



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie

Rijpkema, B.R.

Citation

Rijpkema, B. R. (2015, December 12). *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/37029>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/37029>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/37029> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Rijpkema, Bastiaan Riemer

Title: Weerbare democratie : de grenzen van democratische tolerantie

Issue Date: 2015-12-15

Hoofdstuk 3

Democratie als zelfcorrectie

1. Inleiding

Het is tijd om de lijnen uit de vorige twee hoofdstukken samen te laten komen. Van den Bergh ontwikkelde en formuleerde als eerste een uitgewerkte theorie van weerbare democratie. Zijn oratie bouwt voort op inzichten die we bij Voltaire en James Mill aantreffen en biedt aanknopingspunten voor twee interpretaties. Enerzijds is er de ‘beginselendemocratie’, waarin bepaalde waarden als toetssteen gelden voor toelating tot het democratische proces. Voor Van den Bergh zijn dit de geestelijke vrijheid en de gelijkheid voor de wet. Bij niet-erkenning van deze principes zijn partijen uitgesloten van democratische participatie. Anderzijds vinden we in zijn oratie de gedachte van ‘democratie als zelfcorrectie’: democratie wordt gekenmerkt door de unieke eigenschap dat ze het volk in staat stelt haar eigen fouten te corrigeren – een idee dat ook door de Franse jurist Milan Markovitch naar voren werd gebracht. De democratie bewaakt dan alleen de uiterste grenzen: besluiten moeten herroepelijk zijn. Het raamwerk moet overeind blijven, daarbinnen is alles mogelijk. Er is altijd een volgende verkiezing, altijd een volgend moment waarop het volk zich opnieuw kan uitspreken.

We bespraken in het voorgaande de pragmatische bezwaren tegen partijverboden: een verbod werkt niet of is contraproductief, want het leidt tot verharding, een (aantrekkelijke) martelarenstatus en escalatie. Politicologisch onderzoek laat zien dat deze bezwaren niet onverkort kunnen worden gehandhaafd.

De politiek-filosofische bezwaren staan echter nog overeind. Daarom keren we in dit hoofdstuk terug bij Van den Bergh. De besproken alternatieven kenden alle hun gebreken. Op basis van het grondwerk van Van den Bergh wordt in dit hoofdstuk gepoogd een volwaardige theorie van weerbare democratie te ontwikkelen. Daarbij wordt gebruikgemaakt van de ideeën van Popper. De nieuwe theorie zal vervolgens worden getoetst aan de genoemde punten van kritiek.

2. Een theorie van weerbare democratie: democratie als zelfcorrectie

In reactie op de formele, procedurele democratieopvatting is na de Tweede Wereldoorlog een andere democratieopvatting dominant geworden. In deze uitleg van democratie wordt de wil van de meerderheid losgelaten. Natuurlijk, burgers mogen nog heel veel beslissen, maar we moeten concluderen dat ze, opererend als volk, toch op z'n minst gedeeltelijk, handelingsonbekwaam zijn. Dat vraagt om maatregelen. En die worden gevonden in de materiële democratieopvatting. Die kun je samenvatten als: ja, de wil van de meerderheid, maar niet als je X of Y wilt wijzigen. Dat zijn dan een aantal grondbeginselen die niet aangetast mogen worden. Ze worden in grondrechten gegoten en uitgezonderd van het democratische proces. Een rechter ziet meestal toe op de naleving, door middel van rechterlijke toetsing.⁷⁷⁸

Bij Van den Bergh vinden we aanknopingspunten voor zo'n materiële democratieopvatting. Op bepaalde punten zegt hij dat fundamentele beginselen als de geestelijke vrijheid en gelijkheid voor de wet geaccepteerd moeten worden voordat een partij toegelaten mag worden tot de democratische arena. Het is wat ik hiervoor de 'beginselendemocratie' heb genoemd. Partijen die bepaalde beginselen niet respecteren mogen verboden worden. Belangrijk is om te beseffen dat dit een brede verbodsgrond oplevert. Je kunt partijen verbieden als ze bepaalde grondrechten niet huldigen. Dan komt een partij relatief snel in aanmerking voor een verbod. Bovendien zadel je de rechter op met allerlei interpretatieproblemen, zoals wanneer ontkent een partij de vrijheid van geweten precies? Hoe ruimer de verbodsgrond, hoe groter de interpretatieproblemen.

Daarom moeten we ons wenden tot de tweede interpretatie: democratie als zelfcorrectie. Democratie is in deze definitie: een manier voor het volk om zichzelf te besturen door middel van zelfcorrectie. Dat betekent dat het volk zijn eigen besluiten neemt, maar ook op die besluiten kan terugkomen. 'Democratie als zelfcorrectie' blijft heel dicht bij de formele democratieopvatting, bij meerderheidsbesluitvorming, maar zoekt het wezen van de democratie daar niet in, maar in het zelfcorrigerend vermogen van de democratie. Het is een interpretatie die het midden houdt tussen de formele en materiële democratie. Die de voordelen

⁷⁷⁸ Zie over de ontwikkeling van rechterlijke toetsing van wetgeving na de Tweede Wereldoorlog: Tim Koopmans, 'Some Comparative Comments on Judicial Review', p. 45-49, in: E.J.H. Schrage (red.), *Judicial Review*, Nijmegen: Paul Scholten Instituut/Ars Aequi Libri 2002; zie over deze trend ook: Müller 2013a, p. 142-143.

van de materiële democratie incorporeert zonder de verbodsgrond te ruim te trekken.

Het idee van democratie als zelfcorrectie

Democratie als zelfcorrectie stelt dat de unieke eigenschap van democratie het herroepelijke karakter van haar besluiten is – besluiten kunnen altijd teruggedraaid worden. Democratie is op je schreden kunnen terugkeren.⁷⁷⁹ Poppers wetenschappelijke interpretatie van democratie ligt daar in het verlengde van – we zagen het hiervoor al. De combinatie van beide opvattingen lijkt daarom bijzonder vruchtbaar. Democratie als zelfcorrectie zou je dan als volgt kunnen beschrijven.

Een goed functionerende democratie heeft veel weg van de wetenschap (in haar ideale vorm): beleid is als hypotheses die getoetst worden aan de werkelijkheid, waarna correctie kan plaatsvinden. In een democratie kunnen de meest uiteenlopende standpunten worden geuit. Eenieder kan zelf oplossingen aandragen en kritiek uiten op de oplossingen van anderen, in het bijzonder op die van de overheid. Idealiter leidt dat tot aanpassing van het beleid. En als dat niet gebeurt, kunnen uiteindelijk de personen die niet voor kritiek ontvankelijk waren weggestemd worden binnen een redelijke termijn. Het volk kan zichzelf zo besturen door voortdurende correctie.

Hoe anders is dat in autoritaire systemen. Vrije kritiek op beleid is daar geen vanzelfsprekendheid en er is geen enkele garantie dat het bestuur ook daadwerkelijk tot een beleidswijziging overgaat. Zo'n systeem berooft zichzelf, in ruil voor vermeende efficiëntie of gewoon uit machtswellust, van de belangrijkste bron van vooruitgang. Gezaghebbers in zo'n systeem maken in hun beleid fouten die voorkomen hadden kunnen worden middels kritiek voorafgaand aan de doorvoering.⁷⁸⁰ En ze volharden in fouten, ook nadat deze in de praktijk allang zichtbaar zijn geworden, omdat kritiek op de effecten achteraf niet toegestaan is.⁷⁸¹ De 'voortdurende zoektocht naar, en het toegeven van fouten' is het minst aanwezig in autoritaire systemen.⁷⁸²

Dit beeld vindt steun in de ideeën van een aantal rechtsgeleerden en rechtsfilosofen. Hun opvattingen brengen ieder een bepaald aspect van democratie

⁷⁷⁹ Voor deze formulering ben ik dank verschuldigd aan Sebastien Valkenburg.

⁷⁸⁰ Magee 1974, p. 76.

⁷⁸¹ Magee 1974, p. 76.

⁷⁸² Magee 1974, p. 77.

als zelfcorrectie in beeld. Dat is allereerst wat de Duitse jurist en rechtsfilosoof Günter Frankenberg (geb. 1945) schrijft over de ‘lerende soeverein’. Voor Frankenberg is de soeverein niet alleen, zoals in de traditionele uitleg, degene die ‘het laatste woord heeft’, maar ‘degene die leert terwijl hij het laatste woord uitspreekt’.⁷⁸³ Dit *lerende* aspect is wat een soeverein tot een democratische soeverein maakt. En een democratische soeverein moet daarom mechanismen ontwerpen die ervoor zorgen dat zijn horizon altijd open blijft voor nieuwe informatie. Oftewel, in termen van democratie als zelfcorrectie, het ‘raamwerk’ overeind houden, zodat zelfcorrectie kan plaatsvinden. In de woorden van Frankenberg:

‘The sovereign is like a learning god going to elementary school – constantly dependent on new information, forced to take necessary precautions so that the horizon remains open for new information. Thus learning has a self-critical and at the same time normative meaning, which radically separates the democratic from the pre-democratic or anti-democratic sovereign.’⁷⁸⁴

Een verwante opvatting vinden we bij Samuel Issacharoff (geb. 1954), hoogleraar Constitutioneel recht aan de New York University. Een regering mag nooit, ook niet met steun van een parlementaire meerderheid, een besluit nemen over de ‘structuur van het politieke proces’ dat niet door toekomstige meerderheden is terug te draaien.⁷⁸⁵ Zijn opvatting heeft daarmee iets weg van Van den Berghs theorie: in de kern gaat het om het bewaken van *herroepelijkheid*: slechts besluiten die een volgende meerderheid kan herroepen zijn toegestaan (en dat zijn natuurlijk *bijna* alle besluiten). Op basis van deze redenering is dus bijvoorbeeld het afschaffen van verkiezingen niet toegestaan: dat is langs democratische weg immers niet ongedaan te maken. Issacharoff geeft de Refah-zaak als voorbeeld:

‘(...), a decision to expand the role of religion in the public sphere (as with support to church schools) remains within the realm of a reversible political decision, while a removal of nonbelievers from the political process does not. In this sense, the strongest justification for the holding of the *Refah*

⁷⁸³ Günter Frankenberg, ‘The Learning Sovereign’, p. 114-132 (115), in: Sajó 2004.

⁷⁸⁴ Frankenberg 2004, p. 115. Hoewel de weg openligt, werkt Frankenberg dit niet uit als een rechtvaardiging voor optreden tegen partijen die de ‘horizon’ willen verkleinen of zelfs permanent willen verduisteren; voor zijn opvatting over weerbare democratie, zie p. 131-132

⁷⁸⁵ Issacharoff 2007, p. 1465.

Partisi case turned on the party's efforts to restore a version of the Ottoman millet system, in which each religious community would minister to its own affairs while the dominant Sunni majority alone would attend to the affairs of state. Making political power unaccountable to large segments of the population is just the sort of impediment to reversibility that threatens ongoing democratic governance.'⁷⁸⁶

Een ander belangrijk element van democratie als zelfcorrectie is de nadruk op de *tijdelijkheid* van besluiten. Polemiserend tegen de relativistische democratieopvatting van Hans Kelsen vraagt de Oostenrijkse rechtsgeleerde en rechter Rudolf Thienel (geb. 1960) aandacht voor het tijdelijke karakter van besluiten en de meerderheden die deze besluiten steunen.⁷⁸⁷ Bij Thienel vinden we een krachtige formulering van dat principe, dat ook aan democratie als zelfcorrectie ten grondslag ligt:

'Democratic participation enables the citizen to participate in the creation of those rules which bind him – without, of course, underestimating the many fictions involved in this concept. But if we accept this idea, it is completely unconvincing, that an accidental majority, which is the result of a special historical and political situation, should be able to erase the basis for democratic participation not only for itself, but also for future generations and for future majorities.'⁷⁸⁸

De lerende soeverein, de herroepelijkheid van besluiten en de tijdelijkheid van meerderheden, ze benadrukken alle een deel van wat democratie als zelfcorrectie is. Democratie als zelfcorrectie ziet democratie als een stelsel dat, meer dan enig ander stelsel, de waarborgen biedt die ervoor zorgen dat onjuiste beslissingen worden teruggedraaid (herroepelijkheid), dat voortschrijdend inzicht wordt geïncorporeerd (leren), in het besef dat geen besluit definitief zou moeten zijn (tijdelijkheid). Democratie als zelfcorrectie bouwt voort op de inzichten van Van den Bergh en Popper en vindt steun in wat bij andere rechtsgeleerden en rechtsfilosofen op de achtergrond aanwezig is. Wat *democratische* soevereiniteit kenmerkt, om met

⁷⁸⁶ Issacharoff 2007, p. 1465. Zie voor een vergelijkbare redenering over 'disenfranchisement': Kirshner 2014, p. 50, en voor een meer Nederlands voorbeeld: Buijs & Fennema 2012, p. 143: 'Men mag in een democratische samenleving voorstellen om het Fries op de scholen in Friesland als verplicht vak af te schaffen, maar men mag niet voorstellen deze Friezen hun stemrecht te ontnemen.'

⁷⁸⁷ Thienel 2008, p. 64.

⁷⁸⁸ Thienel 2008, p. 64.

Frankenberg te spreken, is de bereidheid en de voortdurende mogelijkheid te leren van fouten. Daarin is democratie uniek. En dat maakt haar het verdedigen waard.

Zelfcorrectie als unieke eigenschap

Laten we die stelling eens nader onderzoeken. Is zelfcorrectie echt een unieke eigenschap van democratie?

Ten eerste zou je kunnen zeggen: waarin verschilt dit nu van het bestuur door een verlicht despoot – die kan toch ook zelfcorrectie toepassen? Dat is toch hetzelfde? Ik denk het niet. Allereerst moet je natuurlijk opmerken dat het aspect van zelfcorrectie door het *volk* bij een verlicht despoot afwezig is. Het volk corrigeert niet zijn eigen fouten, maar moet hopen dat de verlicht despoot zich door voortschrijdend inzicht laat sturen. Maar dan kun je nog steeds aanvoeren *ook* bij het bestuurd worden door despotische zelfcorrectie blijft het aspect van ‘terugkomen op besluiten’ intact. Het is alleen niet het volk dat terugkomt op een besluit, maar de verlichte despoot. Het antwoord hierop ligt besloten in het woord ‘hopen’: bij een verlicht despoot, moet je en kun je alleen maar *hopen* dat hij tot nieuwe inzichten komt.⁷⁸⁹ De democratie biedt daarentegen als geen ander stelsel – en is daarin dus uniek – de waarborgen om ervoor te zorgen dat onjuiste beslissingen ook daadwerkelijk teruggedraaid worden. Zoals we al zagen kunnen in een democratie de meest uiteenlopende inzichten worden geformuleerd, door alle burgers – een onvoorstelbaar groot arsenaal aan bronnen.

Maar dan nog: het *zou* kunnen dat een verlicht despoot een ingenieus adviesmechanisme heeft laten optuigen, met adviseurs uit alle uithoeken van zijn land, dat ervoor zorgt dat hij continu op de hoogte is van nieuwe, en mogelijk betere, inzichten. Ja, ook dat zou kunnen. Maar uiteindelijk is er, ook in zo’n systeem, a) niemand die beoordeelt of de verlichte despoot deze inzichten daadwerkelijk in voldoende mate benut, en b) geen mogelijkheid om, als dat niet gebeurt, iemand aan te stellen die ontvankelijker is voor nieuwe inzichten. Oftewel: er is geen enkele garantie. Terwijl democratie, met haar periodieke verkiezingen, nu juist wel die harde waarborg biedt.⁷⁹⁰

⁷⁸⁹ Zo ook Frankenberg ten aanzien van de ‘lerende soeverein’: Frankenberg 2004, p. 115.

⁷⁹⁰ Je zou deze kritiek ook nog ‘empirisch’ kunnen weerleggen

Twee tegenwerpingen

Er zijn twee voor de hand liggende tegenwerpingen. Allereerst: presenteert democratie als zelfcorrectie niet een te rooskleurig beeld van de praktijk van de democratie? Ten tweede: heeft democratie als zelfcorrectie, met haar nadruk op voortschrijdend inzicht en in de analogie met de wetenschappelijke gemeenschap, niet een technocratische tendens? Met andere woorden: leveren we democratie zo niet uit aan experts?

Ten aanzien van de eerste tegenwerping: de voortdurende zelfcorrectie, het incorporeren van voortschrijdend inzicht, zal altijd slechts in meer of mindere mate worden gerealiseerd. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het beeld te rooskleurig is. Het enige wat democratie als zelfcorrectie stelt, is dat door geregelde wisselingen van regeringen en de mogelijkheid om kritiek te uiten de voorwaarden voor maatschappelijke vooruitgang als in geen ander stelsel aanwezig zijn. Democratie als zelfcorrectie ziet iedere burger als potentiële bron van ideeën *en* accepteert diversiteit van meningen niet alleen, maar moedigt die ook aan, zoals we zagen in de Popper-interpretatie van Bhikhu Parekh.

Desalniettemin zal niemand ontkennen dat de incorporatie van nieuwe inzichten soms lang en zelfs hemeltergend lang op zich kan laten wachten. Maar de praktijk laat zien dat in een niet gering aantal gevallen het ideaal wordt benaderd. In Nederland gaat het bijvoorbeeld alleen al om recente zaken als het persoonsgebonden budget,⁷⁹¹ elektronische enkelbanden voor gedetineerden,⁷⁹² orgaandonatie⁷⁹³ en pensioenplannen.⁷⁹⁴ Steeds werd er binnen en buiten het parlement felle kritiek geuit op de plannen waardoor ze werden verworpen of bijgesteld, soms al in een vroeg stadium. Daarmee is niet gezegd dat de perfecte oplossingen gevonden zijn, maar het proces van verbetering is onmiskenbaar in gang gezet. In dit beeld past ook de steeds vaker gebruikte internetconsultatie bij wetten die bijzonder ingrijpende wijzigingen betekenen.⁷⁹⁵ Het is een vorm van institutionalisering van kritiek. Popper geeft het (controversiële) voorbeeld van de Vietnamoorlog. Is het denkbaar dat in een ander systeem dan democratie er eerst

⁷⁹¹ 'Vijf vragen over het PGB-debat', *Dagblad van het Noorden* (online), 4 juni 2015.

⁷⁹² Annemarie Kas, 'Senaat verwerpt enkelband van Teeven na 'genadeloze' kritiek', *NRC Handelsblad*, 24 september 2014.

⁷⁹³ 'D66 geeft nabestaande grotere rol in orgaanwet', *De Volkskrant* (online), 8 januari 2014.

⁷⁹⁴ 'Klijnsma loodst pensioenwet door Eerste Kamer', *De Volkskrant* (online), 17 december 2014.

⁷⁹⁵ Zie 'Nr. 9a (Internetconsultatie)', in het draaiboek voor de regelgeving van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, beschikbaar via: <<https://www.kcwj.nl/kennisbank/draaiboek-voor-de-regelgeving/hoofdstuk-2-formele-wetten-op-voorstel-van-de-regering-n-19>>.

ruim baan wordt gegeven aan de scherpste kritiek, in de grootste kranten en op de belangrijkste televisiestations, en dat vervolgens, naar aanleiding daarvan, de regering haar beleid wijzigt met terugtrekking van de troepen als nieuw na te streven doel?⁷⁹⁶ En als de wijzigingen niet voldoende tegemoet komen aan de kritiek of wanneer de praktijk de plannen uiteindelijk logenstraft, bestaat er in een democratie altijd de mogelijkheid een niet-responsieve regering te vervangen door personen die de noodzakelijke wijzigingen wel doorvoeren.

Dan de vermeende technocratische tendens. Dit is een bezwaar dat, in het algemeen, ook tegen Poppers politieke filosofie wordt ingebracht.⁷⁹⁷ Een dergelijke kritiek is waarschijnlijk gebaseerd op een ernstige misinterpretatie van *De open samenleving*. Ja, Popper schrijft inderdaad over de analogie tussen democratie en wetenschap, een beeld waarvan ook democratie als zelfcorrectie gebruikmaakt. Maar, zoals politiek filosoof Alan Ryan schrijft, het is onzinnig om daaruit af te leiden dat Popper een bestuur door een ‘wetenschappelijke elite’ zou voorstaan:

‘Because he believed adamantly in the logical distinctness of facts and values, he had no doubt that the role of experts, such as it was, was to tell us how to achieve what we had a mind to; it was up to us to decide what it was we wanted to achieve. Anything more was the kind of concession to the pretensions of philosopher-kings that he would not tolerate.’⁷⁹⁸

En inderdaad, want als Popper iets doet in *De open samenleving* is het wel zich verzetten tegen de filosofie van Plato, misschien wel de eerste technocraat.

Iets vergelijkbaars geldt voor democratie als zelfcorrectie: het zijn de burgers die de prioriteiten en richting van het beleid bepalen; onderbouwing door, en kritiek van, experts wordt daarbij verwelkomd, maar is niet doorslaggevend. Democratie als zelfcorrectie betekent immers dat het volk *zichzelf* bestuurt door middel van zelfcorrectie. Het houdt daarmee een sterke legitimatieclaim. In de definitie van democratie die Popper prefereerde, ‘voorkoming van tirannie’, wordt

⁷⁹⁶Herbert Marcuse & Karl Popper, *Sociale hervorming of sociale revolutie? Een confrontatie (Revolution oder Reform? Herbert Marcuse und Karl Popper. Eine Konfrontation*, 1971), Baarn: Het Wereldvenster 1971, p. 23; in Engelse vertaling als ‘Karl Popper, ‘On Reason and the Open Society’” opgenomen in: Shearmur & Turner 2008.

⁷⁹⁷ Ryan 2013, p. xviii-xix.

⁷⁹⁸ Ryan 2013, p. xix.

die band tussen democratie en legitimatie overigens wél expliciet doorgesneden, waarmee hij de (onterechte) verdenking van technocratie deels zelf op zich laadt.⁷⁹⁹

Natuurlijk kunnen experts, simpelweg vanwege hun specialistische kennis, grote invloed uitoefenen, maar uiteindelijk worden ze onder controle gehouden door het basisprincipe van de democratie: ‘één persoon, één stem’. Het zal geen toeval zijn dat experts vooral buitensporig veel invloed kunnen uitoefenen waar dit principe niet ten volle is gerealiseerd – ik denk aan een aantal supranationale organen. Democratie als zelfcorrectie staat voor niets minder dan *zelfbestuur* door middel van zelfcorrectie. Tegen democratie als zelfcorrectie kan het technocratische bezwaar daarom moeilijk standhouden.

Het verschil met de materiële democratieopvatting

We hebben eerder drie democratieopvattingen onderscheiden. Een *formele democratie* zoekt het wezen van de democratie in (de neutrale) meerderheidsbesluitvorming en kent geen rechtvaardiging voor een verbod op antidemocratische partijen – alle ideeën zijn gelijk. Bij *democratie als zelfcorrectie* wordt de democratie gekenmerkt door zelfcorrectie. Een verbod is toegestaan wanneer het zelfcorrigerende vermogen van de democratie bedreigd wordt. Een *materiële democratie* zoekt de definitie van democratie in meerderheidsbeslissingen plus een aantal grondrechten (beginselen) – een verbod is in die opvatting mogelijk wanneer een partij zich tegen bepaalde grondrechten keert.

Als het op de weerbare democratie aankomt, kan dus zowel democratie als zelfcorrectie als de materiële democratie als grondslag dienen. Ik denk dat democratie als zelfcorrectie de beste papieren heeft. Ten eerste biedt het een politiek-filosofische rechtvaardiging voor de verdediging van de democratie die in de formele democratieopvatting ontbreekt. Uiteraard biedt de materiële democratieopvatting die ook, maar daaraan zijn twee belangrijke nadelen verbonden. Allereerst kun je je afvragen of we bij de materiële democratie nog wel van democratie moeten spreken, nu dit begrip ‘geladen’ wordt met allerlei – op zichzelf loffelijke – waarden, die niettemin weinig met de betekenis van democratie

⁷⁹⁹ Zie daarover ook kritisch: T.E. Burke, *The Philosophy of Karl Popper*, Manchester: Manchester University Press 1983, p. 178: als we ons een systeem voorstellen waarin een groep met erfelijke rechten alle macht heeft – zeg: een *House of Lords*, zonder *House of Commons* –, maar dat zij onderling *wel* een procedure hanteren waarbij ze *onderling* een concrete regering kunnen wegstemmen en vervangen, dan zou dit systeem onder Poppers definitie van democratie vallen terwijl het (bijna) niets weg heeft van het begrip democratie zoals we dat gewoonlijk plegen te begrijpen en gebruiken.

te maken hebben: zelfbestuur door het volk. Drijven we daarom met de materiële democratieopvatting niet te ver af van de ‘oorspronkelijke’ betekenis?⁸⁰⁰ Oftewel: is er nog wel sprake van zelfbestuur door het volk?

