

Over de uitkomstdrempel bij een bindend-correctief referendum in Nederland
(Position paper op verzoek van de Eerste Kamer, Commissie Binnenlandse Zaken)

prof. dr Frank Hendriks

Tilburg University, 27 november 2020

De Eerste Kamer buigt zich over het initiatiefvoorstel-Van Raak inzake opnemings in de Grondwet van bepalingen inzake een bindend-correctief referendum; hierin was sprake van een uitkomstdrempel van een meerderheid van een bij de wet te bepalen deel van hen die gerechtigd waren aan het referendum deel te nemen (artikel 89d). Door een amendement van de Tweede Kamer is hiervan een in de Grondwet te specificeren beslisregel gemaakt, te weten: een meerderheid die ten minste gelijk is aan een meerderheid van het aantal bij de meest recente verkiezingen van de leden van de Tweede Kamer uitgebrachte geldige stemmen. Bij een opkomst rond de 80% - niet ongebruikelijk bij Tweede Kamerverkiezingen in Nederland - zal zo'n uitkomstdrempel rond de 40% van de kiesgerechtigden uitkomen. Dit zou aanmerkelijk hoger zijn dan de uitkomstdrempel van 33,3% die was geadviseerd door de Staatscommissie Parlementair Stelsel.

De Commissie Binnenlandse Zaken van de Eerste Kamer heeft mij gevraagd hierover een korte beschouwing te schrijven op basis van mijn onderzoekservaring met het onderwerp.¹

Bij het nadenken over correctieve wetgevingsreferenda en daaraan verbonden drempelwaarden is het cruciaal de bedoelde en gewenste functies daarvan voor ogen te houden:

1) De corrigerende functie achteraf. Een correctief wetgevingsreferendum kan dienen als noodrem, als laatste redmiddel voor wetgeving die dreigt te ontsporen. In de coalitiedynamiek kan regelgeving ontstaan waarvoor een (nipte) coalitiemeerderheid kan worden geconstrueerd maar waarvoor onvoldoende maatschappelijke steun is: de Ostrogorski-paradox. De Staatscommissie Parlementair Stelsel beveelt tegen deze achtergrond het bindend-correctief wetgevingsreferendum aan, met daaraan gekoppeld een relatief strenge uitkomstdrempel van één derde (33,3%) van de kiesgerechtigde bevolking.² De Staatscommissie (2018: 153) noemt het een "weliswaar haalbare maar zeker niet eenvoudig te nemen horde."

Het beeld van de noodrem in de trein dringt zich op: die zit achter glas en hangt vrij hoog om al te lichtvaardig of ongelukkig gebruik te ontmoedigen, maar niet zo dat gebruik schier onmogelijk wordt

¹ Onderliggend onderzoek in F. Hendriks, K. van der Krieken & C. Wagenaar, *Democratische zegen of vloek: Aantekeningen bij het referendum*, Amsterdam University Press, 2017; F. Hendriks, D. Jacobs & C. Wagenaar, *Referenderen en delibereren: Een verkenning van bindend correctieve referenda en combinaties met deliberatieve democratie*, Tilburg University, 2019.

² De uitkomstdrempel is een alternatief voor de eerder toegepaste opkomstdrempel, die perverse effecten meebrengt: voorstanders van de aangevochten wetgeving hebben een *incentive* om weg te blijven bij de stembus omdat ze daarmee de kans verkleinen dat de tegenstanders winnen met een rechtsgeldige uitslag. Een uitkomstdrempel vergroot de kans dat de uitslag de verhoudingen tussen voorstanders en tegenstanders meer realistisch weergeeft.

gemaakt.³ In het laatste geval verliest de noodrem haar functie. En een nauw verbonden tweede functie raakt dan ook uit beeld.

