

NEDERLANDS POST-KOLONIAAL KIESRECHT: HET EUROPEES PARLEMENT EN DE TWEDE KAMER

RECHTSPRAAK

In antwoord op prejudiciële vragen van de Afdeling Bestuursrechtspraak heeft het Hof van Justitie EG de toekenning van het kiesrecht voor het Europees Parlement aan alle Nederlanders, ongeacht woonplaats, uitgezonderd de Nederlanders die op Aruba en de Nederlandse-Antillen wonen, in strijd met het discriminatieverbod geoordeeld.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft dit oordeel in zijn vervolguitspraak over het kiesrecht voor het Europees Parlement gevolgd. Niet echter volgt de Afdeling dit oordeel in een parallel oordeel van dezelfde datum over het kiesrecht voor de Tweede Kamer, waar dezelfde klagers een zaak over aanspannen over exact dezelfde vorm van ongelijke behandeling.

De materie van het kiesrecht voor het Europees Parlement van inwoners van overzeese rijkdelen illustreert de onderlinge verwevenheid van de constitutionele rechtsorde van het Koninkrijk, het EVRM en de Europese Unie als het gaat om het kiesrecht voor het Europees Parlement. De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt echter de burgerschapsrechten van inwoners voor wat betreft de verkiezingen van de Tweede Kamer als beslisser over rijkswetgeving die in de overzeese landen geldt, als een ongelijk geval te beschouwen. Te dier zake geldt volgens de Afdeling het standpunt van het verlichte kolonialisme: geen deelname aan de beslissingsmacht door het kiesrecht, een adviesrecht is voldoende.

Hof van Justitie EG (Grote kamer), 12 september 2006, zaak C-300/04, M. G. Eman en O. B. Sevinger tegen College van burgemeester en wethouders van Den Haag.

Afdeling Bestuursrechtspraak, 21 november 2006, Zaaknummer: 200404446/1b en 200404450/1b, Eman en Sevinger: Verkiezingen Europees Parlement;

Afdeling Bestuursrechtspraak, 21 november 2006, Zaaknummer 200607567/1 en 200607800/1, Eman en Sevinger: Verkiezingen Tweede Kamer)

1. De casus

Volgens de Kieswet heeft ieder die het kiesrecht voor Tweede Kamerverkiezingen heeft, ook kiesrecht voor het Europees Parlement (art. Y3 Kieswet). Kiesrecht voor de Tweede Kamer, en dus voor het EP, heeft elke volwassen Nederlander, behalve de Nederlander die ingezetene is van de Nederlandse Antillen of Aruba (art. B1 Kieswet) als deze niet 10 jaar in Nederland heeft gewoond.

De heren Eman en Sevinger, woonachtig op Aruba en niet eerder meer dan 10 jaar in Nederland gewoond hebbend, meldden zich met het oog op de verkiezingen voor het Europees Parlement van juni 2004 voor registratie als kiezer bij het college van burgemeester en wethouders van Den Haag.

Na de verkiezingen voor het Europees Parlement, begonnen dezelfde Eman en Sevinger een zaak over het kiesrecht voor de Tweede Kamer. Zij verzochten respectievelijk in september en oktober 2006 om registratie voor de verkiezingen van de Tweede Kamer van 22 november 2006.

Zowel de verzoeken tot registratie voor de verkiezingen van het Europees Parlement van juni 2004 als die voor de verkiezingen van de Tweede Kamer van november 2006 werden door het college van burgemeester en wethouders van Den Haag afgewezen. In beide gevallen stelden Eman en Sevinger tegen deze afwijzing beroep in bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, stellend dat een inbreuk wordt gemaakt op het kiesrecht dat het eerste Protocol bij het EVRM in artikel 3 hen waarborgt, en wel op discriminatoir wijze nu enkel op de Nederlandse Antillen of Aruba woonachtige Nederlanders het kiesrecht wordt onthouden.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zag in de zaak over de verkiezingen van het Europees Parlement aanleiding enkele prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie EG. Bij het Hof van Justitie vinden Eman en Sevinger gehoor voor hun klacht over discriminatie, en de Afdeling bestuursrechtspraak neemt dit over. Bij de Afdeling vingen ze echter bot ten aanzien van de identieke klacht over discriminatie bij het kiesrecht voor de Tweede Kamer.

We vatten eerst de zaak samen zoals die diende voor het Hof van Justitie EG en in de vervolgspraak hierop, vatten dan de uitspraak van de Afdeling over het kiesrecht van Antillianen en Arubanen voor de Tweede Kamer samen. Hierna geven we op de drie uitspraken een kort commentaar.

2. HvJEG

De Afdeling stelde een zinnige en een aantal minder zinnige vragen, en liet na de belangrijkste vraag te stellen.

De eerste vraag was een zinnige vraag, namelijk of het EG-recht wel van toepassing is: het gaat immers om Nederlandse inwoners van een van de Landen en Gebieden Overzee (LGO) in de zin van deel IV van het EG-Verdrag, op wie de andere delen van het EG-Verdrag, zoals de bepalingen over het Europees burgerschap waarop het kiesrecht voor het EP is gebaseerd, niet van toepassing zouden zijn. Daaraan wordt de onzinnige vraag gekoppeld of, als de bepalingen over het Europees burgerschap niet van toepassing zouden zijn, een lidstaat wel vrij is aan burgers van een LGO 'de nationaliteit van de lidstaat toe te kennen', in dit geval het Nederlanderschap. Deze vraag is onzinnig want in de zaak van Eman en Sevinger niet terzake doende. Deze vraag weigert het Hof dan ook te beantwoorden.

Vervolgens stelt de Afdeling een vraag die allen te duiden is als we de verwijzingsuitspraak erop naslaan (13 juli 2004, zaaknummer 200404446/1a en 200404450/1a). Blijkens de verwijzingsuitspraak beoogt de Afdeling te vragen of het Europees Parlement wel een 'wetgevende macht' is in de zin van het eerste Protocol EVRM voor een LGO als Aruba, aangezien op deel IV EG en de daarop gebaseerde associatiebepalingen na, het EG-recht daar niet geldt. De Afdeling bedoelt vervolgens te vragen of in dit licht uit artikelen 19, 189 en 190 EG voortvloeit dat EU-burgers, ook als zij woonachtig zijn in een LGO, op grond van hun burgerschap zonder meer het kiesrecht voor het EP hebben. De vraag is door de Afdeling aanmerkelijk klungeliger geformuleerd dan we hier doen, waarover Advocaat-Generaal Tizzano in punten 142-143 van zijn conclusie een aantal dodelijke opmerkingen maakt. Diens reconstructie van de vraag wordt door het Hof gevolgd.

