

DE RECHTER EN POLITIEKE PARTIJEN: RUIMTE VOOR RECHTERLIJK ACTIVISME?

*Luc Verhey*¹

1. Inleiding

Aan het verzoek om een artikel te schrijven voor het ‘*liber amicorum*’ van mijn goede collega Jit Peters voldoe ik graag. Dit geldt te meer omdat het gekozen thema ‘Rechterlijk activisme’ onze gemeenschappelijke belangstelling heeft. Betrekkelijk recent nog heeft hij mij zijn uitgesproken opvattingen over dat thema voorgehouden tijdens de bespreking van mijn preadvies voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid.² De kern van wat hij toen in stelling bracht komt sterk overeen met het citaat uit een artikel van Peters en Daniëls dat de redactie meestuurde met de aan mij gerichte uitnodiging. Zij schrijven in 2010:

Wat rechterlijk activisme is, hangt dus af van het idee dat men heeft van de rechterlijke taakopvatting. Wanneer we er van uitgaan dat rechtsvorming nodig is om grondrechten te kunnen effectueren, moet de rechter op andere gronden dan de wet alleen kunnen oordelen. Dat geldt zeker ten aanzien van bescherming van minderheden, wier belangen niet altijd beschermd zijn bij meerderheidsbesluitvorming. Rechtsbescherming en rechtsvorming zijn in deze optiek dan ook niet van elkaar te onderscheiden.³

Deze passage prikkelt mij omdat zij duidelijk maakt wat het begrip ‘rechterlijk activisme’ al enigszins lijkt te impliceren: het is goed dat de rechter zich actief opstelt, met name als het erom gaat om grondrechten te effectueren. Dan moet de rechter, aldus Peters en Daniëls, op andere gronden dan de wet kunnen oordelen. Bij die stelling zijn wel enkele vragen te stellen. Waarom zou bij uitstek de rechter de instantie moeten zijn om grondrechten te effectueren? En indien en voor zover dat dan zo is, mag dat dan buiten de wet om en zo ja, op welke buitenwettelijke gronden zou de rechter dan mogen oordelen?

In dit artikel beperk ik mij tot de vraag of rechterlijk activisme ook geboden is als de positie van politieke partijen in het geding is. De aanleiding daarvoor zijn de

- 1 Met dank aan Philipp Kiiver en Wytze van der Woude voor hun commentaar op een eerdere versie.
- 2 L.F.M. Verhey, *Wetgever en constitutie: enkele beschouwingen over de mug en de olifant*, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 2009, in: H.R. Schouten (red.), *Wetgever en constitutie*, Wolf Legal Publishers 2009, p. 1-41.
- 3 J.A. Peters, S. Daniëls, *De rol van de rechter bij leven en dood*, in: A.C. Hendriks, J.H. Hubben, J. Legemaate, B. Sluijters (red.), *Grondrechten in de gezondheidszorg: liber amicorum voor prof. mr. J.K.M. Gevers*, Bohn Stafleu van Loghum Houten 2010, p. 201 e.v., m.n. p. 207-208.

recente uitspraken van eerst de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State⁴ en daarna de Hoge Raad over het ‘vrouwenstandpunt’ van de Staatkundige Gereformeerde Partij (SGP): het standpunt dat de vrouw – te kort geformuleerd – geen passief kiesrecht toekomt voor algemeen vertegenwoordigende organen. De uitspraken van beide hoogste rechtscolleges staan met elkaar op gespannen voet. Die situatie acht ik, zeker nu er een wezenlijk onderdeel van de democratische rechtsstaat aan de orde is, problematisch. Het is in dat licht van belang om deze uitspraken nog eens grondig te bezien en op hun merites te beoordelen. Centrale vraag daarbij is hoever de rechter in gevallen als deze zou mogen gaan en vooral ook waar de grenzen liggen van zijn rechtsvormende taak.

Om die vraag te beantwoorden worden de belangrijkste overwegingen van de genoemde uitspraken in dit artikel besproken (par. 3) en worden zij vanuit het hiervoor geschetste perspectief geanalyseerd (par. 4). Daaraan voorafgaand ga ik in algemene zin in op de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel omdat deze zeker in een zaak als de onderhavige nauw luistert en over die positie al snel misverstanden kunnen ontstaan. Deze beschouwing vormt het kader voor de rest van het artikel. Aan het slot volgt een korte conclusie.

2. De rechter in het Nederlandse staatsbestel

Het grondwettelijk stelsel

De bevoegdheden van de rechter⁵ worden in hoofdstuk 6 van de Grondwet summier omschreven. Er wordt bepaald dat aan de rechterlijke macht de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen (art. 112, eerste lid) en de berechting van strafbare feiten (art. 113, eerste lid) is opgedragen. Gecompliceerder ligt het bij geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan. De berechting daarvan kan de wetgever opdragen hetzij aan de rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren (art. 112, tweede lid). In dergelijke gevallen kan ook administratief beroep worden opengesteld (art. 115).⁶

Deze op het eerste gezicht onoverzichtelijke en onlogische regeling moet worden gezien tegen de achtergrond van de vroeger heersende opvatting over de bevoegdheidsverdeling tussen de staatsmachten. Volgens die opvatting dienden geschillen

4 Jit Peters heeft zich ook reeds over deze kwestie uitgesproken. Zie J. Peters en K. Bleeker, Staat moet SGP aanpakken maar ook subsidiëren, *NJB* 2008, afl. 10, p. 556 e.v.

5 Het begrip ‘rechter’ wordt slechts zelden, alleen in de artikelen 13, 15, tweede lid, 17 en 120, in de Grondwet gebruikt. In hoofdstuk 6 spreekt de Grondwet doorgaans over de ‘rechterlijke macht’ en de ‘gerechten’.

6 Geschillen tussen openbare lichamen laat ik hier buiten beschouwing. Zie artikel 136 Grondwet.

tussen de burger en het bestuur niet door de rechter maar door het bestuur zelf beslecht te worden. Inmiddels zijn de opvattingen daarover, mede onder invloed van de Straatsburgse rechtspraak over artikel 6 EVRM, ingrijpend gewijzigd. Geschillen tussen bestuur en burger kunnen uiteindelijk altijd aan de onafhankelijke rechter worden voorgelegd. In de meeste van die gevallen is het oordeel in laatste instantie aan een van de bijzondere bestuursrechtelijke colleges die we in Nederland kennen.⁷ De Grondwet maakt deze ontwikkeling niet zichtbaar. Zij laat nog steeds ruimte voor verschillende stelsels van bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Voor het overige is er over de bevoegdheden van de rechter weinig in de Grondwet te vinden. Ook over de verhouding tussen de rechter, de wetgever en het bestuur bepaalt de Grondwet nagenoeg niets.⁸ Alleen in de aanduiding van de hoofdstukken 5 (Wetgeving en bestuur) en hoofdstuk 6 (Rechtspraak) vertoont de Grondwet sporen van de trias politica-gedachte. Voorts kan gewezen worden op artikel 92 Grondwet dat bepaalt dat bij of krachtens verdrag ‘bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak’ aan volkenrechtelijke organisaties kunnen worden opgedragen.

Dat neemt niet weg dat de Grondwet bepalingen bevat die voor de verhouding tussen de staatsmachten van directe betekenis zijn. Artikel 120 stelt een duidelijke grens aan de rechterlijke toetsingsbevoegdheid omdat deze bepaling de rechter verbiedt te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.⁹ Een veel minder vergaande beperking geeft de Grondwet als het gaat om de rechterlijke toetsing van wetten aan verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Hier is de rechter op grond van artikel 94 Grondwet wel bevoegd tot toetsing mits de betreffende bepaling of het betreffende besluit ‘een ieder verbindend’ is.

Uit het aldus weergegeven grondwettelijke stelsel leidt de rechter af dat hij zich in bepaalde gevallen terughoudend moet opstellen. Zo oordeelt de Hoge Raad in het Harmonisatiewet-arrest dat een ruim toetsingsverbod zoals vastgelegd in artikel 120 Grondwet, ‘wezenlijk is voor de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons

7 Over deze bepalingen verder C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer Deventer 2008, p. 263 e.v. Voor een mooi historisch overzicht van de ontwikkeling van de bestuursrechtspraak N. Verheij, *De toegang tot de rechter in het bestuursrecht*, NJCM-Bulletin 2000, p. 183 e.v.

