

## STAATS- EN BESTUURSRECHT

## CONSTITUTIONEEL RECHT

AAK20168227

G. Boogaard, J. Uzman, Universiteit Leiden

**Politiek staatsrecht**

De looptijd van dit KwartaalSignaal is vanaf augustus 2016 tot en met oktober 2016. Daarin is weer veel gebeurd, waarover we het nog gaan hebben. De looptijd van oud-premier De Jong was echter vanaf april 1915 tot juli 2016. Dat is de helft van de geschiedenis van ons Koninkrijk. Vanaf de invoering van het algemeen kiesrecht in 1917 tot het uit de hand gelopen referendum over het associatieverdrag met Oekraïne: Piet de Jong was erbij. In de tussentijd was hij onderzeebootkapitein, Kamerlid, senator, staatssecretaris, minister en minister-president. Tussen 1967 en 1971 leidde hij een kabinet dat, naar eigen zeggen, vooral op de winkel paste. Deze pragmatische leiderschapstijl was destijds en is nog altijd een belangrijke voorwaarde voor succes in de Nederlandse politiek. Minister-president Rutte memoreerde de altijd uitgestoken hand van zijn ambtsvoorganger dan ook nadrukkelijk onder de redenen voor zijn bewondering voor de markante oud-premier.

Vanwege zijn hoge leeftijd was De Jong bezig zelfs de geschiedschrijving te overleven. Op 10 oktober presenteerden Van Baalen en Van Kessel van het Centrum voor Parlementaire Geschiedenis (CPG) een door hen geredigeerde bundel over kabinetformaties tussen 1977 en 2012. De formatie van het kabinet-De Jong, na het mislukken van Biesheuvel, werd daarin dus niet meer beschreven. Dat was 40 jaar geleden al gedaan, door Maas, die de formaties tussen 1959 en 1973 documenteerde.

Ter gelegenheid van de overhandiging van de nieuwe bundel spraken de voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer en de vicepresident van de Raad van State. Gezamenlijk gaven deze drie leiders van Hoge Colleges van Staat een staaltje klassiek politiek staatsrecht weg. Hun toespraken (zie: [www.tweedekamer.nl](http://www.tweedekamer.nl)) zijn wellevend en beschaafd, maar ieder voor zich probeert toch gewoon het dekbed een beetje meer de eigen kant op te trekken. Namens de Eerste Kamer constateerde Broekers-Knol dat de kabinetformatie in de beschreven periode vertrok uit de vertrekken van de senaat. Alsof het voormalig paleis van de mislukte stadhouder Willem V, waarin Rutte en Samsom uiteindelijk hun kabinet bij elkaar kwartetten, meer allure heeft dan de robuuste Mauritstoren, de elegante Amalia van Solmsgalerij, het knusse kabinet van Mary Stuart, 's lands oudste politieke vergaderzaal en nog zo wat politieke geschiedenis. Tussen dit soort gezellige borrelpraat door, leek het de voorzitter van de Eerste Kamer wel 'wijs' om ook vanaf de nieuwe locatie rekening te blijven met de Eerste Kamer. 'Het besef dat een kabinet ook moet kunnen vertrouwen op vruchtbare samenwerking met de Eerste Kamer der Staten-Generaal' leek haar 'van onverminderd belang'. Tweede

Kamer-voorzitter Arib, de voorzitter van het instituut dat het initiatief van de formatie in 2012 naar zich toe had getrokken, deed haar best om de overgang zoveel mogelijk te relativeren. Arib benadrukte hoe de uiteindelijke uitvoering van de motie-Kolfschoten uit 1971 eigenlijk past in een heel lange traditie van parlementarisering van de regeringsvorming. Weinig nieuws onder de zon, derhalve. Vicepresident Donner, grootmeester in het dekbedsjorren, bewaakte de herinnering aan en de belangen van de koning in het formatieproces. Eén succesvolle formatie zonder het paleis is nog lang geen bewijs van koninklijke overbodigheid, betoogde hij. En zolang de Koning de bewindslieden uiteindelijk moet benoemen (art. 43 Grondwet), moet hij minimaal fatsoenlijk geïnformeerd blijven gedurende het proces.

