



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Verkiezingsfouten en het onderzoek van de geloofsbrieven: is de Tweede Kamer rechter in eigen zaak?

Michel, B.

**Publication date**

2012

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Michel, B. (2012). Verkiezingsfouten en het onderzoek van de geloofsbrieven: is de Tweede Kamer rechter in eigen zaak? *Nederlands Juristenblad*, 87(31), 2180-2186. [1814].

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Verkiezingsfouten en het onderzoek van de geloofsbriefen

## Is de Tweede Kamer rechter in eigen zaak?

**Bastian Michel<sup>1</sup>**

Op 12 september hebben weer duizenden ambtenaren en vrijwilligers in het hele land zorg gedragen voor een ordelijk verloop van de verkiezingen. Hopelijk is alles goed gegaan want op de reparatie van verkiezingsfouten achteraf is Nederland slecht voorbereid. Of de stemming geldig was, de uitslag juist is vastgesteld en alle verkozenen lid van de Tweede Kamer kunnen worden, bepaalt uiteindelijk de Tweede Kamer zelf. Kiezers en kandidaten kunnen schendingen van hun actieve en passieve kiesrecht niet voorleggen aan de rechter. Hoog tijd om daar eens kritisch naar te kijken.

**D**e gemeenteraadsverkiezingen in 2010 lieten zien dat het flink mis kan gaan. In Rotterdam leidde een reeks onregelmatigheden tot enorme ophef. De ondankbare taak daar een einde aan te maken lag bij de lokale politiek, die na twee weken van publieke consternatie uiteindelijk verklaarde dat de verkiezing over het geheel genomen toch rechtmatig was verlopen. Een vergelijkbare gebeurtenis op landelijk niveau zou gevaarlijk veel van een staatscrisis weghebben. Dat moeten we voorkomen. Een stevige procedure voor de behandeling van verkiezingsgeschillen, die vlot tot een betrouwbare en finale beslissing leidt, is daarom onontbeerlijk. Volgens het Europese *soft law* hoort daar ook beroep op de rechter bij, volgens de klassieke leer hier te lande niet.

Het wordt in Nederland als belangrijke waarborg voor de zelfstandigheid van de Tweede Kamer beschouwd dat alleen zij de geldigheid van de verkiezingen beoordeelt. Een rol voor de rechter zou daar niet bij passen. De Europese waarnemers bij de Tweede Kamerverkiezingen in 2010 vonden die uitleg niet overtuigend en deelden een berisping uit.<sup>2</sup> Met de veroordeling van Roemenië in de zaak *Grosaru*<sup>3</sup> heeft de druk vanuit Europa een nieuwe kwaliteit gekregen: Nederland dreigt tegen zijn bindende verplichtingen onder het EVRM aan te lopen. Hoe daarmee om te gaan?

In dit artikel wil ik aanhaken bij recent onderzoek uit België, waar men met hetzelfde probleem kampt. Ik wil drie punten uitwerken, die mijns inziens richtinggevend voor verdere discussie kunnen zijn.

Ten eerste kunnen we het probleem niet langer negeren. Blijft het vigerende stelsel onveranderd, dan zal Nederland vroeg of laat met een serieus verkiezingsgeschil te maken krijgen, dat niet alleen het vertrouwen in het democratisch stelsel kan beschadigen, maar ook op veroordeling in Straatsburg kan uitlopen. Maar, ten tweede: nog heeft het EHRM geen definitief oordeel gegeven. Het is aan Nederland om een stelsel te kiezen dat volgens eigen inzicht het best past bij de eigen staatsinrichting. Parlementaire toetsing is niet zomaar van tafel en een rol voor de rechter is mijns inziens niet zonder meer verplicht. Er moet juist een discussie komen over beide aspecten. Ten derde wil ik een mogelijke oplossing aanstippen: toetsing door de bestuursrechter. Allereerst volgt een korte beschrijving van het geldende stelsel.

### De exclusief parlementaire toetsing van verkiezingen

Voor de historische achtergrond loont een kijkje over de grens, naar Westminster en Versailles. Terwijl vanouds de Engelse *Crown-in-Chancery* geschillen over de verkiezing van parlementsliden besliste, slaagden de *Commons* er uiterlijk in 1604 in deze bevoegdheid naar zich toe te trekken.<sup>4</sup> Toen in 1789 de Franse *États-généraux* bijeenkwamen ontstond er al snel een conflict tussen adel en derde stand over het onderzoek van de geloofsbriefen. Het voorstel om uitgerekend de *Conseil du Roi* als arbiter te laten optreden wees Lally-Tollendal, die goed vertrouwd was met de verworvenheden van het Engelse parlement,

ontsteld af: 'Qu'une portion de l'Assemblée législative, en contestation avec une autre, invoque le déploiement du pouvoir exécutif, c'est un paradoxe, c'est une espèce de monstre de Constitution.'<sup>5</sup> De kroon behoorde geen enkele invloed op de samenstelling van het parlement meer te hebben. Dit inzicht was een kwart eeuw later zo gevestigd, dat het ook de restauratie overleefde: de parlementaire toetsing van verkiezingen werd in onze Grondwet van 1815 opgenomen.<sup>6</sup>