Gesteld dat we ook in deze definitie nog steeds spreken van zelfbestuur door het volk, dan rijst een andere vraag, en tevens het tweede nadeel: laat de materiële democratie niet te weinig ruimte aan het democratische debat? Zou je partijen, ook partijen waarmee je het heel erg oneens bent, niet moeten overtuigen in het debat in plaats van ze te verbieden? Het lijkt me juist dat een democratie zo veel mogelijk dit ideaal moet nastreven, indien ze het predicaat democratie wil dragen. De ruime verbodsgrond maakt dat voor een materiële democratie echter twijfelachtig. Democratie als zelfcorrectie doet het hier beter door dicht aan te sluiten bij de formele democratie, met een smalle verbodsgrond voor antidemocratische partijen.⁸⁰¹ Democratie als zelfcorrectie heeft daarmee bovendien de beste garantie tegen misbruik: waar een verbodsgrond te breed is, ontstaat het risico op een te ruime interpretatie (in het beste geval) en machtsmisbruik (in het slechtste geval).

Zelfcorrectie als verbodsgrond

De rechtvaardiging voor optreden is dus gelegen in de aantasting van het zelfcorrigerende vermogen van de democratie. Slechts wanneer partijen dit dreigen aan te tasten, spreken we van een antidemocratische partij en is een verbod een mogelijkheid. Een democratie handelt daarmee niet ondemocratisch of inconsistent: haar wezen is immers gelegen in de permanente herroepelijkheid van besluiten. Het eerder besproken gedachte-experiment kan dit illustreren. Wanneer we ons proberen alle mogelijke besluiten in een democratie voor te stellen, valt één besluit direct op: het niet-herroepelijke besluit om de democratie af te schaffen. Daarmee gaat het raamwerk verloren dat die besluitvorming überhaupt mogelijk

⁸⁰⁰ Zie daarover ook: Allan 2014, p. ix-xi.

⁸⁰¹ Je zou het, vertaald in de termen van Mark Chou (Chou 2013, p. 64-65, 74-75 en 78), ook als volgt kunnen formuleren: democratie als zelfcorrectie probeert een stabiele positie te vinden tussen enerzijds ‘te veel democratie’ (geen restricties op ‘ideeën en perspectieven’: de formele democratie, *in extremis*) en anderzijds ‘te weinig democratie’ (zeer vergaande restricties, vaak in reactie op ‘te veel democratie’: de materiële democratie, *in extremis*). Chou stelt dat een democratie altijd heen en weer zal slingeren tussen deze twee polen, en dat deze slingerbeweging, deze ‘dynamiek’, er, in sommige gevallen, toe kan leiden dat een democratie democratische zelfmoord pleegt (‘democide’ – een wat flauwe en taalkundig onjuiste woordspeling), hetzij langs de weg van ‘te veel democratie’, hetzij langs de weg van ‘te weinig democratie’. Democratie als zelfcorrectie probeert die dynamiek tot stilstand te brengen, door een stabiel punt te kiezen: waarbij net genoeg ‘materiele democratie’ wordt ‘geïnjecteerd’ zodat de democratie niet ten onder zal gaan aan ‘te veel democratie’, maar dit zonder de democratie te zeer te beperken (en daarmee ten prooi te vallen aan ‘te weinig democratie’). Overigens lijkt Chou geen voorstander te zijn van een weerbare democratie, althans hij associeert de weerbare democratie wat (te) vanzelfsprekend met de pool ‘te weinig democratie’, zie Chou 2013, p. 12, 53, 68, 72.

maakt. Daarin ligt de rechtvaardiging voor optreden tegen antidemocraten. Maar dan zijn we er nog niet.

Uit deze rechtvaardiging moet een concrete verbodsgrond voortvloeien. Deze zal ongetwijfeld smaller zijn dan een verbodsgrond die zich op bepaalde onaantastbare beginselen oriënteert, zoals in de materiële democratieopvatting. Toch behoeft de blote rechtvaardiging nog wel uitwerking voordat deze als verbodsgrond dienst kan doen. Er zijn immers meer besluiten denkbaar die zelfcorrectie onmogelijk maken dan louter het formele besluit om de democratie af te schaffen. Zelfs Hitlers machtigingswet luidde niet ‘met deze wet schaffen we de democratie af’, die afschaffing was een consequentie van de wijzigingen die de wet aanbracht in het democratische bestel. We moeten dus denken aan wijzigingen die het zelfcorrigerende vermogen van de democratie, en de herroepelijkheid van besluiten, ernstig in gevaar brengen. Schaf je de democratie af wanneer je de vrijheid van meningsuiting afschaft? Is een democratie aan haar eind gekomen wanneer je andere partijen uitsluit van deelname aan verkiezingen? Kortom: een verbodsgrond zou de noodzakelijke voorwaarden voor zelfcorrectie moeten omvatten. Een verbodsgrond die alleen het letterlijke besluit om de democratie af te schaffen omvat, zou een wassen neus zijn. De vraag is daarom: *wanneer* kun je zeggen dat een besluit leidt tot afschaffing van de democratie? In termen van democratie als zelfcorrectie betekent dat: wanneer tast je het zelfcorrigerende vermogen van de democratie aan? En welke partijdoelen zijn daarmee dus ongeoorloofd en rechtvaardigen een verbod?

Wat geldt als aantasting van het zelfcorrigerende vermogen?

Hoe werken we de rechtvaardiging uit tot een concrete verbodsgrond? Van den Bergh ontwikkelt daar in zijn oratie geen heldere criteria voor.

Wil een begin van zelfbestuur verzekerd zijn, dan lijkt minimaal noodzakelijk: de waarborging van passief en actief kiesrecht in combinatie met periodieke, vrije en geheime verkiezingen. Betrokken op de Nederlandse Grondwet gaat het dan om artikel 4 (kiesrecht) en artikel 50, 52 en 53 (verkiezingen). Partijen die zich ten doel stellen deze bepalingen af te schaffen of fundamenteel te wijzigen, komen in aanmerking voor een verbod. Met ‘fundamenteel wijzigen’ wordt dan uiteraard niet bedoeld het wijzigen van de zittingsduur van de Tweede Kamer van vier in vijf of drie jaar. Maar wel de verandering van de zittingsduur in twintig jaar.

Harde regels zijn hier niet te geven – staatsrecht en politieke filosofie zijn geen exacte wetenschappen. De rechter zal hier uiteindelijk moeten interpreteren. Duidelijk is echter dat, bij verkiezingen om de twintig jaar, effectief zelfbestuur een fictie is.

Kiesrecht plus verkiezingen: als die artikelen worden weggesneden uit de Nederlandse Grondwet zou Nederland geen democratie meer zijn. Vanuit democratie als zelfcorrectie bezien zouden we kiesrecht en verkiezingen *het beginsel van evaluatie* kunnen noemen. Kiesrecht en periodieke verkiezingen vormen in Poppers wetenschappelijke democratie-ideaal de uiteindelijke sanctie voor bewindspersonen die niet voldoende sensitief zijn voor kritiek: ze worden vervangen. Er is immers altijd het risico dat ze zich te veel identificeren met hun oplossingen en ongevoelig worden voor kritiek.

De genoemde artikelen maken het mogelijk dat op gezette tijden nieuwe ideeën leidend kunnen worden. In de praktijk zal dat inderdaad vaak een wisseling van personen betekenen – maar dat is niet de kern. Het gaat erom dat er een geïnstitutionaliseerd moment is waarop datgene wat niet werkt verworpen kan worden en nieuwe ideeën omarmd kunnen worden. In de ideale situatie zijn een regering en een parlement natuurlijk voortdurend bezig met zelfcorrectie, maar het unieke aan de democratie is nu juist dat het een harde waarborg voor die zelfcorrectie biedt: het stemmen bij verkiezingen. Dan worden ideeën (en hun dragers) geëvalueerd.

Het beginsel van evaluatie spreekt voor zich; interessanter zijn daarom de ‘randgevallen’: zijn er ook nog andere beginselen noodzakelijk om het zelfcorrigerende vermogen van de democratie te waarborgen? Hoe kunnen we de politiek-filosofische rechtvaardiging, ‘democratie als zelfcorrectie’, verder concretiseren? En dan vooral: hoe wordt de rechtvaardiging voor ingrijpen een juridisch hanteerbare norm? Een antwoord op die vraag vinden we niet in politiek-filosofische verhandelingen over democratie. Daarom is het verstandig ons oor te luisteren te leggen bij twee hoge rechterlijke instanties. Hoe geven het Bundesverfassungsgericht en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg het begrip ‘democratie’ juridisch handen en voeten? Met behulp van hun interpretaties kunnen we de grenzen van het zelfcorrigerende vermogen verkennen. Daarmee komen de grenzen van democratische tolerantie in beeld.

Een rechterlijke instantie die zich nadrukkelijk heeft moeten buigen over de betekenis van democratie is het Bundesverfassungsgericht (BVerfG), de hoogste Duitse rechterlijke instantie. In het tweede lid van artikel 21 van de Duitse Grondwet, de Grundgesetz, is een expliciete verbodsgrond voor politieke partijen opgenomen:

‘Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht.’

In 1952 werd op basis van deze bepaling de Socialistische Reichspartei Deutschland (SRP) – in feite een opvolger van de NSDAP – verboden.⁸⁰² Het eerste partijverbod in de prille naoorlogse Duitse democratie was daarmee een feit.

Twee begrippen zijn in dit kader van belang: *Verfassungswidrigkeit* en *Verfassungsfeindlichkeit*. De Bondsdag, Bondsraad en Bondsregering kunnen bij het BVerfG een verzoek indienen om een partij *verfassungswidrig* (ongrondwettelijk) te laten verklaren – het BVerfG is daartoe bij uitsluiting bevoegd.⁸⁰³ Een politieke partij die verfassungswidrig is verklaard, is daarmee direct verboden.⁸⁰⁴

Verfassungsfeindlich (grondwetsvijandig) daarentegen, is een lichtere kwalificatie. Het is geen juridisch oordeel en er komt ook geen rechterlijke instantie aan te pas. Het Ministerie van Binnenlandse Zaken en de afzonderlijke deelstaten maken elk jaar een *Verfassungsschutzbericht* op waarin ze de activiteiten van, en het toezicht op, organisaties bespreken die verfassungsfeindlich worden geacht.⁸⁰⁵ Zo komen in het Verfassungsschutzbericht over het jaar 2013 de rechtsextremisten van de Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD), de linksextremisten van de Deutsche Kommunistische Partei (DKP), maar bijvoorbeeld ook de islamitische extremisten van Hizb-ut-Tahrir voor.⁸⁰⁶ Hoewel de kwalificatie dus geen verbod betekent, leidt het gemak waarmee een partij of groepering het predicaat

⁸⁰² Bundesverfassungsgericht 23 oktober 1952, E 2, 1 (SRP-Verbot), zie daarover: Elzinga 1982, p. 141.

⁸⁰³ Nieuwenhuis 2003, p. 201, en Bellekom 1982, p. 131.

⁸⁰⁴ Zie Elzinga 1982, p. 140-141.

⁸⁰⁵ Bellekom 1982, p. 144, noot 60.

⁸⁰⁶ Zie *Verfassungsschutzbericht* 2013, Berlin: Bundesministerium des Innern, p. 91 (NPD), 173 (KPD) en 239 (HuT).

‘verfassungsfeindlich’ kan krijgen wel tot kritiek. Het kan er immers voor zorgen dat – op zichzelf legitieme meningen – niet meer geuit worden uit vrees voor plaatsing op ‘de lijst’. Het Verfassungsschutzbericht heeft dan een ‘chilling effect’ en vernauwt het debat.⁸⁰⁷ Tegen de kwalificatie is dan ook wel (succesvol) geprocedeerd.⁸⁰⁸ Het BVerfG heeft in die procedure laten zien gevoelig te zijn voor de risico’s van het ‘chilling effect’.⁸⁰⁹

Terug naar de verfassungswidrigkeit; het eigenlijke partijverbod. Wanneer het gaat om verfassungswidrigkeit bevestigde het BVerfG dat ook tegen geweldloze partijen kan worden opgetreden. Dat kan echter alleen wanneer de partij zich verzet tegen de ‘meest fundamentele uitgangspunten van de liberale rechtsstaat’.⁸¹⁰ Voor ons doel is het interessant om te kijken welke elementen het BVerfG in haar uitspraak onder deze zogenaamde ‘freiheitliche demokratische Grundordnung’ schaaft. Dat zijn:

- respect voor de mensenrechten, in het bijzonder het recht op leven en ontplooiing;
- volkssoevereiniteit;
- machtscheiding;
- de verantwoordingsplicht van de regering;
- wetmatigheid van het bestuur;
- onafhankelijkheid van de rechterlijke macht;
- het meerpartijenprincipe;
- recht op het voeren van oppositie.⁸¹¹

⁸⁰⁷ Martin Oppenheimer, ‘Social Control Mechanisms in A Modern Welfare State: The Case of The Federal Republic of Germany’, *Critical Sociology* 1977, vol 7 nr. 1, p. 65-68 (65). Dit effect wordt ook verondersteld als het gaat om de loyaliteitseisen aan (en bijbehorende screening van) ambtenaren, zie G. Brinkmann, ‘Militant Democracy and Radicals in the West German Civil Service’, *The Modern Law Review* 1983, vol. 46, p. 584-600 (600).

⁸⁰⁸ In 2005 vocht het rechtse blad *Junge Freiheit* succesvol de vermelding in het *Verfassungsschutzbericht* van Nordrhein-Westfalen aan, zie: “‘Junge Freiheit’ vor Bundesverfassungsgericht erfolgreich”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 juni 2005.

⁸⁰⁹ Zie “‘Junge Freiheit’ vor Bundesverfassungsgericht erfolgreich”: ‘Durch die Erwähnung im Verfassungsschutzbericht würden die Wirkungsmöglichkeiten der 1986 gegründeten “Junge Freiheit” nachteilig beeinflusst, betonten die Bundesverfassungsrichter. Potentielle Leser könnten davon abgehalten werden, die Zeitung zu erwerben. Es sei auch “nicht unwahrscheinlich”, daß Inserenten, Journalisten oder Leserbriefschreiber deshalb die Zeitung boykottieren.’

⁸¹⁰ Nieuwenhuis 2003, p. 202; zie ook Bellekom 1982, p. 130-131.

⁸¹¹ Zie *BVerfG SRP-Verbot*, 23 oktober 1952, E 2, 1. Dit overzicht is ontleend aan Nieuwenhuis 2003, p. 202, Elzinga 1982, p. 140, David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago: University of Chicago Press 1994, p. 216, en Papier & Durner 2003, p. 356. Voor een Engelstalige vertaling van de relevante passage, zie: Pfersmann 2004, p. 52-53, noot 15.

Zowel de SRP als de vier jaar later verboden Kommunistische Partei Deutschland (KPD) gaven blijk van een streven om deze beginselen aan te tasten. In het geval van de SRP bleek bij een nadere studie van onder meer het partijprogramma en de partijactiviteiten dat het doel van de partij het vestigen van een dictatuur was.⁸¹² Bovendien was de partij georganiseerd ‘langs dictatoriale lijnen’ en bleek het hebben van een nazi-verleden een sterke aanbeveling voor een hoge positie binnen de partij.⁸¹³ Daarmee kwamen toch minstens het respect voor mensenrechten, de volkssoevereiniteit, de machtscheiding, de verantwoordingsplicht van de regering, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en het meerpartijen- en oppositieprincipe in gevaar. Dat is op bijna alle punten raak. Ook de KPD werd vanwege haar ‘grondhouding’ verboden: het willen vestigen van een ‘proletarische dictatuur’.⁸¹⁴ Daarbij werd nog eens expliciet overwogen dat in het Duitse systeem louter de doelstelling van een partij al voldoende is voor een verbod:

‘Es reicht wenn die Partei ganz allgemein auf die Bekämpfung der freiheitliche demokratischen Grundordnung gerichtet ist.’⁸¹⁵

Dat moet dan wel worden gekoppeld aan een daadwerkelijk strijd bare opstelling tegen de democratie – de enkele contemplatie van alternatieve staatsvormen is niet voldoende.⁸¹⁶ De weerbare democratie is hiermee dus een vooruitgeschoven post in de verdediging van de staat en daarom scherp te onderscheiden van de bescherming van de openbare orde – die pas in een later stadium in het geding komt, en waar tegen opgetreden kan worden middels de uitzonderingstoestand.⁸¹⁷

Voor het BVerfG is de ‘freiheitliche demokratische Grundordnung’ beperkter dan de constitutionele orde.⁸¹⁸ Toch is het lijstje met fundamentele beginselen al vrij uitgebreid. Het is zeker niet zo dat *alleen* de democratie wordt

⁸¹² Nieuwenhuis 2003, p. 202.

⁸¹³ Currie 1994, p. 216.

⁸¹⁴ Nieuwenhuis 2003, p. 202. Zie: Bundesverfassungsgericht 17 augustus 1956, E 5, 85 (KPD-Verbot). In 2003 wees het Bundesverfassungsgericht echter een verbod op de extreemrechtse NPD af, met als voornaamste reden dat er (te veel) infiltranten participeerden in de partij om scherp te kunnen vaststellen wat de *eigen* koers van de partij is (of zou zijn). Dat was wrang en ironisch tegelijkertijd voor de Duitse overheid: de infiltranten hadden de partij nu juist geïnfilteerd om bewijs te verzamelen voor de op handen zijnde procedure. Zie voor dit alles: Claudia E. Haupt, ‘The Scope of Democratic Public Discourse: Defending Democracy, Tolerating Intolerance, and the Problem of Neo-Nazi Demonstrations in Germany’, *Florida Journal of International Law* 2008, vol. 20 nr. 2, p. 169-217 (175-181) en Rensmann 2003, die meent dat de NPD-uitspraak de drempel voor het verbieden van politieke partijen in Duitsland aanzienlijk hoger heeft gelegd (zie p. 1134).

⁸¹⁵ Geciteerd in Elzinga 1982, p. 140, zie daarover uitgebreid: Tyulkina 2015, p. 76.

⁸¹⁶ Zie Bovend'Eert & Burkens 2012, p. 91.

⁸¹⁷ Zie Papier & Durner 2003, p. 357.

⁸¹⁸ Nieuwenhuis 2003, p. 202.

beschermd. Het begrip ‘freiheitliche demokratische Grundordnung’ verraaft dat al: het gaat om een ‘liberale democratische grondordening’. Misschien wordt daarmee niet de hele constitutionele orde in beton gegoten; toch worden substantiële delen van de ‘rechtsstaat’ vastgelegd. Oftewel: het meerderheidsbeginsel plus een aantal fundamentele waarden. Voor de bescherming van het zelfcorrigerende vermogen van de democratie is dat niet noodzakelijk. Ook moet worden bedacht dat deze (meer uitgebreide) verbodsgrond reeds het resultaat is van de rechterlijke interpretatie van een te *vage* verbodsgrond; het enige handvat dat de rechter wordt geboden in de Grundgesetz (art. 21II) is immers de ‘freiheitliche demokratische Grundordnung’.

Maar welke elementen zouden we uit deze interpretatie dan wel moeten overnemen? Kandidaten zijn: de ‘machtenscheiding’, de ‘verantwoordingsplicht van de regering’, het ‘meerpartijenprincipe’ en het ‘recht op het voeren van oppositie’. ‘Respect voor mensenrechten’, een ‘onafhankelijke rechterlijke macht’ en de ‘wetmatigheid van het bestuur’ zijn belangrijke waarden, maar eerder rechtstatelijke dan democratische in eigenlijke zin. Anders gezegd: een democratische rechtsstaat omvat ook die waarden, maar voor het zelfcorrectiemechanisme zijn ze geen noodzakelijke voorwaarde. De overgebleven ‘volkssoevereiniteit’ kunnen we ook passeren. Dit element wordt geïmpliceerd door ‘democratie als zelfcorrectie’, wat immers betekent: zelfbestuur door het volk, middels zelfcorrectie. Het zou naar een cirkelredenering neigen wanneer op de vraag ‘wanneer wordt het zelfcorrigerende mechanisme aangetast?’, zou worden geantwoord: als de volkssoevereiniteit wordt aangetast.

Machtenscheiding levert een interessanter bestanddeel op. De traditionele trias-gedachte beoogt uitvoerende, wetgevende en rechterlijke macht uit elkaar te houden. Voor ons is vooral belangrijk: dreigen de andere machten de wetgevende macht te overvleugelen? Dan springt onmiddellijk de verhouding tussen wetgever en rechter in het oog – de gevleugelde uitspraak luidt immers: de rechter moet ‘niet op de stoel van de wetgever gaan zitten’. Een instrument als rechterlijke toetsing van wetgeving draagt dat gevaar in zich.⁸¹⁹ Dat is een legitiem probleem en relevant voor het zelfcorrectiemechanisme. Als gekozen volksvertegenwoordigers op regelmatige basis worden overruled door ongekozen rechters wordt het volk ernstig gehinderd in zijn zelfbestuur door middel van zelfcorrectie. Dit wringt des te meer wanneer rechters uitspraken doen op basis van een niet, of praktisch niet, te

⁸¹⁹ Zie bijvoorbeeld de bezwaren bij: Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press 1999.

wijzigen grondwet.⁸²⁰ Dan heeft de rechter het laatste woord en niet de wetgever. Omdat de rechter niet wordt gekozen, is zelfcorrectie in zo'n systeem onmogelijk. Uiteindelijk wordt de soep niet zo heet gegeten. De wetgever kan, zij het in sommige gevallen zeer moeizaam, het laatste woord uitspreken door de grondwet te wijzigen.⁸²¹ De rechter kan op zijn beurt een zekere interpretatieve terughoudendheid hanteren.⁸²² Zekerheid biedt dat echter niet. En dat alles laat onverlet dat vergaande rechterlijke machtsuitbreiding een substantiële bedreiging voor het functioneren van zelfcorrectie is, en daarmee voor de democratie. Duitsland is wat dit betreft overigens een interessant geval: de Duitse combinatie van toetsing met een formeel niet te wijzigen grondwet geeft rechters onvoorwaardelijk het laatste woord, en niet de volksvertegenwoordiging. Dat verhoudt zich moeizaam tot het concept van democratie als zelfcorrectie.

Wel kunnen we concluderen dat machtscheiding niet tot de kern van 'democratie als zelfcorrectie' behoort. Want stel, de rechterlijke macht overvleugelt de wetgever zo sterk dat betekenisvolle zelfcorrectie uitgesloten is, dan is het waarschijnlijk zuiverder dit te zien als een aantasting van het beginsel van evaluatie: aan burgers wordt immers de mogelijkheid ontnomen om het regeringsbeleid te evalueren, of je kunt zeggen: de periodieke, vrije en geheime verkiezingen die het beginsel van evaluatie inhoud geven, zijn in zo'n hypothetische situatie betekenisloos: je kunt wel stemmen, maar het maakt niet uit. Oftewel: het is niet nodig een *extra* principe van machtscheiding te postuleren. Het beginsel van evaluatie veronderstelt immers dat de rechter (of de uitvoerende macht) niet het laatste woord kan hebben.

Dan de *verantwoordingsplicht van de regering*. De regering is in het leven geroepen om de wetten van de volksvertegenwoordiging uit te voeren. Dit beeld is in het

⁸²⁰ Op dit punt wijst ook Erik Jurgens, zie E.C.M. Jurgens, 'Over de illusie dat rechterlijke toetsing van de wet aan onze huidige Grondwet zinvol is', p. 117-123 (122), in: Paul Cliteur, Hans Franken & Wim Voermans (red.), *Naar een Europese Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004: 'Bij een zo belangrijke bevoegdheid van de rechter, namelijk om beslissingen van de wetgever die soms met grote meerderheid zijn aanvaard (denk aan de sociale wetten in Roosevelt's 'New Deal', in de jaren dertig van de vorige eeuw) te kunnen vernietigen – en nog wel op basis van grondwetsteksten die twee eeuwen oud zijn – past toch wel de vraag of het evenwicht van macht niet danig is verstoord. Aan wie zijn de rechters verantwoording schuldig voor zulke politieke beslissingen, beslissingen die nauwelijks kunnen worden gecorrigeerd door de grondwetgever, vanwege de grote relatieve meerderheden die voor grondwetswijziging nodig zijn?'

⁸²¹ Een andere optie is de Canadese 'notwithstanding clause', het parlement heeft dan de mogelijkheid om *in extremis* de interpretatie van de rechter te passeren; daarmee behoudt de wetgever het laatste woord, zie voor een bespreking: Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary sovereignty: contemporary debates*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 202-224, en Jerfi Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk absteren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 521-595.

⁸²² In de Verenigde Staten is er dan ook een uitgebreid debat tussen verkondigers van *judicial restraint* enerzijds en bepleiters van *judicial activism* anderzijds, zie daarover kort, met vindplaatsen: Paul Cliteur, 'Naar een Europese Grondwet: een Colloquium metajuridicum', p. 1-22 (16), in: Cliteur, Franken & Voermans 2004.

