

Weerbare democratie en het probleem van timing

De zaak tegen de NPD

Afshin Ellian, Gelijk Molier & Bastiaan Rijpkema¹

Op 17 januari 2017 besloot het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) dat de Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) niet verboden wordt. Het hof oordeelde dat de NPD weliswaar is gericht op omverwerping van de liberaal-democratische basisorde, doordat ze streeft naar een 'op een etnische 'volksgemeenschap' georiënteerde autoritaire 'nationaalstaat', een staatsmodel dat de, voor allen gelijke, menselijke waardigheid aantast en het democratiebeginsel veronachtzaamt, maar de partij werd toch niet verboden omdat het onwaarschijnlijk is dat ze haar doelen ooit zal bereiken. De uitspraak betekent een stevige 'update' van het 'jaren vijftig-kader' omtrent partijverboden. De uitspraak roept een vraag op die nauw gerelateerd is aan, maar toch dient te worden onderscheiden van, de rechtvaardiging van partijverboden: wanneer is het 'juiste' moment om in te grijpen en wat zegt het EHRM daarover? Ook voor Nederland relevante vragen.

1. Inleiding

Op 17 januari 2017 besloot het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) dat de Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) niet verboden wordt.² Nadat eerder een verbodsprocedure strandde op formele gronden, was het nu wel tot een inhoudelijke behandeling gekomen. Het BVerfG stelde vast dat de NPD 'verfassungswidrig' (ongrondwettelijk) is, maar meende dat haar gebrekkige 'Potentialität' (potentie) aan een verbod in de weg stond. De partij heeft op dit moment 336 volksvertegenwoordigers op gemeentelijk niveau, één zetel in het Europees Parlement en zo'n 6000 leden.³

De uitspraak roept een vraag op die nauw gerelateerd is aan, maar toch dient te worden onderscheiden van, de rechtvaardiging van partijverboden: wanneer is het 'juiste' moment om in te grijpen? In deze bijdrage plaatsen we de NPD-uitspraak eerst in de Duitse constitutionele geschiedenis en jurisprudentie. Vervolgens gaan we nader in op het criterium dat het BVerfG ontwikkelt ter nadere bepaling van het *moment* van ingrijpen en zetten dit af tegen de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot partijverboden. We sluiten af met enkele korte beschouwingen over weerbare democratie en het probleem van timing, dat ook voor ons eigen recht niet zonder belang is.

2. Het partijverbod in de Duitse weerbare democratie

De Duitse *Grundgesetz* tracht lessen uit de (Duitse) geschiedenis ter bescherming van de democratische rechtsstaat te codificeren. Die geschiedenis is voor meerdere interpretaties vatbaar – hoe democratisch was de machtsvername van Hitler daadwerkelijk? Wat hierop het antwoord ook moge zijn, zeker is dat het manipuleren van de democratie door gebruik te maken van haar neutrale procedures bijdroeg aan de ondergang van de prille Weimar-democratie. Historicus Joseph Bendersky spreekt dan ook van een 'pseudo-legale revolutie': 'the mask of legality was crucial in allowing Hitler to usurp more and more power, in getting the German population and state authorities to follow his directives, and in making it exceptionally difficult for his opposition to resist'.⁴ Hij had zijn coup begin 1933 wellicht ook simpelweg kunnen declameren, toch wilde hij een formeel akkoord van het parlement – hoe gemankeerd ook. Dat scenario heeft de Duitse grondwetgever in ieder geval onmogelijk willen maken: natuurlijk, een democratie kan nooit volledig dichtgetimmerd worden, maar ze hoeft niet – en dat is het andere uiterste – haar eigen ondergang te bespoedigen door haar existentiële tegenstanders democratische legitimiteit te verschaffen.⁵

Dit thema zien we in verschillende bepalingen van de *Grundgesetz* (GG) terugkomen.⁶ Artikel 79 lid 3 GG bepaalt

dat de kern van de Duitse constitutie nooit gewijzigd kan worden, met welke meerderheid dan ook.⁷ Artikel 18 GG sanctioneert 'misbruik van grondrechten' – wie grondrechten als de vrijheid van meningsuiting en vergadering tegen de 'freiheitliche demokratische Grundordnung' gebruikt, 'verwerkt' deze grondrechten.⁸ Een vergelijkbare bepaling vinden we in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens.⁹ Excentrieker is de expliciete opneming (in 1968) van een 'weerstandrecht': als alle andere middelen gefaald hebben, geeft artikel 20 lid 4 GG iedere Duitse burger het recht zich te verzetten tegen diegenen die daadwerkelijk proberen de Duitse democratie omver te werpen.¹⁰

Partijverboden

Sluitstuk en het meest voorname element van dit grondwettelijke beschermingsstelsel is echter artikel 21 GG, dat exclusief ziet op politieke partijen:

- '(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

Partijen komen pas in aanmerking voor een verbod als ze zich richten tegen een aantal fundamentele democratische principes

der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht.

(3) Das Nähere regeln Bundesgesetze.'

Deze expliciete erkenning was een breuk met het vooroorlogse Duitse staatsrecht, waarin partijen in grondwetten niet voorkwamen en slechts summier besproken werden in de belangrijkste commentaren.¹¹ In het eerste lid wordt de bijzondere positie en het belang van politieke partijen tot uitdrukking gebracht: ze dragen bij aan de politieke meningsvorming.¹² Dat is zowel een beschrijving van 'waartoe de partij op aarde is', maar ook een *garantie*: om die rol waar te kunnen maken dienen partijen dan ook over een aantal noodzakelijke vrijheden te beschikken.¹³

Het zogenaamde 'partijprivilege' geeft die garantie verder vorm.¹⁴ Zo kunnen partijen minder snel verboden worden dan reguliere verenigingen, die reeds verboden

Auteurs

1. Prof. dr. A. Ellian, mr. dr. G. Molier en mr. dr. B.R. Rijpkema zijn verbonden aan de afdeling Encyclopedie, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

Noten

2. BVerfG 17 januari 2017, 2 BvB 1/13 (NPD II). Over de ideologie van de NPD en haar extreemrechtse karakter, zie onder meer: Uwe Backes, 'The Electoral Success of the NPD in Saxony and the prospects for future extreme-right success in German elections', *Patterns of Prejudice* 2006, vol. 40 nr. 2, p. 129-141; Cas Mudde, *The Ideology of the Extreme Right*, Manchester: Manchester University Press 2000, p. 8, met een discussie over de definitie van 'extreemrechts', op p. 10-11. De Duitse *Verfassungsschutz* categoriseert de NPD in haar meest recente *Verfassungsschutzbericht* eveneens als extreemrechts, zie *Verfassungsschutzbericht* 2015, Berlin: Bundesministerium des Innern, p. 70-74.
3. Ben Knight, 'Germany's Constitutional Court rules against banning far-right NPD party', *Deutsche Welle* (online), 17 januari 2017.
4. Joseph W. Bendersky, *A Concise History of Nazi Germany*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers 2014, p. 84, zie ook

p. 46.

5. Zie onder meer Günter Dürig, 'An Introduction to the Basic Law of the Federal Republic of Germany', p. 11-24 (15-16), in: Ulrich Karpen (red.), *The Constitution of the Federal Republic of Germany: Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law with a Translation of the Basic Law*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1988; en Markus Thiel, 'Militant Democracy and State of Emergency in Germany', p. 273-327 (293), in: Afshin Ellian & Gelijs Molier (red.), *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, Dordrecht: Republic of Letters Publishing 2012.
6. Zie Dürig 1988, p. 16, voor een uitgebreide inventarisatie, zie: Thiel 2012, p. 281-297.
7. Zie daarover Thiel 2012, p. 292-293.
8. Zie daarover onder meer Karl Doehring, 'The Special Character of the Constitution of the Federal Republic of Germany as a Free Democratic Basic Order', p. 25-44 (41-42), in: Karpen 1988, en Thiel 2012, p. 282-284.
9. Respectievelijk art. 17 EVRM en art. 30 UVRM.
10. Zie Thiel 2012, p. 298-291 en H.D. Jarass, 'Art. 20 GG', p. 460-511 (510-511), in: H.D. Jarass & B. Pieroth (red.), *Grundge-*

setz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar), München: Verlag C.H. Beck 2007: het moet uitdrukkelijk gaan om een proberen (niet om een 'voornemen'), en ook niet om 'geïsoleerde' en/of 'tijdelijke' aantastingen van de in 'artikel 20 lid 1 t/m 3 GG verankerde ordening'. Voor een scherpe kritiek op dit artikel, zie Dürig 1988, p. 16-17. Thiel is positiever en acht een proportionaliteitstoets inherent aan het artikel, zie Thiel 2012, p. 291. Aan dit rijtje beschermingsbepalingen kan ook nog art. 19 worden toegevoegd, waarin wordt bepaald dat grondrechtsbeperkingen (die de GG uiteraard toestaat, net als onze Grondwet, en het EVRM) nooit zo ver mogen gaan dat ze de kern (*Wesengehalts*) van het grondrecht aantasten. Vraag is overigens hoe ver dan precies gegaan mag worden. Behoorlijk ver, lijkt het antwoord; geopperd wordt dat beperkingen mogelijk zijn, zolang ze de menselijke waardigheid niet aantasten, zie ook hier Jarass 2007, p. 438-439.