Inmiddels is de bevoegdheid in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk allang doorgeschoven naar de rechter. De beslissingen van de *Commons* vertoonden na verloop van tijd een zo groteske mate van partijdigheid dat Robert Walpole in 1742 een stemming over de geldigheid van een districtsverkiezing zelfs als kwestie van vertrouwen in zijn kabinet moest opvatten, die hij verloor.<sup>7</sup> Met het handhaven van de kiezerswil had zo'n besluitvorming dus niets van doen. Na meerdere vergeefse pogingen de beslissingen op grotere afstand van het politieke bedrijf te plaatsen, werd de bevoegdheid in 1868 uiteindelijk geheel aan speciale rechtbanken afgestaan.<sup>8</sup> In Frankrijk beslist sinds het begin van de Vijfde Republiek in 1958 de *Conseil Constitutionnel*. De Nederlandse Grondwet maakte het vanaf 1917 mogelijk de toetsing van de verkiezingen bij wet aan een ander orgaan toe te kennen, maar dat is nooit gebeurd. De deconstitucionalisering is in 1983 wel bewust weer teruggedraaid.<sup>9</sup>

Onder het geldende Nederlandse stelsel kunnen al in eerdere fases van het verkiezingsproces klachten worden behandeld. Zo is er de belangrijke mogelijkheid om de toelating of afwijzing van kandidatenlijsten aan de Afdeling bestuursrechtspraak voor te leggen.<sup>10</sup> De Kiesraad heeft een beperkte bevoegdheid om op verzoek of ambtshalve stemmen opnieuw op te nemen voor hij de uitslag opmaakt, maar een herstemming kan hij niet bevelen.<sup>11</sup> Het geloofsbriefonderzoek door de Tweede Kamer is derhalve de eerste gelegenheid waarbij alle soorten geschillen ten aanzien van het verloop van de verkiezingen behandeld en daadwerkelijk afgedaan kunnen worden. Het is tevens het enige moment waarop wordt gecontroleerd of de verkozenen voldoen aan de voorwaarden voor het lidmaatschap (leeftijd, Nederlanderschap, niet uit het kiesrecht ontzet) en geen incompatibele ambten ver-

vullen. En het geloofsbriefonderzoek is de laatste gelegenheid: over onregelmatigheden tijdens of na de stemming kan geen enkele rechter zich uitspreken.

## Het uiteindelijke oordeel van de Kamer is niet appellabel alleen al omdat het geen besluit in de zin van de Awb is

Nederland kent geen speciale verkiezingsrechtbanken. Besluiten inzake de stemming, de telling en het opmaken van de uitslag kunnen niet aan de bestuursrechter worden voorgelegd.<sup>12</sup> Het uiteindelijke oordeel van de Kamer is niet appellabel alleen al omdat het geen besluit in de zin van de Awb is.<sup>13</sup> Zelfs de civiele rechter kan zijn gebruikelijke vangnetfunctie via een actie uit onrechtmatige daad niet vervullen. Hij mist de bevoegdheid beslissingen van de Kamer te vernietigen en kan daarom achteraf aan kiezers en kandidaten geen daadwerkelijke rechtsbescherming meer bieden.<sup>14</sup> Alleen vooraf zou de restrechter kunnen ingrijpen door vlak na de vaststelling van de verkiezingsuitslag een gebod of verbod in kort geding uit te spreken, dat de Kamer vervolgens bij het onderzoek van de geloofsbriefen in acht moet nemen.<sup>15</sup> De president van de Rechtbank Den Haag achtte zich in 1970 tot een vergelijkbare inmenging onbevoegd. Het in de Kieswet neergelegde geloofsbriefonderzoek betekende volgens hem dat de beslissing van verkiezingsgeschillen tenminste in beginsel aan de politiek is voorbehouden.<sup>16</sup> Het geschil betrof toen een gemeenteraadsverkiezing. Voor de Kamer komt daar nog een constitutionele norm bij. De grondwetgever beoogde in 1983 uitdrukkelijk te verzekeren dat de Kamer en geen ander orgaan zich over de geldigheid van de verkiezingen uitspreekt.<sup>17</sup> Daar zou de civiele rechter, ook in een latere hoofdzaak, niet omheen kunnen. Geschillen

### Auteur

1. Bastian Michel BSc LL.M. is onderzoeksmedewerker bij de leerstoelgroep Staats- en bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam. De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 2 september 2012.

### Noten

2. OVSE, Office for Democratic Institutions and Human Rights, 'The Netherlands: early parliamentary elections 9 June 2010, OSCE/ODIHR Election Assessment Mission Report', Warschau 9 september 2010, <[www.osce.org/odihr/elections/71251](http://www.osce.org/odihr/elections/71251)>, p. 10-11.
3. EHRM (Kamer) 2 juni 2010, nr. 78039/01.

4. Pieter van Kleffens, *Het onderzoek der geloofsbriefen bij het Nederlandsche stelsel van evenredige vertegenwoordiging* (diss. Groningen 1918), p. 14. Henry Hallam, *The constitutional history of England*, New York: 1865, vol. I, p. 273-274. W.R. Anson, *The law and custom of the constitution*, Oxford: 1911, p. 168-169.

5. François Furet & Ran Halévi, *Orateurs de la Révolution française*, Parijs: 1989, vol. I, p. 1313.
6. Art. 96 van de Grondwet in 1815. Zie ook J.R. Thorbecke, *Aanteekening op de Grondwet*, Amsterdam: 1841, p. 237.
7. William Cobbett, *Parliamentary History of England*, Londen 1812, vol. 12 col. 402-405.

