



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Wie mag stemmen per brief in tijden van corona

De democratie, de machtscheiding, de grondwet en het EVRM

Besselink, L.

Publication date

2021

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Besselink, L. (2021). *Wie mag stemmen per brief in tijden van corona: De democratie, de machtscheiding, de grondwet en het EVRM*. Web publication or website, Nederland Rechtsstaat. <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/wie-mag-stemmen-per-brief-in-tijden-van-corona-de-democratie-de-machtscheiding-de-grondwet-en-het-evrm/>

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.

Wie mag stemmen per brief in tijden van corona: de democratie, de machtenscheiding, de grondwet en het EVRM

2 maart 2021 door
Leonard Besselink

De Grondwet kent aan iedere Nederlander 'gelijkelijk' het recht te kiezen en verkozen te worden (art. 4). Het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft in een zaak waarin aan een groep personen het kiesrecht werd onthouden, gesteld dat Staten

'enjoy considerable latitude to establish rules within their constitutional order governing parliamentary elections and the composition of the parliament, and that the relevant criteria may vary according to the historical and political factors peculiar to each State, these rules should not be such as to exclude some persons or groups of persons from participating in the political life of the country' [Case of Aziz v. Cyprus](#), (Application no. 69949/01), para. 28

Kunnen stemmen bij verkiezingen is bepalend voor het kunnen deelnemen aan het politieke leven van een land. Gelijkheid tussen kiesgerechtigden is een essentieel kernvereiste van de democratie. Geen democratie kan bestaan indien onderscheid wordt gemaakt tussen kiesgerechtigden voor wat betreft de wijze waarop hun wordt toegestaan hun stem uit te brengen.

En toch is dit wat er gebeurde. De Tweede Kamer drong in de met zeer grote meerderheid aangenomen [motie-Terpstra](#) erop aan meer mogelijkheden te scheppen om te kunnen stemmen dan de Tijdelijke wet verkiezingen covid-19 deed, met name wenste de kamer de mogelijkheid van vervroegd stemmen en de mogelijkheid 'dat met name kwetsbare kiezers per post hun stem kunnen uitbrengen'. De motie werd slechts ten dele uitgevoerd, namelijk door uitsluitend voor alle kiesgerechtigden van 70 jaar en ouder ('70-plussers') briefstemmen mogelijk te maken, en niet voor kwetsbare kiesgerechtigden jonger dan 70 jaar ('70-minners'). Aldus werd een onderscheid ingevoerd in de wijze waarop men deel kan nemen aan de verkiezingen. Dit onderscheid raakt niet alleen het gelijke recht te kiezen, maar ook het recht gekozen te worden, nu het van algemene bekendheid is - en bevestigd wordt door het door het ministerie van BZK gepubliceerde [Nationaal Kiezersonderzoek](#) - dat sommige partijen meer en andere minder gekozen worden door 70-plussers.

Een onderscheid in de mogelijkheid deel te nemen aan het politieke leven van een land - zowel door het actieve als het passieve kiesrecht - is alleen denkbaar als het een indringende rechtvaardigingstoets doorstaat. Dit zal slechts het geval kunnen zijn als er een bevredigend antwoord wordt gegeven, niet op de vraag waarom aan kwetsbare 70-plussers de mogelijkheid moet

worden geboden per brief hun stem uit te brengen, maar op de vraag waarom aan kwetsbare 70-minners geen gelegenheid geboden wordt per brief te stemmen.

In het vonnis in kort geding voor de voorzieningenrechter [Den Haag van 19 februari](#) het gemaakte onderscheid slechts aan een lichte toets onderworpen, waarbij de zojuist gestelde vraag niet echt beantwoord wordt. Sterker, wat betreft het passief kiesrecht ziet de rechter principieel af van iedere vorm van toetsing, terwijl het daar eiser natuurlijk in hoge mate ook om ging.

