

# Kroniek van het Nederlands en Europees constitutioneel recht

Michiel van Emmerik, Hans-Martien ten Napel & Jerfi Uzman<sup>1</sup>

Met de stormachtige opkomst van allerlei populistische partijen en veel verkiezingen op het programma leek een buitengewoon interessante periode voor het staatsrecht aan te breken. In Europa bleek het evenwel enigszins mee te vallen, hoewel Nederland en Europa geconfronteerd blijven worden met de populistische ‘Zeitgeist’, en die beïnvloedt het staatsrecht in vrijwel al zijn facetten. Voor gesomber en geweeklaag is geen reden, maar voor overdreven zelfvertrouwen evenmin. Belangrijke thema’s in deze kroniekperiode waren Brexit, onze verkiezingen en het verloop van de kabinetsformatie en het worstelen met referenda. Verder blijken de decentralisaties in het sociale en fysieke domein nog steeds veel aandacht nodig te hebben en stonden ontwikkelingen in de rechterlijke organisatie en de (nationale en Europese) rechtspraak op constitutioneel vlak zeker niet stil. De rode draad van de bijdrage: het opkomend populisme en de roep om meer burgerparticipatie in de beleidsvorming.

## Inleiding

‘Zoo ik iets ben, ben ik een Hagenaar’ meende Louis Couperus ooit. Iets soortgelijks zouden we ook voor 2017 kunnen zeggen. Zo dit jaar iets was, dan was het toch wel het jaar van de (vooral nog) niet ingeloste belofte van het populisme. Na het tot ‘rampjaar’ bestempelde 2016, beloofde 2017 een cruciaal jaar te worden. Dat gold ook voor het staatsrecht. In maar liefst zeventien Europese landen stonden dit jaar verkiezingen op het programma. Na het Brexit-referendum en de verkiezing van president Trump in de Verenigde Staten vorig jaar leek de populistische beweging – zo daarvan kan worden gesproken – vleugels te hebben gekregen. In veel landen stonden populistische en radicaal-rechtse partijen virtueel op monsterzeges in de peilingen. Met de stormachtige opkomst van al die populistische partijen leek een buitengewoon interessante periode voor het staatsrecht aan te breken. Populisme drijft, als we de politicologen mogen geloven, immers op gepolariseerde verhoudingen, op een afkeer van ‘regeltjes’ en conventies, en – zeker in de rechts-nationalistische variant in veel Europese hoofdsteden – op weerzin tegen instituties, en tegen minderheden en hun grondrechten.

Het lijkt intussen enigszins mee te vallen. Zeker, in de Verenigde Staten waait sinds begin dit jaar een nieuwe wind. *America First* is een bekende leus geworden en *post-truth politics* een bekende term. Een omstrede inreisver-

bod activeerde de Amerikaanse rechtspraak in haar functie als beschermvrouwe van grondrechten en de *so-called judges* moesten het vervolgens ontgelden. In Europa echter, lijkt het publiek, misschien geschrokken van de taferelen aan de overzijde van de oceaan, inmiddels voor gematigder varianten te kiezen. De Nederlandse verkiezingen zagen een versplintering van het electoraat en een afstraffing van de zittende coalitie, maar van een aardverschuiving of een populistische lente kon bepaald niet gesproken worden. De Duitsers zagen, vlak voor het ter perse gaan van deze kroniek, wél een kleine aardverschuiving: het rechts-populistische *Alternative für Deutschland* kwam als derde partij uit de bus. Ook hier blijft het verschil met de twee ‘grote’ partijen echter groot. In Frankrijk deed het *Front National* het goed, maar het moest de kleuren strijken voor een uitgesproken Europeaan en een exponent van de gevestigde orde. Iets soortgelijks gold voor Oostenrijk, waar de Groene Europeaan Alexander van der Bellen (opnieuw) nipt won van populistisch-rechts. In het Verenigd Koninkrijk werd de partij van Nigel Farage weggevaagd en sloeg de harde Brexit-toon van premier May aanzienlijk minder aan dan verwacht. In Hongarije mislukte de poging van premier Orbán om het electoraat via een referendum te mobiliseren tegen de Europese regels over het opnemen van vluchtelingen. Is er dan niets veranderd? Dat toch ook weer niet. Sprak premier

Rutte dit jaar van ‘verkeerd’ en ‘goed’ populisme, het lijkt er op dat een deel van de populistische stijl door gevestigde partijen of nieuwe bewegingen, zoals die van de rocksterachtig populaire Oostenrijkse christendemocraat Sebastian Kurz, is overgenomen. Nederland en Europa blijven geconfronteerd worden met de populistische ‘Zeitgeist’, en die beïnvloedt het staatsrecht in vrijwel al zijn facetten. Voor gesomber en geweeklaag is, we constateerden dat vorig jaar al, geen reden. Voor overdreven zelfvertrouwen echter evenmin.

## Europese ontwikkelingen

Europa is in beweging en dat is een goede zaak, tenminste als we de Leidse oratie van Van Middelaar mogen geloven: gebeurtenissenpolitiek is onontkoombaar, nodig om meester te blijven over het eigen lot.<sup>2</sup> Dat betekent niet dat alle beweging geregisseerd is, integendeel. We zullen nog wel wat onverwachte gebeurtenissen kunnen verwachten. In dat verband trokken afgelopen jaar vooral de onderhandelingen over de Brexit de aandacht.<sup>3</sup> Niet alleen die onderhandelingen zelf vormden vanuit staatsrechtelijk perspectief een bron van ‘leering ende vermaeck’. Alleen al het proces dat tot die onderhandelingen moest leiden, gaf aanleiding tot jurisprudentie. Het Britse Hooggerechtshof moest er aan te pas komen om uit te maken dat de regering de procedure voor uittreding uit de EU niet zonder voorafgaande parlementaire toestemming kon starten.<sup>4</sup> Daarmee herijkte het Hof niet alleen de verhouding tussen het Britse en het Europese recht, maar nam het ook stelling in een hogelijk gepolariseerde en gepolitiseerde context.<sup>5</sup> Bijzonder was de wijze waarop de president van het Hof, Lord Neuberger, zich bij aanvang van het hoger beroep rechtstreeks richtte tot de media. Een zet die nodig bleek nadat enkele kranten hard hadden uitgehaald naar de rechters in eerste aanleg. Onder koppen als ‘Enemies of the People’ werd onder meer gewezen op de openlijke homoseksualiteit van een van de rechters in kwestie, en op het feit dat een van de eisers ‘foreign born’ was.<sup>6</sup> Lord Neuberger verweet de pers op dit punt ondermijning van de rechtsstaat. Hij was bovendien kritisch over het feit dat politici, in het bijzonder de Minister van Justitie, nauwelijks bereid bleken om het voor de rechtspraak op te nemen.<sup>7</sup> Bijzonder aan het rechterlijk oordeel was ook het feit dat veel afhing van de inschatting of het briefje waarmee de premier het onderhandelingsproces ex artikel 50 VEU zou openen, een omkeerbaar proces van uittreding op gang zou brengen. Die inschatting berust deels op de interpretatie van Unierecht.<sup>8</sup> Desalniettemin ging het Britse Hooggerechtshof er

niet toe over om daarover prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen, iets dat gegeven de spoed en de gevoelige achtergrond van de kwestie wel begrijpelijk was. Hoe dan ook, de vereiste parlementaire goedkeuring voor het ‘artikel 50’ briefje is er gekomen en de onderhandelingen zijn op 19 juni geopend. De strategie aan beide zijden lijkt nogal te verschillen: de Europeanen, ogenschijnlijk beslagen ten ijs gekomen en gericht op resultaat, kiezen voor een *top-down* benadering, de Britse onderhandelaar Davis, ogenschijnlijk nonchalant en vooral gericht op de *bühne*, voor een *bottom-up* benadering. Twee meningsverschillen springen er op dit moment uit: de rol van het Hof van Justitie bij het handhaven van de rechten van Europese burgers na de Brexit en de financiële afwikkeling. Daarbij is dan weer relevant of het Verenigd Koninkrijk verplicht is om na de Brexit nog bij te dragen aan activiteiten van de Unie waartoe reeds vóór de Brexit, mede door het VK, werd besloten, en de omvang van de huidige financiële verplichtingen van het VK.