Nederlandse constitutionele bestel vertroebeld. Onze regering is medewetgever en we zijn gewend aan een regering die zelf het merendeel van de wetten indient. Niettemin stemt er in laatste instantie niemand anders over de wetten dan de volksvertegenwoordiging. Hoe die wetten uiteindelijk worden uitgevoerd (de regering) en wie er toezicht houdt op de wetmatigheid van de uitvoering daarvan (de rechter) ligt niet op voorhand vast. Daarmee is niet gezegd dat er een beter systeem bestaat dan de klassieke drieslag ‘regering, parlement, rechter’, of dat er een beter systeem denkbaar zou zijn. Ik zou alleen willen verdedigen dat een regering, en dus ook de verantwoordingsplicht van de regering, niet essentieel is voor het zelfcorrigerende vermogen van de democratie. Natuurlijk, het zelfcorrigerende vermogen functioneert waarschijnlijk beter mét, maar het kan nog steeds bestaan zónder.

Zouden we het *meerpartijenprincipe* moeten overnemen? Op het eerste gezicht lijkt zelfcorrectie gebaat bij de aanwezigheid van meerdere partijen. En zelfs internationaalrechtelijk lijkt dit principe te worden erkend: de deelname van meerdere partijen is een minimumeis voor er gesproken kan worden van werkelijk democratische verkiezingen.⁸²³ Zonder de aanwezigheid van minimaal twee partijen is er geen keuzevrijheid en valt er ook weinig te corrigeren. Er kan bijvoorbeeld niet worden gestemd op een partij die – in weerwil van de regerende partij – een bepaald besluit wil terugdraaien. Betekent dit echter dat er dan ook per se partijen moeten zijn? Nee, waarschijnlijk niet. Het is denkbaar, en volgens sommigen zelfs te prefereren, om een democratie zonder partijen te hebben. Burgers kiezen hun individuele vertegenwoordigers, die vervolgens, zonder partijdiscipline of –dwang, in het parlement naar compromissen zoeken. Ook de Nederlandse Grondwet erkent formeel het bestaan van politieke partijen niet. Het meerpartijenprincipe is het product van de Duitse democratie die geënt is op het bestaan van politieke partijen en deze in de Grondwet beschermt (art. 21 lid 1 GG).⁸²⁴

In de kern gaat het echter niet om die twee of meer partijen, maar om het tegengaan van wat we ‘uitsluiting van politieke concurrentie’ zouden kunnen noemen. Of het nu gaat om het reduceren van de democratie tot een eenpartijstaat als Noord-Korea (in een democratie met partijen) of om het beperken van het passieve kiesrecht tot een selecte groep burgers (in een democratie zonder partijen),

⁸²³ Gregory Fox, ‘The Right to Political Participation in International Law’, *Yale Journal of International Law* 1992, vol. 17, p. 539-607 (555-560 en 606). Het idee van een internationaal ‘recht op democratie’ (of: politieke participatie) gaat uiteindelijk (deels) terug op een voorstel van Loewenstein in het kader van de *Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens*, zie daarover: Rensmann 2011, p. 988-989.

⁸²⁴ Zie daarover Nieuwenhuis 2003, p. 201.

steeds gaat het om het uitsluiten van andere geluiden, en dus: keuzemogelijkheden. Voor het zelfcorrigerende vermogen zijn die andere geluiden essentieel.

Een ‘beginsel van politieke concurrentie’ moeten we daarom *wel* tot de kern van het zelfcorrectiemechanisme rekenen. Deels wordt dit al ondervangen door het eerder besproken passieve kiesrecht: eenieder kan zich verkiesbaar stellen. Daar zouden we voor de partijdemocratie, die tegenwoordig elke democratie feitelijk is, aan moeten toevoegen: de vrijheid van vereniging. Het afschaffen van deze vrijheid moet gelden als een aantasting van het zelfcorrigerende vermogen. Afschaffen of feitelijk afschaffen is natuurlijk iets anders dan beperken op redelijke gronden. Ook hier moeten we een beroep doen op de prudentie van de rechter. Een partij die streeft naar bijvoorbeeld hogere wettelijke eisen aan de oprichting van een vereniging tast het zelfcorrigerende vermogen vanzelfsprekend niet wezenlijk aan. Hetzelfde geldt voor het wettelijke verbod op criminele verenigingen of realistische verhogingen van de kiesdrempel.⁸²⁵ Een recente uitspraak van het Bundesverfassungsgericht over de Duitse kiesdrempel in Europese verkiezingen laat zien dat rechters in staat zouden moeten zijn om onacceptabele aantastingen van de kern van het principe te onderscheiden van meer acceptabele, redelijke beperkingen.⁸²⁶

Dan rest ons nog het *het recht op het voeren van oppositie*. Daarover kunnen we kort zijn. Dit beginsel krijgt vooral betekenis wanneer het in verband wordt gebracht met de aanwezigheid van een regering. Het recht op opposievoeren betekent dat het mogelijk is om je als partij of volksvertegenwoordiger te verzetten tegen het regeringsbeleid, en daarmee om in te gaan tegen de meerderheid in het parlement die dat beleid steunt. We hebben hierboven vastgesteld dat de essentie van democratie als zelfcorrectie niet de aanwezigheid van een regering vooronderstelt, dus in die zin behoort ook dit (afgeleide) beginsel tot de periferie en niet de kern van het zelfcorrectiemechanisme. Wel geldt natuurlijk dat het

⁸²⁵ In tegenstelling tot Nieuwenhuis destilleert Elzinga 1982, p. 140, naast het meerpartijenprincipe (of stelsel), ook nog het beginsel van ‘gelijke kansen voor alle politieke partijen’ uit de Duitse jurisprudentie. Hier wordt dat behandeld als onderdeel van het eerste, dus van het meerpartijenprincipe. Wanneer er bijvoorbeeld *wel* meerdere politieke partijen zouden zijn, maar alle partijen behalve één worden zwaar in hun functioneren beperkt, levert dit een *de facto* schending van het meerpartijenprincipe op die de rechter gemakkelijk zal herkennen. Het hieronder beschreven, van het meerpartijenprincipe afgeleide, ‘beginsel van politieke concurrentie’ ondervangt dit overigens nog beter.

⁸²⁶ Bundesverfassungsgericht 26 februari 2014, 2 BvE 2/13, §53 en 54: ‘Differenzierungen im Wahlrecht können vielmehr auch durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten kann (...). Hierzu zählen insbesondere die mit der Wahl verfolgten Ziele. Dazu gehört die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes (...) und, damit zusammenhängend, die Sicherung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (...).’

mogelijk moet zijn je als parlementaire minderheid in politieke zin te verzetten tegen een parlementaire meerderheid.

Het beginsel van politieke concurrentie

Wat kunnen we leren van de BVerfG-interpretatie? Een groot aantal bestanddelen bevindt zich aan de rand van, of zelfs ver buiten, de kern van wat we nodig achten voor het functioneren van zelfcorrectie. De BVerfG-interpretatie maakt ons niettemin gevoelig voor een belangrijke voorwaarde voor zelfcorrectie: het *beginsel van politieke concurrentie*, gebaseerd op het meerpartijenprincipe. Het uitsluiten van politieke concurrentie moet niet mogelijk zijn. Zowel in een eenpartijstaat als in een staat met een exclusief passief kiesrecht (een ‘gekozen aristocratie’) is er geen sprake van democratie als zelfcorrectie. Je zou zelfs kunnen zeggen dat het de antidemocratische maatregel bij uitstek is: degenen die uitgesloten worden van het passieve (maar ook het actieve) kiesrecht wordt immers definitief de kans ontnomen zelf iets aan dit besluit te doen (bijvoorbeeld: het terugdraaien). Ze kunnen alleen door anderen weer uit hun democratisch isolement worden bevrijd.⁸²⁷ Een voorbeeld is het streven van de verboden Turkse partij Refah Partisi (Welvaartspartij): ongelovigen, breed gedefinieerd als niet-soennitisch moslims, zouden uitgesloten moeten worden van het politieke proces.⁸²⁸ Dit gaat in tegen het beginsel van politieke concurrentie, en daarmee tegen het zelfcorrigerende mechanisme.

We hadden reeds vastgesteld dat kiesrecht (art. 4) en verkiezingen (art. 50, 52 en 53 Grondwet) essentieel zijn; samen vormen ze het beginsel van evaluatie. Daaraan kunnen we nu toevoegen de vrijheid van vereniging (art. 8). Het scenario van een gekozen aristocratie wordt reeds voorkomen door het passieve kiesrecht uit artikel 4: *eenieder* kan zich verkiesbaar stellen. De vrijheid van vereniging waarborgt de aanwezigheid van meer dan één partij en garandeert politieke concurrentie in een partijendemocratie.

⁸²⁷ Zie daarover, en over de (andere) plaats die deze overweging heeft binnen Kirshners theorie, Kirshner 2014, p. 50.

⁸²⁸ Zie Issacharoff 2007, p. 1465.

Een andere hoge rechter die zich met enige regelmaat uitspreekt over de juridische invulling van het begrip democratie is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Dit hof doet uitspraken over mensenrechten in 47 lidstaten op basis van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In de Refah-zaak bepaalde het EHRM dat het optreden van politieke partijen in een democratie aan twee eisen moet voldoen: 1) de middelen moeten legaal en democratisch zijn, 2) het doel moet in overeenstemming met ‘fundamental democratic principles’ zijn.⁸²⁹ Verder zijn alle wetswijzigingen of aanpassingen van de staatsstructuur toelaatbaar.⁸³⁰ In feite is het dezelfde dubbele verbodsgrond als Van den Bergh voorstelde voor een nieuwe Wet op de Staatkundige Verenigingen.⁸³¹

De Refah-zaak is wat de Amerikanen een *landmark decision* noemen. De Grote Kamer van het EHRM keurde in 2003 het verbod van de Turkse regeringspartij Refah goed. Het ontbinden van een partij die niet alleen deelneemt aan de regering maar tevens de grootste partij is én de minister-president levert – dat is, naar alle standaarden, een ‘radicale interventie in een democratische samenleving’.⁸³² In haar verdediging beriep de Turkse staat zich expliciet op het idee van de weerbare democratie.⁸³³

Refah was bezig aan een gestage opmars en had in 1995 bij de landelijke verkiezingen 22% van de stemmen gehaald en een jaar later werd dat 35% bij de lokale verkiezingen.⁸³⁴ Het maakte Refah de grootste partij in het parlement, met 158 van de 450 zetels.⁸³⁵ Opiniepeilingen voorspelden grotere verkiezingswinsten en zelfs een tweederde meerderheid bij nieuwe landelijke verkiezingen over vier jaar.⁸³⁶ In 1997 vroeg het Turkse Openbaar Ministerie het Constitutioneel Hof om

⁸²⁹ EHRM 13 februari 2003, 41340/98, 41342/98 en 41344/98, NJ 2005, 73, m.nt. E.A. Alkema (Refah Partisi/Turkije), §97-98. Zie daarover: Hans-Martien ten Napel, ‘Het EHRM en de ‘waarlijk democratische regeringsvorm’, NJ CM-Bulletin 2007, vol. 32 nr. 8, p. 1090-1106 (1103). Over deze twee eisen in de jurisprudentie van het EHRM, zie ook: Marloes van Noorloos, ‘Extreme speech in a Religious Context: a Legal Theoretical Perspective on the Case Law of the European Court of Human Rights’, p. 163-183 (172-176), in: Ellian & Molier 2015. Voor de voorgeschiedenis van Refah in Turkije (waar het niet minder dan de vijftiende verboden partij was sinds het ontstaan van het huidige republiek), zie: Tyulkina 2015, p. 173-177 (met het aantal partijverboden op p. 174).

⁸³⁰ Ten Napel 2007, p. 1103.

⁸³¹ Zie Van den Bergh 1936a, p. 29.

⁸³² Kevin Boyle, ‘Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case’, *Essex Human Rights Review* 2004, vol 1 nr. 1, p. 1-16 (1-2).

⁸³³ Boyle 2004, p. 2 (noot 3).

⁸³⁴ Mustafa Koçak & Esin Özücü, ‘Dissolution of Political Parties in the Name of Democracy: Cases from Turkey and the European Court of Human Rights’, *European Public Law* 2003, vol. 9 nr. 3, p. 399-424 (415).

⁸³⁵ Zie Tardi 2004, p. 103.

⁸³⁶ EHRM *Rehah Partisi*, §107. Het hof merkt daar natuurlijk wel bij op dat *polls* niet heel betrouwbaar zijn, maar ze bevestigen de trend die de echte verkiezingen al laten zien.

de partij te ontbinden vanwege de vijandigheid van de partij jegens het seculiere karakter van de Turkse staat.⁸³⁷ De Turkse geschiedenis en ‘bepaalde aspecten van de islam’, maken dat de Turkse constitutie extra gewicht toekent aan dit principe.⁸³⁸ In 1998 werd de partij ontbonden door het Turkse Constitutioneel Hof.⁸³⁹

In het verleden had het EHRM zonder uitzondering in het nadeel van de Turkse staat geoordeeld als het om partijverboden ging,⁸⁴⁰ maar in 2003 achtte het EHRM het verbod op Refah in overeenstemming met het EVRM. Refah bleek aan beide door het hof gestelde eisen niet te voldoen: 1) geweld werd door de partij niet afgezworen en in bedekte termen zelfs goedgepraat,⁸⁴¹ 2) het streven naar de invoering van rechtspluralisme en de sharia is niet in overeenstemming met de ‘fundamental principles of democracy’.⁸⁴² Die onverenigbaarheid was volgens het EHRM (de Grote Kamer volgde hierin de eerdere uitspraak) voornamelijk gelegen in de volgende aspecten van de sharia: het strafrecht, het strafprocesrecht, de juridische status van vrouwen en het vergaande doordringen van religieuze voorschriften in de publieke en privésfeer.⁸⁴³

Het is hier overigens niet de bedoeling de Refah-zaak juridisch te ontleden. Dat is elders al gedaan, bijvoorbeeld over de vraag in hoeverre de uitspraak beperkt is tot de Turkse context.⁸⁴⁴ Doel is om te leren van de manier waarop het EHRM het begrip democratie juridisch concretiseert. Oftewel: wat valt er onder de ‘fundamental democratic principles’?

De aspecten die het EHRM problematisch acht aan de sharia maken duidelijk dat ‘fundamental democratic principles’ blijkbaar breder uitgelegd moeten worden dan democratie in strikte zin, we hebben het over democratische én rechtsstatelijke principes. Er blijft echter nogal wat onduidelijk. Zo wordt niet uiteengezet hoe die ruime uitleg van democratie er precies uitziet. Waar we in de Duitse jurisprudentie een uitgebreid lijstje vinden van afzonderlijke elementen, blijft de nadere invulling van democratie in de Refah-uitspraak in de lucht hangen. Het EHRM acht bepaalde aspecten van de sharia niet in overeenstemming met fundamentele democratische

⁸³⁷ Koçak & Özüçü 2003, p. 415.

⁸³⁸ Koçak & Özüçü 2003, p. 415-416, en Tyulkina 2015, p. 175-176.

⁸³⁹ Koçak & Özüçü 2003, p. 416.

⁸⁴⁰ Tyulkina 2015, p. 180 en 190.

⁸⁴¹ EHRM *Refah Partisi*, §129-131.

⁸⁴² EHRM *Refah Partisi*, §116-127, in het bijzonder §123. Beide eisen werden besproken in het kader van de derde (en laatste) voorwaarde voor een toegestane beperking van artikel 11 EVRM: ‘de noodzakelijkheid in een democratische samenleving’ (zie vanaf §68).

⁸⁴³ EHRM *Refah Partisi*, §123.

⁸⁴⁴ Zie bijvoorbeeld Paul van Sasse van IJsselt, ‘Sharia en de democratische paradox; terugkeer van de crisistoon’, *Nederlands Juristenblad* 2006, vol. 81 nr. 34, p. 1952-1953 (1952).

principes. De vraag is: waarom niet? Wat schuilt er onder het paraplubegrip ‘fundamentele democratische principes’ dat zich niet laat verzoenen met de genoemde onderdelen van de sharia? Natuurlijk, we kunnen ons wel het een en ander voorstellen, maar simpelweg declameren dat ze onverenigbaar zijn, is onbevredigend.⁸⁴⁵ De Duitsers zouden er met hun, in de jurisprudentie ontwikkelde, definitie een stuk beter uitkomen.

Het is daarom misschien niet toevallig een Duitse rechter bij de zaak die een ‘concurring opinion’ schrijft waarin hij deze kwestie aankaart.⁸⁴⁶ Hij staat achter de uitspraak, maar wil voor een specifieke kwestie aandacht vragen: de door het EHRM geformuleerde eisen aan het functioneren van politieke partijen. Rechter Georg Ress vindt ze te algemeen en te apodictisch geformuleerd.⁸⁴⁷ Door het onprecieze karakter van hun formulering bestaat het risico dat de verbodsmogelijkheid na Refah veel te ruim uitgelegd wordt. Ress vraagt aandacht voor de uitspraak waar het EHRM bij het formuleren van de eisen (in §98) naar verwijst. In de woorden van Ress:

‘So the very general sentences of paragraph 98 of the judgment need some further clarification and limitation in the light of the principle of proportionality and in the light of the judgments which are quoted at the end of that paragraph. I have no doubt that the aims for which the applicant party and its prominent leaders stood and which they advocated rather vigorously are not in conformity with basic rules of democracy and justify the dissolution. The only point I wanted to make is that the Court’s observation in paragraph 98 of the judgment must be read in the light of the other quoted judgments and within the interpretation that was given in these judgments, in particular *United Communist Party of Turkey and Others*, and not be taken for a general dictum, as its wording might appear to suggest.’⁸⁴⁸

In zijn uitspraak *United Communist Party of Turkey* gaat het EHRM inderdaad nader in op wat een democratie behelst. Het hof constateerde daar een schending van artikel 11 EVRM: een Turkse communistische partij was verboden nog voordat zij van start

⁸⁴⁵ Zie daarover ook Boyle 2004, p. 12-14, en Van Noorloos 2015, p. 174.

⁸⁴⁶ Zie over deze ‘concurring opinion’ ook de interpretatie van Van Noorloos 2015, p. 180-181.

⁸⁴⁷ Dat vindt ook Boyle 2004, p. 8.

⁸⁴⁸ EHRM *Refah Partisi*, concurring opinion of Judge Ress, joined by judges Rozakis.

was gegaan.⁸⁴⁹ Dat was te drastisch.⁸⁵⁰ Bij lezing van de uitspraak valt vooral de fundamentele rol op die het EHRM toekent aan de vrijheid van meningsuiting in een democratie. Het hof verwoordt het als volgt:

‘Democracy is without doubt a fundamental feature of the European public order (...). That is apparent, firstly, from the Preamble to the Convention, which establishes a very clear connection between the Convention and democracy by stating that the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms are best ensured on the one hand by an *effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of human rights* (...). (...) The Court has identified certain provisions of the Convention as being characteristic of democratic society. Thus in its very first judgment it held that in a ‘democratic society within the meaning of the Preamble and the other clauses of the convention’, proceedings before the judiciary should be conducted in the presence of the parties and in public and that that fundamental principle was upheld in article 6 of the Convention (...). In a field closer to the one concerned in the instant case, the Court has on many occasions stated, for example, that *freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individual’s self-fulfillment* (...), whereas in the Mathieu-Mohin and Clerfayt judgment cited above it noted the prime importance of *Article 3 of Protocol No. 1*, which enshrines a characteristic principle of an effective political democracy (...).’⁸⁵¹ (cursivering van mij, BR)

Hoewel het EHRM hier geen uitgewerkte definitie van democratie geeft, is het niettemin een van de meest uitgebreide beschouwingen van het EHRM over democratie.⁸⁵² Het op Refah gebaseerde vermoeden wordt direct bevestigd: de

⁸⁴⁹ EHRM 30 januari 1998, 133/1996/752/951 (United Communist Party of Turkey/Turkije), §61. Ook een beroep op artikel 17 kon het verbod niet rechtvaardigen (zie §60): uit het partijprogramma sprak niet de wens de verdragsrechten aan te tasten.

⁸⁵⁰ Zie ook: Tyulkina 2015, p. 100, en voor een uitgebreide bespreking: p. 98-100.

⁸⁵¹ EHRM *United Communist Party of Turkey*, §45. Voor wat betreft het belang van de vrijheid van meningsuiting vinden we een vergelijkbare redenering in EHRM 7 december 1976 (Handyside/Verenigd Koninkrijk): ‘The Court’s supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a ‘democratic society’. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man.’ Zie daarover: A.J. Nieuwenhuis, ‘Tussen grondrechtelijke vrijheid en parlementaire onschendbaarheid: de vrijheid van meningsuiting van de parlementariër’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010, vol. 1 nr. 1, p. 4-23 (5-6 en noot 11).

⁸⁵² Zie Boyle 2004, p. 7. Bovendien verwijst het hof in latere zaken consequent naar EHRM *United Communist Party of Turkey*, zie Tyulkina 2015, p. 100.

democratieopvatting van het EHRM is breed, met een rechtstatelijke lading. Het model dat het hof voor ogen heeft is dat van de ‘liberale democratie’, ofwel: democratie wordt uitgelegd als ‘democratische rechtsstaat’.⁸⁵³ Belangrijker is hoe het EHRM dat begrip juridisch inkleurt in *United Communist Party of Turkey*.

Gelukkig geeft het hof ons een aantal handvatten – er zijn bepalingen die het hof bij uitstek ‘karakteristiek vindt voor democratie’. Een van die bepalingen is artikel 10 EVRM: de vrijheid van meningsuiting. Volgens het hof is deze vrijheid ‘een van de essentiële grondslagen van een democratie’ en een basisvereiste voor het functioneren van de democratie. Uiteraard is de vrijheid van meningsuiting ook belangrijk voor ‘zelfrealisatie’ (de individuele uitleg van de vrijheid van meningsuiting), maar het EHRM benadrukt vooral de waarde voor democratie. Daarnaast wordt gewezen op artikel 3 van het Eerste Protocol bij het EVRM, dat het recht op periodieke, geheime vrije verkiezingen garandeert. Ook schaart het hof artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces, onder haar uitleg van democratie; hier zien we het rechtstatelijke tintje duidelijk terug.

De nadruk op de vrijheid van meningsuiting als bestaansvoorwaarde voor democratie verdient aandacht. In de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht wordt de vrijheid van meningsuiting ook in verband gebracht met democratie op een manier die veel weg heeft van de EHRM-uitleg.⁸⁵⁴ De Nederlandse Hoge Raad heeft in navolging van het EHRM ook gewezen op het belang van een open maatschappelijk debat.⁸⁵⁵ En ook in de Verenigde Staten kent deze ‘instrumentele verdediging’ van de vrijheid van meningsuiting een lange traditie. Ze heeft haar belangrijkste representant in het werk van de Amerikaanse filosoof Alexander Meiklejohn (1872-1964).⁸⁵⁶ Het *First Amendment* is in deze opvatting in de eerste plaats bedoeld om democratisch zelfbestuur te ondersteunen.

Het is dan ook niet moeilijk om de betekenis van de vrijheid van meningsuiting voor zelfcorrectie te zien. Het idee van democratie als zelfcorrectie drijft immers op de aanwezigheid van beleidsalternatieven. Eerder hebben we met de beginselen van evaluatie en politieke concurrentie de weg vrijgemaakt voor de

⁸⁵³ Zo ook Boyle 2004, p. 8.

⁸⁵⁴ Winfried Brugger, ‘The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II)’, *German Law Journal* 2003, vol. 4 nr. 1, p. 1-44 (32): ‘(...) if, as the Federal Constitutional Court consistently claims, free speech is constitutive for the speaker and necessary for open debate, democracy, and stable society, then this right should be protected accordingly (...)’. Zie ook Nieuwenhuis 2010, p. 5.

⁸⁵⁵ Nieuwenhuis 2010, p. 6.

⁸⁵⁶ A. Meiklejohn, *Free Speech And Its Relation To Self-Government*, New York: Harper Brothers Publishers 1948. Zie over Meiklejohn: E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford: Oxford University Press 1985, p. 20-21, Wojciech Sadurski, *Freedom of speech and its limits*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1999, p. 20-21, en Nieuwenhuis 2010, p. 6.

presentatie van deze alternatieven; het speelveld is zo breed mogelijk. Nu moeten de spelers (individueen, al dan niet verenigd in partijen) de mogelijkheid hebben hun alternatieve visie te uiten. De vrijheid van meningsuiting is daarmee een onmisbare schakel binnen ‘democratie als zelfcorrectie’. De verkiezingen kunnen nog zo vrij zijn en iedere politieke stroming nog zo goed vertegenwoordigd; zonder vrije presentatie van en discussie over voorstellen is zelfbestuur door middel van zelfcorrectie een illusie. *Vrije meningsuiting* dient te worden toegevoegd aan de kernelementen van democratie als zelfcorrectie.

