montesquieu-instituut.nl/).

10. H. Broeksteeg, 'Het bestaansrecht van de Eerste Kamer', *AA* 2014/912.

11. C. Roorda, 'Eerste en Tweede Kamer. Een ander kiesstelsel en een andere taakverdeling', *NJB* 2015/406, afl. 8, p. 503-508. Witteveen deed ooit een vergelijkbaar voorstel om de Staten-Generaal te verdelen in een Wetgevingskamer en een Beleidskamer, zie daarvoor (o.a.) *TvCR* 2011/3.

12. J.Th. Degenkamp, 'Eerste en Tweede Kamer revisited?', *NJB* 2015/684, afl. 14, p. 888. Naschrift van Roorda: *NJB* 2015/685

afl. 14, p. 888.

13. Hetgeen gaat betekenen dat er waarschijnlijk een artikel 1a en een artikel 1b gaat komen. Een ongenummerd artikel is onhandig en artikel 0 klinkt ook maar raar.

14. Kamerstukken I 2013/14, 31570, K, en Kamerstukken II 2013/14, 31570, 24.

15. Conceptvoorstel *Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling* van augustus 2014.

16. *Handelingen I* 10 september 2013, EK 36.

17. Zie de inbreng van Willem Konijnenbelt van 30 augustus 2014 op de internetcon-sultatie.

18. Zie [www.de.nederlandsegrondwet.nl](http://www.de.nederlandsegrondwet.nl) voor een actueel en handzaam overzicht.

19. Kamerstukken II 2014/15, 31570, 25.

20. Kamerstukken II 2013/14, 33359 (R1986), 4-6.

21. Kamerstukken II 2014/15, 34158 (R 2048), 4. Zie nader T. Barkhuysen, 'Parlement moet minder (stil)zwijgen bij sluiting, wijziging en opzegging van verdragen', *NJB* 2015/453, afl. 9, p. 551 en C.B. Modderman, 'De Staten-Generaal en de totstandkoming van verdragen', *TvCR* 2015, p. 34-60.

22. Het gaat om verdragen tot wijziging van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrondvest, alsmede om verdragen betreffende de toetreding van nieuwe lid-staten tot de Europese Unie, zie Kamerstuk-ken I 2015/16, 30874 (R1818), A.

# Het kabinet is van oordeel dat er in een weerbare democratie geen ruimte is voor groeperingen die de democratische rechtsorde misbruiken om deze rechtsorde omver te werpen en af te schaffen

van het voorstel en de bij nota van wijziging geïntroduceerde uitzondering op de tweederdemeerderheidseis, namelijk in geval bevoegdheden van de Europese Unie worden 'terug gegeven' aan de lidstaten.<sup>23</sup> Deze kritische vragen verhinderden niet dat de Tweede Kamer het voorstel in eerste lezing aannam.

Ten aanzien van het in de vorige kroniek beschreven voorstel tot de opneming in de Grondwet van het recht op toegang tot de rechter is de internetconsultatie gesloten en naar verluidt ligt het op het moment van de afsluiting van deze kroniek ter advisering voor bij de Raad van State. In het voorstel wordt het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter als subjectief (grond)recht toegevoegd aan Hoofdstuk 1 van de Grondwet.<sup>24</sup> In eerder genoemde notitie met het overzicht van de diverse grondwetsvoorstellen schrijft de Minister van BZK dat 'het voorstel beoogt een lacune in de waarborg van rechtsbescherming van individuele burgers en rechtspersonen op grondwettelijk niveau te dichten'. Daarbij wijst hij ook terecht op de schakelfunctie die het recht op een eerlijk proces heeft in de bescherming van andere (grond)rechten. Voor eerste lezing is in de Tweede Kamer aanhangig het voorstel tot wijziging van artikel 13 Gw. Op grond hiervan worden alle vormen van communicatie (onafhankelijk van de techniek, dus ook als het bijvoorbeeld gaat om e-mail of sociale media) grondwettelijk beschermd onder het algemene begrip 'telecommunicatiegeheim'. Wel blijven er uitzonderingen mogelijk in verband met het werk van inlichtingendiensten, zij het dat dan altijd toestemming nodig is van de bevoegde autoriteit, dit is niet noodzakelijkerwijs een rechterlijke instantie. In de nota naar aanleiding van het verslag pareert de regering kritische vragen over het ontbreken van de eis van een voorafgaande rechterlijke toetsing indien de nationale veiligheid in het geding is door er onder meer op te wijzen dat deze eis niet uit de Straatsburgse jurisprudentie voortvloeit.<sup>25</sup> Een zelfde kritisch geluid valt terecht te horen bij het recente voorstel tot wijziging van de Wet op de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten waarbij de bevoegdheden van de AIVD en MIVD worden uitgebreid (toegang tot communicatie via glasvezelkabels), terwijl de controle hierop bij de bevoegde minister wordt gelegd en niet bij de onafhankelijke rechter.<sup>26</sup>

