

VROUWENSTUDIES KWAM TE LAAT VOOR DE SOCIALE ZEKERHEID

A.F.M. Brenninkmeijer

1 INLEIDING

In de jaren '80 heeft het gelijkheidsbeginsel voor de sociale zekerheid in zekere zin gewerkt als een 'mannelijke norm'. Het gelijkheidsbeginsel zoals het in de rechtspraak is of kon worden toegepast vormde niet zo zeer een rechtvaardigheidsnotie, doch eerder een juridisch 'is gelijk-teken', in de betekenis van man = vrouw. De toepassing van het gelijkheidsbeginsel leidde daarmee tot – in juridische zin – een herleiding van de vrouw tot de man. Deze herleiding mislukte, omdat de vrouw niet beantwoordde aan de 'mannelijke' eis uit de sociale zekerheid: globaal gesteld voldoet de vrouw niet aan de eis van kostwinnerschap en aan de inkomenseis.

Wat is de verhouding tussen gelijkheid en rechtvaardigheid, wat is de verhouding tussen gelijkheid en sociale rechtvaardigheid? Ook voordat het gelijkheidsbeginsel in de sociale zekerheid 'huisgehouden' had, gold dat de werkende vrouw in belangrijke mate dezelfde sociale aanspraken genoot als de man: zij had eveneens een recht op uitkeringen krachtens de ZW, de WAO en de WW. De belangrijkste ongelijkheid vormde de verschillende behandeling van vrouwen en mannen als kostwinner in onder andere de WWV. De man als kostwinner had 'paternalistische' rechten, terwijl de vrouw in die rol slechts als afhankelijk van een andere kostwinner werd gezien. Ook enkele andere wetten – de WUV, de AOW en de AAW – gaven de vrouw in dat opzicht geen gelijke rechten aan de man.

Het gelijkheidsbeginsel heeft in de sociale zekerheid uit het oogpunt van (sociale) rechtvaardigheid in de jaren '80 geen positieve rol vervuld. De CRvB heeft in een aantal kwesties – de WUV, de WWV, de AOW, de AAW en de AWW – de wet in formele zin getoetst aan het gelijkheidsbeginsel. Hiermee heeft deze rechter formeel een halt toegeroepen aan de wetgever die op politiek-ideologische gronden niet wilde tornen aan de zwakkere positie van de vrouw in de sociale zekerheid of juist deze zwakkere positie wenste te consolideren. Het risico van verlies van inkomen van het gezin werd via de man verzekerd geacht. Het ongelijke stelsel van de sociale zekerheid – gebaseerd op het uitgangspunt dat de werkende man kostwinner is van het gezin, waarin de vrouw de onbetaalde zorgtaken vervulde – zoals dat tot en met de jaren '70 tot ontwikkeling is gekomen, werd verstoord door inpassing van het 'is-gelijk'-teken. De wetgever heeft traag op deze jurisprudentie gereageerd, doch uiteindelijk is het resultaat geweest dat in veel opzichten de positie van de vrouw uit een oogpunt van sociale rechtvaardigheid er niet beter op is geworden.

In veel opzichten is er sprake van geen verbetering (AAW) dan wel een verslechtering van de positie van vrouwen (van AWW naar ANW).¹

Overziet men de ontwikkelingen in het sociale zekerheidsrecht in het afgelopen decennium, dan springt in het oog dat het systeem als zodanig onvoldoende aansluit bij de maatschappelijke behoefte aan sociale zekerheid. De wetgeving werd slecht uitgevoerd, waarbij ik de veronderstelling durf uit te spreken dat er als vanzelf in de dagelijkse uitvoeringspraktijk sprake is geweest van bevoordeling van de man als kostwinner. De bescherming van het inkomen van het gezin via de verdienende en verzekerde man kreeg de hoogste prioriteit. Het is ook die categorie uitkeringsgerechtigden die de overbelasting in de WAO hoofdzakelijk uitmaakt. Betwijfeld kan worden of de toegang tot de WAO voor de vrouw in de praktijk ook zo ruim is geweest. Het stelsel van de sociale verzekeringen kraakte in al zijn voegen en de onbetaalbaarheid van het geheel heeft geleid tot bezuinigingsmaatregelen. Juist bij de introductie van die bezuinigingsmaatregelen is de gelijkheid niet in de zin van sociale rechtvaardigheid verstaan: de gelijke behandeling werd als dekmantel gebruikt om te bezuinigen. Vanaf het begin van de jaren '80 is de discussie over de gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de sociale zekerheid op gang gekomen. Deze discussie viel samen met de bezuinigingen. Ik heb de indruk dat wanneer deze discussie gevoerd was in een periode van hoogconjunctuur de uitkomst anders was geweest: het was juist de krimpende markt die leidde tot de noodzaak van een meer pijnlijke herschikking van financiële middelen: de sociale rechtvaardigheid jegens vrouwen zou ten koste moeten gaan van de financiële positie van de man (nелиjke kostwinner). Die prijs bleek te hoog en had politiek geen prioriteit.

