

ECLI:NL:PHR:2023:1207

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	22-12-2023
Datum publicatie	22-12-2023
Zaaknummer	23/00868
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Staatsrecht. Overheidsprivaatrecht. Caribische zaak. Openstelling huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht. Constitutionele toetsing o.g.v. art. 1.22 Staatsregeling Aruba. Discriminatie in de zin van art. 1.1 Staatsregeling Aruba. Rechtsvormende taak rechter. Criteria Arbeidskostenforfait-arrest (HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756). Toetsing aan EVRM en IVBPR. Samenhang met zaak 23/00901 (conclusie van heden).
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer23/00868

Zitting22 december 2023

CONCLUSIE

G. Snijders

In de zaak

het Land Aruba,

eiser tot cassatie in het principaal beroep, verweerder in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaat: J.P. Heering

tegen

1. de stichting Fundacion Orguyo Aruba,

2. [verweester 1] en

3. [verweester 2],

verweersters in het principaal cassatieberoep, eiseressen tot cassatie in het voorwaardelijk incidenteel
beroep,

advocaat: F.E. Vermeulen

Partijen worden hierna aangeduid als respectievelijk het Land, Fundacion, [verweester 1] en [verweester 2]. Fundacion, [verweester 1] en [verweester 2] worden hierna tezamen aangeduid als Fundacion c.s. Deze zaak hangt samen met zaak 23/00901, waarin ik vandaag eveneens concludeer. De conclusies zijn deels gelijklopend (zie hierna in 1.5).

1 Inleiding

1.1 Deze zaak gaat over het mogelijk maken van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht in Aruba. In Nederland is dat huwelijk mogelijk sinds 2001 door een wijziging van de wet.¹ Voordien voorzag het Nederlandse BW slechts in een huwelijk tussen een man en een vrouw. Het BW van Aruba luidt nog steeds in deze zin (de art. 1:31 lid 1 en 1:33 BW Aruba).

Fundacion c.s. vorderen in deze procedure tegen het Land onder meer (a) een verklaring voor recht dat, kort gezegd, de beperking van het huwelijk tot man en vrouw voor niet geschreven moet worden gehouden en dat ook paren van hetzelfde geslacht in Aruba kunnen huwen, en (b) een bevel om mee te werken aan het sluiten van een huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht. Grondslag van de vordering is dat genoemde beperking een niet toelaatbare ongelijke behandeling naar seksuele oriëntatie betekent die in strijd komt met diverse internationale en nationale bepalingen die discriminatie naar die oriëntatie verbieden.

1.2 De parallelle zaak 23/00901 heeft dezelfde inzet, maar dan ten aanzien van Curaçao. Ook in Curaçao voorziet het BW slechts in een huwelijk tussen een man en een vrouw. In zaak 23/00901 is (door andere eiseressen) hetzelfde op dezelfde grondslag tegen het Land Curaçao gevorderd als in deze zaak wordt gevorderd tegen het Land Aruba.

1.3 Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: het hof) heeft bij nagenoeg gelijklopende vonnissen van 6 december 2022 in beide zaken de verklaring voor recht en het bevel uitgesproken die hiervoor in 1.1 zijn genoemd. Het hof heeft geoordeeld (i) dat de beperking van het huwelijk tot man en vrouw in strijd komt met het discriminatieverbod in de Staatsregeling van zowel Aruba als Curaçao en (ii) dat de rechter in dit rechtstekort kan en moet voorzien door het uitspreken van die verklaring voor recht en dat bevel.

1.4 De Landen hebben in de beide zaken ieder cassatieberoep ingesteld. Opvallend is dat geen van beide Landen in cassatie het oordeel van het hof onder (i) bestrijdt.² De klachten zijn beperkt tot oordeel (ii).

Beide Landen voeren aan dat dit oordeel alsmede de verklaring voor recht en het bevel die het hof heeft uitgesproken, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. Desalniettemin zal hierna toch ook uitvoerig worden ingegaan op oordeel (i). Dat oordeel betreft hetgeen waar het in deze zaken in de eerste plaats over gaat. Bovendien speelt dat oordeel ook een rol bij de beoordeling van oordeel (ii), zoals ook blijkt uit de middelen en andere stukken in cassatie.

- 1.5 Ik attendeer erop dat mijn conclusies in beide zaken eveneens voor een gedeelte (nagenoeg) gelijklopend zijn. Het betreft 1.1-1.5, 3.2-3.19, 3.24-3.25, 3.27-3.30, 3.37-3.49 en 3.64-4.7 van deze conclusie, die nagenoeg letterlijk overeenkomen met 1.1-1.5, 3.2-3.19, 3.24-3.25, 3.28-3.31, 3.38-3.50 en 3.59-4.7 van de conclusie in zaak 23/00901. De andere passages zijn waar mogelijk hetzelfde.

2 Feiten en procesverloop

- 2.1 In cassatie kan in deze zaak van de volgende feiten worden uitgegaan:³

(i) [verweerster 1] en [verweerster 2] zijn beiden vrouw en hebben met elkaar een affectieve relatie.

(ii) In de statuten van Fundacion is haar doel in artikel 2 als volgt omschreven:

De stichting heeft een algemeen belang en heeft ten doel het streven naar een diverse en inclusieve samenleving die werk maakt van gelijkheid en emancipatie, zodat mensen volledig kunnen participeren en genieten van gelijke rechten en behandeling, ongeacht hun seksuele oriëntatie, genderidentiteit of -expressie en geslachtskenmerken en het verrichten van al wat hiermee verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.

(iii) In artikel 3 van de statuten van Fundacion is bepaald:

De Stichting tracht haar doel te bereiken door:

(...)

h. het voeren van rechtszaken, waaronder begrepen, maar niet beperkt tot het instellen van rechtsvorderingen in de zin van artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek van Aruba; (...)

(iv) Op 8 september 2016 is door de Statenleden Bikker, Wever-Croes, Herde en Lopez-Tromp een amendement (hierna: het amendement) ingediend op de ontwerp-Landsverordening tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (AB 1989 no GT 100). Het amendement strekt er kort gezegd toe om in Boek 1 van het BW van Aruba het geregistreerd partnerschap te regelen dat kan worden aangegaan door twee personen (al dan niet van hetzelfde geslacht) en waarop onder meer de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 BW Aruba van toepassing zijn.

(v) In de toelichting op het amendement is door de indieners ervan het volgende opgemerkt:

Aruba is partij bij het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). Mitsdien zijn de in dat verdrag genoemde grondrechten ook van toepassing in Aruba. Tot die grondrechten behoort ook het recht op *family life*. In juni 2015 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak van *Oliari vs. Italië* (...) bepaald dat die personen die een bestendige relatie met elkaar hebben, recht hebben op *family life* met alle daarbij behorende rechten. Indien een verdragsstaat ervoor kiest om het huwelijk niet open te stellen voor koppels van het gelijke geslacht, rust op die verdragsstaat nog wel de verplichting om een adequaat alternatief te bieden aan die koppels, met bijbehorende juridische waarborgen en rechten, zoals ook door het huwelijk wordt geboden. (...)

(vi) Met ingang van 1 september 2021 dat is na het vonnis in deze zaak van het gerecht in eerste aanleg, dat dateert van 27 mei 2020 is het geregistreerd partnerschap voor zowel personen van verschillend geslacht als personen van hetzelfde geslacht ingevoerd in Aruba. Ten tijde van het vonnis van het hof dat dateert van 6 december 2022 bestond geen voornemen van de wetgever om het huwelijk open te stellen voor personen van hetzelfde geslacht.

- 2.2 Bij het deze procedure inleidende verzoekschrift van 16 september 2019 hebben Fundacion c.s. deze zaak aanhangig gemaakt tegen het Land bij het Gerecht in eerste aanleg van Aruba (hierna: het gerecht in eerste aanleg). Zij hebben daarbij primair onder meer vorderingen ingesteld die op het hiervoor in 1.1 vermelde neerkomen. Zij hebben voor de vorderingen een beroep gedaan op de art. 1.1 en 1.16 van de Staatsregeling van Aruba, art. 39 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden

(hierna: het Statuut), art. 12 EVRM, art. 14 jo 8 EVRM en de art. 2, 23 en 26 Internationaal Verdrag voor burgerrechten en politieke rechten (hierna: IVBPR).

Subsidiair, voor het geval geen verplichting bestaat om het huwelijk open te stellen, hebben Fundacion c.s. gevorderd voor recht te verklaren dat het niet-openstellen van een alternatief zoals een geregistreerd partnerschap of andere rechtsfiguur die recht doet aan de positieve verplichting die op het Land in dit verband rust, in strijd is met de art. 1.1 en 1.16 van de Staatsregeling van Aruba, alsook de art. 14 en 8 EVRM.⁴

Oordeel gerecht in eerste aanleg

2.3 Bij vonnis van 27 mei 2020 heeft het gerecht in eerste aanleg voor recht verklaart dat, zolang het huwelijk ex art. 1:31 lid 1 BW Aruba niet kan worden aangegaan door paren van gelijk geslacht, het niet aanbieden van een alternatief zoals een geregistreerd partnerschap of andere rechtsfiguur die recht doet aan de positieve verplichting die in dat verband op het land rust, in strijd is met de art. 8 en 14 EVRM en dat het land daardoor onrechtmatig handelt jegens Fundacion c.s., onder afwijzing van het meer of anders gevorderde.⁵ Het gerecht in eerste aanleg heeft onder meer overwogen:

4.12 Het Land heeft niet de stelling van Orguyo c.s. betwist dat de seksuele oriëntatie van een individu niet het gevolg is van een vrije keuze, maar dat dit het gevolg is van biologische aanleg. Het gerecht gaat hier ook vanuit. Orguyo c.s. hebben verder onbetwist gesteld dat wereldwijd de afgelopen decennia in toenemende mate is geaccepteerd dat twee individuen van gelijk geslacht een affectieve relatie met elkaar hebben en op gelijke wijze als paren van verschillend geslacht met elkaar samenleven. Dit heeft in vele landen ook geleid tot een wettelijke erkenning van affectieve relaties van paren van gelijk geslacht door ofwel openstelling van het huwelijk voor dergelijke paren ofwel een wettelijke invoering van een vorm van partnerschap die soortgelijke gevolgen heeft als het wettelijk huwelijk.

