

Klein verschil, grote gevolgen

Het arrest van de Hoge Raad in de SGP-zaak nader geduid

Op 9 april 2010 sprak de Hoge Raad uit dat de Nederlandse Staat verplicht is effectieve maatregelen te nemen om een einde te maken aan de onthouding van het passief kiesrecht aan vrouwen door de SGP. Dit terwijl de Raad van State op 5 december 2007 juist had geoordeeld dat van een daadwerkelijke beperking van het passief kiesrecht geen sprake is, nu vrouwen in Nederland van voldoende andere partijen lid kunnen worden die wel vrouwen kandideren voor vertegenwoordigende functies. Hoe kan het dat twee hoogste rechtscolleges in betrekkelijk korte tijd tot deels tegengestelde uitspraken komen en hoe in het bijzonder het recente arrest van de Hoge Raad nader te duiden?

Hans-Martien ten Napel

Botsende grondrechten

Op 13 maart 2009 wijdde Eva Brems haar 'Artikel 1 lezing' aan de Universiteit Utrecht aan het onderwerp discriminerende politieke partijen [1]. Brems, hoofd-docent Mensenrechten aan de Universiteit Gent, geldt als een autoriteit op het terrein van de botsing van grondrechten [2]. In haar lezing presenteerde Brems een normatief kader voor de omgang met conflicterende mensenrechten. Voorop daarbij staat dat procedures inzake fundamentele rechten vragen om een heldere argumentatie en motivering van de beslissing, waarbij het conflict als zodanig expliciet aan de orde komt.

Vervolgens stelt Brems een driestappenplan voor, met als uitgangspunt optimalisering van de mensenrechtenbescherming. De eerste stap bestaat uit het elimineren van schijnconflicten, mocht daarvan sprake zijn. De tweede stap houdt in dat bij voorkeur wordt gestreefd naar een compromisoplossing. Mocht geen van beide tot de mogelijkheden behoren, dan kan bij wijze van derde stap het internationale recht wellicht uitsluitel bieden. Is ook dat niet het geval, dan staan de nationale rechter enkele criteria ter beschikking

aan de hand waarvan hij het ene recht voorrang kan geven boven het andere. Tot deze criteria behoren het onderscheid tussen de kern en de periferie van elk recht, de overweging dat er aan een van beide kanten naast het recht dat rechtstreeks in het geding is ook nog een ander recht betrokken is, de aanwezigheid van zwaarwegende algemene belangen naast de rechten van partijen en de ernst van de beperkende maatregel. Kijken we vervolgens naar de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) uit 2007, dan valt volgens Brems allereerst op dat het in principe gelijke gewicht van de diverse in het geding zijnde rechten hierin goed tot uitdrukking komt. Hetzelfde kan niet worden gezegd van het arrest van de Hoge Raad, dat Brems niet behandelt aangezien het ten tijde van haar lezing nog niet was geweest. Dit arrest is niet alleen aanzienlijk summierder qua argumentatie, maar kiest in de rechtsoverwegingen 4.5.1-4.5.5 ook duidelijk het discriminatieverbod ten aanzien van het actief en passief kiesrecht als vertrekpunt [3].

De eerste stap van het normatieve kader is dan de vraag of er wellicht sprake is van een schijnconflict dat

[1] Zie Eva Brems, 'Botsende grondrechten. Over politieke partijen die discrimineren', in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* (2009) nr. 8, p. 451-460.

[2] Zie bijvoorbeeld Eva Brems, 'Introduction', in: Eva Brems (red.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland (2008), p. 1-16.

[3] De uitspraak van de ABRvS en het arrest van de Hoge Raad zijn raadpleegbaar via www.rechtspraak.nl, onder LJ-nummers BB9493 respectievelijk BK4549 en BK4547.

te elimineren valt. Volgens Brems zou je dit goed kunnen volhouden, zeker vanuit het *insider*-perspectief van de SGP-vrouwen zelf. De Raad van State had dan ook goede redenen om te stellen dat van een daadwerkelijke beperking van het passief kiesrecht van vrouwen in deze zaak eigenlijk geen sprake was. Twijfel is nog mogelijk over de vraag of ook ten aanzien van overheidsverplichtingen hantering van het *insider*-perspectief op haar plaats is. Volgens Brems zijn er in elk geval waar het gaat om actieve ondersteuning van de partij met behulp van belastinggeld sterke argumenten om dit niet te doen. Het lastige is echter dat de Raad van State de weg van het stopzetten van de subsidie in 2007 heeft afgesneden. Voor Brems ligt het minder duidelijk voor zover, zoals in de zaak voor de Hoge Raad, de overheid verweten wordt de uitsluiting van vrouwen van het passief kiesrecht door de SGP (passief) te gedogen.