8 Dat komt wellicht ook omdat we, anders dan in andere landen, in Nederland het vraagstuk van de machtscheiding niet erg principieel maar vooral pragmatisch benaderen. Dat kan ook anders. Zie voor een mooi vergelijkend overzicht T. Koopmans, *Courts and Political Institutions. A Comparative View*, Cambridge University Press 2003. Zie voorts over de verhouding tussen de rechter en de politieke organen M.G. Rood (red.), *Recht en politiek, Nationale en internationale beschouwingen*, Tjeenk Willink Zwolle 1993 en P.P.T. Bovend’Eert, P.M. van den Eijnden, C.A.J.M. Kortmann (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Publikaties van de Staatsrechtkring, Staatsrechtconferenties nr. 9, Kluwer Deventer 2004.

9 Het in eerste lezing aanvaarde initiatiefwetsvoorstel Halsema tot wijziging van artikel 120 Grondwet is thans in tweede lezing bij de Tweede Kamer aanhangig. Jit Peters heeft de initiatiefneemster in belangrijke mate ondersteund. Zie J.A. Peters, *Geen groen maar rijp voorstel. De angst voor constitutionele toetsing (Het wetsontwerp-Halsema)*, in: P.P.T. Bovend’Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, M.A.D.W. de Jong (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan C.A.J.M. Kortmann*, Kluwer Deventer 2009, p. 99 e.v.

staatsbestel'.¹⁰ In het Arbeidskostenforfait-arrest overweegt de Hoge Raad dat als het gaat om ingrijpen in wettelijke regelingen, de rechter 'in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen' een terughoudende opstelling past.¹¹ En in het Waterpakt-arrest zegt de Hoge Raad – met verwijzing naar artikel 81 Grondwet – dat de 'op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen' mee brengt dat de rechter niet mag ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming.¹² Dat alles kan echter niet verhullen dat de rechter zich met name onder invloed van het Europese recht (EVRM en EU-recht) geleidelijk vrijer is gaan opstellen ten opzichte van de wet. We zeggen dan dat de rechter zich in toenemende mate met 'rechtsvorming' bezighoudt.

Van wetstoepassing naar rechtsvorming

Over de geleidelijke ontwikkeling van de rechterlijke rechtsvorming bestaat veel literatuur¹³. Wiarda heeft deze in mooie en eenvoudige bewoordingen beschreven. Hij onderscheidt naar Montesquieu drie typen van rechtsvinding.¹⁴

- *Heteronome rechtsvinding*. De rechter richt zich naar de wil van de wetgever. Bij de interpretatie van de toepasselijke wetsbepaling probeert de rechter de betekenis te achterhalen door naar de letterlijke tekst, de wetshistorie of de systematiek van de wet te kijken.
- *Semi-heteronome of semi-autonome rechtsvinding*. Het betreft hier een tussen-categorie waarbij de wet geen rechtstreeks antwoord geeft op de rechtsvraag die aan de orde is en de rechter zich lossers maakt van het wettelijk voorschrift door te

10 HR 14 april 1989, AA 1989, p. 578 e.v. m.n. E.M.H. Hirsch Ballin.

11 HR 12 mei 1999, AA 1999, p. 668 e.v., m.n. J. Zwemmer.

12 HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691.

13 Een kleine greep: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer, Zwolle 1988, G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 4^e druk bewerkt door T. Koopmans, Deventer 1999; Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters, Themanummer NJB 2000, afl. 13, p. 687 e.v.; S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000, p. 747 e.v.; de diverse bijdragen in W.M.T. Keukens, M.C.A. van den Nieuwenhuizen (red.), Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Ars Aequi Nijmegen 2008; P.P.T. Bovend'Eert, Wetgever, rechter en rechtsvorming. 'Partners in the business of law', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, M.A.D.W. de Jong (red.), De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, Kluwer Deventer 2009, p. 27 e.v.; L.F.M. Verhey, Wetgever en constitutie: enkele beschouwingen over de mug en de olifant, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 2009, in: H.R. Schouten (red.), Wetgever en constitutie, Wolf Legal Publishers 2009, p. 1 e.v., m.n. p. 27 e.v.

14 G.J. Wiarda, a.w., p. 19 e.v.

kijken naar de bedoeling, de ratio of de achterliggende beginselen die de wetgever beoogt te beschermen.¹⁵

- *Autonome rechtsvinding*. Hier gaat het om gevallen waarin de wet door het gebruik van vage normen nauwelijks of geen richtsnoer biedt en het in het geheel of vrijwel niet duidelijk is wat de wetgever voor ogen heeft gestaan. Dan zal de rechter zelfstandig op zoek moeten naar gezichtspunten, maatstaven en criteria die kunnen leiden tot de beslechting van het geschil in het concrete geval.

De kern van Wiarda's betoog is dat er sprake is van een geleidelijke ontwikkeling in de rechtspraak van een meer heteronome naar een meer autonome rechtsvinding. Hoewel de betekenis hiervan groot is, moet deze ook niet worden overdreven. De rechter heeft ook in vroegere tijden de rechtsontwikkeling soms sterk gestimuleerd. Gewezen kan onder meer worden op de buitenwettelijke uitbreiding van de onrechtmatige daad-categorieën en de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. En omgekeerd geldt dat de rechter ook in de huidige tijd in veruit de meeste gevallen gewoon de wet toepast.

De toegenomen rechtsvorming door de rechter zoals door Wiarda beschreven, blijft aldus nog binnen redelijke grenzen. Een ontwikkeling waar Wiarda echter nog nauwelijks rekening mee kon houden en die in de laatste druk van zijn boek een nabeschouwing van Koopmans noodzakelijk maakte, is de sterk toegenomen betekenis van het EVRM en andere internationale verdragen.¹⁶ Deze ontwikkeling voegt een belangrijke nieuwe dimensie toe aan de rechterlijke rechtsvorming. De rechter moet niet alleen nieuw recht vormen in situaties waarin de wet door het gebruik van vage normen geen duidelijke richtsnoer biedt, maar soms ook in gevallen waarin het toepasselijke wettelijke voorschrift wegens strijd met een een ieder verbindende verdragsbepaling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing dient te blijven. In dat geval moet worden bepaald wat in de plaats van de onrechtmatige wetsbepaling rechtens geldt. Het is met name in deze situaties dat de rechter in toenemende mate op de grenzen van zijn rechtsvormende taak lijkt te stuiten.¹⁷

Een bijzonder element in dergelijke gevallen is voorts dat niet alleen de nationale wet maar ook de toepasselijke verdragsbepaling voorwerp kan zijn van rechterlijke rechtsvorming. Niet zelden bevatten deze bepalingen vage normen die de rechter weinig houvast bieden. Begrippen als 'noodzakelijk in een democratische samenle-

15 Als voorbeeld noemt Wiarda het bekende arrest HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel) waarin de Hoge Raad terzake van ongerechtvaardigde verrijking besliste dat 'in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen'.

16 T. Koopmans, in: G.J. Wiarda, a.w., p. 117 e.v. Zie ook S.K. Martens, a.w., p. 747 e.v.

17 Een mooi voorbeeld is het al eerder genoemde HR 12 mei 1999, AA 1999 afl. 9, p. 668 e.v. m.n. J.W. Zwemmer (Arbeidskostenforfait). Hierover uitgebreid S.K. Martens, a.w., p. 747 e.v. Zie eerder onder meer HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230 (Optierecht Nederlanderschap) en HR 23 september 1988, NJ 1989, 740 (Naamrecht).

ving', 'een eerlijk proces' en 'discriminatie' geven, zelfs indien acht wordt geslagen op de rechtspraak van het EHRM, veel ruimte die de nationale rechter vaak met nader te formuleren maatstaven en criteria moet invullen. Dit geldt te meer als sprake is van botsing van grondrechten zoals het geval was in de SGP-zaak. Zoals hierna nog zal blijken zijn de Afdeling Bestuursrechtspraak en de Hoge Raad op basis van eigen interpretaties van artikel 7 Vrouwenverdrag tot verschillende oordelen gekomen.

Rechterlijke rechtsvorming: grenzen in zicht?

