

Kroniek van het constitutioneel recht

Constitutie in tijden van corona

Geerten Boogaard, Michiel van Emmerik, Gert Jan Geertjes, Luc Verhey & Jerfi Uzman¹

In deze jaarlijkse kroniek van het constitutionele recht kan de aanpak van de coronacrisis vanzelfsprekend niet ontbreken, zeker niet nu er op het moment van afronding van deze kroniek een tweede lockdown dreigt. De coronacrisis neemt daarom een centrale plaats in deze kroniek in, waarbij geldt dat het gaat om een momentopname. Vanzelfsprekend proberen we ook dit jaar weer enkele constitutionele krenten uit de pap te halen, waarbij we geen volledigheid zullen nastreven.

Inleiding

Waar het andere jaren vaak zoeken is naar een rode draad voor deze kroniek, diende deze zich dit verslagjaar ongewild vanzelf aan. De aanpak van het coronavirus wierp vele belangrijke constitutionele vragen op die dan ook ruimschoots aan de orde komen. Waar mogelijk wordt ook aandacht besteed aan belangrijke constitutionele ontwikkelingen volgens vertrouwd recept.

Staatsrecht in crisistijd

De coronacrisis heeft grote gevolgen gehad voor het staatsrecht. Meteen na de uitbraak in maart zijn verschillende, ingrijpende grondrechtenbeperkende maatregelen afgekondigd. Er werden bijvoorbeeld verboden afgekondigd op respectievelijk samenkomsten en evenementen, het zich ophouden in de publieke ruimte in een groep van drie of meer personen zonder 1,5 meter afstand te houden, het zich begeven op bepaalde aangegeven locaties of gebieden, de uitoefening van bepaalde contactberoepen naast een sluiting van onder meer scholen en sport- en horecagelegenheden. Deze maatregelen beperken diverse in Grondwet en verdragen gewaarborgde grondrechten, zoals de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, de vrijheid van vergadering en betoging, de vrijheid van onderwijs, de bewegingsvrijheid en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Op dit moment is het nog te vroeg voor een evaluatie van de gekozen juridische grondslagen en de proportionaliteit van deze maatregelen. Niet duidelijk is hoe in verband met het verdere verloop van de crisis de wetgeving zich de komende maanden zal ontwikkelen. De hiernavolgende terugblik is slechts een tussenstand.

De beperkende maatregelen zijn niet gebaseerd op het op artikel 103 Grondwet gebaseerde staatsnoodrecht. Waarom dat in dit geval niet is gebeurd, is niet precies duidelijk. Aannemelijk is dat deze grondslag niet voldoende geschikt werd bevonden. In dat kader is van belang dat al vóór de crisis nagedacht werd over modernisering van het staatsnoodrecht² omdat het in deze tijd niet meer zou voldoen; de regering bevestigde dat onlangs nog eens door erop te wijzen dat onderdelen van de in het staatsnoodrecht vastgelegde noodbevoegdheden verouderd zijn, veelal niet direct kunnen worden ingezet door ministers en niet onderworpen zijn aan voldoende parlementaire controle. De huidige crisis ziet zij als een impuls de modernisering van het noodrecht voort te zetten.³ De lessen uit de huidige crisis zullen daarbij worden betrokken.⁴

In plaats van het klassieke staatsnoodrecht vormen de Wet publieke gezondheid (Wpg) in samenhang met de Wet veiligheidsregio's (Wvr) de wettelijke basis voor de

Auteurs

1. Prof. mr. G. Boogaard, mr. dr. M.L. van Emmerik, mr. G.J.A. Geertjes en prof. mr. L.F.M. Verhey zijn verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Prof. mr. J. Uzman is hoogleraar staatsrecht aan de Universiteit Utrecht. Deze kroniek bestrijkt de periode september 2019-augustus 2020, waarbij nog een enkele latere ontwikkeling kon worden meegenomen. De ruimte ontbreekt helaas om te verwijzen naar alle in het verslagjaar verschenen interessante consti-

tutionele publicaties. Met dank aan onze student-assistent Zeinab Bazzi.

Noten

2. Kamerstukken II 2017/18, 29668, 48.
3. Kamerstukken II 2019/20, 35526, 4, p. 30-31.
4. J. Vink, 'Het Nederlandse staatsnoodrecht. Wat te doen met de EHBO-trommel die niet op orde is?', *NJB* 2020/1134, afl. 18, p. 1308-1316.

huidige maatregelen. Het coronavirus is eind januari door de minister op grond van de Wpg aangewezen als een virus waarbij ernstig gevaar voor de volksgezondheid bestaat. Door die aanwijzing is een wettelijke constructie in werking getreden waarin de voorzitters van de 25 veiligheidsregio's zorgdragen voor de bestrijding van een (dreiging van een) epidemie in hun regio maar waarbij de Minister van VWS de leiding heeft; hij kan de voorzitters van de veiligheidsregio's opdragen hoe de bestrijding ter hand te nemen.⁵ De toegepaste constructie impliceert verder dat verschillende burgemeestersbevoegdheden met het oog op de crisisbestrijding bij de voorzitters van de veiligheidsregio's zijn komen te liggen.⁶ Daaronder valt ook de noodverordeningbevoegdheid ex artikel 176 Gemeentewet. De op dit moment geldende noodverordeningen van de veiligheidsregio's die sinds maart tot op de dag van vandaag gelden, zijn op deze constructie gebaseerd.⁷ Ondanks de landelijke regie blijken in de praktijk per regio overigens de nodige verschillen te bestaan.⁸

De rechtmatigheid van deze constructie als grondslag voor beperking van grondrechten is wankel.⁹ De wettelijke basis is gelet op de grondwettelijke beperkings-systematiek onvoldoende specifiek.¹⁰ Artikel 176 Gemeentewet, zoals op grond van de Wvr toegepast door de voorzitters van de veiligheidsregio's, regelt een algemene verordeningbevoegdheid die niet specifiek gericht is op de beperking van grondrechten. Noodverordeningen kunnen op die grondslag afwijken van 'andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften' maar niet van de Grondwet zelf. Daarbij komt het bezwaar dat de parlementaire

De democratische controle op dit punt is hierdoor enigszins tussen de wal en het schip geraakt

controle gering is. Anders dan bij de normale toepassing van artikel 176 Gemeentewet is er bij de vaststelling van noodverordeningen door de voorzitters van de veiligheidsregio's in de praktijk geen of slechts een zeer beperkte rol voor de gemeenteraad weggelegd.¹¹ Indirect kan via de Minister van VWS verantwoording worden afgelegd aan de Tweede Kamer maar dit is in de praktijk niet of nauwelijks gebeurd voor zover het gaat om de noodverordeningen. De democratische controle op dit punt is hierdoor enigszins tussen de wal en het schip geraakt.¹²

Na de grondwetsherziening van 1983 zijn er ontwikkelingen geweest die de strikte grondwettelijke beperkingsystematiek in beperkte mate hebben genuanceerd.¹³ Op grond daarvan achtte de Afdeling advisering van de Raad van State in haar op verzoek van de Tweede Kamer uitgebrachte voorlichting van 25 mei 2020 het verdedigbaar dat in een acute, concrete en levensbedreigende situatie, zoals het plotseling uitbreken van het coronavirus, de beperking van grondrechten gedurende een korte periode

op een globalere wettelijke grondslag berust dan de Grondwet normaal gesproken vereist. Daarbij speelt een rol, aldus de Afdeling, dat de overheid in deze crisis een, ook uit mensenrechtenverplichtingen voortvloeiende, verplichting heeft om het recht op leven te beschermen.¹⁴ Naarmate de situatie langer duurt neemt de juridische houdbaarheid van deze constructie echter af. Tegen die achtergrond werd in die weken in hoog tempo het voorstel van Tijdelijke wet maatregelen covid-19 voorbereid. Deze wet moet de specifieke beperkingsgrondslagen bieden die de Grondwet eist en daarmee de noodverordeningen van de veiligheidsregio's overbodig maken.

Het wetsvoorstel werd na het advies van de Afdeling advisering van 17 juni¹⁵ uiteindelijk, naar verluidt na uitgebreid coalitieoverleg, op 10 juli bij de Tweede Kamer ingediend.¹⁶ Hoewel de reikwijdte van het wetsvoorstel door de effecten ervan op de grondrechten van burgers en op de interbestuurlijke verhoudingen veel verder strekt dan alleen de bestrijding van het virus, is het voorstel vormgegeven als een wijziging van de Wet publieke gezondheid. De wet zou in beginsel zes maanden na inwerkingtreding moeten vervallen. Bij koninklijk besluit kan worden bepaald dat de werkingsduur met ten hoogste drie maanden wordt verlengd.¹⁷ Het wetsvoorstel herstelt in beginsel de normale bestuurlijke verhoudingen: de uitvoering van de landelijke maatregelen komen weer op gemeentelijk niveau te liggen. Indien echter gevolgen van meer dan plaatselijke betekenis aan de orde zijn, kan de minister besluiten dat de voorzitter van de veiligheidsregio in de betrokken gemeente(s) de bevoegdheden van de burgemeester overneemt.¹⁸ Voorts beoogt het wetsvoorstel de parlementaire betrokkenheid bij de vaststelling van maatregelen te verstevigen.¹⁹

Het verreweg grootste deel van het wetsvoorstel betreft een specifiek wettelijk kader voor het treffen van grondrechtenbeperkende maatregelen.²⁰ Zo wordt een wettelijke basis gecreëerd voor de veilige afstand ('de 1,5 meter'), een verbod op groepsvorming op bepaalde plaatsen (met in de wet geregelde uitzonderingen) en beperkingen op de openstelling van publieke plaatsen (horeca, sportscholen en culturele instellingen) en evenementen (optochten, voorstellingen, wedstrijden, herdenkingsplechtigheden etc.). Voorts bevat het grondslagen voor regels met betrekking tot specifieke onderwerpen zoals hygiëne-maatregelen en de uitoefening van contactberoepen, zorgplichten voor degenen die op publieke en besloten plaatsen bevoegd zijn om voorzieningen te treffen (met inbegrip van kerkgebouwen, moskeeën en synagogen) en bevoegdheden van de burgemeester om ter zake bevelen te geven. Met het oog op het huisrecht is de woning van de voorgestelde maatregelen uitgezonderd. Naast algemene gedragsvoorschriften bevat het wetsvoorstel sector-specifieke bepalingen met betrekking tot zorglocaties, personenvervoer, onderwijsinstellingen en kinderopvang.²¹ Voor bijna al deze voorschriften geldt dat, na een voorhangprocedure bij beide Kamers van één week,²² bij ministeriële regeling kan worden bepaald of en zo ja, in hoeverre en onder welke voorwaarden zij op een bepaald moment gelden. Voor onvoorziene en/of urgente situaties bevat het wetsvoorstel twee vangnetbepalingen.²³

De regering is van oordeel dat met dit wetsvoorstel 'een optimale balans wordt gevonden tussen enerzijds de

noodzaak van snelheid en flexibiliteit van handelen en anderzijds de noodzaak van democratische legitimatie en waarborgen voor de bescherming van grondrechten.²⁴ Over de vraag of de regering daarin geslaagd is, blijken de meningen inmiddels sterk verdeeld. Dat spitst zich vooral toe op de parlementaire betrokkenheid bij de vaststelling van de op de wet gebaseerde ministeriële regelingen. De regering stelt zich hier (met steun van de Afdeling advisering)²⁵ op het standpunt dat het wetsvoorstel gelet op de Grondwet een voldoende specifieke regeling bevat en dat de bijzondere omstandigheden van dit moment rechtvaardigen dat binnen de bandbreedte van de wet bij ministeriële regeling snel en flexibel moeten kunnen worden op- en afgeschaald.²⁶ Daarbij benadrukt zij dat de parlementaire betrokkenheid – naast het feit dat het parlement als medewetgever de wet zélf (met de daarin neergelegde grondslagen) vaststelt – in het wetsvoorstel op diverse wijzen vorm krijgt: de voorhangprocedure voorafgaand aan de vaststelling van ministeriële regelingen, een maandelijks rapportageplicht aan beide Kamers en het vooraf voorleggen aan de Kamers van het koninklijk besluit tot verlenging of vervallenverklaring van de wet.²⁷ Volgens critici gaat dit echter niet ver genoeg en is het wetsvoorstel met

de daarin voorgestelde delegatie aan de minister in strijd met het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het primaat van de wetgever. Het parlement zou daarom de bevoegdheid moeten hebben om de voorziene ministeriële regelingen te bekrachtigen.²⁸ Ook is er kritiek geuit op de ruime vangnetbepalingen op grond waarvan in geval van spoed kan worden teruggegrepen op de noodverordeningbevoegdheid van de voorzitters van de veiligheidsregio's²⁹ en, mede naar aanleiding van het debat over de schending van de 1,5 meter-regel tijdens de bruiloft van de Minister van JenV, op het feit dat overtreders van de wet een strafblad krijgen.³⁰ Inmiddels heeft het kabinet gehoor gegeven aan een luide roep uit de Tweede Kamer en voorgesteld het strafblad bij coronaboetes te laten vervallen.³¹