Drie kanttekeningen bij Refah en latere jurisprudentie

Voordat we de balans opmaken zijn er nog drie zaken in de Straatburgse jurisprudentie die onze aandacht vragen. Allereerst een les. Die is deels al besproken: de toetsing van religieuze partijprogramma’s. Die moet veel duidelijker geschieden, in ieder geval duidelijker dan bij Refah. Duidelijk moet worden aangegeven *welke* ideeën van religieuze partijen met *welke* waarden onverenigbaar zijn. Vervolgens moet worden aangegeven waarom juist die waarden deel uitmaken van de ‘fundamental democratic principles’.

Die waarden kan men niet simpelweg declameren en vervolgens opdienen in een hutspot van democratische en rechtsstatelijke elementen. Dit vraagt om een heldere opvatting over het wezen van democratie. Het apodictische karakter van de uitspraak doet vermoeden dat het daar aan schort. Democratie als zelfcorrectie probeert juist daar een handreiking te bieden: *dé* kern, en niet meer, beschermen we.

Eigenlijk neemt het Mensenrechtenhof in Refah te veel hooi op zijn vork. Waarom stellen dat de sharia – als zodanig – onverenigbaar is met democratie en mensenrechten?⁸⁵⁷ Daarmee begeeft het hof zich op theologisch terrein, een gebied waar het zich helemaal niet moet willen begeven.⁸⁵⁸ Je maakt het je critici dan wel heel makkelijk: uit bijna vijftien eeuwen islamitische theologie is altijd wel een interpretatie van de sharia te voorschijn te halen die het tegendeel lijkt te

⁸⁵⁷ EHRM *Refah Partisi*, §123. Zie daarover, Boyle 2004, p. 12: ‘The stridency of the European Court’s assessment of Islamic law and shariah is regrettable. In effect the Court seems to say that shariah, *tout court*, is incompatible with universal rights, or at least European ideas of democracy and rights.’

⁸⁵⁸ Over de competentie van het hof in dezen wordt bijvoorbeeld een hard oordeel geveld door Christian Moe, ‘*Refah Revisited: Strasbourg’s Construction of Islam*’, p. 235-271 (270-271), in: W. Cole Durham, Jr, Rik Torfs, David M. Kirkham & Christine Scott, *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, Farnham: Ashgate 2012.

beweren.⁸⁵⁹ Een stuk verstandiger zou het zijn wanneer het hof zijn stellingen op vertrouwd terrein optrekt: de constitutionele theorie. Dan is het doel niet: vaststellen of de sharia als zodanig compatibel is met ‘fundamental democratic principles’, maar of de concrete voorstellen die een partij doet de toets kunnen doorstaan. Als bijvoorbeeld Refah’s sharia-interpretatie onvermijdelijk leidt tot het afschaffen van de vrijheid van meningsuiting, dan is dát de grond om tot onverenigbaarheid te concluderen en niet dat de inspiratie voor zo’n voorstel theologisch is. Voor de duidelijkheid: de conclusie kan waarschijnlijk hetzelfde blijven, maar de argumentatie moet scherper. Anders maakt het hof zich kwetsbaar voor voorspelbare, maar daardoor niet altijd minder terechte kritiek.⁸⁶⁰ Bovendien zorgt het voor een duidelijkere en meer constructievere afbakening van de grenzen van democratische tolerantie. Niet de sharia wordt als ondemocratisch bestempeld, maar aangegeven wordt op welke punten welke interpretatie botst met democratische waarden. Dat zou in belangrijke mate kunnen bijdragen aan de ontwikkeling van een democratische islam binnen de grenzen van de Europese democratische rechtsstaten.⁸⁶¹ Desalniettemin gaat ook meer recente EHRM-jurisprudentie uit van de principiële onverenigbaarheid van democratie en (elke vorm van) sharia.⁸⁶²

Het tweede punt. Een belangrijk aspect bij de Refah-zaak was de reële dreiging die van de partij uitging. Ze werd de grootste bij landelijke en lokale verkiezingen en de trend liet zien dat de aanhang eerder zou toenemen dan afnemen. Het hof merkt op:

‘The Court accordingly considers that at the time of its dissolution Refah had the real potential to seize political power without being restricted by the compromises inherent in a coalition. If Refah had proposed a programme

⁸⁵⁹ Zie ook Boyle 2004, p. 12. Zie uitgebreid: Moe 2012, p. 253-255 (en 235-236). Wellicht ten overvloede: het gaat hier dus niet om de kwestie óf er een *juiste*, authentieke interpretatie van de sharia mogelijk is (de ‘echte sharia’), het gaat alleen om de constatering dat er (als empirisch feit) verschillende interpretaties door verschillende gelovigen worden gehanteerd.

⁸⁶⁰ Een voorbeeld van zulke kritiek is Boyle 2004, zie p. 12-14, die daarin dan weer doorslaat en een en ander in verband brengt met ‘islamofobie’. Zie verder: Issacharoff 2007, p. 1446: ‘The condemnation of all sharia likely was far too sweeping and almost certainly applied a different standard to Islamic religious belief than would have been applied to any Christian faith’, en Tyulkina 2015, p. 194: ‘However, none of these arguments could justify the Court’s provocative statement that Sharia and democracy are per se not compatible, and that the presence of the former in politics excludes any possibility of coexistence with the latter’; zie ook p. 199.

⁸⁶¹ Christian Moe trekt de functie van een meer precieze argumentatie breder: het kan een ‘uitnodiging tot een constructief debat’ met moslims zijn; een debat in meer detail en over juist de *schurende* onderwerpen (Moe noemt de rechten van vrouwen). Dit zou bovendien een debat zijn waarin het hof *wel* over de ‘nodige morele zeggingskracht’ beschikt, zie Moe 2012, p. 271, zie ook p. 255.

⁸⁶² Tyulkina 2015, p. 194, zo ook: Moe 2012, p. 235, aldaar noot 1.

contrary to democratic principles, its monopoly of political power would have enabled it to establish the model of society envisaged in that programme.⁸⁶³

En stelt vervolgens:

‘While it can be concluded, in the present case, that Refah’s policies were dangerous for the rights and freedoms guaranteed by the Convention, *the real chances that Refah would implement its programme after gaining power made that danger more tangible and more immediate*. That being the case, the Court cannot criticise the national courts for not acting earlier, at the risk of intervening prematurely and before the danger concerned had taken shape and become real. *Nor can it criticise them for not waiting, at the risk of putting the political regime and civil peace in jeopardy, for Refah to seize power and swing into action, for example by tabling bills in Parliament, in order to implement its plans*.

In short, the Court considers that in electing to intervene at the time when they did in the present case the national authorities did not go beyond the margin of appreciation left to them under the Convention.⁸⁶⁴ (cursiveringen van mij, BR)

Uit dit laatste citaat lijken we *a contrario* te moeten afleiden dat, wanneer een reële, acute dreiging ontbreekt, een partij of vereniging niet zomaar kan worden verboden. Het hof lijkt de mogelijkheid open te houden dat, indien te vroeg wordt ingegrepen, de *margin of appreciation* wel degelijk wordt overschreden. Het zou in die gevallen dan wel degelijk een schending van artikel 11 EVRM opleveren.

Toch lijkt die conclusie niet gerechtvaardigd. Zoals de Tilburgse juriste Marloes van Noorloos laat zien speelde in twee zaken over de radicaal-islamitische vereniging Hizb-ut-Tahrir het dreigingsniveau geen enkele rol.⁸⁶⁵ Zowel het Duitse als het Russische verbod werd – in respectievelijk 2012 en 2013 – door het EHRM goedgekeurd met een beroep op artikel 17: de misbruik van rechtbepaling. In beide zaken werd vastgesteld dat de vereniging (geen politieke partij) zich tegen de ‘fundamental democratic principles’ keerde, en dat was voldoende. Een inschatting van de aanhang of de potentiële aanhang vormde geen onderdeel van de toets. Het

⁸⁶³ EHRM *Refah Partisi*, § 110.

⁸⁶⁴ EHRM *Refah Partisi*, §110.

⁸⁶⁵ Van Noorloos 2015, p 181.

willen gebruiken van verdragsrechten *tegen* diezelfde verdragsrechten maakte een beroep op die rechten onmogelijk. In de woorden van het hof (in de Russische zaak):

‘In view of the above considerations, the Court finds that the dissemination of the political ideas of Hizb ut-Tahrir by the applicants clearly constitutes an activity falling within the scope of Article 17 of the Convention. The applicants are essentially seeking to use Articles 9, 10 and 11 to provide a basis under the Convention for a right to engage in activities contrary to the text and spirit of the Convention. That right, if granted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention and referred to above.’⁸⁶⁶

In de zaken tegen Hizb ut-Tahrir wordt nadrukkelijk de misbruikbepaling van artikel 17 EHRM in stelling gebracht.⁸⁶⁷ Opvallend is dat er bij Refah geen bijzondere aandacht wordt besteed aan dit artikel. In de Refah-zaak werd de klacht afgewezen omdat het verbod een legitieme beperking van artikel 11 EVRM vormde. In de zaken tegen Hizb ut-Tahrir komt het hof echter niet toe aan toetsing van de beperkingsgronden: artikel 17 maakt dat artikel 11 überhaupt niet van toepassing is.

Ligt daar dan misschien het begin van een verklaring voor het ontbreken van een ‘dreigingstoets’? Als het hof toetst aan de beperkingsgronden van artikel 11 vindt er een afweging plaats en binnen die afweging speelt de kans op realisering van het partijprogramma een rol. Het gaat dan immers mede om de ‘*noodzakelijkheid* in een democratische samenleving.’ Wanneer echter artikel 17 een beroep op een verdragsrecht blokkeert, speelt de reële dreiging geen rol: de partij (of vereniging) ontbeert simpelweg het recht op vereniging en heeft dus geen EVRM-bescherming tegen een verbod. Belangrijk is dan natuurlijk: wanneer zijn de doelen van een partij zó tegengesteld aan het verdrag dat artikel 17 geactiveerd wordt (en art. 11 uitsluit), en wanneer kan een partij in principe wél met recht een beroep op artikel 11 doen (waarbij dit recht, onder omstandigheden, beperkt mag worden)? Blijkbaar valt

⁸⁶⁶ EHRM 14 maart 2013, 26261/05 en 26377/06 (Kasymakhunov en Saybatalov/Rusland) § 113. In de Duitse zaak luidde het oordeel als volgt: ‘Having regard to the above, the Court considers that the first applicant attempts to deflect Article 11 of the Convention from its real purpose by employing this right for ends which are clearly contrary to the values of the Convention, notably the commitment to the peaceful settlement of international conflicts and to the sanctity of human life. Consequently, the Court finds that, by reason of Article 17 of the Convention, the first applicant may not benefit from the protection afforded by Article 11 of the Convention’, zie EHRM 12 juni 2012, 31098/08 (Hizb ut-Tahrir/Duitsland), §74.

⁸⁶⁷ Zoals Van Noorloos ook elders in haar bijdrage schrijft, zie Van Noorloos 2015, p. 175-176.

Hizb ut-Tahrir in de eerste categorie en Refah in de tweede. In de eerste categorie speelt de actuele dreiging geen rol, terwijl in de tweede categorie deze factor wel meeweegt. Het EHRM hanteert dan eigenlijk twee linies in de verdediging tegen antidemocratische partijen en verenigingen. Een eerste fundamentele test (art. 17), gevolgd door een meer verfijnde inhoudelijke toets voor de overige gevallen (art. 11).

Indien deze interpretatie correct is, vormen de Hizb ut-Tahrir-zaken, in tegenstelling tot wat we met Van Noorloos aannamen, *geen* correctie op Refah.⁸⁶⁸ De manier waarop artikel 17 functioneert op het gebied van *hate speech* lijkt ook in die richting te wijzen. Als een meningsuiting haaks staat op de waarden van het verdrag, blokkeert artikel 17 een beroep op artikel 10 en vindt er geen inhoudelijke afweging van belangen plaats.⁸⁶⁹ Daarbij moet dan worden gedacht aan Holocaust-ontkenning of het aanmerken van joden als de bron van het kwaad in Rusland.⁸⁷⁰ Ook de Vlaamse staatsrechtsgeleerde Pieter Vanden Heede schrijft – nog voor de Hizb ut-Tahrir-zaken – dat er twee manieren zijn waarop het EHRM partijverboden beoordeelt: artikel 11 en 17. Vanden Heede ontraadt daarbij het gebruik van artikel 17; juist omdat dan niet naar de reële ‘gevaarlijkheid’ van een partij gekeken kan worden.⁸⁷¹

Er lijkt dan ook veel te zeggen voor de ‘tweesporen’-uitleg. Hiermee kan het verschil in aandacht voor het dreigingsniveau goed worden verklaard. Problematisch blijft echter het onderscheid tussen beide ‘verdedigingslijnen’. Een nadere vergelijking tussen Refah en de Hizb ut-Tahrir, mede in het licht van de *hate speech*-jurisprudentie kan wellicht in de richting van bruikbare criteria wijzen. Gaat het bijvoorbeeld om het niet categoriaal uitsluiten van geweld? Maar: *ook* bij Refah waren de opvattingen over geweld op z’n minst ambigu.⁸⁷² De lotgevallen van artikel 17 in de *hate speech*-jurisprudentie stemmen wat dat betreft alvast niet optimistisch.⁸⁷³

⁸⁶⁸ Deze interpretatie van artikel 17 EVRM vindt bovendien steun in Vanden Heede 2004, p. 229: ‘een onderzoek ten gronde en in concreto wordt uitgesloten’ en Tyulkina 2015, p. 96-97.

⁸⁶⁹ Atoine Buyse, ‘Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech’, *International and Comparative Law Quarterly* 2014, vol. 63 nr. 2, p. 491-503 (495).

⁸⁷⁰ Buyse 2014, p. 494.

⁸⁷¹ Vanden Heede 2004, p. 229. Sajó pleit ervoor de vraag van partijverboden juist wel langs artikel 17 EVRM op te lossen, zie: Sajó 2004, p. 225.

⁸⁷² Zie bijvoorbeeld EHRM *Refah Partisi*, §131, en daarover: Van Noorloos 2015, p. 175, en Sajó 2004, p. 222.

⁸⁷³ Zaken worden te gemakkelijk afgedaan indien wordt gekozen voor artikel 17 (Sottieux) en de criteria ontbreken om te bepalen wanneer artikel 17 of artikel 11 van toepassing is (Buyse). Zie respectievelijk: Stefan Sottieux, “‘Bad Tendencies’ in the ECtHR’s ‘Hate Speech’ Jurisprudence”, *European Constitutional Law Review* 2011, vol. 7 nr. 1, p. 40-63 (62-63) en Buyse 2014, p. 495-496. Zie ook (positiever): Jan-Peter Loof, ‘Restricting Free Speech in Times of Terror: An ECHR Perspective’, p. 185-216 (215-216), in: Ellian & Molier 2015.

Op basis van de Hizb ut-Tahrir-zaken kunnen we in ieder geval wel concluderen – en dat is het derde en laatste punt – dat het EHRM het tweesnijdende zwaard van artikel 11 en 17 EVRM bijzonder scherp geslepen heeft. We zagen in *United Communist Party of Turkey* dat het EHRM aan discussie en stevig debat veel ruimte wil geven. Tegelijkertijd betekent dit *ook* dat degenen die de waarborgen voor een dergelijk debat zonder meer willen vernietigen geen enkele aanspraak meer kunnen maken op die rechten.

De drie beginselen van democratie als zelfcorrectie

Zowel het BVerfG als het EHRM hebben nagedacht over de vraag hoe aan begrippen als ‘freiheitliche demokratische Grundordnung’ of ‘fundamental democratic principles’ nader invulling kan worden gegeven. Het zijn immers de begrippen waaraan een partijstreven getoetst moet worden en de consequenties van die toets kunnen zeer ingrijpend zijn. Beide rechterlijke instanties worstelen logischerwijs met de vraag hoe zij zo’n abstract begrip zouden kunnen uitwerken tot een set juridisch hanteerbare criteria. Er wordt geen oordeel uitgesproken over de mate waarin ze daarin slagen. Daarvoor zijn te weinig uitspraken onderzocht en een uitgebreidere bestudering van de jurisprudentie voert op deze plaats te ver. De afzonderlijke elementen die beide instanties aandragen, dienen ter inspiratie voor een nadere invulling van het eigen concept ‘democratie als zelfcorrectie’. Het zijn de broodnodige aanknopingspunten voor de vraag: welke grondrechten kunnen we aanwijzen als noodzakelijk voor democratie als zelfcorrectie?

Eerder hadden we al vastgesteld dat actief en passief kiesrecht (art. 4 Grondwet) en verkiezingen (art. 50, 52 en 53) onmisbaar zijn. Zonder deze rechten is er geen democratie; samen vormen ze *het beginsel van evaluatie*. Op basis van onze nadere onderzoeken kunnen we daar nu twee beginselen aan toevoegen.

Ten eerste kunnen we uit het Duitse meerpartijenprincipe *het beginsel van politieke concurrentie* destilleren. In mededingingstaal: monopolist worden moet onmogelijk zijn. Politieke concurrentie mag niet worden uitgesloten. Er zijn twee waarborgen die dit verzekeren. In een democratie zonder partijen (formeel gezien ons model) zorgt het passieve kiesrecht ervoor dat er altijd nieuwe uitdagers kunnen opstaan. Het passieve kiesrecht mag dus niet beperkt worden tot een selecte groep. Artikel 4 van de Grondwet beschermt dit grondrecht en maakt al deel uit van ons lijstje. Voor een partijendemocratie (praktisch gezien alle

democratieën) dient de garantie voor politieke concurrentie te worden gezocht in de verenigingsvrijheid, of de vrijheid om politieke partijen op te richten. Een partij mag zich nooit vereenzelvigen met de staat. Dat is het einde van politieke concurrentie; alternatieve beleidsopties kunnen niet langer buiten de partij om aangedragen worden. Dit is waarom eenpartijstaten nooit democratieën kunnen zijn. Dit tweede onderdeel van het beginsel van politieke concurrentie wordt daarom gevonden in artikel 8 van de Grondwet: de verenigingsvrijheid.

Daarnaast kunnen we op basis van de besproken EHRM-jurisprudentie een tweede noodzakelijk beginsel toevoegen: de *vrije meningsuiting*. In de democratieopvatting van het EHRM wordt benadrukt dat een democratie zonder vrijheid van meningsuiting niet kan voortbestaan. Dat geldt ook voor – het engere begrip – ‘democratie als zelfcorrectie’. Om bij onze eigen Grondwet te blijven kunnen we dus zeggen: de artikelen 4, 8, 50, 52 en 53 leggen de basisstructuur voor het aandragen van alternatieve visies, voor kritiek en koerswijzigingen. Partijen kunnen zich vrij formeren, burgers kunnen zich verkiesbaar stellen en burgers kunnen de alternatieven geregeld beoordelen en evalueren in verkiezingen. Maar binnen die basisstructuur moeten al die alternatieve visies – van visies op het goede leven tot de juiste hoogte van de bijstandsuitkering – wel aangedragen kunnen worden. Daarvoor zorgt de vrijheid van meningsuiting.

Dat levert het volgende overzicht op. Voor het zelfcorrigerende mechanisme zijn in elk geval vereist (steeds gevolgd door het relevante Grondwetsartikel):

- *het beginsel van evaluatie:*

actief kiesrecht (art. 4)

vrije, geheime, periodieke verkiezingen (art. 50, 52 en 53)

- *het beginsel van politieke concurrentie:*

passief kiesrecht (art. 4)

vrijheid van vereniging (art. 8)

- *vrije meningsuiting* (art. 7)

Als een partij dreigt een van de bovenstaande waarden en beginselen af te schaffen of in de kern aan te tasten, komt daarmee het zelfcorrectiemechanisme direct in gevaar. Zo is de lijst opgesteld: het zijn minimumvereisten. Een dergelijk streven kan binnen de theorie van democratie als zelfcorrectie worden aangemerkt als antidemocratisch; daarmee komt de partij in aanmerking voor een verbod. De

rechter beschikt daarmee over een juridisch hanteerbare norm. Hij weet op welke beginselen, en in het verlengde daarvan welke grondrechten, hij moet letten.

Bij bescherming van deze grondrechten blijft de kern van zelfcorrectie overeind, waardoor betreuenswaardige en slechte beslissingen, bijvoorbeeld om aan *andere* grondrechten te gaan sleutelen, kunnen worden teruggedraaid. Daarmee is niet gezegd dat deze opsomming definitief is. Wellicht dat er nog andere waarden of beginselen (en dus grondrechten) aan het rijtje toegevoegd moeten worden om zelfcorrectie in stand te houden. Ik denk echter dat hiermee de kern in beeld is. Dat het lijstje niet definitief is, wil overigens niet zeggen dat de rechter geen limitatieve opsomming mee moet krijgen. Wetenschap en wetgever moeten discussiëren over de elementen van een juiste definitie en deze keuze moet de wetgever vervolgens vastleggen. Op dat punt stopt de discussie; vervolgens moet de rechter kunnen werken met een limitatieve opsomming van criteria, meer kun je in redelijkheid niet van hem vragen bij zo'n politiek onderwerp.

Procedurele waarborgen I: rechterlijke controle

De smalle verbodsgrond in de theorie van democratie als zelfcorrectie biedt op zichzelf al een belangrijke waarborg tegen lichtvaardig gebruik en misbruik. Een verbod is uitsluitend mogelijk wanneer het zelfcorrectiemechanisme wordt aangetast. De limitatieve opsomming voorkomt dat de rechter zich ongewild op politiek terrein moet begeven. Als we de rechter dat politieke terrein opsturen, wordt hij onderdeel van een strijd waar hij alleen maar met minder gezag uit te voorschijn kan komen. De uitspraak van de rechter moet daarom zo a-politiek mogelijk zijn. Het helpt dan niet wanneer hij zelf moet gaan definiëren wat 'fundamental democratic principles' zijn. Wat de uitspraak ook zal zijn; hij zal dan immers altijd het vermoeden op zich laden dat zijn uitspraak op z'n minst politiek geïnspireerd was. Maar ook als hij dat weet te vermijden, stuit hij bij een brede verbodsgrond alsnog onvermijdelijk op haast onoplosbare interpretatieproblemen, die uiteindelijk ook zijn gezag zullen aantasten. Van den Bergh wees in 1936 al op de onmogelijke taak van de rechter in zo'n situatie:

'De wetgever heeft blijkbaar niet bevroed, hoe moeilijk de taak was, waarmede hij den rechter belastte. Dit moet te meer verwondering wekken, daar duidelijk blijkt, dat de wetgever er zich zeer wel van bewust was, dat hij

ook regelen voor *staatkundige* verenigingen, voor politieke partijen, ontwierp. In dit opzicht is de geschiedenis der wet niet dubbelzinnig. Tal van leden der Staten-Generaal hebben zelfs in het bijzonder aan staatkundige verenigingen gedacht.

Ons geldend recht verbiedt dus de politieke partij, wier doel in strijd is met de goede zeden. En de rechter moet, los van iedere ‘politieke’ overweging, beslissen! Waar kan hij steun, waar houvast vinden?⁸⁷⁴

Een uitspraak doen ‘los van iedere politieke overwegingen’ lijkt met een vage verbodsgrond inderdaad onmogelijk. En dan hebben we het nog niets eens over de rechter te kwader trouw, die zo’n verbodsgrond kan gebruiken om politieke overtuigingen *opzettelijk* mee te wegen. Een smalle, nauw omschreven verbodsgrond kan een waarborg bieden tegen gezagsaantastende interpretatieproblemen, politiek geïnspireerde oordelen te goeder trouw en politiek geïnspireerde oordelen te kwader trouw.

Nu kan er nog worden nagedacht over extra *procedurele* waarborgen. Gezien het ingrijpende karakter van een partijverbod is die gedachte gerechtvaardigd.⁸⁷⁵ Dat is ook de lijn van de Europese Commissie voor Democratie door Recht, ofwel de Commissie van Venetië, in een onderzoek naar partijverboden.⁸⁷⁶ Dit adviesorgaan van de Raad van Europa (en daarmee het EHRM) benadrukt naast een algemene terughoudendheid (‘laatste redmiddel’) de procedurele waarborgen die partijverboden zouden moeten omkleden.⁸⁷⁷ Zoals Kirshner stelt: een partijverbod brengt ‘democratische kosten’ met zich mee – je levert in op democratie. Hoe dit besef, door Kirshner ‘democratische verantwoordelijkheid’ genoemd, te vertalen naar extra waarborgen?

Van den Bergh doet het voorstel om het oordeel over het verbieden van politieke partijen uitsluitend over te laten aan de Hoge Raad, die dat besluit bovendien alleen met algemene stemmen zou mogen nemen.⁸⁷⁸ De procureur-generaal is dan de instantie die een verbod kan vorderen. De redenering is dat dit

⁸⁷⁴ Van den Bergh 1936a, p. 14

⁸⁷⁵ Zo ook: Issacharoff 2007, 1467.