Inmiddels is de rechterlijke rechtsvorming in bepaalde gevallen zodanig los van de wet komen te staan dat zij voorwerp is geworden van kritiek¹⁸ Kortmann meent dat de Hoge Raad zich ten onrechte een buitenwettelijke taak heeft aangemeten.¹⁹ Hij acht dit in strijd met het legaliteitsbeginsel: overheden, ook rechtscolleges, moeten hun taken en bevoegdheden aan het geschreven recht ontlenen. Volgens Kortmann is er geen regel aan te wijzen waarop de rechtsvormende taak van de Hoge Raad kan worden gebaseerd. Naar zijn oordeel zou het beter zijn als de rechter de gehele idee van de rechtsvorming zou laten varen en 'zich op klassieke wijze zou presenteren als rechtstoepasser en rechtsvinder'. Dat zou ook beter stroken met de Wet AB²⁰ en artikel 79 Wet RO.

Het betoog van Kortmann is wel gekwalificeerd als een woordenspel. Zo stelt Corstens in een interview met het NJB:

Ik heb naderhand tegen Kortmann gezegd: Als we het nou eens rechtsontwikkeling noemen, ben je dan tevreden? Nou, zijn antwoord was in de trant van: Dan ben ik voor 95% tevreden. Dus ik denk dat het vooral een kwestie van semantiek is.²¹

Een van Corstens' voorgangers Martens plaatste rechtsontwikkeling en rechtsvorming eveneens op één lijn. Hij baseert de rechtsvormende taak van de Hoge Raad op artikel 81 Wet RO waarin het de Hoge Raad wordt toegestaan cassatieberoepen ongemoti-

18 Een verhelderend overzicht van de verschillende visies op rechtsvorming geeft P.P.T. Bovend'Eert, a.w., p. 32 e.v. Een ander punt van kritiek dat hier verder buiten beschouwing blijft, betreft de inconsistentie van de rechtspraak. Zie hierover L.F.M. Verhey, a.w., p. 27 e.v.

19 C.A.J.M. Kortmann, De rechtsvormende taak van de Hoge Raad, in W.M.T. Keukens, M.C.A. van den Nieuwenhuizen (red.), Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Ars Aequi Nijmegen 2008, p. 32. Zie ook zijn Staatsrecht en raison d'Etat, Kluwer Deventer 2009, p. 11-12. Genuanceerder P.P.T. Bovend'Eert, a.w. p. 31.

20 Waarschijnlijk doelt Kortmann op artikel 11 en 12 Wet AB. Artikel 11 luidt: 'De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen', terwijl artikel 12 bepaalt: 'Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn'.

21 NJB 2009, p. 1079.

veerd af te doen indien de aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en ‘niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling’. Met rechtsontwikkeling wordt volgens Martens bedoeld ‘het verder ontwikkelen van het recht’, dus ‘*rechtsvorming*’.²²

Hoewel deze interpretatie op het eerste gezicht niet onredelijk lijkt, is het de vraag of hiermee ook alle vormen van rechterlijke rechtsvorming aanvaardbaar zijn. Bovend’Eert²³ wijst er terecht op dat Martens zelf een onderscheid maakt tussen twee categorieën. De eerste is de rechterlijke rechtsvorming bij de uitwerking van vage begrippen zoals ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘goed werkgeverschap’. Dat is de categorie die Wiarda als ‘autonome rechtsvinding’ heeft aangeduid en die in beginsel algemeen wordt geaccepteerd. Daarnaast is er de eveneens al genoemde categorie van gevallen waarin de rechter tot rechtsvorming komt bij de interpretatie van een een ieder verbindende verdragsbepaling of van een besluit van een volkenrechtelijke organisatie en de wet als gevolg daarvan door de rechter verdragsconform wordt geïnterpreteerd of buiten toepassing wordt gelaten. Vooral tegen het laatste type rechtsvorming kunnen staatsrechtelijke bezwaren bestaan. Het laatste wordt bevestigd door Kortmann. Hij maakt, anders dan Martens, een onderscheid tussen de begrippen ‘rechtsontwikkeling’ en ‘rechtsvorming’. ‘Rechtsontwikkeling’ heeft betrekking op ‘het uitbreiden, verfijnen, verklaren of bijsturen van iets, te weten recht, dat al bestaat’, terwijl ‘rechtsvorming’ iets anders is, te weten het ‘creëren van iets dat nog niet bestond’.²⁴

Hoewel in de praktijk het onderscheid tussen beiden niet altijd scherp gemaakt zal kunnen worden, dient de rechter vanwege ons constitutionele stelsel van machtsverdeling zich hier in beginsel terughoudend op te stellen. Rechtsvorming in de zin van het scheppen van nieuwe rechtsregels hangt vaak in meerdere of mindere mate samen met het maken van politieke keuzes. Die activiteit dient behoudens bijzondere omstandigheden te worden voorbehouden aan de wetgever. Voor de rechter is er zo geredeneerd alleen een taak als er een oplossing kan worden gevonden die – zoals de Hoge Raad het formuleert – zich ‘uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daarin ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis voldoende duidelijk laat afleiden’.²⁵ Zijn er daarentegen verschillende oplossingen denkbaar en spelen bij het kiezen daartussen politieke overwegingen een rol, dan behoort de rechter in beginsel de uiteindelijk te maken keuze aan de wetgever over te laten.

22 S.K. Martens, a.w., p. 748.

23 P.P.T. Bovend’Eert, a.w., p. 29 e.v.

24 C.A.J.M. Kortmann, a.w., p. 33.

25 HR 12 mei 1999, AA 1999, p. 668 e.v. (Arbeidskostenforfait). In de lijn van HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint Te Poel).

Deze zienswijze is onder juristen geen gemeengoed. Civilisten gaan doorgaans – vaak met voorbijgaan aan de staatsrechtelijke aspecten²⁶ – uit van een zeer ruime rechtsvormende taak van de rechter.²⁷ Wellicht moet dit verklaard worden door het feit dat in het civiele recht rechterlijke rechtsvorming meer voor de hand ligt dan in het strafrecht en in het bestuursrecht. In laatstgenoemde rechtsgebieden staat de verhouding tussen overheid en burger centraal en is om die reden een strakkere normering door de wetgever noodzakelijk.²⁸ Dit laat onverlet dat ook in het civiele recht oog dient te bestaan voor het staatsrechtelijke kader waarin de rechter behoort te functioneren. Het is in dat verband opvallend dat in de discussie over het in 2008 uitgebrachte rapport van de commissie Hammerstein²⁹ – waarin onder meer wordt gepleit voor een meer op rechtsvorming en noodzakelijke rechtsbescherming geconcentreerde rechtspraak – de achterliggende staatsrechtelijke beginselen niet of nauwelijks een rol spelen.³⁰

3. De SGP-zaak

Inleiding

De vraag die thans aan de orde is, is hoe de rechterlijke uitspraken die gedaan zijn in de SGP-zaak vanuit het zojuist geschetste staatsrechtelijke kader moeten worden beoordeeld. Is in deze uitspraken sprake geweest van rechterlijke rechtsvorming en zo ja, hoe verhoudt deze zich tot de geldende staatsrechtelijke verhoudingen in het Nederlandse staatsbestel? Daarbij staat de interpretatie centraal van artikel 7 Vrouwenverdrag dat, voor zover hier relevant, als volgt luidt:

26 Met uitzondering van T. Hartlief, Den Haag, let op Uw saeck!, NJB 2009, afl. 17, p. 1073. Zie ook zijn uitvoerige noot onder NJ 2009, 335 waarin hij de recente rechtspraak van de Hoge Raad waarin een verzekeringsplicht voor werkgevers voor arbeidsgelateerde verkeersongevallen wordt aangenomen, bekritiseert omdat dit, kort gezegd, de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten gaat.

27 Zie bijvoorbeeld M. Barendrecht, Rechtsvorming naar behoefte. Welke normen hebben civiele partijen in civielrechtelijke geschillen nodig?, in: NJB 2000, afl. 13, p. 690 e.v., J. Vranken in: Asser-Vranken, Algemeen deel. Een vervolg, Deventer Kluwer 2005. p. 9 e.v., p. 79 e.v. en I. Giesen en H.N. Schelhaas, Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een periodiek overleg van rechtsvormers (POR), in: W.M.T. Keukens, M.C.A. van den Nieuwenhuizen (red.), Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Ars Aequi Nijmegen 2008, p. 131 e.v.