Ten tijde van het schrijven van deze kroniek was het wetsvoorstel nog niet door de Tweede Kamer aanvaard. Inwerkingtreding is op dit moment nog voorzien per 1 november a.s. Het wetgevingsproces is ernstig vertraagd omdat de coronawet in toenemende mate doelwit is geworden van maatschappelijk verzet tegen de geldende maatregelen. Dat heeft zich vertaald in groeiende kritiek op het wetsvoorstel vanuit de Tweede Kamer. Ook steun van de coalitie leek niet langer vanzelfsprekend.³² Intus-

5. Art. 7 lid 7 Wpg.

6. Art. 39 Wvr.

7. De noodverordeningen zijn tussentijds diverse malen gewijzigd. Per 1 juni is sprake van een versoepeling in verschillende opzichten. Deze aanpassingen blijven hier verder buiten beschouwing. Datzelfde geldt weer voor de wijzigingen ter voorkoming van een tweede lockdown. Zie ook nader M.A.D.W. de Jong, 'Onder druk wordt alles vloeibaar. Over noodverordeningen en het wetsvoorstel Tijdelijke wet maatregelen covid-19 in relatie tot de persoonlijke levensfeer', *TvCR* 2020, afl. 4 (te verschijnen). Vgl. ook A.C. Hendriks & P.B.C.D.F. Sasse van Ysselt, 'Gezondheidsrechtelijke aspecten van corona', *TvCR* 2020/3, p. 262-282; en A. Vleugel, 'De beperkingen van de godsdienstvrijheid door middel van 'corona-noodverordeningen' zijn rechtmatig', *TvCR* 2020/3, p. 290-300.

8. J.E. Esser & G. Boogaard, '25 kapiteins, 1 vloot. Differentiatie, deconcentratie en decentralisatie in de Covid-19 noodverordeningen', *NJB* 2020/1445, afl. 23, p. 1644-1651.

9. Hierover bestaat met kleine nuances brede overeenstemming in de literatuur. Zie A.J. Wierenga, A.E. Schilder & J.G. Brouwer, 'Aanpak coronacrisis niet houdbaar', *NJB* 2020/1135, afl. 18, p. 1317; J. Uzman, 'De wereld staat in brand – Mensenrechten in tijden van COVID-19', *NJCM-Bull.* 2020, nr. 2, p. 143-147; J.L.W. Broeksteeg, 'Voorschriften of gebreken. Tekortkomingen van noodverordeningen', in: A.W. Heringa & J. Schinkelshoek (red.), *Coronacrisis. Rechtsstaat en*

democratie, een eerste balans, Montesquieu-reeks nr. 14, p. 41-50; M. Stremmer, 'Grondrecht als vrijblijvende suggestie? Grondwet en coronacrisis', in: idem, p. 51-60.

10. Het EVRM en het EU-Handvest kennen niet een zo strikte legaliteitsis. Wel kan de vraag rijzen in hoeverre gelet op de geldende verdragen de maatregelen op alle punten proportioneel zijn. Zie A.C. Hendriks, 'Nood breekt wet in tijden van corona. Maar moeten we ons ook zorgen maken over onze rechtsstaat?', *NJB* 2020/880, afl. 14, p. 948-955.

11. Art. 40 lid 1 en 3 Wvr. In de loop van de crisis is echter in veel regio's overgegaan tot enigerlei vorm van tussentijdse verantwoording door de voorzitters van de veiligheidsregio's.

12. Voorlichting d.d. 25 mei 2020, par. 11, antwoord op vraag 4.

13. Voorlichting d.d. 25 mei 2020, par. 7 (met verwijzing naar vindplaatsen in wetgevingsgeschiedenis en literatuur).

14. Op grond van art. 2 EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak van het EHRM. Voorlichting Afdeling advisering over de grondrechtelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen d.d. 25 mei 2020, no. W04.20.0139/II/Vo par. 11, antwoord op vragen 1 en 2. Kritisch hierover R.A.J. van Gestel, 'De rechtsstaat in discussie', *Regel/Maat* 2020, afl. 4, p. 270.

15. *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, 4.

16. *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, 1-3. In de toelichting wordt ook uitvoerig ingegaan op de consultatiereacties. Deze blijven hier verder buiten beschouwing.

17. Art. VIII.

18. Art. 58d.

19. Art. 58c lid 2. Zie ook art. 58t.

20. Art. 58f-n.

21. Art. 58o-r.

22. Deze procedure hoeft echter niet te worden gevolgd in spoedeisende gevallen. Zie art. II.

23. Art. 58s lid 1 en 2.

24. *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, 3, p. 7.

25. *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, 4, p. 4, 7-8 en 12.

26. Daarbij verwijst de regering naar het algemeen wetgevingsbeleid dat delegatie naar het niveau van de ministeriële regeling toestaat bij voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en bij voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld. Zie Aanwijzing 2.24 lid 1 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

27. *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, 3, p. 8-9.

28. Zie o.a. W. Voermans, Position Paper d.d. 21 augustus 2020 (2020 D32129) ten behoeve van hoorzitting/rondetafelgesprek Tijdelijke wet maatregelen covid-19 d.d. 4 september 2020. Zie voorts G. Boogaard, Position paper d.d. 31 augustus 2020 (2020 D32877) ten behoeve van hoorzitting/rondetafelgesprek Tijdelijke wet maatregelen covid-19 d.d. 4 september 2020 en eerder met ook andere kritiekpunten W. van der Werf, 'Coronawet: middel veel erger dan de kwaal', *Adv.bl.* 2020, p. 58-61. Bij het afsluiten van deze kroniek

staat de Tweede Kamer op het punt een breed gedragen amendement tot opname van de bekrachtigingsbevoegdheid te aanvaarden, zij het dat in spoedeisende gevallen daarvan kan worden afgeweken.

29. Art. 58s. Zie A.J. Wierenga, Position paper d.d. 31 augustus (2020 D32879) ten behoeve van hoorzitting/rondetafelgesprek Tijdelijke wet maatregelen covid-19 d.d. 4 september 2020 en eerder (naar aanleiding van een eerdere versie van het voorstel) de Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, 4, p. 22-23.

30. *Handelingen II* 2019/20, 96-7 p. 1-71. Zie eerder het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, 4, p. 28.

31. Nota van wijziging bij wetsvoorstel Tijdelijke wet maatregelen covid-19, art. 68bis (onderdeel B, onder 3).

32. Zelfs niet bij de indianers. Zie Laurens Boven en Sophie van Leeuwen, *Stilte op het Binnenhof. Politiek in coronatijd*, Amsterdam: Balans 2020 waarin de auteurs minister Grapperhaus, medeondertekenaar van het wetsvoorstel, over de afgelopen periode aan het woord laten. Zij merken op: 'Dat een wet democratischer is dan een noodverordening wordt buiten het Binnenhof zo niet waargenomen. Grapperhaus haalt er zijn schouders over op: "Als mensen het niet willen, dan gaan we gewoon door met die noodverordeningen"' (p. 139).

Het wetgevingsproces is ernstig vertraagd omdat de coronawet in toenemende mate doelwit is geworden van maatschappelijk verzet tegen de geldende maatregelen

sen is al die maanden gewerkt met de noodverordeningen. Tot nog toe zijn deze bij de rechter in stand gebleven. De Haagse kortgedingrechter heeft de vordering van de Stichting Viruswaarheid om de noodverordeningen in te trekken, afgewezen; het EVRM eist geen wet in formele zin als grondslag voor grondrechtenbeperkingen maar of dat op dat moment ook nog geldt voor de Grondwet is een vraag die de rechter hier onbesproken heeft gelaten.³³ Voorts vond de Amsterdamse kortgedingrechter dat er onvoldoende reden was om te concluderen dat de in de Amsterdamse noodverordening vastgelegde mondkapjesplicht 'onmiskendbaar onverbindend' was; over of hier sprake is van een ontoelaatbare inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van artikel 10 Grondwet werd immers onder staatsrechtgeleerden verschillend gedacht.³⁴

Een spoedwet die het *Staatsblad* wel snel gehaald heeft is de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid.³⁵ Deze wet regelt de buitenwerkingstelling van voorprocedures bij gedelegeerde regelgeving indien 'terstond inbrekende onaanvaardbare gevolgen van COVID-19' daartoe noodzakelijk.³⁶ Verder verankert deze wet de mogelijkheid om in verband met de uitbraak van COVID-19 in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke gerechtelijke procedures de zaak mondeling te behandelen door middel van telefonie, videoverbindingen of andere audiovisuele middelen in gevallen waarin een fysieke zitting niet mogelijk is.³⁷ Deze wet zou gelden tot 1 september 2020 maar is verlengd tot 1 oktober 2020³⁸ en inmiddels verder verlengd tot 1 december 2020.³⁹

Staatsrecht en politiek

Op het terrein van het politieke staatsrecht hebben zich het afgelopen kroniekjaar veel turbulente ontwikkelingen voorgedaan. Uiteraard zijn ook de meeste van die ontwikkelingen veroorzaakt door de uitbraak van het coronavirus. Vrijwel meteen na de afkondiging van de 'intelligente lockdown' op 13 maart 2020 kwamen de gebruikelijke parlementaire werkzaamheden voor een belangrijk deel stil te liggen.

In dat kader had de Raad van State op verzoek van de Eerste Kamer op 16 april 2020 een voorlichting gepubliceerd over de mogelijkheden om plenaire vergaderingen digitaal te laten plaatsvinden. Hij stelde daarin dat het vereiste van de openbaarheid van de plenaire vergaderingen van de Staten-Generaal (artikel 66 lid 1 Grondwet) 'in bijzondere omstandigheden' ruimte laat voor dergelijke digitale verhoudingen. De Raad merkte daarbij wel op dat dit alleen mogelijk is voor zover hierover onder de betrokken staatsorganen, dus de regering en de Tweede respectievelijk de Eerste Kamer, 'een hoge mate van consensus' bestaat.⁴⁰

Een dergelijke consensus bleek echter ten enenmale afwezig onder de betrokken organen. Bijgevolg gingen de

plenaire vergaderingen van de Staten-Generaal (voor de Eerste Kamer) niet door tot en met april respectievelijk nam (voor de Tweede Kamer) hun aantal in frequentie sterk af, waarbij de meeste vergaderingen tot 14 mei 2020 in hoofdzaak nog gingen over de uitbraak van het coronavirus en de gevolgen daarvan voor de samenleving. Niettemin kreeg het democratische proces daarna in steeds vertrouwde vorm weer doorgang. In grote lijnen is dat ook de constatering van de auteurs van een recente bundel onder de titel *Coronacratie* over de invloed van de coronacrisis op het bestuur in Nederland en Europa.⁴¹

Maar ook sindsdien moeten de beide Kamers zich in hun dagelijkse werk nog altijd conformeren aan de eisen die het 'nieuwe normaal' aan bijeenkomsten stelt. Zo vergadert de Eerste Kamer nog altijd zonder publiek in de Ridderzaal, omdat het in haar eigen vergaderzaal niet mogelijk is om de leden 1,5 meter afstand van elkaar te laten houden. Belangstellenden zijn nog altijd aangewezen op een *livestream* om de vergaderingen van deze Kamer te volgen. In de Tweede Kamer bleven verder na mei aparte werkafspraken gelden voor de aanvraag van hoofdelijke stemmingen.⁴² De belangrijkste van die afspraken heeft betrekking op de aanvraag van hoofdelijke stemmingen. Hoewel ieder individueel Kamerlid een hoofdelijke stemming kan aanvragen (artikel 67 lid 4 Gw), verloopt een dergelijke aanvraag vooralsnog anders dan in het 'oude normaal'. In de eerste plaats moeten hoofdelijke stemmingen van tevoren worden aangekondigd. Als het verder tijdens een stemming noodzakelijk blijkt om een hoofdelijke stemming te houden, dan moet die hoofdelijke stemming op een ander moment plaatsvinden. Op basis van die afspraak is het mogelijk om te organiseren dat alle 150 Kamerleden bij een hoofdelijke stemming aanwezig kunnen zijn.