⁸⁷⁶ *Guidelines on Prohibition of Political Parties and Analogous Measures*, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), aangenomen 10-11 december 1999, Straatsburg 2000, beschikbaar via: <<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF%282000%29001-e>>. Dit onderzoek werd in 1998 aangevraagd naar aanleiding van de grote toename in het aantal partijverbodzaken bij het EHRM, zie daarover, en over het rapport in het algemeen: Tyulkina 2015, p. 102-104.

⁸⁷⁷ Tyulkina 2015, p. 103.

⁸⁷⁸ Van den Bergh 1936a, p. 28-29.

de onafhankelijkheid ten goede komt; de procureur-generaal wordt immers voor het leven benoemd.⁸⁷⁹

Ook Bellekom sluit zich bij het pleidooi aan en wil de Hoge Raad bij uitsluiting bevoegd maken om over partijverboden te besluiten.⁸⁸⁰ Net als de Commissie van Venetië, die in eerste instantie denkt aan beoordeling door een Constitutioneel Hof.⁸⁸¹ Elzinga wijst echter terecht op een belangrijk nadeel van deze constructie: hoger beroep en beoordeling in verschillende instanties is uitgesloten.⁸⁸² Je zou kunnen zeggen dat Van den Bergh dit deels ondervangt door een beslissing met eenparigheid van stemmen te eisen. Toch lijken de waarborgen van een beoordeling in meerdere instanties groter. Dat hierdoor in eerste instantie een lagere rechter zich over deze kwestie buigt, is in dat licht bezien niet zo problematisch: uiteindelijk kan de Hoge Raad er alsnog aan te pas komen. De beperkte ervaring en rechtsontwikkeling ten aanzien van partijverboden is bovendien een extra argument voor een beoordeling door *meerdere* instanties: de jurisprudentie op dit gebied is beperkt, in Nederland en elders. Denk bijvoorbeeld aan de radicaal verschillende interpretaties die rechtbank en hof gaven aan de verbodsbepaling van artikel 2:20 BW in de zaken over Vereniging Martijn (geen politieke partij, maar wel een vereniging). Het is geen overbodige luxe geweest dat de Hoge Raad uit hun interpretaties kon putten alvorens een definitief oordeel te geven. Of je moet er natuurlijk van uitgaan dat rechtbank en hof het ‘gewoon’ niet snapten en de Hoge Raad het in één keer goed had – maar dat lijkt me een moeilijk verdedigbare stelling.

Procedurele waarborgen II: de Europese dimensie van weerbare democratie

Een andere mogelijkheid is natuurlijk om de rechtsprekende instantie voor zulke precaire zaken op internationaal niveau zoeken. Daar valt iets voor te zeggen. Deze instanties staan immers op enige afstand van de lokale, nationale politiek en zouden daarom in theorie als neutrale scheidsrechter kunnen functioneren. Issacharoff schrijft bijvoorbeeld:

⁸⁷⁹ Zie artikel 2 lid 1 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren, daarover: Elzinga 1982, p. 153, noot 99.

⁸⁸⁰ Bellekom 1982, p. 140. Overigens vindt Bellekom de instelling van een speciaal constitutioneel hof (bijvoorbeeld als afdeling van de Raad van State) voor deze kwestie ook een optie, het zou volgens hem bovendien een mooie hefboom opleveren in het debat over constitutionele toetsing.

⁸⁸¹ *Guidelines on Prohibition of Political Parties and Analogous Measures*, p. 5 (richtlijn 7), zie ook Tyulkina 2015, p. 103.

⁸⁸² Elzinga 1982, p. 153, noot 99.

‘Requiring (...) a source of review independent of the executive provides a check on the misuse of this dangerous power. Perhaps the clearest example is the use of international tribunals, such as the European Court of Justice (sic), to review party prohibitions. Such crossnational bodies are removed from any immediate accountability to domestic political processes and are unlikely to respond narrowly to partisan or sectional interests.’⁸⁸³

Een nadeel van zo’n benadering is dat een democratie zich hiermee als het ware permanent onder curatele plaatst. De belangrijkste beslissingen over de nationale democratie worden dan immers door een internationaal orgaan genomen. Een democratie heeft daarmee de verdediging van haar instituties niet meer in eigen hand. Nog los van de eventuele (on)wenselijkheid daarvan is een kundig en in beginsel neutraal orgaan dat deze functie zou kunnen vervullen natuurlijk niet overal beschikbaar. Sterker nog, waarschijnlijk is een orgaan met een *standing* als die van het EHRM alleen in Europa beschikbaar.⁸⁸⁴ Daarnaast kun je je afvragen of het voordeel van deze vermeende neutraliteit niet wordt opgeheven door het nadeel van ongevoeligheid en gebrek aan kennis ten aanzien van de lokale, nationale politieke situatie. Maar ook als het kennisgebrek verholpen kan worden, staat zo’n instantie voor een dilemma. Enerzijds lijkt het namelijk onmogelijk om een juiste afweging in een concrete zaak te kunnen maken zonder iets aan dat kennisgebrek te doen en ‘diepgaand de politieke context van een specifiek land te onderzoeken’⁸⁸⁵ – hoe schat je anders bijvoorbeeld de dreiging in? Anderzijds zal zo’n diepgaand onderzoek al snel leiden tot het verwijt dat de overkoepelende instantie zich begeeft op het gebied dat juist ‘voorbehouden is aan de nationale autoriteiten’.⁸⁸⁶ De rol die zo’n internationaal orgaan kan vervullen is daarom waarschijnlijk vooral aanvullend. Het Europese Mensenrechtenhof hanteert een kritische standaard,

⁸⁸³ Issacharoff 2007, p. 1454 (Issacharoff bedoelt, zo mogen we uit de context van zijn betoog toch wel opmaken, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en niet het EU-hof). Voor een vergelijkbare opvatting, zie: Gregory Fox & Georg Nolte, ‘A defense of the ‘intolerant democracies’ thesis’, p. 445-448 (447), in: Gregory Fox & Brad Roth, *Democratic Governance and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2000: ‘By encouraging international bodies to review the propriety of bans there will at least be an opportunity for the numbers of bans to be reduced.’

⁸⁸⁴ Zie over de unieke positie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: Rick Lawson, ‘Overvloed en onbehagen: de Universele Verklaring en de Europese bescherming van de mensenrechten’, *Internationale Spectator* 2008, vol. 62 nr. 12, p. 659-662.

⁸⁸⁵ Tyulkina 2015, p. 102, ten aanzien van het EHRM.

⁸⁸⁶ Tyulkina 2015, p. 102.

maar laat, via de ‘margin of appreciation’, niettemin enige ruimte voor de lidstaten.⁸⁸⁷

Tegelijkertijd is de Europese dimensie van de weerbare democratie ook op een ander vlak al een realiteit. Naast het EHRM past ook de Europese Unie een (voorlopig bescheiden) vorm van ‘supranationale democratiecontrole’ toe en heeft daartoe verdragsrechtelijke bevoegdheden.⁸⁸⁸ Het gaat in het geval van de EU echter niet om controle op de uitvoering van de weerbare democratie, maar veeleer om eigen ‘weerbare democratiemaatregelen’, breed gedefinieerd, die ingrijpen in de nationale democratieën met als doel de democratie aldaar te beschermen. Daarbij valt natuurlijk als eerste de ‘nucleaire optie’ uit artikel 7 van het Verdrag van Lissabon (VEU) op: als er sprake is van een systematische schending van fundamentele Europese waarden, kan het lidmaatschap van een lidstaat opgeschort worden.⁸⁸⁹ Maar er worden ook al andere, minder vergaande, geïmproviseerde sancties opgelegd. Toen duidelijk werd dat de extreemrechtse partij van Jörg Haider (1950-2008) in 2000 zou gaan meeregeren in Oostenrijk, besloten de veertien andere EU-lidstaten alle diplomatieke contacten met het land op te schorten.⁸⁹⁰ Het was een initiatief van de andere EU-lidstaten tezamen, zonder verdragsrechtelijke basis en het was na enkele maanden alweer voorbij, maar het principe erachter is veelbetekenend: via sancties tegen een lidstaat wordt een staat bestraft voor zijn niet-ingrijpen; voor het feit dat een extremistische partij het zo opmerkelijk ver heeft kunnen schoppen, tot in de regering. Het is een duidelijk signaal dat ook de EU meekijkt, of in ieder geval de afzonderlijke lidstaten, en dat waakzaamheid dan

⁸⁸⁷ Zie daarover Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 92-93. Zie bijvoorbeeld de uitspraak over het Spaanse Batasuna: EHRM 20 juni 2009, 25803/04 en 25817/04, (Herri Batasuna/Spanje) §74-75; in feite functioneerde het hof ook op deze manier in de eerder besproken Refah-zaak. Illustratief is ook EHRM *Zdanoka* (over het ontnemen van kiesrecht), §134: ‘The Court therefore accepts in the present case that the national authorities of Latvia, both legislative and judicial, are better placed to assess the difficulties faced in establishing and safeguarding the democratic order. Those authorities should therefore be left sufficient latitude to assess the needs of their society in building confidence in the new democratic institutions, including the national parliament, and to answer the question whether the impugned measure is still needed for these purposes, provided that the Court has found nothing arbitrary or disproportionate in such an assessment.’

⁸⁸⁸ Zie daarover uitgebreid: Jan-Werner Müller, *Safeguarding Democracy inside the EU*, Washington: *Transatlantic Academy* 2013 (hierna: Müller 2013c), Klamt 2012, in het bijzonder: p. 300-452, en Müller 2013a; zie verder: Rensmann 2003, p. 1135-1136, en Papier & Durner 2003, p. 370.

⁸⁸⁹ Zie Müller 2013a, p. 146, en Klamt 2012, p. 311-321, met op p. 321: ‘Alles in allem bringt die Vorschrift des Art. 7 EUV den Gedanken der Streitbaren Demokratie auf der Ebene der Europäischen Union deutlich zum Ausdruck.’

⁸⁹⁰ Wojciech Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 84. Zie over de sancties kritisch: Müller 2013a, p. 139 en 144-145, zie ook Müller 2007, p. 113-114. Al even kritisch is Klamt 2012, p. 323-326, die de Haider-casus desalniettemin ziet als de ‘Refah voor de EU’ als het gaat om weerbare democratie – het idee kreeg voor het eerst praktische relevantie op supranationaal niveau (zie p. 325 en 326). Zie verder: Thomas Christiansen & Christine Reh, *Constitutionalizing the European Union*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2009, p. 156.

wel actief optreden wordt verwacht ter bescherming van de democratie.⁸⁹¹ Meer recente zorgen zijn Hongarije en Roemenië, en ook daar werd op verschillende wijzen geïntervenieerd, bijvoorbeeld via een door de Europese Commissie gestarte procedure bij het Europese Hof van Justitie.⁸⁹²

Dat de EU optreedt als grensbewaker van de nationale democratieën hoeft overigens niet te verwonderen. De EU is, samen met het EHRM, een uiting van het naoorlogse Europese ‘constitutionele ethos’: een geestesgesteldheid, ingegeven door de trauma’s van het interbellum, die wordt gekenmerkt door een groot wantrouwen ten aanzien van volkssoevereiniteit en parlementaire besluitvorming.⁸⁹³ De Europese democratieën delegerden hun macht deels aan ongekozen instituties, nationaal en supranationaal, om hun democratische rechtsstaten te ‘verankeren’ en zichzelf daarmee te beschermen tegen een ‘autocratische terugval’.⁸⁹⁴ Het ontstaan van het EHRM kan dan ook verklaard worden vanuit de wens van de beschadigde Europese democratieën om, via internationaalrechtelijke zelfbeperking, ‘hun democratische systeem te consolideren’ en ‘de politieke status quo te verankeren tegen niet-democratische opposenten’.⁸⁹⁵ Zoals politicoloog en Princeton-hoogleraar Jan-Werner Müller schrijft:

‘Distrust of unrestrained popular sovereignty – and even the unconstrained parliamentary sovereignty that a German constitutional lawyer once called ‘parliamentary absolutism’ – is in the very DNA of postwar European politics.’⁸⁹⁶

⁸⁹¹ Zie ook Sadurski, p. 85: ‘Rather, they should be seen as a general ideological statement about the limits of what is, politically and ideologically, acceptable in the EU: what are the limits of the diversity, on the eve of a monumental increase of the diversity within the Union (de uitbreiding met tien nieuwe lidstaten in 2004, BR).

⁸⁹² Müller 2013a, p. 139-141.

⁸⁹³ Müller 2014, p. 251.

⁸⁹⁴ Müller 2014, p. 252.

⁸⁹⁵ Andrew Moravcsik, ‘The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe’, *International Organization* 2000, vol. 54 nr. 2, p. 217-252 (243-244): ‘We have seen that the origins of the ECHR, the most successful international human rights adjudication and enforcement regime in the world today, lies not in coercive power politics or socialization to idealistic norms, as contemporary international relations theories predict. Instead its origins lie in self-interested efforts by newly established (or reestablished) democracies to employ international commitments to consolidate democracy – ‘locking in’ the domestic political status quo against their nondemocratic opponents.’ En, meer in het algemeen: ‘By placing interpretation in the hands of independent authorities managed in part by foreign governments – in other words, by alienating sovereignty to an international body – governments seek to establish reliable judicial constraints on future nondemocratic governments or on democratically elected governments that may seek (as in interwar Italy and Germany) to subvert democracy from within. (p. 228)’. Zie ook: Müller 2014, p. 252.

⁸⁹⁶ Müller 2013a, p. 143.

Müller is voorstander van Europees toezicht op democratie in de lidstaten. Maar hij baseert dat niet op een dergelijke ‘nooit weer’-rationale. Hij geeft een principieel argument voor EU-inmenging in de nationale democratieën: via de Europese Raad beslist elke lidstaat, en dus ook een eventueel ondemocratische lidstaat, zij het indirect, mee over de ‘levens van alle Europeanen’.⁸⁹⁷ Strikt genomen zijn er geen ‘puur nationale aangelegenheden’ in de EU, aldus Müller.⁸⁹⁸

Volgens Müller moet een EU-interventie aan drie eisen voldoen: 1) er moet een ‘track record of violating liberal-democratic principles’ zijn, 2) er moet worden gewacht met ingrijpen als herstel nationaal afgedwongen kan worden (bijvoorbeeld door de rechter), en 3) qua inhoud moet het gaan om radicale afwijkingen van ‘gedeelde overtuigingen’ over democratie.⁸⁹⁹ Bovendien stelt Müller voor om zowel de EU-infrastructuur als het arsenaal aan maatregelen uit te breiden. Een onafhankelijk orgaan zou moeten toezien op de democratie in de lidstaten en zou – de genoemde vereisten indachtig – sancties moeten kunnen opleggen die minder vergaand zijn dan artikel 7 VEU én waar niet over hoeft te worden gestemd in de Europese Raad.⁹⁰⁰ De andere beschermingsmechanismen blijven gewoon overeind.⁹⁰¹

Toch heeft het iets ironisch dat nu juist de EU zou moeten optreden als beschermer van democratie in de lidstaten. Het lijkt niet onrealistisch om te verwachten dat de legitimiteit van de EU op dit gebied op z’n minst betwist zal worden. Zo zullen critici betogen dat de EU vooral zelf een nogal nadelig effect heeft op de democratie in de verschillende lidstaten.⁹⁰²

Hier stuiten we op een paradox. De EU wordt in toenemende mate politieker en deze ontwikkeling mondt misschien zelfs uit in onder meer een Europees partijensysteem. Vanuit democratisch oogpunt is dat een te prijzen ontwikkeling.⁹⁰³

⁸⁹⁷ Müller 2013a, p. 143.

⁸⁹⁸ Müller 2013a, p. 143.

⁸⁹⁹ Müller 2013a, p. 145.

⁹⁰⁰ Müller 2013a, p. 147-148. Vgl ook Müller 2007, p. 119, waar Müller aanzienlijk terughoudender is: ‘Clearly, the EU excludes the nondemocratic, but below the level of clear-cut deviance from democratic principles it is not obvious what the Union could do, (...)’.

⁹⁰¹ Müller 2013a, p. 149, naast artikel 7 VEU, bijvoorbeeld: de verdragsinbreukprocedure, bescherming van burgerrechten in concrete zaken door het EU-Hof en politici die elkaar aanspreken op ontwikkelingen.

⁹⁰² Dat voorziet ook Müller 2013a, p. 138, maar hij is er niet door overtuigd, zie: p. 141-142; zie voor een dergelijke kritiek: Peter Mair, *Ruling the Void: The Hollowing of Western Democracy*, London: Verso Books 2013, p. 99-142.

⁹⁰³ Müller 2013a, p. 147. Dat dit een moeilijk proces zal zijn, kan worden verklaard vanuit het feit dat de EU oorspronkelijk helemaal niet als *democratisch* bedoeld was, althans het was in die zin democratisch dat het (mede) als supranationale beschermende check fungeerde op het ontsporen van nationale democratieën. Vgl. ook Müller 2014, p. 252: ‘In short, ‘Europe,’ rather than evolving into a powerful federal state, as some enthusiasts for a pan-European polity had hoped after the war, was supposed further to constrain national democracies, not to supersede them. Even more than at the national level, no particular value was placed on political participation. In fact, popular participation was limited as much as possible: interdependence was to be created and ‘deepened’ by benevolent elites

Ook in termen van legitimiteit zou het veel kunnen betekenen: de EU schuift dan op van, grofweg, een democratiebeperkend supranationaal systeem naar een meer federale democratische constellatie. Dat zou ervoor moeten zorgen dat ingrijpen in de nationale democratieën beter gerechtvaardigd kan worden – het ‘kijk eens hoe ondemocratisch je zelf bent’-argument zou minder kracht hebben. Maar tegelijkertijd, en hier treffen we de paradox, zorgt deze politisering ervoor dat de EU minder goed als onafhankelijke arbiter kan optreden.⁹⁰⁴ Het is een van de redenen waarom bijvoorbeeld Müller een onafhankelijk toezichthoudend orgaan voorstelt, op afstand van de Europese politiek. Maar het is de vraag of zo’n orgaan, ingebed in een steeds politiekere unie, die rol wel kan volhouden. De contra-intuïtieve conclusie zou daarom weleens kunnen zijn dat de EU slechts als arbiter kan functioneren zo lang ze supranationaal is, en dat alle verdere politisering – zolang er geen federale EU is – deze functie juist zal bemoeilijken.

Maar er is ook een andere ontwikkeling mogelijk binnen de Europese dimensie van de weerbare democratie. Namelijk: de situatie waarin niet het Europees Hof van Justitie toeziet op de democratieën van de lidstaten, maar dat, omgekeerd, nationale rechters zich verzetten tegen wat zij zien als EU-aantastingen van hun nationale democratieën. Zeker bij lidstaten met een onveranderlijke grondwettelijke kern (zoals Duitsland) is het een legitieme vraag in hoeverre de Europese integratie samen kan gaan met de democratische principes die door deze kern ‘voor de eeuwigheid’ worden beschermd. Het levert de interessante situatie op dat de strijd over de toekomst van de Europese democratieën lijkt te worden uitgevochten tussen twee ‘counter-majoritarian’ instituties bij uitstek: de constitutionele hoven versus het Europees Hof.⁹⁰⁵ In deze ontwikkeling loopt het Duitse Bundesverfassungsgericht onmiskenbaar voorop, hoewel ook andere nationale rechters zich roeren, met name de Tsjechische.⁹⁰⁶

De Duitse hoogste rechter behoudt zich expliciet het recht voor om alle EU-ontwikkelingen te toetsen op hun (on)verenigbaarheid met de Duitse Grondwet.⁹⁰⁷

cooperating across national borders; it was not based on anything like movements from below. Whatever elites achieved would of course eventually require some acceptance by the peoples of Europe; but here the main idea was that the practical benefits of integration would be so obvious (and obviously desirable) that at least something like tacit consent on the part of the peoples of Europe could be presumed over time.’

⁹⁰⁴ Müller 2013a, p. 147.

⁹⁰⁵ Franz Mayer, ‘Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court’s OMT Reference’, *German Law Journal* 2014, vol. 15 nr. 2, p. 112-146 (141)

⁹⁰⁶ Zie Mayer 2014, p. 133-134.

⁹⁰⁷ Jürgen Bast, ‘Don’t Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court’s Ultra Vires Review’, *German Law Journal* 2014, vol. 15 nr. 2, p. 168-181 (168-169), zie ook: Mayer 2014, p. 116, en Michael Wilkinson, ‘From Karlsruhe, with Love? Questioning the Constitutionality of Unconventional Monetary Policy’ (oktober 2014), LSE Law – Policy Briefing Paper No. 6, p. 3.

Het leidde tot een serie veelbesproken en bekritiseerde uitspraken over de verdragen van Maastricht en Lissabon, en meer recent over het ‘opkoopprogramma’ van staatsobligaties.⁹⁰⁸ In de zaak over het Lissabon-verdrag stelde het Duitse Constitutioneel Hof zelfs onomwonden dat de eeuwigheidsclausule het voor Duitsland onmogelijk maakt om onderdeel te worden van een Europese federale staat.⁹⁰⁹ De Britse rechtsgeleerde Michael Wilkinson, verbonden aan de Londen School of Economics, beschrijft het als volgt:

‘If it is legitimate to institutionalise the protection of democracy against itself – key to the idea of ‘militant democracy’ – then Karlsruhe’s actions appear nothing short of heroic. Taking fundamental rights and democratic guarantees off the table of parliamentary deliberation is intended to prevent the Bundestag from committing suicide by transferring powers to a democratically unaccountable body such as the EU. (...) Karlsruhe has even been cast by some in the unlikely role of Rebel, or protagonist of democratic Resistance. Although this attribution seems far-fetched (...), there is a kernel of truth to it. The German Court is unwilling to delegate the task of guarding democratic sovereignty to the institutions of the EU in general and the European Court of Justice in particular.’⁹¹⁰

Het is de vraag hoe deze competentiestrijd zich zal ontwikkelen nu niet alleen het Duitse Hof zich meer assertief lijkt op te stellen,⁹¹¹ maar ook het Europees Hof niet toegeeft. Het Europees Hof keurde het opkoopprogramma goed, ondanks de Duitse constitutionele bezwaren.⁹¹² Bovendien laat de prejudiciële vraag van het

⁹⁰⁸ Michael A. Wilkinson, ‘Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce?’, *European Law Journal* 2015, vol. 21 nr. 3, p. 313–339 (335–336). Zie bijvoorbeeld de kritiek bij: Mayer 2014, p. 115–117, en Klaus Garditz, ‘Beyond Symbolism: Towards a Constitutional *Actio Popularis* in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court’, *German Law Journal* 2014, vol. 15 nr. 2, p. 183–201, en ten aanzien van Lissabon in het bijzonder: Daniel Halberstam & Christoph Möllers, ‘The German Constitutional Court says “Ja zu Deutschland”’, *German Law Journal* 2009, vol. 10 nr. 8, p. 1242–1258.

⁹⁰⁹ Gábor Halmai, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?’, *Constellations* 2012, vol. 19 nr. 2, p. 182–203 (185). Zie ook Wilkinson 2015, p. 335–336.

⁹¹⁰ Wilkinson 2015, p. 333. De ‘militante houding’ van Duitsland heeft, naast eventuele positieve effecten op de Duitse democratie, wellicht wel negatieve effecten op de democratieën in andere lidstaten – gezien vanuit het bredere perspectief van de EU sinds de Eurocrisis, zie uitgebreid: Wilkinson 2015, p. 334–336.

⁹¹¹ Zie ook Wilkinson 2014, p. 3 (ten aanzien van de zaak over opkoopprogramma), een dergelijke toegenomen assertiviteit was volgens Wilkinson ook al te zien in de Lissabon-uitspraak: ‘And beyond a reflection of the political and economic difficulties faced in other parts of the Eurozone, which can be traced at least in part to the design flaws of EMU itself, the shift in tone from the Maastricht Urteil to the Lisbon and OMT decisions suggests another point of significance, discernible in the difference between a ‘not yet’ and a ‘never’ with regard to the development of a democratic supranationalism. Sovereign statehood now is sacrosanct, even if incongruously protected by individual fundamental rights and constitutional courts (Wilkinson 2015, p. 335–336).’

⁹¹² Sebastian Jost, ‘Europas Richter urteilen über Draghis Milliarden-Plan’, *Die Welt* (online), 16 juni 2015.

Bundesverfassungsgericht in die zaak zich maar moeilijk uitleggen als een teken van inschikkelijkheid.⁹¹³ En ook wanneer het Bundesverfassungsgericht zich in de supranationale orde schikt, zijn er in principe nog zevenentwintig andere nationale rechters, waarvan er, volgens het Duitse Hof, op dit moment in ieder geval tien een vergelijkbare koers varen.⁹¹⁴

Zo bezien zal de Europese dimensie van de weerbare democratie alleen maar belangrijker worden. Dat zal opvallend genoeg waarschijnlijk gebeuren langs de lijnen van twee aan elkaar tegengestelde ontwikkelingen, met enerzijds een verdere ontwikkeling van supranationaal toezicht op nationale democratieën, maar anderzijds ook het verzet van nationale rechters, in naam van de nationale democratieën, tegen supranationalisme.