8. Van Kleffens 1918, p. 15. Zie thans *Representation of the People Act 1983, Part III*.

9. *Handelingen II*, 14 223, nr. 3, p. 23. Zie ook P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: 2010, p. 111.
10. Art. 17 Kieswet.
11. Art. P 21 Kieswet.
12. Art. 8:4 onderdeel g Awb.
13. De Tweede Kamer geldt niet als bestuursorgaan, behoudens voor zover zij beslissingen over bij haar werkzame ambtenaren neemt; art. 1:1 Awb.
14. Dat laat onverlet dat een onrechtmatige daadsactie in wijder verband met een verkiezing effectief kan zijn. Zie bijvoorbeeld de

- schadeclaim van een waterschap tegen een frauderende kandidaat; HR 25 maart 2011, *LJN* BP2310, *AB* 2011/223 m.nt. G.A. van der Veen. Het achterliggende verkiezingsgeschil zelf werd als aparte zaak door de Afdeling bestuursrechtspraak afgedaan, die bij waterschapsverkiezingen toen nog bevoegd was; *ABRvS* 10 november 2004, *LJN* AR6411, *AB* 2004/426 m.nt. P.J. Stolk.
15. Vergelijk Advies van de Kiesraad van 26 oktober 2001, *Stcr.* 2001, 221, par. 6.
16. Rb. 's-Gravenhage 2 juli 1970, *NJ* 1970/341; uittreksel in M. Liedorp, *Lexplicatie Kieswet*, Deventer: 2010, p. 308.
17. *Handelingen II*, 14 223, nr. 3, p. 23. Zie ook Advies van de Kiesraad van 26 oktober 2001, *Stcr.* 2001, 221, par. 7.



over een Tweede Kamerverkiezing die tijdens of na de stembusgang rijzen, zijn op grond van art. 58 Grondwet aan beoordeling door de rechter onttrokken. Kiezer en kandidaat blijven op de beslissing door de Tweede Kamer zelf aangewezen.

Naast Nederland zijn Italië, Denemarken, Luxemburg en België de enige Europese landen waar nog steeds uitsluitend de parlementen zelf zich over de geldigheid van de verkiezingen uitspreken.<sup>18</sup> De afsluiting van beroep is niet alleen de uitzondering in Europa, het stelsel botst ook met de Europese *soft law*-standaarden. De Commissie van Venetië, die onder de Raad van Europa valt, schetst twee mogelijke procedures voor rechtsbescherming in verkiezingszaken: onmiddellijke gang naar de rechter of een bezwaarprocedure bij een onafhankelijke kiescommissie, het liefst gevolgd door beroep op een rechter. De Commissie vreest dat beslissing van verkiezingsgeschillen door het parlement zelf partijdig kunnen zijn en acht een zodanig stelsel alleen aanvaardbaar als dat een al lang bestaande praktijk is. Ook tegen een parlementaire beslissing zou echter beroep op de rechter moeten ontstaan.<sup>19</sup> De waarnemers van de OVSE bij de verkiezingen in 2010 gaven Nederland een duidelijke onvoldoende: 'the general framework for election-related complaints and appeals is not fully reconcilable with OSCE commitments and international standards for democratic elections [...] Consideration should be given to introducing a possibility for appeal to a judicial body of all election-related complaints, including those related to results and installation in office'.<sup>20</sup> De voorzitter van de Kiesraad wees in zijn voorwoord bij het jaarverslag 2011 nogmaals op deze kritiek en op de toenemende betekenis van internationaal recht en *soft law* in het algemeen.<sup>21</sup> Juist met het oog op de verbindende regels uit het EVRM en de uitleg die het Straatsburgse Hof daaraan geeft, is het hoog tijd voor een discussie.

### Het EVRM en verkiezingen

Vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens houdt in dat verkiezingsgeschillen niet onder de bescherming van art. 6 EVRM (eerlijk proces) vallen.<sup>22</sup> Minimumnormen vloeien wel voort uit art. 3 Eerste Protocol: 'De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich 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.' Dat het artikel individueel inroepbare rechten schept, heeft het Hof al in 1987 vastgesteld.<sup>23</sup> De lidstaten kunnen verkiezingen vormgeven op een manier die het best past bij hun visie op democratie. Het Hof bewaakt het actief en passief kiesrecht tegen willekeurige, illegitieme en disproportionele beperkingen.<sup>24</sup> De steeds meer uitgewerkte jurisprudentielijn over kiesrecht van gedetineerden zorgt al jaren voor veel ophef in het Verenigd Koninkrijk.<sup>25</sup> De zaken over kiesrecht van ingezetenen in de overzeese gebieden voor het Europees Parlement waren ook relevant voor Nederland.<sup>26</sup> Enkele weken geleden baseerde het Hof de niet-ontvankelijkheid van de klacht van de SGP op het kiesrechtartikel.<sup>27</sup> De uitspraak in *Grosaru* is de eerste die direct iets zegt over de rol van de rechter in verkiezingsgeschillen.