De tweede stap, het nastreven van een compromisplossing, lijkt in casu niet bijzonder kansrijk, nu het vrouwenstandpunt een prominent onderdeel uitmaakt van het beginselprogramma van de partij. De rechter ontkomt er derhalve niet aan, derde stap, om een afweging te maken, al zou theoretisch het internationale recht nog uitsluitel kunnen bieden. Hierbij gaat het in casu om artikel 7 Vrouwenverdrag. Zowel de Raad van State als de Hoge Raad is echter van oordeel dat dit artikel een nadere afweging noodzakelijk maakt en ook Brems sluit zich daarbij aan.

Van de criteria die een nationale rechter bij deze afweging kan hanteren, past de Hoge Raad het onderscheid tussen kern en periferie niet toe. Volgens het arrest is de burgerlijke rechter niet bevoegd een oordeel te geven over de vraag hoe belangrijk de plaats is die een bepaalde opvatting inneemt in het geloof van de leden van een partij als de SGP. Dit is in zoverre opvallend dat het Gerechtshof in 2007 nog van mening was geweest dat bijvoorbeeld de vrijheid van godsdienst slechts in 'de buitenste schil' werd geraakt [4]. Wat de Hoge Raad hiervan vindt, blijft nu in het midden, al

valt dit misschien niet te betreuren gelet op de discussies waartoe toepassing van het criterium in de praktijk aanleiding kan geven.

Van onrechtstreekse inbreuken op andere grondrechten, een volgend criterium, is in casu inderdaad sprake. Aangezien dit echter aan beide kanten het geval is, lost dit het conflict niet op.

Is er dan wellicht sprake van een tevens in het geding zijnd algemeen belang, dat de weegschaal naar de ene of de andere kant kan doen doorslaan? Volgens de Hoge Raad is het zo dat 'het kunnen uitoefenen van het passief kiesrecht het democratisch functioneren van de staat in de kern raakt' (r.o. 4.5.5). Eerder had de Raad van State echter een ander, niet minder zwaarwegend belang waargenomen, te weten 'het algemeen belang bij een afdoende vertegenwoordiging van het gehele electoraat zoals daaraan in het Nederlandse staatsbestel is vormgegeven' (r.o. 2.13.1). Dit criterium lost de zaak dus evenmin op.

De ernst van de inbreuk, het laatste criterium, hangt nauw samen met de vorige argumenten, al was het maar omdat een inbreuk ernstiger is indien deze de kern van een grondrecht dan wel een zwaarwegend algemeen belang raakt. Zoals gezien, laat de Hoge Raad zich over het eerste niet uit en ziet hij slechts rond de uitoefening van het passief kiesrecht een algemeen belang gelegen in het democratisch functioneren van de staat. De Raad van State neemt, zij het in de context van de subsidiëring, juist aan de zijde van de SGP een ernstige inbreuk waar: 'Het uitsluiten van een dergelijke politieke partij van subsidiëring zou haar ten opzichte van de andere partijen in een aanmerkelijk nadeliger positie brengen in een context waarin alle partijen juist op gelijke voet aan het parlementaire debat moeten kunnen deelnemen' (r.o. 2.14.2).

Het loopt er al met al op uit dat volgens Brems haar normatieve kader in het geval van de SGP-zaak niet tot een eenduidig resultaat leidt. Het verschil in gewicht tussen beide schalen van de balans blijkt te gering om deze aan de hand van zuiver juridische criteria in de ene of de andere richting te laten doorslaan. Daarmee

[4] Het arrest van het Gerechtshof is eveneens raadpleegbaar via www.rechtspraak.nl, onder LJ-nummer BC0619. Zie r.o. 67.

wordt de keuze tussen de conflicterende grondrechten in een geval als het onderhavige een politieke keuze [5].

Brems zelf kiest dan uiteindelijk ten gunste van de SGP, aangezien het een pure *outsider*-interventie betreft met betrekking tot een kleine partij. De Hoge Raad besliste echter anders. De vraag rijst hoe deze keuze dan 'politiek' te duiden valt.