In de praktijk blijken de werkafspraken ook voor de Kamer zelf te kunnen wringen. Dat bleek toen PVV-fractievoorzitter Geert Wilders op 12 augustus 2020 midden in het zomerreces van de Tweede Kamer, in weerwil van de gemaakte werkafspraken meteen een hoofdelijke stemming afdwong over een motie voor betere salariering van zorgpersoneel.⁴³ Op zichzelf was dat al opvallend, omdat ook al voor het reces drie keer over een motie van deze strekking in de Tweede Kamer was gestemd, waarbij in geen van deze gevallen een meerderheid van de Kamer voor stemde.⁴⁴ Vlak voor de stemming over de motie-Wilders bleek een groot deel van de Kamerleden van de coalitie zich te hebben afgemeld, waardoor niet was voldaan aan het door artikel 67 lid 1 Grondwet vereiste quorum om deze stemming doorgang te laten vinden.⁴⁵ Hoewel er later schande van werd gesproken dat een groot aantal coalitie-Kamerleden zich aan deze stemming had onttrokken, was het voornemen om op dat moment tot hoofdelijke stemming over te gaan, in strijd met de in de Kamer gemaakte werkafspraken.

Een opvallende gebeurtenis was verder dat Minister van Justitie & Veiligheid Grapperhaus, die tot voor kort doorging als een van de meest rechtlijnige hoeders van het coronabeleid van het kabinet, in opspraak kwam over zijn persoonlijke omgang met de coronaregels. Grapperhaus kwam in politieke moeilijkheden na de publicatie van foto's waarop was te zien dat de '1,5-meterregel' op Grapperhaus' bruiloft in augustus 2020 geregeld niet in acht was genomen. Hoewel de minister na het debat hierover kon aanblijven,⁴⁶ kan dit incident wel blijvende gevolgen hebben voor zijn positie. Opmerkelijk zijn in dat verband ook de scherpe uitlatingen van oud-president van de Hoge Raad Geert Corstens hierover. Op 6 september 2020 betoogde hij in het tv-programma *Buitenhof* dat een minister die voortdurend propageert dat burgers zich aan de regels dienen te houden onder deze omstandigheden niet langer geloofwaardig kan functioneren: 'Er zijn wel bewindslieden voor minder afgetreden', zo stelde hij.

Los van de rechtstreekse gevolgen van de uitbraak van de coronacrisis vroeg de Raad van State aandacht voor de geldende 'spelregels' in de verhouding tussen Kamerleden, ministers en ambtenaren in een ongevaagd advies van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid (artikel 42 lid 2 Grondwet).⁴⁷ In het advies stelt de Raad dat het 'samenspel' tussen Kamerleden, ministers en ambtenaren hapert. In de eerste plaats constateert de Raad dat er nog 'veel' valt te verbeteren op het gebied van de correcte en tijdige informatievoorziening aan de Kamers. Voor een adequaat functioneren van de ministeriële verantwoordelijkheid is uiteraard van eminent belang dat de Tweede Kamer steeds over de informatie beschikt op basis waarvan een effectieve controle-uitoefening mogelijk is. Daartoe dient onder meer de informatiehuishouding op de departementen te worden verbeterd. Ook zou er iets meer ruimte moeten

De Raad meent dat de huidige 'incidentgedreven en persoonsgerichte verantwoordingscultuur' een goed functioneren van de ministeriële verantwoordelijkheid bemoeilijkt

komen voor rechtstreeks contact tussen Kamerleden en ambtenaren.

Aan de andere kant meent de Raad dat ook de huidige 'incidentgedreven en persoonsgerichte verantwoordingscultuur' een goed functioneren van de ministeriële verantwoordelijkheid bemoeilijkt. Als de Kamer een bewindspersoon ter verantwoording roept voor een (mogelijke) fout, staat het debat daarover volgens de Raad te veel in het teken van de vraag bij wie de schuld ligt en wat de persoonlijke consequenties daarvan zouden moeten zijn. Voor ministers groeit daardoor het afbreukrisico, die daardoor in toenemende mate in de verleiding komen om zich eerder van bepaalde zaken afzijdig te houden en fouten bij anderen neer te leggen. Ook de ambtelijke diensten hebben, zo betoogt nog steeds de Raad, hieronder te lijden, vooral wanneer een bewindspersoon onder druk van deze verantwoordingscultuur niet meer opkomt voor zijn ambtenaren. Soms gaat een minister zelfs zover om zijn ambtenaren in het openbaar af te vallen. Een wel heel kras voorbeeld daarvan betreft de beslissing van Staatssecretaris van Financiën Van Huffelen (D66) in mei van dit jaar om wegens de misstanden in de zogeheten Toeslagenaffaire⁴⁸ aangifte te

33. Rb. Den Haag (vzr.) 24 juli 2020, *NJF* 2020, 287, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856.

34. Rb. Amsterdam (vzr.) 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057. Kritisch hierover T. Barkhuysen, 'Grondwet ten onrechte monddood bij debat mondkapjesplicht', *NJB* 2020/2004, afl. 30, p. 2227. Zie ook J.M.H.F. Teunissen, 'Gemeentelijke mondkapjesplicht ongrondwettig?', *Gemeentestem* 2020/104, p. 515.

35. Wet van 22 april 2020, (*Stb.* 2020, 124).

36. Art. 1. Dat betreft onder meer de toepassing van Afdeling 3.4 bij algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen.

37. Art. 2. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35434, 3, p. 4 e.v.

38. Besluit van 27 augustus 2020 tot wijziging van enkele vervaldata van wettelijke voorzieningen die zijn getroffen in verband met de uitbraak van COVID-19 (*Stb.* 2020, 304). Zie verder art. 35 lid 3.

39. Besluit van 28 september 2020 tot

wijziging van enkele vervaldata van wettelijke voorzieningen die zijn getroffen in verband met de uitbraak van COVID-19 (*Stb.* 2020, 364)

40. Voorlichting van de Raad van State in verband met het functioneren van de Eerste Kamer in tijden van de coronacrisis d.d. 16 april 2020. Zie voor verschillende opvattingen hierover o.a. P.P.T. Bovend'Eert, 'Vergaderen in het parlement tijdens de coronacrisis', *NJB* 2020/1051, afl. 17, p. 1229-1231; W. Voermans, 'Voorlichting Raad van State over digitaal vergaderen vliegt uit de bocht', 23 april 2020, wimvoermans.wordpress.com (geraadpleegd op 6 oktober 2020).

41. A.W. Heringa & J. Schinkelshoek (red.), *Coronacratie*, Den Haag: Montesquieu Instituut 2020.

42. Zie de brief van de Tweede Kamervoorzitter Khadija Arib d.d. 13 mei 2020 www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/brief_voorzitter_13-5_inzake_verruiming_werkzaamheden_tweede_kamer.pdf.

43. *Kamerstukken II* 2019/20, 25295, 480.

44. *Handelingen II* 2019/20, nr. 86, item 26, p. 1 (23 juni 2020); *Handelingen II* 2019/20, nr. 83, item 29/32/35 (16 juni 2020); *Handelingen II* 2019/20, nr. 80, item 22, p. 3 (9 juni 2020).

45. *Handelingen II* 2019/20, nr. 93, item 6, p. 2 (12 augustus 2020).

46. *Handelingen II* 2019/20, nr. 96, item 7 (2 september 2020).

47. Raad van State, ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid, d.d. 15 juni 2020, no. W04.20.0135/I. Zie de bijdragen van L.F.M. Verhey, J.Th. van den Berg, A.W. Heringa, R. Bekker, K. Yesilgakit, B. van den Braak, A. Bos & J. van den Bos in het themanummer over dit advies in *De Hofvijver* 31 augustus 2020, beschikbaar via www.montesquieu-instituut.nl. Kritisch over het advies W. Voermans, 'Als je de Kamer 22 keer in 7 jaar niet of onvoldoende informeert, is dat dan een patroon?' van 22 juni 2020, beschikbaar via wimvoermans.wordpress.com met een reactie van J.Th.J. van den Berg, 'Rumoer in de staats-

rechtelijke gelederen, maar waarover eigenlijk?', *De Hofvijver* 31 augustus 2020, beschikbaar via www.montesquieu-instituut.nl (geraadpleegd op 6 oktober 2020).

48. De Toeslagenaffaire heeft betrekking op de – naar later bleek onrechtmatige – stopzetting in september 2014 van het voorschot kinderopvangtoeslag 2014 dat verschillende ouders maandelijks ontvingen na een onderzoek van het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF; de betreffende ouders zijn later 'CAF-11-ouders' genoemd naar het zaaknummer van de groep ouders waarbij een vermoeden van fraude door het CAF werd onderzocht). Veel van deze ouders werden zwaar gedupeerd door de stopzetting van de toeslag en de terugvordering van de bedragen die zij reeds hadden ontvangen. Zie nader het eindadvies *Omzien in verwondering* 2 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 31066, 608) van de commissie-Donner, die deze kwestie onderzocht.

doen van 'knevelarij' en 'beroepsmatige discriminatie'⁴⁹ tegen de Belastingdienst. De Raad meent dat de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid kan worden verbeterd door zuinig te zijn op ambtelijk vakmanschap en door niet te snel taken bij onafhankelijke instellingen zoals zelfstandige bestuursorganen neer te leggen omdat dat de mogelijkheid van democratische controle te veel beperkt.

In het verlengde van deze aandacht voor de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid ligt de discussie over de reikwijdte van het inlichtingenrecht (artikel 68 Gw). In 2019 verscheen een nieuwe notitie van de (toenmalige) Minister van Binnenlandse Zaken Knops over het laatstgenoemde onderwerp, nadat hierover eerder al in 2002 en 2016 notities verschenen waren. In de brief uit 2019 stelde Knops dat 'stukken die zien op intern beraad geen onderdeel worden gemaakt van het debat met de Kamer'.⁵⁰ Op die manier wordt verzekerd, aldus Knops, dat ambtenaren in alle vrijheid advies kunnen leveren aan de minister over het beleid. Op dit punt sluit Knops aan bij artikel 11 lid 1 Wob, op basis waarvan verstrekking van documenten ten behoeve van intern beraad niet zonder meer mogelijk is.