Democratie als zelfcorrectie is in principe opgezet als zelfvoorzienend systeem: de verdediging van de democratie wordt op statelijk, nationaal niveau geregeld. Dat dit ordentelijk plaatsvindt, wordt bevorderd door twee ‘nationale’ waarborgen: rechterlijke controle (zojuist besproken) en de regeling omtrent het indienen van partijverbodsverzoeken (hierna te bespreken). Tegelijkertijd hebben we in hoofdstuk 2 geconstateerd dat de kans op misbruik van partijverboden in prille en instabiele democratieën reëel is. Het is dan ook niet ondenkbaar dat juist in die gevallen een weerbare democratie kan profiteren van aanvullend *negatief* toezicht op partijverboden. Het EHRM biedt zo’n negatieve controle: een partijverbod komt bij het EHRM na een klacht over schending van individuele rechten (in dit geval: het recht op vereniging). Het hof functioneert daarmee als een beperkte rechter in

⁹¹³ Zie Mayer 2014, p. 111-112: ‘But looking closer, it turns out that this reference to the ECJ is, in fact, the right thing done in the wrong way at the wrong time. The one thing it is not is a surrender, as some initial media comments suggested.’ En Garditz 2014, p. 199: The BVerfG’s referral to the ECJ for a preliminary ruling is accompanied by a message that the BVerfG is determined to enter into an open conflict with the ECJ by additionally activating the constitutional identity control, should the latter qualify the OMT Decision as being in conformity with EU primary law. Uttering barely concealed threats is a questionable method of communication between the courts that keeps the elaborate and apocryphal machinery of European inter-court-cooperation working. The ECJ, for the first time, has to decide on a referral that is furnished with an announcement that the referring court reserves a right to later disregard what it views as an unsuitable decision.’ Een voorbeeld van de misinterpretatie waar Mayer over spreekt, is wat het *NRC Handelsblad* over de zaak schreef, zie: ‘Europees Hof keurt opkoopprogramma ECB goed’, *NRC Handelsblad* (online), 16 juni 2015: ‘Het Duitse Bundesverfassungsgericht (Constitutioneel Hof) in Karlsruhe boog zich over de zaak en gaf de klagers in februari 2014 grotendeels gelijk. Maar tegelijkertijd lieten de Duitse rechters het eindoordeel over de zaak aan het Europees Hof in Luxemburg – een ongebruikelijke stap waarmee het Duitse Constitutioneel Hof feitelijk de beslissingsbevoegdheid over monetair beleid afstaat aan het Europese niveau.’ In Duitsland ging dat beter, zie: Jost 2015: ‘Allerdings ist der EuGH (Europees Hof van Justitie, BR) bei seinem Urteil nicht an die Empfehlungen des Gutachters gebunden. Und selbst wenn aus Luxemburg ein milder Richterspruch kommt, ist die Sache für die EZB noch nicht ausgestanden. Das Bundesverfassungsgericht hat sich nämlich eine Art letztes Wort vorbehalten, sollten die EuGH-Richter den Bedenken aus Karlsruhe nicht ausreichend Rechnung tragen.’ Toch zijn er ook signalen dat het BVerfG zich zal na verloop van tijd zal verzoenen met een nieuwe hiërarchie, zie Halmai 2012, p. 186.

⁹¹⁴ Mayer 2014, p. 133-134, die meent dat het hof het aantal nationale rechters met een vergelijkbare koers ernstig overschat.

laatste instantie. Het legt geen partijverboden op, maar kan slechts onterechte partijverboden ongedaan maken. Een probleem is natuurlijk wel dat juist op de plaatsen waar dergelijk supranationaal toezicht het meest gewenst zou zijn, zoals bijvoorbeeld de Afrikaanse democratieën, een geschikt orgaan vooralsnog niet voorhanden is.

Procedurele waarborgen III: het verzoek tot een partijverbod

Een andere vraag is: wie mag de vordering tot een partijverbod indienen? In Duitsland zijn het de Bondsdag, Bondsraad en de Bondsregering die het BVerfG mogen vragen een partij te verbieden. De intuïtie van Müller ten aanzien van de Europese politiek lijkt hier ook relevant in de nationale context: het is waarschijnlijk beter afstand te creëren tussen de organen die zich bezighouden met ‘democratietoezicht’ en de politiek. Tussen rechters en politiek is die afstand er natuurlijk al, maar die kun je (deels) ook proberen te creëren tussen het verbodsverzoekende orgaan en de politiek. Het Nederlandse model is daar een goed voorbeeld van. In het huidige Nederlandse verbodsregime is het verzoekende orgaan het Openbaar Ministerie (art. 2:20 lid 1 BW). Ondanks de instructiebevoegdheid van de minister van Justitie (art. 127 Wet RO) staat het OM op enige afstand van de politiek – daarmee wordt het a-politieke karakter van het proces zo veel mogelijk gewaarborgd.⁹¹⁵

Nu zijn er in dit systeem twee problematische situaties denkbaar: 1) er is een partij waarvan breed gedacht wordt (ook in de Tweede Kamer) dat zij het zelfcorrectiemechanisme ernstig bedreigt, maar het OM onderneemt geen actie, en 2) er is een partij waarvan het op z’n minst twijfelachtig is of zij als antidemocratisch aan te merken is, maar het OM start niettemin een verbodsprocedure. In beide gevallen biedt de instructiebevoegdheid van de minister van Justitie uitkomst. De minister is verantwoording schuldig aan de Tweede Kamer, dus zowel bij een talmend als een overijverig OM kan de Kamer hem daarop aanspreken. De vertrouwensregel zorgt ervoor dat de minister daar

⁹¹⁵ Zie over de instructiebevoegdheid van de minister: G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers), Deventer: Kluwer 2011, p. 99-101, en C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht* (bewerkt door P.P.T. Bovend’Eert, J.L.W. Broeksteeg, B.P. Vermeulen, C.N.J. Kortmann), Deventer: Kluwer 2012, p. 255. De huidige regeling in artikel 127 Wet RO is het resultaat van een debat in de jaren negentig; de positie van het Openbaar Ministerie ten opzichte van de minister van Justitie was destijds aanzienlijk minder duidelijk en het OM werd in ieder geval geregeld een grote onafhankelijkheid toegedicht, zie: P.B. Cliteur, ‘Indien verantwoordelijk dan bevoegd? De constitutionele positie van het Openbaar Ministerie’, p. 124-137 (125-126), in: M.C. Burkens, E.C.M. Jurgens, A.K. Koekkoek & J.J. Vis (red.), *Gelet op de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1998.

uiteindelijk ook gehoor aan zal moeten geven. Deze constructie lijkt in alle gevallen te verkiezen boven een situatie waarin de Tweede Kamer *altijd* moet stemmen over een dergelijk verzoek, of een constructie waarbij de regering direct besluit over het starten van de verbodsprocedure. Daarmee zou het proces vanaf de start gepolitiseerd worden. Natuurlijk kan een vastberaden regering nog steeds haar zin doorvoeren via de instructiebevoegdheid. Maar ze staat in dit systeem meer op afstand: het moet immers via het OM gerealiseerd worden, aan wie ook een eigen beoordeling toekomt.⁹¹⁶ Bovendien kan de Tweede Kamer via de vertrouwensregel de doordrivende minister en regering tot de orde roepen.⁹¹⁷

De vormgeving van partijverboden

De verboden extreemrechtse Tsjechische Arbeiderspartij werd de Arbeiderspartij voor Sociale Rechtvaardigheid. Niet veel later deden ze als ‘nieuwe’ partij mee aan de verkiezingen en boekten een naar partijbegrippen goed resultaat. De kopstukken van de verboden partij hadden geanticipeerd op een verbod: de nieuwe partij stond als lege huls al klaar; de leden van de verboden partij konden meteen doorstromen naar de nieuwe partij. We hebben het hiervoor besproken. Als het om Turkije gaat wordt er zelfs gesproken over een zogenaamd ‘reservepartij-systeem’: partijen die een verbod vreesden hadden standaard een ‘nieuwe’ partij klaarstaan.⁹¹⁸ Ook in Spanje trachtte het verboden Batasuna na 2003 ‘vermomd’ terug te keren in de politiek.⁹¹⁹ Maar in Spanje was dit, op basis van het Batasuna-verbod, onmogelijk. Zo werden bijvoorbeeld twee opvolgerpartijen niet geregistreerd en twee andere Batasuna-opvolgers illegaal verklaard.⁹²⁰

Oftewel: het ene partijverbod is het andere niet. Een weerbare democratietheorie moet *ook* aandacht besteden aan de gevolgen van een verbod. Het gaat hierbij dus om de ‘gekozen’ juridische gevolgen van een partijverbod – die

⁹¹⁶ Zie ook Corstens 2011, p. 99, met de ‘eigen’ bevoegdheid van het OM is ‘een zekere waarborg geschapen tegen bijv. onzuiver, partijpolitiek geïnspireerd handelen van de minister. Wil hij iets doorzetten, dan zal hij soms op weerstand stuiten van ambtenaren wier medewerking hij per se nodig heeft.’

⁹¹⁷ Een nadeel is natuurlijk dat in dit systeem in principe met gewone meerderheid besloten kan worden om een verzoek in te dienen. Het alternatief: een speciale procedure waarin de Tweede Kamer zich met een tweederde meerderheid moet uitspreken, zou de discussie over het partijverbod daarentegen in het midden van de politiek leggen. Naar mijn idee zou de afweging daarom moeten uitvallen in het voordeel van de Nederlandse regeling. Daarbij moet worden opgemerkt dat er *altijd* nog een rechter naar een verbod kijkt, het gaat slechts om het indienen van het verzoek.

⁹¹⁸ Tyulkina 2015, p. 171.

⁹¹⁹ Bourne 2012b, p. 204.

⁹²⁰ Bourne 2012b, p. 204-206.

zijn door de wetgever te bepalen. De reële effecten van een partijverbod op de organisatie van groeperingen en (de)radicalisering zijn niet uit te kiezen.

In Nederland kan een partij verboden en ontbonden worden op basis van artikel 2:20 van het Burgerlijk Wetboek. Als een partij verboden wordt, betekent dit dat ook de rechtspersoon ontbonden moet worden (lid 1). Dan moet haar werkzaamheid in strijd zijn met de openbare orde. Wanneer alleen het doel strijdig is met de openbare orde, kan de partij slechts ontbonden worden (lid 2). De partij moet dan de kans krijgen haar doelstelling aan te passen.⁹²¹

De gevolgen zijn driedig.⁹²² Allereerst zijn er de civielrechtelijke gevolgen van de ontbinding: na vereffening houdt de rechtspersoon op te bestaan. Daarnaast zijn er de strafrechtelijke gevolgen van de verbodsverklaring. Artikel 140 lid 2 van het Wetboek van Strafrecht stelt deelneming aan de voortzetting van een verbodenverklarde organisatie strafbaar.⁹²³ Een derde categorie wordt gevormd door, wat je zou kunnen noemen, de verkiezingstechnische gevolgen. Die vloeien voornamelijk voort uit de Kieswet: de naam van de partij wordt geschrapt uit het register en dit wordt bekendgemaakt in de *Staatscourant*. Vanaf dat moment is het onmogelijk om nog onder dezelfde naam, of een naam die daar grote gelijkenis mee vertoont, deel te nemen aan verkiezingen.⁹²⁴ Ook het recht op partijfinanciering vervalt, net als het recht op ruimte in de bekende ‘zendtijd voor politieke partijen’.⁹²⁵

Vanuit de weerbare democratietheorie bezien moet een partijverbod minimaal twee zaken bewerkstelligen. Ten eerste moet het onmogelijk worden om deel te nemen aan verkiezingen als partij. Dat is het hoofddoel. De toegang tot het parlement wordt geblokkeerd. Daarnaast moet de effectiviteit van het verbod

⁹²¹ Het is overigens de vraag of in Nederland een *louter* antidemocratische partij naar huidig recht verboden zou kunnen worden, Van den Bergh dacht in 1936 van wel, maar Van der Woude is in 2009 voorzigtiger: tot nu toe speelden altijd ‘strafbare vormen van discriminatie en aanzetten tot haat’ een rol – toch houdt hij de mogelijkheid wel open (vanwege de koppeling van ‘openbare orde’ aan ‘fundamentele beginselen van de organisatie van onze samenleving’ en ‘grondvesten van het rechtsbestel’ in de jurisprudentie), zie Van der Woude 2009, p. 23 (en over de genoemde koppeling: p. 20). Overigens kende de oude regeling, d.w.z. *voor* 1976, neergelegd in de Wet vereniging en vergadering van 1855, waar ook Van den Bergh zich op baseerde, de mogelijkheid van *preventief* toezicht door de Kroon (dus feitelijk: de minister): een vereniging kon rechtspersoonlijkheid worden geweigerd indien het ‘algemeen belang’ dit vorderde, zie E.C.M. Jurgens, ‘De ‘erkenning’ van het COC’, *Nederlands Juristenblad* 1969, vol. 44, p. 76-78, en Elzinga & De Lange 2006, p. 357. Zo kon het dat de minister in 1970 weigerde homo-belangenvereniging COC rechtspersoonlijkheid te verlenen, zie daarover de noot van Jurgens bij de afwijzing van het beroep: KB 24 juni 1970, AA 1971, 253.

⁹²² Dit overzicht is gebaseerd op de *Notitie antidemocratische groeperingen*, p. 7-8, en Van der Woude 2009, p. 18-19.

⁹²³ Duitsland kent een vergelijkbare regeling in artikel 84 van het *Strafgesetzbuch*. zie Sajó 2004, p. 226 en noot 21.

⁹²⁴ Zie uitgebreid *Notitie antidemocratische groeperingen*, p. 7.

⁹²⁵ Zie *Notitie antidemocratische groeperingen*, p. 7. De wettelijk basis daarvoor kan worden gevonden in de *Wet op de financiering politieke partijen* (art. 1 sub b) en de *Mediawet* 2008 (art. 1.1); beide wetten erkennen als politieke partij slechts partijen die een geregistreerde aanduiding in de zin van de Kieswet hebben.

worden gewaarborgd door eventuele opvolgers de pas af te snijden. Daarmee wordt de Tsjechische situatie voorkomen.

Dat kun je op verschillende manieren inrichten. András Sajó doet het volgende voorstel:

‘A more potent restriction occurs when the outlawed party’s leader is prevented from being a founder in another party, or, as I would recommend, if a new party’s formation may be denied if a dissolved party’s leaders or founders act as founders or leaders in the new party.’⁹²⁶

De eerstgenoemde regeling is van kracht in Turkije: leden van een verboden partij zijn vijf jaar uitgesloten van de politiek.⁹²⁷ De benadering van Sajó verschilt daar slechts cosmetisch van. Antidemocraten worden politieke outcasts, deels zonder politieke rechten. De oprichting van een nieuwe partij mag direct worden geweigerd indien een oud-leider erbij betrokken is (onafhankelijk van het partijprogramma).⁹²⁸ Het (individuele) recht op vrijheid van vereniging wordt op verstrekkende wijze beperkt. De maatregel schiet daarmee zijn doel voorbij. De Nederlandse regeling is dan te verkiezen: alleen het opnieuw oprichten van dezelfde of een vergelijkbare partij (een *de facto* opvolgerpartij) is verboden – voor iedereen. Dát is waar het om moet gaan en zo blijft de verenigingsvrijheid van oud-oprichters en -leiders intact. Bovendien sluit dit beter aan bij de eerdergenoemde inclusieve benadering en de vermijding van (politieke) stigmata. Aan de oud-leiders van een antidemocratische partij moet de mogelijkheid worden geboden om weer terug te keren in het democratische leven, binnen de grenzen van de democratische tolerantie. Tot slot is niet moeilijk in te zien hoe een op de persoon van de leider toegesneden verbod van opvolgerpartijen alsnog omzeild kan worden: een ‘verboden’ leider kan gemakkelijk een tussenpersoon aanwijzen als de formele oprichter van een opvolgerpartij. Het is een constructie die zelfs op hoog niveau voorkomt: na de winst van zijn AK-partij in de Turkse nationale verkiezingen van 2002 werd niet oprichter Tayyip Erdogan minister-president, maar zijn partijgenoot Abdullah Gül. Erdogan was uitgesloten van deelname aan de verkiezingen en mocht geen regeringshoofd worden vanwege een veroordeling voor het ‘aanzetten

⁹²⁶ Sajó 2004, p. 223.

⁹²⁷ Tyulkina 2015, p. 172.

⁹²⁸ Voor de nadelen daarvan zie ook uitgebreid: Kirshner 2014, p. 53-55. Zie ook Issacharoff 2007, p. 1446.

Overigens benadrukt ook Sajó dat het gekozen middel grondrechten *zo min mogelijk* moet beperken (zie Sajó 2004, p. 229-230) – maar in dit geval maakt hij blijkbaar een andere taxatie.

tot religieuze of etnische haat en geweld'. De Turkse pers prikte echter snel door deze constructie heen en sprak over Gül als de officiële minister-president en Erdogan als de *de facto* minister-president.⁹²⁹

Ook andere maatregelen zijn denkbaar. Zo is in Duitsland het verspreiden van propaganda en symbolen van verboden partijen strafbaar gesteld, met het expliciete doel hun herleving te voorkomen.⁹³⁰ Israël kent een vergelijkbare bepaling, hoewel die specifiek betrekking heeft op symbolen van *terroristische* organisaties: het uiten van sympathie voor een dergelijk organisatie, waaronder ook het zwaaien van een vlag, is strafbaar.⁹³¹ Het lijkt op wat CDA-leider Sybrand Buma in 2014 betoogde: verheerlijking van terrorisme moet strafbaar zijn.⁹³² Het Israëlische propagandaverbod is alleen van toepassing wanneer de verboden partij ook kan worden aangemerkt als terroristische organisatie; in Duitsland is dat niet nodig.

De wenselijkheid van dergelijke maatregelen is echter discutabel: een partijverbod bestrijkt dan niet langer alleen de verenigingsvrijheid, maar strekt zich uit tot de vrijheid van meningsuiting. In die zin geldt hier dus dezelfde kritiek als op het voorstel van Sajó om partijleiders feitelijk het recht op vereniging te ontnemen: het middel is niet precies genoeg. Anders gezegd: voor de bestrijding van antidemocratische partijen lijkt het niet nodig ook de vrijheid van meningsuiting te beperken.⁹³³ We hebben het hier dan echter over de verdediging tegen antidemocratische partijen. Of in het belang van de strijd tegen terrorisme de vrijheid van meningsuiting beperkt moet worden als het gaat om 'terroristische meningen' (zoals in het voorstel-Buma en het Duitse systeem)⁹³⁴ is een andere vraag.⁹³⁵

⁹²⁹ Zie voor dit alles: Tardi 2004, p. 107-108.

⁹³⁰ Het verbod is neergelegd in de artikelen 86a en 86 van het Duitse *Strafgesetzbuch*, zie Andreas Stegbauer, 'The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86a of the German Criminal Code', *German Law Journal* 2007, vol. 8 nr. 2, p. 173-184 (174): 'Section 86a StGB, by reference to Section 86 (1), nos. 1, 2 and 4 StGB ties into the ban of unconstitutional parties and other organizations *in order to protect the democratic rule of law by preventing the revival of those associations and their aims* (cursivering van mij, BR)'.

⁹³¹ Zie Navot 2008, p. 753-754.

⁹³² 'Buma onder vuur om 'gedachtepolitie' tegen verheerlijking terrorisme', *De Volkskrant* (online), 4 september 2014.

⁹³³ Overigens geeft ook Sajó aan gekant te zijn tegen inperking van de vrijheid van meningsuiting, omdat hij dit niet noodzakelijk acht voor de weerbare democratie, zie Sajó 2004, p. 228-229. Interessant is overigens dat in Israël een tegengestelde redenering gevolgd wordt. Een inperking van de verenigingsvrijheid dan wel het kiesrecht wordt als ernstiger gezien dan een inperking van de vrijheid van meningsuiting. Het is immers *wel* mogelijk om iemand strafrechtelijk te vervolgen op basis van zijn geuite steun aan een terroristische organisatie, maar het lijkt *niet* mogelijk diezelfde persoon, op basis van diezelfde geuite steun, de toegang tot de Knesset, het Israëlische parlement, te ontfangen, zie Navot 2008, p. 754.

⁹³⁴ Zie: 'Germany Bans Support for ISIS', *The New York Times*, 12 september 2014.

⁹³⁵ Weer een andere vraag die je zou kunnen verbinden aan de kwestie van partijverboden is: moet het lidmaatschap van een onconstitutionele partij of het hebben van anticonstitutionele sympathieën leiden tot uitsluiting van ambtelijke functies? Zie daarover: Brinkmann 1983 en Tyulkina 2015, p. 78-79.

Wat moet er gebeuren met parlementariërs van een verboden partij? Het lijkt logisch dat één van de juridische gevolgen van een partijverbod moet zijn dat leden hun parlamentszetel verliezen.

In Nederland is dat niet het geval. Wanneer een partij wordt verboden die reeds in het parlement zit, blijven de Kamerleden van die partij zitten.⁹³⁶ Dat is het gevolg van een fundamentele keuze in de Grondwet: partijen worden als zodanig niet erkend. Daarnaast beschikken Kamerleden over een vrij mandaat: alleen onder uitzonderlijke omstandigheden kan er een einde worden gemaakt aan het Kamerlidmaatschap.⁹³⁷ Onder die uitzonderlijke omstandigheden valt niet het verlaten van een partij, maar dus *ook* niet het verbod van een partij.

Onze Grondwet is nog altijd blind voor politieke partijen en gaat ervan uit dat alle Kamerleden zelfstandig hun zetel verworven hebben. Dat is een fictie: in 2012 werd Raymond de Rooy (PVV) met 347 stemmen verkozen; Steven van Weyenberg (D66) met 989 stemmen.⁹³⁸ Ter vergelijking: om één keer de kiesdeler te halen – oftewel: het aantal stemmen dat nodig is voor een zetel – waren 62 828 stemmen nodig.⁹³⁹ Er zijn maar weinig punten waar onze Grondwet zo uit de pas loopt met de realiteit. De Grondwet werd uiteraard geschreven voordat de politieke partijen actief waren, maar ook bij de vele herzieningen nadien is er nooit een bepaling over partijen opgenomen.

Hoe dan ook, de consequentie van dit systeem is dat Kamerleden van een verboden partij blijven zitten. In het ongunstigste geval betekent dit dat Kamerleden van een verboden partij bijna vier jaar lang deel uitmaken van de Tweede Kamer. Daarvan kan gezegd worden: die rit moet je dan maar uitzitten, de kans is klein dat ze daarna nogmaals verkozen worden. Toch behouden antidemocratische geluiden zo een podium, terwijl een partijverbod dit scenario juist hoopt te voorkomen. Dat het om slechts enkele personen gaat, hoeft daarbij niet uit te maken. Ook eenlingen kunnen met behulp van parlementaire instrumenten aardig wat aandacht genereren. De politieke praktijk laat zien dat een Kamervraag (misschien wel: te) gemakkelijk is gesteld. Met andere woorden: een

⁹³⁶ Zie Elzinga 1982, p. 162, *Notitie antidemocratische partijen*, p. 7, en Van der Woude 2009, p. 19.

⁹³⁷ Elzinga 1982, p. 162.

⁹³⁸ Zie *Uitslag van de verkiezing van de leden van de Tweede Kamer van 12 september 2012*, Den Haag: Kiesraad 2012, respectievelijk p. 20 en p. 21.

⁹³⁹ *Uitslag van de verkiezing van de leden van de Tweede Kamer van 12 september 2012*, p. 14. Onafgerond was de kiesdeler: 62.828 35/150 stemmen.

geringschattende opvatting over het ‘blijven zitten’ van antidemocratische parlementsleden miskent dat het parlement niet alleen ‘een plek is waar politieke voorkeuren’ worden geuit, maar dat het ook een platform voor de ‘mobilisatie van politieke krachten’ kan zijn.⁹⁴⁰ Vaak kan daarbij aanspraak worden gemaakt op financiering en politieke immuniteit.⁹⁴¹ Bovendien kunnen antidemocratische parlementariërs door hun optreden in het parlement, als hun aantal groot genoeg is, het functioneren van dit orgaan belemmeren en daarmee (deels) zelf het probleem creëren waarvoor ze de oplossing pretenderen te zijn – kort gezegd: de strategie van de NSDAP in Weimar-Duitsland.⁹⁴² Overigens is Nederland niet alleen in deze keuze. Ook Spanje is een prominent voorbeeld van een systeem waarin volksvertegenwoordigers mogen blijven zitten. Toen Batasuna verboden werd mochten haar zeven parlementariërs in het parlement van de autonome Baskische regio en daarnaast nog tientallen lokale vertegenwoordigers gewoon blijven zitten.⁹⁴³

In Duitsland wordt anders over deze vraag gedacht. Althans, door het Bundesverfassungsgericht. Op papier verschilt de Duitse regeling niet zo veel van de Nederlandse: artikel 38 Grundgesetz (GG) kent de volksvertegenwoordigers een vrij mandaat toe – te danken aan de kiezer, niet de partij.⁹⁴⁴ Toch oordeelde het Bundesverfassungsgericht dat uit artikel 21 GG ‘dwingend’ voortvloeit dat parlementariërs van een verboden partij hun zetel verliezen.⁹⁴⁵ Anders, zo redeneerde het BVerfG, zouden ze alsnog in staat worden gesteld hun antidemocratische doelen te verwezenlijken.⁹⁴⁶ Ook het Turkse Constitutioneel Hof

⁹⁴⁰ Issacharoff 2007, p. 1410. Issacharoff lijkt het breder te trekken: ook, of *vooral*, de verkiezingen, en met name de ‘verkiezingsrace’, bieden zo’n platform.