## Het Britse Hooggerechtshof herijkte niet alleen de verhouding tussen het Britse en het Europese recht, maar nam ook stelling in een hogelijk gepolariseerde en gepolitiseerde context

De Brexit stelt de Unie voor uitdagingen, maar ook voor kansen. In dat kader bracht de Europese Commissie op 1 maart een witboek uit over de toekomst van een EU van 27. Daarin schetst de Commissie vijf scenario’s voor: op dezelfde voet doorgaan, concentratie op de interne markt en een afbouw van andere vormen van samenwerking, een Europa van verschillende snelheden (‘wie meer wil, doet meer’), een diepere samenwerking op een beperkt aantal terreinen, en tot slot de situatie dat de lidstaten op allerhande terreinen meer gaan samenwerken. Het witboek moet de discussie over de toekomst van de Unie, die in maart begonnen is op de Top van Rome, verder vormgeven. Een van de pijnpunten is de vraag of en

### Auteurs

1. Mr. dr. M.L. van Emmerik, mr. dr. H.-M. Th.D. ten Napel en mr. J. Uzman zijn verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Deze kroniek bestrijkt de periode september 2016 tot en met 31 augustus 2017, waarbij nog een enkele latere ontwikkeling kon worden meegenomen. De ruimte ontbreekt helaas om te verwijzen naar alle in het verslagjaar verschenen interessante

constitutionele publicaties. Met dank aan onze student-assistent Laura Pierik.

### Noten

1. L.J. van Middelaar, *De Europese Unie en de gebeurtenissenpolitiek* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2016.
2. Vergelijk S.G.C. Van den Bogaert & A. Cuyvers, ‘Brexit: Over & Out?’, *NJB* 2016/1824, afl. 36, p. 2666-2677.
3. Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) 24

januari 2017, (2017) *UKSC* 5 (R. [Miller & Another]/Secretary of State for Exiting the European Union). Daarover: J.J.J. Sillen, ‘Brexit voor het UK Supreme Court’, *NJB* 2017/720, afl. 13, p. 852-859.

4. Vergelijk Y. Buruma, ‘Een politiek proces’, *NJB* 2016/2288, afl. 44, p. 3237.
5. C. Phipps, ‘British newspapers react to judges’ Brexit ruling: “Enemies of the people”’, *The Guardian* 4 november 2016; R. Pells, ‘Daily Mail’s “Enemies of the People”

front page receives more than 1,000 complaints to IPSO’, *The Independent* 10 november 2016.

6. A. Ross, ‘Supreme court president: politicians too slow to defend judges after Brexit case’, *The Guardian* 16 februari 2017.
7. Vergelijk R.A. Wessel, ‘De procedure om de Europese Unie te verlaten – een interpretatie van artikel 50 VEU’, *SEW* 2017, afl. 1, p. 2-10 (in het bijzonder p. 5).

hoe de Unie om moet gaan met antidemocratische en antirechtsstatelijke tendensen in de lidstaten, momenteel met name in Oost-Europa.<sup>9</sup> Dat is actueel nu de Europese Commissie inmiddels heeft besloten om een inbreukprocedure tegen Polen in werking te stellen, vanwege de omstreden hervormingen van de rechtspraak in dat land.<sup>10</sup> In Warschau lijkt men daarvan vooralsnog niet erg onder de indruk. Het hervormingsproces gaat met grote vaart door. Het lijkt daarmee duidelijk dat Polen en de Unie op ramkoers liggen, wat de vooralsnog onaantrekkelijke optie van de Commissie om een procedure op basis van artikel 7 VEU, dat de Raad machtigt tot maatregelen – waaronder het ontnemen van stemrecht – jegens Polen, te starten, dichterbij brengt. Tot slot was ook de nasleep van het Nederlandse Oekraïnerferendum relevant voor de Europese politiek. De regering nam zéér ruim de tijd om over de gevolgen van dat referendum na te denken. Het had er alle schijn van dat het kabinet de kwestie over de verkiezingen heen wilde denken. Dat leidde tot een mislukte procedure van de initiatiefnemers bij de Rechtbank Den Haag.<sup>11</sup> Voordat de rechtbank vonnis wees, maakte het kabinet de uiteindelijk gekozen oplossing echter bekend. Het 'geitenpaadje' dat de regering vond was een Nederlands inlegvelletje bij de Associatieovereenkomst, dat duidelijk moest maken dat de Oekraïners, wat Nederland betreft, niet op een toekomstig lidmaatschap van de EU hoeven te rekenen. De kwestie werd mogelijk gemaakt omdat de Eerste Kamerfractie van het CDA, anders dan de geestverwanten in de Tweede Kamer, bereid bleek de goedkeuringswet voor het verdrag te steunen.

### Staatsrecht en politiek

#### *Kabinetsformatie*

Bij de Tweede Kamerverkiezingen van 15 maart 2017 zette de trend richting 'nivellering' van het partijpolitieke landschap, reeds zichtbaar sinds ten minste 2010, zich voort.<sup>12</sup> De VVD bleef met 33 zetels de grootste partij, al verloor zij acht zetels. Als op een na grootste partij kwam met twintig zetels de PVV uit de stembus, gevolgd door het CDA en D66 met elk negentien zetels. Geen populistische lente derhalve, maar de PVV nu wel de tweede partij van Nederland. Dat was mede het gevolg van een verlies van 29 zetels van regeringspartij PvdA, die hiermee op een historisch dieptepunt van negen zetels uitkwam. Bij elkaar opgeteld verloren de voormalige regeringspartijen al met al 37 zetels, ook al was de hoeveelheid gerealiseerde wetgeving gelet op de precaire getalsmatige verhoudingen opvallend.<sup>13</sup> Nieuwkomers waren DENK en Forum voor Democratie, die het totale aantal in de Kamer vertegenwoordigde partijen op dertien brachten.

De nivellering van het partijpolitieke landschap maakt de formatie van een nieuw kabinet er niet eenvoudiger op.<sup>14</sup> Op het moment van afsluiting van deze kroniek was de kabinetsformatie nog steeds gaande. De een-na-langste formatie van 163 dagen, uit 1973, werd afgelopen augustus in duur overtroffen. Mede hierdoor is het kabinet-Rutte II inmiddels het langstzittende kabinet sinds de Tweede Wereldoorlog. Het is goed denkbaar dat de formatie het trieste record van 208 dagen uit 1977 eveneens gaat breken, al is dat uiteraard op zichzelf te verkiezen boven weeffouten die een nieuw kabinet in kor-

te tijd weer uiteen zouden kunnen doen vallen.<sup>15</sup>

Een andere complicerende factor in de kabinetsformatie is dat de PVV door de meest in aanmerking komende overige partijen vanaf het begin is uitgesloten van regeringssamenwerking. Overigens trof een Commissie Rechtsstatelijkheid in Verkiezingsprogramma's, die op verzoek van de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) rapport uitbracht, niet alleen bij de PVV maar in nog vier andere van de dertien onderzochte verkiezingsprogramma's voorstellen aan 'die met de minimumeisen van de rechtsstaat strijden (...), vaak omdat zij rechtstreeks ingaan tegen fundamentele rechten en vrijheden van mensen of inbreuk maken op het recht op een behoorlijk proces'.<sup>16</sup>