Voor de vaste Kamercommissie voor Financiën vormde de verschijning van deze brief aanleiding om vier hoogleraren advies te laten uitbrengen over de reikwijdte van artikel 68 Grondwet.⁵¹ Zij betoogden daarin dat de Wob en de Grondwet twee verschillende grondslagen vormen voor het aanvragen van informatie die in beginsel niets met elkaar van doen hebben. Dat betekent volgens hen dat documenten ten behoeve van intern beraad niet *a priori* van het bereik van artikel 68 Grondwet kunnen worden uitgesloten. Andere auteurs betwisten deze redenering daarentegen op basis van de gedachte dat de Wob en artikel 68 Grondwet niet los van elkaar kunnen worden gezien⁵² dan wel dat artikel 68 Grondwet niet de vormen voorschrijft waarin informatie aan de Kamer moet worden verstrekt en dat de lezing van de vier hoogleraren aan een goed realiseerbare praktijk van informatievoorziening in de weg staat.⁵³

Ten slotte trok ook de onderlinge relatie tussen de beide Kamers van de Staten-Generaal de aandacht. Opnieuw bleek daarbij ongemak over de geldende constitutionele verhoudingen de rode draad te zijn. De aanleiding daarvoor was de aanneming door de Eerste Kamer van de (derde) motie-Kox c.s., waarin zij het kabinet opriep de jaarlijkse huurverhoging in de sociale en vrije huursector voor dit jaar te verbieden (de zogeheten 'huurstop') ter verzachting van de financiële problemen die veel huur-

ders als gevolg van de coronacrisis hadden ondervonden.⁵⁴ Het was daarmee voor het eerst in ruim honderdveertig jaar voorgekomen dat de Eerste Kamer een motie met het dictum 'afkeuring' had aangenomen. Anders dan doorgaans gebruikelijk is bij moties met het dictum 'afkeuring', maakte indiener Kox wel duidelijk dat deze motie niet was gericht op het aftreden van de minister.⁵⁵ Van een 'echte' motie van wantrouwen was in dit geval daarom geen sprake. Niettemin bleef minister Ollongren vasthouden aan het eerder door haar ingezette beleid. Voorlopig wacht de Eerste Kamer de aanvullende voorstellen van de minister met het oog op de bescherming van de huurders af, die in de aanloop naar Prinsjesdag werden gedaan, voordat zij het debat wil voortzetten.⁵⁶ Vooralsnog lijkt deze kwestie zo met een sisser af te lopen. Niettemin is in de literatuur gewezen op de mogelijke gevolgen van een dergelijke opstelling. Als de Eerste Kamer vaker de confrontatie met een bewindspersoon zoekt op een terrein waarover de Tweede Kamer eerder een ander (politiek) standpunt heeft ingenomen, bestaat er het risico dat de Eerste Kamer zich gaat ontwikkelen tot een in de woorden van Schutgens 'rechtstreekse politieke concurrent van de Tweede Kamer'.⁵⁷ In dat geval, zo vervolgt hij, 'zal uiteindelijk de vraag rijzen of het staatsbestel niet méér zou zijn gediend met haar afschaffing'.

Grondwet

Op dit moment zijn er diverse voorstellen tot wijziging van de Grondwet bij de Staten-Generaal in behandeling.⁵⁸ In tweede lezing gaat het om de opnemings in de Grondwet van het recht op een eerlijk proces,⁵⁹ een algemene bepaling ('De Grondwet beschermt de grondrechten en de democratische rechtsstaat')⁶⁰ en de modernisering van het brief-, telegraaf- en telefoongeheim.⁶¹ Nu deze voorstellen in eerdere edities van deze Kroniek uitgebreid zijn besproken, laten wij ze nu even links liggen.

In eerste lezing bij de Tweede Kamer is aanhangig het initiatiefvoorstel van de leden Verhoeven en Jetten (beiden D66) tot verankering van het lidmaatschap van de Europese Unie in de Grondwet. Volgens de initiatiefnemers is het belang van het lidmaatschap van de Europese Unie voor Nederland zó groot dat een verankering daarvan in onze Grondwet niet mag ontbreken. In reactie op het rapport van de staatscommissie Parlementair Stelsel (de commissie-Remkes) is voorts een voorstel tot wijziging van de procedure tot Grondwetswijziging ingediend.⁶² Het voorstel is om in tweede lezing de Verenigde Vergadering met een tweederdemeerderheid te laten beslissen. Op

Als de Eerste Kamer vaker de confrontatie met een bewindspersoon zoekt op een terrein waarover de Tweede Kamer eerder een ander (politiek) standpunt heeft ingenomen, bestaat er het risico dat de Eerste Kamer zich gaat ontwikkelen tot een in de woorden van Schutgens 'rechtstreekse politieke concurrent van de Tweede Kamer'

deze wijze kan worden voorkomen dat een kleine minderheid in de Eerste Kamer in de tweede lezing een meerderheid in de Tweede Kamer kan overrulen, terwijl het achterliggende idee van de ontbinding van de Tweede Kamer voor de eerste lezing nu juist is dat de kiezer zich over dit voorstel tot wijziging kan uitspreken. Dit idee zou teniet worden gedaan als een kleine minderheid in de Senaat deze wijziging kan tegenhouden. In dat licht is ook relevant een voorstel tot verlenging van de zittingsduur van de Eerste Kamer van vier naar zes jaar, waarbij om de drie jaar beurtelings 38 en 37 Eerste Kamerleden worden vervangen.⁶³ Als deze wijziging wordt gerealiseerd, wordt teruggegaan naar de situatie van voor de Grondwetwijziging 1983. Op deze manier kan ook zoveel mogelijk worden voorkomen dat de politieke samenstelling van de Eerste Kamer afwijkt van die van de Tweede Kamer. Het voorstel gaat in tegen het advies van de staatscommissie Parlementair Stelsel die als belangrijk nadeel van deze wijziging zag dat kleinere partijen minder kans zouden hebben in de Eerste Kamer te komen en dat het langer duurde voordat de uitslag van de Provinciale Statenverkiezingen zich vertaalde in die van de senaat.

Daarnaast is in eerste lezing bij de Eerste Kamer aangevraagd een voorstel tot wijziging van artikel 55 Grondwet, zodat Nederlanders woonachtig in het buitenland via een apart op te richten kiescollege toch invloed kunnen uitoefenen. Die invloed bestaat immers nu nog niet, aangezien genoemde Nederlanders niet stemgerechtigd zijn voor de provinciale staten.⁶⁴ De regering passeerde hierbij het kritische advies van de Raad van State die het voorstel onvoldoende onderbouwd vond, zeker gezien het feit dat de uitsluiting van dit kiesrecht van in het buitenland wonende Nederlanders de afgelopen decennia nauwelijks in discussie is geweest.

De Tweede Kamer stemde op 22 september 2020 in met het initiatiefwetsvoorstel correctief referendum dat in januari 2019 in het verlengde van het rapport van de staatscommissie Parlementair Stelsel door Tweede Kamerlid Van Raak (SP) was ingediend.⁶⁵ Ook regeringspartijen D66 en ChristenUnie stemden in. In het debat werd onder meer veel aandacht besteed aan de te introduceren geldigheidsdrempel. De commissie-Remkes stelde voor dat ten minste een derde van het aantal stemge-

rechtigden een tegenstem moet hebben uitgebracht voor de rechtsgeldigheid van het referendum. De ChristenUnie bepleitte een hogere drempel en diende daartoe een amendement in dat is aangenomen. Na aanvaarding van het amendement wordt in artikel 89d Grondwet een uitkomstdrempel van de meerderheid (de helft +1) van het aantal bij de meest recent gehouden Tweede Kamerverkiezingen uitgebrachte stemmen vastgelegd. Uitgangspunt van de indiener is dat het bindend correctief referendum als een aanvulling op de representatieve democratie functioneert. Het corrigeren van een parlementaire meerderheidsbeslissing is alleen te aanvaarden als een substantieel deel van de kiesgerechtigde bevolking zich erover uitspreekt. Het instrument zal niet lichtvaardig moeten worden ingezet, toepassing ervan behoort een uitzondering te zijn. Het referendum moet immers geen inbreuk maken op het representatieve stelsel, maar de kiezers de mogelijkheid geven aan de noodrem te trekken als dit stelsel in hun ogen niet goed functioneert, aldus de indiener.⁶⁶

Het alweer tien jaar aanhangige initiatiefwetsvoorstel tot verruiming van de discriminatiegronden in artikel 1 van de Grondwet is op 30 juni 2020 met ruime meerderheid aanvaard door de Tweede Kamer en ligt nu voor eerste lezing in de Eerste Kamer.⁶⁷ Het voorstel behelst een uitbreiding van het aantal met name genoemde gronden, te weten handicap en seksuele gerichtheid (waar in het oorspronkelijke voorstel nog werd gesproken van homo- of heteroseksuele gerichtheid). Met de toevoeging van deze twee gronden (naast de andere reeds uitdrukkelijk genoemde gronden, namelijk godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en geslacht) beogen de indieners een sterk signaal af te geven, enerzijds als bevestiging wat er op deze terreinen reeds bereikt is als het gaat om participatie maar anderzijds ook om de inspanningen te bewaken en verder voort te zetten. Ten slotte is sinds begin 2019 aanhangig bij de Tweede Kamer een initiatiefwetsvoorstel ingediend door de leden Wilders en Bosma (PVV), dat beoogt mensen met een dubbele nationaliteit uit te sluiten van het kiesrecht voor de Tweede Kamer en daarnaast voor een aantal ambtsdragers te bepalen dat ze geen dubbele nationaliteit mogen hebben.⁶⁸ Verder is ingediend een vrij technisch voorstel tot

49. Aanvankelijk had toenmalig staatssecretaris Snel geweigerd om aangifte te doen tegen de ambtenaren van de Belastingdienst, omdat hij meende dat er geen aanwijzingen voor waren dat zij ambtsmisdriven hadden gepleegd. Minister van Financiën Hoekstra besloot echter een *second opinion* aan te vragen over de vraag of het doen van aangifte tegen de Belastingdienst toch opportuun is. Zie *Handelingen II 2019/20*, 40, item 4, p. 1 (14 januari 2020). Nadat de daarvoor gevraagde expert, de advocaat H.J. Biemond, op 19 mei 2020 zijn duurbetaalde advies hierover naar buiten bracht om van deze misstand aangifte te doen, besloot staatssecretaris Van Huffelen nog diezelfde dag conform dit

advies aangifte te doen. Zie 'Aangifte tegen Belastingdienst slaat in als een bom', *NRC Handelsblad* 19 mei 2020.

50. *Kamerstukken II 2019/20*, 28362, 23, p. 2.

51. P. Bovend'Eert, H. Kummeling, S. Munneke & W. Voermans, 'De reikwijdte van artikel 68 Grondwet' (wetenschappelijke factsheet), januari 2020, te raadplegen via www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2020Z00722&did=2020D01523 (geraadpleegd op 6 oktober 2020).

52. J.Th.J. van den Berg, 'Rumoer in de staatsrechtelijke gelederen, maar waarover eigenlijk?', *De Hofvijver* 31 augustus 2020, te raadplegen via www.montesquieu-instituut.nl (geraadpleegd op 6 oktober 2020).

53. D.J. Elzinga, 'Documenten intern beraad hoeven niet openbaar', 4 maart 2020, te raadplegen via raadsleden.nl (geraadpleegd op 6 oktober 2020).

54. *Handelingen I 2019/2020*, 33, item 6, p. 3 (23 juni 2020). Zie voor de tekst van de motie *Kamerstukken I 2019/20*, 35431, K. Eerder nog had de Tweede Kamer een motie van die strekking verworpen. *Kamerstukken II 2019/20*, 35431, 24.

55. *Handelingen I 2019/20*, 32, item 11, p. 4 (16 juni 2020).

56. *Handelingen I 2019/20*, 34, item 11, p. 1 (30 juni 2020).

57. R.J.B. Schutgens, 'Een motie van vrouwen in de *chambre de réflexion?*', *RMThemis* 2020 afl. 4, p. 153-155.

58. Zie www.denederlandsegrondwet.nl voor een actueel en handzaam overzicht.

59. *Kamerstukken* 34517.

60. *Kamerstukken* 34516.

61. *Kamerstukken* 33989.

62. *Kamerstukken* 35533

63. *Kamerstukken II 2019/20*, 35532.

64. *Kamerstukken II 2019/20*, 35418.

65. *Kamerstukken II 2019/20*, 35129. Zie ook het uitvoerige en principiële advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en het (zeer summier) nadere rapport als reactie daarop.

66. *Kamerstukken II 2020/21*, 35129, 14.

67. *Kamerstukken II 2019/20*, 32411.

68. *Kamerstukken II 2019/20*, 35144.

Met het toedelen van de voordrachtbevoegdheid aan genoemde drie personen wordt bij de benoeming van de leden van de Hoge Raad naar een nieuw evenwicht gezocht tussen de staatsmachten

het doen vervallen van een aantal uitgewerkte additionele artikelen.⁶⁹

Interessanter is een voorstel tot wijziging van de benoemingsprocedure van de leden van de Hoge Raad (artikel 118 Gw) dat in internetconsultatie is geweest.⁷⁰ Waar nu benoeming door de Kroon plaatsvindt uit een voordracht van de Tweede Kamer, wordt dat in de toekomst uit een voordracht van drie personen, namelijk een door de Tweede Kamer aangewezen persoon, een door de president van Hoge Raad aangewezen lid van de Hoge Raad en een door de Tweede Kamer en de president van de Hoge Raad gezamenlijk aangewezen persoon die niet lid is van de Staten-Generaal of van een bij wet ingesteld college dat met rechtspraak is belast. Het voorstel volgt op een aanbeveling van de staatscommissie parlementair stelsel. Met het toedelen van de voordrachtbevoegdheid aan genoemde drie personen wordt bij de benoeming van de leden van de Hoge Raad naar een nieuw evenwicht gezocht tussen de staatsmachten.