Als laatste stelde de Afdeling de vraag of het EG-recht eisen stelt aan het rechtsherstel dat zou moeten worden geboden, als blijkt dat Eman en Sevinger ten onrechte registratie als kiezer zou zijn geweigerd. Maar deze vraag wordt zo algemeen gesteld dat het voor het Hof niet duidelijk werd waar de moeilijkheid in werkelijkheid bleek te schuilen: wat moet de rechter doen als het rechtsherstel alleen kan worden geboden door de wetgever?

Niet stelt de Afdeling de vraag waar de hele zaak om draait., namelijk of het hanteren van een woonplaatscriterium als grond voor uitsluiting van het kiesrecht op de wijze waarop dit in Nederland gebeurt, ontoelaatbare discriminatie vormt. We zullen zien dat het Hof van Justitie op instigatie van de Advocaat-Generaal, deze vraag als de kern van het probleem toch beantwoordt.

2.1 De toepasselijkheid van de burgerschapsbepalingen op Arubanen en Antillianen

De eerste vraag wordt zeer kort afgedaan. Uit artikel 17 EG volgt dat nationaliteit beslissend is voor het burgerschap van de Unie, en dat de burgers de rechten en plichten hebben die bij het Verdrag zijn vastgesteld. 'Het doet in dit verband niet ter zake dat de onderdaan van een lidstaat ingezetene van of woonachtig is in een gebied dat behoort tot de LGO bedoeld in artikel 299, lid 3, EG.' Daarom kunnen

'degenen die de nationaliteit van een lidstaat hebben en ingezetenen zijn van, dan wel woonachtig zijn in een gebied dat behoort tot de LGO bedoeld in artikel 299, lid 3, EG, zich [...] beroepen op de in het tweede deel van het Verdrag aan de burgers van de Unie toegekende rechten.'(r.o. 29)

De vraag of lidstaten vrij zijn hun nationaliteit toe te kennen aan inwoners van tot die lidstaten behorende LGO's weigert het Hof te beantwoorden, omdat deze voor het onderliggende geschil irrelevant is.

2.2 Zijn lidstaten verplicht voor de inwoners van landen en gebieden overzee verkiezingen voor het EP te houden?

Het antwoord op de tweeledige vraag of het Europees Parlement ten aanzien van LGO's als Aruba een 'wetgevende macht' is in de zin van artikel 3, eerste Protocol EVRM, en of EU burgers die in een LGO wonen of ingezetene zijn automatisch het kiesrecht hebben voor het EP, vergt meer woorden.

Het Hof concludeert dat 'de vaststelling van wie het actief en passief kiesrecht heeft, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht tot de bevoegdheid [behoort] van elke lidstaat, onder eerbiediging van het gemeenschapsrecht.' (r.o. 45)

Niettemin, zo vervolgt het Hof, moet worden nagegaan of dit recht zich verzet tegen een situatie zoals die van het hoofdgeding, waarin Nederlandse onderdanen die op Aruba wonen, geen actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement hebben. (r.o. 45)

Eerst stelt het Hof vast dat zonder uitdrukkelijke verwijzing door deel IV over de LGO associatie, 'de artikelen 189 EG en 190 EG niet van toepassing zijn op deze landen en gebieden en dat de lidstaten niet gehouden zijn om daar verkiezingen voor het Europees Parlement te organiseren.' (r.o. 46-47)

Dit is niet in strijd met het door artikel 3, eerste Protocol EVRM als grondrecht gewaarborgde kiesrecht. Nu de verdragsbepalingen niet voor de LGO gelden, is het Europees Parlement geen wetgevende macht voor de LGO (r.o. 48). Het feit dat in andere LGO inwoners wel meedoen doet daaraan niet af: 'Bij het ontbreken van bijzondere bepalingen hierover in het Verdrag, staat het immers aan de lidstaten om de regels te kiezen die het beste passen bij hun constitutionele structuur' (r.o. 50).

2.3 De vormgeving van het kiesrecht voor het EP dat aan EU-burgers toekomt: woonplaatsbeginsel en discriminatie

Vervolgens gaat het Hof in op de vormgeving van het kiesrecht, die overgelaten is aan de lidstaten. Allereerst stelt het Hof vast dat noch de artikelen 189 EG en 190 EG noch de akte van 1976 uitdrukkelijk en nauwkeurig aangeven wie het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement heeft. Bovendien kennen de bepalingen van het tweede deel van het Verdrag, betreffende het burgerschap van de Unie, de burgers van de Unie niet een onvoorwaardelijk actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement toe (r.o. 52). Evenmin doet artikel Artikel 19, lid 2, EG, en de daarop gebaseerde regeling dat, zodat deze bepaling irrelevant is. Het Hof komt vervolgens, in aansluiting op de jurisprudentie van het EHRM (arrest Melnychenko v Oekraïne van 19 oktober 2004, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-X, § 56), tot de conclusie dat de keuze voor het woonplaats-beginsel als criterium voor het bezit van kiesrecht niet onrechtmatig is (r.o. 54-55).

Dan komt het Hof toe aan de klacht dat de Nederlandse kieswet het beginsel van gelijke behandeling schendt voor zover deze wet het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement wél toekent aan iedere Nederlander die in een derde land woont, maar niet aan de Nederlanders die ingezetenen zijn van de Nederlandse Antillen of van Aruba.

57 In dit verband zij in herinnering gebracht dat het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, vereist dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld (arresten van 6 december 2005, ABNA e.a., C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, Jurispr. blz. I-10423, punt 63, en 10 januari 2006, IATA en ELFAA, C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 95).

58 In casu dienen te worden vergeleken: een Nederlander die ingezetene is van de Nederlandse Antillen of van Aruba, en een Nederlander die ingezetene is van een derde land. Deze personen hebben gemeen dat zij Nederlandse onderdanen zijn en niet op het grondgebied van Nederland verblijf houden. Niettemin is er sprake van een ongelijke behandeling tussen deze twee personen,

nu de tweede het actief en passief kiesrecht heeft bij de in Nederland georganiseerde verkiezingen voor het Europees Parlement, terwijl de eerste dat recht niet heeft. Voor een dergelijk verschil in behandeling is een objectieve rechtvaardiging vereist.

59 Ter terechtzitting heeft de Nederlandse regering gepreciseerd dat het doel van de Nederlandse kieswet was om de Nederlanders van Nederland die in het buitenland verblijven in staat te stellen te stemmen, omdat deze burgers worden geacht nog banden met de Nederlandse samenleving te hebben. Uit de ter terechtzitting door deze regering gegeven toelichtingen blijkt echter ook dat een Nederlander die zijn woonplaats van Aruba naar een derde land verplaatst, net als een Nederlander die zijn woonplaats van Nederland naar een derde land verplaatst, wel het kiesrecht heeft, terwijl een Nederlander die ingezetene is van Aruba dat recht niet heeft.