Zo subtiel als deze twee dames en een heer het spel speelden, wordt het politieke staatsrecht niet altijd (meer?) beoefend. Kamerlid Van Klaveren (voorheen PVV, tegenwoordig VNL) moest een reactie schrijven op het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State over zijn initiatiefwetsvoorstel om een referendum uit te schrijven over het Nederlandse EU-lidmaatschap (*Kamerstukken II* 2015/2016, 34423, 4). De Afdeling Advisering vond onder andere dat verklaringen van politici die hun standpunt op voorhand uitleveren aan de uitslag van een referendum 'op gespannen voet met de Grondwet handelen' en nodigde de initiatiefnemer uit om daar zijn licht eens wat nader op te laten schijnen. Dat vond Van Klaveren niet nodig. Hij constateerde dat hij 'op een principieel ander standpunt stond' en verwees verder in een enkele zin naar zijn eigen Memorie van Toelichting.

Soms wordt het politieke staatsrecht overigens helemaal niet gespeeld, maar regeren de toevalligheden. Zo passeerde het initiatiefwetsvoorstel van het Kamerlid Dijkstra (D66) voor een nieuw systeem van donorregistratie de Tweede Kamer omdat Wassenberg (PvdD) zijn trein had gemist en zijn geplande tegenstem dus niet had kunnen uitbrengen. Het altijd alerte *parlement.com* wist zelfs hiervoor een precedent uit het archief te graven: in 1900 werd de leerplicht met slechts één stem verschil ingevoerd. Graaf Schimmelpenninck was vlak voor de stemming van zijn paard gevallen en had toen wegens de daarmee verbandhoudende ongemakken niet aan de stemming kunnen deelnemen. Of de nieuwe Donorwet ook de stemming in de Eerste Kamer zal gaan overleven, is nog ongewis. De senaat heeft om te beginnen maar eens voorlichting gevraagd aan de Afdeling Advisering van de Raad van State over een door Dijkstra doorgevoerde wijziging waar de Afdeling Advisering zich nog niet over had kunnen uitlaten (*Kamerstukken I* 2016-2017, 33506, B). De bedoelde nota van wijziging werd voor de gelegenheid door de Eerste Kamer opgewaarderd tot een 'systeemaanpassing' om deze handelwijze te rechtvaardigen.

Geparkeerd werd ook het initiatiefwetsvoorstel van Voortman (GroenLinks) en Van Weyenberg (D66) om de Wet openbaarheid van bestuur aan te passen met de Wet

open overheid. Tegen hun idee om het openbaarheidsregime uit te breiden wordt een stevige lobby gevoerd, onder andere door de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG). Die lobby heeft alvast opgeleverd dat minister Blok van de Eerste Kamer de gelegenheid heeft gekregen om het eigen 'ABDTOPConsult' (onderdeel van de Algemene Bestuursdienst) een 'impactanalyse' te laten uitvoeren naar de gevolgen van de voorgestelde wijzigingen (*Kamerstukken I* 2016/17, 33328, E).

Als bolwerk tegen overhaastheid werd de senaat dus ook in dit kwartaal niet overtroffen. Daar zijn de senatoren zelf overigens trots op, want op 27 september heeft de Eerste Kamer uit haar midden een tijdelijke commissie werkwijze ingesteld die moet onderzoeken hoe 'de noodzakelijke waarborgen voor een zorgvuldige afhandeling van wetgeving' gewaarborgd blijven als steeds vaker spoedeisende voorstellen door de Eerste Kamer worden geduwd.