In kort geding vorderde de Partij voor de Dieren, kort gezegd, om een bevel aan de Staat te geven alles te doen om een einde te maken aan de ongerechtvaardigde ongelijkheid die besloten ligt in de beperking van briefstemmen tot alle 70-plussers bij de aanstaande Tweede Kamerverkiezingen.

Gelijkheid verworpen

De voorzieningenrechter verwierp het gevorderde, oordelend dat de vordering een bevel tot wetgeving behelst dat conform de Waterpakt-doctrine niet kan worden gegeven. Die wil de rechter 'trouw blijven' (r.o. 4.1).

Hoewel daarmee de zaak van de baan is, onderwerpt de voorzieningenrechter de maatregel van briefstemmen voor alle 70-plussers, maar met name niet 'kwetsbare' personen jonger dan 70 jaar of anderen die het stemlokaal willen mijden en hun stemgeheim niet door middel een machtiging aan een andere kiesgerechtigde willen opofferen (of eigenlijk: hun stem niet aan een ander willen overdragen), desalniettemin aan een dunne rechtvaardigingstoets.

Ik maak eerst een paar korte opmerkingen over de tekortschietende toets waaraan de maatregel werd ontworpen, vervolgens kom ik terug op het Waterpakt-argument en geef ik aan op welke wijze de rechter de formele wet indringender had kunnen toetsen en kunnen beslissen dat de wet in strijd is met artikel 4 Grondwet zonder de beginselen van democratie en machtscheiding geweld aan te doen. Ten slotte een korte opmerking over hoe dat moet als de verkiezingsuitslag gaat worden betwist op grond van het gemaakte onderscheid.

De toets

De gerechtvaardigdheid van het onderscheid lijkt voor de voorzieningenrechter een gegeven. Hij citeert en parafraseert vrijelijk uit de Memorie van toelichting op het wetsvoorstel waarbij briefstemmen voor 70-plussers mogelijk wordt gemaakt, en gaat eenvoudigweg voorbij aan hetgeen door onder meer de Kiesraad op het relevante punt tegengeworpen werd (en door eiser was aangevoerd). Wel refereert het vonnis aan voor het gemaakte onderscheid niet relevante punten uit het advies van de Kiesraad, met name aan de bezwaren die de Kiesraad onder normale, niet-corona, omstandigheden heeft (en die inderdaad in het advies over briefstemmen ook worden genoemd). Deze argumenten gebruikt de voorzieningenrechter om tot de conclusie te komen dat de maatregel voldoende gerechtvaardigd werd. Het meest direct relevante punt in het advies over briefstemmen ([p. 7](#)) wordt echter gepasseerd: volgens de Kiesraad was onder corona-omstandigheden wel goede reden over te gaan tot briefstemmen, maar door de regering was volgens de Kiesraad níet adequaat beargumenteerd '[w]aarom alle kiezers van 70 jaar of ouder vanwege de huidige beperkende maatregelen niet uit de voeten kunnen met de bestaande stemmogelijkheden, en alle andere kiezers wel'.

In termen van het gelijke-behandelingsrecht wees de Kiesraad er aldus op dat de maatregel zowel te ruim was (over-inclusion), want ook 70-plussers omvattend die zonder briefstemmen voldoende

veilig hun stem kunnen uitbrengen (bijvoorbeeld omdat zij geen enkele onderliggende fysieke aandoening hebben, of omdat zij geen probleem hebben met het opgeven van het stemgeheim); alsook dat de maatregel tekortschiet (under-inclusion), omdat er veel personen zijn die jonger zijn dan 70 jaar en kwetsbaar zijn wegens een of meerdere onderliggende aandoeningen, en het opgeven van het stemgeheim wél bezwaarlijk vinden.

Als voor de hand liggende oplossing adviseerde de Kiesraad om briefstemmen op aanvraag mogelijk te maken. Dit advies werd door de regering niet gevolgd en hoewel dit op vragen stuitte van kamerleden, legden de meesten dezer zich hier uiteindelijk bij neer. De regering vond dat zij wel genoeg had gedaan, het was bovendien makkelijker, en vond – voorbijgaand aan de door de Kiesraad voorgestelde oplossing – dat de risicogroep onder de 70 jaar moeilijk te identificeren was.