Ook hier te lande behoren affectieve relaties en het samenwonen van partners van hetzelfde geslacht tot de sociale werkelijkheid. Dit leidt niet tot maatschappelijke problemen. Dat dergelijke paren geen huwelijk kunnen sluiten, heeft voor de betrokkenen wel gevolgen. Niet alleen heeft het bevestigen van een affectieve relatie door een huwelijk een emotionele waarde, er zijn ook juridische gevolgen (met onder meer financiële consequenties) aan verbonden. Artikel 1:31 lid 1 BW leidt er in zijn huidige redactie dus toe dat deze rechten die het huwelijk biedt aan heteroseksuele echtparen (zoals onder meer op het gebied van fiscaal recht, pensioenrecht en erfrecht), worden onthouden aan koppels van gelijk geslacht. Er ontstaat aldus een discrepantie tussen de bevoegdheden die het recht aan burgers biedt en de sociale werkelijkheid. Hiervoor is geen objectieve rechtvaardiging, mede omdat zoals hiervoor is overwogen de beslissing om een affectieve relatie aan te gaan met een partner van gelijk geslacht geen vrije keuze is maar het gevolg van een met het individu onveranderlijk verbonden eigenschap.

4.13 Op zichzelf brengt dit niet mee dat artikel 1:31 lid 1 BW in strijd is met artikel 12 EVRM en dat de wetgever verplicht zou zijn om het aldaar geregelde huwelijk open te stellen voor paren van een gelijk geslacht. Hoewel uit artikel 12 EVRM op zich niet voortvloeit dat het recht om een burgerlijk huwelijk te sluiten onder alle omstandigheden is beperkt tot paren van verschillend geslacht, dient de vraag of het huwelijk wordt opengesteld voor paren van gelijk geslacht door de lidstaten zelf te worden beantwoord, mede vanwege diepgewortelde sociale en culturele overtuigingen die per staat verschillen (EHRM 24 juni 2010, 30141/04, EHRC 2010/92, in het bijzonder rov. 60-62).

4.14 De omstandigheid dat het huwelijk niet is opengesteld voor paren van hetzelfde geslacht, brengt evenmin mee dat artikel 1:31 lid 1 BW in strijd is met artikel 8 EVRM. Op zich is het onomstreden dat een relatie tussen personen van gelijk geslacht valt binnen de reikwijdte van het recht op respect voor privé- en gezinsleven, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM (EHRM 21 juli 2015, 18766/11, EHRC 2015/219, rov. 103). De discrepantie die er bestaat tussen de sociale werkelijkheid en het recht kan gevolgen hebben voor een individu, hetgeen een positieve verplichting kan meebrengen voor een staat om wetgeving aan te passen (EHRM, 21 juli 2015, rov. 161). Staten hebben echter een beoordelingsmarge bij het uitvoeren van die positieve verplichting, waarbij verschillende factoren een rol kunnen spelen bij het vaststellen van die marge. Erkenning van een relatie van personen van

hetzelfde geslacht kan ook plaatsvinden door het invoeren van een vorm van geregistreerd partnerschap, waaraan soortgelijke gevolgen worden verbonden als aan het huwelijk. Naar het oordeel van het Gerecht geldt hetgeen is overwogen ten aanzien van artikel 8 EVRM ook voor het overeenkomstige recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals geregeld in artikel I.16 van de Staatsregeling. Vandaar dat artikel 1:31 lid 1 BW evenmin in strijd is met deze bepaling.

4.15 Bovenstaande overwegingen gelden eveneens bij de uitleg van de artikelen 2, 23 en 26 uit het IVBPR, zodat artikel 1:31 lid 1 BW evenmin strijdig is met deze bepalingen.

2.4 Fundacion c.s. hebben van het vonnis van het gerecht in eerste aanleg hoger beroep ingesteld bij het hof.

Oordeel van het hof

2.5 Bij vonnis van 6 december 2022 heeft het hof het vonnis van het gerecht in eerste aanleg vernietigd.⁶ Opnieuw rechtdoende heeft het hof voor recht verklaard in Aruba een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht, met dien verstande dat dit vonnis geen consequenties heeft voor de mogelijkheid voor echtparen van gelijk geslacht om tezamen een verzoek te doen een kind te adopteren of voor de mogelijkheid voor een echtgenoot om adoptie van het kind van de andere echtgenoot van gelijk geslacht te verzoeken. Voorts heeft het hof voor recht verklaard dat de art. 1:31 lid 1 en 1:33 BW Aruba wegens onverenigbaarheid met de art. I.1 van de Staatsregeling geen toepassing vinden, voor zover door die toepassing het huwelijk tussen twee personen van gelijk geslacht zou worden uitgesloten. Het hof heeft tevens de ambtenaar van de burgerlijke stand bevolen mee te werken aan het aangaan van een huwelijk door twee personen van gelijk geslacht door het opmaken van een akte van huwelijksaangifte en van een huwelijksakte. Voorts heeft het hof bepaald dat de verklaringen voor recht en het bevel geen rechtskracht krijgen voordat zijn vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Het meer of anders gevorderde heeft het hof afgewezen.

2.6 Het hof heeft onder meer het volgende geoordeeld:

- Op grond van art. 5 lid 1 Statuut jis art. 3 lid 1, aanhef en onder b, Statuut en art. 94 van de Nederlandse Grondwet moet de rechter in Aruba wetgeving in formele zin (dus landsverordeningen) toetsen aan een ieder verbindende verdragen, dus in dit geval de door Fundacion c.s. ingeroepen bepalingen van internationale verdragen (rov. 2.8).
- Op grond van art. I.22 van de Staatsregeling van Aruba kunnen wettelijk voorschriften worden getoetst aan de bepalingen van hoofdstuk I van de Staatsregeling (art. I.1-I.21) (rov. 2.9).
- Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat het EVRM lidstaten niet ertoe verplicht om het huwelijk open te stellen voor paren van hetzelfde geslacht. Art. 12 EVRM dat voor zover hier van belang bepaalt dat men and women have the right to marry beschermt volgens het EHRM uitsluitend het recht om te huwen met een persoon van het andere geslacht. De art. 8 en 14 EVRM bevatten volgens het EHRM genoemde verplichting niet gelet op art. 12 EVRM, uit welke bepaling volgt dat het EVRM uitsluitend het recht beschermt om te huwen met een persoon van het andere geslacht (rov. 2.10-2.20).
- Wel bevat het EVRM volgens het EHRM voor paren van hetzelfde geslacht een aanspraak op een vorm van geregistreerd partnerschap, onder welke benaming dan ook. Tot het invoeren daarvan rust op de lidstaten een positieve verplichting op grond van art. 8 EVRM (rov. 2.21-2.22).
- Aruba kent het geregistreerd partnerschap (rov. 2.23).
- Gelet op HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, NJ 2002/278, rov. 3.9, en HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, NJ 2017/132, rov. 3.3.3, kan de rechter wetgeving in formele zin niet buiten toepassing laten op grond van een uitleg van het EVRM die verder gaat dan de uitleg van het EVRM door het EHRM (rov. 2.26-2.28).
- De art. 2, 23 en 26 IVBPR corresponderen met de art. 8, 12, 14 EVRM en art. 1 Protocol nr. 12 EVRM en er is geen goede reden om die artikelen anders uit te leggen (rov. 2.29).
- Art. I.1 van de Staatsregeling van Aruba verbiedt discriminatie. De Staatsregeling van Aruba bevat geen met art. 12 EVRM en art. 23 lid 2 IVBPR corresponderende bepaling waarin het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht is verankerd. De rechter van Aruba kan bij de toetsing aan de Staatsregeling op grond van art. I.22 daarvan daarom verder gaan dan het EVRM en

het EHRM (rov. 2.30-2.32).

- Het ligt voor de hand de grondrechten uit de Staatsregeling van Aruba op dezelfde wijze uit te leggen als de mensenrechten van het EVRM. Een cruciaal verschil tussen het EVRM en de Staatsregeling van Aruba is echter dat het EVRM in art. 12 een bepaling kent die het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht verankert en de Staatsregeling van Aruba een dergelijke bepaling niet kent. Een bepaling met die inhoud vormt dus geen belemmering bij de uitleg van de Staatsregeling (rov. 2.33-2.34).

- Uit de scheiding der machten en het primaat van de wetgever vloeit een zekere door de rechter te betrachten terughoudendheid voort bij de constitutionele toetsing op grond van art. 1.22 Staatsregeling van Aruba (rov. 2.35-2.36).

- Er is geen behoorlijke rechtvaardiging voor de uitsluiting van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht en die uitsluiting is derhalve discriminatoir in de zin van art. 1.1 van de Staatsregeling van Aruba (rov. 2.37-2.58).

- In Aruba is het geregistreerd partnerschap ingevoerd. Daarom is de onmogelijkheid voor paren van hetzelfde geslacht om te huwen in beginsel geen inbreuk op art. 8 EVRM en daardoor evenmin op art. 1.16 lid 1 Staatsregeling van Aruba (rov. 2.60).

- Het hof acht het niet buiten zijn rechtsvormende taak gelegen in deze zaak het huwelijk open te stellen. Het rechtstekort bestaat al geruime tijd. De daarvoor benodigde rechterlijke ingreep is technisch niet gecompliceerd. De wijze waarop het huwelijk moet worden opengesteld voor paren van hetzelfde geslacht, is niet afhankelijk van verder te maken keuzen van politieke aard. Het huwelijk is al uitvoerig wettelijk geregeld. Het hof heeft gelet op de Nederlandse Wet openstelling huwelijk en de aanpassingswet van 8 maart 2001, Stb. 2001, 128. Aanpassing van de wetgeving van Aruba is slechts minimaal nodig. Wat betreft het afstammingsrecht en het gezagsrecht geldt dat deze ongewijzigd kunnen blijven. Het hof laat adoptie buiten de werking van zijn beslissing (rov. 2.61-2.67).

- Het leeftijdsartikel 1:31 lid 1 BW Aruba (Een huwelijk wordt alleen aangegaan tussen een man en een vrouw die beiden de leeftijd van achttien jaren hebben bereikt) moet worden gelezen als: om een huwelijk te mogen aangaan moet een persoon de leeftijd van achttien jaren hebben bereikt (rov. 2.69).

- Het monogamieartikel 1:33 BW Aruba (De man kan tegelijkertijd slechts met een vrouw, de vrouw slechts met een man door het huwelijk verbonden zijn) moet sekseneutraal worden gelezen als: een persoon kan tegelijkertijd slechts met één andere persoon door het huwelijk verbonden zijn (rov. 2.70).