Openbaar bestuur en decentralisatie

Op 18 oktober 2019 stuurde minister Ollongren haar zogenaamde Thorbecke-brief naar de Tweede Kamer waarin zij haar visie op de toekomst van het openbaar bestuur uiteenzette. Bekende thema's uit haar eerdere lezingen kwamen daarin terug: decentralisatie en differentiatie. Bij de gemeenten nam de minister de grootste urgentie waar maar van de gemeenten heeft zij ook nog steeds de hoogste verwachting. Concreet levert dat geen grote verbouwingen van het Huis van Thorbecke op, maar een serie gerichte interventies. Een aantal daarvan zijn van wetgevende aard. Zo ging er vlak voor de zomer een Wetsvoorstel Versterking participatie op decentraal niveau voor advies naar de Raad van State. Afgaande op de versie die in internetconsultatie heeft gelegen, is het de bedoeling van dit wetsvoorstel om de Gemeentewet te moderniseren naar wat in de bestuurskunde de derde generatie burgerparticipatie heet.⁷¹ Meer concreet betekent dit dat artikel 150 Gemeentewet niet meer beperkt zal blijven tot 'inspraakverordeningen' waarvan nu sprake is, maar breder betrekking krijgt op participatie in het algemeen en ook een grondslag zal bevatten voor het uitdaagrecht (voorheen: *Right to Challenge*).

Eveneens ter versterking van de verbondenheid van de burgers met het lokaal bestuur is bedoeld het voorstel om de Wet gemeenschappelijke regelingen te wijzigen met het oog op de versterking van de democratische legitimatie van de intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.⁷² Het voorstel voorziet in een aantal instrumenten voor gemeenteraden om hun kaderstellende en controlerende rollen binnen het verband van de gemeenschappelijke regelingen beter te vervullen. In het kader van het beter toerusten van de medeoverheden, verwees de minister in haar Thorbecke-brief naar het Wetsvoor-

stel versterking rekenkamers (waarmee de vormvrije rekenkamerfunctie die gemeenteraden zelf mochten invullen wordt afgeschaft) en het Wetsvoorstel bevorderen integriteit en functioneren decentraal bestuur.⁷³ Wanneer dat laatste voorstel wet wordt, moeten kandidaat-wethouders voortaan een VOG overleggen voordat zij kunnen worden benoemd (een praktijk die al in veel gemeenten bestaat), krijgen de commissarissen van de Koning het recht op toegang tot besloten vergaderingen en geheime informatie wanneer dat nodig is voor het uitoefenen van hun zorgplicht bij gemeenten waarvan de bestuurlijke integriteit in het geding is. Ook worden de bepalingen ten aanzien van de belangenverstrengeling verduidelijkt.

Vlak voor de zomer stuurde de minister verder nog een notitie naar de Tweede Kamer met daarin de varianten voor een tussentijdse raadsontbinding.⁷⁴ De Kamer had daar bij motie om gevraagd en de discussie over dit onderwerp zal nog wel vaker in deze kolommen terugkomen. Dat geldt ook voor de benoemingswijze van de burgemeester nu die is gedeconstitutionaliseerd en niemand nog weet wie er volgend jaar aan de formatietafel zullen zitten. Om zich niet te laten overvallen door het onderwerp stelde het ministerie alvast een Agenda Burgemeester op.⁷⁵ De discussie over de dualisering, daarentegen, kunnen we hopelijk straks ter gelegenheid van de twintigste verjaardag van de ontvlechting van het wethoudersambt en het raadslidmaatschap achter ons laten. De minister deed althans een eerste poging daartoe door in reactie op de motie voor nog eens 'een brede evaluatie van de dualisering' te reageren met de aankondiging van een Agenda versterking positie gemeenteraden.⁷⁶

Misschien wel de meest zichtbare *impact* heeft de coronacrisis op de vergaderwijze van decentrale volksvertegenwoordigingen. Lang niet alle zalen laten een vergadering op anderhalve meter toe en lang niet alle volksvertegenwoordigers wilden of durfden dat ook. Om geen twijfel te laten ontstaan over de rechtmatigheid van de digitale noodoplossingen die overal in het land werden bedacht, besloot waarnemend minister Knops (BZK) om snel in een deugdelijke wettelijke grondslag voor digitale besluitvormende vergaderingen te voorzien. Dat werd de Tijdelijke wet digitaal vergaderen die al op 9 april in het *Staatsblad* verscheen.⁷⁷ De wet maakt het mogelijk om een raadsvergadering niet in een raadszaal bijeen te roepen maar in een digitale omgeving. De oorspronkelijke gedachte dat een vergadering dan *mutatis mutandis* ongeveer hetzelfde zou kunnen blijven, bleek al snel illusoir. Uit de rapportages van de parallel aan deze wet ingestelde evaluatiecommissie, blijkt dat een digitale vergadering van enige democratische kwaliteit een heel andere vergaderorde vergt.⁷⁸ De praktijk laat dan ook voorbeelden zien waarin dat lukt en agenda's – inmiddels – ordentelijk worden afgewerkt en voorbeelden van een beschamende digi-

tale chaos. Hoewel praktisch overall wordt terugverlangd naar de normale fysieke gang van zaken, blijkt tegelijk dat op veel plekken nog wordt gewerkt met aangepaste fysieke vergaderingen om te beraadslagen en digitale vergaderingen om formeel te besluiten. De minister heeft daarom de Tijdelijke wet reeds één keer verlengd⁷⁹ en niet onwaarschijnlijk is dat zij dat zal blijven doen voor de duur van de crisis. Of het digitaal vergaderen daarna als noodoplossing een vaste plaats zal krijgen in de wet, zal daarna worden bezien.

Koninkrijk

Het coronavirus heeft ook enorme gevolgen voor het Caribisch deel van het Koninkrijk. Om de ergste economische nood het hoofd te bieden heeft de Rijksministerraad besloten tot het verlenen van humanitaire en financiële steun onder bepaalde voorwaarden. Een van de voorwaarden betreft de aanvaarding van de Rijkswet Caribische hervormingsentiteit op grond van artikel 38 lid 2 Statuut (consensusrijkswet).⁸⁰ Het kabinet meent dat er door de coronacrisis geen ruimte meer is voor verder uitstel van de noodzakelijke hervormingen die al langere tijd nodig zijn maar om uiteenlopende redenen nooit zijn uitgevoerd.⁸¹ Het gaat om een tijdelijke wet die na zes jaar komt te vervallen.

Het Caribisch hervormingsinstituut is volgens het op 10 juli 2020 gepubliceerde conceptwetsvoorstel een in Nederland gevestigd zelfstandig bestuursorgaan dat bestaat uit drie door de Minister van BZK te benoemen leden. De entiteit heeft tot doel om in de landen financieel-economische en bestuurlijke hervormingen te bevorderen.⁸² Deze hervormingen worden op hoofdlijnen uitgevoerd in 'landspakketten'; daarin staan de projecten en maatregelen beschreven die in beginsel met ondersteuning en onder toezicht van de Caribische hervormingsentiteit worden uitgevoerd.⁸³ De voor de uitvoering noodzakelijke financiële middelen worden door de minister aan de entiteit ter beschikking gesteld.⁸⁴ Met dat geld kan het nieuwe orgaan projecten financieren en deskundigheid en uitvoeringscapaciteit ter beschikking stellen. Indien een land de projecten niet uitvoert volgens de gestelde voorwaarden kan de entiteit de hulp opschorten.⁸⁵ Ook kan hij de Rijksministerraad adviseren op grond van het Statuut in te grijpen.⁸⁶ De landen hebben nog niet

Van verschillende kanten zijn indringende staatsrechtelijke vragen gesteld bij de proportionaliteit en bij hoe het voorstel zich verhoudt tot het Statuut

met het voorstel ingestemd. Van verschillende kanten zijn indringende staatsrechtelijke vragen gesteld bij de proportionaliteit en bij hoe het voorstel zich verhoudt tot het Statuut.⁸⁷ Het kabinet ziet geen problemen; de entiteit neemt geen formele bevoegdheden over van de landen en verricht alleen activiteiten op basis van een met instemming van de landen tot stand gekomen wet.⁸⁸

Na de aanvaarding van het voorstel van Rijkswet Koninkrijksgeschillen door de Tweede Kamer op 4 juli 2019 is in verband met de nieuwe Afdeling Koninkrijksgeschillen bij de Raad van State waarin het wetsvoorstel na amendering voorziet de vicepresident van de Raad van State geconsulteerd.⁸⁹ Deze meent dat door de wijze waarop de nieuwe Afdeling is samengesteld en rechtspositioneel is vormgegeven, de onafhankelijke positie van de Raad van State in het geding is. De regering zag hierin geen aanleiding om het wetsvoorstel in te trekken of om een wijzigingsvoorstel in procedure te brengen.⁹⁰ Het wetsvoorstel ligt ter behandeling voor in de Eerste Kamer.⁹¹ Ten slotte kwam op 8 juli 2020 de Wet herstel voorzieningen Sint Eustatius tot stand.⁹² Deze wet verlengt enerzijds de eerder getroffen tijdelijke voorziening wegens taakverwaarlozing op Sint Eustatius voor bepaalde tijd (de wet vervalt in beginsel op 1 januari 2024) en stelt anderzijds regels voor geleidelijk herstel van het lokale bestuur.

Europese ontwikkelingen

Vorig jaar stond het Europese constitutionele recht in het teken van de Brexit en de groteske ontwikkelingen in Westminster. We eindigden de vorige editie met het arrest van het Britse Hoogerechtshof over *prorogation*: het ver-

69. Kamerstukken II 2019/20, 35417.

70. Zie daarover een recente discussie onder de titel 'Wijziging van de benoemingsprocedure bij de Hoge Raad: goed idee?' tussen twee hoogleraren in *RM Themis*: P.P.T. Bovend'Eert, 'Het voorstel tot herziening van de benoemingsprocedure van leden van de Hoge Raad: onnodig, ongepast en ondoordacht', *RM Themis* 2020, afl. 4, p. 195-198; en M.F.J.M. de Werd, 'Schaf het voordrachtsrecht van de Tweede Kamer af!', *RM Themis* 2020, afl. 4, p. 199-202.

71. De eerste generatie is de klassieke inspraak, de tweede ziet op interactieve besluitvorming en de derde generatie is die

van de burgerinitiatieven. Uiteraard lopen de generaties door elkaar heen.

72. Kamerstukken II 2019/20, 35513, 1-3.

73. Kamerstukken II 2019/20, 35546, 1-3.

74. Kamerstukken II 2019/20, 35300-VII, 128.

75. Kamerstukken II 2019/20, 35300-VII, 108.

76. Kamerstukken II 2019/20, 35300-VII, 131.

77. Tijdelijke wet digitale besluitvorming gemeenten en provincies, (*Stb.* 2020, 113).

78. Zie de rapportages Evaluatiecommissie tijdelijke wet van mei en juli 2020, rijksverheid.nl.

79. Besluit van 3 juli 2020, (*Stb.* 2020,

261).

80. Bijlage 2 bij Kamerstukken II 2019/20, 35420, 96.

81. Kamerstukken II 2019/20, 35420.

82. Art. 3.

83. Art. 4-5.

84. Art. 17. De minister kan de entiteit op verschillende punten aanwijzingen geven. Zie art. 22 en 27.

85. Art. 23.

86. Art. 24.

87. C. de Haseth, 'Haags dictaat is ongepast in ons bestel', *NRC Handelsblad* 17 juli 2020. Daarin verwijst hij ook naar een kritisch advies van Arjen van Rijn aan de regering van Curaçao.