2) De alerteringsfunctie vooraf. Een correctief wetgevingsreferendum geeft ook vooraf, als wetgeving nog niet parlementair is vastgesteld, nuttige prikkels en waarschuwingssignalen af. Bestuurders die weten dat hun wetgevende arbeid effectief betwist *kan* worden gaan hun wetgevende arbeid met vergrote alertheid in. In Zwitserland staat dit bekend als de Neidhart-these - in het kort: de *mogelijkheid* van een tik op de vingers verderop in het traject stimuleert het zoeken naar draagvlak en het verkennen van sterke en zwakke signalen van weerstand eerder in het traject. Anders gezegd: de *aanwezigheid* van een reëel wetgevingscorrectief leidt tot activiteiten die daadwerkelijke *activering* van het wetgevingscorrectief moeten voorkomen.⁴

Deze onderliggende functie van het correctief wetgevingsreferendum - als spreekwoordelijke stok achter de deur - vereist een reële kans op activering van het instrument. Het werkt niet als het zeer onwaarschijnlijk is dat men ooit met de betreffende 'stok' te maken kan krijgen.

De twee functies hangen samen en vragen om verstandig ontwerp. Hier is eerder en elders over nagedacht. In Zwitserland hanteert men bij het correctieve wetgevingsreferendum drempels voor het aantal te verzamelen handtekeningen waarmee een dergelijk referendum kan worden afgedwongen (50.000), maar geen opkomst- of uitkomstdrempel voor het verkrijgen van een geldige meerderheid (een gewone meerderheid van 50%+1 van de stemmen volstaat).⁵ Andere landen met nationale voorzieningen voor een correctief wetgevingsreferendum op burgerinitiatief hanteren in veel gevallen een opkomstdrempel en in enkele gevallen een uitkomstdrempel zoals de Staatscommissie aanbeveelt in lijn met veel van de actuele literatuur terzake. Slovenië kent een uitkomstdrempel van 20% voor aangevochten reguliere wetgeving. Litouwen combineert een uitkomstdrempel van 25% met een opkomstdrempel van 50% voor reguliere wetgeving; en een uitkomstdrempel van 33,3% voor

³ Sommigen zouden de correctie op wetgeving in het geheel niet met drempels willen belasten. Het nadeel daarvan is dat een kleine meerderheid (50%+1 is genoeg) van een potentieel zeer kleine minderheid (hier is geen ondergrens aan) al vetomacht kan verkrijgen ten aanzien van parlementair-vastgestelde wetgeving.

⁴ Zonder opkomst- of uitkomstdrempel liep het afbreukrisico van wetgeving. In Zwitserland historisch gezien niet de spuigaten uit. Sinds de introductie in 1874 tot en met de zomer van 2019 werden in totaal 194 correctieve referenda georganiseerd op federaal niveau.⁴ Ongeveer 6% van de totale federale wetgevingsproductie werd daarmee aangevochten; van dat (relatief kleine) deel draaide zo'n 57% daadwerkelijk uit op een afwijzing (111 van de 194). Met 52 correctieve referenda in de afgelopen tien jaar is de inzet van het instrument wel aanzienlijk toegenomen. Bron: www.c2d.ch. Als verklaringen worden genoemd de opmars van het populisme in Zwitserland gecombineerd met een lage handtekeningendrempel voor het aanvragen van een referendum (50.000 handtekeningen, 0,9 % van de kiesgerechtigden; de Staatscommissie adviseerde voor Nederland 400.000 handtekeningen, 3,1 % van de kiesgerechtigden) en een ontbrekende geldigheidsdrempel (zoals voorgesteld door Staatscommissie en velen buiten Zwitserland).

⁵ Voor andere typen volksstemmingen vereist Zwitserland ook geen opkomst-of uitkomstdrempel, maar wordt de lat op een andere manier wel wat hoger gelegd: bij constitutioneel verplichte referenda en volksinitiatieven moet een dubbele meerderheid worden behaald - niet alleen onder de bevolking, maar ook onder de 26 kantons.

constitutionele wetgeving (in lijn met de breder waargenomen regel dat voor constitutionele wetgeving en aanpassing daarvan zwaardere eisen gelden).⁶