Inmiddels wachten twee voorstellen tot grondwetswijziging op een tweede lezing. Zo verscheen in het *Staatsblad* het initiatiefwetsvoorstel van het Kamerlid Schouw inzake de deconstitutionalisering van de benoeming van de Commissaris van de Koning en de burgemeester.<sup>27</sup> Ditzelfde geldt voor het initiatiefvoorstel van de leden Fokke, Voortman en Schouw inzake het correctief referendum.<sup>28</sup> Vooruitlopend daarop zijn wij sinds afgelopen zomer een (landelijk) raadgevend referendum rijker met de inwerkingtreding van een initiatiefwetsvoorstel

van diezelfde leden.<sup>29</sup> Daarbij is op aandringen van de Eerste Kamer via een wijzigingsvoorstel van genoemde leden een opkomstdrempel opgenomen, die inhoudt dat voor een geldige uitslag ten minste 30% van de kiesgerechtigden een stem moet hebben uitgebracht. Dit geldt ook voor de bepaling dat het raadgevend referendum vervalt, zodra het genoemde voorstel inzake een correctief referendum in werking is getreden.<sup>30</sup> Op het moment van afsluiting van deze kroniek ziet het er naar uit dat er voldoende geldige handtekeningen (minimaal 300 000) binnen zijn voor het houden van een raadgevend referendum over het wetsvoorstel tot goedkeuring van het associatieverdrag van de Europese Unie met Oekraïne. Naar verwachting wordt het referendum gehouden in het voorjaar van 2016.

Tot slot ligt het wetsvoorstel inzake de constitutionele basis voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba (de BES-eilanden) en het regelen van de betrokkenheid van hun algemeen vertegenwoordigende organen bij de verkiezing van de leden van de Eerste Kamer in diezelfde Eerste Kamer. We komen daarop terug bij de bespreking van het Koninkrijksrecht.

### Openbaarheid van bestuur

Al enige tijd in de Tweede Kamer aanhangig is een initiatiefwetsvoorstel van Voortman (GL) en Schouw (D66) – veel te kort gezegd – tot verruiming van het openbaarheidsregime op grond van de WOB.<sup>31</sup> Dit dreigde te worden 'ingehaald' door het regeringsvoorstel ter voorkoming van misbruik van de Wet openbaarheid van bestuur (met onder meer de schrapping van de dwangsommogelijkheid bij het niet tijdig beslissen op WOB-verzoeken). Op verzoek van minister Plasterk heeft de Tweede Kamer uit hoffelijkheid voor de initiatiefnemer besloten eerst dat voorstel te behandelen. Verder is in werking getreden de wet hergebruik overheidsinformatie. Op grond van deze wet moeten archieven, musea en universiteitsbibliotheken meewerken aan het hergebruik van overheidsinformatie, die op verzoek tegen kostprijs beschikbaar moet worden gesteld.<sup>32</sup>

### Weerbare democratie

Dit voorjaar zag een kabinetsnotitie over antidemocratische groeperingen het licht.<sup>33</sup> Het kabinet is van oordeel dat er in een weerbare democratie geen ruimte is voor groeperingen die de democratische rechtsorde misbruiken om deze rechtsorde omver te werpen en af te schaffen. Het bestaande wettelijk instrumentarium (onder meer het verenigingsverbod van artikel 2:20 BW) is toereikend om dergelijke groeperingen aan te pakken. Bij de inzet van deze juridische middelen 'is het essentieel dat deze plaatsvindt binnen de geldende grondwettelijke en verdragsrechtelijke randvoorwaarden. Democratie, rechtsstaat en grondrechten vergen dat zij functioneren en worden beschermd en verdedigd met middelen die de democratie, rechtsstaat en grondrechten respecteren', aldus het kabinet.<sup>34</sup>

#### 4. Openbaar bestuur en decentralisatie

Een belangrijk moment in het kroniekjaar was de effectivering van de drie grote decentralisaties: in de jeugdzorg, ten aanzien van werk en inkomen en bij de zorg voor langdurig zieken en ouderen. In deze drie domeinen werden de gemeenten per 1 januari 2015 verantwoordelijk. Van een algemene chaos, waarvoor door sommigen wel werd gevreesd, is (nog) niets gebleken. Politiek gezien was er veel meer te doen over de Sociale Verzekeringsbank en de problemen bij het niet meer directe uitbetalen van de PGB's. Over de uitwerking van de decentralisatie in de jeugdzorg bestaan bij het VN-Kinderrechtencomité en bij de nationale Kinderombudsman<sup>35</sup> echter wel de nodige zorgen. Staatsrechtelijk is daarbij met name de naleving van het Kinderrechtenverdrag van belang, maar ook de vraag in hoeverre de politieke verantwoordelijkheid voor de jeugdzorg daadwerkelijk op de collegetafels belandt. De Kinderombudsman heeft gelijk als hij stelt dat het Rijk in het perspectief van de internationale mensenrechten altijd minstens medeverantwoordelijk zal blijven. Toch sluit dat een eerste politieke verantwoordelijkheid voor het lokale bestuur niet uit. Alleen in dat geval zal sprake kunnen zijn van een echte decentralisatie.