## De zaak Grosaru

Mircea Grosaru kandideerde in 2000 op een lijst van de Italiaanse minderheid voor het Roemeens parlement. Hij kreeg de ene zetel die aan de Italiaanse minderheid toekwam niet, terwijl hij landelijk de meeste stemmen had. De zetel ging naar de kandidaat die de meeste stemmen in één en dezelfde regio had behaald. De nationale wet zelf gaf geen duidelijke regel voor zeteltoekenning aan kandidaten van een nationale minderheid. Kandidaat Grosaru tekende bezwaar aan bij de centrale kiescommissie, die de zetelverdeling had vastgesteld. In die commissie zaten voor het grootste deel concurrerende politici. Zijn bezwaar werd afgewezen. Het constitutioneel hof achtte zich onbevoegd, het hoogste gerechtshof verklaarde de beslissing van de centrale kiescommissie onaanvaardbaar. Bij het onderzoek van de geloofsbrieven wees de parlementaire commissie het bezwaar af. Grosaru diende een klacht in bij het EHRM. Het Hof stelde in zijn arrest van 2 maart 2010 schending van art. 3 Eerste Protocol en, in verbinding daarmee, van art. 13 EVRM (recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel) vast.

## Is er dus niets aan de hand als het land maar lang genoeg democratisch is?

Bij het lezen van de uitspraak doen zich twee moeilijkheden voor. Het eerste struikelblok zit in de rechtsvergelijkende verkenning. Het Hof noemt België, Italië en Luxemburg als drie landen waarin uitsluitend de parlementen zelf de geldigheid van hun verkiezing beoordeelen.<sup>28</sup> Er volgt een verwarrend ruimhartig *obiter dictum*: 'Cela étant, ces trois pays jouissent d'une longue tradition démocratique qui tend à dissiper les doutes éventuelles quant à la légitimité d'une telle pratique.'<sup>29</sup> Is er dus niets aan de hand als het land maar lang genoeg democratisch is? De Luikse jurist Bouhon concludeert in zijn jurisprudentie-onderzoek naar aanleiding van die ene zin dat het tegenovergestelde waar is: het Straatsburgse Hof heeft

juist jonge, kwetsbare democratieën altijd enige ruimte gegeven, waar de gevestigde democratieën niet op konden rekenen.<sup>30</sup> Het *obiter dictum* kan dus geen vrijbrief voor het stelsel van uitsluitend parlementaire toetsing zijn.

Het tweede struikelblok is een essentiële vraag ten gronde: veroordeelde het Hof Roemenië voor het ontbreken van een bevoegde rechter op zichzelf, of achtte het dit gebrek alleen onder de bijzondere omstandigheden van het concrete geval onaanvaardbaar? Er was in *Grosaru* sprake van een samenloop van drie feiten:

De nationale kieswet was niet eenduidig. De centrale kiescommissie, die de bepaling moest toepassen, had, om elke schijn van willekeur te vermijden, precies moeten uitleggen hoe zij tot haar beslissing was gekomen, waarom deze en niet gene uitleg geldend recht was. Dat was niet gebeurd (par. 51-52).

Grosaru's bezwaar werd door de centrale kiescommissie als ongegrond afgewezen. Hij kon op redelijke gronden vrezen dat deze beslissing partijdig was: de commissie was voor het overgrote deel door concurrerende politici bezet. Hetzelfde gold voor de commissie van het parlement (par. 54).

Bovendien had geen enkele nationale rechter zich over de zaak gebogen (par. 55-56).

Onder deze omstandigheden was het Hof van mening dat de eerste twee feiten (!) de kern van de door art. 3 Eerste Protocol gegarandeerde rechten raakten (par. 57). Het ontbreken van een bevoegde rechter was dus geen zelfstandige schending van art. 3 Eerste Protocol. Een bevoegde rechter had de wellicht partijdige beslissingen kunnen vernietigen en kunnen vaststellen wat op het betwiste punt recht was. Dat er geen bevoegde rechter was, was een gemiste kans om de twee schendingen die tot veroordeling leidden, tijdig te repareren en zo veroordeling te voorkomen.

Volgens de Brusselse jurist Van Drooghenbroeck bestaat wel enige onduidelijkheid op dit punt, maar is het toch aannemelijk dat ook zonder meerduidigheid van de wet het ontbreken van een bevoegde rechter tot veroordeling had geleid.<sup>34</sup> Zijn argumentatie rust op de afzonderlijke veroordeling voor schending van art. 13 EVRM in samenhang met art. 3 Eerste Protocol. Tot die schending concludeerde het Hof door enkel en alleen te verwijzen naar zijn overwegingen onder par. 55-56, en die gingen slechts over het ontbreken van een rechter. Dus, zo lijkt

18. S. van Drooghenbroeck & F. Belleflamme, 'Les assemblées, juges du contentieux postélectoral: une institution en sursis?', in: A. Rezsőházy & M. van der Hulst, *Parlementaire recht en grondrechten*, Brugge: 2011, par. 18.

19. European Commission for Democracy through Law, 'Code of good practice in electoral matters: guidelines and explanatory report', opinion nr. 190/2002, Straatsburg 30 oktober 2002, <www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023-e.pdf>, p. 29-30.

20. OVSE 2010, p. 10-11. Zie ook al OVSE, 'The Netherlands: parliamentary elections

22 November 2006, OSCE/ODIHR Election Assessment Mission Report', Warschau 12 maart 2007, <http://www.osce.org/odihr/elections/netherlands/24322>, p. 25-26.