60 In dit verband valt het door de Nederlandse wetgever nagestreefde doel, dat erin bestaat om aan Nederlanders die banden met Nederland hebben of hebben gehad, het actief en passief kiesrecht toe te kennen, binnen de beoordelingsmarge waarover de wetgever beschikt voor de organisatie van de verkiezingen. Niettemin dient te worden vastgesteld dat de Nederlandse regering niet genoegzaam heeft aangetoond dat het verschil in behandeling dat bestaat tussen de Nederlanders die in een derde land wonen en de Nederlanders die op de Nederlandse Antillen of Aruba wonen, objectief gerechtvaardigd is en derhalve geen schending van het beginsel van gelijke behandeling oplevert.

61 Gelet op het voorgaande, dient het antwoord op de derde vraag te luiden dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht weliswaar niets zich ertegen verzet dat de lidstaten, onder eerbiediging van het gemeenschapsrecht, de voorwaarden voor het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement omlijnen op basis van het criterium van het hebben van de woonplaats op het grondgebied waarop de verkiezingen worden georganiseerd, maar dat het beginsel van gelijke behandeling eraan in de weg staat dat de gekozen criteria meebrengen dat onderdanen die zich in vergelijkbare situaties bevinden, zonder objectieve rechtvaardiging ongelijk worden behandeld.

2.4 Rechtsherstel

Over de eisen die het Gemeenschapsrecht stelt aan het rechtsherstel dat aan Eman en Sevinger geboden moet worden, herhaalt het Hof de bekende eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid voor wat betreft de door het nationale recht aan te wijzen rechtsgang (r.o. 67), het te bieden rechtsherstel (r.o. 68), en schadevergoeding onder de Francovich/Factortame/Brasserie du Pêcheur/Köbler-criteria (r.o. 69-70). Wat betreft het te bieden rechtsherstel voegt het Hof toe dat “[o]m te beoordelen welk rechtsherstel passend is, [...] het nuttig [is] dat de nationale rechter kijkt naar de wijze waarop het rechtsherstel is geregeld in geval van schending van de nationale regels in het kader van verkiezingen voor organen van de lidstaat” (r.o. 68). Daarmee, zo zullen we zien, komen Eman en Sevinger noch de Afdeling zelf veel verder. De Afdeling heeft dit geheel aan zichzelf te wijten.

3. De vervolg-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 21 november 2006 - Rechtsherstel en de grenzen van de rechtsvormende taak van rechter en bestuur

De Afdeling bestuursrechtspraak neemt de uitspraak van het HvJEG over in een oordeel van 21 november 2006. De Afdeling stelt dat het de besluiten van het college van burgemeester en wethouders van Den Haag moet vernietigen en dat dit betekent dat het college opnieuw over registratie zou moeten beslissen. Dit brengt de Afdeling tot de formulering van de kern van het probleem van rechtsherstel: de strijdigheid op verschillende manieren kan worden weggenomen. Men zou ofwel aan Nederlanders die op Aruba of de Nederlandse Antillen wonen alsnog het kiesrecht kunnen toekennen, ofwel het kiesrecht juist kunnen beperken tot inwoners van Nederland alleen.

2.3.3. [...] De wijze waarop het in de wet neergelegde verschil kan worden weggenomen teneinde te bereiken dat personen als appellanten niet zonder in rechte houdbare grond ongunstiger worden behandeld dan evenbedoelde anderen vergt derhalve politieke keuzes die niet binnen de bestuurlijke taak van het college vallen. Dit beschikt bij de registratie van kiezers voor vertegenwoordigende lichamen immers niet over enige beoordelingsruimte. Evenzeer gaat het thans de rechtsvormende taak van de rechter te buiten; deze keuzes behoren in beginsel door de wetgever te worden gemaakt. Daarbij gaat de Afdeling er echter wel van uit dat de wetgever dat dusdanig tijdig zal doen dat voormelde strijdigheid voor de volgende verkiezing van de leden van het Europees Parlement is weggenomen.

2.3.4. Uit het vorenoverwogene volgt dat het opnieuw afwijzen van de verzoeken in strijd is met het gemeenschapsrecht, maar toewijzing ervan de bevoegdheid van het college te buiten gaat. Gelet hierop en nu bovendien, naar hierna zal worden overwogen, registratie alsnog niet tot de daarmee door appellanten beoogde deelneming aan de verkiezing van de leden van het Europees Parlement gedurende de huidige zittingsperiode zal kunnen leiden, zal de Afdeling bepalen dat het college in onderhavige zaken niet in dier voege opnieuw in de zaak behoeft te voorzien dat op de aanvragen van appellanten van 31 maart 2004 wederom moet worden beslist.

2.3.5. Nu naar aanleiding van de door het Hof van Justitie gegeven antwoorden is komen vast te staan dat appellanten op gronden die strijden met het gemeenschapsrecht de deelname aan de verkiezing van de leden van het Europees Parlement in 2004 is onthouden, dient hun op enigerlei wijze rechtsherstel te worden geboden. In zoverre dient het college wel opnieuw in de zaak te voorzien. [...]

Daarbij stelt de Afdeling vast dat de uitsluiting van het kiesrecht niet met terugwerkende kracht ongedaan kan worden gemaakt, en evenmin tot een hernieuwde stemopneming kan worden besloten bij gebreke aan een wettelijke grondslag daarvoor. De door appellanten geopperde mogelijkheid betrokken te worden bij de gang van zaken in het EP door middel van een door de Staat der Nederlanden aan te stellen vertegenwoordiger van appellanten die optreedt als adviseur, wordt door de Afdeling als onevenredig van de hand gewezen. De Afdeling eindigt dan botweg met de conclusie: 'Het college [van B&W van Den Haag] behoort met inachtneming van de voormelde overwegingen van het Hof van Justitie verder te bezien op welke andere wijze aan appellanten rechtsherstel kan worden geboden.'

4. Afdeling Bestuursrechtspraak, 21 november 2006 (Zaaknummer 200607567/1 en 200607800/1): het kiesrecht van Eman en Sevinger bij Tweede Kamerverkiezingen

Terwijl de Afdeling het HvJEG volgde op de vraag of sprake was van discriminatie bij EP-verkiezingen, komt de Afdeling tot een andere conclusie voor wat betreft de klacht van discriminatie op basis van het woonplaatscriterium bij Tweede Kamerverkiezingen.