Strijdende paradigma's

Teneinde deze vraag te beantwoorden, is het nuttig aan te sluiten bij de 'Groen van Prinsterer-lezing' die de

Wat is onder vrijheid te verstaan?

historicus James Kennedy in 2008 hield. In deze lezing betoogde Kennedy dat de verhouding tussen religie en politiek in Nederland recentelijk op sterk uiteenlopende wijzen opnieuw wordt gedefinieerd. De ene denkrichting beklemtoont de in elk geval potentieel positieve rol van religie in de publieke sfeer. De andere zienswijze, die hier relevanter is, staat een strikte scheiding van kerk en staat voor. De aanhangers van deze visie verzetten zich niet slechts tegen de subsidiëring van de SGP, maar ook tegen zaken als het verbod op godslastering, ambtenaren met gewetensbezwaren tegen het sluiten van homohuwelijken, de subsidiëring van het bijzondere onderwijs en andere levensbeschouwelijke organisaties, het dragen van hoofdoeken en boerka's en de weigering om ter begroeting elkaar de hand te schudden [6].

Het is mogelijk deze strijdende paradigma's ter zake van de verhouding tussen overheid en godsdienst in partijpolitieke termen te vertalen, nu de seculiere partijen van links tot rechts, volgens een geïllustreerd waarnemer, in hun verkiezingsprogramma's 2010 meer dan voorheen het accent leggen op de emancipatie van het individu en de tolerantie jegens minderheidsopvattingen daaraan ontergeschikt maken. Het gevolg is dat

deze partijen de staatsvrije ruimte voor de burger welbewust verkleinen. Dit gebeurt weliswaar in de meeste gevallen met goede bedoelingen, maar dat maakt geen verschil voor het resultaat: 'Zachte tirannie is en blijft tirannie' [7].

Nu zou het te kort door de bocht zijn om de Hoge Raad te betichten van partijpolitieke stellingnames. Dit neemt evenwel niet weg, dat het arrest van dit college rechtspolitieke implicaties heeft van het type waarop de betreffende commentator doelde. Zo signaleerde de rechtsgeleerde Matthijs de Blois in de context van de SGP-zaak al eens, dat in de gedachten van de Verlichting niet zozeer de beperking van de macht van de staat ten opzichte van het individu centraal staat, maar veeleer het actief bevorderen door de staat van het ideaal van de autonome mens. Fundamentele rechten kunnen daardoor (ver)worden tot instrumenten tot emancipatie, met het VN-Vrouwenverdrag als geslaagd voorbeeld [8].

De risico's van deze benadering worden in wat oudere, nog door A.M. Donner bewerkte, edities van het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* in bewoordingen geschetst die wel gekozen lijken te zijn met het oog op de SGP-zaak. Volgens het *Handboek* stelt de opkomst van de verzorgingsstaat, en de daarmee gepaard gaande aanvulling van de klassieke grondrechten met een reeks sociale grondrechten, voor de vraag wat onder vrijheid is te verstaan. Het vervolgt dan:

'De mening die in de grondrechten vooral een aanspraak op – negatieve – staatsonthouding ziet, heeft voor zich, dat vrijheid metterdaad een negatieve grootheid is, n.l. de afwezigheid van banden en belemmeringen. De vrijheid positief te omschrijven is moeilijk; termen als "zelfontplooiing" en "zelfbestemming" zijn lege hulzen. Zij moeten dat ook wel zijn, want het gaat er bij de menselijke vrijheid om dat U en ik, als enkelingen en, eventueel, tezamen met gelijkgezinden, vrij zijn om de zin van het eigen bestaan en het bestaan met anderen

[5] Brems, 'Botsende grondrechten', p. 460.

[6] James Kennedy, 'Politici gaan niet over godsdienst',

Reformatisch Dagblad, 30 mei 2008.

[7] Hans Goslinga, 'Seculiere eigenwaan kan ontwaarden in zachte tirannie', *Trouw*, 10 april 2010.

[8] Matthijs de Blois, 'De Mannenpartij en het Vrouwenverdrag', in: *Nemesis* 2002-6, p. 173-179, aldaar p.176.

[9] C.W. van der Pot (bewerkt door A.M. Donner), *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 10^{de} druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle (1977), p. 436-437.

[10] Marcel ten Hooven, 'Verdraagt de Nederlandse democratie de SGP nog?', *Nederlands Dagblad*, 13 februari 2010.

[11] T. Jeremy Gunn, 'Fearful Symbols: The Islamic Headscarf and the European Court of Human Rights', p. 1, helaas niet langer beschikbaar via het internet.