28 Aldus ook P.P.T. Bovend'Eert, a.w., p. 38.

29 Versterking van de cassatierechtspraak, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008. Zie voor een helder overzicht J. Vranken, Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand, NJB 2009, afl. 17, p. 1082 e.v. Inmiddels is een concept-wetsvoorstel ter uitvoering van het rapport gepubliceerd.

30 In deze richting ook M. Barendregt, Rechtsvorming via hogere rechtspraak: Heeft de Commissie Hammerstein de oplossing?, NJB 2008, afl. 22, p. 1333 e.v.

De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, nemen alle passende maatregelen om discriminatie van vrouwen in het politieke en openbare leven van het land uit te bannen, en verzekeren vrouwen in het bijzonder het recht om op gelijke voet met mannen:

(a) hun stem uit te brengen bij alle verkiezingen en volksstemmingen, en verkiesbaar te zijn in alle openbaar gekozen lichamen;

.....

(c) deel te nemen aan niet-overheidsorganisaties en verenigingen op het gebied van het openbare en politieke leven van het land.

Over de betekenis van die bepaling hebben verschillende hoogste rechters zich moeten uitspreken. De feitelijke gang van zaken is ingewikkeld omdat de civielrechtelijke en bestuursrechtelijke rechtsgangen parallel liepen en elkaars wederzijds hebben beïnvloed.

De hele zaak³¹ begon met een door de Clara Wichmann Stichting e.a. aangespannen civielrechtelijk geding tegen de Staat. De centrale stelling van eisers in dat geding was dat de Staat onrechtmatig handelde door jegens de SGP, vanwege het door die partij ingenomen ‘vrouwenstandpunt’, niet de maatregelen te nemen die door artikel 7 Vrouwenverdrag van de Staat worden gevergd. De Rechtbank 's-Gravenhage stelde eisers in het gelijk en bepaalde dat artikel 2 van de Wet subsidiëring politieke partijen (Wsp) jegens de SGP wegens strijd met artikel 7 Vrouwenverdrag buiten toepassing zou moeten blijven zolang vrouwen niet op gelijke voet met mannen lid kunnen worden van die partij.³² De minister van BZK heeft vervolgens ingevolge deze uitspraak de op artikel 2 Wsp gebaseerde subsidieaanvraag van de SGP geweigerd.

Laatstgenoemde beslissing was het startsein voor de bestuursrechtelijke procedure. De SGP kwam tegen de ministeriële afwijzing in beroep bij de Rechtbank 's-Gravenhage en uiteindelijk, toen de rechtbank de ministeriële afwijzing in stand liet,³³ in hoger beroep bij de Afdeling Bestuursrechtspraak. Deze deed op 5 december 2007 uitspraak.³⁴ Intussen was de Staat tegen de civiele uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage in hoger beroep gegaan. Het Hof 's-Gravenhage hield in zijn uitspraak van 20 december 2007 – dus kort nadat de Afdeling Bestuursrechtspraak einduitspraak had gedaan in de bestuursrechtelijke procedure – het oordeel van de Rechtbank gro-

31 Voor een uitvoerig overzicht zij verwezen naar de conclusie van AG Langemeijer bij HR 9 april 2010, NJ 2010, 388.

32 Rb. 's-Gravenhage 7 september 2005, NJ 2005, 473, AB 2005, 398 m.n. M.J. Kanne en R. Nehmelman, NJCM-Bull. 2005, p. 1091 m.n. M. de Blois en T. Loenen, CDPK 2006, p. 450 e.v. m.n. J.L.W. Broeksteeg en L.F.M. Verhey.

33 Rb. 's-Gravenhage 30 november 2006, LJN AZ5393.

34 ABRS 5 december 2007, AB 2008, 35 m.n. R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen, JB 2008, 24 m.n. R. Nehmelman, M. Kanne en R.J.N. Schlössels.

tendeels in stand.³⁵ Het daarop volgende cassatieberoep werd door de Hoge Raad op 9 april 2010 afgewezen.³⁶

Langs de aldus geschetste weg deden derhalve twee hoogste rechters uitspraak. Strikt genomen gaat het om twee gescheiden procedures maar in wezen is de centrale rechtsvraag steeds dezelfde: welke verplichtingen vloeien voor de Staat jegens de SGP voort uit artikel 7 Vrouwenverdrag?

Uitspraak ABvRS

De motivering van de Afdeling Bestuursrechtspraak is uitvoeriger dan die van de Hoge Raad. In de kern komt de uitspraak erop neer dat de door de wetgever in de Wspg gemaakte keuze, waarin slechts is voorzien in stopzetting van de subsidie in het geval van een strafrechtelijke veroordeling wegens discriminatie, niet in strijd is met artikel 7 Vrouwenverdrag. Tot die uitkomst komt de Afdeling na het nemen van een aantal stappen.

De eerste stap is dat de Afdeling artikel 7, onderdelen a, b en c, aanmerkt als een ieder verbindend in de zin van artikel 94 Grondwet. Als het gaat om artikel 7, onderdeel c, acht de Afdeling dat niet vanzelfsprekend. Toepassing van artikel 7, onderdeel c, vergt immers, gezien de andere grondrechten die bij de toepassing van dat onderdeel van belang kunnen zijn, een nadere afweging door de wetgever en in specifieke gevallen door het bestuur. Beslissend voor de toekenning van rechtstreekse werking acht de Afdeling echter dat indien vrouwen niet op gelijke voet met mannen zouden kunnen participeren in politieke partijen, het passieve kiesrecht als bedoeld in artikel 7, onderdeel a, illusoir zou worden. Vanwege die samenhang tussen artikel 7, onderdelen a en c, acht de Afdeling ook laatstgenoemd onderdeel van artikel 7 een ieder verbindend.³⁷

De tweede stap van de Afdeling hangt met de vorige samen en houdt in dat uit artikel 7, onderdeel c, niet de verplichting voortvloeit om zonder enige nadere afweging maatregelen te nemen, 'steeds en reeds omdat een politieke partij vrouwen niet in staat stelt tot het uitoefenen van voormelde rechten'.³⁸ Immers, aldus de Afdeling: 'De tekst van onderdeel c van artikel 7 van het Vrouwenverdrag dwingt niet tot deze uitleg, nu daarin sprake is van het deelnemen aan organisaties en verenigingen als daar omschreven; niet aan 'de' of 'alle' zodanige organisaties.'

35 Gerechtshof 's-Gravenhage 20 december 2007, NJ 2008, 133. Zie voor een analyse van de verschillen tussen de uitspraken van het Hof en van de ABvRS M.J. Busstra, *De afweging gewogen. Een analyse van twee tegenstrijdige uitspraken ten aanzien van de SGP en het vrouwenkiesrecht*, RM Themis 2008, p. 235 e.v.

36 HR 9 april 2010, NJ 2010, 388 m.n. E.A. Alkema, AB 2010, 190 m.n. F.J. van Ommeren, NJCM-Bull. 2010, p. 485 e.v. m.n. R. Nehmelman en A.J.Th. Woltjer.

37 R.o. 2.11.

38 R.o. 2.13.

Derhalve zijn verdragsstaten niet gehouden te bewerkstelligen dat ‘alle’ politieke partijen zich openstellen voor vrouwen op gelijke voet met mannen. Het is echter niet alleen de tekst van de verdragsbepaling maar ook de geschiedenis daarvan die tot een dergelijke uitleg leidt. Deze geeft immers blijk, aldus de Afdeling, van zorg:

voor een evenwichtige verhouding tussen het waarborgen dat vrouwen op gelijke voet met mannen kunnen deelnemen aan het maatschappelijke en politieke leven en de rechten en vrijheden van de niet-overheidsorganisaties en verenigingen die hen daartoe in staat kunnen stellen.

Voor een nadere afweging bestaat te meer reden nu in dit geval niet alleen politieke partijen toekomstige vrijheidsrechten in het geding zijn, maar ook:

‘het algemeen belang bij een afdoende vertegenwoordiging van het gehele electoraat zoals daaraan in het Nederlandse staatsbestel is vormgegeven. Daarbij gaat het ook om de vertegenwoordiging van kleine minderheden met van de heersende opvattingen afwijkende denkbeelden, zolang deze niet handelen in strijd met het strafrecht.’³⁹

Artikel 7, onderdeel c, biedt daarom, zo concludeert de Afdeling, ruimte voor afweging ten opzichte van andere rechten en belangen.