In het decentralisatierecht werd ondertussen vooral georeerd. Op 9 januari 2015 aanvaardde professor Cohen de Thorbecke-leerstoel aan de Universiteit Leiden met een oratie over 'de vierde D'. Cohen kondigde aan zijn leeropdracht te gaan invullen met onderzoek naar lokale democratie en burgerparticipatie. Bijna een maand later, op 3 februari 2015, oereerde Engels in Groningen bij de aanvaarding van de Oppenheimleerstoel. Hij sprak over de positie van individuele wethouders in het collegiale dagelijkse bestuur van een gemeente. Professor Engels meende dat wethouders feitelijk al lang zelfstandig functioneren en dat dit inmiddels een formele zelfstandigheid rechtvaardigt. Daarvoor zou in de Gemeentewet ruimte moeten worden gemaakt voor delegatie van bestuursbevoegdheden aan individuele collegeleden en moet de collectieve politieke verantwoordelijkheid uit artikel 169 lid 1 Gemw worden gebroken. Een ruime maand later, op 20 maart 2015, oereerde in Utrecht professor Nehmelman ter gelegenheid van zijn aanvaarding van de leerstoel Publiek Organisatierecht. De voorstellen uit Nehmelmans oratie ('De Staat achter de dijken') gingen bepaald verder dan die uit de oratie van Engels. Gemeenten mogen van Nehmelman doorgroeien tot politiek volwassen regiobesturen met voldoende bestuurskracht voor het gedecentraliseerde takenpakket, waarna het aantal provincies kan worden

beperkt tot zeven, waar het in 1579 allemaal mee begon. De waterschappen moeten echter juist worden versterkt tot stevige watergewesten met doorzettingsmacht jegens zowel de provincie als de gemeenten. Om dit allemaal mogelijk te maken, riep de nieuwe hoogleraar het voorstel van de Raad van het Openbaar Bestuur in herinnering om een 'Assemblee van Thorbecke' op te tuigen waarmee bestaande patstellingen in het openbaar bestuur mogelijk zouden kunnen worden doorbroken.

#### 5. Koninkrijksrecht

Vorig jaar berichtten we over stormachtige verhoudingen in het Koninkrijk. Die storm lijkt, althans tijdelijk, wat te zijn gaan liggen. Steen des aanstoots was vooral de weigering van de gouverneur van Aruba, op last van de rijksregering, om de begroting te tekenen en de daarop volgende hongerstaking van premier Eman. Inmiddels zijn de begrotingen van 2014 en 2015 getekend en opgeborgen.<sup>36</sup> Nederland en Aruba hebben afgesproken dat een nieuw onafhankelijk orgaan, het College Aruba Financieel Toezicht, voortaan het toezicht op de begroting organiseert.<sup>37</sup> Ook op Sint Maarten is de inzet de inrichting van een nieuw onafhankelijk instituut. Vorig jaar besloot het rijk de integriteit van het openbaar bestuur op het eiland te laten onderzoeken. Dat onderzoek, uitgevoerd onder begeleiding van een commissie geleid door oud-ombudsman Oosting, is inmiddels afgerond.<sup>38</sup> De rijksministerraad ziet in het rapport het bewijs dat integriteit op Sint Maarten een ernstig probleem is en dat het zelfreinigend vermogen op het kleine eiland tekortschiet. Inmiddels is besloten tot oprichting van een integriteitscommissie. Daartoe is een algemene maatregel van rijksbestuur in voorbereiding.<sup>39</sup>

Tot slot lijkt de kwestie van het kiesrecht voor de BES-eilanden in een stroomversnelling te raken. Vorig jaar berichtten we nog dat de door het kabinet voorgestelde grondwetswijziging, die de eilandsraden kiesgerechtigd moet maken voor de Eerste Kamer, spaak liep. Het probleem was inmiddels dat ook buitenlandse inwoners van de BES-eilanden mochten stemmen bij de eilandsraadsverkiezingen. Dat zou ertoe leiden dat niet-Nederlanders invloed krijgen op de samenstelling van die Eerste Kamer. Aanvankelijk wilde het kabinet dat kiesrecht voor buitenlandse inwoners dan maar weer intrekken, maar dat stuitte op kritiek van, onder meer, de Raad van State en de Eerste Kamer. Het lijkt er op dat er nu een novelle gaat komen, waarin wordt voorgesteld het kiesrecht voor de Eerste Kamer op de BES-eilanden toe te kennen aan een apart kiescollege dat alleen gekozen wordt door Nederlanders.<sup>40</sup>

23. Kamerstukken II 2014/15, 30874 (R1818), 17.

24. Om precies te zijn aan art. 17: 'Ieder heeft recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.'

25. Kamerstukken II 2014/15, 33989, 6, p. 12. Naar aanleiding van diezelfde jurisprudentie, namelijk EHRM 22 november 2013, (*Telegraaf vs. Nederland*), wordt de eis van voorafgaand rechterlijk verlov wel wettelijk geregeld als het gaat om journalisten. Zie in

dit verband ook nader T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechten beperkend overheidsoptreden*, Raad voor de rechtspraak, Den Haag, 2014.