In vergelijkend perspectief is een uitkomstdrempel van 33,3% voor gewone wetgeving zoals voorgesteld door de Staatscommissie aan de hoge kant.⁷ Bij een kiesgerechtigde bevolking van 12,8 miljoen komt dat neer op een meerderheid van circa 4,3 miljoen (of meer) vereiste tegenstemmers om een wet daadwerkelijk te kunnen verwerpen. De eerdere Wet Raadgevend Referendum hanteerde een *opkomstdrempel* van 30% van de kiesgerechtigde bevolking; een kleine 2 miljoen tegenstemmers kon daarmee het pleit beslechten. Bij het Oekraïne-referendum van 2016 kwam het 'winnende' tegenkamp met 2,5 miljoen tegenstemmers net iets boven deze opkomstdrempel uit; maar een *uitkomstdrempel* van 33,3% (meer dan 4,3 miljoen tegenstemmers) zou bij lange na niet zijn gepasseerd. Het Wiv-referendum van 2018 kwam met 3,3 miljoen tegenstemmers weliswaar wat dichterbij, maar zou voor deze uitkomstdrempel van 33,3% nog steeds één miljoen tegenstemmers te kort zijn gekomen. En het Wiv-referendum werd dan nog wel geholpen door samenvalling met de reguliere gemeenteraadsverkiezingen.

Bij een nóg hogere drempel, een uitkomstdrempel die richting 40% kan gaan, zal het nóg moeilijker worden, bijna onmogelijk, om reguliere wetgeving per correctief referendum daadwerkelijk te

⁶ Uitkomstdrempels kunnen ook worden verbonden met andere typen referenda dan correctieve wetgevingsreferenda op burgerinitiatief. Ook hier zien we doorgaans hogere drempels als het gaat om de vaststelling of wijziging van constitutionele wetgeving, en vergelijkenderwijs wat lagere drempels als het gaat om reguliere wetgeving. Denemarken: uitkomstdrempel van 30% voor reguliere wetgeving aangevochten op initiatief van een institutionele minderheid; 40% voor constitutionele wetgeving. Zweden: 50% voor constitutionele wetgeving. Hongarije: uitkomstdrempel van 25% voor nationale referenda (was eerder een opkomstdrempel van 50%). Litouwen kent behalve de genoemde uitkomstdrempels (25% en 33,3%) nog een extra hoge uitkomstdrempel van 50% voor soevereiniteitskwesies gekoppeld aan een eveneens zeer hoge opkomstdrempel van 75% (een speciale voorziening tegen inbreuken op de nationale soevereiniteit van Litouwen). Letland kent een vergelijkbare superdrempel voor constitutionele amendementen. Voor subnationale referenda in Duitsland wordt vaak een uitkomstdrempel van 25% gehanteerd. Bronnen: Hendriks, Jacobs & Wagenaar, *op cit.* 2019; L. Morel & M. Qvortrup (eds), *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, Routledge, 2017; L. Aguiar-Conraria & P.C. Magalhaes, Referendum Design, Quorum Rules and Turnout, in: *Public Choice*, 2010, 144: 63-81; <https://www.idea.int/data-tools/data/direct-democracy>.

⁷ Eerder kwam ik, met Koen van der Krieken en Charlotte Wagenaar, *op cit.* 2017 (p. 178 e.v.) uit op een voorgestelde uitkomstdrempel van 25%. Bij 18,8 miljoen kiesgerechtigden moet het het winnende kamp ruim 3,2 miljoen stemmen vergaren én het andere kamp achter zich laten. Als beide kampen aan elkaar gewaagd zijn kan de opkomst richting de 50% worden opgestuwd, een respectabel opkomstniveau voor een *one-issue* stemming. Marc Pauly pleitte voor een generieke meerderheidsdrempel van 20% (*Repareer grote fout in referendumwet*, Volkskrant, 15/3/2016). Tom van der Meer zat met een voorgestelde uitkomstdrempel van 15% nog iets lager (*Niet de kiezer is gek*, Spectrum, 2017: p. 99). Frank van Dooren pleitte als een van de weinigen (*Repareer weeffout in de Referendumwet*, Volkskrant, 9/12/2016) voor een uitzonderlijk hoge uitkomstdrempel van 50%. Daarmee komt de drempel zó hoog te liggen (bijna 6,5 miljoen Nederlanders zouden moeten tegenstemmen) dat het correctief referendum op voorhand obsoleet dreigt te worden.

blokkeren. Calculerende burgers en politici zullen dan licht tot de slotsom komen dat het correctief referendum geen reële noodrem en stok achter de deur is. Het correctief referendum verliest daarmee aan de twee samenhangende functies van correctie achteraf en alertering vooraf. In plaats van een reële noodrem en stok achter de deur kan het beeld van het correctief referendum als wassen neus of fopspeen licht postvatten.