88. Kamerstukken II 2019/2020, 35420, 106.

89. Kamerstukken I 2019/2020, 35099 (R2114), B.

90. Kamerstukken I 2019/2020, 35099 (R2114), C.

91. Zie het Voorlopig Verslag, Kamerstukken I 2019/2020, 35099 (R2114), D.

92. Wet van 8 juli 2020 (*Stb.* 2020, 254). Voor dit najaar staan verkiezingen voor de eilandsraad gepland.

dagen van het parlement, iets dat volgens het Hof in de gegeven omstandigheden onrechtmatig was.⁹³ Daags na de uitspraak van het Hooggerechtshof riep *Speaker* John Bercow het parlement weer bijeen om het over de Brexit te hebben. Twee weken eerder had het parlement, anticiperend op de *prorogation* al bij wet veiliggesteld dat de regering verplicht was om de Europese Unie om uitstel te vragen als het parlement niet voor 19 oktober 2019 akkoord zou zijn gegaan met een uittredingsakkoord of een 'harde Brexit'.⁹⁴ Bij het schrijven van de vorige editie was nog onduidelijk of de regering-Johnson aan die verplichting zou voldoen. Er circuleerden geruchten dat het kabinet de inzet van staatsnoodrecht overwoog of dat het botweg zou weigeren de wet uit te voeren – wat onder meer leidde tot surrealistische discussies, zelfs in het parlement, over de mogelijkheid dat ambtenaren dan zelf de vereiste brief maar op de post moesten doen, de mogelijkheid van *impeachment*, of dat de premier zich zou moeten melden bij detentiecentrum *Belmarsh*.⁹⁵ Uiteindelijk voldeed de premier, zij het op een uiterst opmerkelijke manier aan zijn verplichting. Hij stuurde niet één, maar twee brieven: een niet-ondertekende met het verzoek van het Verenigd Koninkrijk om uitstel, en een ondertekende brief met het (impliciete) persoonlijke verzoek om dat uitstel te weigeren.

De Europese Raad trok zich van dat laatste niets aan en verleende het uitstel. Het leidde onder meer tot de ongemakkelijke situatie dat de Britse regering alsnog werd geacht een kandidaat naar voren te schuiven voor de nieuw te vormen Europese Commissie-Van der Leyen. Toen men liet weten daar geen prijs op te stellen, informeerde de Commissie de Britse regering dat men een infractieprocedure tegen het VK zou inleiden.⁹⁶ Voorts leidde alle commotie, waaronder een stevig conflict binnen de Conservatieve partij tussen *backbenchers* en de regering, er uiteindelijk toe dat men het in het parlement eens werd over vervroegde verkiezingen. Die leidden tot een eclatante overwinning voor de regering-Johnson. Het nieuwe parlement ging vervolgens vrij snel akkoord met het uittredingsakkoord dat de regering-Johnson met de Unie had bereikt.⁹⁷ Op 31 januari 2020, 'at 11 p.m.' was het zover: het historische moment waarop het Verenigd Koninkrijk na 47 jaar lidmaatschap de Europese Unie verliet en de *Union Jack* symbolisch werd gestreken voor het Europees Parlement.

De Brexit-saga was daarmee overigens verre van voorbij. Om te beginnen zijn veel kwesties in het uittredingsakkoord vooruit geschoven. Maar opzienbarender is wellicht dat het *powerplay* van de regering-Johnson met de uittreding, noch met de coronaperikelen trouwens, evenmin is verdwenen. Zomer en najaar 2020 stond de Brexit weer stevig op de politieke agenda, toen de Britse regering aanstuurde op een nieuwe wet die het mogelijk maakt om delen van het uittredingsakkoord naast zich neer te leggen. Deze *Internal Market Bill*, die vlak voor het aanleveren van deze kroniek, door het Lagerhuis werd aangenomen, is zowel door de EU als door alle nog levende Britse oud-premiers bekritiseerd als een schending van internationaal recht.⁹⁸ De regering zelf spreekt intussen van een '*a specific and limited*' violation of international law.⁹⁹ Maar ook de Unie zag zich door de uittreding gesteld voor een aantal fundamentele overgangsprikelen.

Een staatsrechtelijk relevante kwestie, betrof de vraag wat te doen met de Britse rechters in het Hof van Justitie en het Gerecht, en met de bij het Hof werkzame A-G Sharpston. Voor de rechters was de kwestie relatief eenvoudig. Volgens de Unieverdragen worden die per land benoemd.¹⁰⁰ En dus eindigde het mandaat van de rechters met de uittreding van het Verenigd Koninkrijk. Ingewikkelder lag het bij A-G Sharpston. Haar mandaat liep nog tot 31 oktober 2021, en hoewel de benoeming van advocaten-generaal op informele basis zeker langs de lijnen van de lidstaten verloopt, is die praktijk niet vastgelegd in de Unieverdragen maar in *soft law*. Toch besloten de overblijvende lidstaten dat de Britse A-G het veld moest ruimen, zij het pas wanneer Griekenland een opvolger gevonden had, wat in september 2020 het geval was. Dat besluit ondervond nogal wat kritiek omdat het Statuut van het Hof, in Protocol 3, slechts voorziet in opvolging van een A-G wanneer deze overlijdt, ontslag neemt, of wanneer diens termijn verstrijkt.¹⁰¹ Geen van deze situaties was aan de orde, al was het maar omdat A-G Sharpston zelf principieel weigerde om ontslag te nemen. Het leverde de Unie het verwijt op van het soort '*Rule of Law issues*' waarmee men ook het afgelopen jaar vooral de Visegrad-lidstaten om de oren sloeg.¹⁰² Sharpston vocht haar ontslag aan bij het Gerecht en dat leidde onlangs tot een voorlopige voorziening van het Gerecht, dat de benoeming van de nieuwe Griekse A-G moest worden opgeschort.¹⁰³ Deze maatregel werd vervolgens overigens weer snel teruggedraaid door het Hof van Justitie.¹⁰⁴ Inmiddels is A-G Athanasios Rantos in functie, en Eleanor Sharpston (daarmee) advocaat-generaal af.

Europese rechtspraak

Dat COVID-19 ook het werk van de Europese rechtspraak heeft beïnvloed, behoeft geen verbazing te wekken. Al snel besloot ook het Hof van Justitie om de werkwijze aan te passen en vooral op digitale werkwijzen over te gaan. Toch werd het bepaald geen rustig jaar voor het Hof van Justitie. Alleen al het dossier Oost-Europa, waarover we

Het dossier Oost-Europa is voor het Hof inmiddels een vaste constante in de werklust geworden

ook vorig jaar berichtten, is voor het Hof inmiddels een vaste constante in de werklust geworden. Voor een deel betrof die werklust het vervolg op eerder ingezette jurisprudentie over de onafhankelijkheid van de nationale rechtspraak. Zo blijft het pensioenrecht voor Poolse rechters de Luxemburgse gemoederen bezighouden. Vorig jaar bespraken we al het vernietigende oordeel van het Hof van Justitie over de verlaging van de pensioengerechtigde leeftijd voor rechters van het Poolse Hooggerechtshof.¹⁰⁵ Vlak na het ter perse gaan van de kroniek, oordeelde de

Grote Kamer van het Hof, dat ook de pensioenregels voor de reguliere rechtspraak in Polen in strijd zijn met het Unierecht.¹⁰⁶ Een week later was het weer raak: deze keer stond de nieuwe tuchtregeling voor de rechterlijke macht centraal. De Grote Kamer van het Hof betwijfelde, kort gezegd, of de onafhankelijkheid van de in 2017 ingestelde tuchtkamer die exclusief belast is met het toezicht op de rechterlijke macht, wel voldoende gewaarborgd is.¹⁰⁷ Het eindoordeel legde men aanvankelijk nog bij de verwijzende rechter. Die moest maar bezien of de onafhankelijkheid van de tuchtkamer in het geding was en zonodig de Poolse regels met betrekking tot de verdeling van de gerechtelijke bevoegdheden buiten toepassing laten. In maart van dit jaar ging het Hof nog een stapje verder. Nadat de Poolse civiele rechter had overwogen dat de nieuwe tuchtkamer inderdaad onvoldoende onafhankelijk van de politieke staatsmachten was (een oordeel dat overigens weer ongeldig werd verklaard door de Poolse constitutionele rechter), gelastte het Hof van Justitie op vordering van de Europese Commissie, dat Polen onmiddellijk de toepassing van de tuchtregel zou beëindigen.¹⁰⁸ De effecten van dat oordeel moeten nog worden afgewacht.

De rechterlijke onafhankelijkheid is overigens niet het enige Oost-Europese hoofdpijndossier. Een aantal omstreden maatregelen van de regering-Orbán heeft inmiddels ook het Hof van Justitie bereikt. Een daarvan betrof de Hongaarse wetgeving die financiering van maatschappelijke organisaties door buitenlands geld aan allereerste registratieplichten onderwerpt. Volgens het Hof werkt die wetgeving stigmatiserend en is zij in strijd met het vrij verkeer van kapitaal en met diverse grondrechten zoals neergelegd in het Handvest.¹⁰⁹ De omstreden Hongaarse wetgeving die het onmogelijk maakt voor universiteiten van buiten de EU (lees: *Central European University*) om in Hongarije te opereren wanneer zij niet ook een campus hebben in het land van oorsprong, ligt nog ter toetsing voor, maar leidde al wel tot een felle conclusie van advocaat-generaal Kokott. Interessant is dat deze wetgeving volgens de A-G niet slechts in strijd is met WTO-recht (het GATS-akkoord dat door de Unie is gesloten en

als zodanig bestanddeel is van het EU-recht), maar ook met de, in artikel 13 Handvest van de Grondrechten gewaarborgde academische vrijheid.¹¹⁰ Tot slot leverde ook het getouwtrek tussen de Visegrádlanden (Hongarije voorop) en de Unie over het vluchtelingenbeleid de nodige werklast voor het Hof op. Zo oordeelde het Hof in april dat Hongarije, samen met Polen en Tsjecho, tijdens de vluchtelingen crisis in 2015 ten onrechte het toen Europees afgesproken herplaatsingsmechanisme naast zich neerlegde.¹¹¹ De kwestie is inmiddels vooral een principiële geworden omdat de regeling, die bedoeld was om de gevolgen van de toestroom van vluchtelingen naar Italië en Griekenland enigszins te reguleren, in 2017 afliep. Toch benadrukt het Hof dat met de kwestie een materieel belang is gemoeid, namelijk de mogelijkheid voor andere lidstaten, de Unie en particulieren om deze landen eventueel aansprakelijk te stellen. Bijzondere aandacht verdient, tot slot, de rechtspraak van het Hof over de status van vluchtelingen in de Hongaars-Servische transitzone Röske.¹¹² Deze rechtspraak betrof onder meer de vraag of het gedwongen verblijf van asielzoekers in die transitzone te kwalificeren valt als vrijheidsbeneming in de zin van de twee EU-richtlijnen en het Handvest van de Grondrechten. De kwestie is interessant omdat ze de autonomie van de Unierechtelijke grondrechten ten opzichte van de rechtspraak van het EHRM onderstreept. In 2019 oordeelde het Straatsburgse Hof nog dat de omstandigheden in Röske *niet* te kwalificeren waren als vrijheidsbeneming.¹¹³ Het Hof van Justitie komt tot een ander oordeel. Weliswaar wijkt het Hof niet expliciet af van de Straatsburgse rechtspraak, hij volgt wel het oordeel van advocaat-generaal Pikamäe, die uitdrukkelijk een verdergaande bescherming dan het EVRM bepleitte.¹¹⁴

In belangrijke mate werd het Europees gerechtelijk jaar echter gedomineerd door een uitspraak die niet het Hof van Justitie, maar de belangrijkste nationale tegenvoeter, het Duitse constitutionele hof (BVerfG), deed. Over de vermaarde en veelgeroemde dialoog tussen 'Karlsruhe' en 'Luxemburg' ging het in deze kroniek wel vaker. Geregeld heette het dan dat de Duitse constitutionele waakhond

93. UK Supreme Court 24 september 2020, [2019] UKSC 41 (*Miller & Cherry*).

94. EU (Withdrawal) (No. 2) Act 2019, van 9 september 2019.

95. Zie bijv. de hoorzitting op 9 september 2019, van de Public Administration & Constitutional Affairs Committee van het Lagerhuis, waar o.a. *Cabinet Secretary* Sir Mark Sedwill over de kwestie bevestigd werd. Vgl. voorts: 'Boris Johnson "could be jailed for refusing to seek Brexit delay"', *The Guardian* 7 september 2019.