De juridische strijd van vrouwen – onder inroeping van het gelijkheidsbeginsel – blijkt in de sociale zekerheid uiteindelijk weinig succesvol te zijn geweest. Voorzover vrouwenstudies rechten gezien wordt als het vakgebied speciaal gericht op (versterking) van de positie van vrouwen in de rechtspraktijk om onder toepassing van het juridische systeem, rechten en rechtsbescherming van vrouwen te versterken, heeft vrouwenstudies geen uitkomst kunnen bieden. Hoewel al procederend voor bepaalde individuele vrouwen wel een succes te behalen viel, moet worden vastgesteld dat uiteindelijk het resultaat niet positief is. De politiek heeft geïnspireerd door de bezuinigingsdrift vaak als strategie gekozen: "even slecht is ook gelijk" en daarmee werd de sociale rechtvaardigheid op de helling gezet. Zo stelt Holtmaat hierover: "Dat wil zeggen dat naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak met betrekking tot gelijke behandeling de wetgeving zodanig wordt aangepast dat de gelijkstelling geschiedt naar de norm van degene (man of vrouw) die voorheen het slechtst af was."²

1 M. Westerveld, Van Algemene Weduwen en Wezenwet naar Algemene nabestaandenwet, *Sociaal recht*, 1991: 83-88.

2 R. Holtmaat, *Met zorg een recht?*, Tjeenk Willink, Zwolle 1992: 15.

Het is echter niet zondermeer de gelijkheid die Holtmaat onderzoekt zij plaatst vrouwenstudies rechten meer in het teken van macht³ "Voor zover vrouwen en mannen verschillend zijn, is dat verschil dus geen aanleiding tot het streven naar het opheffen ervan, maar tot wederzijds respect voor 'andersheid' Wat wel moet worden opgeheven is dominantie de asymmetrische machtsverhouding die gepaard gaat aan gender-verschillen *Gelijkheid in macht* is uiteindelijk wel een feministisch doel " In de ogen van Holtmaat heeft het recht een rol te vervullen bij de realisatie van dat doel

Veel actuele problemen van de ongelijke machtspositie van vrouwen ten opzichte van mannen liggen in het sociale vlak Wanneer de vrouw de traditioneel 'moederlijke rol' vervult door zorgtaken op zich te nemen, wordt haar door onze sociaal-economische orde een zwakke positie opgedrongen, die zij slechts kan ontgaan door zich te begeven in de traditioneel 'mannelijke rol' van degene die inkomen verwerft Hierin verandering brengen, vraagt een 'culturele revolutie' Verhalend over Cuba komt Holtmaat tot het volgende "Rond de invoering van de bepaling dat de zorgarbeid tussen mannen en vrouwen moet worden verdeeld, is een project gestart, onder meer bestaande uit de verplichting om naar buurtbijeenkomsten te gaan en te praten over de nieuwe wetsvoorstellen Dat heeft in ieder geval wel een gigantische maatschappelijke discussie losgemaakt"⁴ Voor Nederland lijkt mij een Wet op de verdeling van zorgtaken ook een project dat enige discussie zou opleveren De rechten die voortvloeien uit de wetgeving inzake sociale zekerheid zijn sterk verbonden met betaalde arbeid en niet met onbetaalde zorgarbeid, waardoor bij een geringere arbeidsparticipatie van vrouwen de positie van de vrouw in de sociale zekerheid structureel zwakker is De AAW vormt hiervan een sprekend voorbeeld Hoewel het aanvankelijk ging om een niet primair inkomensgebonden volksverzekering – gericht op de sociale zekerheid van de arbeidsongeschikte man – is later vanwege de gelijke behandeling van vrouwen en mannen het inkomensaspect belangrijker geworden, waardoor de AAW sociaal gezien nog steeds de vrouw in een nadeliger positie bracht

Uiteindelijk is er een sociale verandering noodzakelijk om de emancipatie van de vrouw gestalte te geven Het is de vraag of het recht voldoende kracht heeft of toegepast moet worden om die sociale verandering te realiseren Misschien moet het dan gaan om een 'hartstochtelijke ontregeling' van de rechtsorde waarin vrouwen in hun positie geklemd blijven Volgens Gunning wordt ten onrechte in het recht een onderscheid gemaakt tussen het publieke en private domein, waarbij de rolvervulling in het gezin buiten beschouwing blijft

³ Holtmaat 1992 337

⁴ D Pessers, P van der Grinten & O van Klinken, *De ontmoeting, Verslag van een rondetafelgesprek in het kader van de Rode draad "Op naar gefemuseerd recht"*, *Ars Aequi*, 1992 775

“Bij nader onderzoek blijkt dat veel van hetgeen aanvankelijk als het private buiten de rechtvaardigheidsdiscussie werd gehouden, consequenties heeft voor het rechtvaardigheidsgehalte van het dagelijkse bestaan in het openbare leven. Zonder het persoonlijk domein aan te tasten zou over de inhoud van noties met betrekking tot het goede leven in het gezin een discussie moeten worden gevoerd. Deze ordeverstoring leidt tot verplaatsing van de hekken tussen de huidige rechtsorde en het politieke en arbitraire. De grens wordt verlegd van hetgeen tot het debat over (het) recht behoort en over de rechtsorde wordt ‘hartstochtelijker’ gedacht”⁵

Een verschuiving van gelijkheid als rechtsnorm naar de verdeling van macht tot waar reikt de rechtsorde?