- Het hof zal op grond van art. 1:24 BW Aruba de ambtenaar van de burgerlijke stand van Aruba opdragen mee te werken aan het aangaan van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht door het opmaken van een akte van huwelijksaangifte en van een huwelijksakte (rov. 2.71).

- De vordering tot een verklaring voor recht dat het Land onrechtmatig heeft gehandeld, wordt afgewezen. Niet is namelijk duidelijk welk belang Fundacion c.s. bij deze vordering hebben. Bovendien moet aan het Land enige tijd gegund worden de wetgeving aan te passen. Het gaat hier om een gebied van one of evolving rights with no established consensus (rov. 2.72).

- Het hof bepaalt dat de verklaringen voor recht en het bevel aan de ambtenaar van de burgerlijke stand geen rechtskracht krijgen voordat zijn vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, omdat het gaat om een maatschappelijk zeer belangrijke en omstreden kwestie. Het is wenselijk dat, indien cassatieberoep wordt ingesteld, de hoogste rechter van Aruba zich erover uitlaat. Indien de rechtskracht van het vonnis niet wordt uitgesteld, zouden, in het geval de Hoge Raad het vonnis van het hof zou vernietigen, inmiddels voltrokken huwelijken van paren van hetzelfde geslacht nietig moeten worden verklaard door de rechter (rov. 2.74).

Cassatieberoep

2.7 Het Land heeft tijdig cassatieberoep ingesteld tegen de vonnissen van het hof.⁷ Fundacion c.s. hebben bij verweerschrift verzocht het principale cassatieberoep te verwerpen en tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het Land heeft bij verweerschrift verzocht dat voorwaardelijk incidenteel beroep te verwerpen. Partijen hebben hun standpunten mondeling bij pleidooi doen toelichten en pleitnotities overgelegd. Beiden hebben voorts hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Het Land heeft gerepliceerd, Fundacion c.s. hebben gedupliceerd.

3 Bespreking van het cassatiemiddel in het principaal beroep

Cassatieklachten

3.1 Het middel van het Land bevat drie onderdelen. De eerste twee onderdelen vallen uiteen in meerdere subonderdelen.

Onderdeel 1 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 2.61 dat het niet buiten de rechtsvormende taak van de rechter ligt om het huwelijk open te stellen voor paren van hetzelfde geslacht. Volgens het onderdeel geeft dit oordeel in verschillende opzichten blijk van een onjuiste opvatting van die taak.

Onderdeel 2 keert zich tegen rov. 2.69-2.71. Het klaagt dat het hof met zijn oordelen verder is gegaan dan art. 1.22 van de Staatsregeling toelaat en dat een veelomvattender en meer complexe wettelijke ingreep is vereist dan het hof veronderstelt.

Onderdeel 3 bevat uitsluitend een voortbouwklacht en mist zelfstandige betekenis. Het behoeft daarom geen bespreking.⁸

3.2 Zoals hiervoor in 1.4 al opgemerkt, bestrijdt het middel niet het oordeel van het hof dat de wettelijke beperking van het huwelijk tot personen van verschillend geslacht in strijd komt met het discriminatieverbod van art. 1.1 van de Staatsregeling van Aruba. Het middel voert slechts aan, kort gezegd, dat in het rechtstekort dat met dat oordeel door het hof is geconstateerd, niet door de rechter kan worden voorzien door het huwelijk open te stellen voor personen van hetzelfde geslacht. Het middel bestrijdt dus niet het oordeel van het hof dat de wettelijke beperking als zodanig een verschil in behandeling op grond van seksuele oriëntatie oplevert waarvoor geen rechtvaardiging bestaat en dat die beperking dus als zodanig discriminatie oplevert in de zin van art. 1.1 van de Staatsregeling van Aruba. Zoals hiervoor in voetnoot 2 al vermeld, heeft de cassatieadvocaat van Aruba bij pleidooi in cassatie ook uitdrukkelijk bevestigd dat het middel inderdaad dat oordeel niet bestrijdt.

In cassatie worden evenmin bestreden de oordelen van het hof dat het EVRM en het IVBPR de lidstaten niet ertoe verplichten om het huwelijk open te stellen voor personen van hetzelfde geslacht, maar wel om een vorm van geregistreerd partnerschap voor hen in te voeren (rov. 2.10-2.24 en 2.29).

3.3 Blijkens het middel en de daarop gegeven toelichting is de inzet van het cassatieberoep van het Land beperkt tot de stelling dat het niet aan de rechter is, maar aan de wetgever, om in het door het hof geconstateerde rechtstekort (het niet openstaan van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht) te voorzien en dat de wetgever daarbij eventueel kan kiezen voor het geregistreerd partnerschap. In de toelichting op het middel wordt hiervoor mede gewezen op de weerstand tegen het openstellen van het huwelijk van paren van hetzelfde geslacht die volgens het Land in Aruba bestaat en het feit dat het gaat om een maatschappelijk gevoelige kwestie.

In zaak 23/00901 waarin het hof als gezegd een nagenoeg gelijklopend vonnis heeft gewezen heeft het Land Curaçao het cassatieberoep op vergelijkbare wijze beperkt en wordt door het Land Curaçao eveneens gewezen op het feit dat het gaat om een maatschappelijk gevoelige kwestie (in dat geval dus in Curaçao).

3.4 Dit standpunt van de beide landen is opvallend. Bij de vraag of sprake is van discriminatie vormt de kernvraag vrijwel steeds of een afdoende rechtvaardiging bestaat voor het gemaakte onderscheid. De meest doelmatige manier om te toetsen of sprake is van discriminatie, is door na te gaan of voor het onderscheid dat tussen twee gevallen wordt gemaakt, een voldoende rechtvaardiging aanwezig is in verband met de verschillen die bestaan tussen die gevallen (en dus niet eerst na te gaan of die twee gevallen relevant gelijk zijn, in welk geval men eerst in een lastige en soms heilloze discussie komt of sprake is van gelijke gevallen). Daarbij moet dan eerst worden vastgesteld met welk doel het onderscheid wordt gemaakt. Dat doel moet legitiem zijn. Het gemaakte onderscheid moet voorts voor het dienen van het doel passend zijn (doelmatig) en geboden (noodzakelijk).

Deze toetsingsmethode is afkomstig uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU en gecodificeerd in Unieregelgeving en langs die weg geïmplementeerd in de Nederlandse nationale wetgeving zoals art. 2 lid 1 Algemene wet gelijke behandeling en art. 7 lid 1 onder c Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd. In de rechtspraak van de Hoge Raad zijn de daarmee gegeven

toetsingsmaatstaven aangemerkt als de algemene maatstaven voor de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, óók in het kader van art. 1 van de Nederlandse Grondwet en art. 26 IVBPR.⁹ Waar art. 1.1 Staatsregeling van Aruba ontleend is aan art. 1 van de Nederlandse Grondwet, ligt het voor de hand om bij de toetsing aan art. 1.1 Staatsregeling van Aruba dezelfde toetsingsmethode te hanteren. Deze toetsingsmethode is door het hof in rov. 2.37 e.v. ook met zoveel woorden toegepast, hetgeen als gezegd in cassatie niet wordt bestreden.

- 3.5 Naar ik zou menen, kan onder omstandigheden een legitieme rechtvaardiging voor een ongelijke behandeling worden ontleend aan de bestaande maatschappelijke opvattingen (waaronder dus mede maatschappelijke weerstand en gevoeligheid). Deze zullen dan wel van zodanige aard en zodanig breed gedeeld moeten zijn dat deze die rechtvaardiging opleveren, wat niet zo makkelijk valt aan te nemen, zeker niet als het gaat om een ernstige vorm van discriminatie. Ik denk echter dat de niet-openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht in het verleden alleen kón én wérd gerechtvaardigd door de bestaande maatschappelijke opvattingen en dat die opvattingen de rechtspraak uit het verleden verklaren (van de Hoge Raad en het EVRM). Ik kom hierop in het vervolg van deze conclusie nog terug.
- 3.6 Mede omdat het middel een beroep doet op de bestaande maatschappelijke opvattingen op Aruba, valt er naar ik meen niet aan te ontkomen om in deze conclusie ook in te gaan op de vraag of de niet-openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht discriminatie oplevert, zoals het hof heeft geoordeeld, ook al wordt dit oordeel van het hof in cassatie als zodanig niet bestreden. De wel door het middel aan de orde gestelde vraag wat die opvattingen betekenen voor de rechtsvormende taak van de rechter, doet immers vanzelf de vraag rijzen wat de betekenis van die opvattingen is voor de daaraan voorafgaande vraag of er überhaupt wel sprake is van een rechtstekort, ook al wordt die vraag als gezegd in cassatie niet aan de orde gesteld. Intussen is het natuurlijk wel veelbetekenend dat beide Landen niet bestrijden dát sprake is van een rechtstekort. Ook daarop kom ik in het vervolg van deze conclusie nog terug.

Vervolg van het betoog

- 3.7 Hierna ga ik dan ook eerst in op de vraag of sprake is van strijd met het discriminatieverbod. Dat doe ik eerst aan de hand van achtereenvolgens het EVRM en IVBPR en daarna aan de hand van het interne recht van Aruba. Vervolgens ga ik in op de rechtsvormende taak van de rechter en de grenzen daarvan. Daarna bespreek ik de cassatieklachten.

Toetsing aan het EVRM en IVBPR

- 3.8 Het hof heeft in rov. 2.7 en 2.8 van zijn vonnis terecht vooropgesteld dat in Aruba een beroep kan worden gedaan op het EVRM en het IVBPR. Zoals het overweegt, geldt art. 94 van de Nederlandse Grondwet op grond van art. 3 lid 1 sub b jo 5 lid 1 van het Statuut ook voor Aruba.¹⁰ Het EVRM en IVBPR zijn door het Koninkrijk ook geratificeerd voor Aruba en Curaçao.

Is er sprake van discriminatie op grond van het EVRM?