⁹⁴¹ Issacharoff 2007, p. 1410.

⁹⁴² Issacharoff 2007, p. 1410.

⁹⁴³ Zie Ayres 2004, p. 111.

⁹⁴⁴ Elzinga 1982, p. 141 en noot 73. artikel 38 GG luidt als volgt: ‘Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.’

⁹⁴⁵ Elzinga 1982, p. 141 en aldaar noot 73 (ook voor de kritiek in de Duitse literatuur), verder: p. 163. De volledige tekst van artikel 21 GG luidt:

(1) Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei. Ihre innere Ordnung muß demokratischen Grundsätzen entsprechen. Sie müssen über die Herkunft und Verwendung ihrer Mittel sowie über ihr Vermögen öffentlich Rechenschaft geben.

(2) Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht.

(3) Das Nähere regeln Bundesgesetze.

De gedachte dat politieke partijen een centrale rol spelen in de vorming van de volkswil (zoals spreekt uit het eerste lid van artikel 21 GG) zien we reeds bij Hans Kelsen terug, zie Kelsen 2002, p. 93; daarop wordt gewezen door Sajó, zie Sajó 2012, p. 564.

⁹⁴⁶ Currie 1994, p. 216.

heeft de bevoegdheid om parlementsleden van verboden partijen hun zetel te ontnemen. In de zaak tegen Refah werd aan ‘de vijf meest prominente en verantwoordelijke’ partijleden, onder wie partijleider Necmettin Erbakan, hun zetel ontnomen.⁹⁴⁷ De partij was op dat moment de grootste in het parlement met 158 van 450 zetels.⁹⁴⁸

Voor het Duitse of Turkse systeem is veel te zeggen. Het ontnemt de ontheemde antidemocratische parlementariërs een effectief lanceringsplatform voor een nieuwe politieke beweging en belangrijker nog: het maakt uitvoering van het program van de verboden partij per direct onmogelijk. Bovendien voorkomt het dat antidemocratische parlementariërs het functioneren van het parlement kunnen belemmeren. Desondanks kun je ervoor kiezen vast te houden aan het ‘partijblinde’ uitgangspunt van onze Grondwet. Dat levert, volgens Elzinga, het voordeel op dat er enigszins kan worden gecompenseerd voor het ‘abrupte afsnijden van de politieke communicatiemogelijkheid’.⁹⁴⁹ De acute gevolgen van het partijverbod worden dan gedempt; een ‘uitlaatklep’ blijft bestaan. Bovendien: een koppeling van Kamerlidmaatschap aan partijlidmaatschap, hoe beperkt ook, zou feitelijk een stelselwijziging betekenen. Wanneer leden hun zetel kunnen verliezen door het lidmaatschap van een partij, wordt er getornd aan het vrije mandaat. Een maatregel die het optreden tegen *verboden* partijen extra kracht bij moet zetten wordt daarmee een erkenning van het primaat van de legale politieke partijen in onze democratie. Het is de vraag of een dergelijke relativering van het vrije mandaat, en versteviging van de positie van politieke partijen, wel zo verstandig is. Het vrije mandaat werpt nu bijvoorbeeld nog een dam op tegen al te strikte fractiediscipline.⁹⁵⁰ Dit terwijl discussies over ‘zetelroof’ laten zien dat de eerste scheurtjes in het vrije mandaat zichtbaar beginnen te worden.⁹⁵¹

⁹⁴⁷ Nieuwenhuis 2003, p. 208.

⁹⁴⁸ Tardi 2004, p. 103.

⁹⁴⁹ Elzinga 1982, p. 163.

⁹⁵⁰ Voor de voor- en nadelen van fractiediscipline, en een minder negatief perspectief op dit fenomeen, zie: J.J.A. Thomassen & R.B. Andeweg, ‘Fractiediscipline. Vooroordelen en misverstanden.’, p. 154-175, in: G. Voerman (red.). *Jaarboek Documentatiecentrum Nederlandse Politieke Partijen 2005*, Groningen: Documentatiecentrum Nederlandse Politieke Partijen 2007. Ook de regering maakte zich blijkens een nota van minister Thom de Graaf zorgen over (te) eensgezinde fracties en onzichtbare kamerleden zonder mandaat, zie Thomassen & Andeweg 2007, p. 155. Zie verder: Andreas Kinneging, *Geografie van goed en kwaad*, Houten/Antwerpen: Spectrum 2005, p. 290-294. Kinneging wijst vooral op de nadelige gevolgen van fractiediscipline in combinatie met gedetailleerde regeerakkoorden. Dit leidt tot een ‘osmose’ tussen regering en parlement, waarbij de laatste haar controlefunctie niet naar behoren kan vervullen. Kinneging lijkt de dominante positie van partijen daarentegen te accepteren, wanneer hij schrijft: ‘Verdwijnen zal deze laatste (fractiediscipline, BR) niet, zolang parlementariërs via een politieke partij worden gekozen en van die partij afhankelijk zijn voor herverkiezing. Dat is ook niet erg. Integendeel: de kiezer stemt op een partij en daarom moeten er in het parlement ook herkenbare partijstandpunten worden verwoord. Bovendien: fractiediscipline kan heel wel samengaan met dualisme. Ze staat op zich immers los van de verhouding tussen regering en parlement. Maar ze blijft gevaarlijk, want ze maakt het voor de regering heel wat gemakkelijker zich

In Nederland is het niettemin nog steeds de kiezer, en niet de rechter, die oordeelt over de parlementsleden van een verboden partij.⁹⁵² De regering noemde dat in 1987 bij monde van minister Korthals Altes nog een ‘goed gebruik’.⁹⁵³ Maar zonder dat een ingrijpende stelselwijziging noodzakelijk is, kan wel een vreemde weeffout uit het Nederlandse bestel worden gerepareerd. Onder de huidige regeling kunnen parlementsleden niet slechts blijven zitten na een partijverbod, ze behouden ook hun zetel wanneer ze veroordeeld worden voor de strafbare voortzetting van hun verboden partij.⁹⁵⁴ Op basis van artikel 54 lid 2 GW is het mogelijk een persoon van het kiesrecht uit te sluiten wanneer hij een bij de wet aangewezen delict begaat en daarbij een gevangenisstraf van minstens een jaar krijgt opgelegd. Kernvraag is dan: welke delicten wijst de wet aan? Die staan helaas niet netjes opgesomd in bijvoorbeeld het Wetboek van Strafrecht.⁹⁵⁵ Per delict is – indien van toepassing – per afdeling aangegeven dat ontzetting uit het kiesrecht tot de mogelijkheden behoort. En dat geldt dus niet voor artikel 140 lid 2 WvSr: de verboden voortzetting. Een veroordeling voor dit delict kan ‘op geen enkele wijze gevolgen’ hebben voor het lidmaatschap van het parlement.⁹⁵⁶ Aan welke delicten moeten we dan wel denken? Bijvoorbeeld: een (terroristische) aanslag met als doel de grondwettige regeringsvorm te vernietigen of op onwettige wijze te veranderen.⁹⁵⁷ Zolang het Kamerlid vasthoudt aan zijn doel om de democratie op democratische wijze af te schaffen, kan het Kamerlidmaatschap hem dus niet afgenomen worden, ook niet wanneer hij met collega-Kamerleden de verboden partij weer nieuw leven probeert in te blazen.

meester te maken van het parlement (zie p. 294).’

⁹⁵¹ ‘Kamer verdeeld over aanpak ‘zetelroof’’, *NU.nl* (online), 25 november 2014.

⁹⁵² *Notitie antidemocratische partijen*, p. 7; Van der Woude 2009, p. 19.

⁹⁵³ *Kamerstukken I* 1986/87, 17 476, 57b, p. 5.

⁹⁵⁴ Zie Elzinga 1982, p. 163.

⁹⁵⁵ Voor een overzicht, zie: D.J. Elzinga, H.R.B.M. Kummeling & J. Schipper-Spanninga, *Het Nederlandse kiesrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 87-88.

⁹⁵⁶ Elzinga 1982, p. 163, zie ook Elzinga, Kummeling & Schipper-Spanninga 2012, p. 88.

⁹⁵⁷ Op basis van artikel 94 (jo. 83 en 83a) jo. 106 lid 2 jo. 28 lid 3 WvSr. Een reeds beëdigde volksvertegenwoordiger die uit zijn kiesrecht wordt ontzet zal afstand moeten doen van zijn lidmaatschap, zie Elzinga 1982, p. 162. Uiteraard zal deze maatregel in dit geval ten aanzien van het Kamerlidmaatschap in hoge mate symbolisch zijn. Bij een delict van deze aard zal de straf namelijk al snel een meerderjarige gevangenisstraf zijn, waardoor het Kamerlid niet in staat zal zijn tijdig terug te keren. Het verlies van kiesrecht heeft wel effect als het gaat om het blokkeren van eventuele parlementaire ambities *na* het uitzitten van de straf. Bij andere delicten die ontzetting rechtvaardigen, zoals stemfraude in de zin van artikel 129 WvSr, kan de ontzetting wel direct effect hebben op het Kamerlidmaatschap: de maximale gevangenisstraf is immers slechts een jaar en zes maanden. De duur van de ontzetting wordt bepaald aan de hand van artikel 31 WvSr: op basis van lid 2 levert dat bij een tijdelijke gevangenisstraf een ontzetting op voor de duur van de gevangenisstraf plus minimaal twee en maximaal vijf jaar. De vrijgekomen zetel van de parlementariër wordt in zo’n geval opgevuld door een andere kandidaat van dezelfde lijst, of lijstengroep dan wel lijstcombinatie. Ingeval van een verboden partij blijft de zetel dus leeg (tenzij deze partij in een lijstengroep of lijstcombinatie zit). Zie voor de details van deze regeling: Elzinga, Kummeling & Schipper-Spanninga 2012, p. 219-223, in het bijzonder: p. 221; zie in dit verband ook, ten aanzien van de ontzetting: p. 88-89.

Het mogelijke verlies van het Kamerlidmaatschap zou in deze gevallen juist een duidelijke streep onder het verleden van de Kamerleden betekenen. Een markering van de randvoorwaarden voor het nieuwe zelfstandige bestaan als Kamerlid. De verboden partij behoort tot het verleden; het Kamerlid krijgt een nieuwe kans als hij zich bij dit verbod neerlegt. Het kan in het beste geval aansporen tot zelfreflectie; de deur naar de oude partij is – ook in het parlement – definitief gesloten. In dat licht is het onredelijk om in dit zeer specifieke geval vast te houden aan het vrije mandaat. De uitzondering is goed te rechtvaardigen en de inbreuk op het vrije mandaat is klein. Anders gezegd: het lijkt niet onredelijk – of misschien zelfs wel heel passend – om dit delict toe te voegen aan het rijtje waarvoor uitsluiting van het kiesrecht mogelijk is. De nieuwe kans van het Kamerlid wordt gebonden aan een uiterste grens. Het is een tussenoplossing, zonder een fundamentele stelselwijziging te betekenen.⁹⁵⁸

Overigens is er in de jaren dertig van de vorige eeuw nog een ander stelsel voorgesteld, waarin aan ‘revolutionaire’ volksvertegenwoordigers via een speciale procedure hun Kamerlidmaatschap zou kunnen worden ontnomen.⁹⁵⁹ Dit staat dus los van een eventueel partijverbod, het gaat om de volksvertegenwoordigers zelf en dan alleen om volksvertegenwoordigers die oproepen tot gebruik van onwettige middelen om de democratie omver te werpen; je zou kunnen zeggen: het heeft betrekking op de parlementariërs van een *gewelddadige* partij. Aan een dergelijk stelstel kleeft, zoals Elzinga terecht stelt, echter wel een groot nadeel: de procedure zou kunnen worden misbruikt om een partij *de facto* te verbieden middels verwijdering van alle Kamerleden.⁹⁶⁰ Het (afgewezen) idee kwam destijds overigens mede voort uit de staatscommissie-De Wilde.⁹⁶¹ George van den Bergh maakte ook

⁹⁵⁸ Artikel 140 lid 2 WvSr en artikel 54 lid GW hoeven daartoe niet gewijzigd te worden. De maximale gevangenisstraf van een jaar is (net) voldoende (art. 54 lid 2 GW). Dat is niet ongebruikelijk laag, zie bijvoorbeeld het mogelijke verlies van kiesrecht (en dus het Kamerlidmaatschap) bij stemfraude (maximale gevangenisstraf: een jaar en zes maanden): artikel 129 jo. 130 lid 2 jo. 28 lid 3 WvSr. Tijdens de parlementaire behandeling van het nieuwe uitsluitingsregime in de jaren tachtig is de kwestie van het kiesrecht en de verboden voortzetting kort aan de orde geweest, op initiatief van de PvdA-fractie, maar de regering wees de suggestie van de hand (met instemming van het parlement). Het argument was dat in lang niet *alle* gevallen wanneer er sprake is van een strafbare gedraging in de zin van artikel 140 WvSr er *ook* sprake zal zijn van een gedraging waarvoor uitsluiting van het kiesrecht gerechtvaardigd zou zijn. Dat lijkt geen heel sterk argument; juist het feit dat de uitsluiting *kan* (en niet hoeft) te worden uitgesproken, geeft de rechter voldoende vrijheid om bij een veroordeling voor de voortzetting van een criminele organisatie *geen*, en bij de voortzetting van een verboden politieke partij *wel* ontzetting uit te spreken. Zie *Kamerstukken II* 1985/1986, 18 973, 7, p. 12-13, en daarover: Elzinga, Kummeling & Schipper-Spanninga 2012, p. 88-89.

⁹⁵⁹ Elzinga 1982, p. 163.

⁹⁶⁰ Elzinga 1982, p. 163.

⁹⁶¹ Zie *Verslag van de Staatscommissie, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 24 januari 1936, No. 41, aan welke is opgedragen de voorbereiding van een partiele herziening van de Grondwet* (hierna: *Verslag Staatscommissie-De Wilde*), Den Haag: Algemeene Landsdrukkerij 1936, p. 10-12, met op p. 10: ‘In de latere jaren heeft zich echter in ons land in ruimeren kring de overtuiging gevormd, dat het niet behoort te worden geduld, dat een volksvertegenwoordiger ter verwezenlijking van zijn politieke denkbeelden, onwettige middelen en wegen aanprijst of bevordert. De Commissie

deel uit van de staatscommissie, maar hij leverde, samen met onder anderen de Leidse hoogleraar staatsrecht Roelof Kranenburg, een *dissenting opinion*:

‘Er kan (...) in de Kamers door vervallenverklaring van een lid of van een aantal leden een kunstmatige meerderheid worden geschapen, zelfs voor een herziening der Grondwet. (...) De door de Commissie voorgestelde bepaling zal dus in bepaalde omstandigheden een in wezen revolutionnair streven kunnen bevorderen.’⁹⁶²

Een weerbare democratie moet een besluit nemen over ‘verboden’ parlementariërs. De bespreking eindigde hier met het wat excentrieke Nederlandse systeem. Er valt iets te zeggen voor de ‘tweede kans’ die het Nederlandse stelsel biedt. Bovendien wordt daarmee een ‘politieke uitlaatklep’ in stand gehouden. Daar moet dan wel aan toegevoegd worden dat voortzetting van de verboden partij het einde van het Kamerlidmaatschap betekent – dan is de tweede kans duidelijk verspeeld. Vanuit de weerbare democratie bezien is het Nederlandse systeem – met deze toevoeging – de ondergrens. Beter is de Turkse methode, waar de rechter de mogelijkheid heeft op basis van een partijverbod bepaalde parlementariërs uit het parlement te verwijderen. Zo kunnen juist *die* parlementariërs hun zetel kunnen verliezen die in onevenredig grote mate bijdroegen aan het antidemocratische karakter van de partij. Zoals gebeurde met vijf van de in totaal 158 Turkse parlementariërs van Refah. Het biedt mogelijkheden tot ‘maatwerk’ – dit in tegenstelling tot de ‘alles of niets’-benadering in het Duitse model.

deelt die overtuiging, en is mitsdien van meening, dat een lid der volksvertegenwoordiging, dat zich daaraan schuldig maakt, van zijn lidmaatschap moet kunnen worden vervallen verklaard. Dit toch is het eenige doeltreffende middel van voorziening.’ Zie in het bijzonder p. 11, ten aanzien van de opengevallen zetel van de revolutionaire volksvertegenwoordiger: ‘In tegenstelling met de oplossing van de Staatscommissie van 1934, die gebonden was aan de grenzen in de Grondwet gesteld, zal in den gedachtengang van de Commissie de opengevallen plaats niet worden vervuld, wanneer een lid van zijn lidmaatschap wordt vervallen verklaard. De maatregel van de vervallenverklaring zou van haar krachtigst effect worden beroofd, indien de staatkundige groep, waarvan het vervallen verklaarde lid deel uitmaakt, achtereenvolgens door hare leden de leeggevallen plaats zou kunnen vervullen en het onwettige streven tot uitdrukking zou blijven komen.’

⁹⁶² Voor de bezwaren van George van den Bergh, Willem Alberda, Dolf Joekes en Roelof Kranenburg, zie: Verslag Staatscommissie-De Wilde, p. 37-39 (de bezwaren zagen verder op de in dezen niet-neutraal geachte Raad van State).

3. Kritiek van de weerbare democratie beantwoord

De hoofdlijnen van democratie als zelfcorrectie zijn nu helder: het principe van zelfcorrectie als rechtvaardiging voor democratische zelfverdediging, een smalle verbodgrond bestaande uit drie dragende beginselen: evaluatie, politieke concurrentie en vrije meningsuiting, extra procedurele waarborgen voor een zorgvuldige toepassing en, tot slot, een strenge vormgeving van partijverboden. Bovendien is er een antwoord geformuleerd op de pragmatische kritiek; die bleek geen stand te kunnen houden. De principiële, politiek-filosofische kritiek staat echter nog overeind. Deze kritiek raakt de kern van de idee van weerbare democratie en democratie als zelfcorrectie. De grootste principiële kritiek in de literatuur was het gebrek aan een coherente theorie die de rechtvaardiging voor, en de vormgeving van, partijverboden verder uitwerkt. Daaraan is met het bovenstaande reeds tegemoet gekomen. Vervolgens kunnen we het natuurlijk hebben over de houdbaarheid van de verschillende onderdelen daarvan. Deze bezwaren zullen hieronder puntsgewijs worden besproken.

1. *Een weerbare democratie is ondemocratisch: ingrijpen door middel van een partijverbod kan niet worden gerechtvaardigd. En een variant gebaseerd op de materiële democratieopvatting beperkt het democratische proces te sterk.*

Of het ondemocratisch is hangt af van de gekozen democratieopvatting. Binnen de formele democratieopvatting geldt de weerbare democratie als ondemocratisch; binnen de materiële niet per se. Die materiële democratie houdt in: democratie is meerderheidsbesluitvorming plus grondrechtenbescherming. Door aan te sluiten bij de materiële democratie is een weerbare democratie echter niet immuun voor kritiek van de ‘proceduralisten’; zij hebben nog een aantal pijlen op hun boog. Levert een op materieel-democratische leest geschoeide weerbare democratie de democratie bijvoorbeeld niet te veel uit aan de rechtsstaat? Of wat te denken van het oorspronkelijke ideaal van bestuur door het volk? Wordt de besluitvormingsruimte van de democratische wetgever niet te veel ingeperkt? Kortom: ruilen we de ‘democratie’ hier niet grotendeels in voor ‘rechtsstaat’, en noemen we dat dan vervolgens een ‘materiële democratie’ om geen kleur te hoeven bekennen? De materiële democratieopvatting kan de weerbare democratie hier niet

goed uit redden – behalve door te erkennen dat de oorspronkelijke betekenis van democratie inderdaad naar de achtergrond is verdwenen.

Democratie als zelfcorrectie komt aan die kritiek tegemoet door nu juist, tussen de twee polen van formele en materiële democratie, heel dicht tegen de formele democratieopvatting aan te kruipen, maar zonder zich over te geven aan ‘waardenneutraal’ relativisme.

Democratie als zelfcorrectie laat zo veel mogelijk over aan het democratische proces. Dat betekent dat zaken die heel belangrijk zijn maar niet tot de kern van zelfcorrectie behoren, verdedigd zullen moeten worden in het democratische debat. Democratie als zelfcorrectie garandeert echter wel dat eventuele slechte beslissingen altijd terug te draaien zijn. Democratie als zelfcorrectie kan de bezwaren van proceduralisten temperen, zonder dat het de democratie al haar verdedigingsmechanismen uit handen slaat en weerloos maakt.

2. *Optreden tegen antidemocraten kan wellicht worden gerechtvaardigd, maar in de praktijk is een legitiem moment om in te grijpen niet aan te wijzen.*

Het ingrijpen door een weerbare democratie is chronisch slecht getimed. Of ze is te vroeg: de partij is nog klein, waardoor het ingrijpen prematuur en ondemocratisch oogt. Of ze is te laat: de partij heeft reeds een substantiële aanhang, wat het ingrijpen ook in dit geval weer ondemocratisch maakt. Elzinga baseert zich in zijn kritiek op het relatieve vrijheids- en rechtsbegrip; bij Brems is die gedachte impliciet aanwezig. Uiteindelijk wijzen beide punten van kritiek in dezelfde richting: of ingrijpen in theorie nu gerechtvaardigd is of niet, in de praktijk is het eigenlijk altijd te vroeg of te laat.

Wat het relatieve rechtsbegrip betreft: daar verzet de opvatting van democratie als zelfcorrectie zich tegen. De legitimiteit van ingrijpen is bij democratie als zelfcorrectie niet gebaseerd op de actuele instemming met een norm, maar op het behoud van het raamwerk dat (de uiting van) die instemming mogelijk maakt. Dit vanuit het idee dat de instemming van nu niet per se de instemming van morgen is. Daarmee benadrukt democratie als zelfcorrectie juist de *tijdelijkheid* van instemming.⁹⁶³ Bij het relatieve rechtsbegrip staat de hele staatsinrichting

⁹⁶³ Op die manier zou je ook de Refah-uitspraak kunnen uitleggen, zie Maloney 2012, p. 64: ‘With regard to the forming of a ‘popular will’, the Strasbourg Court argued that in order to secure the *continued* right of all Turkish citizens to participate in such a process, the Turkish authorities possessed both the right and the responsibility to legally dissolve a temporarily popular vehicle for the articulation and aggregation of preference on the grounds that its ideology and popularity posed a dual threat to democratic governance (cursivering van mij, BR).’ Overigens acht

permanent tussen haakjes. Daarmee geeft het relatieve rechtsbegrip uiteindelijk te weinig rekenschap van de grilligheid van instemming met normen.

Overigens kan democratie als zelfcorrectie het relatieve rechtsbegrip ook aanvullen. De democratische zelfcorrectie (verkiezingen, parlementair debat) is immers de meest accurate thermometer van het relatieve rechtsbegrip die voorhanden is. Het enige wat democratie als zelfcorrectie vraagt is om die thermometer niet te breken, zodat we ook in de toekomst nog kunnen vaststellen hoe over bepaalde normen wordt gedacht en we vervolgens die normen langs ordentelijke, democratische weg kunnen bijstellen.⁹⁶⁴ Binnen die heel ruime grenzen is een breed scala aan staatsinrichtingen met bijbehorende normen mogelijk. Dat lijkt me een te rechtvaardigen ‘institutionalisering’ van het relatieve rechtsbegrip. Het is bovendien ook een antwoord op de eerder besproken kritiek van Gerard Langemeijer.⁹⁶⁵

Zowel Elzinga als Brems problematiseert uiteindelijk met name de timing van maatregelen. Daarover kan het volgende gezegd worden. Allereerst: het ontbreken van het *perfecte* moment voor ingrijpen wil niet zeggen dat daarmee ook een *acceptabel* moment van ingrijpen ondenkbaar is. Vergelijk het met de eerdergenoemde zittingsduur van het parlement: de perfecte zittingsduur is niet te geven, maar dat betekent niet dat er daarom niets over een acceptabele duur te zeggen zou zijn.