26. Zie bijv. kritisch advies College voor de rechten van de mens d.d. 1 september 2015.

27. *Stb.* 2015, 277. Vooral CDA en VVD stelden kritische vragen over de vervolgens te volgen procedure.

28. *Stb.* 2015, 355.

29. *Stb.* 2015, 122.

30. *Stb.* 2015, 123.

31. Kamerstukken II, 33328 (Wet open overheid).

32. *Stb.* 2015, 271.

33. Kamerstukken II 2014/15, 29279, 226.

34. Zie nader over deze notitie en het debat hierover in de Tweede Kamer, P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Democratie en antidemocratische groeperingen', *TvCR* 2015, nr. 4.

35. Zie zijn rapport, *De zorg waar ze recht op hebben. Onderzoek naar de toegang tot en de kwaliteit van de jeugdhulp na decentralisatie*, van 17 april 2015

(KOM008/2015).

36. Kamerstukken II 2014/15, 34000, IV, 16.

37. Kamerstukken II 2014/15, 34000, IV, 39 (bijlage).

38. Kamerstukken II 2014/15, 34000 IV, 8.

39. Kamerstukken II 2014/15, 34000 IV, 33.

40. Kamerstukken II 2013/14, 33131, 15 en 17. Zie voor de daarmee samenhangende wijziging van de Kieswet en de wet openbare lichamen BES, Kamerstukken II, 33900.

Het kabinet startte in april met de internetconsultatie.<sup>41</sup>

## 6. Rechtspraak

### *Nederlandse constitutionele rechtspraak*

De Nederlandse rechter deed de afgelopen periode enkele opvallende uitspraken op het terrein van de verhouding tussen rechter en wetgever.<sup>42</sup> De belangrijkste daarvan lijkt wel het arrest van de Hoge Raad over de vrijstelling van het rookverbod voor kleine cafés.<sup>43</sup> Het arrest is van belang voor de manier waarop de in artikel 93 Gw neergelegde 'een ieder verbindendheid' van verdragsrecht wordt vastgesteld. Daarvoor is, sinds 1986 onder meer van belang of het verdragsrecht de Nederlandse wetgever tot het uitvaardigen van wetgeving verplicht, of dat het zonder meer als objectief recht kan functioneren.<sup>44</sup> In de praktijk was de afgelopen jaren vooral het tweede deel van de vraag relevant. De Hoge Raad lijkt het eerste deel nu helemaal te laten vallen. Daarbij 'belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft'.<sup>45</sup> Waar de afgelopen jaren bovendien werd aangenomen dat verdragsbepalingen een ieder verbindend waren of niet – lijkt de Hoge Raad nu voor een contextuele benadering te kiezen: die rechtstreekse werking hangt af van de vraag of de verdragsbepaling *in de context waarin zij wordt ingeroepen* als objectief recht kan functioneren.<sup>46</sup> Tot slot had het arrest nog een staartje: nu de civiele rechter de vrijstelling voor kleine cafés onverbindend had verklaard, meende de Staatssecretaris van Volksgezondheid dat er onmiddellijk weer gehandhaafd moest worden. Vanuit de staatsrechtelijke hoek werd echter betoogd dat die handhaving, gelet op het legaliteitsbeginsel, achterwege moest blijven zolang de wettelijke uitzondering niet was ingetrokken.<sup>47</sup> De bestuursrechter lijkt die opvatting intussen te delen.<sup>48</sup>

De doorwerking van het Europese recht stond voorts centraal in een arrest van de Hoge Raad over de opbouw van vakantiedagen tijdens ziekte.<sup>49</sup> Dat arrest is relevant voor de vraag of de staat bij niet-tijdige implementatie van een EU-richtlijn aansprakelijk is op basis van artikel 6:162 BW, dan wel rechtstreeks op basis van het Unierecht. Dat detail is cruciaal, nu het Unierecht strengere eisen aanlegt voor staatsaansprakelijkheid dan gebruikelijk is in het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht.<sup>50</sup> De staat betoogde dat de aansprakelijkheid wegens 'falen' van de formele wetgever direct op het Unierecht gebaseerd moest worden. Men stoelde dat betoog op artikel 120 Gw. Nu artikel 6:162 BW geen hogere regeling is, zou een formele wet daaraan ook niet getoetst kunnen worden.