- 3.9 Het hof heeft in rov. 2.10-2.22 uitvoerig de relevante rechtspraak van het EHRM weergegeven. Die weergave is juist. Ik beperk mij daarom hierna tot hoofdlijnen.¹¹

Geen recht om te huwen

- 3.10 Art. 12 EVRM bepaalt dat mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht hebben te huwen. Hoewel deze bepaling zo zou kunnen worden begrepen dat deze mede het huwelijk van paren van hetzelfde geslacht omvat, is dat niet de uitleg die het EHRM aan die bepaling geeft. Het EHRM heeft art. 12 EVRM in een vroeg stadium al aldus uitgelegd dat deze bepaling uitsluitend ziet op het huwelijk tussen man en vrouw.¹² Aan deze rechtspraak heeft het EHRM sedertdien vastgehouden, ondanks kritiek daarop. In de uitspraak Schalk en Kopf/Oostenrijk uit 2010 nam het EHRM in aanmerking dat in de officiële toelichting op het (uit 2000 daterende) Handvest van grondrechten van de Europese Unie de toelating van het homohuwelijk uitdrukkelijk is overgelaten aan de lidstaten. Het EHRM overwoog daarom dat het would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Het vervolgde:
61. () However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.

62. In that connection, the Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another. The Court reiterates that it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society ().

63. In conclusion, the Court finds that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple such as the applicants access to marriage.¹³

3.11 In de uitspraak Oliari e.a./Italië uit 2015 overwoog het EHRM:

191. The Court notes that in *Schalk and Kopf* the Court found under Article 12 that it would no longer consider that the right to marry must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. However, as matters stood (at the time only six out of forty-seven CoE member States allowed same-sex marriage), the question whether or not to allow same-sex marriage was left to regulation by the national law of the Contracting State. The Court felt it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society. It followed that Article 12 of the Convention did not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage (§§ 61-63). The same conclusion was reiterated in the more recent *Hämäläinen* (), where the Court held that while it is true that some Contracting States have extended marriage to same-sex partners, Article 12 cannot be construed as imposing an obligation on the Contracting States to grant access to marriage to same-sex couples.

192. The Court notes that despite the gradual evolution of States on the matter (today there are eleven CoE states that have recognised same-sex marriage) the findings reached in the cases mentioned above remain pertinent. In consequence the Court reiterates that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage.¹⁴

In 2016 en 2017 heeft het EHRM deze lijn opnieuw uitgesproken.¹⁵

3.12 In overeenstemming met het voorgaande oordeelt het EHRM dat ook uit art. 8 jo 14 EVRM geen recht om te huwen voortvloeit voor paren van hetzelfde geslacht. Ook dit is in de uitspraak *Schalk en Kopf/Oostenrijk* door het EHRM uitgesproken. In die uitspraak spreekt het EHRM weliswaar voor het eerst uit dat ook die paren family life in de zin van art. 8 EVRM kunnen hebben (rov. 94), maar art. 12 EVRM staat aan het uitspreken van een recht op gelijke behandeling op grond van art. 14 EVRM in de weg volgens het EHRM, nu art. 14 EVRM beperkt is tot een gelijke behandeling bij het genot van de rechten en vrijheden van het EVRM (rov. 101). Het EHRM overweegt:

101. In so far as the applicants appear to contend that, if not included in Article 12, the right to marry might be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8, the Court is unable to share their view. It reiterates that the Convention is to be read as a whole and its Articles should therefore be construed in harmony with one another (). Having regard to the conclusion reached above, namely that Article 12 does not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage, Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either.

Maar wel recht op geregistreerd partnerschap of vergelijkbare regeling

3.13 Dat geen recht om te huwen bestaat voor paren van hetzelfde geslacht, neemt volgens het EHRM echter niet weg dat die paren anderszins wel recht hebben op een gelijke behandeling. Zij hebben daarom recht op een vergelijkbare regeling als het huwelijk, aldus het EHRM.¹⁶ In de al genoemde uitspraak *Oliari e.a./Italië* overweegt het EHRM:

174. In view of the above considerations, the Court considers that in the absence of marriage, same-sex couples like the applicants have a particular interest in obtaining the option of entering into a form of civil union or registered partnership, since this would be the most appropriate way in which they could have their relationship legally recognised and which would guarantee them the relevant protection in the form of core rights relevant to a couple in a stable and committed relationship without unnecessary hindrance. Further, the Court has already held that such civil partnerships have an

intrinsic value for persons in the applicants position, irrespective of the legal effects, however narrow or extensive, that they would produce (see Vallianatos, cited above, § 81). This recognition would further bring a sense of legitimacy to same-sex couples.

()

185. In conclusion () the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.

3.14 In de uitspraak van dit jaar van de Grote Kamer van het EHRM in de zaak Fedotova e.a./Rusland (het hof verwijst in rov. 2.22 naar de uitspraak in deze zaak van de gewone kamer uit 2021), overweegt het EHRM:

174. In 2015 the Court observed in Oliari and Others that the trend towards legal recognition of same-sex couples had continued to develop rapidly in Europe since the Courts judgment in Schalk and Kopf. A thin majority of Council of Europe member States (twenty-four out of forty-seven) had legislated at that time in favour of affording legal recognition to same-sex couples, whether through the institution of marriage or by introducing another form of union. The same rapid development could, moreover, be identified in several countries beyond the Council of Europe ().

175. The trend already observed by the Court in the above-mentioned cases is clearly confirmed today. According to the data available to the Court, thirty States Parties currently provide for the possibility of legal recognition of same-sex couples. Eighteen States have made marriage available to persons of the same sex. Twelve other States have introduced alternative forms of recognition to marriage. (). In those circumstances, it is permissible to speak at present of a clear ongoing trend within the States Parties towards legal recognition of same-sex couples (through the institution of marriage or other forms of partnership), since a majority of thirty States Parties have legislated to that effect.

()

185. As far as the issue raised by the present case is concerned, the Court considers that a claim by same-sex partners for legal recognition and protection of their relationship touches on particularly important facets of their personal and social identity.

186. Furthermore, as to the existence of a consensus, the Court has already noted a clear ongoing trend at European level towards legal recognition and protection of same-sex couples within the member States of the Council of Europe (see paragraph 175 above).

187. Accordingly, given that particularly important facets of the personal and social identity of persons of the same sex are at stake (see paragraph 185 above) and that, in addition, a clear ongoing trend has been observed within the Council of Europe member States (see paragraph 175 above), the Court considers that the States Parties margin of appreciation is significantly reduced when it comes to affording same-sex couples the possibility of legal recognition and protection.¹⁷

3.15 Rusland had in deze zaak als rechtvaardiging voor het ontbreken van een regeling voor paren van hetzelfde geslacht een beroep gedaan op de maatschappelijke opvattingen in Rusland. Daarover overwoog de Grote Kamer van het EHRM:

214. The Government submitted that the Courts assessment should follow the same approach adopted in Oliari and Others and have regard to the attitude of the Russian population, namely widespread opposition to same-sex relationships ().

215. The Court notes firstly that in Oliari and Others it did indeed have regard to the sentiments of the Italian population, the majority of whom were in favour of the recognition of same-sex couples (). However, that factor cannot be said to have carried decisive weight in the Courts reasoning. The Court found a violation of Article 8 of the Convention in that case after taking into consideration the

conclusions of the highest domestic courts, which had remained unheeded in terms of legislative action, and noting, more broadly, that there was no prevailing community interest that could outweigh the applicants individual interests ().

216. Moreover, the Court has repeatedly held that although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position ().

217. It is important to note that the Court has consistently declined to endorse policies and decisions which embodied a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority (). It has also held, under Article 14 of the Convention, that traditions, stereotypes and prevailing social attitudes in a particular country cannot, by themselves, be considered to amount to sufficient justification for a difference in treatment based on sexual orientation ().

218. Thus, the Court has already rejected the Governments argument that the majority of Russians disapprove of homosexuality, in the context of cases concerning freedom of expression, assembly or association for sexual minorities. Like the Chamber (), the Grand Chamber considers that it would be incompatible with the underlying values of the Convention if the exercise of Convention rights by a minority group were made conditional on its being accepted by the majority. Were this so, a minority groups rights to freedom of religion, expression and assembly would become merely theoretical rather than practical and effective as required by the Convention ().

219. The Court finds that these considerations are entirely relevant in the present case, meaning that the allegedly negative, or even hostile, attitude on the part of the heterosexual majority in Russia cannot be set against the applicants interest in having their respective relationships adequately recognised and protected by law.

3.16 Opmerking verdient nog dat als een lidstaat een vorm van geregistreerd partnerschap kent voor paren van verschillend geslacht, deze volgens het EHRM op grond van art. 14 EVRM ook open dient te staan voor paren van hetzelfde geslacht. Andersom geldt niet zonder meer dat de uitsluiting van paren van verschillend geslacht van een vorm van geregistreerd partnerschap dat speciaal is ingesteld voor paren van hetzelfde geslacht, discriminatoir is jegens eerstgenoemde paren.¹⁸

Kan het EHRM terugkomen van zijn rechtspraak t.a.v. art. 12 EVRM?

3.17 Opmerking verdient dat het EHRM volgens zijn rechtspraak de mogelijkheid heeft om van zijn rechtspraak terug te komen. Volgens het EHRM is het EVRM namelijk a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today.¹⁹In de uitspraak *Goodwin/Verenigd Koninkrijk* zet het EHRM nader uiteen:

74. While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases (see, for example, *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, ECHR 2001-I, § 70). However, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved (see, amongst other authorities, the *Cossey* judgment, p. 14, § 35, and *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, judgment of 28 May 2002, to be published in ECHR 2002-, §§ 67-68). It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement (see the above-cited *Stafford v. the United Kingdom* judgment, § 68). In the present context the Court has, on several occasions since 1986, signalled its consciousness of the serious problems facing transsexuals and stressed the importance of keeping the need for appropriate legal measures in this area under review (see the *Rees* judgment, § 47; the *Cossey* judgment, § 42; the *Sheffield and Horsham* judgment, § 60).

75. The Court proposes therefore to look at the situation within and outside the Contracting State to assess in the light of present-day conditions what is now the appropriate interpretation and application of the Convention (see the *Tyrer v. the United Kingdom* judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, § 31, and subsequent case-law).²⁰

- 3.18 Uit de hiervoor weergegeven citaten uit de rechtspraak blijkt dat het hof stilzweigend erop hint dat het mogelijk in de toekomst art. 12 EVRM van toepassing zal oordelen op een huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht, als dat naar *present-day conditions (as matters stand)* op haar plaats is. Zijn oordeel over het geregistreerd partnerschap heeft die ontwikkeling de afgelopen jaren al ondergaan, zoals uit het voorgaande blijkt.