Het verloop van de kabinetsformatie, met bijbehorende documentatie, is raadpleegbaar via [www.kabinetsformatie2017.nl](http://www.kabinetsformatie2017.nl). De tot dusverre gezette stappen komen er kort gezegd op neer dat, na een bijeenkomst van Tweede Kamervoorzitter Arib met alle gekozen lijsttrekkers in de Tweede Kamer, op 16 maart 2017 demissionair Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport Edith Schippers (VVD) volgens de in 2012 vernieuwde procedure door de Kamer werd aangesteld als 'verkenner'. Op 28 maart stelde de Tweede Kamer dezelfde Schippers aan als informateur, teneinde te onderzoeken of een stabiel kabinet van VVD,

## Hoewel het politieke landschap bij de verkiezingen verder is genivelleerd, valt de versplintering mee

CDA, D66 en GroenLinks te vormen viel.<sup>17</sup> Met veertien zetels behoort GroenLinks, evenals CDA en D66, tot de winnaars bij de verkiezingen. De partij won onder aanvoering van de charismatische Jesse Klaver liefst tien zetels. Op 16 mei moest Schippers in haar eindverslag echter vaststellen dat voortzetting van haar onderzoek niet zinvol zou zijn, nu het niet mogelijk was gebleken overeenstemming te bereiken ten aanzien van het onderwerp 'migratie'.<sup>18</sup>

Hierop wees de Kamer Schippers een dag later opnieuw aan als informateur. Op 29 mei moest zij echter in een nieuw eindverslag constateren dat tegen elke denkbare meerderheidscombinatie door een van de betrokken partijen bezwaar werd gemaakt.<sup>19</sup> Hierop nam Herman Tjeenk Willink op 30 mei het stokje van haar over. Op 27 juni adviseerde de oud-vicepresident van de Raad van State een VVD-informateur te laten onderzoeken of een kabinet tussen VVD, CDA, D66 en ChristenUnie tot de mogelijkheden behoorde.<sup>20</sup> Oud-minister Gerrit Zalm is vervolgens sinds 28 juni, na een eerdere valse start waarin met name D66 en ChristenUnie met elkaar waren gebotst, bezig deze combinatie te onderzoeken. Doordat de ChristenUnie, die gelijk was gebleven op vijf zetels, fors kleiner is dan GroenLinks, zal dit nieuwe kabinet in het geval van daadwerkelijke totstandkoming slechts over een meerder-

heid van één zetel beschikken in zowel de Tweede als de Eerste Kamer.

Hoewel het politieke landschap bij de verkiezingen verder is genivelleerd, valt de versplintering mee. In december 2016, toen de Kamer als gevolg van diverse afsplitsingen nog uit een recordaantal van zeventien fracties bestond, besloot zij dat afsplitters van fracties in het vervolg onder andere minder financiële steun en kortere spreektijd zullen ontvangen. Tevens worden afsplitters ingevolge artikel 11 lid 5 en 6 RvOTK voortaan aangeduid als 'groep' in plaats van als fractie, behalve indien na een splitsing in een fractie niet duidelijk is welk deel kan worden beschouwd als voortzetting van de bij de aanvang van de zitting gevormde fractie en het presidium besluit dat twee of meer nieuwe fracties zijn ontstaan.<sup>21</sup> Een en ander mede naar aanleiding van een voorstel van een werkgroep Fractievorming onder voorzitterschap van Roelof Bisschop (SGP).<sup>22</sup> Overigens blijft het op grond van het vrije mandaat natuurlijk zo dat Kamerleden ook in het geval van afsplitsing niet gedwongen kunnen worden hun Kamerzetel op te geven, zodat de wel gebezigde aanduiding 'zetelrovers' strikt genomen minder gelukkig is.<sup>23</sup>

### Staatscommissie en werkwijze Kamers

In januari 2017 is inmiddels de in de kroniek van vorig jaar reeds aangekondigde Staatscommissie parlementair stelsel ingesteld, die onder voorzitterschap van Commissaris van de Koning in Noord-Holland Johan Remkes gaat adviseren over 'de toekomstbestendigheid van het parlementair stelsel'.<sup>24</sup> Het Montesquieu-instituut leverde alvast input,<sup>25</sup> evenals een NJB-special over 'Democratie. Verkiezingen, vertegenwoordiging en parlementair stelsel: 32 denkrichtingen'.<sup>26</sup> Mede in het licht van hetgeen eerder werd opgemerkt over rechtsstatelijkheid van verkiezingsprogramma's, is het niet verwonderlijk dat het thema weerbare democratie hierin de nodige aandacht krijgt.<sup>27</sup>

Als afgeleide van de discussie over de Staatscommissie, bracht een door de Eerste Kamer ingestelde tijdelijke

commissie onder voorzitterschap van Anne Flierman (CDA) op 11 juli 2017 verslag uit over de werkwijze van de Eerste Kamer voorzover deze daar zelf zeggenschap over heeft. Hoofdconclusie is dat er geen ingrijpende herziening nodig is, al wordt er wel tevens een aantal knelpunten gesignaleerd. Ten aanzien van EU-besluitvormings- en beleidsprocessen beveelt de commissie 'meer focus' aan, terwijl de *Aandachtspunten voor Wetgevingskwaliteit* speciaal nog eens bij het verslag zijn gevoegd om er de aandacht op te vestigen.<sup>28</sup> De instelling van de Staatscommissie weerhield de Eerste Kamer er, ondanks een daartoe strekkende motie,<sup>29</sup> in de zomer van 2017 niet van om in te stemmen met een inmiddels wet geworden voorstel tot afschaffen van de mogelijkheid tot lijstverbinding.<sup>30</sup>

In de Tweede Kamer concludeerde een in 2013 ingestelde tijdelijke commissie evaluatie Wet parlementaire enquête, onder leiding van Ronald van Raak (SP), in februari dat de (toepassing van de) Wet parlementaire enquête 2008 kan worden verbeterd. Belangrijkste aanbeveling van deze commissie is dat het kabinet beter moet motiveren waarom het bepaalde informatie weigert te geven of slechts vertrouwelijk verstrekt aan de enquêtecommissie. Een enquêtecommissie moet minder gemakkelijk genoegen nemen met dergelijke weigeringen. Voor deze andere aanpak is geen wetswijziging nodig.<sup>31</sup> Naar aanleiding van de bevindingen van deze commissie zijn wel enige kleinere wetswijzigingen voorgesteld in de vorm van een initiatiefwetsvoorstel,<sup>32</sup> alsmede een voorstel tot aanpassing van de (eigen) Regeling parlementaire enquête.<sup>33</sup> In juli presenteerde verder de parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies, die onderzoek deed naar de Panama Papers, haar verslag 'Papieren werkelijkheid'.<sup>34</sup> Het was voor het eerst dat de Kamer gebruik maakte van het onderzoeksinstrument van de parlementaire ondervraging, informeel ook wel aangeduid als mini-enquête. Vermeldenswaard is ten slotte nog dat het kabinet eind 2016 het voorbereidingstraject startte om te komen tot een beperkte wijziging van de Wet op de ministeriële verant-

9. Vergelijk M. Stremmer, 'De constitutionele crisis in Polen: een uitdaging voor de EU', *Ars Aequi* 2016, afl. 12, p. 952-956.

10. Persbericht Europese Commissie, 'European Commission launches infringement against Poland over measures affecting the judiciary', 29 juli 2017.

11. Rb. Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667 (*FvD/Staat*).

12. G. Voerman, 'Een peloton van potentiële premiers: de verkiezingscampagne van 2017', *Parlement & Politiek*, 7 maart 2017, [www.parlement.com](http://www.parlement.com).

13. R. van den Dikkenberg, 'Methode van wetgeving Rutte II heeft goed uitgediept', *SC Online* 23 maart 2017.

14. W. Voermans, 'Formeren: hogere wetkunde', *SC Online* 11 juli 2017.

15. Vergelijk W. Voermans, 'Politici zijn geen nachtuilen', *NRC Handelsblad* 12 september 2017.

16. W.J. Veraart e.a., *De rechtsstaat, een*

*quick scan: De partijprogramma's voor de verkiezingen 2017 rechtsstatelijk?*, Den Haag: Nederlandse Orde van Advocaten 2017, p. 11. Zie H. Linthorst & P. van Lochem, 'Naar een gezaghebbende rechtsstatelijkheidstoets van verkiezingsprogramma's', *NJB* 2017/618, afl. 11; L. Moerel e.a., 'Reactie op "Naar een gezaghebbende rechtsstatelijkheidstoets van verkiezingsprogramma's"', *NJB* 2017/619, afl. 11.