21. Kiesraad, *Jaarverslag 2011*, <http://www.kiesraad.nl/sites/default/files/Jaarverslag\_2011.pdf>, p. 5.

22. ECRM 6 mei 1985, nr. 11068/84 (*Priorello vs. Italië*); EHRM 21 oktober 1997, nr. 24194/94 (*Pierre-Bloch vs. Frankrijk*).

23. EHRM (Plenair) 2 maart 1987, nr. 9267/81 (*Mathieu-Mohin en Clerfayt vs. België*). Zie ook al twintig jaar eerder ECRM (Plenair) 6 oktober 1967, nr. 2728/66 (X. vs. Bondsrepubliek Duitsland).

24. Voor een volledig overzicht van de toetsingsmaatstaven zie EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2006, nr. 58278/00 (*Ždanoka vs. Letland*), par. 102-115, en EHRM (Grote Kamer) 22 mei 2012, nr. 126/05 (*Scoppola vs. Italië* (nr. 3)), par. 85-87.

25. Voor een jurisprudentielijst zie J.H. Gerards, 'Het prisma van de grondrechten', inaugurele rede Nijmegen 2011, voetnoot 2.

26. Zie de noot van M.R. Mok bij HvJEG 12 september 2006, C-300/04, *NJ* 2006/568.

27. EHRM (Kamer) 10 juli 2012 (*Staatkundig Gereformeerde Partij vs. Nederland*), nr.

58369/10, par. 77.

28. Par. 28. Daar had Nederland ook bij moeten staan.

29. Par. 28.

30. Frédéric Bouhon, 'L'influence du cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexions autour de l'arrêt *Grosaru c. Roumanie* du 2 mars 2010', *Revue Trimestrielle de Droits de l'Homme* 2011-85, p. 153-182.

31. Van Drooghenbroeck 2011, par. 32. Van Drooghenbroeck ziet punt 3 niet los van punt 2.

Van Drooghenbroeck te willen redeneren, was dat gebrek al fataal. Dat lijkt me niet vol te houden.<sup>32</sup> Volgens vaste rechtspraak van het Hof komt een beroep op art. 13 EVRM (daadwerkelijk rechtsmiddel) alleen in aanmerking als er een *arguable claim* op een ander, substantieel verdragsrecht bestaat.<sup>33</sup> Dat kon hier alleen een *arguable claim* op art. 3 Eerste Protocol zijn, die noodzakelijkerwijs moest neerkomen op een van de twee andere punten: de meerduidigheid van de wet of de partijdigheid van de *in primo* en in bezwaar bevoegde organen. Mijns inziens is het onmogelijk het ontbreken van een bevoegde rechter van de andere punten in de zaak los te wrikken.

### Risico op veroordeling van Nederland

Ook in Nederland kan meerduidigheid van de Kieswet niet volledig worden uitgesloten. Bovendien is het veel waarschijnlijker dat een vermeende schending van een eenduidig voorschrift uit de Kieswet een klacht oplevert, die behandeling door een onafhankelijk orgaan verdient. Ten aanzien van de stembureaus en hoofdstembureaus bestaan geen wettelijke garanties voor onafhankelijkheid; zelfs kandidaten kunnen stembureauleden zijn. De onafhankelijkheid van de Kiesraad is organisatorisch gewaarborgd en algemeen erkend.<sup>34</sup> De afgelopen jaren wordt ook aan wettelijke garanties gewerkt: de Kiesraad zal binnenkort onder de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen gaan vallen.<sup>35</sup> Maar de Kiesraad heeft slechts beperkte bevoegdheden tot reparatie van voorgevallen onregelmatigheden. De Tweede Kamer, die zodanige bevoegdheden wel heeft, is per definitie partijdig samengesteld. Er is geen bevoegde rechter. Een veroordeling is dus zeer goed mogelijk.

## De Kiesraad heeft slechts beperkte bevoegdheden tot reparatie van voorgevallen onregelmatigheden

Het risico op veroordeling is ook meer dan denkbeeldig. Van Drooghenbroeck wijst op twee eerdere zaken. Over beslissingen op de verkiesbaarheid van het individu schreef het Hof in de zaak *Podkolzina* in 2002: 'ces décisions doivent être prises par un organe présentant un minimum de garanties d'impartialité. [...] la procédure du constat d'inéligibilité doit être de nature à garantir une décision équitable et objective, ainsi qu'à éviter tout abus de pouvoir de la part de l'autorité compétente.'<sup>36</sup> De uitsluitende bevoegdheid van de Kamer om op voorwaarden voor het lidmaatschap en incompatibele ambten te toetsen is in die samenhang bijzonder problematisch.<sup>37</sup> In de zaak *Petkov e.a.* uit 2009 onderstreepte het Hof het belang van de *soft law*-standaarden van de Commissie van Venetië en wierp Bulgarije een negatief rapport van de OVSE tegen.<sup>38</sup> Van Drooghenbroeck schrijft terecht dat wij, gezien de expliciete kritiek van de OVSE, gewaarschuwd zijn. Nederland zal vroeg of laat voor het Hof worden gedaagd in een zaak die reële kans van slagen heeft.

### Is de kous daarmee af?

Volgens Marc Verdussen van de UC Louvain luidt de uitspraak in *Grosaru* de doodsklok over de procedure van het geloofsbriefonderzoek.<sup>39</sup> Koen Muylle van de KU Leuven schrijft dat het Hof minstens rechterlijk toezicht op de parlementaire beslissingen lijkt te eisen.<sup>40</sup> Hoeveel ruimte voor discussie blijft er nog?