2 GELIJKHEID

Vrouwenstudies heeft er echter wel toe bijgedragen dat in de jaren '80 is *nagedacht* is over de vertaling van gelijkheid in sociale rechtvaardigheid. De gelijkheid als 'is gelijk-teken' levert geen sociale rechtvaardigheid op in de situatie dat sekseverschillen leiden – al dan niet structureel, al dan niet onveranderbaar – tot een verschil in sociaal-economische existentie. De band van vrouwen met zorgtaken en het op zich nemen van die zorgtaken is existentieel. Het is een manier van *zijn* naast mannen, die *niet zomaar* kan worden gewijzigd en voor wat betreft het baren van kinderen niet veranderbaar is. De bijdrage van vrouwenstudies rechten aan de theorievorming over de verdeling van arbeid, de grondslag van inkomensverwerving en de opheffing van sociaal-economische machtsverschillen is noodzakelijk om gelijkheid te transformeren in sociale rechtvaardigheid. De overgang tussen theorie en praktijk kan via de wetgever (en het daarmee versmolten bestuur) en de rechter lopen. Wat was de rol van de wetgever?

De sociale zekerheid, zoals de wetgever die tot en met de jaren '70 tot stand had gebracht, was niet gebaseerd op gelijke behandeling van vrouwen en mannen. De wetgever heeft die gelijkheid zoals eerder bleek – in welke vorm dan ook – lange tijd verwaarloosd, waardoor uiteindelijk in de jaren '80 de situatie is ontstaan dat de rechter de gelijke behandeling al toetsend heeft afgedwongen. Uit het voorgaande blijkt dat gelijkheid als 'is gelijk' geen wezenlijke constructieve bijdrage kan leveren aan de opheffing van de sociaal-economische ongelijke positie van vrouwen en mannen. Daarvoor is een andere inrichting van de sociale zekerheid vereist. De wetgever had echter geen oor naar verandering van de wetgeving en vrouwenstudies had nog geen theoretisch kader gevormd om de wetgever in het juiste spoor

5 M J Gunning, De uitzondering in het recht, *NJB*, 1993 97

te brengen. Daarmee kwam vrouwenstudies 'te laat'⁶. De rechter heeft ingegrepen door het gelijkheidsbeginsel toe te passen. De beperkte rechtsvormende rol, ten opzichte van die van de wetgever, die een rechter kan vervullen brengt mee, dat met de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak er nog geen reële oplossing voor het probleem van de sociale ongelijke machtspositie van vrouwen en mannen is gegeven.

3 DE INBRENG VAN DE RECHTER

De toepassing van het gelijkheidsbeginsel is door vrouwen voor de rechter uiteindelijk met succes afgedwongen. De wetgever heeft om financiële redenen – en meer verhuld ook om meer ideologische redenen – geweigerd de wetgeving inzake sociale verzekeringen tijdig aan te passen, ook toen bleek dat de rechter tot toetsing van de wet in formele zin bereid was.⁷ Het beroep van vrouwen op het gelijkheidsbeginsel heeft de rechter voor nieuwe vragen geplaatst. Een referentiekader voor die rechterlijke toetsing bestond niet. Achteraf gezien is het vreemd gelopen met de ontwikkeling van de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (CRvB). Aanvankelijk heeft dit rechterlijk college de ongelijke behandeling van vrouwen en mannen in de sociale zekerheid afgedekt. In een uitspraak van 28 april 1981 over de AAW komt geen toetsing aan art. 26 IVBPR aan de orde.⁸ De Raad overweegt in die uitspraak expliciet dat de vraag rijst of de wijziging van de AAW van 1 januari 1978 niet een inbreuk inhoudt op Richtlijn 79/7 van de EG inzake de geleidelijke tenuitvoerlegging van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, doch is van oordeel dat die toetsing pas na het verstrijken van de implementatietermijn (zes jaar na 23 december 1978) mogelijk is.