Toetsing op basis van artikel 94 Gw kon volgens de staat bovendien enkel leiden tot het buiten toepassing laten van de onrechtmatige wetgeving. Aansprakelijkheid kon er niet op gebaseerd worden. De Hoge Raad legt artikel 94 Gw echter ruimer uit: is formele wetgeving in strijd met Unierecht of een ieder verbindend internationaal recht, dan moet deze wetgeving niet alleen buiten toepassing blijven, maar is het uitvaardigen en handhaven ervan ook onrechtmatig. De staat is dan op grond van artikel 6:162 BW in beginsel aansprakelijk.

Het meest spectaculair, in elk geval voor de media,

was het vonnis van Rechtbank Den Haag in de zaak van *Urgenda vs. Staat*.<sup>51</sup> De rechtbank bepaalde dat de staat ervoor moet zorgen dat de Nederlandse uitstoot van broeikasgassen in 2020 minstens 25% zal zijn verminderd ten opzichte van 1990. De wijze waarop de rechtbank de rechtsplicht construeerde was opmerkelijk. Hoewel het ingeroepen verdragsrecht volgens de rechtbank geen rechtstreekse werking had, speelden de relevante verdragsbepalingen wel een belangrijke rol bij een vergaande uitleg van de privaatrechtelijke zorgplicht van de staat. Bovendien viel op dat de rechtbank zich niet beperkte tot de enkele declaratoire vaststelling dat de staat onrechtmatig in gebreke blijft, maar deze meteen beval voor 2020 actie te ondernemen. Het is nog een aardige discussie of de rechtbank daarmee niet een sinds het arrest *Waterpakt vs. Staat* verboden wetgevingsbevel gaf.<sup>52</sup> Hoe dat ook zij, de staat heeft inmiddels hoger beroep aangekondigd, zodat ook de beoordeling van de feiten en de daaraan verbonden conclusies hernieuwd kunnen worden besproken en gewogen.

Diezelfde Rechtbank Den Haag maakte zich onlangs overigens ook breed in een andere zaak. Zij bepaalde dat de staat onrechtmatig handelde door advocaten door de inlichtingendiensten te laten afluisteren.<sup>53</sup> Weer volgde een bijzonder ultimatum: de rechtbank beval de staat het afluisteren van advocaten te staken, *tenzij* deze binnen zes maanden maatregelen zou hebben genomen. Die maatregelen moesten bewerkstelligen dat de afluisterpraktijken kunnen worden getoetst door een onafhankelijk orgaan dat de uitoefening van bijzondere bevoegdheden door de inlichtingendiensten kan voorkomen of beëindigen.

Tot slot nog wat goed nieuws voor de staat. Bij het ter perse gaan van deze kroniek bereikte ons het bericht dat de Hoge Raad het verbod op de verkoop van softdrugs aan niet in Nederland wonende klanten niet in strijd acht met het discriminatieverbod van artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.<sup>54</sup> Onder verwijzing naar het arrest *Josemans* van het Hof van Justitie, overweegt de Hoge Raad dat het om een maatregel gaat die beoogt drugstoerisme en de daardoor veroorzaakte overlast te verminderen.<sup>55</sup> Het is de overheid in dat verband toegestaan om passende maatregelen te nemen tegen inwoners uit andere lidstaten die van het gedoogbeleid willen profiteren.

### *Rechterlijke organisatie*

Op het terrein van de rechtseenheid valt te vermelden dat minister Van der Steur in het kader van de behandeling van het voorstel tot de reorganisatie van de hoogste bestuursrechtspraak heeft toegezegd een rechtseenheidsvoorziening in de vorm van een prejudicieel stelsel op te nemen, in reactie op een motie Recourt/Taverne.<sup>56</sup> Op grond hiervan zouden de diverse bestuursrechters in geval van rechtseenheid een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad moeten stellen, om vervolgens met inachtneming van de beslissing van de Hoge Raad uitspraak te doen. De Afdeling en de Hoge Raad tonen zich in hun adviezen over deze wens van de Tweede Kamer weinig enthousiast en geven de voorkeur aan hun bestaande informele rechtseenheidsoverleg,<sup>57</sup> waar overigens rechtstatelijke bezwaren tegen in kunnen worden gebracht vanwege het gebrek aan kenbaarheid en controleerbaarheid voor de partijen in het geding.<sup>58</sup>

## Europese jurisprudentie

Over, tussen en voor de beide Europese Hoven was er weer veel te doen dit jaar. Duidelijk is dat niet alleen het EHRM het inmiddels zo druk heeft dat het tegen een stevige achterstand aankijkt, maar dat ook het Luxemburgse Hof de werklast begint te voelen. Het Hof van Justitie, dat dit jaar de prestigieuze Duitse *Theodor Heuss Preis* toegekend kreeg vanwege zijn rol als hoeder van de rechtsstaat in Europa, stuurde daarom voorstellen tot hervorming van het Europese gerechtelijk stelsel naar de Raad en het Europees Parlement.<sup>59</sup> Die voorstellen betreffen vooral een toename van het aantal rechters in het Gerecht en een vereenvoudiging van de gerechtelijke structuur.