De Afdeling wijst op de regeling van de procedure van rijkswetgeving in het Statuut van het Koninkrijk, in het bijzonder op het gegeven dat de volksvertegenwoordigingen van de Antillen en Aruba op de hoogte worden gesteld van de ontwerpen van rijkswetgeving, daarover schriftelijk verslag mogen uitbrengen, in voorkomend geval spreekrecht hebben in de Tweede Kamer, de gevolmachtigde minister deelneemt aan de beraadslaging over het ontwerp in de rijksministerraad, en als de Tweede Kamer het voorstel met minder dan drie vijfden van de stemmen aanneemt terwijl de gevolmachtigd minister en de Staten van de Nederlandse Antillen of Aruba zich tegen hebben verklaard, wordt de zaak verwezen naar de rijksministerraad, alwaar de gevolmachtigde ministers kunnen worden overstemd. De Afdeling concludeert dat '[h]et Statuut derhalve [voorziet] in democratisch gelegitimeerde inbreng van de ingezetenen van Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba op de rijkswetgeving door de vertegenwoordigende lichamen van de verschillende landen' (r.o. 2.3.2).

Vervolgens stelt de Afdeling vast dat Eman en Sevinger het kiesrecht hebben voor de Staten van Aruba, en dat er *dus* geen inbreuk is op artikel 3 van het eerste Protocol EVRM en artikel 25 IVBPR (r.o. 2.3.3).

De klacht van discriminatie wordt eveneens van de hand gewezen:

2.4.1. Dit betoog slaagt evenmin. De wetgever heeft ervoor gekozen het kiesrecht voor de Tweede Kamer ook toe te kennen aan Nederlandse staatsburgers die niet ingezetene zijn van Nederland, teneinde te verzekeren dat alle Nederlandse staatsburgers kiesrecht voor een vertegenwoordigend lichaam hebben. Ten aanzien van ingezetenen van Aruba staat vast dat zij het kiesrecht hebben voor de Staten van hun land. De Nederlanders die niet of niet langer ingezetene zijn van Aruba ontberen, dan wel verliezen kiesgerechtigdheid voor de Staten van Aruba. In die zin is geen sprake van gelijke gevallen, zodat reeds daarom geen sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid, als bedoeld in artikel 14 van het EVRM. Dat de Kieswet aan Nederlanders die ingezetenen zijn van de Nederlandse Antillen en Aruba en tien jaren in Nederland hebben verbleven wel het kiesrecht toekent en zij derhalve beschikken over kiesrecht voor twee vertegenwoordigende lichamen, is evenmin een omstandigheid die noopt tot het oordeel dat sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid, als bedoeld in voormelde bepaling. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel B1 van de Kieswet (Kamerstukken I, 1984/85, 18 694, nr. 232b, p.2) valt op te maken dat de wetgever van oordeel is dat een verblijf hier te lande van tien jaar of langer een zodanige band met Nederland scheidt, dat het toekennen van het kiesrecht voor de leden van de Tweede Kamer gerechtvaardigd is. De ingezetenen van de Nederlandse Antillen en Aruba die aan deze maatstaf voldoen, onderscheiden zich derhalve duidelijk van degenen die nooit in Nederland hebben verbleven. Wat betreft de ingezetenen van de Nederlandse Antillen en Aruba die korter dan tien jaar in Nederland hebben verbleven, kan niet worden geoordeeld dat sprake is van een maatstaf waartoe de wetgever niet in redelijkheid heeft kunnen komen.'

Volgt verwerping van het beroep.

5. Commentaar

Drie belangrijke constitutionele aspecten van het arrest van het Hof van Justitie worden hier aan de orde gesteld: de territoriale en personele reikwijdte van het EG-recht, non-discriminatie in verband met het kiesrecht als burgerschapsrecht, en de gevolgen van het arrest in Nederland.

5.1 De vervlechting van constitutionele ordes

Voorafgaand merken we op dat het arrest een treffende illustratie is van de mate waarin de Europese constitutionele rechtsorde van samengesteld karakter is, een vervlechting van de nationale, EVRM en EU-constitutionele ordes, die elkaar wederzijds veronderstellen, beïnvloeden en bepalen.

De lidstaten zijn vrij om een 'bij hun constitutionele structuur passende' vorm te geven aan het kiesrecht voor het Europees Parlement, bijvoorbeeld door het houden van verkiezingen in een land of gebied overzee waarmee zij bijzondere betrekkingen onderhouden (r.o. 50). In dit opzicht wordt de samenstelling van een EG-instelling bepaald door de specifieke constitutionele structuur van een lidstaat. Tegelijkertijd zijn ze niet verplicht om aldaar verkiezingen te houden, nu in een land of gebied overzee het EG-recht (buiten dat van Deel IV EG) niet geldt, en het Europees Parlement dus ten aanzien van die gebieden geen 'wetgevende macht' is in de zin van het eerste Protocol EVRM. De samenstelling van een EG-instelling wordt in dit opzicht dus bepaald door artikel 3 van het Eerste Protocol EVRM – weer een andere rechtsorde waarvan de EG zelf formeel geen deel uitmaakt – dit in samenhang met de territoriale reikwijdte van het EG-recht. Tevens zijn de lidstaten weliswaar vrij bij de inrichting van het kiesrecht voor het EP, maar dienen zij wel rekening te houden met de beginselen van gemeenschapsrecht, in het bijzonder het gelijkheidsrecht. Het Hof blijft impliciet over welk type van gemeenschapsrechtelijk

rechtsbeginsel hier wordt bedoeld: een puur bestuursrechtelijk beginsel of meer de grondrechtelijke rechtsbeginselen, d.w.z. grondrechten die gemeenschappelijk zijn aan de constitutionele tradities van de lidstaten en de mensenrechtenverdragen waarbij de lidstaten partij zijn. Op dit punt is meer onzeker welke vorm van materiële vervlechting van rechtsnormen zich voordoet. Maar al met al is duidelijk dat een en ander er in deze zaak toe leidt dat Nederland op grond van het Gemeenschapsrecht en de uitleg van het HvJEG van het EVRM, zijn kiesstelsel fundamenteel moet herzien. Hier wordt het Nederlandse recht bepaald door het EG-recht en de EG-rechtelijke uitleg van EVRM-recht.

5.2 De personele en territoriale reikwijdte van het Gemeenschapsrecht

Het wordt niet vaak begrepen of zelfs geweten, te oordelen naar het geografische argument dat nogal eens gebezigd wordt in verband met discussies rond toetreding van Turkije tot de Europese Unie. Maar de Europese Unie reikt van Frans Guyana op het westelijk halfrond tot La Réunion in de Indische Oceaan in het oostelijk halfrond. In deze perifere delen van de lidstaten geldt het Europees recht integraal.