17. Conform de aanbeveling uit het verslag van de verkenner: *Kamerstukken II* 2016/17, 34700, 1.

18. *Kamerstukken II* 2016/17, 34700, 8.

19. *Kamerstukken II* 2016/17, 34700, 19.

20. *Kamerstukken II* 2016/17, 34700, 25.

21. *Kamerstukken II* 2016/17, 34567; vgl. P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 145.

22. *Kamerstukken II* 2015/16, 34444, 7.

23. G. Waling, *Zetelroof. Fractiediscipline*

*en afsplitsing in de Tweede Kamer 1917-2017*, Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2016. Zie voorts G.J. Leenknecht, 'TvCR-stelling: Het nóg vrijere mandaat van een zetelrover', *TvCR* 2016, afl. 4; R. Schutgens, 'TvCR-stelling: Over een formele norm, een materieel beginsel en een slecht plan', *TvCR* 2016, afl. 4.

24. *Kamerstukken II* 2016/17, 34430, 4. Zie voorts [www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/](http://www.staatscommissieparlementairstelsel.nl/).

25. 'Grote constitutionele veranderingen géén oplossing', *Montesquieu Instituut*, 13 februari 2017, [www.montesquieu-instituut.nl](http://www.montesquieu-instituut.nl).

26. *NJB* 2017/529-561, afl. 10.

27. Zie voorts: G. Molier, 'Het verbod van een politieke partij. Een anomalie in een democratie?', *NJB* 2016/1754, afl. 34; T. Barkhuysen, 'Is onze rechtsstaat Trump-proof?', *NJB* 2017/471, afl. 9; A. Ellian, G. Molier & B. Rijkema, 'Weerbare democra-

tie en het probleem van timing. De zaak tegen de NPD', *NJB* 2017/1279, afl. 24; P. Cliteur, 'Herbezinning op wettelijk kader ter bestrijding van antidemocratische bewegingen is nodig', *NJB* 2017/1458, afl. 27; F. Jensma, 'Hoe ver mag een democratie gaan om zich te beschermen tegen zelfvernietiging?', interview met Bastiaan Rijkema, *NRC Handelsblad* 7 augustus 2017.

28. *Kamerstukken I* 2016/17, CXXIV, A, p. 33; 55-57.

29. *Kamerstukken I* 2016/17, 34 377, F.

30. *Stb.* 2017, 302. Een initiatiefvoorstel tot afschaffing van de kieskringen had eerder geen meerderheid gekregen in de Tweede Kamer. *Kamerstukken II* 2016/17, 34247.

31. *Kamerstukken II* 2016/17, 33812, 4. Zie J. Sluysmans, 'De parlementaire enquête geëvalueerd', *NJB* 2017/1122, afl. 21.

32. *Kamerstukken II* 2016/17, 43683, 1-3.

33. *Kamerstukken II* 2016/17, 33812, 5.

34. *Kamerstukken II* 2016/17, 34566, 3.



woordelijkheid uit 1855, onder gelijktijdige instelling van een commissie-Fokkens die een fundamentele wijziging ervan moet voorbereiden. Een en ander naar aanleiding van een mogelijk lek in de commissie-Stiekem uit 2015.<sup>35</sup>

### **Verkiezingen en referendum**

In september 2017 kondigde demissionair minister Plasterk een wetsvoorstel aan tot verbetering van het kiesproces,<sup>36</sup> mede naar aanleiding van het evaluatieadvies Tweede Kamerverkiezing 15 maart 2017 van de Kiesraad.<sup>37</sup>

Zoals ook elders in deze Kroniek blijkt, bleef de politiek dit kroniekjaar worstelen met een eerdere introductie van een element van directe democratie in ons representatieve stelsel in de vorm van het referendum. Op 1 september 2017 bleken er enerzijds ruimschoots meer dan het vereiste aantal van 10 000 handtekeningen verzameld, zodat het inleidend verzoek tot het houden van een refe-

## De politiek bleef dit kroniekjaar worstelen met een eerdere introductie van een element van directe democratie in ons representatieve stelsel in de vorm van het referendum

rendum over de recent gewijzigde Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv)<sup>38</sup> door de Kiesraad kon worden toegelaten.<sup>39</sup> Tegelijkertijd berichtte *De Telegraaf* dat het beoogde nieuwe kabinet mogelijk de Wet raadgevend referendum zal intrekken.<sup>40</sup> De verschillende denkbare posities in het debat werden fraai geïllustreerd door het onderzoeksrapport *Echte Democratie* van Forum voor Democratie enerzijds en de inleiding op het jaarverslag van de Raad van State anderzijds. Genoemd onderzoeksrapport gaat, zoals de ondertitel aangeeft, over 'Het probleem van de representatieve democratie & het referendum als oplossing'.<sup>41</sup> De vicepresident van de Raad van State, daarentegen, waarschuwt dat '[v]ermenging van de beide vormen van democratie leidt tot het geleidelijk disfunctioneren van de vertegenwoordigende organen'.<sup>42</sup>

### **Grondwet**

Op het moment van schrijven van deze kroniek zijn dertien wijzigingen van de Grondwet bij de Staten-Generaal in behandeling, waarvan acht op initiatief van de Tweede Kamer en vijf ingediend door de regering.<sup>43</sup> Belangrijk wapenfeit is dat twee (regerings)voorstellen tot wijziging van de Grondwet in eerste lezing door de Tweede Kamer zijn aanvaard. Het gaat om de voorstellen tot het grondwettelijk verankeren van het recht op een eerlijk proces en dat tot opnemings van een algemene bepaling.<sup>44</sup> Het eerste voorstel werd zonder slag of stoot aangenomen (alleen de PVV stemde tegen), terwijl het tweede voorstel

meer tegenstand had en in belangrijke mate is gewijzigd. Van de vele ingediende amendementen werd slechts dat van VVD-Kamerlid Koopmans aangenomen en sindsdien luidt de tekst van de algemene bepaling als volgt: 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat', terwijl het oorspronkelijke voorstel luidde: 'De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten.' De indiener stelt dat op deze wijze verduidelijkt wordt dat democratie en rechtstaat onverbreekelijk met elkaar zijn verbonden.<sup>45</sup>

Vlak voor zijn vertrek als Tweede Kamerlid trok Taverne (VVD) zijn van vele kanten bekritiseerde voorstel tot beperking van de rechterlijke toetsingsmogelijkheden van wetten in formele zin aan internationaal recht in. In zijn motivering geeft hij als redenen hiervoor aan een recente door hem in gang gezette wijziging van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen (met een informatieverplichting voor de regering om bij het ter goedkeuring voorleggen van een verdrag aan te geven welke bepalingen daaruit naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden),<sup>46</sup> een mede door hem gedaan voorstel tot oprichting van een Algemene Commissie voor Constitutionele Zaken en een Hoge Raad-uitspraak waarin de wetgever een jaar de tijd wordt gegeven een EVRM-strijdige situatie op te heffen.<sup>47</sup> Dat laatste argument is op zijn zachtst gezegd opmerkelijk omdat met deze jurisprudentie de rechter in ieder geval niet minder ruimte neemt ten opzichte van de wetgever.<sup>48</sup> De tegenhanger van het ingetrokken voorstel van Taverne, namelijk het initiatiefwetsvoorstel van GroenLinks tot gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod, is al sinds 2010 in tweede lezing aangehangig in de Tweede Kamer, terwijl duidelijk lijkt dat de vereiste twee derde meerderheid niet zal worden gehaald.<sup>49</sup> Nadat van diverse zijden constitutionele bezwaren zijn aangevoerd (met name het punt dat de direct na de ontbinding van de Kamer gekozen nieuwe Tweede Kamer in tweede lezing over het betreffende grondwetsvoorstel moet oordelen) is nu aan de Raad van State om advies gevraagd over de kwestie of de (huidige) Tweede Kamer het voorstel alsnog kan behandelen. Wordt dus nogmaals vervolgd.