96. Persbericht van 14 november 2019.

97. Vgl. European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020, van 23 januari 2020.

98. 'Brexit: internal market bill passed by Commons despite Tory concerns', *The Guardian* 30 september 2020.

99. Zie: 'Northern Ireland Secretary admits new bill will "break international law"',

BBC News 8 september 2020.

100. Vgl. art. 19 lid 2 VEU.

101. Zie onder meer D. Halberstam, 'Could there be a Rule of Law Problem at the EU Court of Justice?', *Verfassungsblog* 23 februari 2020; D. Kochenov, 'Humiliating the Court', *Verfassungsblog* 7 april 2020; Anders: S. Lashyn, 'Frankenstein's Court', *Verfassungsblog* 29 juni 2020.

102. Vgl. D. Kochenov & G. Butler, 'It's Urgent', *Verfassungsblog* 3 september 2020.

103. Gerecht EU 4 september 2020,

T-550/20 R, ECLI:EU:T:2020:416.

104. HvJ EU (Vicepresident) 10 september 2020, C-423/20 P(R).

105. HvJ EU (Grote Kamer) 24 juni 2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (*Commissie/Polen*).

106. HvJ EU (Grote Kamer) 5 november 2019, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924

(*Commissie/Polen*).

107. HvJ EU (Grote Kamer) 19 november 2019, gevoegde zaken C-585/18, C-624/18 en C-625/18,

ECLI:EU:C:2019:982 (*A.K./Krajowa Rada Sądownictwa, CP & DO/Sąd Najwyższy*).

Zie overigens ook HvJ EU 26 maart 2020, gevoegde zaken C-558/18 en C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234 (*Miasto Łowicz en Prokurator Generalny*) waarin het Hof de verzoeken om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk verklaarde maar benadrukte dat het stellen van vragen aan het Hof geen reden mag zijn voor disciplinaire sancties.

108. HvJ EU (Grote Kamer) 8 april 2020, C-791/19R, ECLI:EU:C:2020:277 (*Commissie/Polen*).

109. HvJ EU (Grote Kamer) 18 juni 2020, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476 (*Commissie/*

Hongarije).

110. Conclusie van 5 maart 2020, C-66/18, ECLI:EU:C:2020:172 (*Commissie/Hongarije*).

111. HvJ EU 2 april 2020, gevoegde zaken C-715/17, C-718/17, C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

112. HvJ EU (Grote Kamer) 14 mei 2020, C-924/19PPU, ECLI:EU:C:2020:367 (*FMS e.a./Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*). Zie tevens: Concl. A-G Pikamäe, 25 juni 2020, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:493 (*Commissie/Hongarije*).

113. EHRM (Grote Kamer) 21 november 2019, no. 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:121JUD004728715, (*Ilias & Ahmed/Hongarije*).

114. Concl. A-G Pikamäe 23 april 2020, C-924/19PPU, ECLI:EU:C:2020:294.

wel blaft, maar nooit daadwerkelijk bijt. Op 5 mei kwam het dan toch tot een frontale botsing. Het decor werd gevormd door het opkoopprogramma van de Europese Centrale Bank (*'public sector asset purchase programme'*, oftewel 'PSPP'), dat het voor nationale centrale banken en de ECB mogelijk maakt om, ten behoeve van het reguleren van inflatie, staatsobligaties op te kopen van marktdeelnemers. Daarbij gaat het om fikse bedragen. Tussen 2015 en 2019 is ruim € 2.500 miljard aan schuld papier door de ECB opgekocht via het PSPP. De vraag die voorlag was of dat staatsschuldopkoopbeleid van de ECB verenigbaar was met diens Europeesrechtelijke mandaat. In 2015-2016 ging het ook al hard tegen hard over een vergelijkbaar opkoopprogramma van de ECB. Ook toen was het BVerfG bepaald niet gecharmeerd van het Luxemburgse antwoord op haar prejudiciële vragen. Maar, zo schreven we in 2016, men vond dat geen crisis waard en besloot de eigen kanttekeningen in het arrest van het Hof van Justitie in te lezen.¹¹⁵

Vier jaar later liggen de kaarten anders. Steen des aanstoots is formeel de vraag of de ECB bevoegd is om dit soort beleid te voeren, maar materieel zet het BVerfG vooral vraagtekens bij de proportionaliteit ervan. Door onvoorwaardelijk monetair beleid na te streven, zonder (expliciet) rekening te houden met de economische effecten, lijkt de ECB, aldus het Duitse Hof, het evenredigheidsbeginsel uit het oog te verliezen. Vervolgens verbindt de Duitse rechter die evenredigheid met de bevoegdheidskwestie: *solange* de ECB niet expliciet aandacht schenkt aan de evenredigheid van zijn beleid, valt diens handelen buiten het eigen mandaat.¹¹⁶ Het Hof van Justitie zag dat een slag anders. Het achtte de ECB bevoegd de besluiten te nemen en zag marginaal toetsend, geen evenredigheidsbezwaren. Daarmee nam het BVerfG echter geen genoegen. En hoewel de vraag of een Europese instelling binnen de eigen bevoegdheden is gebleven, een vraag voor het Hof van Justitie is, overwoog het BVerfG dat op dat uitgangspunt een uitzondering moet worden aangenomen wanneer het Hof van Justitie *zelf* de eigen bevoegdheden te buiten gaat. Daarvan is sprake als *'an interpretation of the Treaties is not comprehensible and must thus be considered arbitrary from an objective perspective'*. Overschrijdt het Hof van Justitie die rode lijn, dan ontbeert zijn uitspraak bindende kracht, tenminste waar het Duitsland betreft want de Duitse wetgever heeft zich natuurlijk nooit willen committeren aan instanties die onbegrijpelijke uitspraken doen.¹¹⁷ En dat het Hof van Justitie zo gemakkelijk akkoord ging met de motivering van de ECB, is volgens het BVerfG onbegrijpelijk. In die motivering ontbreekt, aldus het Duitse Hof, immers een

kenbare afweging omtrent de economische gevolgen van het opkoopprogramma, en dus of het als maatregel van monetair beleid bedoelde PSPP op het terrein komt van het economische beleid dat aan de lidstaten is voorbehouden. Wel benadrukt het BVerfG dat het zelf zo'n afweging niet kan maken. Het stelt slechts vast dat de ECB noch het Hof van Justitie haar gemaakt heeft. Om die reden is het PSPP *vooralsnog* onbevoegd vastgesteld. Het Duitse Hof gaf de ECB drie maanden de tijd om de noodzakelijke weging alsnog uit te voeren. Gebeurt dat niet, dan dient de Duitse *Bundesbank* de medewerking aan het programma te staken.

Hoe nu verder? Bij het schrijven van deze kroniek is dat nog onduidelijk. Volgens ECB-president Lagarde richt het BVerfG zich tot de Duitse staatsinstellingen en moeten ze daar dus wat verzinnen.¹¹⁸ Het probleem is dat interventie van Duitse zijde, de juist vanuit Berlijn zo bepleitte onafhankelijkheid van de ECB onder druk zet. Wel stuurde de ECB deze zomer wat documenten naar de Duitse regering, die volgens de laatste zouden aantonen dat het woordje proportionaliteit, althans impliciet, wel een keer gevallen is bij de beraadslagingen over het programma. Volgens Minister Scholz van Financiën zou dat tegemoetkomen aan het oordeel van het BVerfG.¹¹⁹ Tegelijkertijd dringt zich ook de vraag op of de Europese Commissie niet een infractieprocedure tegen Duitsland zou moeten overwegen. Ook dat weten we nu nog niet. Voorzitter Von der Leyen wilde het, op vragen vanuit het Europees Parlement, in elk geval niet uitsluiten. Intussen leven we in een crisis waarvan de gevolgen, ook economisch, moeilijk te overschatten zijn. Een nieuw programma, dat veel van het PSPP weg heeft, het PEPP, staat inmiddels op stapel. Het Duitse Hof benadrukte dat dit programma door het arrest niet wordt bestreken. Maar of dat ook betekent dat dit programma niet aan de eisen van het PSPP-arrest moet voldoen, staat nog te bezien.

Tot slot valt ook nog te wijzen op de zaak *Schrems II*.¹²⁰ Zoals de lezer waarschijnlijk nog wel weet, ging het bij *Schrems I* om een Oostenrijkse Facebookgebruiker die bezwaar heeft tegen de doorgifte van zijn gegevens aan servers in de Verenigde Staten, omdat de daar geldende waarborgen volgens hem onvoldoende bescherming bieden tegen toegang van de overheid tot zijn gegevens. In dat arrest bepaalde het Hof dat de zogenaamde *'safe harbour'*-beschikking van de Europese Commissie, op grond waarvan de klacht van Schrems in Ierland was afgewezen, ongeldig was.¹²¹ De Commissie stelde daarop, na een akkoord met de Amerikaanse overheid, een uitvoeringsverordening vast (het *'EU-US Privacy Shield'*), waarin werd bepaald dat de Amerikaanse waarborgen nu wel adequaat

Hoewel de vraag of een Europese instelling binnen de eigen bevoegdheden is gebleven, een vraag voor het Hof van Justitie is, overwoog het BVerfG dat op dat uitgangspunt een uitzondering moet worden aangenomen wanneer het Hof van Justitie *zelf* de eigen bevoegdheden te buiten gaat

waren.¹²² Daarnaast kan gegevensuitwisseling ook nog altijd plaatsvinden als Facebook voldoende contractuele waarborgen biedt. Daarvoor maakt Facebook gebruik van door de Commissie vastgestelde EU-modelcontractbepalingen. In *Schrems II* oordeelt het Hof van Justitie nu dat het *Privacy Shield* ongeldig is. Volgens het Hof hebben Amerikaanse belangen voorrang boven de grondrechten van Unieburgers, is de Amerikaanse wetgeving met betrekking tot toegang van de overheid tot gegevens onvoldoende afgebakend en is de rechtsbescherming niet goed genoeg geregeld. Ten aanzien van de modelcontractbepalingen overweegt het Hof dat deze wel voldoende waarborgen bieden en dat het besluit van de Commissie daarover dus rechtmatig is.

Rechtspraak Nederland

Code zaakstoedeling

Na jarenlange roep vanuit verschillende Europese gremia en vanuit de wetenschap heeft de Rechtspraak eindelijk een Code zaakstoedeling gepubliceerd.¹²³ Het idee is dat zaken op basis van vooraf gestelde objectieve criteria aan een bepaalde rechter worden toegewezen. Op deze manier is transparant waarom een bepaalde rechter een bepaalde zaak behandelt en kan worden voldaan aan de eisen van een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM. Artikel 3 van de Code bepaalt dan ook dat de toedeling van zaken plaatsvindt op een objectieve wijze die de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van tijdige en kundige rechtspraak waarborgt. Artikel 4 bepaalt dat de toedeling op aselechte wijze plaatsvindt. In de vast te stellen zaaktoedelingsreglementen wordt aangeduid welke zaken niet aselechte worden toegedeeld omdat de toedeling ervan maatwerk vergt (zoals (potentieel) geruchtmakende zaken, megazaken en rechtsgebied overstijgende zaken). In de Toelichting worden wel voorbeelden van zaken die zich lenen voor maatwerk genoemd maar daar wordt ook aangegeven dat een precieze omschrijving niet kan worden gegeven. Daarmee is deze categorie maatwerkzaken in potentie onbegrensd en is de vraag gerechtvaardigd of wat met de ene arm wordt gegeven (aselechte toedeling) met de andere wordt weggenomen (de erg onbepaalde groep van maatwerkzaken).