[12] David Beatty, 'Law's Golden Rule', in: Gianluigi Palombella en Neil Walker, *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon (2009), p. 99-115, aldaar p. 106-107.

[13] Henk Post, *In strijd met de roeping der vrouw. De Staatkundig Gereformeerde Partij en het vrouwenkiesrecht*, diss. Vrije Universiteit, Amsterdam (2009), p. 255.

Mr.dr. H.-M.Th.D. ten Napel is universitair docent bij het instituut Publiekrecht, afdeling Staats- en Bestuursrecht, van de Universiteit Leiden.

zelf te bepalen en dienovereenkomstig te handelen en te leven. Vrijheid is zelf kunnen kiezen in dienst van wie of wat U en ik ons leven willen stellen, zelf daarvoor verantwoordelijk te zijn en zelf te bepalen jegens wie of wat die verantwoordelijkheid geldt. Omdat het in het wezen van de vrijheid ligt, dat die keuze en verantwoordelijkheid niet door een ander kunnen worden overgenomen, ligt hier de zwakke stee van elk emancipatorisch beleid, dat uit bewogenheid met de onvrijheid der mensen, zich inzet om hun vrijheid te "verwezenlijken". Wie zich opmaakt om de voorwaarden voor de vrijheid te scheppen, doet dat vanuit een notie wat de zin van leven en samenleven is en welke keuzen gedaan moeten worden om "vrij" te zijn. Hij loopt zodoende en zo denkende gevaar om toch de te bevrijden mensen hun keuze te benemen en die, tenminste ten dele, reeds voor hen te doen – hij ris-

keert m.a.w. een verlicht despoot te worden.

Dat gevaar bestaat vooral, indien er naar wordt gestreefd te verzekeren dat ieder zich evenzeer in de vrijheid kan verheugen. Dat wordt een distributie van vrijheid en daarbij kan deze niet langer als een vooral negatief te begrijpen grootheid worden geëerbiedigd, maar vraagt om een positieve inhoudgeving. Dan dreigt er een schablone te ontstaan, die aan een min of meer bepaalde vrijheidsopvatting, d.w.z. aan een bepaalde zingeving van het individuele bestaan en het samenleven, wordt ontleend. Die schablone zal door de auteurs stellig als "bevrijdend" zijn bedoeld, maar zij zal door menige "bevrijde" als een dwangbuis en als een aantasting van zijn menselijke vrijheid en verantwoordelijkheid worden ondervonden. Het duidelijkst is dat gevaar in die staten, waar op Marxistisch-Leninistisch voetspoor wordt aangenomen dat de wetten van geschiedenis en samenleving en de bestemming van de mens bekend en wetenschappelijk vast-

stelbaar zijn. Doch in democratie, die de positieve vrijheidsbevordering ter hand neemt, is het gevaar niet minder groot; een zingeving van het leven bij meerderheidsbesluit, zo niet onder leiding van een politiek actieve minderheid, is even tyranniek en mensonterend als ene door gezag, dat zich op een bijzondere inspiratie of verlichting beroept.' [9]

In een recent interview waarschuwde de rechtsfilosoof Andreas Kinneging in dit verband voor 'de logica van Robespierre ten tijde van de grote terreur in de Franse Revolutie. Je moet eerst iedereen gevangen zetten, om hen vrij te maken.' [10]

Tot besluit

Aldus bezien kan een klein verschil in de wijze waarop de afweging van grondrechten uitvalt op termijn toch nog grote gevolgen krijgen. Het kan daarbij voor de SGP niet geruststellend zijn dat naar aanleiding van de instandhouding van een Turks hoofddoekverbod op openbare universiteiten door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waar de partij nog in beroep zou kunnen gaan, al eens is gesproken over 'the suppression of human rights by an institution that was created to protect them' [11]. Een andere rechtsgeleerde noemde dezelfde uitspraak, *Leyla Şahin t. Turkije* (2005), 'a shocking case. It should act as a wake-up call. It tells us that, even at the centre of the Western legal tradition, the commitment to the rule of law is still hesitant and partial.' [12]

Er is echter troost, in de zin dat een uitspraak als die van de Hoge Raad in de SGP-zaak ook gewoon het gevolg kan zijn van een gebrek aan historisch inzicht. Zoals Henk Post het formuleert aan het eind van zijn dissertatie over de SGP en het passieve vrouwenkiesrecht: 'Juist kennis van de geschiedenis bevordert een wijs oordeel en ruimdenkendheid jegens een afwijkende opvatting.' [13]