De voorzieningenrechter billijkte dit alles, met voorbijgaan aan de optie die vanuit een oogpunt van het stemgeheim en corona-besmetting veiliger, en vanuit een oogpunt van het gelijke kiesrecht te prefereren oplossing die eenvoudigweg géén onderscheid maakt. Aldus faalt de rechter in het zelfstandig toetsen van de onbeantwoorde eigenlijke vraag: worden 70-minners, althans degenen die reden kunnen hebben af te zien van stemmen vanwege besmettingsgevaar, ontoelaatbaar geraakt in hun democratische recht dat om precies dezelfde reden aan anderen wel gegund wordt?

Het uitgangspunt van de voorzieningenrechter is ‘allereerst ... dat het actief kiesrecht, waar het in deze zaak om gaat, op zichzelf onaangetast is gebleven’; hoewel hij het aannemelijk acht ‘dat sommige kiezers hun stem niet zullen uitbrengen uit angst voor besmetting met het coronavirus... worden [zij] daarin geleid door hun persoonlijke afwegingen en niet door keuzes van de Staat’ (r.o. 4.4). Het ligt dus aan de zwakkelingen die zich laten afschrikken, niet aan de Staat dat kwetsbare 70-minners afzien van gebruikmaking van hun kiesrecht. Een hoogst opmerkelijk, zo niet schokkend, ‘allereerste’ uitgangspunt. Men had mogen denken dat het allereerste uitgangspunt de strekking van de ingeroepen EVRM-bepalingen (Prot 1-3 jo 14 EVRM, 12e P EVRM) en de Grondwet zou zijn (die grondwetsbepaling kan weliswaar geen grond zijn voor het door de rechter buiten toepassing laten van de formele wet, maar hij is toch zeker wel betekenisvol voor het medebepalen van de betekenis van het juridisch uitgangspunt voor de gevraagde rechterlijke toetsing). Constitutionele normen en democratische rechten van burgers die menen dat hun de mogelijkheid wordt ontnomen om te stemmen, spelen helaas echter geen rol in de beoordeling door de voorzieningenrechter. Eerste uitgangspunt is voor de voorzieningenrechter dat deze burgers er zelf voor kiezen niet te stemmen...

De voorzieningenrechter herhaalt in hoofdzaak de redenen die de regering in de memorie van toelichting op het wetsontwerp aangeeft om aan 70-plussers de mogelijkheid te bieden om per brief te stemmen. Per saldo ziet hij er vanaf de vraag te beantwoorden waarom aan kwetsbare 70-minners geen gelegenheid geboden hoeft te worden per brief te stemmen. Het antwoord dat de wet al zoveel extra mogelijkheden heeft geschapen, zoals vervroegd stemmen en het uitbreiden van de mogelijkheid bij volmacht te stemmen, gaat evenzeer op voor 70-plussers en legt niet uit waarom dit dan voor alle 70-plussers géén voldoende mogelijkheid biedt.

Het antwoord dat kwetsbare 70-minners als groep moeilijk te identificeren is (vgl. r.o. 4.5), kan al evenmin voldoen. Als men dit een probleem vindt, dan kan men immers een opgave van redenen bij de aanvraag van een briefstembiljet vereisen (zoals in Duitsland – waar sinds 1957 [briefstemmen](#) mogelijk is – tot 2008 het geval was). Eigen verklaringen worden tijdens de corona-pandemie in andere gevallen, zoals bij de avondklok gebruikt, net als in ons omringende landen; waarbij op valsheid in geschrifte zware straffen staan.

In de door de wetgever gekozen oplossing, wordt het bovendien niet onredelijk geacht dat ook niet-kwetsbare 70-plussers per brief stemmen. Als het principieel toelaatbaar is om niet-kwetsbare 70-plussers (die getalsmatig qua besmettings-, ic- en stervensgevaar vooral te vinden zijn in de groep 65-69 jarigen) per brief te laten stemmen, dan kan er geen principieel bezwaar zijn als ook niet-kwetsbare 70-minners gebruik zouden maken.