11. Zie Carl J. Schneider, 'Political Parties and the German Basic Law of 1949', *The Western Political Quarterly* 1957, vol. 10 nr. 3, p. 527-540 (527), Eckart Klein & Thomas Giegerich, 'The Parliamentary Democracy', p. 141-168 (160), in: Karpen 1988; Donald P. Kommers, *The Constitutio-*

nal Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Second Edition, Revised and Expanded, Durham & London: Duke University Press 1997, p. 200; en Donald P. Kommers, 'The Federal Constitutional Court: Guardian of German Democracy', *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 2006, p. 111-128 (p. 119-120).

12. A.J. Nieuwenhuis, 'Partijverbod en supraconstitutionalisme in rechtsvergelijkend perspectief', p. 199-213 (p. 201), in: J.L. de Reede & J.H. Reestman, *Op het snijvlak van recht en politiek: opstellen aangeboden aan prof. mr. L. Prakke*, Deventer: Kluwer 2003. De 'functiemon-schrijving' van politieke partijen die art. 21 lid 1 GG geeft, wordt verder uitgewerkt in art. 2 lid 1 van de *Parteiengesetz*, zie daarover E. Klein & T. Giegerich, 'The Parliamentary Democracy', p. 141-168 (161), in: Karpen 1988.

13. Doehring 1988, p. 40, zie ook Schneider 1957, p. 529 en Klein & Giegerich 1988, p. 161.

14. Zie uitgebreid Doehring 1988, p. 40 en Kommers 1997, p. 218 en 222.



kunnen worden op grond van verzet tegen de constitutionele orde (artikel 9 GG).¹⁵ Partijen komen pas in aanmerking voor een verbod als ze zich richten tegen een aantal fundamentele democratische principes; gewone verenigingen komen reeds in de gevarenzone wanneer ze zich verzetten tegen de *concrete* uitwerking van die fundamentele principes in de Duitse Grondwet – de constitutionele orde.¹⁶ Ook kunnen verenigingen verboden worden door de regering; partijen alleen door het *Bundesverfassungsgericht*, dat forum privilegiatum is voor dit soort zaken (artikel 21 lid 2).¹⁷ Het recht voor Duitsers om zich in politieke zin te verenigen is dus ruimer dan het recht van vereniging in niet-politieke zin.¹⁸ Verder wordt de vrijheid om partijen te vormen expliciet beschermd in het eerste lid van artikel 21 – ‘Ihre Gründung ist frei’ –, waaruit bovendien afgeleid wordt dat partijen gelijk behandeld dienen te worden.¹⁹

Maar die bijzondere positie brengt ook verantwoordelijkheden met zich mee. Dan gaat het enerzijds om hun interne *organisatie*: artikel 21 lid 2 eist dat politieke partijen democratisch georganiseerd zijn (de partijstructuur van de PVV zou in Duitsland onmogelijk zijn)²⁰ en zij moeten openheid geven over hun financiën (iets wat in Nederland sinds 2013 ook wordt geëist).²¹ Anderzijds heeft die verantwoordelijkheid betrekking op de *doelen* die partijen nastreven: artikel 21 lid 2 formuleert de verbodsgrond voor politieke partijen. In tegenstelling tot reguliere verenigingen kunnen partijen slechts verboden worden wanneer ze zich verzetten tegen de meest fundamentele waarden, omschreven als de ‘freiheitliche demokratische Grundordnung’ (de liberaal-democratische basisorde). Partijen die zich tegen deze liberaal-democratische basisorde keren kunnen ‘verfassungswidrig’ (ongrondwettelijk) wor-

den verklaard – waarop altijd ontbinding van de partij volgt.²² Organisatie en doel van de partij komen hier overigens samen: het BVerfG ziet in een uitgesproken ondemocratische organisatie aanvullend bewijs voor de anti-constitutionele doelstelling van een partij.²³

Het kader: de SRP- en KPD-verboden

Het partijverbod is in Duitsland, tot de NPD-zaak, twee keer ingezet. In 1952 werd de Sozialistische Reichspartei (SRP) verboden. Het partijprogramma vertoonde overeenkomsten met dat van de NSDAP, de partij was autoritair georganiseerd en ze had als werkelijk doel het stichten van een dictatuur.²⁴ Het maakte dat het BVerfG, zo vlak na de Tweede Wereldoorlog, snel klaar was met deze zaak. De SRP-zaak gaf het BVerfG de mogelijkheid om, in de prille (West-)Duitse democratie, de centrale gedachte achter het zware, en volgens sommigen ondemocratische, verdedigingsmiddel van het partijverbod helder uit een te zetten:

‘Der deutsche Verfassungsgesetzgeber stand vor der Frage, ob er diese Folgerungen rein durchführen könne oder ob er nicht vielmehr, belehrt durch die Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit, hier gewisse Grenzen ziehen müsse. Er hatte zu erwägen, ob nicht die absolute Freiheit auf der Grundlage jedweder politischen Idee Parteien zu bilden, an der Anerkennung der tragenden Grundsätze jeder Demokratie ihre Schranken finden müsse und ob nicht Parteien, die mit den formalen Mitteln der Demokratie diese selbst beseitigen wollen, aus dem politischen Leben ausgeschaltet werden müßten. Dabei war die Gefahr zu bedenken, in der darin liegt, daß die Regierung auf diese Art unbequeme Oppositionsparteien zu beseitigen

Een risicotoots is niet nodig: het maakt niet uit of een partij haar doelen kan realiseren, een democratie hoeft niet te wachten tot er daadwerkelijk gevaar is

versucht sein könnte. Das Grundgesetz hat in Art. 21 versucht, dieser Problematik Herr zu werden.²⁵

Maar nog belangrijker is dat het BVerfG in de SRP-zaak de verbodsgrond uit artikel 21 lid 2 GG, de 'freiheitliche demokratische Grundordnung', verheldert. Hij is daartoe ook wel gedwongen, het is immers niet direct duidelijk wat wel en niet onder dat begrip moet worden verstaan, en dat bemoeilijkt het toetsen van partijdoelen op hun ontoelaatbaarheid.²⁶ Het BVerfG komt tot de volgende opsomming:

'So läßt sich die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine Ordnung bestimmen, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.'²⁷

Het is belangrijk te beseffen dat het BVerfG nadrukkelijk bepaalde dat het bovenstaande rijtje bestaat uit funda-

mentele *principes*; daartegen mogen partijen zich niet verzetten, wel tegen hun concrete uitwerking in een specifieke constitutionele vorm.²⁸

De kaarten lagen anders bij de tweede Duitse verbodszaak: het verbod van de Kommunistische Partei Deutschlands (KPD). De partij werd pas verboden in 1956, terwijl het verbodsverzoek in hetzelfde jaar ingediend werd als bij de SRP.²⁹ Die vertraging had alles te maken met de veranderde omstandigheden: tijdens de spectaculaire wederopstanding van de West-Duitse democratie verdween de KPD electoraal vrijwel volledig uit beeld – het bracht de rechters aan het twifelen: was een verbod van een gedecimeerde partij niet wat voorbarig?³⁰ Toen echter duidelijk werd dat de regering het verzoek niet zou intrekken, volgde alsnog de uitspraak.³¹ Het werd een verbod, in de langste uitspraak van het hof ooit.³²

Twee zaken maken deze uitspraak van belang. Allereerst omdat het BVerfG uitdrukkelijk stelde dat strafbare feiten, bijvoorbeeld het gebruik van geweld,³³ geen rol spelen: het gaat enkel gaat om een duurzame, strijd bare houding³⁴ tegenover de Duitse democratie:

'Art. 21 Abs. 2 GG verlangt, daß die Partei "darauf ausgeht", die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen. (...) Hier wird ein konkretes Unternehmen im Sinne des § 81 StGB nicht erfordert, dagegen muß der politische Kurs der Partei durch eine Absicht bestimmt sein, die *grundsätzlich und dauernd tendenziell auf die Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtet ist*. Sie muß außerdem so weit in Handlungen (das sind u. U. auch programma-

15. Schneider 1957, p. 529-530, zie ook Klein & Giegerich 1988, p. 162.

16. Schneider 1957, p. 529-530 en Doebering 1988, p. 40.

17. Klein & Giegerich 1988, p. 162, Schneider 1957, p. 529 en Kommers 1997, p. 218.

18. Schneider 1957, p. 529.

19. Zie B. Pieroth, 'Art. 21 GG', p. 518-536 (525), in: Jarass & Pieroth 2007, en Schneider 1957, p. 531, in het bijzonder als het gaat om partijfinanciering: Kommers 1997, p. 203-204.