Goed nieuws kwam er voor wie met gefronste wenkbrauwen het voornemen volgde om het kiesrecht voor de Eerste Kamer ook aan de eilandsraden van de BES-eilanden toe te kennen (*Kamerstukken* 33131). Dat voornemen is van de baan. In plaats daarvan is het nu de bedoeling om op de eilanden speciale kiescolleges samen te stellen die samen met de leden van de Provinciale Staten in het Europese deel van het koninkrijk de Eerste Kamer zullen gaan kiezen (*Kamerstukken* 34341). Gelukkig voor ons vak ontstond meteen een nieuwe gelegenheid om de wenkbrauwen te fronsen, namelijk ten aanzien van de wijze waarop deze aanpassing werd doorgevoerd. Omdat het hier een wijziging van de Grondwet betreft, gaat het om zogenaamde verklaringswetten. De wet verklaart, aldus artikel 137 lid 1 Grondwet, dat een verandering in de Grondwet, zoals zij die voorstelt, in overweging zal worden genomen. Dat is dan de eerste lezing, waarna verkiezingen moeten volgen en de tweede lezing kan worden aangevangen. Het aanpassingsvoorstel om met aparte kiescolleges te gaan werken was een novelle. Is dat logisch? Een verklaringswet treedt in werking, *verklaart* vervolgens dat er reden is om een aanpassing op de Grondwet te overwegen en gaat meteen daarna uitgewerkt de boeken in. Verklaringswetten kan je, voor zover wij weten, bijvoorbeeld niet intrekken, zoals het ook niet meer mogelijk is om de toestemming voor het huwelijk tussen Juliana en Bernhard weer in te trekken. Omdat de novelle tegelijk met het oorspronkelijke voorstel in werking treedt, gaan we straks iets meemaken wat neerkomt op het wijzigen van een verklaring tijdens het verklaren. Het toch al mystieke leerstuk van de samenval van rechtsmomenten wordt zo wel heel erg ver opgerekt. De Eerste Kamer is echter akkoord gegaan, dus *parlement.com* kan dit als nieuw potentieel precedent in de annalen bijschrijven.

### Constitutioneel procesrecht

In het constitutioneel procesrecht (de combinatie van alle leerstukken die samen de staatsrechtelijke rol van de rechter vormen) zijn twee uitspraken te vermelden. Dat is allereerst het vonnis van de Rechtbank Den Haag in

de zaak van de Club Actieve Nietrokers (CAN) tegen de Staat over de algemene toelaatbaarheid van rookruimtes (Rb. Den Haag 14 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11025). Deze uitspraak is een teleurstelling voor de actieve niet-rokers, omdat de vordering wordt afgewezen. Maar het vonnis is ook een aflevering in het technische feuilleton over de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen. Dat vereist enige uitleg.

Sinds het zogenaamde *Spoorwegstaking*-arrest uit 1986 (HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402) zijn vele lichten studenten opgevoed met de leer dat de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling een eigenschap van die bepaling is. De kwestie ligt dus digitaal. Als een bepaling eenieder verbindend is, dan kan hij altijd voor de rechter worden ingeroepen. Als een bepaling niet eenieder verbindend is, dan kan hij dat nooit. In technische termen heet dat de dichotome benadering.

Met het *Rookverbod*-arrest uit 2014 (HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928), een zaak waarin de CAN wel succes had, lijkt de Hoge Raad de dichotome benadering te hebben ingeruild voor de zogenaamde contextuele benadering. In de contextuele benadering ligt de inroepbaarheid van het internationale recht niet voor eens en voor altijd vast, maar moet de rechter per geval in elke concrete zaak kijken of de bepaling *in die context* 'zonder meer als objectief recht kan functioneren'. Het door CAN ingeroepen artikel 8 lid 2 van het WHO-Kaderverdrag, dat Staten verplicht effectieve wettelijke maatregelen te nemen tegen blootstelling aan tabaksrook in 'indoor public spaces', is op zichzelf genomen te vaag om onder de klassieke *Spoorwegstaking*-criteria rechtstreeks te werken. Voor zover het eindresultaat al voldoende precies is, blijft onduidelijk op welke termijn de maatregelen effectief moeten zijn. Onder de oude criteria zou de zaak daarop zijn gestrand. Maar dat gebeurde in 2014 niet. In het concrete geval waar de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest over moest oordelen, ging het niet in algemene zin over de vraag wanneer 'indoor public spaces' rookvrij moeten zijn. Het ging, veel specifiek, om de vraag hoe het alsnog uitzonderen van kleine kroegen zonder personeel zich verhoudt tot de algemene verplichting om op termijn rookvrij te worden. In *die* context van *dat* geval is de bepaling wel helder. Want wat er verder ook zij van de termijn waarop er nergens meer gerookt mag worden, duidelijk is wel dat het telkens minder, minder, minder moet worden. Door een eenmaal ingevoerd rookverbod voor de horeca toch weer uit te zonderen voor kleine cafés, wat het gedoogkabinet Rutte-I had gedaan, werd er niet minder maar meer gerookt en dat is in ieder geval in strijd met artikel 8 lid 2 WHO-Kaderverdrag.