Toetsing aan het IVBPR

- 3.19 Geen van partijen bestrijdt het oordeel van het hof in rov. 2.29 dat uit het IVBPR geen andere regels voortvloeien dan uit het EVRM. De vraag is echter of dat oordeel juist is. Het hof verwijst voor dit oordeel in rov. 2.29 naar het door hem in rov. 2.3 aangehaalde HR 19 oktober 1990.²¹ Dat arrest berust wat art. 26 IVBPR betreft echter niet op een zelfde redenering als die van het EHRM in de hiervoor in 3.12 weergegeven rechtspraak. De Hoge Raad die in het arrest het IVBPR aanduidt als het IVBP overweegt, voor zover hier van belang:

3.5 Art. 14 EVRM en art. 2 IVBP verbieden, kort gezegd, het maken van onderscheid bij het verzekeren van de in het EVRM resp. IVBP erkende rechten. Nu het onderscheid dat de wettelijke regeling van het huwelijk maakt tussen enerzijds personen van verschillend geslacht, anderzijds personen van gelijk geslacht, blijkens het vorenoverwogene eigen is aan het in art. 12 EVRM resp. art. 23 IVBP verzekerde recht om te huwen, kan van een met art. 14 EVRM en art. 2 IVBP strijdig onderscheid niet worden gesproken.

- 3.6 Tenslotte moet worden nagegaan of art. 26 IVBP, dat een ruimere strekking heeft dan art. 2 IVBP, het maken van het bestreden onderscheid verbiedt. Dit is naar het oordeel van de HR niet het geval. Het wettelijk huwelijk is vanouds opgevat als een duurzame levensverbintenis tussen een man en een vrouw waaraan een reeks rechtsgevolgen wordt verbonden, die deels verband houden met het verschil in geslacht en de daarmee samenhangende gevolgen voor de afstamming van kinderen. Niet alleen in Nederland maar in tal van landen heeft het huwelijk die kenmerken. Ook kan niet worden gezegd dat de algemene rechtsovertuiging zich zo heeft ontwikkeld dat het voorgaande geen rechtvaardiging kan opleveren voor het verschil in behandeling naar seksuele geaardheid dat kan zijn gelegen in de onmogelijkheid om met iemand van hetzelfde geslacht een door de wet als huwelijk erkende verbintenis aan te gaan.

()

Het arrest laat dus uitdrukkelijk de ruimte om, bij gewijzigde opvattingen, het niet openstaan van het homohuwelijk wél in strijd met art. 26 IVBPR te oordelen. In deze zaak kan echter in het midden blijven of de internationale opvattingen zich aldus hebben gewijzigd dat nu anders moet worden geoordeeld dan wel of wat minder voor de hand ligt art. 26 IVBPR per land verschillend mag worden toegepast, afhankelijk van de daar bestaande opvattingen. Als gezegd wordt de betekenis van art. 26 IVBPR in cassatie niet aan de orde gesteld.

Toetsing aan de Staatsregeling

- 3.20 Art. 43 lid 1 Statuut laat de zorg voor de verwezenlijking van de fundamentele menselijke rechten en vrijheden over aan de landen. Aruba is in 1986 een afzonderlijk land geworden binnen het Koninkrijk in de zin van het Statuut, met op grond van art. 42 Statuut een eigen constitutie, de Staatsregeling, die in dat jaar is ingevoerd en sindsdien geldt.²²
- 3.21 In de Staatsregeling van Aruba is, anders dan in de Grondwet van Nederland, een bevoegdheid voor de rechter opgenomen om wetgeving in formele zin (landsverordeningen) te toetsen aan de klassieke grondrechten, welke grondrechten geregeld zijn in de art. I.1-I.21 van de Staatsregeling van Aruba. Art. I.22 Staatsregeling luidt:

Wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met de bepalingen van dit hoofdstuk.

Art. I.1 van de Staatsregeling van Aruba luidt nagenoeg hetzelfde als art. 1 van de Nederlandse Grondwet:

Allen die zich in Aruba bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, kleur, taal, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, of op welke grond dan ook is niet toegestaan.

3.22 Art. I.22 van de Staatsregeling van Aruba is bij de totstandkoming van de Staat uitvoerig toegelicht. Over die bepaling is bij is in het algemene deel van de memorie van toelichting bij het ontwerp van die staatsregeling opgemerkt (cursivering toegevoegd):

6. () Er zijn verschillende argumenten die pleiten voor toetsing van landsverordeningen aan de grondrechten in de Staatsregeling:

Momenteel kan een landsverordening getoetst worden aan eenieder verbindende internationaalrechtelijke grondrechtsbepalingen, zoals die bijvoorbeeld zijn opgenomen in het Verdrag van Rome van 1950;

De toetsingsbevoegdheid aan de grondrechten beschermt de burger tegen inbreuken op zijn rechten.

Er zijn uiteraard ook verschillende argumenten die gehanteerd worden tegen de toetsingsbevoegdheid:

de afbakening van de vrijheidssfeer van de burger is een onderwerp dat gemakkelijk in politiek vaarwater terecht kan komen; de rechter kan hierdoor in politieke strijdvragen worden betrokken, waardoor zijn onafhankelijkheid in twijfel getrokken zou kunnen worden;

indien een landsverordening kan worden aangevochten met een beroep op de grondrechten, dan ontstaat er rechtsonzekerheid totdat de rechter een uitspraak heeft gedaan;

de vraag of de landsverordening de grondrechten heeft gerespecteerd moet door de regering en de Staten, de democratisch gelegitimeerde politieke organen, beantwoord worden. Zij zijn de eerste geroepen om over deze vraag, die in belangrijke mate een politieke vraag is, te oordelen.

Alhoewel niet ontkend kan worden dat de democratisch gelegitimeerde politieke organen de eerste geroepen zijn om te oordelen over de vraag of landsverordeningen in overeenstemming, zijn met de Staatsregeling, en regering en Staten bij het tot stand brengen van een landsverordening zeker zich zullen buigen over de vraag of een bepaalde ontwerp-landsverordening ingevolge de Staatsregeling toelaatbaar is, is het anderzijds ook zo, dat de makers van een ontwerp-landsverordening onmogelijk alle situaties, waarin de ontwerp-landsverordening toepassing zal gaan vinden, van tevoren kunnen overzien. Het is daarom onze mening dat, indien een burger een recht heeft, hij in een conflictsituatie in rechte daarop een beroep moet kunnen doen, ook in een conflictsituatie met de overheid. En het is de rechter als onafhankelijke en onpartijdige instantie, die daarover moet oordelen. *Bovendien moet de bijzondere betekenis van de grondrechten niet slechts op symbolische wijze tot uiting komen, namelijk door plaatsing in het eerste hoofdstuk van de Staatsregeling, maar moet de bijzondere betekenis ook door een toetsingsbevoegdheid tot uitdrukking worden gebracht. Het feit dat de rechter daardoor bij politieke strijdvragen kan worden betrokken is ons inziens van wezenlijk minder belang dan de realisatie van de rechtstaatsgedachte, waarbij o.a. iedere burger zijn rechten ook tegenover de overheid kan afdwingen.*²³

3.23 In de toelichting op art. I.22 is in de memorie van toelichting bij het ontwerp opgemerkt (opnieuw cursivering toegevoegd):

() Rechterlijke toetsing van wettelijke voorschriften, waaronder landsverordeningen, aan de grondrechten in het voorgesteld hoofdstuk I kan een goede bijdrage leveren aan de verwezenlijking van de fundamentele menselijke rechten en vrijheden. Het is echter van groot belang dat de rechter terughoudend is in het gebruik van deze bevoegdheid, in het bijzonder bij de toetsing van landsverordeningen. Landsverordeningen zijn het resultaat van gemeenschappelijk overleg tussen de hoogste staatsorganen, regering en Staten. Deze wetgevende organen zijn door hun benoeming en verkiezing aangewezen om het wetgevende beleid te bepalen. De rechter heeft de taak deze wetgeving te interpreteren en door middel van toetsing eventueel te corrigeren. Zijn positie is in het proces van wettelijke rechtsvorming secundair. De voordelen van rechterlijke toetsing zouden naar onze mening niet opwegen tegen de nadelen, indien rechterlijke toetsing van landsverordeningen zou

leiden tot een verstoring van de juiste verhouding tussen wetgeving en rechter. Hierdoor zou het parlementair-democratisch beginsel worden ondergraven. Een te ruime toepassing van de bevoegdheid zou verder de rechterlijke onafhankelijkheid kunnen ondergraven, niet alleen in toetsingsvragen maar als weerslag van problemen op dat terrein eveneens bij de verrichting van de gehele rechterlijke taak. Het zou verder de rechtszekerheid ernstig kunnen schaden. Een terughoudende toepassing van de toetsingsbevoegdheid is verder wenselijk met het oog op de goede functionering van de rechtspraak krachtens de Samenwerkingsregeling Nederlandse Antillen en Aruba en van de cassatierechtspraak van de Hoge Raad. *Wat betreft de formulering is aansluiting gezocht bij artikel 94 van de Nederlandse grondwet.* Hier is echter een ruimere formulering gehanteerd dan in de Nederlandse grondwet, aangezien wij niet gekozen hebben voor de zinsnede een ieder verbindende bepalingen maar voor bepalingen. Een groot aantal bepalingen van het eerste hoofdstuk bevat immers niet alleen rechten voor de burgers maar ook normen voor de wetgever, zonder dat er sprake is van een recht voor de burger. Het kan b.v. zo zijn dat het grondrechtsartikel de wetgever opdraagt een bepaalde materie te regelen maar dan wel onder bepaalde voorwaarden, zie bijvoorbeeld het vijfde lid van artikel 1.20. De rechter zal dan op basis van het onderhavige artikel kunnen beoordelen of de wetgever binnen dit soort door de Staatsregeling gestelde grenzen is gebleven. Daarnaast zal de rechter in het algemeen ook moeten letten op de vraag of slechts dat orgaan de (grondrechten beperkende) regels stelt, dat daartoe volgens de Staatsregeling bevoegd is of kan zijn.