Voor de politiek brengt een verder verhoogde uitkomstdrempel nog een extra nadeel met zich. Een correctief referendum met uitkomstdrempel resulteert in een geldige uitslag als ofwel het voorkamp ofwel het tegenkamp de drempel als meerderheid passeert. Alleen in het tweede geval wordt de betreffende wet, conform het voorstel van de Staatscommissie, verworpen; bij alle andere uitkomsten kan de wet formeel worden doorgezet. Maar informeel, voor het oog van de natie, zal de politieke meerderheid achter een aangevochten wet ook worden beoordeeld op haar vermogen om het 'tegenkamp' effectief weerstand te bieden, bij voorkeur met een geldige meerderheid onder het kiezersvolk. Zelf ver onder de lat blijven die voor een weerspanning burgerinitiatief 'moeilijk-maar-haalbaar' wordt geacht zal geen sterke indruk maken.

Ten slotte de vraag of een uitkomstdrempel (hoe hoog ook) in de Grondwet thuishoort of in de gewone (referendum)wet. Twee samenhangende argumenten pleiten voor het specificeren van een uitkomstdrempel in reguliere wetgeving en het hooguit benoemen van generieke principes in de Grondwet. 1) De Nederlandse Grondwet is in het algemeen een plek voor generieke principes en staat algemeen bekend als bijzonder moeilijk te wijzigen. 2) Verstandig referendumdesign vraagt om een zekere ruimte voor ervaringsleren; referenderen moet men leren, zeker als men er weinig ervaring mee heeft. De kans dat de fijnere details van het ontwerp waaronder de exacte hoogte van de uitkomstdrempel in één keer helemaal goed zijn, en dus met een gerust hart kunnen worden vastgespijkerd, is niet groot. Zeker bij een inhoudelijk kwetsbare norm - een onwaarschijnlijk hoge uitkomstdrempel - past prudentie.

Ook als de uitkomstdrempel zoals voorgesteld door de Staatscommissie Parlementair Stelsel werd gevolgd zou het verstandig zijn om: a) dit te doen in de gewone (referendum)wet en niet in de Grondwet; b) na verloop van tijd een grondige evaluatie in te bouwen met de mogelijkheid van verfijnde normstelling; c) dit laatste in handen te geven van een brede en gezaghebbende (referendum)commissie. De wetgever kan eventueel een bandbreedte voor mogelijke drempelwijzigingen aangeven (bijv. vijf procent boven of onder de eerder in de wet vastgelegde norm). In de Grondwet zouden leidende principes in meer algemene zin passen.

Concluderend: Bij het nadenken over correctieve wetgevingsreferenda en daaraan verbonden drempelwaarden is het noodzakelijk de gewenste correctie- en alerteringsfuncties voor ogen te houden. Bij een al te hoge uitkomstdrempel raken deze functies uit beeld en moet men zich afvragen of de voorziening van een bindend-correctief referendum nog wel zin heeft. Noch de samenleving, noch de politiek wordt daar beter van. Internationaal vergeleken en gezien vanuit de gewenste functies zou een uitkomstdrempel van 20 à 25% in de rede liggen. De door de Staatscommissie voorgestelde uitkomstdrempel van 33,3% zoekt de bovengrens al op. Een uitkomstdrempel die richting 40% beweegt schiet daar ruim aan voorbij. Welke norm ook wordt gekozen, specificatie ervan past niet bij de Nederlandse Grondwet maar bij de uit te werken referendumwet.