20. Zie daarover D.J. Elzinga, 'Moet een politieke partij leden hebben?', *Socialisme & Democratie* 2008, nr. 5, p. 57-58, die overigens kritisch tegenover het Duitse systeem staat.

21. In de Wet op de financiering politieke partijen 2013.

22. Kommers 1997, p. 223: het BVerfG oordeelde dat ontbinding het 'natuurlijke gevolg' van een onconstitutioneel-verklaring is.

23. Schneider 1957, p. 536.

24. Nieuwenhuis 2003, p. 202 en David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago en Londen: The University of Chicago Press 1994, p. 216.

25. BVerfG 23 oktober 1952, E 2,1 (SRP), p. 10-11 (bij de SRP- en KPD-uitspraak wordt verwezen naar de paginanummers uit de Mohr Siebeck-uitgave; bij NPD I en NPD II naar de paragraafnummers bij de online-versie van het *Bundesverfassungsgericht*).

26. Zie ook Kommers 1997, p. 218 en Schneider 1957, p. 533-534 en 537. Zie voor een meer algemene kritiek op deze te vrijblijvende manier van het vormgeven van

verbodsgronden: B.R. Rijkema, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2015, onder meer p. 54, 70-71, 155-156.

27. BVerfG (SRP), p. 12-13.

28. Schneider 1957, p. 537-538 en Nieuwenhuis 2003, p. 201; zie BVerfG (SRP), p. 12: 'Die Vorstellung des Vertreters der SRP, es könne verschiedene freiheitliche demokratische Grundordnungen geben, ist falsch. Sie beruht auf einer Verwechslung des Begriffs der freiheitlichen demokratischen Grundordnung mit den Formen, in denen sie im demokratischen Staat Gestalt annehmen kann.'

29. Kommers 1997, p. 222.

30. Kommers 1997, p. 222.

31. Kommers 1997, p. 223.

32. Kommers 1997, p. 222-223.

33. In Nederland is dat onduidelijker: tot nu

toe speelden bij Nederlandse partijverboden strafbare feiten altijd een rol, zie W. van der Woude, *Democratie waarborgen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 23, die, op basis van een interpretatie van het 'openbare orde'-criterium uit art. 2:20 BW, wel de mogelijkheid openhoudt dat het ook tot een verbod zou kunnen komen als er geen strafbare feiten zijn gepleegd. Voorzichtiger is A.J. Nieuwenhuis, 'Het verenigingsverbod. Op zoek naar de grondvesten van de rechtsorde', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2015, p. 106-123 (119).

34. Bovend'Eert, P.P.T. & M.C. Burkens, 'De Bondsrepubliek Duitsland', p. 61-94 (91), in: L.F.M. Besselink, P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg & R. de Lange, *Staatsrecht van landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2012.

Deze koerswijziging zou kunnen worden opgevat als een teken van democratische volwassenheid

tische Reden verantwortlicher Persönlichkeiten) zum Ausdruck kommen, daß sie als *planvoll verfolgtes politisches Vorgehen der Partei erkennbar wird*. Es fehlt ganz der “punktuelle” Charakter der strafrechtlichen Sanktion; *ebensowenig brauchen die Tatsachen, aus denen die verfassungsfeindliche Planung erschlossen wird, Versuchs- oder Vorbereitungshandlungen in strafrechtlichem Sinne zu sein*. Das Einschreiten gegen eine Partei auf Grund des Art. 21 Abs. 2 GG ist seinem Wesen nach *Präventivmaßnahme, Vorsorge für die Zukunft*. Sie soll Gefahren rechtzeitig abwehren, mit deren Eintreten nach der bisher in Reden und Handlungen sichtbar gewordenen allgemeinen Haltung der Partei gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerechnet werden muß.³⁵

Met die strijdbare opstelling is de ongrondwettigheid van een partij vervolgens gegeven. Het is een ‘preventieve maatregel’. Een risicotoeets is niet nodig: het maakt niet uit of een partij haar doelen kan realiseren, een democratie hoeft niet te wachten tot er daadwerkelijk gevaar is.³⁶ In de woorden van het BVerfG:

‘Eine Partei kann nach dem Gesagten *auch dann verfassungswidrig im Sinne des Art. 21 Abs. 2 GG sein, wenn nach menschlichem Ermessen keine Aussicht darauf besteht, daß sie ihre verfassungswidrige Absicht in absehbarer Zukunft werde verwirklichen können*. Ebensowenig ist die Anwendung des Art. 21 Abs. 2 GG deshalb ausgeschlossen, weil eine Partei etwa die Realisierung ihrer verfassungswidrigen Ziele zurückstellt, da sie im Augenblick keine Aussicht auf Verwirklichung sieht; wenn die verfassungsfeindliche Absicht überhaupt nachweisbar ist, braucht nicht abgewartet zu werden, ob sich die politische Lage ändert und die Partei nun die Verwirklichung ihrer verfassungswidrigen Ziele tatsächlich in Angriff nimmt.’³⁷

Met de SRP- en KPD-uitspraak heeft het BVerfG in de partijverbodsregeling een aantal onduidelijkheden weggenomen. Partijen kunnen worden verboden als ze de liberaal-democratische basisorde bedreigen. Daar moeten we een uitgebreid lijstje principes onder begrijpen, zoals het meerpartijenprincipe en respect voor mensenrechten. Partijen komen niet in aanmerking voor een verbod wanneer ze slechts reflecteren op alternatieve staatsvormen,³⁸ ze moeten een duurzame strijdbare opstelling jegens de constitutie laten zien. Maar gebruik van geweld is daarbij niet vereist en het is ook niet van belang of ze hun plannen daadwerkelijk kunnen realiseren – er hoeft niet gewacht te worden tot er een concreet gevaar van een partij uitgaat.

3. De NPD-uitspraak, mede in het licht van de EHRM-jurisprudentie inzake partijverboden

Het kader omtrent partijverboden is volledig in de twee verbodszaken uit de jaren vijftig ontwikkeld. In de decennia die volgden werd de gereorganiseerde communistische partij ongemoeid gelaten (terwijl die gemakkelijk ontbonden had kunnen worden als ‘opvolger-partij’), liet het BVerfG in een aantal zaken over politieke rechten de teugels nadrukkelijk vieren en werd haar oordeel over de ongrondwettigheid van politieke partijen zelfs nooit meer gevraagd.³⁹

Dat veranderde na de eeuwwisseling. Eerst strandde in 2003 een verbodsprocedure tegen de NPD op formele gronden. De partij was te zeer, tot op bestuursniveau, gefiltreerd.⁴⁰ Een nieuw verbodsverzoek haalde wel de eindstreep. Op 17 januari 2017 deed het BVerfG uitspraak: de NPD is gericht op de omverwerping van de liberaal-democratische basisorde,⁴¹ aangezien ze streeft naar een ‘op een etnische “volksgemeenschap” georiënteerde autoritaire “nationaalstaat”’, een staatsmodel dat de, voor allen gelijke, menselijke waardigheid aantast en het democratiebeginsel veronachtzaamt;⁴² de partij werd echter niet verboden, omdat het onwaarschijnlijk is dat ze haar doelen ooit zal bereiken.⁴³

De uitspraak betekent een stevige ‘update’ van het ‘jaren vijftig-kader’ omtrent partijverboden. Waar eerst van een strijdbare opstelling gesproken kon worden wanneer er een enigszins planmatige gerichtheid tegen de liberaal-democratische basisorde bestond – alles wat meer was dan een vrijblijvend nadenken over alternatieve staatsvormen, is die strijdbare opstelling nu pas een feit wanneer de partij ook minstens in staat geacht moeten worden haar doelen ooit te kunnen verwezenlijken. De kernpassage is de volgende:

‘Entsprechend dem Ausnahmecharakter des Parteiverbots als präventives Organisations- und nicht als bloßes Weltanschauungs- oder Gesinnungsverbot kann ein “Darauf Ausgehen” allerdings nur angenommen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte von Gewicht vorliegen, die es *zumindest möglich erscheinen lassen*, dass das gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG gerichtete Handeln einer Partei erfolgreich sein kann (Potentialität).