Eind 1983 volgen principiële uitspraken over de AAW, de WWV en de AWW en art. 26 IVBPR voor het sociaal zekerheidsrecht wordt aan art. 26 betekenis ontzegd.⁹ In de WWV-zaak wordt doorgeprocedeerd bij de VN-Commissie voor de rechten van de mens, die anders dan de CRvB in april 1987 een schending van art. 26 IVBPR vaststelt.¹⁰

In mei 1987 gaat de CRvB om. Hoewel gedacht zou kunnen worden dat de Raad zich heeft laten leiden door het hiervoor genoemde oordeel van de VN-Commissie,

⁶ D. Pessers, *Het eeuwig te laat komen van vrouwen*, *NJB*, 1989, 553 e.v.

⁷ Zie mijn bijdrage aan het speciale nummer van *NTB* over het gelijkheidsbeginsel, *De doorwerking van het internationale recht, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel op het gebied van het bestuursrecht*, *NTB*, 1990, 209 e.v.

⁸ CRvB 28 april 1981, RSV 1983, 209, m.n. W.M. Levelt-Overmars, AB 1981, 457, m.n. J.H. Smits.

⁹ CRvB 1 november 1983, RSV 1984, 147 t/m 150, m.n. W.M. Levelt-Overmars.

¹⁰ Communication nr 172/1984, RSV 1987, 247, m.n. W.M. Levelt-Overmars.

is dat niet juist omdat kan worden gemeld dat die uitspraak nog niet bij de Raad bekend was toen dit oordeel totstandkwam¹¹ De eerder in 1981 aangekondigde toetsing aan onder meer EG-Richtlijn 79/7 wordt door de Raad in 1987 toegepast Opmerking verdient dat deze doorbraak in de jurisprudentie niet voor de AAW wordt gerealiseerd doch voor de WUV¹² Nadat eerst de WUV op het punt van gelijke behandeling te licht is bevonden, volgt begin 1988¹³ pas de uitspraak waarbij de wijziging van de AAW van 1 januari 1978 in strijd wordt geoordeeld met art 26 IVBPR De datum die ook hier beslissend wordt, is 23 december 1984 De politiek reageert geschokt de gelijke behandeling van vrouwen zou miljardenlasten veroorzaken Inmiddels is duidelijk geworden dat dit retorische geweld geen reële grond had

Kernpunt van deze jurisprudentie is dat aan art 26 IVBPR rechtstreekse werking werd toegekend ingaande de datum waarop de EG-Richtlijn inzake gelijke behandeling geïmplementeerd had moeten zijn 23 december 1984 Voorts heeft de Raad al die wetgeving waarin ongelijkheid tussen vrouwen en mannen voorkwam zodanig getoetst dat juridische gelijkheid ontstond Bij veel wetgeving betekende deze benadering dat vrouwen gelijke rechten kregen aan rechten van de man, zodat – afgezien van een nadelige ingreep van de wetgever – zij erop vooruitgingen Bij de AAW werden de weduwnaars in een gelijke positie gebracht aan die van weduwen

In feministische commentaren zijn twee kritieken te horen Deze kritieken betreffen twee aspecten van wat genoemd zou kunnen worden de 'relativiteit' van de gelijkheid Boerefijn klaagt de jurisprudentie van de Raad aan omdat ten onrechte niet de datum van inwerkingtreding van het IVBPR is aangehouden 11 maart 1979 in plaats van 23 december 1984¹⁴ Het VN-commité dat over schending van dat verdrag competentie heeft zal nog uitspraak moeten doen De stelling van Boerefijn is dat naar de inhoud van art 26 IVBPR beschouwd die bepaling rechtstreekse werking heeft en dat daarom een verschuiving van de datum waarop die rechtstreekse werking intreedt naar 23 december 1984 nergens op gebaseerd is¹⁵ De relatieve rechtstreekse werking die de Centrale Raad heeft gehanteerd (niet datum inwerkingtreding van het Verdrag, maar een latere datum) wordt bestreden

11 De datum van de uitspraak is weliswaar 14 mei 1987, doch de zitting en raadkamer dateert van 2 april 1987

12 CRvB 14 mei 1987, RSV 1987, 246, m n W M Levelt-Overmars, AB 1987, 543, m n H Hennekens

13 CRvB 5 januari 1988, RSV 1988, 198, 199, 200, m n S Feenstra Zie ook W M Levelt-Overmars, De uitspraken van de CRvB d d 5-1 1988 over art 26 IVBPR, *NJB*, 1988 589 e v

14 I Boerefijn, *Rechtstreekse werking van art 26 IVBPR*, *Nemesis*, 1991 24 e v

15 Ik kan haar moeilijk ongelijk geven, omdat ik in 1982 dezelfde stelling heb verdedigd *NJB*, 1982 6 e v

Een andere kritiek brengt Pessers naar voren.¹⁶ Zij verwijt de Centrale Raad juist onvoldoende aandacht voor de relativiteit van de gelijkheid. In navolging van Van Maarseveen betoogt zij dat de Raad ten onrechte bij de AWW het gelijkheidsbeginsel zodanig heeft toegepast dat ook weduwnaars aanspraak kregen op het voor vrouwen voordeliger weduwenpensioen.