Dat fraude mogelijk is – hetgeen door de voorzieningenrechter min of meer stilzwijgend als reden voor uitsluiting van briefstemmen voor kwetsbare 70-minners wordt aanvaard (r.o. 4.6) – stond niet in de weg aan het feit dat in Nederland waterschapsverkiezingen ooit uitsluitend per post plaatsvonden. Ook in onder meer Duitsland, zowel bij meeste Länder- als bij Bondsdagverkiezingen wordt die theoretische mogelijkheid niet beslissend gevonden; praktisch hebben bij geen van de Nederlandse en Duitse postverkiezingen zich significante vormen van fraude voorgedaan.

Er zitten ongerijmdheden in het vonnis als het gaat om het tijdselement. Zo stelt de voorzieningenrechter dat er wél tijd is voor kamerleden om ‘met behulp van hun democratische instrumentarium op een wetswijziging ... aan [te] dringen als gewijzigde omstandigheden daartoe aanleiding geven’ (r.o. 4.3). Maar bij de beoordeling of briefstemmen voor alle kiesgerechtigden kan worden ingevoerd oordeelt de voorzieningenrechter dat de Staat voldoende aannemelijk heeft gemaakt ‘dat dit praktisch niet uitvoerbaar is binnen de termijnen die door de Kieswet worden voorgeschreven’ (r.o. 4.6). Argumentatieve willekeur?

Terugkerend naar de kern van de zaak, de ongelijkheid die de wettelijke regeling schept tussen 70-plussers en 70-minners, zou men wellicht kunnen denken aan het ongelijk risico dat zij mogelijk lopen. Alleen doden tellen is echter niet genoeg om het risico meer compleet in beeld te krijgen. Kijken we naar de aantallen covid-patiënten die volgens de [Nationale Intensive Care Evaluatie](#) op de intensive care afdelingen terecht komen, dan moet vastgesteld worden dat dit bijna twee keer zoveel 70-minners dan 70-plussers zijn (4897 resp. 2757, website geconsulteerd op 22 februari 2021). Zo duidelijk is het verschil in risico tussen 70+ en 70- niet.

De argumenten om briefstemmen te onthouden aan, in het bijzonder, kwetsbare 70-minners die hun stem niet bij volmacht aan een ander willen overdragen, maken niet duidelijk waarin zij ongelijk zijn aan, in het bijzonder kwetsbare, 70-plussers. Daarmee schendt de wettelijke regeling het fundamentele recht om gelijkelijk te kunnen deelnemen aan verkiezingen, het gelijke actief kiesrecht.

Aan de verdragsrechtelijke en grondwettelijke waarborg van het gelijke passief kiesrecht toetst de voorzieningenrechter bewust in het geheel niet. Hij volgt de Staat in de opvatting dat het nagaan of een onderscheid op basis van leeftijd ten gunste respectievelijk ten nadele van sommige partijen gaat, ontoelaatbaar is:

‘[D]e wetgever [moet] zich verre houden van wat de invloed daarvan [onderscheid op grond van leeftijd] is op het stemgedrag van de kiezer naar gelang de gepeilde of verwachte politieke voorkeur’ (r.o. 4.7).

Dit argument betekent dus dat de inrichting van de verkiezingen op een wijze die bepaalde partijen evident benadeelt of bevoordeelt, in geen enkel geval kan afstuiten op het gelijke recht gekozen te worden. Dit vergt immers dat men nagaat of er sprake is van bevoordeling of benadeling – en dat mag niet van de rechter. Een verbod tot toetsing aan het passief kiesrecht, dus.

Hoe moet de rechter toetsen?