Vorig jaar berichtten we op deze plaats over de beruchte stoelendans tussen het Duitse Federale Constitutionele Hof en het Hof van Justitie over de maatregelen om de financiële geest weer in de fles te krijgen. Het stond toen 1-0 bij rust voor de Duitsers, die in de zaak *Gauweiler* twijfels hadden geuit over de bevoegdheid van de Europese Centrale Bank om zogenaamde *Outright Monetary Transactions* aan te gaan.<sup>60</sup> Hoewel zij de kwestie voorlegden aan het Hof van Justitie, verhulden de prejudiciële vragen uit Karlsruhe nauwelijks dat men de koers van de ECB daar hoog had opgenomen. Dat de kwestie explosief is – het Duitse Hof achtte zich herhaaldelijk bevoegd om het Unierecht in Duitsland ongrondwettig en *ultra vires* te verklaren – begreep men in Luxemburg maar al te goed. In zijn conclusie ging advocaat-generaal Cruz-Villalón desalniettemin in de aanval. Hij zag weinig heil in het beantwoorden van een prejudiciële vraag als de verwijzende rechter het antwoord niet respecteerde. Zijn taalgebruik in dat verband zou in een speech van Lincoln niet hebben misstaan: *‘it seems to me an all but impossible task to preserve this Union, as we know it today, if it is to be made subject to an absolute reservation, ill-defined and virtually at the discretion of each of the Member States, which takes the form of a category described as “constitutional identity”’*.<sup>61</sup> Het Hof van Justitie was pragmatischer maar kwam, net als de A-G, tot de conclusie dat de Duitse bezwaren overtrokken zijn.<sup>62</sup> Het ging daarin nog wat verder dan de A-G, die een *caveat* aan zijn zegen verbond. Zowel het Hof

als zijn A-G benadrukte vooral dat de ECB ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij het maken van complexe economische afwegingen. Het antwoord zal in Karlsruhe niet tot tevredenheid hebben geleid. Of men er ook een crisis voor over heeft staat nog te bezien.

Nauwelijks minder opzienbarend was het advies dat het Hof uitbracht over de toetreding van de Unie tot het EVRM.<sup>63</sup> Het was door de Commissie gevraagd zich uit te laten over de verenigbaarheid van het ontwerp-toetredingsakkoord met het Unierecht. Enigszins verrassend kwam het Hof tot een negatief oordeel. Het uitgebreide advies telde

## Rechtstreekse werking hangt af van de vraag of de verdragsbepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen als objectief recht kan functioneren

maar liefst zeven knelpunten. De meeste daarvan betroffen de positie van het Hof zelf. Vooral de exclusiviteit van de Unierechtelijke rechtsgang, de effectiviteit van de prejudiciële procedure en de autonomie van het Hof van Justitie ten opzichte van het EHRM baarden het Luxemburgse Hof zorgen. Het advies houdt de gemoederen sindsdien bezig, zowel in rechtswetenschappelijk als in politiek opzicht.<sup>64</sup> Nu de bezwaren van het Hof nauw verbonden zijn met de eigen autonomie als ‘Supreme Court of the Union’, is het moeilijk daaraan tegemoet te komen zonder afbreuk te doen aan de positie van het EHRM als hoogste mensenrechtshof in Europa. Weliswaar hebben de lidstaten van de Raad van Europa inmiddels opnieuw steun aan het toetredingsproject toegezegd, het staat nog te bezien of zij opnieuw bereid zijn tot concessies op dit punt.

41. Kamerstukken I 2014/15, 33131, G. Zie voor een uitstekende schets van de kwestie: H.M.B. Breunese & L.L. van der Laan, ‘De gordiaanse knoop van 10/10/10: het kiesrecht in het Caribische deel van Nederland’, *TvCR* 2015, p. 268-284.

42. Zie over de rol van de rechter in de democratische rechtstaat het lezenswaardige boekje van G. Corstens, *‘De rechtsstaat moet je leren’*, Amsterdam: Prometheus-Bert Bakker 2014 ter gelegenheid van zijn afscheid als president van de Hoge Raad op 1 november 2014.

43. HR 10 oktober 2014, *NJ* 2015/12 m.nt. EAA; *JB* 2014/244 m.nt. Sillen; AA 2015, p. 305 m.nt. Schutgens (*Staat vs. CAN*).

44. HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688 (*Spoorwegstaking*).

45. Zie r.o. 3.5.3.

46. *Ibid.*

47. G. Boogaard & J. Uzman, ‘(Nog) geen handhaving rookverbod in kleine cafés’, *NJB* 2014/2000, afl. 39, p. 2781-2782.

48. CBb 1 december 2014, ECLI:CBB:2014:454, r.o. 3.6.

49. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722.