Dan de referendumsaga.<sup>50</sup> Na het bij een aantal partijen niet goed gevallen 'Oekraïne-referendum', lijkt bij de hoofdrolspelers D66, GroenLinks, PvdA de smaak vergaan, om het voorstel tot invoering van een zogenaamd correctief wetgevingsreferendum ook in tweede lezing in te dienen. Inmiddels is dit stokje overgenomen door SP-Kamerlid Van Raak.<sup>51</sup> Wel heeft D66 het voorstel tot deconstitutionalisering van de wijze van benoeming van de burgemeester en de commissaris van de koning in tweede lezing ingediend.<sup>52</sup> De Eerste Kamer heeft de behandeling in eerste lezing van het initiatiefvoorstel Van der Staaij tot de invoering van de eis van een twee derde meerderheid bij de goedkeuring van Europese verdragen, geschorst in afwachting van de bevindingen van de staatscommissie parlementair stelsel.<sup>53</sup> Verder aanvaardde de Senaat unaniem in eerste lezing het voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet. 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.<sup>54</sup>

## Openbaar bestuur en decentralisatie

In november 2016 bracht de Raad van State onder de titel 'En nu verder!' zijn 'Vierde periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen na de decentralisaties in het sociale en fysieke domein' uit. Deze bevat een dringend pleidooi voor 'voortgezette aandacht en nadere maatregelen' op een aantal terreinen, waaronder de rechtsbescherming, het toezicht en de financiële verhoudingen.<sup>55</sup> Prangende punten bij deze decentralisatie blijven de spanning met het beginsel van gelijke behandeling (verschil in voorzieningen tussen gemeentes)<sup>56</sup> en de vormgeving van de (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming in dit domein.<sup>57</sup> Begin augustus werd er, vooruitlopend op een wetswijziging, al een advies van regeringscommissaris Michiel Scheltema over rechtsbescherming in het sociaal domein gepubliceerd op [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl).<sup>58</sup> Verder spraken de onderhandelende partijen inmiddels met VNG, IPO en UvW over de omvang van het Gemeente- en Provinciefonds.<sup>59</sup>

Eerder constateerden de Raad voor het openbaar bestuur (Rob) en de Raad voor de financiële verhoudingen (Rfv) in eigen 'eerste waarnemingen' aangaande de gevolgen van de decentralisaties voor het openbaar bestuur en het functioneren van de lokale democratie, dat de lokale werkelijkheid nog te zeer in ontwikkeling is om reeds tot een oordeel te kunnen komen over de decentralisaties.<sup>60</sup>

In een Kamerbrief over vernieuwing lokale democratie van 31 maart 2017 informeerde Minister Plasterk

(BZK) de Tweede Kamer verder over diverse initiatieven voor de vernieuwing van de lokale democratie en de (grond)wettelijke belemmeringen die al dan niet worden ervaren bij experimenten.<sup>61</sup> Ook publiceerde het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties begin 2017 zijn tweejaarlijkse trendrapportage met feiten en cijfers over de bestuurlijke en financiële ontwikkelingen in het decentraal bestuur, *De Staat van het Bestuur 2016*, die nu tien jaar bestaat.<sup>62</sup> Verder stonden de openbare ordebevoegdheden van burgmeesters weer vaak in het brandpunt van de (juridische) belangstelling.<sup>63</sup>

## Koninkrijksrecht

Bij het schrijven van deze kroniek razen de orkanen over de eilanden in de West. De hulpverlening is inmiddels op gang gekomen, maar zelfs op dit punt verlopen de verhoudingen tussen het Caribisch en het Europees deel van het Koninkrijk niet vlekkeloos. Zo nam Nederland, niet tot ieders genoegen, de regie over de hulpverlening over op Sint Maarten.<sup>64</sup> Afgezien van het getouwtrek heen en weer, trok vanuit juridisch perspectief vooral de storm die opstak over het Europees Solidariteitsfonds de aandacht. Volgens sommige berichten in de media zou Sint Maarten geen financiële steun uit dat fonds kunnen krijgen, terwijl het Franse deel van het eiland, Saint Martin (en de BES-eilanden), daar wél voor in aanmerking komt. Inmiddels heeft de Europese Commissie laten weten dat Sint Maarten op steun uit andere fondsen kan rekenen.<sup>65</sup> Ook overigens waren de betrekkingen tussen de diverse delen van het Koninkrijk weer stormachtig te noemen. Zo intervenieerde Den Haag in het verkiezingsproces op Curaçao, of beter gezegd het gebrek daaraan.<sup>66</sup> Nadat de zittende regering van het eiland in februari was gevallen, nog geen drie

35. Kamerstukken II 2016/17, 34340, 13.

Zie P. Bovend'Eert, 'Hoe is het gesteld met de ambtelijke integriteit van de leden van het parlement?', *NJB* 2016/2172, afl. 42; R. van der Hulle, 'Corruptie in de politiek. De zaak Van Rey in rechtsvergelijkend perspectief', *NJB* 2016/2173, afl. 42; J. Duin e.a., 'Strafrechtelijke vervolging van leden van de Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen', *NJB* 2017/667, afl. 12.

36. R. van den Dikkenberg, 'Kabinet komt met voorstel voor verbetering kiesproces', *SC Online*, 14 september 2017.

37. Kamerstukken II 2016/17, 31142, 62 (bijlage).

38. Op grond waarvan de veiligheidsdiensten de bevoegdheid krijgen om ook kabelgebonden telecommunicatie te onderzoeken, *Stb.* 2017, 317.

39. 'Inleidend verzoek referendum over Wiv toegelaten', *Kiesraad*, 1 september 2017, [www.kiesraad.nl](http://www.kiesraad.nl).

40. R. van den Dikkenberg, 'Nieuw kabinet schrapt raadgevend referendum', *SC Online*, 31 augustus 2017.

41. T. Baudet & P. Cliteur, *Echte Democratie: Het probleem van de representatieve*

*democratie & het referendum als oplossing*, Amsterdam: Forum voor Democratie, 2016.

42. Raad van State, *Jaarverslag 2016*, p. 17.

43. Zie [www.denederlandsegrondwet.nl](http://www.denederlandsegrondwet.nl) voor een actueel en handzaam overzicht.

Zie voor interessante historische en juridische reflecties A. Alen e.a. (red.), *De Grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden – Staatkundige en historische beschouwingen uit België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

44. Kamerstukken II 2015/16, 34517, 1-4 en Kamerstukken II 2015/16, 34516, 1-4, waarover uitvoerig in onze vorige kroniek en P.M. van den Eijnden & P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Voorstellen voor een algemene bepaling en het recht op een eerlijk proces in de Grondwet', *TvCR* 2017, afl. 2, p. 114-127.

45. Kamerstukken II 2016/17, 34516, 10.

46. *Stb.* 2017, 210 en *Stb.* 2017, 281; Kamerstukken I, 34158 (R2048). Zie nader hierover C.B. Modderman, 'Een ieder verbindende bepalingen en verdragsgoedkeuring', *TvCR* 2017, p. 37-48.

47. HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1325, *NJ* 2016/348, m.nt. T. Kooijmans, AA

2017/119, m.nt. R.J.B. Schutgens (*herbeoordeling levenslang*).