In sommige delen van lidstaten die zij aan hun koloniale verleden danken, gelden de EU-verdragen echter niet. Het gaat met name om de zogenaamde Landen en Gebieden Overzee waarvoor een bijzonder associatie-regime geldt en dat is geregeld in het Vierde Deel van het EG-Verdrag. Tot deze Landen en Gebieden Overzee behoren de Nederlandse Antillen en Aruba. Kunnen inwoners van deze overzeese landen, waar het EG-Verdrag dus niet geldt, zich beroepen op de burgerschapsbepalingen van Deel II van het EG-Verdrag?

Zonder omhaal van woorden zegt het Hof dat als inwoners van een Land of Gebied Overzee de nationaliteit van een lidstaat hebben, zij zich kunnen beroepen op de in het tweede deel van het Verdrag aan de burgers van de Unie toegekende rechten (r.o. 29). Deze rechten zijn vooral het kiesrecht voor lokale overheden, het Europees Parlement, en het burgerrecht van reizen en verblijf binnen de Unie.

Een beroep op deze burgerschapsrechten uit Deel II EG is dus mogelijk. Daarentegen stelt het Hof in rechtsoverweging 46 onomwonden vast dat 'de algemene verdragsbepalingen zonder uitdrukkelijke verwijzing niet op de LGO van toepassing zijn (zie reeds aangehaalde arresten Le Plat, punt 10, en Nederland/Raad, punt 49)'. Het doelt hier op de artikelen 189 en 190 EG over het houden van verkiezingen voor het EP.

Wellicht lijkt er iets te wringen, maar toch is de tweezijdige benadering van territoriale en personele rechtsmacht niet gecompliceerd. De rechtsmacht van het EG-recht is territoriaal, maar de territoriale rechtsmacht bepaalt niet in alle opzichten het toepassingsgebied van dat recht; tevens dient men rekening te houden met de personele reikwijdte. Het enkele feit dat men inwoner of ingezetene is van een LGO als Aruba betekent niet dat men zich nimmer kan beroepen op het EG-recht, bijvoorbeeld als men in Den Haag vraagt om geregistreerd te worden als kiezer voor het EP. Het Hof is duidelijk: de bepalingen over burgerschap worden bepaald door nationaliteit en derhalve is deze personele status doorslaggevend, ongeacht de woonplaats van de betrokken burger.

De personele en territoriale jurisdictie zijn gelijkelijk van betekenis. Als men EU-burger is, dan kan men zich binnen het EU-gebied in territoriale zin zonder meer op de fundamentele vrijheden van het EG-recht beroepen – dit geldt niet voor de gemiddelde derdelander. Aangezien de inwoners van de Nederlandse Antillen en Aruba die de Nederlandse nationaliteit hebben EU burger zijn, kan een Nederlandse Antilliaan of Arubaan die zich binnen de gebieden bevindt waar het EG-recht ten volle van toepassing is, zoals in Duitsland of Denemarken, zich uiteraard gewoon op het EG-recht beroepen, bijvoorbeeld op het vrij personenverkeer van personen. Dit is in beginsel hetzelfde als bij een in New York geboren, getogen en aldaar reguliere woonplaats hebbende Hollander, Duitser, Deen en elke andere EU burger wanneer hij van het vrije dienstenverkeer gebruik maakt.

Wat betekent dit voor de toepasbaarheid van een burgerrecht als het vrij reizen en verblijven onder artikel 18 EG? Precies hetzelfde: de rechtstreekse werking van de vrije reis- en verblijfsrechten is mijns inziens slechts van toepassing binnen de territoriale jurisdictie ex artikel 299 EG, en dus geldt dit burgerschapsrecht niet in de landen en gebieden overzee, zoals Aruba en de Nederlandse Antillen, zo goed als het EG-recht niet van toepassing is in New York.

Zoals met het burgerschapsrecht van vrij reizen en verblijven binnen de EU, zit het ook met het kiesrecht. Dat is de strekking van de zojuist genoemde overweging dat de verdragsbepalingen die het Europees kiesrecht regelen niet gelden binnen de LGO's, dus in ons geval binnen de Nederlandse Antillen en Aruba. Een lidstaat is op basis van artikelen 189 en 190 EG niet *verplicht* aldaar verkiezingen te organiseren (r.o. 47).

5.3 Grenzen aan het ontnemen van het politieke burgerschapsrecht

'[D]e vaststelling van wie het actief en passief kiesrecht heeft, [behoort] bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht tot de bevoegdheid van elke lidstaat...' (r.o. 45) Tegelijkertijd bevindt dit nationale constitutionele recht zich binnen de materiële reikwijdte van het Gemeenschapsrecht, en wel op twee manieren.

Het Hof zegt het niet, maar de kwestie komt materieel binnen de reikwijdte van het Gemeenschapsrecht omdat het de samenstelling van één van de instellingen van de EU betreft, namelijk verkiezingen van het Europees Parlement. Deze verkiezingen zijn naar hun aard een kernzaak van EU constitutioneel recht, maar één die op fundamentele punten dient te worden geregeld door elk van de lidstaten op een wijze 'die het beste pas[t] bij [zijn] constitutionele structuur'.

De tweede reden waarom de autonome regeling van het kiesrecht door een lidstaat zich materieel toch binnen de reikwijdte van het Gemeenschapsrecht bevindt,¹ is vanwege de grenzen die dat recht aan de uitoefening van die autonome bevoegdheid van lidstaten stelt. Omdat het gaat om begrenzing van tot de grondrechten te rekenen burgerschapsrechten, had men vanuit constitutioneel oogpunt mogen verwachten dat de begrenzingen eveneens van grondrechtelijke aard zijn.

Inderdaad wordt door het Hof aangesloten bij artikel 3 van het eerste Protocol van het EVRM dat verplicht 'om met redelijke tussenpozen vrije, geheime verkiezingen te houden onder voorwaarden die de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht waarborgen'. Wat dit betreft, volgt het Hof de jurisprudentie van het EHRM en concludeert dat het hanteren van een woonplaatsvereiste op zichzelf toegestaan is.

Wat betreft het discriminatieverbod is frappant dat het Hof de Europeesrechtelijke beperkingen van de toekenning van het kiesrecht aan burgers niet lijkt te willen baseren op *grondrechtelijke* overwegingen van non-discriminatie. Niet artikel 14 EVRM jo 3 eerste Protocol EVRM, niet artikel 1 van het Twaalfde Protocol, niet artikel 1 van de Nederlandse Grondwet en de equivalenten daarvan die de nationale constitutionele gemeen hebben zijn het referentiepunt. Integendeel, in plaats daarvan baseert het Hof de grenzen die de lidstaten in acht moeten nemen op het *bestuursrechtelijke* 'gelijkheidsbeginsel', en verwijst naar de niet-grondrechtelijk georiënteerde jurisprudentie terzake. Het verbaast, maar het lijkt er toch op dat volgens het Hof het toekennen (en onthouden) van het kiesrecht meer een bestuursrechtelijke dan een constitutioneelrechtelijke aangelegenheid is.