Uit het perspectief van de rechter gezien – en niet meer dan dat¹⁷ – kan het volgende worden opgemerkt. De maatschappelijke ontwikkeling begin jaren '80 was in Nederland nog niet voldoende gericht op gelijke behandeling van vrouwen en mannen. De acceptatie van jurisprudentie van de CRvB waarbij vanaf 11 maart 1979 direct aan art. 26 IVBPR zou zijn getoetst, zou gering zijn geweest. Uit het voorgaande overzicht blijkt dat de CRvB eind 1987, begin 1988 een aanvang heeft gemaakt met deze toetsing en de effecten van deze toetsing heeft beperkt tot de periode vanaf eind 1984.¹⁸ Op zich is al de afstand tussen 1984 en 1988 opmerkelijk. Waarom heeft de CRvB zolang gewacht ook nog na 1984? Begin jaren '80 was de stelling dat de wet in formele zin wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel buiten toepassing zou moeten worden gelaten uit het oogpunt van de wetenschappelijke perceptie in die tijd nog enigszins speculatief.¹⁹ Er was weinig wetenschappelijke literatuur op dit terrein en het fenomeen van onverbindende wetgeving was nieuw en van wetgeving in formele zin was volstrekt nieuw.²⁰ De generatie rechters die begin jaren '80 betrokken was bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel was daarom zeker niet vertrouwd met dit fenomeen. De zo expliciete jurisprudentie van de Raad, waarbij de toetsing aan de gelijkheid – op achteraf gezien onjuiste gronden – aan de kant werd gezet, kon niet zonder de geloofwaardigheid van de jurisprudentie van de Raad in de waagschaal te stellen op zo korte termijn worden gewijzigd. De afwijzing door de CRvB van toetsing van de wet in formele zin aan een gelijkheids-

16 D. W. J. M. Pessers, *Recht zonder illusies? Kroniciek feminisme en recht*, *NJB*, 1991: 999 e.v.

17 Mijn persoonlijke visie was destijds dat de CRvB veel te terughoudend was. Knarsetandend heb ik de uitspraak uit 1983 gelezen. Ik was er vast van overtuigd dat er geen andere oplossing was dan de wijziging van de AAW uit 1979 (invoering inkomensers) wegens strijd met art. 26 IVBPR buiten toepassing te laten. Voorzover ik in het onderstaande verklaringen geef, houden die geen 'rechtvaardiging' in voor de jurisprudentie die ik 'onjuist' acht.

18 Nog daargelaten dat de meeste wetten als uitgangspunt kiezen dat slechts gedurende een beperkte periode met terugwerkende kracht een uitkering kan worden toegekend. De CRvB heeft deze bestuurspraktijk afgedekt in de jurisprudentie CRvB 16 november 1989, RSV 1990, 182 (AAW) en 30 januari 1991, RSV 1991, 182, m.n. J. J. A. Kooijman (AAW).

19 Vgl. E. A. Alkema, *Schakelbepalingen*, Deventer 1981: 16, die in dit verband over "ongewone controle" sprak.

20 Vgl. D. H. M. Meuwissen, *De Europese Conventie en het Nederlandse recht*, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal recht 1976, nr. 73: 56 e.v. en E. A. Alkema, *Het internationale recht inzake de rechten van de mens en de Nederlandse rechtsorde*, in *Rechten van de mens in mondiaal en Europees perspectief*, Nijmegen 1978: 204.

norm in enige verdragsbepaling paste binnen de toen geldende opvattingen²¹ De Hoge Raad is uiteindelijk nog meer terughoudend geweest bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel en heeft die toetsing ter zijde geschoven met de stelling dat die toetsing "de rechtsvormende taak van de rechter te boven zou gaan" Van Dijk heeft er later op gewezen dat die jurisprudentie van de Hoge Raad niet steekhoudend was²² De Hoge Raad heeft in 1988 die jurisprudentie nog herhaald²³

Koopmans werpt een ander licht op de zaak Hij stelt dat de roep om invoering van constitutioneel toetsingsrecht in politieke kringen niet zozeer is geïnspireerd door de idee dat die toetsing zo waardevol zou zijn, doch door de idee dat geconcentreerde toetsing bij de Hoge Raad – ook van de toetsing aan verdragsrecht – tot minder vergaande jurisprudentie zou leiden dan die van de CRvB²⁴ Ook de opstelling van de toenmalige staatssecretaris van sociale zaken De Graaf is in dit verband illustratief de jurisprudentie van de CRvB vormde aanleiding te overwegen om het IVBPR op te zeggen

Het voorgaande leidt mij tot de conclusie dat technisch-juridisch gezien vanaf de inwerkingtreding van art 26 IVBPR in 1979 al die wetgeving die in strijd komt met de gelijkheid onrechtmatig was en buiten toepassing moest worden gelaten De feitelijke doorwerking van het gelijkheidsbeginsel is echter vertraagd in de rechtspraak van de Nederlandse rechter geeffectueerd De reden hiervoor is dat de legitimatie van de eventuele rechtspraak, waarbij toepassing zou worden gegeven aan art 26 IVBPR en van rechtspraak waarbij de wet in formele zin werd getoetst, begin jaren '80 nog niet groot genoeg was