Gevolg van strijd met de aangewezen grondrechten

- 3.24 Zoals blijkt uit een van de cursiveringen in het laatste citaat, is de zinsnede in art. 1.22 van de Staatsregeling van Aruba dat wettelijke voorschriften *geen toepassing vinden* indien deze toepassing niet verenigbaar is met een van de aangewezen grondrechten (cursivering toegevoegd), ontleend aan het naar hiervoor in 3.8 bleek: ook voor Aruba en Curaçao geldende art. 94 van de Nederlandse Grondwet, dat bepaalt dat wettelijke voorschriften *geen toepassing vinden* indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (opnieuw cursivering toegevoegd).
- 3.25 Dit geen toepassing vinden dat vaak wordt aangeduid als buiten toepassing laten is eigenlijk een enigszins ongelukkige bepaling, omdat dit gevolg dus het buiten toepassing laten in lang niet alle gevallen waarin sprake is van strijd met een hogere bepaling, tot een behoorlijk, met die hogere bepaling in overstemming zijnd resultaat leidt, terwijl dat toch wel de bedoeling van dit voorschrift zal en moet zijn en klaarblijkelijk ook is.²⁴ De rechtspraak heeft dit voorschrift dan ook al snel aldus verstaan dat het mede om dat resultaat gaat en dat zo nodig en zo mogelijk het nationale recht aldus moet worden uitgelegd of gevormd dat dit overeenstemt met dit resultaat, zodat de hogere bepaling daadwerkelijk deel gaat uitmaken van het recht in de nationale rechtsorde. De rechtspraak luidt dan ook sinds in elk geval de jaren 80 in die zin.²⁵ De Wit concludeert op basis van haar rechtspraakonderzoek dat veel vaker van dit middel verdragsconforme uitleg of verdragsconforme rechterlijke rechtsvorming van het nationale recht gebruikgemaakt wordt dan van het met zoveel woorden in art. 94 Grondwet genoemde middel van het (enkel) buiten toepassing laten van de nationale bepaling.²⁶

Art. 1.1 Staatsregeling

- 3.26 Art. 1.1 van de Staatsregeling van Aruba komt als gezegd overeen met art. 1 van de Nederlandse Grondwet (zie hiervoor in 3.21). Art. 1.1 van de Arubaanse Staatsregeling is destijds als volgt toegelicht (cursivering toegevoegd):

Het gelijkheidsbeginsel is een fundamenteel beginsel voor een democratische rechtsstaat. () De door ons gebruikte formulering sluit nauw aan bij die van artikel 1 Nederlandse grondwet. In deze formulering wordt een aantal extra non-discriminatiegronden genoemd, zoals deze ook voorkomen in artikel 14 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. Deze extra toegevoegde non-discriminatiegronden zijn slechts opgenomen ter verduidelijking. Door deze verduidelijking wordt aansluiting verkregen aan de internationaal op gang zijnde rechtsontwikkeling op het terrein van de non-discriminatie. De toevoeging bevat ook een vruchtbare concretisering van het algemene gelijkheidsbeginsel. Uit de toevoeging of op welke grond dan ook valt de conclusie te trekken, dat de opsomming van non-discriminatiegronden een enumeratief karakter draagt. Reeds gedurende langere tijd wordt de opvatting gehuldigd, dat in de formulering

gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen het rechtsbeginsel van gelijke behandeling in gelijke gevallen moet worden gelezen (). Het ligt dan ook voor de hand dit beginsel met zoveel woorden te formuleren in deze Staatsregeling. () *In dit verband zij opgemerkt, dat het gebod van gelijke behandeling in gelijke gevallen voor de wetgever een extra gewicht krijgt, nu de rechter de bevoegdheid krijgt daden van de wetgever te beoordelen op hun grondwettigheid waar het betreft de grondrechten.* () In de tweede volzin is het discriminatieverbod opgenomen. Het betreft hier een aanscherping van het gebod tot gelijke behandeling. Ongelijke behandeling op de daar genoemde gronden is niet toegestaan, tenzij daarvoor gerechtvaardigde, in het algemeen rechtsbewustzijn levende overtuigingen zijn aan te voeren. Om het begrip discriminatie wat nader vorm te geven lijkt het zinvol aansluiting te zoeken bij reeds gegeven omschrijvingen in toelichtende teksten, literatuur en jurisprudentie met betrekking tot dit begrip. Discriminatie heeft betrekking op kenmerken of eigenschappen van (groepen van) personen, die deze óf helemaal niet kunnen afleggen, óf niet kunnen afleggen zonder daarmee schade te betrekken aan de eigen persoonlijkheid ().²⁷

Is sprake van discriminatie? Arresten Hoge Raad uit 1990 en 2007; opnieuw de rechtspraak van het EHRM

3.27 Op de wijze van toetsing aan het discriminatieverbod is hiervoor in 3.4 en 3.5 al ingegaan. Het is duidelijk dat de uitsluiting van paren van hetzelfde geslacht om te huwen een ongelijke behandeling naar seksuele oriëntatie betreft. Als het huwelijk niet valt te reserveren voor paren van verschillend geslacht zoals de traditionele opvatting wil, is evident sprake van een zeer ernstige vorm van discriminatie. Zoals hiervoor bleek, heeft de traditionele opvatting er in het verleden toe geleid dat de niet-openstelling van het huwelijk niet in strijd met het discriminatieverbod werd geoordeeld (zie het hiervoor in 3.19 aangehaalde HR 19 oktober 1990).²⁸ Een soort van tussenstandpunt is ingenomen in het door het hof in rov. 2.5 aangehaalde HR 13 april 2007.²⁹ Hierin is enerzijds geoordeeld dat art. 40 Statuut meebrengt dat een in Nederland tot stand gekomen huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht in Aruba en Curaçao zonder meer als rechtsgeldig huwelijk erkend moet worden. Derhalve mag, anders dan in het internationaal privaatrecht gebruikelijk is, geen conflictenrechtelijke toets worden aangelegd en geen toetsing aan de openbare orde plaatsvinden (rov. 3.3.2 en 3.3.3.).³⁰ Anderzijds is in dit arrest geoordeeld dat Aruba en Curaçao niet op grond van het concordantiebeginsel gehouden zijn om het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht open te stellen (rov. 3.3.4). In dat laatste verband wordt in het arrest overwogen:

3.3.4 Aan het voorgaande kan niet afdoen dat, naar de Ambtenaar van de burgerlijke stand en het Land hebben beklemtoond, het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht in de cultuur van Aruba en van de landen in de regio als strijdig met de goede zeden wordt verworpen. Het Statuut laat de afzonderlijke delen van Koninkrijk toe hun burgerlijk recht zelf vast te stellen. Het concordantiebeginsel dat in art. 39 van het Statuut uitdrukking heeft gevonden, brengt wel mee dat het burgerlijk recht zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze wordt geregeld, maar waar in een of meer delen van het Koninkrijk fundamenteel verschillende maatschappelijke opvattingen heersen aangaande een bepaald onderdeel van dat recht, zoals ten aanzien van de vraag of personen van hetzelfde geslacht met elkaar kunnen huwen, blijven de verschillende delen van het Koninkrijk bevoegd dat onderdeel van het recht in verschillende zin in hun wetgeving te regelen. In zoverre bestaat er ruimte voor, mede door de verschillende culturen in de Koninkrijksdelen ingegeven, verscheidenheid. Echter, het verband van het Koninkrijk, zoals dat in het Statuut vorm heeft gekregen, brengt óók mee dat alle delen van het Koninkrijk de gevolgen van die verscheidenheid dienen te aanvaarden, hetgeen, toegespitst op het onderhavige geval, betekent dat zij binnen hun eigen rechtsorde de rechtskracht en daarmee de rechtsgevolgen van elkaars rechterlijke uitspraken en authentieke akten moeten aanvaarden, ook indien die rechtsgevolgen niet aansluiten bij de plaatselijke opvattingen. Op dit punt laat het Statuut met art. 40 geen ruimte.

3.28 De Hoge Raad aanvaardt dus in het arrest dat de maatschappelijke opvattingen in Aruba meebrengen dat aanvaard moet worden dat het huwelijk daar niet voor paren van hetzelfde geslacht wordt opengesteld, maar oordeelt tegelijk dat op grond van art. 40 Statuut dat huwelijk, indien in Nederland gesloten, ten volle moet worden erkend in de rechtsorde van Aruba (en dus ook in die van Curaçao en Sint Maarten), ook wat betreft de *rechtsgevolgen* (zie voor dat laatste rov. 3.3.4, slot). Nu de BES-eilanden sinds 2010 bij Nederland horen, valt ook een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht

dat op die eilanden is gesloten, onder deze werking van art. 40 Statuut.

- 3.29 Zoals hiervoor bleek, neemt ook het EHRM een tussenstandpunt in. Enerzijds aanvaardt het EHRM dat het recht om te huwen niet door het EVRM wordt beschermd voor paren van hetzelfde geslacht, maar anderzijds neemt het inmiddels op grond van de gewijzigde opvattingen binnen een groot deel van de Raad van Europa over paren van hetzelfde geslacht aan dat op grond van de art. 8 en 14 EVRM wel een positieve verplichting voor de lidstaten bestaat om voor paren van hetzelfde geslacht ten minste het geregistreerd partnerschap of een vergelijkbare regeling in te voeren. Dat geldt zelfs als een meerderheid van de bevolking vijandig staat tegenover paren van hetzelfde geslacht. De rechtspraak van het EHRM lijkt er voorts op te hinten dat het in de toekomst mogelijk ook het recht om te huwen voor die paren onder het EVRM zal brengen, op de grond dat de *present-day conditions (as matters stand)* dat meebrengen (zie hiervoor in 3.18).
- 3.30 De koers van het EHRM met betrekking tot het huwelijk valt te begrijpen. De weerstand tegen het huwelijk van paren van hetzelfde geslacht is in sommige landen van de Raad van Europa groot. Het is, heel kort gezegd, niet verstandig om landen regels op te leggen waaraan zij niet toe zijn, hoe gerechtvaardigd die regels als zodanig ook moge zijn.

Maatschappelijke opvattingen in Aruba

- 3.31 Na het voorgaande kan de vraag zijn wat de maatschappelijke opvattingen in Aruba op dit moment zijn over het huwelijk van paren van hetzelfde geslacht. Dat is een kwestie die voor de Hoge Raad en voor een advocaat-generaal bij de Hoge Raad lastig vanuit Den Haag te beoordelen is. Het ligt voor de hand om af te gaan op het oordeel en de vaststellingen van de rechter op Aruba, die voldoende in de Arubaanse samenleving staat om daarover een uitspraak te doen, zo d(i)e rechter daarover iets met voldoende zekerheid kan zeggen. Die rechter is in dit geval dus het gerecht in eerste aanleg en het hof.

- 3.32 Het gerecht in eerste aanleg heeft op dit punt de volgende vaststellingen in zijn vonnis gedaan:

4.12 () [Fundacion] c.s. hebben verder onbetwist gesteld dat wereldwijd de afgelopen decennia in toenemende mate is geaccepteerd dat twee individuen van gelijk geslacht een affectieve relatie met elkaar hebben en op gelijke wijze als paren van verschillend geslacht met elkaar samenleven. Dit heeft in vele landen ook geleid tot een wettelijke erkenning van affectieve relaties van paren van gelijk geslacht door ofwel openstelling van het huwelijk voor dergelijke paren ofwel een wettelijke invoering van een vorm van partnerschap die soortgelijke gevolgen heeft als het wettelijk huwelijk.