Hoe dit zij, voor de uitwerking maakt dit in deze, uiteraard constitutioneelrechtelijke, context weinig verschil. Het Hof stelde ter zitting uitvoerige vragen over hoe het staat met het kiesrecht van Nederlanders die ingezetene zijn van de Nederlandse Antillen en Aruba, Caraïbische Nederlanders die buiten deze landen wonen en niet-Caraïbische Nederlanders die ingezetene zijn

1 Het HvJEG spreekt in een dergelijk geval soms van een materie 'binnen het kader van het Gemeenschapsrecht', zie A. Duijkersloot, 'Op zoek naar de grenzen van communautaire grondrechten', in 'Grenzen aan grenzenloosheid - algemene leerstukken van grondrechtenbescherming en de EU, L.F.M. Besselink en H.R.B.M. Kummeling (red.), WEJ Tjeenk Willink Deventer 1998, pp. 62 e.v..

van een derde land.² Hiermee drong het Hof door tot de kern van de door Eman en Sevinger voor de Raad van State naar voren gebrachte klacht en de kern van het probleem met de Nederlandse regeling van het kiesrecht voor het EP (en de Tweede Kamer) – een kern waarover de Afdeling Bestuursrechtspraak zoals gezegd, wonderlijk genoeg geen vraag stelde, met het risico dat de zaak onopgelost weer naar Den Haag terug zou zijn gekomen. De Afdeling stelde nog *wel* een vraag over het toekennen van de Nederlandse nationaliteit aan iemand die deze niet heeft, hetgeen in het voorgelegde geschil in de verste verte niet aan de orde was; terecht weigerde het Hof deze vraag te beantwoorden. Zoals reeds opgemerkt, maakte Advocaat-Generaal Tizzano in zijn hier niet weergegeven conclusie over de slechte vraagstelling van deze en andere vragen enkele vrij beschamende opmerkingen (punten 138-145). Ook Nederlands hoogste rechters weten niet altijd de juiste vragen op de juiste manier te stellen. We zullen dat nog in een ander opzicht ook zien bij de kwestie van rechtsherstel.

Ter zitting werd het Hof niet overtuigd door het pleidooi van de Nederlandse regering dat ‘bij Nederland horende Nederlanders’ nog een band met Nederland hebben, terwijl dat voor ‘bij Aruba horende Nederlanders’ kennelijk niet zo is. Dat dit geen gehoor vond bij het Hof is makkelijk te begrijpen: een Arubaan die verder geen specifieke banden heeft met Nederland of de EU en naar een land buiten Aruba of de Nederlandse Antillen gelegen derde land verhuist, verkrijgt het kiesrecht voor het EP (en de Tweede Kamer), maar de Arubaan die op Aruba blijft verkrijgt dat kiesrecht niet. Een Australische Nederlander die buiten Nederland geboren, getogen en gevestigd is, heeft vanaf de voltooiing van zijn achttiende levensjaar het kiesrecht voor het EP, ook al heeft hij verder geen band met Nederland of de EU – tenzij hij naar Aruba of de Nederlandse Antillen verhuist.

De willekeur voelen we thans aan als volkomen. Het gaat om een erfenis uit de koloniale tijd – zo goed als het gegeven dat kiesrecht en eigendomsrecht vanwege de koloniën niet in het EVRM werden opgenomen en pas twee jaar later in een apart protocol kon worden opgenomen.³ In koloniale tijden was het niet goed denkbaar dat ingezetenen van de koloniën burgerrechten zouden hebben (het was zelfs aanleiding om voor de Indonesiërs de interessante status van ‘onderdaan niet-Nederlander’ te scheppen, zoals A.M. Donner schreef ‘tweede rangs burgers’) – laat staan dat ze mochten meedoen aan verkiezingen op niveau van de koloniale imperia. Ook sinds de toekenning van autonomie aan de koloniën na de oorlog was het in de Nederlandse opvatting nog steeds niet goed denkbaar dat de inwoners van de koloniën kiesrecht zouden krijgen binnen het metropolitane rijkdeel. Dat lijkt eerlijk omdat het andersom ook zo werd: Nederlanders in Nederland hadden en hebben ook geen kiesrecht in de overzeese landen. Maar juist deze uitruil gaat niet op als het over andere vertegenwoordigende lichamen gaat dan alleen die instellingen van elk der landen, zoals het Europees Parlement en de rijkswetgever. Dan gaat het om samenstellende delen van een groter geheel, niet de aparte delen afzonderlijk.

5.4 Gevolgen voor Eman en Sevinger

Over het rechtsherstel heeft het Hof van Justitie niets nieuws toe te voegen aan de vaste beginselen die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. Behalve dan de aanwijzing om het in dit geval te bieden rechtsherstel te vergelijken met het rechtsherstel dat in Nederland geboden kan worden bij andere verkiezingen. Deze niets zeggende antwoorden op de vraag, zijn opnieuw gevolg van het stellen van onjuiste vragen. De Afdeling bedoelde kennelijk te vragen naar de gevolgen van een eventueel oordeel dat de weigering om Eman en Sevinger als kiezer te registreren onrechtmatig was. De Afdeling kon voorzien dat het voor het probleem zou komen te staan op welke wijze aan een eventuele, en zich daadwerkelijk verwezenlijkt hebbende, inbreuk op het EG-recht een einde zou moeten worden gemaakt.

² Zie NRC Handelsblad, 7 juli 2005, p. 7, *Aruba wil meestemmen over Europa*.

³ Zie terzake voor wat betreft de Britse kant van de zaak, A.W. Simpson, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press, 2001, in het bijzonder pp. 754-807.

Of de oplossing daarin schuilt dat ten gevolge van een regeling van het kiesrecht als thans door het Hof veroordeeld, de discriminatie wordt opgeheven door het gewraakte woonplaatscriterium te laten vervallen (en dus in de toekomst (of alsnog) verkiezingen te moeten organiseren in Aruba en de Nederlandse Antillen voor het Europees Parlement (en Tweede Kamer)), of juist door het woonplaatscriterium algemeen te maken, zou een kwestie zijn waaraan het Hof zich de vingers niet zou hebben gebrand. Wel had de Afdeling behoren te vragen of er naar Europees recht te dien aanzien door zowel de rechter als het bestuur kan worden geabstineerd van rechtsherstel, nu schadevergoeding bij gebrek van op geld waardeerbare schade niet aan de orde is, en de gebleken discriminatie alleen door de wetgever te herstellen is. De Afdeling is goed bekend met de terzake spelende problematiek. Het had ook een verheldering kunnen bieden in de problematiek rond het ongeschreven constitutionele verbod voor de rechter om de wetgever te gelasten de wet te wijzigen (HR 21 maart 2003, *Waterpakt*).