De kritiek van Pessers (en Van Maarseveen) luidt dat de rechter wegen moet zoeken om interpretatief het gelijkheidsbeginsel zodanig toe te passen dat het in het voordeel kan werken van vrouwen, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het bevoordeeld zijn van vrouwen in een bepaalde situatie Waar het concreet om gaat is de AWW, die wel voor weduwen gold, doch niet voor weduwnaars en in die zin positief discrimineerde De CRvB heeft beslist dat aan weduwnaars gelijke rechten toekomen Pessers heeft geconstateerd dat deze 'manvriendelijke' jurisprudentie zonder veel problemen is uitgevoerd, terwijl de AAW-jurisprudentie tot obstructie bij de uitvoering van die rechtspraak heeft geleid, zodat vrouwen vaak niet dat kregen waar zij recht op hadden²⁵ Uit maatschappelijk oogpunt kan hier zeker de kritiek worden gegeven dat vrouwen ongeneerd benadeeld zijn Wederom vanuit het oogpunt

21 Er waren wel al kritische geluiden te horen W M Levelt Overmars in haar noot rsv 1984, 150 en T Zwart, *NJCM Bulletin*, 1984 22

22 P van Dijk De houding van de Hoge Raad jegens verdragen inzake de rechten van de mens, in *De Hoge Raad der Nederlanden*, Zwolle 1988 173 e.v. (200)

23 IIR 23 september 1988, NJ 1989, 740

24 T Koopmans, Constitutionele toetsing, *Handelingen NJV*, 1992-I 49

25 Zie ook T Locnen, *Verschil in gelijkheid*, Tjeenk Willink, Zwolle 1992 251

van de rechter kan het volgende worden opgemerkt. Voor 'discongruente' toepassing van het gelijkheidsbeginsel door de rechter in de hier bedoelde zin was naar mijn mening ook geen voldoende legitimatie te vinden. De afweging die de rechter zou moeten maken zou – naar de huidige stand van de rechtsontwikkeling – te zeer als een politieke kwestie gelden. Heringa spreekt in dit verband over "de onmacht van de rechter"²⁶. Ook hier duikt weer het begrip 'macht' op. De rechter heeft de macht om bepaalde wetgeving die nadelig is speciaal voor vrouwen buiten toepassing te laten of interpretatief bij te stellen, doch vormen van positieve discriminatie zijn veel moeilijker of niet via rechtsvorming door de rechter te realiseren.

4 MACHT EN RECHT

Goldschmidt betoogt dat het 'briljante gelijkheidsbeginsel' ons voor een dilemma plaatst. De gelijkheid als 'radicale' norm heeft aantrekkingskracht, doch vormt een lege huls. Kernvraag is wat *gelijk* is een materiele invulling van de gelijkheidsnorm is noodzakelijk.²⁷ Zij noemt in dat verband de *double-blind*-verhouding tussen feminisme en recht van Pessers. De strijd voor rechten is tevens een strijd tegen het bestaande rechtssysteem.²⁸ Het rechtssysteem is dat van de dominante mannelijke cultuur, waarin de man maatschappelijk gezien de meeste macht heeft. Het rechtssysteem is gericht op behoud van die macht voor mannen.

Op die wijze beschouwd moet worden gezegd dat het verloop van het gelijkheidsdebat in de sociale zekerheid een bevestiging van deze these inhoudt: voorzover vrouwen een beroep deden op het gelijkheidsbeginsel en de rechter dat beroep al honoreerde, werd met latere wetgeving de positie van de vrouw weer verzwakt. Daarmee wordt telkens bevestigd dat de vrouw die zorgtaken vervult – uit eigen verkiezing of omdat de man dat niet doet – geen poot aan de grond kan krijgen. Maatschappelijk/financieel/economisch blijft de vrouw in een afhankelijke rol steken. Ook het gelijkheidsbeginsel als zodanig kan daar geen verandering in brengen. Om daarin een wijziging te bereiken moet er iets met de rechtsorde als zodanig gebeuren.

"Gelijke behandeling moet impliceren dat ook andere perspectieven erkend worden. Een briljant geslepen gelijkheidsbeginsel kent vele facetten en glinstert mooier dan de ruwe steen", concludeert Goldschmidt.²⁹ Geïnspireerd door deze oproep zal ik een 'ander' verhaal vertellen over het briljante gelijkheidsbeginsel en de sociale

²⁶ A.W. Heringa, Het onzijdige gelijkheidsbeginsel, in *De zijkant van het gelijk*, Zwolle 1991, 56 e v.

²⁷ Zie ook Loenen 1992.