Lässt das Handeln einer Partei dagegen noch nicht einmal auf die Möglichkeit eines Erreichens ihrer verfassungsfeindlichen Ziele schließen, bedarf es des präventiven Schutzes der Verfassung durch ein Parteiverbot als schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde (vgl. BVerfGE 107, 339 <369>) nicht. Ein Parteiverbot kommt vielmehr nur in Betracht, wenn eine Partei über hinreichende Wirkungsmöglichkeiten verfügt, die ein Erreichen der von ihr verfolgten verfassungsfeindlichen Ziele nicht völlig aussichtslos erscheinen lassen, und wenn sie von diesen Wirkungsmöglichkeiten auch Gebrauch macht. Ist dies nicht der Fall, fehlt es an einem “Darauf Ausgehen” im Sinne von Art. 21 Abs. 2 GG.’⁴⁴

Het BVerfG gaat dus ‘om’. Het hof erkent zelf ook af te wijken van haar eerdere KPD-uitspraak:

'An der hiervon abweichenden Definition im KPD-Urteil, nach der es einem Parteiverbot nicht entgegenstehe, wenn für die Partei nach menschlichem Ermessen keine Aussicht darauf besteht, dass sie ihre verfassungswidrige Absicht in absehbarer Zukunft werde verwirklichen können (vgl. BVerfGE 5, 85 <143>), hält der Senat nicht fest.'⁴⁵

Deze koerswijziging zou kunnen worden opgevat als een teken van democratische volwassenheid.⁴⁶ Een democratie waar democratische tradities, overigens mede dankzij het BVerfG,⁴⁷ wortel hebben kunnen schieten, hoeft weinig significante antidemocratische partijen niet direct te verbieden. Om die ruimte te creëren kon het BVerfG niet anders dan afwijken van haar eerdere standpunt in de KPD-zaak.

Bij de beoordeling van de 'onconstitutionale' van een partij zijn er in de nieuwe opvatting van het hof twee momenten te onderscheiden. De 'onconstitutionale' van een partij was voorheen gegeven met haar gerichtheid tegen de liberaal-democratische basisorde: de valbijl van het partijverbod viel onherroepelijk wanneer een partij zich organiseerde rond antidemocratische doelen. In de NDP-uitspraak daarentegen meent het hof in de woorden 'darauf ausgehen' uit artikel 21 lid 2 GG ruimte te hebben gevonden voor een pragmatische toets.⁴⁸ Voor een daadwerkelijk strijdbaar opstelling ('darauf ausgehen') is het niet langer voldoende wanneer een partij een planmatige gerichtheid heeft op het aantasten van de liberaal-democratische basisorde (conform de KPD-uitspraak), maar dient een partij daadwerkelijk *enig* uitzicht te hebben op realisering van haar doelen – er moet een 'potentie' zijn. Een concreet gevaar is daarbij (nog steeds) niet vereist, maar deze benadering leidt er wel toe dat bij een electo-

raal volkomen onbeduidende partij de valbijl niet langer automatisch naar beneden komt.

Daarmee lijkt het Duitse partijverbodsregime meer in de richting van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens opgeschoven.⁴⁹ Het was immers twijfelachtig of het 'jaren vijftig-kader', tot stand gekomen vóór het leeuwendeel van de EHRM-jurisprudentie, daarmee nog wel in overeenstemming was.⁵⁰ Bij beperkingen van de verenigingsvrijheid (artikel 11 EVRM) verriicht het EHRM namelijk nadrukkelijk een risicoanalyse om te bepalen of er wel sprake is van een 'pressing social need' (noodzakelijk om de beperking 'necessary in a democratic society' te laten zijn).

In EHRM *United Communist Party of Turkey* (1998) bepaalde het hof al dat een partij verbieden enkel op basis van haar statuten niet toegestaan is.⁵¹ In EHRM *Refah* (2003) krijgt deze risicoanalyse meer reliëf. Het hof stelt dat Turkije de 'margin of appreciation' niet overschreden heeft door de Refah-partij te verbieden. De partij huldigde doelstellingen die niet te verenigen waren met 'the concept of a "democratic society"',⁵² te weten: rechtspluralisme en een vorm van sharia, en was bovendien dubbelzinnig over het gebruik van geweld.⁵³ Bovendien was Refah op het moment van het verbod een regeringspartij en had:

'the real potential to seize political power without being restricted by the compromises inherent in a coalition.'⁵⁴

Het EHRM meent dat het Turkse Constitutioneel Hof niet kan worden verweten dat ze te vroeg heeft ingegrepen: er hoeft niet te worden gewacht tot het moment dat Refah ook daadwerkelijk zonder (coalitie-)beperkingen zou kun-

35. BVerfG 17 augustus 1957, E 5, 85 (KPD), p. 141-142 (cursiveringen AE, GM, BR), zie daarover: Kommers 1997, p. 223, Elzinga 1982, p. 140.

36. Jarass 2007, p. 530-531: 'Entscheidend ist, ob die Ziele gegenwärtig bestehen, nicht, wann sie voraussichtlich realisiert werden.'; zie ook Kommers 1997, p. 223.

37. BVerfG (KPD), p. 143 (cursiveringen AE, GM, BR).

38. Bovend'Eert & Burkens 2012, p. 91 en Currie 1994, p. 220.

39. Kommers 1997, p. 224 en 227, Currie 1994, p. 221 en Bovend'Eert & Burkens 2012, p. 91.

40. BVerfG 18 maart 2003, 2 BVB 1/01 (NPD I), par. 52, zie daarover uitgebreid: T. Rensmann, 'Procedural Fairness in a Militant Democracy: The "Uprising of the Decent" Fails Before the Federal Constitutional Court', *German Law Journal* 2003, vol. 4, nr. 11, p. 1117-1134.

41. BVerfG (NPD II), par. 634 en 844.

42. BVerfG (NPD II), par. 844.

43. BVerfG (NPD II), par. 845.

44. BVerfG (NPD II), par. 585-586 (cursive-

ring AE, GM en BR).

45. BVerfG (NPD II), par. 586.

46. Currie 1994, p. 221 en Kommers 1997, p. 238.

47. Zie Kommers 1997, p. 237-238 en Kommers 2006.

48. Je zou op dit punt kunnen betogen dat in het 'jaren vijftig'-kader, de eerdere louter principiële opvatting van het BVerfG, al een pragmatische toets ingebouwd zat: zoals gezegd volstond immers het enkel nadenken over alternatieve staatsinrichtingen niet om voor een partijverbod in aanmerking te komen. Een dergelijke opvatting zou echter miskennen dat het daarbij niet om een risico-inschatting gaat, maar om een minimumvoorwaarde voor de toepassing van art. 21 lid 2 GG: om überhaupt van een partijverbod te kunnen spreken, moet er wel sprake zijn van een georganiseerd verband dat op politieke actie gericht is.

49. In *Risico's voor de democratie: een juridische verkenning van het gevaar-criterium in het democratisch verdedigingsrepertoire in vijf landen: Duitsland, Frankrijk, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en de Ver-*

enigde Staten, Erasmus Universiteit Rotterdam 2016, Rapport in opdracht van de Directie Constitutionele Zaken & Wetgeving (aangeboden aan de Tweede Kamer op 29 maart 2017) concluderen ook R. de Lange, N. Efthymiou & F. van Tienen – vóór de NPD-zaak – dat er behoorlijk wat ruimte lijkt te bestaan tussen de opvatting van het BVerfG en het EHRM ten aanzien van wat de auteurs het 'gevaarcriterium' noemen (p. 32); niettemin lijken zij toch iets van een pragmatische toets in de KPD-uitspraak te lezen wanneer zij vervolgens, eveneens op p. 32, schrijven: 'De kansen van de KPD – een kleine partij – om daadwerkelijk de democratische orde omver te stoten waren gering. In het oordeel van het BVerfG ligt het accent niet op het concrete gevaar. Het is voldoende dat de ongrondwettige doelen van de betreffende partij met enige waarschijnlijkheid binnen afzienbare tijd kunnen worden verwezenlijkt.' De stellige formulering van het BVerfG in de KPD-zaak lijkt zulks echter niet te rechtvaardigen, zie BVerfG (KPD), p. 143: 'Eine Partei kann nach dem Gesagten auch dann verfassungswidrig im Sinne des

Art. 21 Abs. 2 GG sein, wenn nach menschlichem Ermessen keine Aussicht darauf besteht, daß sie ihre verfassungswidrige Absicht in absehbarer Zukunft werde verwirklichen könne' (cursiveringen AE, GM, BR), in BVerfG *NPD II* werd die formulering bovendien expliciet herhaald (en verworpen), zie par. 568. Zie op dit punt ook Currie over de KPD-zaak: 'Nor was it necessary that there be any reasonable prospect that the party might be in a position to effectuate its plan in the foreseeable future, or even that it intend to try (...)'. (Currie 1994, p. 220-221).

50. Tenzij art. 17 EVRM (misbruik van recht) van toepassing wordt geacht, er vindt dan geen risicoanalyse plaats, zie daarover hieronder.