In dit verband zegt de Afdeling nog iets frappants. De keuzes die moeten worden gemaakt om de discriminatie in de kieswet op te heffen, moeten 'in beginsel' door de wetgever worden gemaakt. Maar, voegt de Afdeling daaraan toe, zij gaat 'er echter wel van uit dat de wetgever dat dusdanig tijdig zal doen dat voormelde strijdigheid voor de volgende verkiezing van de leden van het Europees Parlement is weggenomen' (r.o. 2.3.3).

Hiermee volgt de Afdeling een lijn die de Hoge Raad eerder inzette: bij een inbreuk op een fundamenteel recht, in het bijzonder bij schending van het discriminatieverbod, is de discriminatie slechts op zodanige wijze op te heffen dat daarbij belangrijke rechtspolitieke keuzes moeten worden gemaakt die in beginsel aan de wetgever moeten worden gelaten; maar wanneer de wetgever niet handelt, kan de rechter alsnog ingrijpen (vgl. HR 12 mei 1999, BNB 1999, 271, *Arbeidskostenforfait*). De wetgever wordt aldus op termijn gesteld. Is de materie niet voor de volgende verkiezing van het Europees Parlement geregeld, dan kan de Afdeling zelf voorzien in de lacune. Dit is een rechterlijk activisme dat we van de Afdeling niet gewend zijn.

Ten overvloede zij erop gewezen dat het uitschrijven van nieuwe verkiezingen volgens de Kieswet slechts mogelijk is indien bij het onderzoek van de geloofsbrieven van een gekozen kandidaat er geschillen rijzen met betrekking tot de verkiezing zelf. Bij verkiezingen voor het Europees Parlement is terzake de Tweede Kamer het bevoegde orgaan (artikel Y 25 Kieswet). Daarna is het niet meer mogelijk over te gaan tot een nieuwe stemming, zelfs als een verkiezing later voor onrechtmatig moet worden gehouden. In geval van herstemming mogen bovendien alleen kiezers deelnemen die bij de ongeldig verklaarde stemming als kiezer geregistreerd stonden (artikel V 7 jo Y 25 Kieswet). Maar het geschil rond de EP verkiezingen heeft nu juist betrekking op het feit dat Caraïbische Nederlanders niet voor die verkiezingen werden geregistreerd.

De Afdeling maakt in zijn vervolg-uitspraak duidelijk dat burgemeester en wethouders van Den Haag geen nieuwe stemming (de Afdeling spreekt per abuis van 'stemopneming') kunnen gelasten, dat de uitsluiting van het kiesrecht niet achteraf ongedaan kan worden gemaakt, en dat Eman en Sevinger evenmin een adviseur van de in Nederland gekozen leden van het Europees Parlement (en de Nederlandse regering) mogen aanwijzen omdat dit laatste disproportioneel zou zijn. Wel behoort het college van B&W te bezien op welke andere wijze aan appellanten rechtsherstel kan worden geboden. Waarin dit zou kunnen bestaan, wordt geheel in midden gelaten. We mogen verwachten dat dit op niets zal uitdraaien.⁴

5.5 Gevolgen voor het Nederlandse kiesrecht

Daarmee is het verhaal niet uit. De wetgever is aan zet. Er zijn verschillende oplossingen denkbaar. De juridisch meest voor de hand liggende is om de uitzondering voor op de Nederlandse Antillen en Aruba woonachtige Nederlanders te schrappen. Daarmee is het probleem opgelost en zullen, net als in de Franse Landen en Gebieden Overzee, verkiezingen worden gehouden voor het Europees Parlement. De feitelijke betrokkenheid en beïnvloeding van

⁴ Ten tijde van het schrijven van deze annotatie, januari 2007, hebben B&W naar verluidt nog geen besluit genomen over de kwestie van het rechtsherstel.

de Antillen en Aruba door de Europese integratie – die weliswaar in juridisch opzicht indirect, maar desalniettemin zo aanzienlijk is⁵ – wordt op die manier democratisch gelegitimeerd.

Dit past echter niet in de Nederlandse post-koloniale verhoudingen, waarin men Antillianen en Arubanen, getuige het wetgevingstraject van de Inburgeringswet en het voorontwerp Verbanning en inburgering Antillianen, lijkt te zien als lastposten die men zoveel mogelijk uit Nederland moet weren en zoveel mogelijk van de burgerschapsrechten die zij als Nederlander genieten moet ontdoen. Zij dienen zoveel mogelijk als ‘derdelander’ te worden behandeld, was de strekking van het beleid van het kabinet-Balkenende II en III (waar gelukkig op het laatste nippertje voor wat betreft de verschillende inburgeringswetten en verbanningsmaatregelen door toedoen van de Raad van State, afdeling wetgeving, een stokje voor is gestoken)⁶.

Het is daarom politiek meer voor de hand liggend om aan te nemen dat men ervoor zal kiezen het kiesrecht tot ingezetenen van Nederland te beperken, zodat men van het Antilliaans/Arubaanse probleem af is zonder schending van het discriminatieverbod. De Antillianen en Arubanen die in Venezuela en op Santo Domingo wonen, hebben dan voortaan niet meer het kiesrecht voor het Europees Parlement dat ze nu wel hebben; dat ook de Nederlanders die in Australië wonen het kiesrecht verliezen (als ze geen 10 jaar in Nederland hebben gewoond), wordt dan op de koop toe genomen.

5.5.1 Verbreking van band tussen kiesrecht voor Tweede Kamer en voor EP

Er is nog een andere dimensie verbonden met de vorige vraag: thans bestaat er een onverbreekelijke band tussen het kiesrecht voor het Europees Parlement en dat voor de Tweede Kamer. Dient men die te handhaven? Dit is een zeer principiële vraag. Schept men als het ware twee gescheiden werelden voor de democratische legitimatie van de EU-instellingen en die van de nationale instellingen, of ziet men dit als één continuüm, zoals thans in de Kieswet het geval is?

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in een andere zaak van Eman en Sevinger, namelijk over registratie voor de Tweede Kamerverkiezingen, eveneens van 21 november 2006, een stevig voorschot genomen op deze principiële zaak (zaaknummer 200607567/1 en 200607800/1). Terwijl de Afdeling het oordeel van het HvJEG dat er sprake was van een discriminatoir onderscheid tussen Nederlanders die op Aruba woonachtig zijn en degenen die elders buiten Nederland woonachtig zijn, overnam ten aanzien van de EP-verkiezingen, wees de afdeling het beroep echter af ten aanzien van Tweede Kamerverkiezingen.