²⁸ J.E. Goldschmidt, Het briljante gelijkheidsbeginsel, in *De zijkant van het gelijk*, Zwolle 1991, 29 e v.

²⁹ Goldschmidt 1991, 38.

zekerheid. Daarbij gaat het niet alleen om de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op bepaalde wetgeving die machtsongelijkheid impliceert, doch om de betekenis die de toepassing van het gelijkheidsbeginsel voor onze rechtsorde als geheel heeft.

5 RECHTER EN POLITIEK

Het verhaal over de weinig gelukkige lotgevallen van de gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de sociale zekerheid zou ons blind kunnen maken voor andere gevolgen die het gelijkheidsbeginsel voor onze rechtsorde heeft gehad. Hiervoor ben ik ingegaan op de achtergronden van de jurisprudentie van de CRvB over het gelijkheidsbeginsel. Mijn stelling luidde dat begin jaren '80 de legitimatie van uitspraken van de Raad, waarbij het gelijkheidsbeginsel ingezet zou zijn bij het tegengaan van ongelijke behandeling van vrouwen en mannen, nog ontoereikend zou zijn geweest. Eind jaren '80 begin jaren '90 is daar verandering in gekomen. Het gelijkheidsbeginsel vormde daarbij niet het enge aanknopingspunt. Ook bijvoorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel – het Harmonisatiewet-arrest – heeft ertoe bijgedragen dat het denken over de verhouding tussen rechter en politiek verder is gekomen. De traditioneel neutrale rol van de rechter als toepasser van de door de politiek vastgestelde wet wordt opnieuw bekeken vanuit de grenzen van de wetgevende macht. De toetsende taak van de rechter is in de afgelopen jaren tot ontwikkeling gekomen. Een logisch vervolg op deze ontwikkeling vormt de discussie over de invoering van constitutioneel toetsingsrecht. Bovendien is de doorwerking van Europese regelgeving aanleiding geweest om meer aandacht te schenken aan de gelijkheidsaanspraken die daaruit voortvloeiden.

De zorg van de wetgever voor de grenzen van de wetgevende bevoegdheid heeft ertoe geleid dat begin jaren '90 meer aandacht wordt geschonken aan de overeenstemming tussen de wet en grondrechten. De commissie-Kortmann houdt zich bezig met toetsing van wet- en regelgeving en in de nota *Zicht op wetgeving*³⁰ is een strategie uitgewerkt om de overeenstemming tussen grondrechten en wet- en regelgeving beter te waarborgen. Ook de adviezen van de Raad van State vormen een belangrijke bijdrage. Het rapport van de interdepartementale juridische werkgroep gelijkheidsbeginsel (IWEG), onder de titel *Gelijk in de praktijk* vormt hiervan een duidelijke illustratie³¹. Deze nota houdt niet alleen een inventarisatie in van de gelijkheidsaanspraken die uit verschillende rechtsbronnen kunnen voortvloeien, maar ook een verkenning van de taak van de rechter terzake. Het is alsof de interdepartementale samenstelling van deze werkgroep ertoe zou moeten bijdragen dat de evidentie van de toetsende taak van de rechter overgedragen zou worden naar

³⁰ Kamerstukken II, 1990-1991, 22008, nr 2.

³¹ Stafafdeling Algemeen Wetgevingsbeleid, Ministerie van Justitie, Den Haag 1990.

die departementen die op dit punt zich opstandig toonden. De nota houdt onomwonden de onderbouwing in van de stelling dat de rechter de wet in formele zin – ondanks het ontbreken van constitutioneel toetsingsrecht – kan toetsen aan het gelijkheidsbeginsel zoals dat in Europees en internationaal recht is vastgelegd. Belangrijker is echter nog dat duidelijk wordt gemaakt – ook tegenover vakministers – dat de wetgever door het gelijkheidsbeginsel beperkt is in zijn keuzemogelijkheden.