51. EHRM 30 januari 1998, 133/1996/752/951 (*United Communist Party of Turkey*), par. 61.

52. EHRM 13 februari 2013, 41340/98, 41342/98 en 41344/98, NJ 2005, 73 (*Refah*), par. 132.

53. EHRM (*Refah*) 2003, respectievelijk par. 117-119, 120-125 en 129-130.

54. EHRM (*Refah*) 2003, par. 108.

nen regeren en haar antidemocratische programma ongehinderd kan implementeren.⁵⁵ In een latere zaak over de Spaanse politieke partij Herri Batasuna (2009) vat het EHRM haar risicotoets nog eens samen.⁵⁶ De 'margin of appreciation' ten aanzien van partijverboden is beperkt, hetgeen een strikte toetsing door het EHRM impliceert. Partijverboden zijn dermate drastische maatregelen dat ze alleen in de meest ernstige gevallen toegepast mogen worden.⁵⁷ In dit licht moet de volgende maatstaf worden aangelegd:

'whether there was plausible evidence that the risk to democracy, supposing it had been proved to exist, was sufficiently and reasonably imminent.'⁵⁸

Het gevaar voor de democratie dient dus 'sufficiently and reasonably imminent' te zijn. Er lijkt dus nog wel wat ruimte te liggen tussen de maatstaf die het BVerfG hanteert (ten minste de mogelijkheid van realisering van de partijdoelen) en het EHRM, waar veel meer de nadruk lijkt te liggen op het concrete gevaar dat een partij vormt voor de democratie. Opmerkelijk is in dat kader wel dat het bij Batasuna ging om een lokale partij, die op het moment van het verbod slechts 7 van de 75 zetels had in het Baskische regionaalparlement (10-12% van de Baskische bevolking).⁵⁹ De reden dat er volgens het EHRM echter ook in dat geval sprake was van een 'sufficiently and reasonably imminent risk to democracy' lijkt daarom ook eerder te moeten worden gezocht in het feit dat er nauwe banden bestonden tussen Batasuna en de terroristische organisatie ETA,⁶⁰ dat een aantal ETA-terroristen tot ereburgers waren uitgeroepen in steden die werden bestuurd door Batasuna⁶¹ en dat Batasuna terroristische aanslagen door de ETA als politiek middel niet expliciet afkeurde.⁶² De rechtvaardiging voor het verbod was, met andere woorden, eerder gelegen in de relatie met een terroristische organisatie dan in het feit dat Batasuna in politieke zin een bedreiging vormde voor de democratie.⁶³ Daarmee is het criterium van concreet gevaar toch weer minder hard dan het op het eerste gezicht lijkt, want het moge duidelijk zijn dat Batasuna *zelf*, langs electorale weg, geen concreet gevaar vormde voor de democratie in Spanje. Dit betekent derhalve dat de door het EHRM gehanteerde abstracte risicotoets van een 'sufficiently and reasonably imminent risk to democracy'⁶⁴ in zijn concrete uitwerking nog altijd de nodige beoordelingsruimte laat voor de nationale overheid: uiteindelijk zijn de nationale autoriteiten het beste gepositioneerd om de risicotoets in de praktijk toe te passen.⁶⁵

Ook het BVerfG is die opvatting toegedaan⁶⁶ en leidt uit het feit dat (ook) het *Batasuna*-verbod volgens het EHRM de risicotoets kon doorstaan, af dat het criterium van concreet gevaar in ieder geval niet *naar de letter* doorslaggevend is:

Demgemäß ist *nicht davon auszugehen*, das aus der Sicht des EGRM das Vorliegen einer konkreten Gefahr für den demokratischen Verfassungsstaat notwendige Voraussetzung für ein Parteiverbot ist. Vielmehr ist – wie der EGMR ausdrücklich darlegt – das Vorliegen eines dringenden sozialen Bedürfnisses für ein Parteiverbot auf der Basis einer Gesamtwürdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls und unter

Berücksichtigung der jeweiligen nationalen Besonderheiten festzustellen.⁶⁷

Op basis van dit criterium is het BVerfG van mening dat zijn invulling van de risicotoets waarbij de mogelijkheid van realisering van de doelstellingen al voldoende is voor een partijverbod, niet in strijd komt met de jurisprudentie van het EHRM, juist omdat het EHRM de nationale context, inclusief het verleden nadrukkelijk laat meewegen in zijn beoordeling van partijverboden.⁶⁸ Dit moge zo zijn, maar dit laat onverlet dat het EHRM eveneens benadrukt dat de geboden 'margin of appreciation' vanwege het ingrijpende karakter van een partijverbod niettemin beperkt is.⁶⁹

Het BVerfG neemt met deze uitspraak een interessante positie in. Het 'jaren vijftig'-kader had eventueel gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op artikel 17 EVRM. Deze 'misbruik van recht'-bepaling maakt

Het BVerfG lijkt een waarschijnlijkheidsmaatstaf, zoals die in *Refah* wordt gehanteerd, binnen de Duitse context, een te strenge invulling van de risicotoets te vinden

dat, indien van toepassing, een partij überhaupt geen aanspraak meer kan maken op bescherming door verdragsrechten, zodat men ook niet toekomt aan de vraag of er sprake is van een al dan niet toegestane beperking onder artikel 11 EVRM.⁷⁰ In 1957 ging de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens daarin mee toen de KPD-zaak Straatsburg bereikte,⁷¹ en recentelijk keurde het EHRM in een Duitse en een Russische zaak een verbod op de radicaalislamitische (politieke) vereniging Hizb ut-Tahrir goed op basis van artikel 17 EVRM.⁷² Het BVerfG spreekt in de *NPD*-zaak echter duidelijk de wens uit om niet slechts een principiële maatstaf te hanteren; het hof wil ook de reële risico's voor de democratie in de beoordeling betrekken. Dan kom je in het vaarwater van artikel 11 EVRM en de risicotoets van het EHRM. De *NPD*-zaak zal Straatsburg niet bereiken, maar het BVerfG geeft in de *NPD*-zaak wel alvast een schot voor de boeg: het BVerfG lijkt een waarschijnlijkheidsmaatstaf, zoals die in *Refah* wordt gehanteerd, binnen de Duitse context, een te strenge invulling van de risicotoets te vinden. In plaats daarvan kiest hij voor een 'potentie'-maatstaf.⁷³

4. Weerbare democratie en het probleem van timing

De *NPD*-uitspraak maakt de kwestie van timing nu ook in

Dat het timingsprobleem het partijverbod niet per *definitie* tot een onbruikbaar instrument hoeft te maken, maakt het nog niet een instrument met een glasheldere toepassing

het Duitse recht tot een afzonderlijk vraagstuk. Het BVerfG acht het niet langer voldoende dat een partij een planmatige gerichtheid heeft op het aantasten van de liberaal-democratische basisorde, daarnaast moet nu (cumulatief) de mogelijkheid bestaan op de realisering van die plannen. Op zichzelf is de tweedeling tussen een materieel verbodscriterium (gerichtheid op aantasting van liberaal-democratische basisorde) enerzijds en een meer formeel, op de timing betrekking hebbend verbodscriterium (mogelijkheid van realisering) een logische tweedeling. Ze vormt in *Refah* nadrukkelijk de benadering van het EHRM en is op politiek-filosofische gronden te rechtvaardigen.⁷⁴ Tegelijkertijd ontstaat daarmee een nieuw probleem, want wanneer is er – in de termen van het BVerfG – precies sprake van ‘substantiële, concrete aanknopingspunten’ waardoor het aannemelijk lijkt dat een ongrondwettelijk streven (in de zin van artikel 21 GG lid 2 GG) zou kunnen slagen?⁷⁵ Hoeveel zetels dient een partij te hebben om op basis van deze risicotests voor een verbod in aanmerking te komen? En

wat indien een antidemocratische partij een substantieel aantal zetels heeft, maar door de overige partijen categorisch wordt uitgesloten van coalitiedeelname?

De oude benadering van het BVerfG – een materieel verbodscriterium als voldoende voorwaarde – had dat probleem niet, maar had als nadeel dat er geen ruimte was om het democratisch proces haar werk te laten doen; iedere antidemocratische partij hoe klein ook kwam voor een verbod in aanmerking. Een formeel – op de timing betrekking hebbend – criterium biedt die ruimte wel, maar een risicotests, als extra, cumulatief verbodvereiste introduceert, tenzij het gaat om evidente splinterpartijen, ook een nieuwe onzekerheid.