Rechtspraak

De belangrijkste ontwikkeling in de rechtspraak was dit jaar ongetwijfeld het *Urgenda*-arrest, dat in december

2019 onder veel mediabelangstelling, werd uitgesproken.¹²⁴ Zoals bekend liet de Hoge Raad het oordeel van het Gerechtshof Den Haag in stand, dat de Staat, op basis van de artikelen 2 en 8 EVRM verplicht is de CO₂-uitstoot voor eind 2020 met 25% te reduceren. Daarmee komt er een eind aan de onzekerheid aan de kant van de Staat, of de rechter een dergelijk bevel wel kan geven. Het antwoord van de Hoge Raad is een volmondig 'ja'. Met dat duidelijke antwoord is het debat echter niet verstomd.¹²⁵ Tot het uitbreken van COVID-19 domineerde het thema zo'n beetje het publieke debat. Het was onder meer aanleiding voor de Tweede Kamer om een werkgroep in het leven te roepen die zou onderzoeken of de democratie in Nederland langzamerhand verworden is tot een *dikastocratie*.¹²⁶ Daarover vond in maart 2020, enkele dagen voordat het land min of meer op slot ging vanwege de corona-uitbraak, een rondetafelgesprek plaats. Los van het belang van het arrest voor het klimaatbeleid en de politieke actualiteit, is het arrest zelf in staatsrechtelijk perspectief om minstens twee redenen interessant. Om te beginnen legitimeert de Hoge Raad de eigen rol en het bevel met een verwijzing naar het grondrecht op effectieve rechtsbescherming zoals we dat uit artikel 13 EVRM kennen. Hij lijkt daarbij dat beginsel, zij het zonder de bepaling met name te noemen, in artikel 112 Grondwet in te lezen.¹²⁷ Ten aanzien van dat leerstuk van het wetgevingsbevel zelf, lijkt de Hoge Raad de mogelijkheden daartoe enigszins te verruimen, waar hij stelt (of verduidelijkt) dat een bevel toelaatbaar is zolang de rechter, de wetgever maar niet de *inhoud* van die toekomstige wetgeving dicteert.¹²⁸

Het *Urgenda*-arrest was niet de enige uitspraak die aanleiding gaf tot staatsrechtelijke discussies over de rol van de rechter. Geruchtmakend was ook de zaak van een aantal vrouwelijke Syriëgangers tegen de Staat over de vraag of de Staat verplicht is om deze zogenaemde 'IS-vrouwen' en hun kinderen vanuit opvangkampen in Noord-Syrië naar Nederland te repatriëren. Eind 2019, vlak voor het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad, oordeelde de voorzieningenrechter van Rechtbank Den Haag dat de vrouwen in dat verband niet direct een beroep konden doen op het EVRM en het IVRK, omdat Nederland geen rechtsmacht heeft in Noord-Syrië. Wel moest de Staat, op grond van de – in artikel 6:162 BW besloten liggende zorgvuldigheidsnorm, al het redelijkerwijs mogelijke doen om althans de kinderen naar Nederland te halen.¹²⁹ In hoger beroep hield dit oordeel geen stand. Gerechtshof Den Haag overwoog dat de zorgvuldigheidsnorm een belan-

115. Vgl. BVerfG 21 juni 2016, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813 (*OMT/Gauweiler*), en onze kroniek van 2016 in *NJB* 2016/1815, afl. 35, p. 2561-2571.

116. BVerfG 5 mei 2020, ECLI:DE:BVERFG:2020:RS20200505.2BVR085915 (*PSP*), onder meer gepubliceerd in *AB* 2020/237, m.nt. Stijnen.

117. *Needless to say* dat het BVerfG zelf nog nooit een onbegrijpelijk arrest heeft gegeven.

118. Persconferentie van 4 juni 2020, te

vinden op www.ecb.europa.eu/press/press-conf/2020/html/.

119. 'German finance minister moves to resolve court stand-off with ECB', *Financial Times* 29 juni 2020.

120. HvJ EU (Grote Kamer) 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Schrems II*).

121. HvJ EU (Grote Kamer) 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems I*).

122. Uitvoeringsverordening 2016/1250 van de Commissie, van 12 juli 2016.

123. Te vinden via www.rechtspraak.nl.

124. HR 20 december 2019,

ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. Spier.

125. Zie bijv. het redactioneel van T. Hartlief, 'De zaken die er toe doen', *NJB*

2020/1, afl. 1, p. 5; en van Y. Buruma, 'Activistische rechters', *NJB* 2020/353, afl. 6, p. 379. Tevens R.A.J. van Gestel & J.

Sybesma, 'De olievlekwerking van Urgenda in het Koninkrijk', *NJB* 2020/425, afl. 7,

p. 468-477; R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de grens tussen recht en politiek', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2020 afl. 1, p. 2-4;

126. HR 20 december 2019, A.E.M. Leijten, 'Urgenda, het EVRM, en het

recht op een rechtvaardiging voor overheidsbeleid', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2020, afl. 1, p. 5-7.

126. Over de toon van het debat: J.B.M. Vranken, 'Wie beschermt de rechtspraak?', *NJB* 2020/491, afl. 8, p. 536-543.

127. Vgl. r.o. 8.2.1.

128. Vgl. r.o. 8.2.6. Zie ook: J. Uzman & G. Boogaard, 'De Guldemond/Noordwijkerhout van het wetgevingsbevel?', *O&A* 2020 afl. 1, p. 8-10.

129. Rb. Den Haag (vzr.) 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909.

genafweging met zich brengt. Bij die afweging heeft de Staat discretie en het hof concludeerde, marginaal toetsend dat de Staat in redelijkheid had kunnen weigeren om zich actief in te zetten om de vrouwen en kinderen uit Syrië weg te halen.¹³⁰

In cassatie overweegt de Hoge Raad vervolgens dat Nederland inderdaad geen rechtsmacht heeft in Noord-Syrië.¹³¹ Ook indien de Staat geen rechtsmacht toekomt, heeft hij, aldus de Hoge Raad, tegenover Nederlanders echter een bijzondere verantwoordelijkheid, zeker als hun mensenrechten in het geding zijn. In dat geval is de Staat gehouden te onderzoeken of hij zich in de gegeven omstandigheden kan en moet inspannen om de mensenrechtenschending af te wenden of te beëindigen. Naarmate de belangen die in het geding zijn zwaarder wegen, zal van de Staat meer mogen worden verwacht. De Hoge Raad wijst er echter op dat de Staat bij deze belangenafweging een grote beleids- en beoordelingsruimte heeft, nu het gaat om vraagstukken van buitenlands en veiligheidsbeleid. De rechter heeft zich op dat punt terughoudend op te stellen. Dat er in deze zaak indirect 'fundamentele mensenrechten' aan de orde zijn, maakt dat niet anders. Het is aan de Staat om gemotiveerd te onderbouwen hoe hij in redelijkheid tot een afwijzend oordeel kon komen. De Hoge Raad verwacht daarbij overigens niet dat deze, in de context van de nationale veiligheid, inzicht geeft in de vertrouwelijke gegevens die de Staat ten grondslag legt aan die beoordeling. Dat is, in een tijd waarin de overheid af en toe in opspraak kwam wegens onjuiste informatieverschaffing, een opmerkelijk vertoef van vertrouwen in de integriteit van de betrokken diensten. Al met al concludeert de Hoge Raad dat de veiligheidsbelangen van de Staat zwaarder wegen dan die van de IS-moeders en hun kinderen.

En dan was er, vlak voor het einde van deze kroniekperiode, natuurlijk de veroordeling van Geert W., politicus te Den Haag, wegens groepsbelediging vanwege de omstreden 'minder Marokkanen'-uitspraak.¹³² Anders dan de rechtbank, sprak Hof Den Haag de politicus vrij van het aanzetten tot discriminatie of haat. Vanuit staatsrechtelijk perspectief is het arrest van het Hof niet alleen interessant vanwege de overwegingen die het Hof wijdt aan de grenzen van de uitingsvrijheid voor politici, maar ook vanwege de, door de verdediging gestelde bemoeienis van het Ministerie van Justitie & Veiligheid met het proces. Volgens de verdediging was daarmee sprake van een 'politiek proces'. Het Hof overweegt dat er onmiskenbaar politieke aspecten aan de zaak kleven. Dat is onvermijdelijk nu de verdachte fractievoorzitter van de grootste oppositiepartij in de Tweede Kamer is. Het ziet echter geen aanwijzing dat sprake zou zijn van vervolging op basis van politieke motieven. Van ongeoorloofde inmenging door de minister of zijn ambtenaren is volgens het hof niet gebleken. Het beroep van de verdediging op de *political question doctrine*, omdat vanwege het politieke karakter van de zaak, de scheiding der machten in het geding zou zijn, veegt het hof van tafel met de mededeling dat de strafrechter nu eenmaal uitlatingen beoordeelt in het licht van het Wetboek van Strafrecht. Volgens het hof staat niet het partijprogramma of een politieke partij terecht, maar slechts de verdachte en zijn

uitlatingen. Op dat laatste valt, gelet op de in staatsrechtelijk opzicht bedenkelijke verwevenheid van de verdachte met zijn partij, trouwens wel wat af te dingen. Ten aanzien van de tenlastelegging komt het hof, net als de rechtbank, tot de conclusie dat de uitlatingen vallen onder het begrip 'ras' van artikel 137c en 137d Sr. Opvallend is dat het hof vervolgens geen opzet aanwezig acht tot het aanzetten tot haat of discriminatie, maar dat het hof bij de vraag of de uitingsvrijheid van artikel 10 EVRM geschonden is, wél wijst op de bijzondere verantwoordelijkheid van de verdachte als politicus om uitlatingen te vermijden die voeding kunnen geven aan intolerantie en negatieve beeldvorming over een minderheidsgroep in de Nederlandse samenleving.

Ten slotte vragen we nog kort aandacht voor twee zaken. In de eerste plaats gaat het dan om de nieuwste loot aan de boom van de rookverbodjurisprudentie. Vlak na het schrijven van de vorige editie van deze kroniek, wees de Hoge Raad weer arrest in deze saga.¹³³ Hij oordeelde dat de uitzondering op het rookverbod voor horeca-instellingen, in het Tabaks- en rookwarenbesluit, onverbindend is. Dat is, gelet op het eerdere Rookverbodarrest niet verwonderlijk. De Hoge Raad verduidelijkt in dit arrest wel dat de Staat een redelijke termijn gegund moet worden bij het implementeren van het WHO-Kaderverdrag, maar dat die redelijke termijn al sinds 2005 loopt en nu dus wel afgelopen is. Daarnaast had ook het zogenaamde SyRIVonnis van de Haagse rechtbank wat voeten in de aarde.¹³⁴ De rechtbank verklaarde het Systeem Risico Indicatie, dat gebruikt wordt voor de bestrijding van fraude, in strijd met artikel 8 EVRM. Beslissend daarvoor was, dat geen sprake was van een *fair balance* tussen de doelen die met de SyRI-regelgeving gediend waren, en de inbreuk op het privéleven, omdat SyRI onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar is.

Besluit

De vicepresident van de Raad van State wijdde zijn inleidende beschouwing van het jaarverslag van de Raad van State over 2019 aan het belang van evenwicht in de rechtsstaat. Een gezonde spanning tussen wetgever, bestuur en rechter draagt bij aan een vitale rechtsstaat. Een voortdurende wisselwerking tussen deze actoren maakt onderdeel uit van dit evenwicht.¹³⁵ Kritiek op rechterlijke uitspraken mag vanzelfsprekend maar er moet wel begrip en respect zijn voor ieders rol binnen de democratische rechtstaat, dus ook voor die van de onafhankelijke rechter. We zullen zien hoe de onderlinge verhoudingen in de democratische rechtsstaat zich in het coronatijdperk in de komende maanden verder zullen ontwikkelen. •

¹³⁰. Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208.

¹³¹. HR 26 juni 2020,

ECLI:NL:HR:2020:1148, NJ 2020/293, m.nt. Ryngaert.

¹³². Hof Den Haag 4 september 2020,

ECLI:NL:GHDHA:2020:1606,

¹³³. HR 27 september 2019,

ECLI:NL:HR:2019:1449, NJ 2019/377.

¹³⁴. Rb. Den Haag 5 februari 2020,

ECLI:NL:RBDHA:2020:865, AB 2020/236, m.nt. Kolschooten.

¹³⁵. Vgl. over deze actoren en andere

instituten van de staat het onlangs verschenen handboek, E.R. Muller, H.R.B.M.

Kummeling & R. Nehmelman (red.),

Instituten van de staat, Deventer: Wolters

Kluwer 2020.