Antidemocraten die het zelfcorrigerende vermogen van de democratie bestrijden of willen afschaffen, handelen in strijd met het wezen van de democratie. Zij plaatsen zich daarmee buiten de orde van wat een democratie, die haar kernwaarden trouw wil blijven, hoeft te dulden. De grens van democratische tolerantie is bereikt. Dat betekent dat het recht om in te grijpen tegen antidemocratische partijen er, vanaf dat moment, is. Het wordt geactiveerd zodra

Maloney de toepassing van dit principe in de Refah-zaak onjuist, omdat, naar zijn idee, de fundamentele dreiging voor democratie afwezig was.

⁹⁶⁴ Vgl. ook Fox & Nolte 2000, p. 446: ‘...there is certainly intrinsic value for future voters (in een beperking van electorale keuzemogelijkheden *in het heden*, BR), who may be denied any opportunity to change their government save through extra-constitutional means.’

⁹⁶⁵ Zie daarvoor hoofdstuk 1, onder ‘Kritiek’. Langemeijer schreef in een reactie op Van den Bergh: ‘Anders gezegd: wel is het waar, dat de aanspraak op gezag van de democratisch genomen beslissing tot afschaffing der democratie van democratisch standpunt gezien zwakker is dan die van elke andere meerderheidsbeslissing – immers bij haar ontbreekt het voorbehoud van meningsverandering, dat onderwerping van de minderheid zooveel te meer tot een eisch van redelijkheid maakt – maar een aanspraak heeft zij niettemin, omdat haar verwerping zou beteekenen, dat men boven den vaststaanden wil van de meerderheid van het heden den mogelijken wil van een meerderheid der toekomst zou laten prevaleren (Langemeijer 1936, p. 884).’ Deze reactie miskent echter het bijzondere karakter van het besluit om de democratie af te schaffen; wat de toekomstige meerderheid *in dezen* vraagt is namelijk niet botweg dat haar wil prevaleert boven de wil van het heden, ze wil *slechts* de mogelijkheid te behouden dat óók zij in de toekomst haar wil, langs democratische weg, tot uitdrukking zal kunnen brengen.

een antidemocratische partij haar antidemocratische streven openbaart. Voor de duidelijkheid: het gaat daarbij alleen om dat streven; de partij kan dus ook formeel geweldloos zijn. Dat is wat Van den Bergh betoogde en het is in overeenstemming met de Bundesverfassungsgericht-interpretatie van weerbare democratie: ook geweldloze partijen komen in aanmerking voor een verbod. Het is niet nodig om aan te tonen dat ze ook aanzetten tot geweld of dat partijleden zich schuldig maken aan strafbare feiten.

Dat het recht tot ingrijpen op dat moment ontstaat, wil echter niet zeggen dat de valbijl ook meteen moet vallen. Aan de oratie van Van den Bergh ontleenden we een opportuniteitsprincipe. Een waarschuwing om zo lang mogelijk te wachten: eerst dient een partij bestreden te worden in de democratische arena. Slechts als het verwachte gevaar voor de democratie groter wordt dan de inbreuk op de democratie die het verbod betekent, is het opportuun een partij te verbieden. Het verbod op de Turkse communistische partij nog vóóordat deze actief was geworden is dan ook terecht door het EHRM afgekeurd in *United Communist party of Turkey*: deze dreiging kon uit opportuniteitsoverwegingen eerst nog wel in het democratische debat opgevangen worden.

Ook Popper, Rawls en Kirshner geven aan dat om democratische redenen zo lang mogelijk met ingrijpen gewacht moet worden – ingrijpen brengt democratische ‘kosten’ met zich mee. Popper lijkt daarbij bereid tot een vroeger moment van ingrijpen dan Rawls, en zeker dan Kirshner.⁹⁶⁶ Daar kan tegenover worden gesteld dat minderheden die, niet zelden als *eerste*, slachtoffer worden van antidemocratische tendensen misschien wel met recht eisen dat er relatief vroeg wordt ingegrepen.⁹⁶⁷ Als vuistregel zal het moment ergens moeten liggen tussen de uitersten van enerzijds het verbod op de Turkse communistische partij (te vroeg) en anderzijds het (militaire) ingrijpen in Algerije tegen Front Islamique du Salut (te laat). Het is vervolgens aan bewindspersonen en rechters om samen het *acceptabele* moment voor een partijverbod vast te stellen en daarbij, om met Kirshner te spreken, de democratische kosten te beperken.⁹⁶⁸

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat de focus van democratie als zelfcorrectie al bescherming biedt tegen voorbarig ingrijpen. Het gaat immers om

⁹⁶⁶ Dat Popper het Amerikaanse ‘McCarthyism’ een stuk minder problematisch leek te vinden dan andere critici zou dat vermoeden weleens kunnen bevestigen, zie Ryan 2013, p. xviii.

⁹⁶⁷ Frankenberg 2004, p. 132.

⁹⁶⁸ Een verbod van een kleine splintergroepering met weinig groeipotentieel kost waarschijnlijk meer dan het oplevert in democratische zin: de inbreuk op de democratie (het verbod) is ‘groter’ dan de schade die is voorkomen. Wanneer een partij een serieuze uitdager van de democratie kan worden (bijvoorbeeld Refah) vallen de ‘kosten’ van de inbreuk in het niet bij de ‘winst’ van het voorkomen van ernstige schade aan de drie beginselen van zelfcorrectie.

het verbieden van *partijen*. Het uiten van antidemocratische meningen valt niet onder het bereik van de theorie; dat is het terrein van de vrijheid van meningsuiting. Pas vanaf het moment dat antidemocraten zich beginnen te organiseren komen ze in aanmerking voor een verbod – oftewel: alleen de vrijheid van vereniging kan worden beperkt. Zo functioneert bijvoorbeeld het Duitse systeem ook.⁹⁶⁹ Het moment van ingrijpen wordt bij democratie als zelfcorrectie om principiële redenen – een zo ruim mogelijke vrijheid van meningsuiting – naar achteren geschoven. Bovendien vormen antidemocratische partijen, juist vanwege hun organisatiegraad, waarschijnlijk een reëler gevaar voor de democratie dan individuele, antidemocratische politici die gebruikmaken van hun recht op vrije meningsuiting.⁹⁷⁰

3. *Al is er een acceptabel moment voor ingrijpen aan te wijzen, door de afwezigheid van juridische criteria zal het altijd een politiek besluit blijven.*

Het recht om in te grijpen ontstaat op het moment dat een partij het zelfcorrigerende vermogen van de democratie bedreigt. Een andere vraag is: wanneer moet je van dat recht gebruik maken en ingrijpen? Het vorige kritiekpunt ging er vanuit dat dit moment eigenlijk onmogelijk vast te stellen is. Dat hebben we bestreden: er bestaat een acceptabel moment.

Niettemin ontbreken harde juridische criteria om te beoordelen of een partijverbod ook daadwerkelijk op dat ‘acceptabele’ moment uitgesproken wordt. Het gekozen moment kan politiek-filosofisch wel acceptabel zijn, maar er zal altijd een zweem van politiek omheen blijven hangen, simpelweg omdat het een verbod van een *partij* is.⁹⁷¹ Het antwoord op dit probleem moet echter niet zozeer worden gezocht in de ontwikkeling van juridische criteria voor timing. Die zijn waarschijnlijk niet scherper te formuleren dan het besproken opportuniteitsprincipe: ‘als het gevaar groter is dan de inbreuk op de democratie door een verbod’.

⁹⁶⁹ Dieter Grimm, ‘Freedom of Speech in a Globalized World’, p. 11-22 (14), in: Ivan Hare & James Weinstein (red.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford: Oxford University Press 2010. Daarbij moet worden aangetekend: zolang het niet gaat om steun aan reeds verboden partijen of aan verboden terroristische groeperingen.

⁹⁷⁰ Zie Rummens 2015, p. 288, en Sajó 2004, p. 228-229. Opmerkelijk genoeg kiest Israël hier voor een tegengestelde benadering: steun aan terroristische organisaties (en daarmee het uitdragen van in veel gevallen antidemocratisch gedachtegoed) rechtvaardigt wel een beperking van de vrijheid van meningsuiting, maar (waarschijnlijk) niet de uitsluiting van deelname aan verkiezingen, zie Navot 2008, p. 754.

⁹⁷¹ Illustratief in dit opzicht is de brede discussie over, en de verwijten die gemaakt werden ten aanzien van, het Spaanse verbod op Batasuna – waar het overigens niet bijzonder gunstig was dat de wet speciaal geschreven leek te zijn voor deze partij, zie Tyulkina 2015, p. 138, en over het debat in het algemeen: p. 135-138.

Een aanvullende oplossing kan echter gevonden worden in procedurele waarborgen. Het vermeende politieke karakter kan (deels) weggenomen worden door de instantie die het verbod vordert op enige afstand van de regering (en de politiek) te plaatsen. Maar het biedt geen absolute zekerheid; we hoeven slechts de instructiebevoegdheid van de minister in herinnering te roepen. Uiteindelijk zal het aankomen op een ‘onafhankelijke en kundige rechter’, en daarin verschilt het niet veel van andere situaties waarin we het legitiem achten dat ‘overheden de rechten en vrijheden van burgers beperken’.⁹⁷² Het is de taak van wetgevers, rechtsfilosofen en juristen om dit soort ‘hard cases’ vooraf zo veel mogelijk te doordenken en het wettelijk kader zo veel mogelijk in te kleuren – maar hier is de grens bereikt, voor het overige is het aan de rechter.

4. *Moet het verzet tegen antidemocraten niet worden overgelaten aan de samenleving? Zo kunnen bijvoorbeeld tegendemonstraties op symbolische wijze democratische waarden bevestigen.*

Het antwoord is: deels. Democratie als zelfcorrectie vraagt ook iets van de personen die de instituties van een democratie bevolken – een handelen in de geest van democratie als zelfcorrectie, een democratisch ethos. Dat betekent voor bewindspersonen, zeker als de democratie onder druk komt te staan, het onomwonden benadrukken van de waarde van democratie. Dat kan worden uitgebreid naar de samenleving als geheel; het mag dus ook van democraten in het algemeen verwacht worden. Het besef waarom democratie zo uniek is, kan daaraan bijdragen. Niet zonder reden hebben we de zoektocht naar een rechtvaardiging voor weerbare democratie omschreven als een zoektocht naar het wezen van democratie – een *positieve* verdediging van democratie, niet ‘het beste van het slechtste’. De Duitse constitutie bevat zelfs een bepaling die expliciet aanspoort tot burgerlijk verzet als laatste redmiddel. In artikel 20 lid 4 GG lezen we:

‘Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.’

⁹⁷² Tyulkina 2015, p. 212.

In laatste instantie komt de verdediging van de democratie aan op burgers – Popper had het net zo kunnen formuleren.

Het is echter wel, zoals de Duitse jurist Markus Thiel (geb. 1973) tegen Müllers voorstel inbrengt, wat ‘avontuurlijk’ om louter te vertrouwen op burgerlijk verzet tegen de ontmanteling van de democratie.⁹⁷³ Zo zijn wellicht juist fanatieke antidemocraten bovenmatig zichtbaar en aanwezig in het publieke debat in een verscheurde democratie.⁹⁷⁴ En misschien zijn de zwart/wit-oplossingen die ze voorstellen op een democratisch dieptepunt wel onweerstaanbaar.⁹⁷⁵ Kortom, de analyse die Loewenstein maakte: tegen de democratie is het juist in tijden van crisis makkelijk ageren en een grote schare supporters is daarmee snel vergaard. Bovendien zijn democratisch gezinde krachten in nieuwe democratieën, zoals Etzioni betoogt, vaak nog niet voldoende ontwikkeld om goed georganiseerde antidemocraten het hoofd te kunnen bieden.⁹⁷⁶ Daarnaast laat de geschiedenis zien dat burgerlijk verzet niet in alle gevallen (tijdig) van de grond komt: dat iemand antidemocraten niet actief steunt, wil niet zeggen dat hij antidemocraten ook actief bestrijdt. Dus: ja, er is zeker een rol weggelegd voor de ‘civil society’, maar nee, dat is niet genoeg.

5. *Moet er niet ook aandacht zijn voor de interne democratie van partijen?*

In democratisch opzicht zijn eisen aan de interne democratie van partijen bijzonder ingrijpend. Ze brengen de staat tot ‘diep in het hart van elke politieke organisatie’.⁹⁷⁷ Tegelijkertijd blijft onduidelijk waarom een partij zonder democratische organisatiestructuur om louter die reden zou moeten worden aangepakt als ze verder geen antidemocratisch streven uitdraagt. Natuurlijk, een ondemocratische organisatie zou een ‘voorafschaduwning’ kunnen zijn van wat komen gaat als de partij aan de macht komt, maar het lijkt onrealistisch om te veronderstellen dat dit gevaar in een dergelijk geval uitsluitend uit de partijorganisatie zou blijken. Ook worden er allerlei (extra) interpretatieproblemen gecreëerd en wordt de verhouding tussen staat en partijen vertroebeld wanneer de staat zich actief gaat bezighouden met interne partijdemocratie.⁹⁷⁸ Bovendien moet

⁹⁷³ Thiel 2009b, p. 418-419.

⁹⁷⁴ Zie Thiel 2009b, p. 419.

⁹⁷⁵ Thiel 2009b, p. 419.

⁹⁷⁶ Zie Etzioni 2007.

⁹⁷⁷ Issacharoff 2007, p. 1460.

⁹⁷⁸ Zie ook Issacharoff 2007, p. 1461.

een partij zich, ongeacht haar interne organisatie, verder aan alle ‘externe’ democratische spelregels houden. In Nederland betekent dat onder meer dat haar parlementariërs stemmen zonder ruggespraak of last en dat ze hun zetel behouden wanneer ze met hun partij breken, oftewel: het vrije mandaat.

Eisen aan de interne partijorganisatie zijn een extra beperking van de vrijheid van vereniging. Deze beperking lijkt niet zonder meer te rechtvaardigen. Partijen kunnen en moeten naar hun doeleinden worden beoordeeld. Onvrede over de partijorganisatie kan worden geuit via de reguliere middelen: opzegging van het lidmaatschap of een verkiezingsnederlaag.⁹⁷⁹

6. *Is een eeuwigheidsclausule eigenlijk niet een beter beschermingsmechanisme dan een partijverbod?*

Deze twee beschermingsmechanismen hoeven elkaar niet uit te sluiten. Een partijverbod verdedigt actief bepaalde waarden, een eeuwigheidsclausule legt deze (passief) vast, maar ze kunnen gebaseerd zijn op dezelfde rechtvaardiging. In principe is er dus geen bezwaar tegen een systeem waarin beide beschermingsconstructies aanwezig zijn. Democratie als zelfcorrectie richt zich echter nadrukkelijk op partijverboden. En dat heeft een reden: ik verwacht dat eeuwigheidsclausules niet zo heel effectief zijn. Het is al moeilijk voorstelbaar dat een antidemocratische partij met voldoende aanhang zich zou laten tegenhouden door een constitutionele rechter; het is nog moeilijker voorstelbaar dat zo’n partij uit zichzelf terugdeinst (of na een vingerwijzing door de rechter) voor een clausule die pretendeert ‘eeuwig’ te zijn. Naar mijn idee moet je er veel eerder bij zijn, voordat antidemocratische partijen in de positie komen dat ze daadwerkelijk aan grondwetten kunnen gaan sleutelen. Qua effectiviteit zou ik dan ook grofweg de volgende hiërarchie willen hanteren, van meer effectief naar minder effectief: partijverboden, constitutionele toetsing, eeuwigheidsclausules. Daarmee is niet gezegd dat eeuwigheidsclausules nutteloos zijn, maar wel dat ook een meer actieve verdediging noodzakelijk is.⁹⁸⁰

⁹⁷⁹ Issacharoff 2007, p. 1462. Die afweging komt wellicht anders te liggen als een partij in haar ledenbestand of ten aanzien van bepaalde (verkiezbare) posities discrimineert, zie daarover bijvoorbeeld EHRM 10 juli 2012, 58369/10 (Staatkundige Gereformeerde Partij/Nederland).

⁹⁸⁰ Van der Woude noemt als voordeel van partijverboden boven supraconstitutionaleiteit nog de grotere flexibiliteit: ze zijn gekoppeld aan rechterlijke oordelen over wat op dit moment als een aantasting van fundamentele beginselen kan worden beschouwd. Dat rechterlijke oordeel kan zich door de tijd heen, en met de maatschappij mee, ontwikkelen (zie Van der Woude 2009, p. 54-55). Dit zou ik echter niet zozeer als voordeel willen zien: een van de belangrijkste doelen van democratie als zelfcorrectie is ervoor zorgen dat de rechter zo min mogelijk flexibiliteit

7. *Stel, de bovenstaande punten van kritiek kunnen inderdaad worden weerlegd. Wat moeten we dan denken van 1) religieus geïnspireerd terrorisme (theoterrorisme), 2) burgerrechten in de 'veiligheidsstaat', en 3) radicale predikers? Oftewel: is de weerbare democratie wel toegesneden op nieuwe, eenentwintigste-eeuwse problemen?*

Uiteraard zijn ook dat belangrijke problemen. Tegelijkertijd doet die constatering niet zo veel af aan de relevantie van de weerbare democratie. Net zoals de milieuproblematiek niet veel afdoet aan de relevantie van goed onderwijs. Het risico van democratische zelfmoord is inherent aan een democratie – en het vraagstuk zal dan ook relevant blijven zolang er democratieën zijn. Het gaat volgens sommigen al terug op Plato⁹⁸¹ en kent beruchte historische voorbeelden, van Weimar tot Algerije. Bovendien heeft de weerbare democratietheorie een universeel karakter. Dat betekent niet dat elk land in elk stadium geschikt is voor democratie. Het betekent wel dat zodra er ergens een democratie wordt gevestigd, de vraag naar de grenzen van democratische tolerantie actueel is. En deze kwestie is vaak juist des te dwingender in prille democratieën. Verder zou het van een historisch niet te rechtvaardigen zelfgenoegzaamheid getuigen om te denken dat de zelfafschaffing van de democratie in Europa tot het verleden behoort. Sterker nog, het verdient waarschijnlijk zelfs aanbeveling die zoektocht te ondernemen in tijden van (veronderstelde) rust. Van den Bergh deed het in een tijd dat er een antidemocratische partij (de NSB) in het parlement zat en kreeg veelvuldig het verwijt een politieke rede tegen deze specifieke partij te hebben geschreven, al dan niet in opdracht van de SDAP. Iets vergelijkbaars gebeurde in Spanje: de wet die voor het eerst partijverboden mogelijk maakte, werd gezien als de anti-Batasuna wet.⁹⁸² Dus: ja, ook over de genoemde problemen moet nagedacht worden, maar dat doet niets af aan het belang van de zoektocht naar de juiste omgang met antidemocraten.

Als het gaat om *religieus geïnspireerd terrorisme* in het bijzonder is het belangrijk te beseffen dat antidemocratische partijen niet zelden beschikken over een

heeft, door hem een zo duidelijk mogelijke verbodsgrond aan te leveren, zodat hij niet bij een politieke strijd wordt betrokken (Van der Woude spreekt overigens over 'naar tijd en plaats' verschillen. Wat hier precies met naar 'plaats' verschillen wordt bedoeld is onduidelijk: het gaat immers over een *voordeel*, en het lijkt me geen 'voordeel' van Nederlandse partijverboden dat de interpretatie in bijvoorbeeld Turkije of Spanje anders kan zijn (dat is om het even), en er zal toch niet worden bedoeld dat de partijverboden voor lokale partijen in Friesland kunnen verschillen van die in Limburg).

⁹⁸¹ Pfersmann 2004, p. 47.

⁹⁸² Zie Tyulkina 2015, p. 138.

heimelijke terroristische tak, zoals de ETA bij Batasuna in Spanje en de IRA bij het Ierse Sinn Féin. Tegen zo'n terroristische tak optreden is politiek-filosofisch onomstreden, maar wat te doen met de radicaal-religieuze zusterpartij die dezelfde denkbeelden op ogenschijnlijk legale wijze uitdraagt? Zo komt de weerbare democratie ook bij de bestrijding van theoterrorisme in beeld.

Dan het probleem van de *radicale predikers*. Door in los-vaste verbanden te opereren en door gebruik te maken van de vrijheid van meningsuiting kunnen zij hun antidemocratische boodschap verkondigen. Ze glippen daarmee door de mazen van het net van de weerbare democratie. Hier moet de weerbare democratie kunnen zeggen: dit valt buiten de theorie van democratische zelfverdediging. Democratie als zelfcorrectie beschermt de democratie door een dam op te werpen tegen misbruik van democratische procedures. Het parlement en de knoppen van het wetgevingsapparaat moeten onbereikbaar blijven voor antidemocraten. Daar ligt de grens: bij het moment dat antidemocratische krachten zich organiseren. Het is een vorm van zelfbeperking van de weerbare democratie. Dat betekent dat de horizon voor radicale predikers beperkt is: zodra een stap in de richting van verwezenlijking van de ideologie wordt gezet, althans via democratische weg, vinden ze de weerbare democratie op hun pad.

Dit neemt niet weg dat de antidemocratische propaganda van zogenaamde 'haatpredikers' een serieus probleem voor de democratische rechtsorde kan vormen – zeker als volgers worden opgeroepen om zich, al dan niet gewelddadig, van de democratie af te keren.⁹⁸³ Als de antidemocratische teksten gepaard gaan met oproepen tot geweld ligt dit probleem meer op veiligheidsgebied en zal het ook vanuit dat perspectief moeten worden benaderd, met de inzet van het strafrecht en eventueel inlichtingendiensten.⁹⁸⁴ Problematisch is natuurlijk dat er zelden openlijk wordt opgeroepen tot geweld. De vraag is in hoeverre je je bij de inzet van het strafrecht mag laten leiden door de religieuze context waarin sommige oproepen gezien moeten worden – oftewel, oproepen die pas betekenis krijgen wanneer ze in die context begrepen worden. Hoe het ook zij, de weerbare democratie komt pas in

⁹⁸³ Zoals een radicale preker in Noord-Brabant in april 2015 deed, overigens zonder op te roepen tot geweld: 'Democratie dwingt ons andere regels en morele waarden te accepteren. Dat onze dochters trouwen zonder toestemming van de ouders, dat mannen met mannen kunnen trouwen, vrouwen met vrouwen, dat mensen kunnen zeggen wat ze willen, dat ze kunnen vloeken, democratie staat het allemaal toe.' In plaats daarvan moesten mensen de 'regels van Allah en de Koran volgen'. Zie: 'Preker in moskee Helmond roept op tot afkeren van democratie', *Eindhoven's Dagblad*, 29 april 2015. In die zin is het populaire spraakgebruik ongelukkig: is het slechts 'haat' wat 'haatpredikers' verspreiden, of gaat het net zo vaak om een min of meer zakelijk uiteengezette antidemocratische ideologie? Dat is iets anders dan 'haat'.

⁹⁸⁴ Zie daarover bijvoorbeeld: Amos N. Guiora, *Freedom from religion: rights and national security*, Oxford: Oxford University Press 2009.

beeld wanneer antidemocraten zich organiseren en zich daarmee op het terrein van de verenigingsvrijheid begeven.

Tot slot de *burgerrechten in de 'veiligheidsstaat'*. Net als ten aanzien van de radicale predikers geldt hier dat dit buiten het bereik van de weerbare democratietheorie valt. Het gaat dan om zaken als de spanning tussen privacybescherming enerzijds en effectieve terrorismebestrijding anderzijds. Kunnen internetproviders bijvoorbeeld verplicht worden de internet- en telefoongegevens van alle (dus ook: niet-verdachte) burgers systematisch op te slaan?⁹⁸⁵ De Nederlandse rechter vindt van niet, tot ongenoegen van de minister van Justitie.⁹⁸⁶ Deze en vergelijkbare dilemma's zullen voornamelijk opgelost moeten worden binnen de theorie van het contraterrorisme. Het ingrijpen in de weerbare democratietheorie is 'burgerrechtelijk' van een heel andere orde: het gaat om een specifiek recht (de verenigingsvrijheid) van specifieke personen (leden en oprichters van een democratievijandige partij), dat in zeer specifieke omstandigheden (bij aantasting van het zelfcorrectie-principe) mag worden beperkt.⁹⁸⁷

⁹⁸⁵ Zie Annick Diesfeldt & Fanny de Graaf, 'Dataretentie: een kwestie van alles of niets?', *Nederlands Juristenblad* 2015, nr. 12, p. 740-747.

⁹⁸⁶ 'Stand van zaken ten aanzien van buiten werking stelling bewaarplicht telecommunicatiegegevens', 21 juli 2015 (brief Minister van Justitie aan de Tweede Kamer). Beschikbaar via: <http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2015Z14266&did=2015D28749>.

⁹⁸⁷ Zoals eerder beschreven, betoogt Tyulkina dat deze specifieke invalshoek van de weerbare democratie ervoor kan zorgen dat *ook* het contraterrorisme binnen de grenzen van de 'constitutionele orde' blijft, zie daarvoor de bespreking van Tyulkina in hoofdstuk 2.