Ook hier te lande behoren affectieve relaties en het samenwonen van partners van hetzelfde geslacht tot de sociale werkelijkheid. Dit leidt niet tot maatschappelijke problemen. Dat dergelijke paren geen huwelijk kunnen sluiten, heeft voor de betrokkenen wel gevolgen. () Er ontstaat aldus een discrepantie tussen de bevoegdheden die het recht aan burgers biedt en de sociale werkelijkheid. ()

()

- 4.24 () Zoals [Fundacion] c.s. onbetwist en juist hebben gesteld, is het op dit moment voor in Aruba wonende paren van gelijk geslacht mogelijk om in het huwelijk te treden in Nederland (waaronder mede begrepen één van de BES-eilanden). Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad moeten deze huwelijken in Aruba worden erkend (HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6095). Het is een feit van algemene bekendheid dat van deze mogelijkheid in de praktijk gebruik wordt gemaakt en dat de Arubaanse overheid deze huwelijken en de daaraan verbonden rechtsgevolgen conform de jurisprudentie van de Hoge Raad erkent. Tot maatschappelijke problemen leidt deze gang van zaken niet. Om gebruik te maken van deze mogelijkheid moeten paren van gelijk geslacht (hoge) kosten maken, die paren die een huwelijk kunnen sluiten niet hoeven te maken. Paren die niet de financiële mogelijkheden hebben om in Nederland in het huwelijk te treden, zijn al helemaal niet in de gelegenheid om op deze wijze een huwelijk, met de daaraan verbonden voordelige rechtsgevolgen, aan te gaan. Ook in dit licht ligt op het Land de verplichting om de wetgeving hier te lande op voortvarende wijze in overeenstemming te brengen met de sociale werkelijkheid.

- 3.33 Deze vaststellingen zijn in hoger beroep door het Land niet bestreden. Het hof heeft deze vaststellingen niet met zoveel woorden in zijn vonnis overgenomen, maar het ligt nogal voor de hand dat het eveneens van de daarbij vastgestelde feiten is uitgegaan.

- 3.34 Zekerheidshalve heb ik bij het pleidooi in cassatie aan partijen gevraagd of in cassatie mag worden uitgegaan van de juistheid van de vaststellingen van het gerecht in eerste aanleg over de mate van acceptatie van homoseksuele relaties, nu die vaststellingen in deze procedure niet bestreden zijn. Partijen hebben hierop uitdrukkelijk bevestigend geantwoord.
- 3.35 Naar ik meen volgt uit de vaststellingen van het gerecht in eerste aanleg al evident dat aan de bestaande maatschappelijke opvattingen in Aruba geen rechtvaardiging meer kan worden ontleend voor een andere behandeling van paren van hetzelfde geslacht. Daarbij wijs ik gelijk erop omdat bij het Land op dit punt een misverstand lijkt te bestaan dat het er niet zozeer om gaat of voldoende draagvlak voor invoering van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht bestaat (een meerderheid van de bevolking is vóór), maar of aan het ontbreken van draagkracht (eventuele feitelijke maatschappelijke weerstand) een rechtvaardiging kan worden ontleend om het huwelijk niet open te stellen voor die paren (zie hiervoor in 3.5), wat niet helemaal hetzelfde is. Het gerecht in eerste aanleg heeft, naar ik meen, een vrij hoge mate van acceptatie van homoseksuele relaties vastgesteld, waarbij het mede heeft gewezen op de maatschappelijke gevolgen van het hiervoor in 3.27 en 3.28 genoemde arrest van de Hoge Raad uit 2007. Mede door dat arrest worden huwelijken van paren van hetzelfde geslacht al op grote schaal geaccepteerd én rechtens erkend in Aruba en dat heeft, zoals het gerecht in eerste aanleg in rov. 3.24 vaststelt, niet tot maatschappelijke onrust of problemen geleid. Mede in samenhang met de andere vaststellingen van het gerecht in eerste aanleg over de sociale werkelijkheid in Aruba is dat zeer veelzeggend. De mate van acceptatie kan ook worden afgeleid uit het geregistreerd partnerschap dat Aruba inmiddels mede heeft ingevoerd voor paren van hetzelfde geslacht en het gegeven dat gesteld noch gebleken is dat dit tot enige maatschappelijke weerstand heeft geleid. Het hiervoor in 3.5 tweede zin genoemde geval doet zich dus onmiskenbaar niet voor.
- 3.36 Ook het feit dat het cassatieberoep van het Land zich niet keert tegen het oordeel van het hof dat sprake is van discriminatie, wijst naar mijn mening eveneens op een vergaande acceptatie. De regering van het Land meent kennelijk dat inmiddels onvoldoende argumenten bestaan voor die bestrijding of voor die bestrijding bestaat in dit stadium niet voldoende politieke steun meer. Overigens had het, mede gelet op de vaststellingen van het gerecht in eerste aanleg, op de weg van het Land gelegen om te onderbouwen dat (toch nog altijd) van onvoldoende acceptatie sprake is. Het Land heeft op dat vlak echter niets aangevoerd.

Andere aspecten discriminatieoordeel hof

- 3.37 De andere aspecten van het oordeel van het hof dat sprake is van discriminatie zoals de betekenis die het huwelijk ook voor paren van hetzelfde geslacht heeft en de uitspraken van buitenlandse hoogste rechters daarover (rov. 2.43-2.45), maar ook hetgeen het hof daarover anderszins overweegt vanaf rov. 2.35 behoeven geen bespreking, nu deze in cassatie niet op enige wijze ter discussie worden gesteld. De overwegingen van het hof daarover en de juistheid daarvan spreken naar ik meen voor zich (vgl. onder meer hiervoor in 3.4).

Tussenconclusie

- 3.38 Het oordeel van het hof dat de niet-openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht in strijd is met het discriminatieverbod van art. 1.1 van de Staatsregeling van Aruba is dus juist. Dat oordeel wordt in cassatie dan ook terecht niet bestreden.

Rechtsvormende taak van de rechter; oordeel hof

- 3.39 Daarmee kom ik toe aan de inzet van deze cassatieberoepen, of het hof zelf het door hem geconstateerde rechtstekort heeft kunnen wegnemen door het huwelijk open te stellen voor paren van hetzelfde geslacht, zoals het blijkt rov. 2.70 en het dictum van zijn vonnis heeft gedaan. Het hof heeft zijn oordeel dat dit niet de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat, gemotiveerd door erop te wijzen dat het gaat om een rechterlijke ingreep die technisch niet gecompliceerd is en niet afhankelijk is van keuzen van politieke aard. Het verwijst daarvoor naar de regeling van de Nederlandse Wet openstelling huwelijk. Aanpassing van de wetgeving van Aruba is slechts minimaal nodig, aldus het hof. Het overweegt dat voor het afstammingsrecht en het gezagsrecht geldt dat deze ongewijzigd kunnen blijven. Het hof laat adoptie buiten de werking van zijn beslissing (rov. 2.63-2.69).

Ik begrijp het oordeel van het hof zo dat dit inhoudt dat, om het geconstateerde rechtstekort weg te nemen, de art. 1:31 lid 1 en 1:33 BW Aruba aldus moeten worden uitgelegd dus moeten worden gelezen dat daarin niet man en vrouw staat, maar twee personen en een persoon en een persoon. Dat oordeel stemt (dan) overeen met de wijze waarop in Nederland het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht wettelijk is geregeld, waarnaar het hof verwijst. De Nederlandse Wet openstelling huwelijk behelst namelijk op de keper beschouwd niet meer dan deze wijziging. Deze wijziging is inderdaad, zoals het hof overweegt, een ingreep die technisch niet gecompliceerd is en niet afhankelijk is van keuzes van politieke aard. Uitgaande van de vaststaande noodzaak om het rechtstekort weg te nemen, gaat het als zodanig om een eenvoudige verbeterde lezing van de wet, waarvoor in redelijkheid geen alternatief bestaat. Het alternatief kan immers slechts zijn om het huwelijk af te schaffen, waardoor iedereen, om zo te zeggen, even slecht af is. Het is echter duidelijk dat de wetgever dat niet wil, terwijl dat ook in strijd zou zijn met art. 12 EVRM.

Rechtsvormende taak van de rechter; rechtspraak Hoge Raad

- 3.41 Bij deze verbeterde lezing past het oordeel van het hof naadloos in de hiervoor in 3.25 genoemde rechtspraak op de art. 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet, die ook bepalend is te achten voor de toetsing op grond van art. 1:22 van de Staatsregeling van Aruba (zie hiervoor in 3.24 en 3.25). Sterker nog: een dergelijke wijze van rechtsvorming vormt een standaardoplossing om in een rechtstekort te voorzien dat bestaat als sprake is van strijd met een direct werkend internationale bepaling waarbij de oplossing niet kan worden gevonden in het (enkel) buiten toepassing laten van de nationale bepaling (zie hiervoor in 3.25).