In zijn proefschrift over de politieke partij (1982) wijdt Elzinga enkele belangrijke beschouwingen aan de timing van partijverboden die weinig aan relevantie hebben ingeboet.⁷⁶ Het probleem van de timing heeft in zijn benadering grote gevolgen voor (dit onderdeel van) de weerbare democratie. Elzinga schetst het volgende dilemma voor een democratie die een partij wil verbieden:

‘De middelen die het recht de overheid biedt ter verdediging van de democratische rechtsstaat zijn in gebruik en toepassing minder gelegitimeerd naarmate de noodzaak voor gebruik en toepassing toeneemt.’⁷⁷

Oftewel: als het kan, hoeft het niet, en als het moet, dan kan het niet. Het maakt het partijverbod tot een nutteloos instrument. Elzinga hanteert daarbij democratische legitimiteit, meer precies: het relatieve vrijheids- en rechtsbegrip,⁷⁸ als maatstaf voor de timing. De juiste timing is daarmee afhankelijk van een ‘draagvlak-toets’. In dit licht verbaast het dan ook niet dat Elzinga een partijverbod alleen toelaatbaar acht:

55. EHRM (*Refah*) 2003, par. 108-110.

56. EHRM 20 juni 2009, 25803/04 en 25817/04 (*Herri Batasuna en Batasuna/ Spanje*).

57. Zie EHRM (*Batasuna*), par. 77-78, zie ook EHRM (*United Communist Party of Turkey*), par. 46.

58. EHRM (*Batasuna*), par. 83. Daarnaast noemt het Hof als tweede vereiste: ‘(ii) whether the acts and speeches imputable to the political party formed a whole which gave a clear picture of a model of society conceived and advocated by the party which was incompatible with the concept of a “democratic society”’. Nu de middelen die *Batasuna* gebruikte om haar doelstellingen te bereiken ‘fell outside the bounds set by the Court’s case-law, namely the lawfulness of the means used to exercise that right and their compatibility with fundamental principles.’ (par. 87), werd ook aan het tweede vereiste voldaan (zie par. 91).

59. De Lange, Efthymiou & Van Tienen 2016, p. 79.

60. EHRM (*Batasuna*), par. 85.

61. EHRM (*Batasuna*), par. 85.

62. EHRM (*Batasuna*), par. 85-89.

63. EHRM (*Batasuna*), par. 87-89, en met name par. 89, zie daarover ook uitgebreid De Lange, Efthymiou & Van Tienen 2016, onder meer p. 79-80 en 96-97.

64. Overigens formuleert het EHRM de risicotests in *Refah* net anders, te weten: ‘whether there was plausible evidence that the risk to democracy, supposing it had been proved to exist, was sufficiently imminent.’ (par. 104).

65. EHRM (*Batasuna*), par. 77, een vergelijkbare redenering in EHRM 16 maart 2006 58278/00 (*Zdanoka/Letland*), par. 134 (ten aanzien van het ontnemen van kiesrecht).

66. BVerfG (*NPD II*), par. 620.

67. BVerfG (*NPD II*), par. 620-621 (cursive-ring AE, GM en BR).

68. BVerfG (*NPD II*), par. 621, het BVerfG verwijst hier overigens naar par. 124 van EHRM (*Refah*).

69. EHRM (*Refah*), par. 100 en EHRM (*Batasuna*), par. 77, zie ook Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in Human*

Rights Law: Deference and Proportionality, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 93.

70. Zie voor deze interpretatie uitgebreid: Rijkema 2015, p. 172-175, daarnaast is er voor art. 17 EVRM ook een rol als interpretatiebeginsel, zie daarover C. Burbano Herrera, ‘Art. 17 EVRM’, p. 1250-1258 (p. 1251-1252), in: J.H. Gerards (e.a.), *SDU Commentaar EVRM*, Den Haag: Sdu 2013. Over de gevallen waarin art. 17 EVRM van toepassing is, bestaat discussie en het is moeilijk om er een eenduidige lijn in te ontwaren; bij Burbano Herrera vinden we niettemin een drietal globale ‘categorieën’ die onder de reikwijdte van art. 17 worden gebracht: holocaustontkenning, racisme en ‘religieuze hate speech’, en ‘totalitaire doctrines’, zie Burbano Herrera 2013, p. 1253-1256.

71. ECieRM 20 juli 1957, nr. 250/57 (*KPD/Duitsland*), p. 3: ‘Whereas in the present instance there is no need to consider the application of the second paragraphs of articles 9, 10 and 11, since Article 17 of the

Convention contains the following more general provision [citaat art. 17]’. Zie daarover Burbano Herrera 2013, p. 1251 en 1254; Nieuwenhuis 2003, p. 202. De Lange, Efthymiou & Van Tienen merken op dat het maar zeer de vraag is of een beroep op art. 17 als in de *KPD*-zaak tegenwoordig nog zou slagen, zie De Lange, Efthymiou & Van Tienen 2016, p. 50 en 51.

72. EHRM 12 juni 2012, 31098/08 (*Hizb ut-Tahrir/Duitsland*) en EHRM 14 maart 2013, 26261/05 en 26377/06 (*Kasymakhunov en Saybatalov/Rusland*).

73. BVerfG (*NPD II*), par. 585-586 en 621.

74. Zie daarover: Rijkema 2015, p. 71-72, 141-146, 196-199 en 211.

75. BVerfG (*NPD II*), par. 585, zie ook par. 589 waar deze formule verder wordt geconcretiseerd.

76. D.J. Elzinga, *De Politieke Partij en het Constitutionele Recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 143-147. Zie daarover ook: Rijkema 2015, p. 136-139 en 196-199.

77. Elzinga 1982, p. 143.

78. Elzinga 1982, p. 115-118, 145-146.

‘Wanneer niet (...) het bestaan van het gehele democratische bestel op het spel staat, maar het gaat om politieke partijen die uitdrukkelijke minderheden vertegenwoordigen.’⁷⁹

Wanneer we de ‘draagvlak-toets’ tot maatstaf nemen, heeft dat dus potentieel fatale gevolgen voor het weerbare democratie-idee: het partijverbod wordt een middel dat je alleen nog kunt inzetten als het eigenlijk (nog) niet nodig is.⁸⁰

Naast de politiek-filosofische argumenten die je kunt inbrengen tegen de ‘draagvlak-toets’, je hoeft immers het daaraan ten grondslag liggende relatieve rechtsbegrip niet te accepteren,⁸¹ kun je je afvragen of de ‘draagvlak-toets’ een partijverbod ook wel *echt* tot een onbruikbaar instrument maakt. Hoeveel ruimte zit er *in de praktijk* werkelijk tussen de ‘draagvlak-toets’ en de ‘risicotoets’ die door het EHRM in *Refah* wordt aangelegd?

Natuurlijk, in *Refah* gaat het EHRM er vanuit dat zolang mogelijk gewacht moet worden met ingrijpen, om recht te doen aan het democratisch proces. Tegelijkertijd wordt ook in *Refah* gesproken van ‘preventieve interventie’⁸² en gesteld dat:

‘[A] State cannot be required to wait, before intervening, until a political party has seized power and begun to take concrete steps to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy, (...).’⁸³

En even later stelt het hof:

‘[A] State may reasonably forestall the execution of such a policy, which is incompatible with the Convention’s provisions, before an attempt is made to implement it through concrete steps that might prejudice civil peace and the country’s democratic regime.’⁸⁴

Wanneer het hof deze maatstaf toepast op de situatie met betrekking tot de Refah-partij komt het tot de conclusie dat de Turkse autoriteiten te vroeg, noch te laat ingrepen.⁸⁵

Elzinga en het EHRM verschillen dus over ‘vroeg’ ingrijpen – voor Elzinga bestaat er niet zoiets als te vroeg ingrijpen: juist het verbod van een splinterpartij kan immers, het relatieve rechtsbegrip indachtig, steunen op een stevige consensus; voor het EHRM is er wel degelijk een te vroeg ingrijpen, namelijk wanneer het nog niet *noodzakelijk* is voor de (acute) bescherming van de democratie. Wanneer het gaat om ‘laat’ ingrijpen naderen Elzinga en de EHRM-benadering elkaar. Net als Elzinga acht het hof ingrijpen op het moment dat een partij zo groot is dat bij een verbod ‘het hele politieke bestel op het spel staat’ te laat, maar dan niet *per se* in verband met het ontbreken van democratische legitimiteit (Elzinga), maar veeleer vanwege de machtspolitieke overweging dat een verbod van een partij met zo’n brede steun weinig zal uitrichten, of de staat zelfs in het verderf zal storten.⁸⁶ Zo bezien zijn de verschillen tussen de EHRM-‘risico-toets’ en Elzinga’s ‘draagvlak-toets’ in concreto minder groot dan zij op voorhand in abstracto lijken. Zelfs als we de ‘draagvlak-toets’ overnemen hoeft het partijverbod niet *per se* een onbruikbaar instrument te worden.