De Afdeling volgt in de uitspraak over kiesrecht voor de Tweede Kamer wat betreft de klacht omtrent discriminatie de uitleg van het HvJEG niet. Terwijl de Afdeling ten aanzien van de EP-verkiezingen geen objectieve rechtvaardiging kon vinden die nog niet aan de orde kwam in Luxemburg, vindt zij die wel ten aanzien van Tweede Kamerverkiezingen.

De redenering is dat de wetgever ervoor gekozen heeft

‘te verzekeren dat alle Nederlandse staatsburgers kiesrecht voor een vertegenwoordigend lichaam hebben. Ten aanzien van ingezetenen van Aruba staat vast dat zij het kiesrecht hebben voor de Staten van hun land. De Nederlanders die niet of niet langer ingezetene zijn van Aruba ontberen, dan wel verliezen kiesgerechtigdheid voor de Staten van Aruba. In die zin is geen sprake van gelijke gevallen’.

Derhalve is de klacht van discriminatie ongegrond, zo stelt de Afdeling.

Deze redenering is niet te volgen. Ze geeft er blijk van dat de Afdeling kennelijk niet heeft willen begrijpen waar het om gaat. De Afdeling gaat er in de geciteerde passage kennelijk vanuit dat de klacht van discriminatie betrekking heeft op het feit dat het kiesrecht voor de Tweede Kamer en

⁵ Naar verwachting zal ten minste voor een aantal eilanden van de Nederlandse Antillen het EU-recht integraal van toepassing worden.

⁶ Zie over de strekking van het Voorontwerp, L.F.M. Besselink, De Binnengrenzen van het Koninkrijk, of: Het voorontwerp ‘Verbanning en Inburgering’. In: TAR Justitia – Tijdschrift voor Antilliaans Recht 2006, nr 3, pp. 70-84; meer uitvoerig ook over het voortraject van de Inburgeringswet: dezelfde, Expulsion and Integration: Erecting Internal Borders within the Kingdom of the Netherlands. – Liberty and Security in Europe. Electronic publication on: <<http://www.libertysecurity.org/article1096.html>>, juli 2006.

het kiesrecht voor Aruba (en de Nederlandse Antillen) verschillend is geregeld op het punt van ingezetenen van respectievelijk Nederland en Aruba (en de Nederlandse Antillen): ten aanzien van de eerste geldt dat de Nederlander die naar een derde land verhuist het kiesrecht (namelijk voor de Tweede Kamer) behoudt, ten aanzien van de tweede geldt dat deze het kiesrecht (namelijk voor de Staten) verliest. Dit zijn verschillende gevallen die rechtens niet gelijk behandeld hoeven te worden.

Daarmee gaat de Afdeling – net als toen zij de prejudiciële vragen stelde over de EP-verkiezingen – geheel voorbij aan de kwestie waarom het draait: bij de verkiezingen voor de rijkswetgever (te weten het meest relevante deel daarvan: de Tweede Kamer) die voor de inwoners van Aruba (en de Nederlandse Antillen) bindende wetgeving maakt, mogen op Aruba (en de Nederlandse Antillen) woonachtige Nederlanders niet meedoen aan de verkiezingen. Het gaat niet om de gescheiden werelden van kiesrecht voor landelijke wetgeving in Nederland en het kiesrecht voor landelijke wetgeving in de Caraïbische delen van het Koninkrijk. Het gaat om de verkiezingen voor de wetgever in het grotere geheel van het uit (thans) drie landen samengestelde Koninkrijk: de rijkswetgever. En de verkiezing van die rijkswetgever wordt geregeld zoals die voor het Europees Parlement. Voor de laatste bleek de regeling discriminatoir, voor de eerste is dat dan ook het geval. Dat een Australische Nederlander kiesrecht heeft voor de rijkswetgever die de regels vaststelt die in Aruba en de Nederlandse Antillen gelden, maar de Nederlandse inwoner van deze laatste twee landen niet, is zonder meer discriminatoir.

De Afdeling komt overigens tot de door haar gekozen constructie omdat zij meent dat het wel voldoende is dat er een ongekozen gevolmachtigde minister van de Caraïbische landen is die weliswaar meestemt in de Rijksministerraad, maar bij rijkswetgeving altijd overstemd kan worden, (zie artikel 12 Statuut); en dat de wel rechtstreeks gekozen Staten gerechtigd zijn de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer van ontwerpen van rijkswetten ‘bij te wonen en daarbij voorlichting te geven’ (maar nimmer mee kunnen doen aan de beslissende stemmingen over ontwerpen van rijkswetgeving, zie artikel 17 lid 2 Statuut). Men mag zijn mening geven en dat is mooi genoeg, meebeslissen over regels die in de betreffende landen gaan gelden, hoeft van de Afdeling niet. Een dergelijke redenering was voor sommigen misschien alleen denkbaar in koloniale tijden waarvan men dacht dat die lang vervlogen waren.

5.5.2 Een Straatsburgs staartje

We moeten afwachten of deze zaak Eman en Sevinger nog een Straatsburgs staartje krijgt. Als dat zo is, dan schat ik hun kansen hoog in. Er lijkt sprake te zijn van een evidente inbreuk op artikel 3 eerste Protocol EVRM. Deze bepaling in de uitleg van het EHRM vergt deelname van burgers aan *verkiezingen* (zie in plaats van vele andere zaken EHRM, 22 juni 2004, application no. 69949/01, *Aziz v. Cyprus*, r.o. 25). Daarvan is op generlei wijze sprake bij de benoeming van de gevolmachtigde minister. Bovendien maken naar Nederlands constitutioneel recht alleen organen met beslissende bevoegdheid deel uit van de wetgevende macht (zie alle stukken rond de invoering van een bindend referendum, dat wijziging van artikel 81 Grondwet noodzaakte, ook naar de mening van de Raad van State, Afdeling wetgeving). Van de wetgevende macht maken de Staten van Aruba en de Staten van de Nederlandse Antillen dus naar Nederlands staatsrecht geen deel uit. Dit is van belang nu de term ‘legislature’ in artikel 3, eerste Protocol EVRM, ‘has to be interpreted in the light of the constitutional structure of the State in question’ (EHRM, 18 februari 1999, *Matthews*, para 40) Zelfs als dat naar Nederlands recht anders zou zijn, voldoet de Kieswet niet aan de eisen die het eerste Protocol EVRM stelt. Uit de rechtspraak van het EHRM valt af te leiden dat een ‘purely consultative body’ geen ‘legislature’ in de zin van die bepaling is (onder meer, *Matthews*, para. 50). Kortom, hoog tijd om aan de koloniale regeling van de politieke zeggenschap op het punt van het kiesrecht een einde te maken.

Leonard F.M. Besselink