Dat de rechterlijke toets van formele wetgeving in kort geding om processuele redenen, mede in samenhang met machtscheiding, soms meer terughoudend moet zijn dan in een bodemprocedure, is juist. De kort gedingrechter in Den Haag is veelgeplaagd door wie het oneens is met de uitkomst van politieke besluitvorming en pleegt terecht daarom een vaak terughoudende toets aan te leggen, wanneer er sprake is van een complexe onderlinge afweging van botsende rechtsgoederen, waarbij politieke voorkeuren beslissend kunnen zijn. Vandaar dat de toets gaat over het 'in redelijkheid aannemelijke' karakter van de afweging door de politiek, waarbij qua wetgeving vaak het criterium van 'onmiskerbare onverbindendheid' wordt gebruikt - maar soms ook niet (vgl. het avondklokvonnis van 16 februari 2021, inmiddels in hoger beroep vernietigd, en bijvoorbeeld Pres. Rb Den Haag 11 augustus 1988 Harmonisatie-wet). Anders dan voorzieningenrechtswel stellen, en ook hier, vloeit dit criterium niet voort uit artikel 94 Grw.

Er zijn meerdere redenen om ernstig te betwijfelen of een dergelijke terughoudendheid in dit geval gerechtvaardigd kan zijn. Er doet zich de paradox van de noodtoestand voor, te weten dat enerzijds het juist in uitzonderlijke omstandigheden van eminent belang is grondrechten en democratie te beschermen, en daarom aan een indringende toets te onderwerpen, en anderzijds de uitzonderlijkheid van de omstandigheden kan maken dat terughoudendheid geboden is. Mijn voorkeur tendeert naar de eerste positie indien rechterlijke toetsing de democratie principieel versterkt, zoals in deze kiesrechtzaak aan de orde is. Anders dan in andere gevallen, wordt het argument dat het de rechter ontbreekt aan democratische legitimatie gecompenseerd door de evident democratie-versterkende uitkomst van een integrale toetsing.

Bovendien moeten we betwijfelen of terughoudendheid gerechtvaardigd kan zijn als er geen ruimte is voor afweging van belangen zoals bij de beperking van grondrechten op grond van de beperkingsclausules van artikelen 8 tot 11 EVRM. Bij het verbod van directe discriminatie is een beperking van het daaruit voortvloeiende recht niet mogelijk, althans niet op basis van een belangenafweging. Het gaat erom of sprake is van ongelijke behandeling of niet - een schaduwgebied tussen gelijk of ongelijk bestaat niet. Dit betekent dat er in principe geen aanleiding is voor een zo marginale toets als gebezigd werd door de voorzieningenrechter.

Waterpakt trouw blijven, of trouw aan SGP en Urgenda?

Een fundamentele machtscheidingsoverweging ligt ten grondslag aan het [Waterpakt-arrest](#). Dat is precies waarom de inperking van de Waterpakt-doctrine door dezelfde Hoge Raad in het SGP-arrest en het Urgenda-arrest op [machtscheidingsbezwaren](#) kan stuiten. Zoveel is echter wel zeker, dat naar huidig geldend recht de machtscheiding niet meer in de weg kan staan van een vordering die, als hier aan de orde, openlaat op welke wijze de Staat een einde dient te maken aan een gestelde onrechtmatige inbreuk op een fundamenteel recht door de Hoge Raad, zelfs als dat formele wetgeving vergt zoals vast kwam te staan in het SGP-arrest, en zelfs niet aan een rechterlijk bevel dat bepaalt welk precieze doel wanneer moet worden bereikt, ook niet als voldoen aan dit bevel formele wetgeving vergt; in Urgenda kwam immers nader vast te staan dat uitsluitend een bevel specifieke wetgeving tot stand te brengen niet door de rechter gegeven kan worden. In deze kiesrechtzaak werd echter door eisers in het midden gelaten welke specifieke wetgevende maatregelen genomen zouden moeten worden, met name (maar niet alleen) de vraag of verkiezingen beter kunnen worden uitgesteld, of iedereen per brief zou moeten kunnen stemmen, of dat er alleen op aanvraag briefstemmen mogelijk moet zijn, zo goed als in het midden werd gelaten hoe met deze keuzes samenhangende andere besluiten en regelgeving zou moeten worden gewijzigd, zoals het ontbindings-kb en het Kiesbesluit.