Dit alles laat onverlet dat de timing van een partij-

verbod een heikel vraagstuk blijft. Want, hoewel wij het in politiek-filosofische zin wenselijk achten om een apart criterium in te bouwen voor de timing van een partijverbod,⁸⁷ waardoor ‘maatwerk’ mogelijk is en het democratische proces *zo lang mogelijk* onaangetast kan blijven,⁸⁸ is een juridisch heldere uitwerking geen gemakkelijke opgave. Dat het timingsprobleem het partijverbod niet *per definitie* tot een onbruikbaar instrument hoeft te maken, maakt het nog niet een instrument met een glasheldere toepassing. De wetgever kan de taak van de rechter verlichten door het materiële criterium zo ver mogelijk in te kleuren. Door de rechter *meer* duidelijkheid mee te geven dan, zoals in Duitsland, de ‘freiheitliche demokratische Grundordnung’, of in Nederland, ‘openbare orde’, uitgelegd als de ‘als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel’.⁸⁹ Maar als het gaat om het formele criterium stuiten we op een grens van wat de wetgever nog voor de rechter kan invullen. Vanuit de gedachte dat het democratische proces zo lang mogelijk gerespecteerd moet worden, kan, in algemene zin, gezegd worden dat niet te *vroeg* ingegrepen moet worden, bijvoorbeeld bij een antidemocratische splinterpartij (cf. de benadering van het EHRM en BVerfG; contra Elzinga), maar ook niet te *laat* (cf. EHRM, BVerfG en Elzinga), wanneer bijvoorbeeld een partij in de toekomst zonder coalitierestricties kan gaan regeren (zoals het geval leek in *Refah*). In het veld tussen die twee momenten liggen de maatstaven die het EHRM en het BVerfG hanteren ter nadere invulling van de risicotoets, waarbij de ‘potentie’-maatstaf van het BVerfG eerder ingrijpen lijkt te billijken dan de waarschijnlijkheidsmaatstaf van het EHRM.⁹⁰

5. Conclusie en relevantie voor het Nederlandse recht

Het BVerfG is in de NPD-zaak ‘omgegaan’ en beantwoordt de vraag wanneer een partij voor een verbod in aanmerking komt – in navolging van de jurisprudentie van het EHRM – aan de hand van een tweetrapsraket. Behalve een planmatige gerichtheid op het aantasten van de liberale-democratische basisorde, dient sprake te zijn van ten minste de mogelijkheid dat het ongrondwettige gedachtegoed ook kan worden gerealiseerd. In de praktijk houdt deze tweetrapsraket in dat kleine, marginale splinterpartijen ongeacht de inhoud van hun gedachtegoed en de intensiteit van hun inspanningen om dit te verwezenlijken niet verboden kunnen worden, mits artikel 17 niet in de beoordeling wordt betrokken.⁹¹ Het voordeel van deze benadering is dat de rechter kan aangeven dat voor een bepaalde partij (zoals de NPD) geen plaats is binnen de democratische rechtsstaat, zonder dat meteen tot een verbod hoeft te worden overgegaan. Zo kan helder gemarkeerd worden dat een partij niet opereert binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat en kan tegelijkertijd, zo lang als mogelijk, het democratische proces worden gerespecteerd.⁹²

Hoe zit dit nu onder het Nederlandse recht? Op dit moment kent het Nederlandse recht geen afzonderlijke wettelijke bepaling voor het verbieden van politieke partijen, maar wordt dit gereguleerd door de algemene bepaling over het verbieden van rechtspersonen. Artikel 2:20 Burgerlijk Wetboek (BW) stelt dat verenigingen kunnen worden verboden indien hun ‘werkzaamheid in strijd is met de openbare orde’. De wetsgeschiedenis geeft ‘aanzetten tot haat’, ‘uitingen die verboden discriminatie inhouden’, en

een 'mensonterend streven (...) om het doden van bepaalde volksgroepen straffeloos te maken' als voorbeelden daarvan. De gemene deler van deze voorbeelden is dat ze 'een aantasting inhouden van de als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel en die, indien op grote schaal toegepast, ontwrichtend zou blijken voor de samenleving'.⁹³

Het criterium ter bepaling van de vraag of een handelwijze in strijd is met de openbare orde is derhalve of er sprake is van een 'een aantasting van de als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel' die ontwrichtend kan zijn voor de samenleving. De vraag is of dit 'ontwrichtingscriterium' als een afzonderlijk (cumulatief) vereiste dient te worden beschouwd,⁹⁴ en zo ja, of dit in hypothetische dan wel realistische zin dient worden opgevat. De tweede uitleg zou betekenen dat het criterium ook een pragmatische toets bevat.

Kijken we nu naar de meest recente zaak waarin een vereniging werd verboden, de zaak *Martijn*, dan valt het volgende op.⁹⁵ In tegenstelling tot de rechtbank was het hof van mening dat een vereniging pas voor een verbod in aanmerking komt wanneer haar handelwijze in strijd is met de als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel én daarnaast de samenleving daadwerkelijk *ontwricht dan wel dreigt te ontwrichten*.⁹⁶ In de interpretatie van het hof vormde het 'ontwrichtingscriterium' derhalve

een cumulatief vereiste en werd het niet in hypothetische, maar in realistische zin opgevat.⁹⁷ De Hoge Raad toetst de handelwijze van Martijn echter niet aan het 'ontwrichtingscriterium' uit de wetsgeschiedenis, maar aan het uit de beperkingssystematiek van het EVRM afkomstige 'noodzakelijkheidscriterium', zonder de 'risico-toets' toe te passen.⁹⁸ Weliswaar heeft het EHRM in *Batasuna* en *Vona* gesteld dat voor het verbieden van een vereniging niet zijnde een politieke partij minder stringente criteria gelden dan voor het verbod van een politieke partij,⁹⁹ maar dat neemt niet weg dat het EHRM in *Vona* stelt dat ook bij het verbod van een vereniging met een politiek karakter een risico-toets gehanteerd dient te worden:

'[T]he State is entitled to take preventive measures to protect democracy vis-à-vis such *non-party entities* as well, if a sufficiently imminent prejudice to the rights of others undermines the fundamental values upon which a democratic society rests and functions. (...) The state cannot be required to wait, before intervening, until a *political movement* takes action to undermine democracy (...). Even if that movement has not made an attempt to seize power and the danger of its policy to democracy is not sufficiently imminent, the State is entitled to act preventively, *if it is*

79. Elzinga 1982, p. 145.

80. Bellekom wijst er terecht op dat in deze benadering geen onderscheid gemaakt wordt tussen het 'legitimatievraagstuk' en de vraag naar de 'praktische effectiviteit en toepasbaarheid', zie: Th. L. Bellekom, 'Partijverboden', p. 113-146 (noot 26 op p. 142), in: A.W. Heringa, R.E. de Winter & W.J. Witteveen, *Staatkundig Jaarboek* 1982-1983, Leiden 1982. Bij Elzinga lijken het materiële (inhoudelijke) en het formele (pragmatische) criterium feitelijk samen te vallen: indien een partij klein is, lijkt daarmee de rechtvaardiging voor het verbod (of in ieder geval de verbodsnorm) gegeven, en andersom, wanneer een partij groot is, lijkt de rechtvaardiging voor een verbod, *om die reden*, te ontbreken – de doelstellingen van een partij worden niet afzonderlijk getoetst.

81. Zie bijv. Rijkema 2015, p. 197.

82. EHRM (*Refah*), par. 103: 'The Court takes the view that such a power of preventive intervention on the State's part is also consistent with (...) Article 1 of the Convention (...)'. Zie ook EHRM 6 juli 2013, 35943/10 (*Vona/Hongarije*), waar het EHRM spreekt van 'preventive measures to protect democracy' (par. 57).

83. EHRM (*Refah*), par. 102; EHRM (*Batasuna*) par. 81.

84. EHRM (*Refah*), par. 102; EHRM (*Batasuna*), par. 81.

85. EHRM (*Refah*), par. 110.

86. Hoewel het hof zich hier niet expliciet over uitspreekt, ligt een machtspolitieke

rechtvaardiging voor het niet te laat ingrijpen het meest voor de hand gezien de materiële democratieopvatting van het EHRM: meerderheidsbesluitvorming binnen de grenzen van de rechtsstaat – oftewel: niet *alle* normen zijn dus afhankelijk van democratische instemming (legitimatie), zie over het materiële democratiebegrip van het EHRM: G. Molier, 'Het verbod van een politieke partij. Een anomalie in een democratie?', *NJB* 2016/1754, afl. 34, p. 2444 en Rijkema 2015, p. 169.

87. Zo ook Nieuwenhuis 2015, p. 121.

88. Zie Rijkema 2015, onder meer p. 71-72 en 211, en Molier 2016, p. 2446.

89. Zie voor een kritiek van het 'openbare orde'-begrip als verbodgrond: B. Rijkema, 'De juridische erfenis van *De democratische Staat* en de niet-democratische partijen', p. 71-81, in: *Wat te doen met antidemocratische partijen? De oratie van George van den Bergh uit 1936*, met een inleiding van Bastiaan Rijkema, een voorwoord van René Cuperus en een nawoord van Paul Cliteur, Amsterdam: Elsevier Boeken 2014 en Nieuwenhuis 2015, p. 115 en 120; voorstellen tot verbetering bij: Nieuwenhuis 2015, p. 121, Rijkema 2015, p. 147 e.v.; en G. Molier en B.R. Rijkema, 'Naar een afzonderlijke wettelijke bepaling inzake een partijverbod', *NJB* 2017/555, afl. 10, p. 662-664.