Uit de wandelgangen van juridisch Nederland kom ik nog met een waarneming die mij gefraspeerd heeft. Bij verschillende departementen blijken top-juristen hun biezen te pakken, omdat het politiek/bestuurlijke klimaat, waarbij een sterke nadruk ligt op de financiën, geen ruimte biedt om op verantwoorde wijze als jurist werkzaam te zijn. De komende jaren zal voor het openbare bestuur de vraag opdoemen wat bestuurlijke kwaliteit is. Thans geldt als maxime de financiële haalbaarheid, terwijl daardoor de juridische kwaliteit – en de aansluiting bij de maatschappelijke werkelijkheid – vaak te zeer onder druk komt te staan. De tanende legitimatie van de politiek en de bureaucratie vindt naar mijn oordeel juist daarin een oorzaak. Tegenover de tanende legitimatie van politiek en bestuurlijk Nederland staat de krachtige ontwikkeling die de rechtspraak doormaakt. Begin jaren '90 is aanvaard – ook door bureaucraten en politici – dat schending van het gelijkheidsbeginsel door de wetgever tot een negatief oordeel van de rechter kan leiden. In het machts-evenwicht binnen ons constitutionele bestel heeft een verschuiving plaatsgevonden van regering en parlement in de richting van de rechterlijke macht. Lag het zwaartepunt in de *trias politica* traditioneel bij de politieke organen – regering en parlement – en vormde de rechterlijke macht een meer 'neutrale' derde macht, thans geldt een meer duaal stelsel waarin als tegenpolen het democratische bestuur en de rechter functioneren. Dit vormt niet alleen een nationaal Nederlands verschijnsel. De invloed die het Europese Hof voor de rechten van de mens en in het bijzonder het Hof van Justitie van de EG hebben op de rechtsontwikkeling in Europa is ook groeiende. Deze ontwikkeling zou ik willen karakteriseren als die waardoor het primaat van de politiek – opgevat als absolute bevoegdheid van de wetgevende organen – plaatsmaakt voor het primaat van het recht.³² In een meer pluriforme machtsstructuur waarin een evenwicht geldt tussen rechtsvorming door de wetgever en door de rechter geldt niet meer de machtspreuk van de politieke organen. De macht is gerelativeerd.

Met deze beschouwing kom ik uit bij een globale bespiegeling over de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en sociale rechtvaardigheid. Uit verschillende crou-

³² Vgl. mijn bijdrage in het speciale nummer van *Ars Aequi* (1992: 680-697) over Rechter en politiek. Het primaat van de politiek bestaat niet meer.

wenstudies blijkt dat de gelijkheid als botte egaliteitsnorm geen bijdrage kan leveren tot de totstandkoming van sociale rechtvaardigheid. Verdienste van deze studies is dat expliciet wordt ingegaan op de vraag welke betekenis sekseverschillen kunnen hebben voor de vormgeving van sociale rechtvaardigheid. Dit is een denkoperatie die verder strekt dan het simpelweg toepassen van het gelijkheidsbeginsel bij het totstandbrengen van wetten en bij de toetsing van wetgeving door de rechter. Zelfs kan gesteld worden dat de rechter bij het beoordelen van casus waarin seksverschillen een rol spelen met toepassing van het gelijkheidsbeginsel slechts een heel beperkte – misschien vaak wel tot mislukken gedoemde – bijdrage kan leveren aan de vorming van sociale rechtvaardigheid. De conclusie van vrouwenstudies dat ‘een ander vertoog’ tot stand moet komen, waar het gaat om de positie van de vrouw in het recht, is naar mijn mening juist. Het mag daarbij niet alleen (of juist niet) gaan om een instrumentele benadering van het recht, waardoor bepaalde rechten voor vrouwen beter worden geregeld. Er moet iets met het recht zelf gebeuren. Daarin schuilt de uitdaging voor vrouwenstudies.

Wat is de betekenis voor het recht van de opkomst van de grondrechten en de algemene rechtsbeginselen zoals die in de afgelopen jaren zich aftekenen? Mijn hypothese luidt dat deze rechtsbeginselen en grondrechten ertoe leiden dat de autoriteit van de wet – als uitdrukking van de masculiene machtsuitoefening – wordt aangetaast ten gunste van – in aanvang – meer globale rechtvaardigheidsnoties. Deze ontwikkeling vormt misschien een aanknopingspunt voor het ‘andere vertoog’ waar vrouwenstudies rechten op aandringt. Anders gezegd, het politieke debat over bestuurlijke daadkracht en het hooghouden van financiële doelstellingen dat zich manifesteert als een machocultuur met mediamieke uitstraling wordt steeds meer verstoord door de ingrepen van Justitia. Justitia past daarbij niet alleen de langs een liniaal geschreven wetsbepalingen toe, doch ook rechtsbeginselen die ruimte laten voor het vormgeven van sociale rechtvaardigheid. De toepassing van het gelijkheidsbeginsel door de rechter in de jaren ‘80 laat zien dat er een verstoring plaatsvond van de heersende rechtsorde in de sociale zekerheid, waardoor discussie noodzakelijk werd over de rechtvaardighedsgrondslag van die orde. Zo blijkt het gelijkheidsbeginsel geen direct toepasbare norm te geven voor het bereiken van meer sociale rechtvaardigheid voor vrouwen, doch wel een krachtige bron van verstoring die het verstomde politieke debat over de positie van de vrouw in gang heeft gezet. Telkens wanneer dit debat blijkt te verstommen zou naar wegen moeten worden gezocht om onder toepassing van rechtsbeginselen dat debat weer verder te helpen. Zijn het niet de politieke actoren die daartoe komen, dan moet Justitia aanstoot geven.³³

³³ Vgl. M. Gunning in haar preadvies over *Communitarisme en onrechtvaardigheid in het gezin*, *Nederlands tijdschrift voor rechtstheorie en rechtsfilosofie*, 1993.