Formeel gezien heeft Nederland alle ruimte. Uitspraken van het Hof in Straatsburg zijn alleen bindend voor de in de concrete zaak betrokken staat.<sup>41</sup> Hoe ze *de facto* ook bindende betekenis voor andere staten kunnen hebben, heeft Michiel van Emmerik in een preadvies uit 2008 uiteengezet: als de uitleg van een verdragsbepaling door het Hof een zodanige consistentie en duidelijkheid vertoont dat deze uitleg als het ware onderdeel van de bepaling zelf is geworden.<sup>42</sup> In die samenhang is de in *Podkolzina* en *Petkov e.a.* herkenbare vaste lijn interessant, waarop Van Drooghenbroeck wijst: het Hof incorporeert stukje bij beetje het Europese *soft law* in zijn uitleg van art. 3 Eerste Protocol. In *Grosaru* is volgens hem deze ontwikkeling consequent doorgezet en heeft het Hof vastgesteld dat toetsing door het parlement in hoogste instantie ontoelaatbaar is.<sup>43</sup> Dat laatste heb ik al tegengesproken: het EHRM veroordeelde Roemenië juist niet voor het ontbreken van een bevoegde rechter op zich. Bovendien vertoont de door Van Drooghenbroeck geconstateerde ontwikkeling in de Straatsburgse rechtspraak maar gedeeltelijk de indicatoren voor een *de facto*-werking *erga omnes* die Van Emmerik noemt (uitspraak Grote Kamer, unaniem, oormerk '1' voor belangrijke uitspraken).<sup>44</sup> Dat Nederland op dit moment zijn verdragsverplichtingen onder art. 3 Eerste Protocol zou schenden, is simpelweg niet komen vast te staan.

Met de Belgische auteurs ben ik van mening dat de huidige procedure van exclusief parlementaire toetsing op den duur niet houdbaar is. Echter, het Hof zegt in *Grosaru* niet dat een onafhankelijke maar niet-rechterlijke beslissing ook onvoldoende was geweest. Een oplossing voor Nederland kunnen we derhalve in twee richtingen zoeken: beroep op de rechter kan 'boven' op de bestaande procedure worden toegevoegd, of de bevoegdheid van de Kamer kan juist naar 'beneden' aan een onafhankelijk bestuursorgaan zoals de Kiesraad worden afgestaan.

Ook is het denkbaar dat de Tweede Kamer een rol blijft spelen. De klassieke uitleg van het geloofsbriefonderzoek als noodzakelijke waarborg voor de zelfstandigheid van de Kamer gaat van een probleem met sterk constitutionele lading uit, waar de rechter zich niet over mag buigen. Roemenië heeft dat in *Grosaru* niet bepleit. Voordat het Straatsburgse Hof zo'n klassieke benadering zou kunnen afkeuren, zou Nederland de gelegenheid hebben die visie te verdedigen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn de rechten uit art. 3 Eerste Protocol niet absoluut.<sup>45</sup> Als Nederland kan aantonen dat betrokkenheid van het parlement zelf, voor zover überhaupt een beperking, proportioneel en noodzakelijk is, dan kan een nieuwe niet-exclusieve vorm van toetsing door de Kamer EVRM-conform zijn.

Er zijn dus veel mogelijke keuzes. In het vervolg wil ik een model met een driedelige rolverdeling schetsen: meer bevoegdheden voor de Kiesraad, beslissing van de constitutionele kernvraag door de Kamer, en een beperkte vorm van rechterlijk toezicht achteraf.

## Een analyse vanuit bestuursrechtelijk perspectief

In België wordt de beslissing van verkiezingsgeschillen gezien als een daad van rechtspraak.<sup>46</sup> Uitgaand van deze analyse is vrij snel duidelijk wat er moet gebeuren. Het zou niet volstaan het geloofsbrievenonderzoek te omkleeden met voor rechtspraak typische procedurele waarborgen zoals openbaarheid, hoor en wederhoor en gemotiveerde uitspraak. Immers: parlementariërs zijn in verkiezingsgeschillen per definitie partijdig en daarom als rechter principieel ongeschikt. Het parlement zou de toetsing van verkiezingen compleet aan een echte rechter moeten afstaan. In België ligt dan de keuze voor het Grondwettelijk Hof voor de hand. Al in 1918 schreef de Groningse jurist Van Kleffens dat zo'n redenering weliswaar logisch sluitend is, maar van een onjuiste premisse uitgaat: de beslissing van verkiezingsgeschillen was volgens hem geen rechtspraak maar een daad van administratie.<sup>47</sup> Die benadering blijft interessant. Ik wil niet betogen dat de analyse van de beslissing van verkiezingsgeschillen als rechtspraak ronduit onjuist is, maar veeleer laten zien dat het hedendaagse algemene bestuursrecht een beter analysekader biedt, dat tot een voor Nederland passendere oplossing leidt.