De laatste en meest cruciale stap van de Afdeling betreft de toetsing van de Wssp aan artikel 7 Vrouwenverdrag. Leidend voor de Afdeling is hetgeen de wetgever blijkens de parlementaire stukken met de Wssp heeft beoogd. De Afdeling stelt vast dat subsidietoekenning:

niet in de eerste plaats het belang van in aanmerking komende politieke partijen dient, maar het algemeen belang dat is betrokken bij een brede weerspiegeling in het geheel van politieke partijen van de maatschappelijke, levensbeschouwelijke, ideologische en religieuze stromingen in de samenleving. Hiermee is gewaarborgd dat het binnen die stromingen levende gedachtegoed wordt verwoord binnen het democratisch staatsbestel waarin het politieke debat over de publieke besluitvorming plaatsvindt.

Daarop zijn echter uitzonderingen mogelijk. De wetgever heeft immers ‘onder meer met het oog op het bepaalde in het Vrouwenverdrag’ op grond van artikel 16 Wssp de mogelijkheid gecreëerd om de subsidie te laten vervallen. Daartoe kan evenwel niet te lichtvaardig worden overgegaan:

39 R.o. 2.13.1.

nu deze maatregel strekt tot corrigerend optreden jegens politieke partijen door de subsidiërende rijksoverheid en derhalve een vorm van overheidsbemoeienis met een politieke partij inhoudt.

Daarom heeft de wetgever, aldus de Afdeling:

het onjuist geacht om het oordeel over het functioneren van politieke partijen en hun uitingen en het daaraan verbinden van consequenties tot onderwerp te maken van de politieke en bestuurlijke besluitvorming

en om die reden in de wet neergelegd dat:

de stopzetting van de subsidie slechts plaatsvindt ingeval van de eerder genoemde vormen van discriminatie en na een zorgvuldige procedure waarbij het oordeel of een politieke partij het strafbare feit van discriminatie heeft begaan, is voorbehouden aan de strafrechter.⁴⁰

Dat uitdrukkelijke en weloverwogen oordeel van de wetgever toetst de Afdeling vervolgens slechts marginaal. De wetgever heeft naar het oordeel van de Afdeling:

bij het nemen van maatregelen in het licht van artikel 7, aanhef en onder a en c, van het Vrouwenverdrag, in aanmerking genomen de ruimte voor afweging die hem op grond van die bepalingen toekwam, geen blijk gegeven van een afweging met een uitkomst waartoe hij niet *in redelijkheid kon* (curs. LV) komen. Er is geen grond voor het oordeel dat sprake is van een *evidente* (curs. LV) doorbreking van de vereiste evenwichtige verhouding tussen het verbod van discriminatie en het waarborgen dat vrouwen op gelijke voet met mannen kunnen deelnemen aan het maatschappelijke en politieke leven enerzijds en het waarborgen van het adequaat functioneren van politieke partijen in het democratisch staatsbestel en de hun mede daartoe toekomende rechten anderzijds.

Daarbij acht de Afdeling van belang dat:

thans is verzekerd dat vrouwen, binnen het spectrum van politieke partijen als geheel genomen, lid kunnen worden van een politieke partij, als bedoeld in onderdeel c van artikel 7 van het Vrouwenverdrag, welke vrouwen op gelijke voet met mannen voordraagt voor vertegenwoordigende functies.

40 R.o. 2.14.

Van een daadwerkelijk beperking van het passieve kiesrecht, als bedoeld in artikel 7, onderdeel a, Vrouwenverdrag is daarom volgens de Afdeling geen sprake.⁴¹

Ten slotte verwijst de Afdeling nog naar het EHRM dat meent dat terughoudendheid geboden is bij het beperken van fundamentele vrijheden van politieke partijen. Dat mag alleen indien door de nationale rechter is vastgesteld dat een politieke partij ‘een concreet gevaar oplevert voor de democratische rechtsorde’.⁴² Die situatie doet zich volgens de Afdeling hier niet voor.

Uitspraak Hoge Raad

De Hoge Raad komt in de civiele zaak in cassatie tot een ander oordeel. In het begin loopt de uitspraak van de Raad nog tot op grote hoogte parallel met die van de Afdeling. Evenals de Afdeling gaat de Raad uit van de rechtstreekse werking van artikel 7, onderdeel c, Vrouwenverdrag,⁴³ zij het dat de Raad dat oordeel (‘het lijkt geen twijfel’) stilliger formuleert.⁴⁴ Ook meent de Raad net als de Afdeling dat de afweging tussen het grondrecht op gelijke behandeling en ‘andere, evenzeer zwaarwegende grondrechten zoals de vrijheid van godsdienst en van vereniging’ niet reeds op voorhand in artikel 7 Vrouwenverdrag is verricht.⁴⁵ Het vraagstuk van de botsing van grondrechten verdient dus ook naar de opvatting van de Raad nog een nadere beslissing.

Vanaf dit moment echter beginnen de oordelen van beide rechtscolleges uit elkaar te lopen. Dat betreft in de eerste plaats de vraag in hoeverre artikel 7, onderdeel c, Vrouwenverdrag de Staat beleidsvrijheid laat. De Hoge Raad meent dat, mede gelet op de rechtstreekse werking van het betreffende artikelonderdeel, het passieve kiesrecht slechts op één manier effectief kan worden verzekerd: door te bewerkstelligen dat vrouwen binnen politieke partijen niet alleen lid kunnen worden maar ook worden toegelaten tot de kandidaatstelling. Op dat punt kent het Vrouwenverdrag daarom geen beleidsvrijheid, aldus de Raad. Dit lijkt te betekenen dat artikel 7, onderdeel c, anders dan de Afdeling oordeelde, in de visie van de Hoge Raad in beginsel voor *alle* politieke partijen moet worden gerealiseerd.

Vervolgens komt de Hoge Raad tot het oordeel dat in het geval van de SGP geen ruimte bestaat voor een uitzondering op de door artikel 7 Vrouwenverdrag gewaarborgde gelijke rechten. De Raad motiveert dit oordeel met de stelling dat het passieve kiesrecht tot de kern van de democratie behoort:

41 R.o. 2.14.2.

42 EHRM 13 februari 2002, EHRC 2003, 28 m.n. H.L. Janssen (Refah Partisi e.a. tegen Turkije).

43 Hoewel men zou kunnen stellen dat de motivering voor het aannemen van rechtstreekse werking in beide uitspraken verschillend is. Zie hierover E.A. Alkema in zijn noot bij HR 9 april 2010, NJ 2010, 388, p. 3884-3885.

44 R.o. 4.4.2.

45 R.o. 4.5.2.

De algemeen vertegenwoordigende organen vertegenwoordigen de gehele bevolking zonder onderscheid tussen de burgers die daarvan deel uitmaken. Zij vormen het hart van de democratie en een waarborg voor het democratische gehalte van de staat. Het actief en passief kiesrecht zijn essentieel om het democratische gehalte van die organen te waarborgen. Zowel art. 4 Gw. als art. 25 in verband met art. 2 IVBPR en, wat betreft vrouwen, art. 7 Vrouwenverdrag garanderen iedereen zonder onderscheid wegens geslacht het recht de leden van deze organen te verkiezen en daarin verkozen te worden.⁴⁶

Vervolgens komt de Hoge Raad tot het finale oordeel:

Aangezien aldus het kunnen uitoefenen van het passief kiesrecht het democratisch functioneren van de staat in de kern raakt, is onaanvaardbaar dat een politieke groepering bij het samenstellen van de kandidatenlijst in strijd handelt met een grondrecht dat de kiesrechten van alle burgers waarborgt.