48. Kamerstukken II 2016/17, 33359 (R1986), 8-9.

49. Kamerstukken II, 32334.

50. Zie uitgebreid het themanummer van *RM Themis* 2017, afl. 4.

51. Kamerstukken II 2016/17, 34724, 1-3.

52. Kamerstukken II 2016/17, 34716, 1-3.

53. Dit na aanvaarding van de motie Duthler c.s., Kamerstukken I 2016/17, 30874 (R1818), G.

54. Kamerstukken 33989.

55. Kamerstukken II 2016/17, 34550 VII, 12.

56. Zie hierover onder meer Cohen in zijn 'Artikel 1-lezing': M.J. Cohen, 'Artikel 1 Grondwet en drie decentralisaties in het sociale domein', *NTM* 2017, p. 354-363.

57. Zie bijv. CrvB 1 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1477, *AB* 2017/208, m.nt. Bruggeman inzake voorzieningen op grond van de Jeugdwet.

58. R. Sandee, 'Rechtsbescherming op de schop vanwege decentralisaties', *SC Online*, 7 augustus 2017.

59. [www.kabinetsformatie2017.nl](http://www.kabinetsformatie2017.nl).

60. 'Gemeenten reflecteren op hun nieuwe taken in het sociaal domein', *Raad voor het openbaar bestuur*, 26 mei 2017, [www.rob-rfv.nl/rob/publicaties\\_rob/publicatie\\_rob/225/Gemeenten+reflecteren+op+hun+nieuwe+taken+in+het+sociaal+domein](http://www.rob-rfv.nl/rob/publicaties_rob/publicatie_rob/225/Gemeenten+reflecteren+op+hun+nieuwe+taken+in+het+sociaal+domein).

61. Kamerstukken 2016/17, 34550 VII, 46.

62. Kamerstukken 2016/17, 34550 VII, 12.

63. Zie uitgebreid het WODC-onderzoeksrapport van H. Broeksteeg e.a., *Orde in de openbare orde*, Deventer: Wolters Kluwer 2017. Zie bijv. in verband met de (voorgenomen) deelname aan campagnebijeenkomsten in Nederland van Turkse ministers in de aanloop naar het referendum over de Turkse Grondwet, T. Spronken, 'Vrijheid van vergadering in roerige tijden', *NJB* 2017/666, afl. 12.

64. 'Nederland neemt de regie over op Sint-Maarten – voor even', *NRC Handelsblad* 8 september 2017.

65. 'Frans en Nederlands Sint-Maarten krijgen evenveel steun EU', *NRC Handelsblad* 12 september 2017.

66. 'Nederland neemt regie over verkiezingen Curaçao', *NRC Handelsblad* 31 maart 2017.

maanden na beëdiging, schreef het demissionaire kabinet verkiezingen uit. Een parlementaire meerderheid probeerde die verkiezingen echter te voorkomen. Het demissionaire kabinet werd vervangen door een interim-kabinet, dat het hoofdstembureau opdracht gaf de voorbereidingen van de verkiezingen te staken. Deze besluitvorming werd door de Gouverneur voorgedragen voor vernietiging. De Rijksministerraad besloot daarop de Gouverneur bij Algemene maatregel van rijksbestuur te machtigen om de verkiezingen op 28 april te organiseren.<sup>67</sup>

Intussen is vaart gezet achter de noodzakelijke grondwetsherzieningen die met de nieuwe staatkundige structuur van het Koninkrijk gemoeid zijn. In de vorige kroniek berichtten we over het wetsvoorstel dat beoogt de BES-eilanden van een grondwettelijke basis te voorzien. Vorig jaar dwong de Eerste Kamer een novelle af met betrekking tot het kiesrecht voor de Eerste Kamer op deze eilanden. Er komt een apart kiescollege dat gekozen wordt door Nederlanders op de BES-eilanden, en op haar beurt mede de samenstelling van de Eerste Kamer bepaalt. Deze novelle werd eind 2016 door beide Kamers aangenomen en in het *Staatsblad* opgenomen.<sup>68</sup> Hetzelfde gold, kort daarna, voor de eerste lezing van het voorstel tot het opnemen van een grondwettelijke basis voor de BES-eilanden.<sup>69</sup> Op 12 september van dit jaar werd het voorstel in tweede lezing door de Tweede Kamer met algemene stemmen aangenomen.

### Rechtspraak

#### *Rechterlijke organisatie*

Het wetsvoorstel organisatie hoogste bestuursrechtspraak is eind 2016 ingetrokken door het kabinet.<sup>70</sup> Het is nu even afwachten wat er gebeurt met het in dat kader uitgebrachte advies van de Commissie rechtseenheid bestuursrechtspraak, waarin (nog steeds) behartenswaardige voorstellen staan ten aanzien van de rechtseenheid binnen het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en de andere rechtsgebieden.<sup>71</sup>

Vanuit institutioneel perspectief verdient een initiatiefwetsvoorstel van SP Tweede Kamerlid Van Nispen vermelding, waarin hij voorstelt om de rechtspraak een eigen begroting te geven en niet langer als onderdeel van die van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Op deze wijze wordt ook in begrotingstechnische zin de trias politica beter waarborgd, aldus de initiatiefnemer.<sup>72</sup>

Uit internationaal onderzoek blijkt dat Nederlandse rechters zichzelf goed vinden scoren op het punt van onafhankelijkheid.<sup>73</sup> Dit neemt volgens de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak niet weg dat er verbeterpunten zijn, zoals het systeem van zaakstoedeling.<sup>74</sup> In dit verband is het goed nieuws dat de Hoge Raad inmiddels een Protocol deelname aan behandeling en beraadslaging heeft vastgesteld waarin de uitgangspunten zijn neergelegd voor de deelname van raadsheren aan de behandeling van zaken en de beraadslaging daarover.<sup>75</sup> Het protocol regelt onder meer de aanwezigheid van zogeheten 'reservisten' bij de beraadslaging in raadkamer.<sup>76</sup>

Tegelijkertijd vormt voorwerp van discussie in hoe verre rechters zich op sociale media kunnen begeven<sup>77</sup> en valt de openbare toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken te verbeteren.<sup>78</sup>

#### *Nederlandse constitutionele rechtspraak*

Dat de staatsrechtelijke relevantie van de rechtspraak nog altijd toeneemt, blijkt wel uit de groeiende lijst van politiek geprofileerde zaken en kwesties van constitutioneel procesrecht waarin de verhouding tussen de staatsmachten een actueel thema is. Meest opzienbarend is dan het vonnis van de Haagse rechtbank in de zaak van politicus Geert W. (een vonnis overigens, dat volgens rechtspraak.nl geanonimiseerd is conform de gangbare richtlijnen, maar dat de naam van de verdachte in de eerste regel noemt).<sup>79</sup> Deze werd vrijgesproken van aanzetten tot haat, maar veroordeeld wegens groepsbelediging, zij het zonder strafoplegging. Zijn advocaat probeerde het OM niet-ontvankelijk verklaard te krijgen door de zaak weg te zetten als een 'politiek proces'. De rechtbank ging daar evenwel niet in mee. De politieke context van de vervolging van een actief politicus voor een uitingsdelict stond volgens haar niet principieel aan de vervolging in de weg, maar kon worden meegewogen bij het oordeel over de strafbaarheid.<sup>80</sup> Vanuit staatsrechtelijk oogpunt valt vooral op dat de rechtbank tot het oordeel komt dat de politicus in de context van deze zaak niet meer uitingsvrijheid toekomt dan de ambteloze burger. Van enige vorm van publiek debat was volgens de rechtbank namelijk geen sprake. Er werden uitsluitend fans toegesproken en tegenspraak was uitdrukkelijk niet de bedoeling. De vraag of W. over de hoofden van zijn toehoorders, met zijn politieke tegenstanders en de kiezer kan hebben gecommuniceerd, is ongetwijfeld onderwerp van hoger beroep.