50. Zie daarover de annotaties van Widdershoven onder *AB* 2014/103 en Schutgens onder *JB* 2013/233.

51. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. Zie nader over deze uitspraak onder meer R.J.B. Schutgens, ‘Urgenda en de trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter’, *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2270-2277.

52. HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 m.nt.

TK.

53. Rb. Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436.

54. HR 29 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2856.

55. HvJ EU 16 december 2010, ECLI:EU:C:2010:774.

56. Kamerstukken II 2014/15, 29279, 235.

57. Kamerstukken II 2014/15, 29279, 264.

58. T. Barkhuysen, ‘Informeel bestuursrechtelijke rechtseenheidsvoorzieningen: lessen uit het verleden’, *NJB* 2015/1399, afl. 28, p. 1911.

59. Perscommuniqué 28 april 2015, nr. 44/15.

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

61. Concl. A-G 14 januari 2015, C-62/14, para 59.

62. HvJ EU 16 juni 2015, C-62/14

(*Gauweiler e.a. vs. Bundestag*). Zie ook: HvJ EU 30 april 2015, C-64/14 (*Storch e.a. vs. ECB*), waarin het Hof de beroepen van 5217 particulieren tegen besluiten van de ECB (waaronder het OMT-programma) niet-ontvankelijk verklaarde.

63. HvJ EU 18 december 2014, C-2/13.

64. Zie o.a. T. Barkhuysen & A. Bos, ‘Negatief advies van het Hof van Justitie over de toetreding van de EU tot het EVRM’, *NJB* 2015/637, afl. 13, p. 804-811; L.F.M. Bes-selink, ‘Toetreden tot het EVRM niettegenstaande Opinie 2/13’, *Weblog Publiekrecht en politiek* 27 december 2014 ([www.publiekrechtropolitiek.nl](http://www.publiekrechtropolitiek.nl)).



Op het terrein van de grondrechten vielen voorts twee zaken op het terrein van seksuele geaardheid op. In *A., B. & C.* ging het om de vraag wat lidstaten allemaal van een vreemdeling mogen vragen als deze asiel vraagt vanwege vervolging op grond van zijn seksuele gerichtheid.<sup>65</sup> Het Hof maakte, in antwoord op prejudiciële vragen van onze eigen Afdeling bestuursrechtspraak, duidelijk dat de beoordeling van een dergelijke asielaanvraag niet uitsluitend gebaseerd mag zijn op stereotype opvattingen over homoseksuelen. Het feit dat de asielzoeker niet meteen zelf over zijn seksuele geaardheid is begonnen, mag bovendien niet onmiddellijk leiden tot de conclusie dat hij of zij ongeloofwaardig is. En tot slot mogen de autoriteiten de asielzoeker niet vragen naar de wijze waarop de asielzoeker invulling geeft aan zijn of haar geaardheid. Evenmin laat artikel 7 Handvest (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) toe dat men de homoseksuele asielzoeker vraagt om intieme handelingen te verrichten of daarvan een video te overleggen. Het doneren van bloed door homoseksuele mannen is intussen een andere zaak. Lidstaten mogen deze groep mannen permanent van bloeddonatie uitsluiten, mits zij aantonen dat binnen de groep een groot risico bestaat op ernstige infectieziekten, zoals met name HIV, en efficiënte detectietechnieken ontbreken.<sup>66</sup>

In de categorie 'politieke rechtspraak' viel tot slot nog de uitspraak van het Gerecht in de zaak van *John Dalli* op.<sup>67</sup> Dalli was de uit Malta afkomstige Europese Commissaris voor Gezondheid en Consumentenbescherming in Barroso II. Hij moest ontslag nemen vanwege mogelijk corrupte banden met de tabaksindustrie. Barroso zou er tijdens een onderhoud bij Dalli op hebben aangedrongen dat deze zou opstappen. Dalli deed dat maar probeerde het ontslag vervolgens bij het Gerecht nietig te laten verklaren. In geding was vooral of Dalli vrijwillig ontslag had genomen, dan wel dat Barroso het ontslag, op basis van artikel 17 lid 6 VEU, had geëist. Na de deelnemers aan dat gesprek, waaronder Barroso, te hebben gehoord, concludeerde het Gerecht dat Dalli inderdaad ontslag heeft genomen en dat hij dat vrijwillig heeft gedaan. Hoewel de commissievoorzitter inderdaad vastbesloten was het ontslag te eisen, drong hij er op aan dat Dalli, in diens eigen belang, zelf 'the honourable thing' zou doen. Het Gerecht vond niet dat de mededeling van Barroso dat hij het ontslag zal vragen, gelijk mag worden gesteld met het ontslag zelf en wees de vordering daarom af. Daarmee ontliet het de ingewikkelde vraag wat de rechtsgevolgen waren geweest van de nietigverklaring van het ontslag.