Het feit dat de handelwijze van de SGP berust op haar godsdienstige overtuiging legt onvoldoende gewicht in de schaal. De Raad maakt daarbij een onderscheid tussen het hebben van een overtuiging en het in de praktijk brengen daarvan:

Weliswaar kan die opvatting haar niet worden ontzegd en is de burgerlijke rechter zelfs niet bevoegd een oordeel te geven over de vraag of die opvatting een meer of minder belangrijke plaats inneemt in het geloof van de leden van de partij, en weliswaar eist een democratische rechtsorde tolerantie ten opzichte van in geloofsovertuiging of levensbeschouwing gewortelde opvattingen. Dat alles staat echter niet eraan in de weg dat de rechter uitspreekt dat de wijze waarop de SGP bij de kandidaatstelling voor de algemeen vertegenwoordigende organen haar opvatting in praktijk brengt, niet kan worden aanvaard.⁴⁷

De conclusie van de Raad luidt dat de Staat onrechtmatig handelt omdat hij op grond van de door hem verrichte afweging ervan heeft afgezien om op grond van artikel 7 Vrouwenverdrag tegen de SGP op te treden. Om die reden zal de Staat alsnog maatregelen moeten nemen:

die er daadwerkelijk toe leiden dat de SGP het passief kiesrecht aan vrouwen toekent en dat de Staat daarbij een maatregel moet inzetten die effectief is en tegelijkertijd de minste inbreuk maakt op de grondrechten van de (leden van de) SGP.⁴⁸

46 R.o. 4.5.4.

47 R.o. 4.5.5.

48 R.o. 4.6.1.

De Hoge Raad stelt daarmee dus inhoudelijke eisen (effectiviteit, proportionaliteit) aan de te nemen maatregelen. Vervolgens geeft de Hoge Raad evenwel niet aan welke specifieke maatregelen de Staat in concreto dient te treffen. Met een verwijzing naar het Waterpaktarrest⁴⁹ herhaalt de Raad nog eens dat de rechter niet bevoegd is de Staat te bevelen wetgeving in formele zin tot stand te brengen. Ook in het onderhavige geval, aldus de Raad, is:

waar het gaat om de verhouding tussen de Staat en een politieke partij, voor een rechterlijk gebod tot het treffen van specifieke maatregelen ter voldoening aan art. 7 Vrouwenverdrag in beginsel evenmin plaats, omdat de keuze van dergelijke door de Staat te treffen maatregelen een afweging van belangen vergt die in zodanige mate samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van de rechter kan worden verlangd.

Zeker omdat hier de verhouding tussen de Staat en een politieke partij in het geding is, bestaat voor rechterlijke rechtsvorming derhalve geen ruimte. Ook voor een bevel tot stopzetting van de subsidie ziet de Hoge Raad geen plaats. Dit geldt te meer, aldus de Hoge Raad met een verwijzing naar de hiervoor besproken uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 5 december 2007, omdat:

noch art. 7 Vrouwenverdrag, noch het IVBPR noch het EVRM daartoe verplicht en de huidige wet geen mogelijkheden daartoe biedt buiten het zich niet voordoende geval van een onherroepelijke veroordeling door de strafrechter wegens discriminatie in de zin van de in art. 16 Wvpp genoemde strafbepalingen.⁵⁰

Het oordeel van de Hoge Raad komt er dus op neer dat artikel 7 Vrouwenverdrag de Staat verplicht tot het nemen van effectieve maatregelen, maar niet tot de specifieke maatregel van stopzetting van de aan de SGP verleende subsidie.

4. Beschouwing

4.1. Zijn de uitspraken wel tegenstrijdig?

Alvorens op de verschillen tussen beide uitspraken in te gaan dient eerst de vraag onder ogen te worden gezien of die verschillen er überhaupt wel zijn. Staan de uitspraken

49 HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691.

50 R.o. 4.6.2.

van de Afdeling Bestuursrechtspraak en van de Hoge Raad zoals ik hiervoor suggereerde, ook daadwerkelijk met elkaar op gespannen voet?

Een ontkennend antwoord op die vraag ligt besloten in de conclusie van AG Langemeijer. Zijn redenering is dat het voorwerp van geschil in beide procedures niet hetzelfde was en dat om die reden ook de uitkomst verschillend was. Immers, de Afdeling oordeelde over slechts één concrete maatregel (de subsidieweigering), terwijl de civiele rechter zich moest buigen over de vraag of de Staat kon afzien van *enige* maatregel, welke dan ook. Indien de Afdeling tot de conclusie komt dat de subsidieweigering onrechtmatig is, is daarmee niet gezegd dat de Staat volledig mag stilzitten. Hij moet dan zijn toevlucht maar zoeken tot andere maatregelen om het in artikel 7, onderdeel c, Vrouwenverdrag te bereiken.⁵¹ Op deze manier zou de uitspraak van de Hoge Raad, mede gelet op diens uitdrukkelijke verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak,⁵² gelezen kunnen worden alsof deze met het oordeel van de Afdeling in overeenstemming is.

Deze redenering acht ik echter niet overtuigend. De essentie van de uitspraak van de Afdeling is nu juist dat de tekst van artikel 7, onderdeel c, Vrouwenverdrag niet zonder enige nadere afweging dwingt tot het nemen van maatregelen⁵³ nu in die tekst niet gesproken wordt over 'de' of 'alle' organisaties op het gebied van het openbare en politieke leven. Zolang, aldus de Afdeling, binnen het spectrum van politieke partijen als geheel genomen vrouwen lid kunnen worden van een politieke partij die vrouwen op gelijke voet met mannen voordraagt voor vertegenwoordigende functies, is van een daadwerkelijke beperking van het passieve kiesrecht geen sprake. De uitspraak van de Hoge Raad staat volledig haaks op dit oordeel. Voor de Raad is de grens van het Vrouwenverdrag reeds overschreden als 'een' politieke partij (welke dan ook) vrouwen het passieve kiesrecht ontzegt. Daarin zit de kern van het verschil tussen beide uitspraken.⁵⁴

4.2. Wetstoepassing of rechtsvorming?

Hoewel de beide uitspraken dus fundamenteel van elkaar verschillen, zou wellicht gesteld kunnen worden dat de Afdeling en de Hoge Raad ieder op hun eigen wijze zich terughoudend jegens de wetgever en het bestuur opstellen en er derhalve in beide uitspraken van rechtsvorming in de hiervoor besproken zin geen sprake is. De Afdeling respecteert in haar uitspraak de ter uitvoering van onder meer artikel 7 Vrouwenverdrag verrichte afweging van de wetgever en laat de uitkomst van die afweging in stand. De

51 Conclusie AG Langemeijer 2.32 en 5.16-5.17.

52 R.o. 4.6.2.

53 De overweging van de Afdeling is op dit algemeen en niet beperkt tot de subsidieweigering. Zie r.o. 2.13.

54 Zie ook E.A. Alkema in zijn noot bij HR 9 april 2010, 388, p. 3885-3886.

Hoge Raad komt op grond van een andere interpretatie van artikel 7 Vrouwenverdrag weliswaar tot het oordeel dat de Staat onrechtmatig handelt door jegens de SGP niet in te grijpen, maar laat vervolgens – met een verwijzing naar het Waterpaktarrest – aan de Staat over hoe die onrechtmatigheid moet worden opgeheven. Gezegd zou derhalve kunnen worden dat ook de Hoge Raad de ruimte laat aan de politieke organen om een keuze te maken.

Dit standpunt snijdt slechts gedeeltelijk hout. De Hoge Raad laat immers, anders dan de Afdeling, de grondrechtelijke afweging van de Staat om jegens de SGP geen maatregelen te nemen, niet in stand. Dat oordeel is gebaseerd op een interpretatie van artikel 7, onderdeel c, Vrouwenverdrag die niet of althans niet zonder meer volgt uit de letterlijke tekst. De uitspraak van de Afdeling laat immers zien dat een andere uitleg van artikel 7, onderdeel c, ook mogelijk is. De letterlijke tekst van die bepaling biedt dus klaarblijkelijk onvoldoende houvast. Dat verklaart ook waarom de Hoge Raad voor de onderbouwing van zijn oordeel op zoek is gegaan naar de achterliggende beginselen van het artikel, beginselen die samenhangen met de waarborging van de democratie in het Nederlandse staatsbestel. In die zin heeft de Hoge Raad een interpretatiemethode toegepast die Wiarda als autonome of semi-autonome rechtsvinding zou hebben gekwalificeerd.