De beslissing van een verkiezingsgeschil door de Tweede Kamer is een eenvoudige (niet-wetgevende) op rechtsgevolg gerichte handeling krachtens publiekrecht. De beslissing valt niet onder de definitie van besluit in art. 1:3 Awb enkel omdat de Kamer in art. 1:1 Awb kunstmatig buiten het begrip bestuursorgaan wordt gehouden. Materieel hebben we met een besluit te maken. Op de totstandkoming daarvan zou men zonder meer de zorgvuldigheidseisen van afdeling 3.2 Awb willen zien toegepast, ook al gelden deze *de jure* niet. Zo komen we direct tot het belangrijkste materiële kenmerk van een bestuurlijk besluit: de daaraan ten grondslag liggende integrale belangenafweging.

Het voornaamste belang is dat van de kiezers: de samenstelling van de Kamer moet de wil van de kiezers weerspiegelen. Dat geldt niet alleen voor kiezers wier wilsuiting door een verkiezingsfout in het gedrang is gekomen, en die dus belang bij een reparatie van deze fout hebben. De kiezers wier wil wel zuiver tot uitdrukking is gekomen in de uitslag – en dat zal in voorkomend geval de overgrote meerderheid zijn – hebben er belang bij dat de uitslag daadwerkelijk tot de resulterende samenstelling leidt en de nieuwe Kamer zo spoedig mogelijk bijeen kan komen. Zodra twijfels over de verkiezingen zijn gerezen,

## Nadeel van parlementaire toetsing is hoe dan ook dat de Kamer partijdig is samengesteld

moet er een afweging plaatsvinden tussen deze tegengestelde belangen in het electoraat:

*Is het zo dat de voorgevallen verkiezingsfouten van zodanige aard en omvang zijn dat aan de wil van de overgrote meerderheid van de kiezers geen gevolg kan worden verbonden, tenminste niet onmiddellijk, maar pas nadat nader onderzoek heeft plaatsgevonden en een en ander is gecorrigeerd, of zelfs nadat de stembusgang (gedeeltelijk) is herhaald?*

Ik geloof dat dit de meest wezenlijke vraag is, die de Kamer moet beantwoorden zodra zij zich geconfronteerd ziet met een serieus verkiezingsgeschil. Het zou mijns inziens niet passen bij de Nederlandse staatsinrichting om deze belangenafweging compleet aan een rechter of een bestuursorgaan zoals de Kiesraad over te laten. Het blijft de Tweede Kamer zelf die deze moeilijke taak het best kan vervullen.

Nadeel van parlementaire toetsing is hoe dan ook dat de Kamer partijdig is samengesteld, en wel letterlijk: de Kamerleden zijn partijgenoten of politieke concurrenten van de kandidaat over wiens verkiezing twijfels bestaan. Nu heeft dit naar mijn beste weten de afgelopen decennia niet geleid tot gevallen waarin de zetelverdeling tussen partijen door partijdigheid werd beïnvloed. Maar de wil van de kiezer komt in het Nederlandse stelsel niet slechts neer op evenredige zetelverdeling tussen politieke partijen, de kiezers kunnen ook hun voorkeur voor individuele kandidaten uitspreken en daarmee de zeteltoekenning binnen de partijen beïnvloeden. Daarbij staat het belang van de kiezer lijnrecht tegenover het belang van de politieke partijen en de partijleidingen in het bijzonder. Mijns inziens bestaat er een reëel gevaar dat aan verkiezingsfouten met betrekking tot voorkeurstemmen te snel wordt voorbijgegaan.<sup>48</sup> Als we de toetsingsbevoegdheid niet compleet uit handen van de Kamer willen nemen, dan is de rechter de enige die hier werkelijk effectief de wil van de kiezer en de rechten van de individuele kandidaat kan beschermen.

De vraag welke rol aan de rechter toekomt wanneer bestuurlijke besluiten aan hem ter toetsing worden voor-

32. Zie ook de *concurring opinion* van rechter Ziemele bij het arrest.

33. EHRM (Grote Kamer) 23 februari 2012, nr. 27765/09 (*Hirsi Jamaa e.a. vs. Italië*), par. 197.

34. Transparency International Nederland, 'National Integrity System Assessment Netherlands', 2012, <[http://www.transparency.org/whatwedo/pub/national\\_integrity\\_system\\_assessment\\_netherlands](http://www.transparency.org/whatwedo/pub/national_integrity_system_assessment_netherlands)>, p. 155-158.

35. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 268.

36. EHRM (Kamer) 9 april 2002, nr. 46726/99 (*Podkolzina vs. Letland*), par. 35.

37. Voor de gemeenteraden noemde de Kiesraad zo'n uitsluitende en ongecontroleerde bevoegdheid 'zeer onwenselijk'; Advies van de Kiesraad van 26 oktober 2001, *Stcr.* 2001, 221, par. 4.

38. EHRM (Kamer) 11 juni 2009, nr. 77568/01 178/02 505/02 (*Petkov e.a. vs. Bulgarije*), par. 63, 66.

39. Marc Verdussen, 'Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales',

*Journal des tribunaux* 2010-6399, p. 398.

40. Koen Muylle, 'L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme?', *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2010-83, p. 729-730.

41. Art. 46 EVRM.

42. M.L. van Emmerik, 'Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM', in: *Publicaties van de staatsrechtkring, Wetgever en grondrechten Vol. 12*, Nijmegen: 2008, p. 133.

43. Van Drooghenbroeck 2010, par. 31.

44. Van Emmerik 2008, p. 135-136.

45. EHRM (Grote Kamer) 22 mei 2012, nr. 126/05 (*Scoppola vs. Italië* (nr. 3)), par. 83.

46. Van Drooghenbroeck 2001, par. 6; met verwijzing naar J. Velu, *Droit public*, vol. 1, *Le statut des gouvernants*, Brussel: 1986, p. 528. Verdussen 2010, p. 399.