90. Daarbij zij nog eens benadrukt dat dit geldt voor zover het EHRM een partijverbod behandeld onder art. 11 EVRM. Als

terrorisme, of andersoortig politiek geweld, een rol speelt (zoals in de *Hizb-ut Tahrir*-zaken), ligt een behandeling onder art. 17 EVRM voor de hand, waar de risicotoeets ontbreekt (art. 17 EVRM blokkeert dan immers een beroep op art. 11 EVRM, en daarmee de, daaraan inherente, risicotoeets onder 'pressing social need'). EHRM (*Batasuna*) is in dit opzicht een interessant grensgeval, omdat de link met terrorisme een belangrijke rol speelt in de argumentatie van het hof (wat toetsing aan art. 17 EVRM zou rechtvaardigen), maar er *toch* aan een behandeling onder art. 11 EVRM vastgehouden wordt en er *dus* een risicotoeets gehanteerd moet worden (zie EHRM (*Batasuna*), par. 83 en 89). De gedachte lijkt te zijn dat, in principe, de electorale potentie van een politieke partij leidend is bij de risicotoeets onder art. 11 (EHRM (*Refah*)), behalve in die gevallen waarin terrorisme een rol speelt, zoals in EHRM (*Batasuna*) (zie ook de opvatting van het BVerfG in *NPd II*, par. 620-621). Niettemin is het naar onze mening juist om dan, wanneer terrorisme als het hoofdmotief wordt gezien, de zaak onder art. 17 te behandelen.

91. *Contra*, ten aanzien van het EHRM inzake *Refah*: Nieuwenhuis 2015, p. 112.

92. Molier 2016, p. 2446.

93. *Kamerstukken II* 1984/85, 17476, 5, p. 3 par. 8.

94. In de zaak *Nationale Volkspartij/CP'86* – de enige keer dat de rechter een politieke

partij op grond van het huidige art. 2: 20 BW heeft verboden – meende de Rechtbank Amsterdam kennelijk van niet, aangezien het 'ontwrichtingscriterium' in het geheel geen rol speelde bij zijn beslissing om tot een verbod van deze partij over te gaan. Rb. Amsterdam 18 november 1998, *NJ* 1999/377, r.o. 4.3 en 4.4.3. Wellicht meende de rechtbank door art. 17 EVRM te worden gedekt. Zie ook Molier 2016, p. 2445.

95. HR 18 april 2014, AB 2014/348, m.nt. J. G. Brouwer & G. Molier (*Vereniging Martijn*).

96. Hof Leeuwarden 4 april 2013, r.o. 4.12.

97. Zie uitgebreid: G. Molier, 'De Vereniging Martijn mag toch bestaan: over de scheiding van recht en moraal', *NJB* 2013/1507, afl. 23, p. 1502-1509.

98. Zie de noot van Brouwer en Molier bij HR 19 april 2014, AB 2014/348 (*Vereniging Martijn*), p. 2156 (par. 9); Molier 2016, p. 2442.

99. EHRM (*Vona*), par. 58, en in vergelijkbare zin: EHRM 26 oktober 2016, 4696/11 en 4703/11 (*Affaires Les Authentiks Et Supras Auteuil 91/Frankrijk*), par. 74, 84: 'Enfin, s'agissant d'associations dont le but officiel est de promouvoir un club de football, la Cour admet qu'elles n'ont pas la même importance pour une démocratie qu'un parti politique (...)'. Zie over EHRM (*Vona*) ook: Nieuwenhuis 2015, p. 112.

Een democratie kan over zo'n fundamentele kwestie als de toegang tot de democratische arena geen onduidelijkheid laten bestaan

*established that such a movement has started to take concrete steps in public life to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy.*¹⁰⁰

Niet elke vereniging is hetzelfde. Het EHRM lijkt voor een meer genuanceerde benadering te gaan, waarbij er geen 'digitaal' onderscheid bestaat tussen verenigingen enerzijds en politieke partijen anderzijds. Hoe 'politieker' een vereniging is, hoe meer een risico-toets geëigend lijkt te zijn. Bij de supportersvereniging van een voetbalclub is zulks niet aan de orde,¹⁰¹ maar bij een vereniging met een politiek(er) karakter, niet zijnde een politieke partij – zoals Martijn¹⁰² – lijkt derhalve een risico-toets van toepassing, zij het laagdrempeliger dan in geval van een politieke partij. Een EVRM-conforme uitleg van artikel 2:20 BW zou dan ook juist tot toepassing van het ontwrichtingscriterium leiden voor zover het gaat om politieke verenigingen en politieke partijen,¹⁰³ waarbij deze in realistische, dus niet-hypothetische, zin dient te worden opgevat. Het geheel weglaten van de risico-toets in de zaak *Martijn* lijkt

dan ook niet gemakkelijk te verenigen met de jurisprudentie van het EHRM.

Tot zover de zaak naar huidig recht. Er ligt hier echter ook een taak voor de wetgever. Het verdient aanbeveling om het verbodsregime van artikel 2:20 BW zodanig te herzien dat een afzonderlijke wettelijke bepaling voor het partijverbod wordt gecreëerd.¹⁰⁴ Dat biedt twee belangrijke voordelen. Ten eerste kan een specifieke, op de bescherming van de democratie toegesneden, verbodsgrond voor politieke partijen ontwikkeld worden.¹⁰⁵ Het meer algemene 'openbare orde'-criterium laat, ook wanneer we de wetsgeschiedenis erbij betrekken, te veel ruis bestaan.¹⁰⁶ Terwijl een democratie over zo'n fundamentele kwestie als de toegang tot de democratische arena geen onduidelijkheid kan laten bestaan.¹⁰⁷ Ten tweede kan in een nieuwe wettelijke bepaling de risicotoets steviger verankerd worden, zodat politieke partijen (expliciet) extra bescherming wordt geboden.¹⁰⁸ Een dergelijke afzonderlijke regeling van het partijverbod doet beter recht aan de cruciale rol die politieke partijen in een democratie vervullen.¹⁰⁹ ●

¹⁰⁰. EHRM (Vona), par. 57 (cursivering AE, GM en BR).

¹⁰¹. EHRM (*Affaires Les Authentiks Et Supras Auteuil 91/Frankrijk*), par. 74.

¹⁰². Een vereniging die immers georganiseerd is rond een afwijkend (en indien gepraktiseerd: strafbaar) zedelijkheidsideaal, zie verder: Nieuwenhuis 2015, p. 117-119.

¹⁰³. Uiteraard is naar Nederlands recht een politieke partij per definitie een vereniging. Met politieke partij bedoelen we hier verenigingen die zich inschrijven voor verkiezingen en kandidaten stellen (zie over de definitie van een politieke partij: Molier &

Rijkema 2017, p. 663, noot 11). Een vereniging met een politiek karakter is daarentegen een 'gewone' vereniging die niet deelneemt aan verkiezingen, maar zich wel onderscheidt van bijvoorbeeld een tennisvereniging door het politieke karakter van haar activiteiten en doelstellingen.

¹⁰⁴. Zie uitgebreid Molier & Rijkema 2017.

¹⁰⁵. Een voorstel daartoe wordt gedaan in Rijkema 2015, zie p. 147 e.v.

¹⁰⁶. Zie Rijkema 2014 en Nieuwenhuis 2015, p. 119-120; positiever zijn *Notitie antidemocratische groeperingen 2015*,

Kamerstukken II 2014/15, 29754, 226, p. 7-10 en 23; Van der Woude 2009, p. 20 en 23; J.A.O. Eskes, *Repressie van politieke bewegingen in Nederland: Een juridisch-historische studie over het Nederlandse publiekrechtelijke verenigingsrecht gedurende het tijdvak 1789-1988*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 575-580.

¹⁰⁷. Zie Rijkema 2015, p. 70-71, 156 en 177-178; Bastiaan Rijkema, 'Fundamentele vraag voor elke democratie: hoe ga je om met antidemocraten?', *De Volkskrant* 5 december 2014; en Bastiaan Rijkema, 'Onze democratie kan niet zonder strak

regime', *NRC Handelsblad* 16 december 2015.

¹⁰⁸. Overigens verzet deze regeling zich niet tegen de genuanceerde benadering van het EHRM: binnen de categorie van de 'gewone vereniging' kan nog steeds een onderscheid gemaakt worden tussen bijvoorbeeld een tennisvereniging en een vereniging met een meer politiek karakter, terwijl daarnaast voor de politieke partij een apart regime geldt.

¹⁰⁹. Molier & Rijkema 2017, p. 664.