Bij de Rechtbank Den Haag diende ook de, reeds aangestipte vordering van (inmiddels politieke partij) Forum voor Democratie om de Staat aan te zetten tot actie met betrekking tot de uitkomst van het Oekraïne-referendum. De rechtbank achtte zich echter niet bevoegd om deze vordering in behandeling te nemen.<sup>81</sup> De, op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen, stond aan inhoudelijke beoordeling van de vorderingen in de weg. Het oordeel over de vraag of de regering artikel 11 Wet raadplegend referendum (dat de regering opdraagt 'zo spoedig mogelijk' uitsluitel te geven) schond, was aan de formele wetgever voorbehouden. Met het geven van een expliciet (on)rechtmatigheidsoordeel hangende het wetgevingsproces, zou de rechtbank het politieke proces ten onrechte beïnvloeden, aldus de rechtbank. Daarmee leek men de aanzet te geven tot een soort *political question doctrine à la Hollandaise*.<sup>82</sup> Diezelfde redenering lijkt ook het Hof Den Haag te volgen in een zaak over, wat toen nog het wetsontwerp Wet normalisering rechtspositie ambtenaren was.<sup>83</sup> In deze zaak probeerden de ambtenarenbonden via de rechter te bewerkstelligen dat de regering met hen zou overleggen alvorens een aangenomen wet te bekrachtigen. Het hof wijst die vordering echter af omdat de rechter daarmee te diep zou ingrijpen in het wetgevingsproces. Minder moeilijk deed de Haagse rechtbank onlangs dan weer over de vordering van Milieudefensie dat de Staat een (nieuw) luchtkwaliteitsplan diende vast te stellen dat aan de relatief nauwkeurige Europese regels zou voldoen.<sup>84</sup>

Van een andere orde, maar evenzeer in de categorie 'rechter en politiek', was het vonnis waarin Rechtbank Midden-Nederland bepaalde dat gemeenten niet verplicht kunnen worden om de vergoeding van gemeenteraadsle-

den direct aan hun partij over te maken.<sup>85</sup> Bij partijen als de SP gaat dat via een civielrechtelijke cessieconstructie. Politici laten hun vergoeding rechtstreeks bijschrijven op het rekeningnummer van het partijbureau en krijgen vervolgens een bescheiden salaris uit de partijkas. Internationaal is zo'n 'partijtak' niet ongewoon.<sup>86</sup> Toch weigeren sommige gemeenten er om principiële redenen aan mee te werken en zij kregen daarin van de rechtbank gelijk. Een dergelijke praktijk is, aldus de rechtbank, in strijd met het vrije mandaat van volksvertegenwoordigers in ons staatsrechtelijke bestel. Daarbij moet wel een onderscheid worden gemaakt tussen de cessieconstructie en andere vormen waarbij de ambtsdrager in kwestie een 'partijtak' afdraagt. In dat eerste geval wordt deze voor zijn inkomen financieel afhankelijk van de partij, iets waaraan de overheid niet mag meewerken.

Tot slot valt nog te wijzen op een arrest van de Hoge Raad over de rechtmatigheid van de Wet verbod pelsdierhouderij in het licht van artikel 1 Protocol 1 EVRM.<sup>87</sup> Dat arrest is staatsrechtelijk vooral van belang omdat de Hoge Raad daarin een principiële overweging wijdt aan de vraag of de Nederlandse rechter het EVRM verdergaand mag uitleggen dan het Straatsburgse Hof dat doet, gelet op artikel 53 EVRM, dat verdragspartijen de mogelijkheid biedt om mensenrechten verdergaand te beschermen. Volgens de Hoge Raad vloeit uit de taakverdeling tussen de nationale rechter en het EHRM voort dat de jurisprudentie van de laatste maatgevend is voor de uitleg van het EVRM. Hij bevestigt dan ook de reeds eerder ingezette lijn, dat artikel 94 Gw hem niet toestaat om formele wetgeving buiten toepassing te laten op basis van een uitleg van het EVRM die afwijkt van de gevestigde rechtspraak van het Straatsburgse Hof.<sup>88</sup>

### Europese jurisprudentie

Ook dit jaar heeft het Hof van Justitie EU weer een aantal belangwekkende arresten gewezen, onder meer op het ter-

rein van de grondrechten. Vorig jaar signaleerden we al het scherpe contrast tussen de conclusies van twee advocaten-generaal in zaken over een verbod op het dragen van een hoofddoek in het bedrijfsleven. Inmiddels heeft het Hof van Justitie in beide (gevoegde) zaken uitspraak gedaan. In *Achbita* en *Bouagnaoui* kiest het voor een relatief milde lijn jegens werkgevers die de hoofddoek willen verbieden.<sup>89</sup> Een verbod op het zichtbaar dragen van enig politiek, filosofisch of religieus teken is geen kwestie van directe discriminatie, aldus het Hof, mits het bedrijf in

## De vraag of W. over de hoofden van zijn toevoorders, met zijn politieke tegenstanders en de kiezer kan hebben gecommuniceerd, is ongetwijfeld onderwerp van hoger beroep

kwestie moslima's niet anders behandelt dan andere werknemers. Van belang is voorts dat het verbod gebaseerd is op voorafgaand algemeen en niet-gedifferentieerd beleid. Is dat beleid er niet, dan is de wens van een klant die zich aan de hoofddoek heeft gestoord niet direct een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste waarvan schending kan leiden tot ontslag. De vraag of sprake is van *indirect* onderscheid laat het Hof aan de nationale rechter over, zij het dat hij de nationale rechter wel enige houvast meegeeft: een dergelijk onderscheid moet noodzakelijk zijn om het

67. *Stb.* 2017, 138.

68. Wet van 26 oktober 2016 (kiescollege Eerste Kamer), *Stb.* 2016, 436.

69. Wet van 15 november 2016, *Stb.* 2016, 458.

70. *Kamerstukken* 34389.

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

72. *Kamerstukken II* 2016/17, 34618, 1-4 (met kritisch advies Raad van State).

73. Onderzoek van het Europese netwerk voor Raden van de rechtspraak, te vinden via [www.enj.eu](http://www.enj.eu).

74. Zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

75. Zie het protocol deelname aan behandeling en beraadslaging van de Hoge Raad der Nederlanden, [www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/HogeRaad-der-Nederlanden/Documents/Protocol%20deelname%20aan%20behandeling%20en%20beraadslaging%20van%20de%20Hoge%20Raad%20der%20Nederlanden.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/HogeRaad-der-Nederlanden/Documents/Protocol%20deelname%20aan%20behandeling%20en%20beraadslaging%20van%20de%20Hoge%20Raad%20der%20Nederlanden.pdf).

76. Zie hierover reeds H.J. Snijders, 'Onaf-

hankelijkheid en onpartijdigheid van Hoge Raadsheren buiten de zetel', *NJB* 2016/948, afl. 19. Zie ook de aangifte van H.U. Jessurun d'Oliveira: 'Aangifte tegen de Hoge Raad', *NJB* 2017/961, afl. 17 en A.M. Overheul & P.H.M. Broere, 'De Hoge Raad der Nederlanden: een zetel met bijzetsteltjes?', *Ars Aequi* 2017, afl. 9, p. 667.

77. Zie onder meer speciaal nummer *Rechtstreeks* 2017/1 (raadpleegbaar via [www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rechtstreeks-2017-1.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rechtstreeks-2017-1.pdf)) en J. Sluysmans, 'Rechterlijke onpartijdigheid in tijden van digitale sociale netwerken', *NJB* 2017/1578, afl. 29. Zie in meer algemeen bijdragen aan R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: WLP 2016.

78. Zo pleit T. Barkhuysen in *NJB* 2017/1278, afl. 24 een wettelijke regeling voor publicatie van rechterlijke uitspraken op [rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

79. Rb. Den Haag 9 december 2016,

ECLI:NL:RBDHA:2016:15014.

80. Rb. Den Haag Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12362. Zie A. Nieuwenhuis, 'Democratie, groepsbelediging en haatzaaien', *Ars Aequi* 2016, afl. 11, p. 821-824; Y. Buruma, 'Een politiek proces', *NJB* 2016/2288, afl. 44.