In de theorie van de contextuele benadering is dus beslissend dat in dit geval een eenmaal ingevoerd verbod weer werd ingetrokken. Als de uitzondering voor kleine cafés al vanaf het begin had gegolden, was de context anders geweest en had de bepaling mogelijk niet kunnen worden ingeroepen bij de rechter.

In de meest recente procedure waarin de rechtbank afgelopen september uitspraak deed, doet de CAN weer een beroep op artikel 8 lid 2 van het WHO-Kaderverdrag. Ditmaal om rookruimten, die immers ook ‘indoor public space’ zijn, in zijn geheel te laten verbieden. Maar voor die eis biedt artikel 8 lid 2, aldus de rechtbank, geen steun. Daarmee is een belangrijke eigenschap van de contextuele benadering gerealiseerd: in het ene concrete geval kan een verdragsbepaling *wel* worden ingeroepen, in het andere concrete geval *niet*.

De zaak lijkt dus redelijk beklonken. Maar wie nog een technisch onderwerp voor zijn of haar masterscriptie zoekt, kan zich afvragen of de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest en de Rechtbank Den Haag onlangs wel werkelijk de contextuele benadering toepassen. Er is namelijk nog steeds een andere lezing van beide uitspraken mogelijk. In die lezing heeft de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest niet zozeer de context van het geval beslissend geacht, maar heeft hij bij wege van verdragsinterpretatie in artikel 8 lid 2 WHO-Kaderverdrag een (connexe) *standstill*-bepaling gelezen en die vervolgens beoordeeld op de geschiktheid om in de nationale rechtsorde onmiddellijk als objectief recht te functioneren. Die *standstill*-bepaling kan in alle gevallen worden ingeroepen omdat die in zichzelf glashelder is: er mogen alleen maar maatregelen worden getroffen tegen roken. Volgens deze lezing is de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest helemaal niet omgegaan en is de oude dichotome benadering uit het *Spoorwegstaking*-arrest nog altijd onverkort van kracht. Zo valt ook de motivering van de Rechtbank Den Haag uit te leggen, omdat deze omstandig betoogt dat een totaal rookverbod als algemene norm niet uit artikel 8 lid 2 WHO-Kaderverdrag volgt en dat het artikel daarom niet kan worden ingeroepen. De norm in zijn algemeenheid is dus te vaag. Als de rechtbank werkelijk de contextuele benadering hadden willen volgen, dan had ze bijvoorbeeld moeten ingaan op het argument van CAN dat rookruimtes in de praktijk oprukken en daardoor steeds meer rookvrije ‘indoor public space’ verloren gaat. Doordat de rechtbank aan dit argument niet meer toekomt *omdat* de CAN zich niet kan beroepen op een voldoende duidelijk algemeen rookverbod, lijkt het dichotome denken nog lang niet ingewisseld voor de werkelijke contextuele benadering.

Wie toch liever een masterscriptie schrijft over internationale rechterlijke dialogen, kan terecht bij de tweede uitspraak die in het kader van het constitutioneel procesrecht hier gesignaleerd wordt: de tussenuitspraak van de Rechtbank Den Haag waarin deze de preliminaire verweren van Knoops tegen de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in het *Wilders*-proces verwierp (Rb. Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12362). Knoops had uit een Amerikaans vaatje staan tappen en gepleit voor de invoering van een *political question doctrine* naar Amerikaanse model. De rechtbank gaat daar, wat ons betreft terecht, niet in mee. De rechter wordt hier immers niet gevraagd zich uit te spreken over ‘het soort democratie dat wij zouden moeten hebben’, zoals Knoops stond te beweren, want in het soort rechtsstaat dat wij al lang hebben

staat niemand boven de wet. Dus doet de rechtbank ook in dit geval wat hem in artikel 113 Grondwet is opgedragen: strafbare feiten berechten. De politieke context en de publieke status van de verdachte zullen meewegen bij de strafbaarheid van de uitlatingen, zoals ze dat altijd doen.

Hoe dat precies zal uitvallen, bespreken wij bij een volgend signaal.