Hoe de rechter had kunnen oordelen met eerbiediging van democratie én machtenscheiding

Had de voorzieningenrechter zonder ongehoorzaam willen zijn aan de Hoge Raad in Urgenda en SGP desalniettemin recht willen doen aan de machtenscheiding en daarom het eindoordeel willen overlaten aan de wetgever, dan zou de uitweg gelegen zijn gelegen in een verklaring van onverenigbaarheid, zoals de HR die aflegde in het Harmonisatiewet-arrest; bovendien zou de rechter dan duidelijker kunnen en moeten leunen op de Grondwet dan op het EVRM.

Het EVRM heeft als moeilijkheid dat het EHRM veelal een ruime beoordelingsmarge overlaat aan verdragspartijen, een ruimte die de Nederlandse rechter vervolgens pleegt te laten aan de wetgever. Mede in het licht van de afwezigheid van een precedent in de EHRM-jurisprudentie, kan deze stand van zaken tot gevolg hebben dat het juridische kader verschuift van EVRM naar Grondwet – een verschuiving waar kennelijk rechters, ten onrechte, bang voor zijn.

Artikel 4 van de Grondwet, net als de rest van de Grondwet, kent geen leer van de beoordelingsmarge. Wèl echter laat artikel 4 toe bij wet beperkingen en grenzen te stellen aan het kiesrecht. Maar deze beperkingen mogen uiteraard de kern van het gelijke kiesrecht niet aantasten. Gelijkheid tussen kiesgerechtigden is wezenskenmerk van democratie. Geen democratie kan bestaan indien onderscheid wordt gemaakt tussen kiesgerechtigden voor wat betreft de wijze waarop hun wordt toegestaan hun stem uit te brengen. Een onderscheid dat bovendien het evidente gevolg heeft dat sommige partijen daardoor bevoordeeld en andere benadeeld worden, is reden te meer zo'n onderscheid ongerechtvaardigd te achten.

Als een rechter die serieus toetst en tot deze voor de hand liggende uitkomst zou komen, dan was een verklaring van onverenigbaarheid zoals de HR afgaf in het Harmonisatiewet-arrest (Harmonisatiewet r.o. 3.1) denkbaar geweest. De rechter zou dan kunnen verklaren dat

'hoezeer hij de te dezen bestreden bepalingen van de Tijdelijke wet Tweede-Kamerverkiezing covid-19 ook in strijd acht met het gelijke recht te kiezen en gekozen worden, het de rechter niet vrijstaat door middel van een bevel deze te doen wijzigen op een door de wetgever te bepalen wijze teneinde aan deze ongerechtvaardigde ongelijke behandeling een einde te maken'.

Dit vergt een gevoeligheid voor democratie en machtenscheiding die tot nu toe door rechters niet is opgebracht. Jammer genoeg juist ook niet in een zaak die de kern van de democratie raakt.

Een Straatsburgs staartje? What a mess!

Indien er geen hoger beroep en cassatie wordt ingesteld waarin het vonnis ongedaan wordt gemaakt, dan is het naar huidig Nederlands recht aan de Tweede Kamer zelf om, zou daar een geschil over ontstaan, bij het behandelen van de geloofsbrieven te beoordelen of de verkiezingen conform eisen van Grondwet en EVRM zijn verlopen (art. 58 Grw). Dat tegen deze beoordeling door de Tweede Kamer geen beroep openstaat op een onafhankelijk gremium, is echter volgens het EHRM in beginsel in strijd met het EVRM, zie Mugemangango tegen België van 10 juli 2020. Hier ligt dus zeker een casus voor, nu verwacht mag worden dat de Partij voor de Dieren de verkiezingsuitslag zal betwisten. Aanleiding voor nog een spoedwetje om beroep te openen op, zeg, de Afdeling bestuursrechtspraak? Zou dan aan de democratische rechten van burgers recht gedaan worden? Hoe dit zij, de wetgever heeft het er in tijden van corona weer lelijk bij laten zitten.