In de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak is eveneens sprake van autonome rechtsvinding, maar deze is anders geconstrueerd. De Afdeling beschouwt, in sterkere mate nog dan de Hoge Raad, artikel 7 Vrouwenverdrag niet als een exclusief afwegingskader. Integendeel, de Afdeling overweegt uitdrukkelijk dat artikel 7 niet beoogd heeft uit te sluiten dat bij de toepassing ervan een afweging plaatsvindt van de met die toepassing gewaarborgde rechten tegen andere rechten en belangen. Dat opent de weg naar een autonome afweging waarin verschillende fundamentele rechten en beginselen een rol spelen. Evenals de Hoge Raad kent de Afdeling in die afweging veel gewicht toe aan het belang van de waarborging van de democratie in het Nederlandse staatsbestel. Cruciaal is echter dat beide rechtscolleges aan dat belang een verschillende betekenis toekennen.

4.3. Verschillende democratieopvattingen

In zijn mooie en nog steeds waardevolle artikel over partijverboden onderscheidt Bellekom twee democratieopvattingen.⁵⁵ In de *formele* democratieopvatting is democratie een ‘spel’ dat bestaat uit het aanbieden en uitwisselen van ideeën en meningen op een voor een ieder toegankelijke marktplaats (‘free market place of ideas’). Daarbij zijn

55 Th.L. Bellekom, Partijverboden, Staatkundig Jaarboek 1982-1983, Leiden 1982, p. 113 e.v. Zie ook Verfassungsfeinde en openbare dienst, Leiden 1987, 469 pp.

alle meningen geoorloofd mits men niet zijn toevlucht neemt tot geweld, chantage of andere ongeoorloofde pressiemiddelen. Het enige correctiemechanisme is dat van verkiezingen waardoor ondeugdelijke, onsmakelijke of onhoudbare meningen niet worden gekozen of herkozen. In de *materiële* democratieopvatting wordt ervan uitgegaan dat democratie berust op een aantal absolute waarden, waartoe in elk geval vrijheid, gelijkheid en de menselijke waardigheid behoren. Gebruik van politieke vrijheden dat erop gericht is deze waarden aan te tasten, dienen onvoorwaardelijk door een democratie te worden bestreden ('streitbare Democratie').⁵⁶ Het belangrijkste correctiemechanisme bestaat hier niet uit verkiezingen, maar uit de inzet van juridische instrumenten zoals partijverboden en andere beperkende maatregelen.

Elementen van beide opvattingen zijn te herkennen in de uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak en de Hoge Raad.⁵⁷ De Afdeling Bestuursrechtspraak lijkt uit te gaan van de formele democratieopvatting waarin voor alle bij het electoraat levende opvattingen ruimte moet bestaan in het publieke debat. Dat geldt ook voor denkbelden van kleine minderheden die afwijken van heersende opvattingen indien en voor zover die niet in strijd zijn met het strafrecht. Ingevolge die benadering dient het vrouwenstandpunt van de SGP ongemoeid te worden gelaten.⁵⁸ Daartegenover staat de Hoge Raad, die in lijn met de materiële democratieopvatting het passieve kiesrecht en het discriminatieverbod als onderling samenhangende kernwaarden van ons democratische staatsbestel centraal stelt. Een politieke partij die zoals de SGP deze kernwaarden aantast, tast daarmee volgens de Hoge Raad 'het hart van de democratie' aan en moet daarom in zijn vrijheid worden beperkt.

Het gaat mij er hier niet om welke van beide democratieopvattingen de voorkeur verdient. Zoals uit buitenlandse voorbeelden blijkt zijn beide benaderingen mogelijk en ook verdedigbaar. De vraag die wel voorligt is of het, gezien de in Nederland geldende staatsrechtelijke verhoudingen,⁵⁹ op de weg van de *rechter* ligt hier een keuze te maken. Naar mijn mening is dat niet het geval. De inrichting van het democratische bestel is primair het domein van de politiek en niet dat van de rechter. Voor de rechter is alleen een rol weggelegd indien uit een een ieder verbindende verdragsbepaling of een andere door de rechter toetsbare rechtsregel een ondubbelzinnige keuze terzake blijkt. Zoals uit het voorgaande is gebleken doet zich dat bij artikel 7 Vrouwenverdrag

56 Een duidelijk voorstander van deze opvatting is T. Barkhuysen, Politieke participatie van discriminerende partijen: ondersteunen, gedogen of bestrijden, NJCM-Bull. 2004, p. 596 e.v.

57 Vergelijk in vergelijkbare zin en veel uitvoeriger F.J. van Ommeren in zijn noot bij HR 9 april 2010, AB 2010, 190.

58 Deze liberale visie is ook terug te vinden bij C.A.J.M. Kortmann, De SGP, subsidie en vrouwen, AA 2008, p. 291 e.v. Hij meent dat de SGP-vrouwen zelf hebben gekozen voor het lidmaatschap van de SGP en derhalve niet worden gediscrimineerd. Loenen wijst er evenwel op dat het SGP-standpunt in potentie ook vrouwen buiten de SGP raakt omdat deze partij het passieve kiesrecht aan alle vrouwen wenst te ontfangen, niet alleen van de 'eigen' SGP-vrouwen. Zie M.L.P. Loenen, De SGP-discussie *revisited*, NJB 2010, p. 2269 e.v., m.n. p. 2272.

59 Zie hiervoor par. 2.3.

niet voor. Ook het EVRM bevat niet een zodanig eenduidige democratieopvatting⁶⁰ dat deze ons in een geval als het onderhavige veel verder helpt.⁶¹

4.4. Hoe nu verder?

Wat staat de Staat te doen nu de Hoge Raad bepaald heeft dat stilzitten in strijd is met artikel 7 Vrouwenverdrag en dus onrechtmatig is?⁶² De Hoge Raad laat dit in beginsel aan de politiek over, zij het dat de Raad diens speelruimte blijkens de uitspraak verder inperkt. De Raad overweegt immers dat de te nemen maatregelen enerzijds effectief moeten zijn – dat wil zeggen dat zij ‘er daadwerkelijk toe leiden dat de SGP het passief kiesrecht aan vrouwen toekent’ – doch anderzijds erop gericht moeten zijn de inbreuk op de grondrechten van de (leden van de) SGP zo beperkt mogelijk te houden. De vraag rijst of aan beide eisen *tegelijkertijd* kan worden voldaan.

Uit het onderzoek van Schutgens en Sillen blijkt dat als het gaat om wetgeving er in theorie verschillende mogelijkheden bestaan. Zij pleiten uiteindelijk voor een ‘relatief eenvoudige Kieswetwijziging’ op grond waarvan de interne reglementen van politieke partijen vrouwen niet vanwege het enkele feit van hun geslacht voor bepaalde functies mogen uitsluiten.⁶³ Dit heeft als voordeel dat de SGP en andere politieke partijen in de praktijk in relatieve vrijheid hun eigen lijsten mogen blijven vaststellen. Daarmee kan deze maatregel in overeenstemming worden geacht met de door de Hoge Raad geformuleerde proportionaliteitseis. Schutgens en Sillen stellen echter terecht vast dat een dergelijke wetwijziging er zeer waarschijnlijk niet of in elk geval niet onmiddellijk toe zal leiden dat de SGP vrouwen kandideert. In dat geval zal de maatregel derhalve niet voldoen aan de door de Hoge Raad gestelde effectiviteitseis omdat zij niet tot gevolg zal hebben dat vrouwen zich *daadwerkelijk* voor de SGP kunnen kandideren.

Dat wordt mogelijk anders indien een lijst – ingediend door een politieke partij of anderszins – wordt geweigerd indien blijkt dat in de aan de lijst ten grondslag liggende selectieprocedure onderscheid wordt gemaakt op grond van het enkele feit van

60 Hoewel in de literatuur soms gesteld wordt dat het EHRM uitgaat van een overwegend materiële democratieconceptie. Zie voor een analyse H-M ten Napel, Het EHRM en de ‘waarlijk democratische regeringsvorm’, NJCM-Bull. 2007, p. 1090 e.v. Mijns inziens is de in de rechtspraak van het EHRM te herkennen democratieconceptie hoe dan ook onvoldoende concreet en bevat zij geen duidelijke richtsnoer voor de SGP-zaak.