47. Van Kleffens 1918, p. 28-30.

48. Voor een geval waarin dit gevaar zich op provinciaal niveau daadwerkelijk realiseerde zie ARRVS 18 juni 1982, AB 1983, 41, m. nt. J.A.O. Eskes.

gelegd, heeft de ontwikkeling van het stelsel van administratieve rechtspraak decennialang bemoeilijkt. Die principiële moeilijkheid hebben we inmiddels overwonnen. De bestuursrechter treedt niet in een integrale heroverweging van alle betrokken belangen, hij toetst slechts of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, het besluit degelijk heeft gemotiveerd en daarbij het recht in acht heeft genomen. De rechter toetst marginaal. Eenzelfde rol zou de Afdeling bestuursrecht-spraak kunnen vervullen wanneer zij de beslissing van een verkiezingsgeschil door de Tweede Kamer toetst.

Hier blijft veel ruimte voor discussie. Door op die mogelijkheid te wijzen wil ik slechts aangeven dat niet alleen aan het extremere scenario van een integraal toetsende rechter moet worden gedacht, die wellicht past bij landen met een Kelseniaanse traditie van constitutionele rechtspraak (Duitsland, Oostenrijk), of bij landen die geleidelijk aan die kant opschuiven (Frankrijk, België). Het is voor Nederland moeilijk voorstelbaar dat een rechter tegen het parlement zegt dat een voldoende stevig kiezersmandaat niet tot stand is gekomen, terwijl het parlement zelf van tegenovergestelde mening is. De Afdeling zou wel kunnen zeggen dat de verkiezingen blijkens de beslissing van de Kamer over het geheel rechtmatig zijn verlopen, dat dit oordeel noch onbegrijpelijk noch in strijd met de wet kan worden geacht, maar dat de Kamer onvoldoende heeft gemotiveerd waarom een kleine hertelling niet is uitgevoerd terwijl dat nodig leek.

Volstrekt onproblematisch lijkt me dat de Afdeling de toetsing op de strikte wettelijke voorwaarden voor het lidmaatschap en incompatibele ambten door de Kamer overdoet. Op dit onderdeel van de toetsing ligt tevens een bevoegdheidsverschuiving naar 'beneden' voor de hand: die toetsing kan *in primo* beter door de onafhankelijke en onpartijdige Kiesraad geschieden.

Verder zou de beslissing door de Kamer beter kunnen worden voorbereid door aansluiting bij het Awb-figuur van besluitvorming in twee instanties te zoeken. Zo zou een openbare voorbereidingsprocedure met sterk verkorte termijnen kunnen gelden. De verkiezingsuitslag zou daarbij als ontwerpbesluit kunnen dienen. De suggestie zou zijn dat de Kamer in beginsel voornemens is alle verkozenverklaarden toe te laten, en vooraf aan de

kiezers vraagt of zij bedenkingen hebben. Als het voorstel van de regering om voortaan processen-verbaal van de stembureaus online te publiceren doorgang vindt, zal de procedure al veel op een openbare voorbereiding gaan lijken.<sup>49</sup>

## Conclusie

Dat het EHRM er niet voor terugschrikt de rechten van het individu ook tegen inbreuk door de nationale grond- en kieswetgever te verdedigen, heeft bijgedragen tot de scherpe kritiek die het Hof de afgelopen jaren ten deel valt. Thomas Spijkerboer bepleitte onlangs in dit tijdschrift de politieke lading van deze discussie eerlijk te onderkennen. Er zou juist hartstochtelijk getwist moeten worden over de vraag hoe indringend het Hof moet toetsen, het liefst aan de hand van concrete arresten.<sup>50</sup> De uitspraak in *Grosaru* is daarvoor dubbel interessant, omdat zij een soortgelijke vraag op nationaal niveau opwerpt: moet de Nederlandse rechter zich in het wezenlijk constitutionele proces van parlementsverkiezingen kunnen mengen? In dit artikel heb ik geprobeerd een grondslag te leggen voor een stevige discussie die we over die vraag zouden moeten voeren.

De druk vanuit Europa wijst duidelijk één kant op: beroep op de rechter behoort tot de standaarden voor eerlijke verkiezingen. Anderzijds volgt uit *Grosaru* niet dat deze *soft law*-norm bindende betekenis voor Nederland zou hebben verkregen. We moeten de vraag zelf beantwoorden. Een rol voor de bestuursrechter ligt mijns inziens het meest voor de hand. Maar minstens moet er een discussie komen, zij het een die eindigt in een weloverwogen herbevestiging van de parlementaire toetsingsprocedure. Doen we niets, dan lopen we risico dat Straatsburg ons dwingt. Nederland zou verkeren in een staat van onmondigheid door eigen schuld. Precies het tegenovergestelde is welbegrepen nationale soevereiniteit: we moeten onze eigen problemen zelf oplossen. Daartoe is nu de tijd. ●

<sup>49</sup>. Kamerstukken II 2011/12, 33 268, nr. 3, p. 3-5.

<sup>50</sup>. Thomas Spijkerboer, 'Het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *NJB* 2012/242, afl. 4, p. 262.