81. Rb. Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667. Zie hierover R.

van der Hulle, 'Het vonnis van de Haagse rechtbank over het Oekraïne-referendum. In het licht van de Amerikaanse *political question*-doctrine', *NJB* 2017/1755, afl. 32.

82. Zie ook Rb. Noord-Nederland 2 december 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5332 (*Burgencomité Haren/Groningen*); en de nog te

verschijnen annotatie onder beide zaken van G. Boogaard en J. Uzman in *AB – Rechtspraak Bestuursrecht*.

83. Hof Den Haag 23 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3858 (*ACOP/Staat*).

84. Rb. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171 (*Milieudefen-*

*sie & Adem/Staat*).

85. Rb. Midden-Nederland 22 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:843, *AB* 2017/161, m.nt. Boogaard en Uzman.

86. I. van Biezen, *Financing political parties and election campaigns*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2003, p. 42-44.

87. HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888 (*Nfve/Staat*).

88. Naar verwachting zal de Eerste Kamer binnenkort instemmen met het wetsvoorstel tot goedkeuring van Protocol 16 bij het EVRM, waardoor bij voldoende ratificaties de mogelijkheid ontstaat voor hoogste nationale rechters om principiële vragen over de interpretatie en toepassing van het EVRM aan het EHRM voor te leggen, zie nader hierover J.H. Gerards, 'Protocol 16 EVRM: advisering door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *TvCR* 2017, afl. 4.

89. HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15 en C-188/15.



## Deze werkwijze moge voorlopig garanderen dat de Unierechter zich niet over de ‘Turkije-deal’ hoeft uit te laten, het betekent wel dat elke nationale rechter haar op losse schroeven kan zetten

(legitieme) belang van een neutrale uitstraling van het bedrijf te waarborgen. Daarvoor is relevant of het verbod niet verder gaat dan werknemers die met klanten in contact komen. Bovendien rust op het bedrijf in kwestie de plicht om, alvorens tot ontslag over te gaan, te onderzoeken of het voor de betrokken werkneemster niet een functie beschikbaar heeft waarin geen klantcontact vereist is.

Vanuit grondrechtelijk perspectief valt voorts te wijzen op het advies dat het Hof uitbracht over de voorgenomen overeenkomst tussen de EU en Canada over de uitwisseling van passagiersgegevens. Die mag volgens het Hof in haar huidige vorm niet worden afgesloten omdat de stelselmatige uitwisseling en opslag niet voldoet aan de vereisten van het Handvest van de Grondrechten van de Unie.<sup>90</sup> Voor Nederland was belangrijk dat het Hof zich voorts uitsprak over de beslissing van de Minister van Buitenlandse Zaken om de Sanctieregeling Terrorisme 2007-II op vier personen van toepassing te verklaren, waardoor hun banktegoeden werden bevroren.<sup>91</sup> De personen in kwestie zouden tot de Tamil Tijgers behoren. De Afdeling Bestuursrechtspraak verwees de kwestie om twee redenen naar het Hof van Justitie. In de eerste plaats twijfelde zij aan de juistheid van het verweer van de minister, dat het aanwijzingsbesluit formele rechtskracht had gekregen omdat de betrokken personen geen beroep tot nietigverklaring hadden ingesteld tegen plaatsing van de Tamil Tijgers op de Europese terrorismelijst waarvan de Nederlandse Sanctieregeling de implementatie vormt. Het Hof deelt die twijfel van de Afdeling en overweegt dat de formele rechtskracht niet kan worden tegengeworpen. Dat is pas anders wanneer de appellanten zélf op de terrorismelijst waren geplaatst en buiten twijfel is dat zij persoonlijk rechtstreeks door de plaatsing van de organisatie op de lijst worden geraakt. Het Hof verduidelijkt voorts, op verzoek van de Afdeling, wat in Unierechtelijk verband

onder ‘terroristische misdrijven’ wordt verstaan. Concreet was de vraag aan de orde of het feit dat de Tamil Tijgers beschouwd kunnen worden als ‘strijdkrachten’, er aan in de weg staat dat hun activiteiten als terrorisme worden aangemerkt. Dat is volgens het Hof niet zo: ook bij handelingen van strijdkrachten tijdens een gewapend conflict kan men van terrorisme spreken. Het internationaal publiekrecht staat daaraan, aldus het Hof niet in de weg.

Tot slot valt te wijzen op een aantal institutionele kwesties die raken aan de rode draad van deze bijdrage: het opkomend populisme en de roep om meer burgerparticipatie in de beleidsvorming. Zo vernietigde het Gerecht van Eerste Aanleg de weigering van de Europese Commissie om het burgerinitiatief ‘Stop TTIP’ te registreren.<sup>92</sup> Voorts moesten het Gerecht en het Hof zich uitspreken in het gevoelige dossier van de vluchtelingen crisis. We signaleerden reeds het Hongaarse referendum daarover. Samen met Slowakije had dat land bovendien beroep ingesteld bij het Hof van Justitie tegen een besluit van de Raad om Italië en Griekenland te helpen het hoofd te bieden aan de enorme toestroom van vluchtelingen. De Raad besloot daartoe dat 120 000 mensen die duidelijk internationale bescherming nodig hadden, zouden worden herplaatst naar andere lidstaten. Met het tegen dat besluit ingestelde beroep maakt het Hof korte metten: het besluit is een evenredige poging om ervoor te zorgen dat Italië en Griekenland het hoofd kunnen bieden aan de crisis, aldus het Hof. De maatregel is niet kennelijk ongeschikt en evenmin ziet het Hof procedurele gebreken aan de besluitvorming.<sup>93</sup> Ook de ‘Turkije-deal’ van de Unie blijft voorlopig juridisch overeind. Het Gerecht verklaarde zich onbevoegd om kennis te nemen van het beroep van enkele asielzoekers daartegen. Hoewel de deal vooral door de Europese Raad en de Raad van Ministers is uitonderhandeld en gepubliceerd, oordeelt het Gerecht dat zij feitelijk door de lidstaten en niet door de Unie is gesloten. Nu het derhalve niet om een rechtshandeling van de Unie gaat, is de Unierechter onbevoegd.<sup>94</sup> Deze werkwijze moge voorlopig garanderen dat de Unierechter zich niet over de overeenkomst hoeft uit te laten, het betekent wel dat elke nationale rechter daarmee de bevoegdheid heeft gekregen om haar op losse schroeven te zetten. Of dat een gelukkige ontwikkeling is, staat te bezien. Wordt volgend jaar vervolgd. Dan kunnen we ongetwijfeld ook nader rapporteren over het juridische lot van de nu onlangs uitgevaardigde eerste bestuurlijke maatregelen (gebiedsverbod voor een imam in Den Haag, ontname van het Nederlanderschap van enkele jihadstrijders) op grond van de dit voorjaar van kracht geworden nieuwe anti-terrorisme wetgeving.<sup>95</sup> ●

90. HvJ EU 26 juli 2017, Advies 1/15.

91. HvJ EU 14 maart 2017, C-158/14, ECLI:EU:C:2017:202 (A. e.a./Minister BuZa).

92. GvEA 10 mei 2017, T-754/14 (Efler e.a./Commissie).

93. HvJ EU 6 september 2017, C-643/15.

94. GvEA 28 februari 2017, gevoegde zaken T-192/16, T-193/16 en T-257/16.

95. Op grond van de Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, Stb. 2017, 51 en de Rijkswet houdende wijzi-

ging van de Rijkswet op het Nederlanderschap in verband met het intrekken van het Nederlanderschap in het belang van de nationale veiligheid, Stb. 2017, 52. Zie in bredere zin over de bedreiging van grondrechten de Utrechtse oratie van Gerards:

J.H. Gerards, *Grondrechten onder spanning. Bescherming van fundamentele rechten in een complexe samenleving* (oratie Utrecht), Utrecht: Universiteit Utrecht 2017.