61 Het EVRM laat ik hier verder buiten beschouwing. Zoals hiervoor aangehaald beroept de ABRvS zich in zijn uitspraak onder meer op EHRM 13 februari 2002, EHRC 2003, 28 (*Refah Partisi v. Turkey*), maar dit deel van de uitspraak wordt in de literatuur bekritiseerd omdat het in het betreffende arrest, anders dan in de SGP-zaak, ging om een partijverbod en de Afdeling andere relevante Straatsburgse rechtspraak buiten beschouwing laat. Zie M.L.P. Loenen, a.w., p. 2274. In dezelfde zin de conclusie van AG Langemeijer, 5.44.

62 De mogelijkheid dat de SGP vrijwillig tot de noodzakelijke aanpassingen komt, laat ik hier buiten beschouwing.

63 R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen, De SGP, het rechterlijk bevel en het kiesrecht, NJB 2010, p. 1114 e.v., m.n. p. 1116. Zie ook F.J. van Ommeren in zijn noot bij HR 9 april 2010, AB 2010, 190, p. 1068.

geslacht.⁶⁴ Dit heeft echter weer tal van andere bezwaren. Een dergelijke maatregel komt al snel in botsing met de eis van de Hoge Raad dat gekozen dient te worden voor de maatregel die 'de minste inbreuk maakt op de grondrechten van de (leden van de) SGP'. Indien de bedoelde maatregel zou worden doorgevoerd wordt het de SGP immers feitelijk onmogelijk gemaakt om aan de verkiezingen deel te nemen, tenzij de partij *daadwerkelijk* vrouwen op kansrijke posities gaat kandideren. Bovendien is de vraag waarom een dergelijke eis beperkt zou moeten blijven tot onderscheid op grond van geslacht. Zou bij de registratie van lijsten niet evenzeer moeten worden getoetst of joden, moslims of homo's niet worden gediscrimineerd? En 'last but not least': wie gaat die uiterst heikele toetsing verrichten?

Andere opties zijn wellicht ook denkbaar maar roepen evenzeer netelige vragen op.⁶⁵ Zij blijven hier verder buiten beschouwing. Voldoende is hier te constateren dat de Hoge Raad met zijn uitspraak de wetgever in een uiterst lastige positie heeft gebracht.⁶⁶ Het probleem is hoe dan ook niet oplosbaar op een wijze die de Hoge Raad wenst. Ofwel de wetgever neemt maatregelen die er niet toe zullen leiden dat de SGP vrouwen *daadwerkelijk* in staat stelt zich te kandideren waardoor het oorspronkelijke bezwaar de facto in stand blijft. Ofwel zij neemt veel verdergaande stappen die niet alleen het bestaan van de SGP in de kern raken maar bovendien tal van lastige principiële en uitvoeringstechnische vragen oproepen. Het is de vraag of de Hoge Raad zich van deze complicaties wel voldoende bewust is geweest.

4.5. Nogmaals: de grenzen van de rechterlijke rechtsvorming

Na deze bespreking van de rechtspraak in de SGP-zaak keer ik terug naar het begin van dit artikel. Hoe moet deze rechtspraak worden beoordeeld in het licht van de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel en van de ontwikkeling die deze positie, zoals beschreven door Wiarda en anderen, heeft doorgemaakt?

Hiervoor is op grond van het grondwettelijke stelsel en van de rechtspraak van de Hoge Raad gesteld dat de rechter als het gaat om de toetsing van beslissingen van de wetgever in beginsel een terughoudende opstelling past.⁶⁷ In dat licht gezien heeft de Hoge Raad in de SGP-zaak de grenzen van zijn rechtsvormende⁶⁸ taak overschreden. De verdragsbepaling waaraan de Hoge Raad in deze zaak heeft getoetst, is voor uit-

64 Vgl. R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen, a.w., p. 1116.

65 Zoals een wijziging van de Kieswet waarin, naar Belgisch of Frans voorbeeld, wordt bepaald dat op iedere kieslijst op min of meer gelijke wijze personen van beide geslachten voorkomen. Zie voor een kritische bespreking R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen, a.w., p. 1116-1117.

66 Aldus ook R. Nehmelman en A.J.Th. Woltjer in hun noot bij HR 9 april 2010, NJCM-Bull. 2010, p. 499.

67 Zie par. 2.3. Voor een nadere uitwerking L.F.M. Verhey, a.w., p. 33 e.v.

68 Waarbij ik hier maar in het midden laat of hier van 'rechtsvorming' moet worden gesproken. Zie hiervoor de discussie weergegeven in par. 2.3.

eenlopende interpretaties vatbaar gebleken. De eigen interpretatie van de Hoge Raad is relatief summier gemotiveerd en hoofdzakelijk gebaseerd op een discutabele democratieopvatting die niet of althans niet zonder meer als de heersende rechtsovertuiging kan worden gekwalificeerd. Dat is te meer problematisch omdat de inrichting van het democratische bestel primair als het domein van de politiek moet worden beschouwd en niet dat van de rechter.

De uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak sluit vanuit dat perspectief veel beter aan bij de grondwettelijke taakverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter. De Afdeling refereert aan de afweging van de wetgever in de Wet subsidiëring politieke partijen en laat die afweging op verdedigbare gronden in stand. Daarbij toetst de Afdeling terecht marginaal; zij oordeelt dat de wetgever geen blijk heeft gegeven van een afweging met een uitkomst waartoe 'hij niet *in redelijkheid kon* (curs. LV) komen' en er geen sprake is van 'een *evidente* (curs. LV) doorbreking' van de vereiste evenwichtige verhouding tussen de in het geding zijnde belangen. Ook voor de Afdeling geldt evenwel dat zij haar motivering doet berusten op een democratieopvatting die niet algemeen wordt gedeeld. Die democratieopvatting lijkt de Afdeling weliswaar geheel toe te dichten aan de wetgever zoals die zou zijn neergelegd in de hiervoor genoemde Wet subsidiëring politieke partijen, maar feitelijk is het in elk geval deels de Afdeling's eigen interpretatie en invulling van hetgeen de wetgever bedoeld zou hebben.⁶⁹ Die bedoeling blijkt evenwel niet en in elk geval niet met zoveel woorden uit de wetsgeschiedenis. Om die reden is ook de Afdeling hier net een stapje te ver gegaan. Dat laat onverlet dat ik de hoofdlijn van de uitspraak van de Afdeling ten principale juist acht.

5. Conclusie

Het dilemma waarvoor de Hoge Raad, de Afdeling Bestuursrechtspraak en andere rechterlijke instanties zich in de SGP-zaak gesteld zagen, is groot. Het is om die reden misschien inderdaad zo dat geen enkele uitkomst van de rechterlijke afweging bevredigend kan zijn.⁷⁰ Mijn punt is dat de oplossing van dat moeilijke dilemma zozeer verweven is met de inrichting van het democratische en politieke bestel dat de rechter zich terughoudender dient op te stellen dan de Hoge Raad in de SGP-zaak heeft gedaan. De Hoge Raad had in dit geval, in lijn met de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak, moeten oordelen dat de Staat in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat geen maatregelen tegen de SGP waren vereist.

69 Zie met name het slot van r.o. 2.13.1 en de tweede alinea van r.o. 2.14.1 die begint met: 'Op grond hiervan moet worden aangenomen...'

70 Aldus M.L.P. Loenen, a.w., p. 2274.

Daarmee is, ik herhaal dat voor alle duidelijkheid, niet gezegd dat niet tegen de SGP behoort te worden opgetreden. Loenen heeft in een recente bijdrage daarvoor plausible argumenten aangedragen.⁷¹ Maar de uiteindelijke beslissing daarover moet in beginsel door de politieke organen en niet door de rechter worden genomen. Dit is alleen anders indien een politieke partij *evident* in strijd handelt met het recht. Daarvan was echter, zoals uit het voorgaande blijkt, in dit geval geen sprake.

De in de titel van deze bijdrage gestelde vraag beantwoord ik derhalve ontkenkend. Als het gaat om de positie van politieke partijen is er geen plaats voor rechterlijk activisme. Vermoedelijk is Jit Peters dat niet met mij eens. Maar juist die verschillen van opvatting hebben ons contact de afgelopen jaren zo boeiend en inspirerend gemaakt. Daaraan denk ik met veel plezier en genoegen terug.

71 M.L.P. Loenen, a.w., p. 2269 e.v.