**7. Permanente crisis: troost van Runciman**  
Churchills devies: 'Never let a good crisis go to waste' gaf afgelopen jaar veel mogelijkheden. Op het Europese toneel volgden de crises elkaar snel op. De Oekraïne- of

Ruslandcrisis sleepte aan, net als (met minder lawaai) de energie- en klimaatcrisis, en beurtelings riepen de Griekse budgetcrisis en vluchtelingen crisis om voorrang. De nieuwe Europese Commissie van Juncker, die van plan was de economische motor van de Unie weer aan de gang te krijgen via minder en slimmere regels, minder Europese bemoeienis en een groot investeringsplan, wordt steeds meer in het (geo)politieke veld gedaagd. Nolens volens wordt de EU gedwongen politiek stelling te nemen over vragen die rijzen aan de Oostelijke en Zuidelijke grens. Dat raakt Nederland en Nederlandse burgers steeds directer, en kennelijk willen die burgers daarin ook een stem (afgaande op het referendum over het Associatie-verdrag met Oekraïne). De 'classe politique' heeft het daar moeilijk mee; gewend als ze is aan de plooi van de klassieke intergouvernementele diplomatie en de trans-Atlantische oriëntatie.<sup>68 69</sup> Ook ons staatsrecht is, zo lijkt het, slecht ingericht op het driedimensionale hinkelspel van internationale politiek, Europese besluitvorming, nationale strategie en lokaal doen.<sup>70</sup> De normale representatieve democratische arrangementen kraken – als ze al niet nagenoeg zijn bezweken<sup>71</sup> – en lijken niet langer bij machte legitimiteit aan beleid en bestuur te verschaffen. Doedemocratie-initiatieven, zoals G1000, burgerinitiatieven en -participatie en burgertops, moeten als inderhaast aangerukte bouwstutten verdere instorting onder het gevoel van groeiend onbehagen voorkomen. Politieke partijen weten er moeilijk raad mee, alsook onze versplinterde volksvertegenwoordiging. Moeten we daarom kleine correcties plegen zoals een kiesdrempel (CDA en VVD) of politieke partijen regelen?<sup>72</sup> De deelnemers aan de Staatsrechtconferentie in Groningen (18 december 2014) bogen zich zelfs over de grotere vraag naar de architectuur van het openbaar bestuur en de wijze waarop die op dit moment al dan niet bevredigend bijdraagt aan processen van collectieve en individuele besluitvorming. Er is echter troost voor somberaars. In het vorig jaar verschenen boek *The Confidence Trap: A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present*<sup>73</sup> laat David Runciman zien dat, in tegenstelling tot wat je zou verwachten, democratieën goed zijn in het oplossen van crises. Geconfronteerd met crisis worden democratieën 'caught between their impulse to precipitate action and their instinct to wait. This in-between nature of democracies allows them to be adaptable and, thus, remarkably resilient.' Slecht nieuws dus voor onheilsprofeten. Hoewel... Runciman bewijst in zijn boek ook dat democratieën wellicht goed met crisis kunnen omgaan, maar dat ze van alle systemen zo ongeveer de slechtste zijn om crises te voorkomen. De beste kant van democratie, blijkt ook vaak tegelijkertijd de slechtste te zijn. Dat had Alexis de Tocqueville al 180 jaar geleden gezien. •

65. HvJ EU 2 december 2014, C-148/13 (*A., B. & C. vs. Staatssecretaris van V&J*).

66. HvJ EU 29 april 2015, C-528/13.

67. HvJ EU 12 mei 2015, T-562/12 (*Dalli vs. Commissie*).

68. Zie WRR, *Aan het buitenland gehecht: over verankering en strategie van Nederlands buitenlandbeleid*, Den Haag, 2010.

69. Die houding is ook heel goed terug te zien in de alles-op-alles pogingen van de Nederlandse regering om een tijdelijke zetel te krijgen in de Veiligheidsraad vanaf 2016.

70. Vergelijk ook de Tilburgse oratie van Anne Meuwese, *Gedraggericht publiekrecht* uit 2014 en de Groningse afscheidsrede van Douwe Jan Elzinga, *Hoeveel politiek*

*kan een democratie verdragen?*, 28 september 2015.

71. Lees daarover David van Reybrouck, *Tegen verkiezingen*, Amsterdam: De Bezige Bij 2013. Met name hoofdstuk I.

72. Zie de Nijmeegse bundel H. Broeksteeg & R. Tinnevelt (red.), *Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht*.

Deventer: Kluwer 2015. De onderzoekers concluderen in het afsluitende hoofdstuk dat nadere of grondwettelijke regulering van politieke partijen weinig of geen toegevoegde waarde heeft.

73. Princeton: Princeton University Press 2013.