In de bekende zogeheten lentesbeschikkingen van de Hoge Raad uit 1986 was die oplossing al opvallend aan de orde. In die beschikkingen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de destijds bestaande Nederlandse wettelijke regeling waarbij ouders alleen samen het ouderlijk gezag over hun kinderen hebben indien en zolang zij gehuwd zijn, in strijd is met de art. 8 en 14 EVRM.³¹ Hij legde het BW daarom aldus uit dat dit wel de mogelijkheid geeft van een gezamenlijk ouderlijk gezag buiten huwelijk, mits en zolang tussen de ouders een goede onderlinge verstandhouding bestaat die voor hun gezamenlijke uitoefening van het gezag over het kind is vereist (dat was dus een geheel buitenwettelijke eis die slechts als een uitwerking kan worden gezien van een beperking die op grond van art. 8 lid 2 EVRM mag worden gesteld en die in deze materie voor de hand lijkt te liggen).³²

In HR 8 april 1988 oordeelde de Hoge Raad dat het wettelijke recht van de moeder om de erkenning van haar kind door de biologische vader te beletten door haar toestemming daarvoor te weigeren, in strijd kwam met (diens recht uit) art. 8 EVRM. In afwachting van wetgeving waarmee de wetgever ten tijde van de uitspraak van de Hoge Raad al doende was oordeelde hij dat in weerwil van de wettelijke regeling toch een rechtsgeldige erkenning tot stand kan komen wanneer de weigering van de moeder om haar toestemming tot erkenning te verlenen, slechts kan worden opgevat als misbruik.³³

In HR 16 november 1990 constateerde de Hoge Raad een lacune in de Nederlandse wetgeving, doordat een ingevolge een internationale regeling verplichte wettelijke bepaling ontbrak die de Nederlandse rechter bevoegd moest maken van een bepaald geschil kennis te nemen. Die lacune vulde hij zelf geheel buitenwettelijk aan. Hij overwoog:

Aan deze verplichting heeft de Nederlandse wetgever tot nu toe niet voldaan. Dit brengt voor de Nederlandse rechter, die het Nederlandse recht zoveel mogelijk aldus dient uit te leggen en toe te passen dat de Staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet, mee dat hij in deze leemte in de wetgeving () moet voorzien op een wijze die in het stelsel van de wet past en aansluit bij wel geregelde gevallen.³⁴

- 3.42 Deze techniek is dus al betrekkelijk oud.³⁵ De Hoge Raad ziet slechts af van het zelf voorzien in het rechtstekort als dat de rechtsvormende taak van rechter te buiten gaat, hetgeen blijkens zijn rechtspraak het geval is als een keuze te maken valt uit verschillende mogelijkheden, die aan de wetgever is (aan de wetgever moet worden overgelaten).³⁶ Is er redelijkerwijs maar één oplossing mogelijk of denkbaar, dan voorziet de Hoge Raad zelf met die oplossing in het tekort. Dat zelf voorzien in het tekort vloeit voort uit zijn verplichting om effectieve rechtsbescherming te bieden met betrekking tot de orde zijnde verdragsschending, welke verplichting, zoals hiervoor bleek, volgt uit of besloten ligt in de art. 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet (zie opnieuw hiervoor 3.25). In onder meer het hiervoor in voetnoot 28 genoemde Arbeidskostenforfait-arrest wijst de Hoge Raad met zoveel

woorden op die verplichting met betrekking tot een schending van het recht op een gelijke behandeling van art. 26 IVBPR (rov. 3.13 en 3.14, die hierna worden aangehaald in 3.43). Ook in HR 13 oktober 2017 wordt met zoveel woorden op deze verplichting van de rechter gewezen:

3.4.6 Zoals blijkt uit het citaat hiervoor () heeft de wetgever bij de totstandkoming van het Arubaanse nieuw BW genoemd rechtstekort onder ogen gezien, maar om de daar genoemde redenen voorlopig ervan afgezien de wet in verband hiermee aan te passen. () Daarom dient de rechter thans voor Aruba te bezien of in genoemd rechtstekort kan worden voorzien. De met (in elk geval) art. 26 IVBPR en met art. 1.1 Staatsregeling van Aruba strijdige ongelijke behandeling waartoe het huidige art. 1:5 lid 1 BWA leidt, dient immers zo spoedig mogelijk te worden opgeheven.³⁷

3.43 Omdat in het Arbeidskostenforfait-arrest het voorzien in het rechtstekort een bijzonder probleem voor de rechter vormde er was sprake van fiscale discriminatie van een betrekkelijk grote groep van belastingplichtigen die snel diende te worden opgeheven (o.m. omdat aanslagen onherroepelijk worden), maar die op verschillende wijzen opgeheven kon worden , heeft de Hoge Raad daarin zijn bestaande koers voor dit soort kwesties kort samengevat uiteengezet en tegelijk voor het eerst de figuur geïntroduceerd van de rechterlijke aanzegging aan de wetgever om het rechtstekort op te lossen, bij gebreke waarvan de rechter dat zelf zal doen. De Hoge Raad overwoog:

3.13 () Dit middel stelt de Hoge Raad voor de vraag of en zo ja op welke wijze de rechter, gegeven de vaststelling dat de onderhavige wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling leidt, terzake effectieve rechtsbescherming kan bieden.

3.14 In dit geval kan een dergelijke bescherming niet daarin worden gevonden dat de discriminatoire regeling de tegemoetkoming aan werkenden door verhoging van het arbeidskostenforfait buiten toepassing wordt gelaten. Die oplossing zou immers belanghebbende niet baten. Dat doet de vraag rijzen of de rechter de effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien dan wel of hij zulks vooralsnog aan de wetgever dient over te laten. In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.

3.15 Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied.

Niet uitgesloten is echter dat de afweging anders moet uitvallen ingeval de wetgever ermee bekend is dat een bepaalde wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling in de zin van voormelde verdragsbepalingen leidt, maar nalaat zelf een regeling te treffen die de discriminatie opheft.

()

3.18 Naar uit het hiervoor overwogene volgt, doet zich hier niet de situatie voor waarin duidelijk is hoe de rechter in het door de discriminerende regeling veroorzaakte rechtstekort zou moeten voorzien, maar zijn ter opheffing van de discriminatie verschillende oplossingen denkbaar en is de keuze daaruit mede afhankelijk van algemene overwegingen van overheidsbeleid. Dit brengt mee dat de rechter niet aanstonds zelf in het rechtstekort behoort te voorzien, maar zulks vooralsnog aan de wetgever dient over te laten. Het middel is derhalve gegrond. Gewezen zij echter op de in 3.15 bedoelde mogelijkheid dat de afweging terzake in de toekomst anders moet uitvallen. De Hoge Raad gaat ervan uit dat de

regering met de nodige spoed een wetsontwerp zal indienen dat recht doet aan de op de Nederlandse Staat rustende verdragsverplichtingen op dit punt.³⁸

3.44 In rov. 3.14 en 3.15 geeft de Hoge Raad globaal weer wanneer de rechter in het rechtstekort voorziet. Volgens rov. 3.14 dient een afweging plaats te vinden tussen enerzijds het belang van een effectieve rechtsbescherming en anderzijds de terughoudendheid die de rechter in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen past (in verband met, kort gezegd, het primaat van de wetgever). In rov. 3.15 verduidelijkt de Hoge Raad dat als zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe in het tekort dient te worden voorzien, de rechter dat zelf doet.³⁹ Als echter verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze, kort gezegd, politiek van aard is, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat.⁴⁰

3.45 Ik denk dat bij het beschouwen van deze overwegingen belangrijk is om niet uit het oog te verliezen dat het bij de daarin genoemde afweging en gezichtspunten gaat om rechtsvindingscriteria en dus niet om rechtsregels. Die criteria moeten dus niet absoluut of in mechanische zin (als dit , dat dan) worden opgevat.⁴¹ Het gaat om het vinden van een goed resultaat. Dat blijkt ook wel uit de vooropstelling in rov. 3.14 dat het (steeds) gaat om een *afweging* waarbij ook (onder meer) de aard van het rechtsgebied een rol kan spelen (er dus sprake is van af te wegen variabelen). En dat blijkt ook wel uit de uitspraken waarin de Hoge Raad niet schroomt om zelf geheel of ten dele te voorzien in het rechtstekort, óók als het in rov. 3.15 eerste zin genoemde geval zich niet voordoet en soms ook zelfs als er wél een politieke keuze valt te maken (bijvoorbeeld omdat ingrijpen door de wetgever niet kan worden afgewacht). Ik verwijs naar de eerste twee voorbeelden die hiervoor in 3.41 zijn genoemd, naar het al aangehaalde HR 24 december 2021 en naar het Binnenvaartschip-arrest van de Hoge Raad uit 2018.⁴² Ook kan worden gewezen op de vele rechtspraak waarin de Hoge Raad in vergaande mate aan rechtsvorming doet, buiten het geval dat sprake is van een rechtstekort door strijd met een hogere regeling zoals een internationale of constitutionele bepaling.⁴³

3.46 In de rede die hij heeft gehouden bij zijn afscheid als president van de Hoge Raad welke rede is gewijd aan de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter , is Martens uitvoerig ingegaan op het Arbeidskostenforfait-arrest. Hij wijst erop dat in het arrest uitdrukkelijk de taak van de rechter wordt uitgesproken om effectieve rechtsbescherming te bieden in geval van schending van internationale verplichtingen. Hij merkt op dat de Hoge Raad, hoewel het arrest in de eerste plaats gaat over art. 26 IVBPR, hier mede het oog heeft op art. 13 EVRM, dat de lidstaten opdraagt te voorzien in een daadwerkelijk rechtsmiddel (effective remedy) voor diegenen wier rechten en vrijheden als opgenomen in het EVRM zijn geschonden.

Voorts wijst Martens erop dat de Hoge Raad weliswaar terughoudendheid uitspreekt voor het geval een politieke keuze moet worden gemaakt, maar zichzelf geenszins *onbevoegd* verklaart om in het rechtstekort te voorzien, zo dat noodzakelijk mocht zijn. Voorts impliceert het samenstel van de door de Hoge Raad geformuleerde beleidsregels (zoals Martens genoemde rechtsvindingscriteria aanduidt) volgens Martens een verzwaarde motiveringsplicht: de rechter die tot de slotsom komt dat hij het voorzien in het rechtstekort vooralsnog aan de wetgever dient te laten, heeft iets uit te leggen, met name duidelijk te maken welke oplossingen er zijn en waarom *hij* daartussen niet een keuze kan maken.⁴⁴

3.47 Het Arbeidskostenforfait-arrest is denk ik aan te merken als een zogeheten standaardarrest en zo wordt het denk ik in de literatuur ook opgevat. Blijkens genoemd HR 24 december 2021 ziet de Hoge Raad dat zelf ook zo. Ook partijen nemen het arrest tot uitgangspunt bij hun beschouwingen over deze zaak, blijkens de verwijzingen daarnaar in de stukken van deze cassatieberoepen. Het arrest geeft in abstracto de grenzen aan van de rechtsvormende taak die de Landen de inzet hebben gemaakt van deze cassatieberoepen. Daarom sta ik kort stil bij de kritiek die het arrest op dit punt in de literatuur heeft ontmoet.

Die kritiek komt van verschillende kanten. Enerzijds zijn er auteurs die vinden dat de Hoge Raad niet ver genoeg is gegaan. De Hoge Raad zou steeds of in elk geval vaker effectieve rechtsbescherming moeten bieden als er sprake is van een rechtstekort, ook al zijn er politieke keuzes te maken. Anderzijds zijn er auteurs die de rechter op staatsrechtelijke gronden juist de bevoegdheid ontzeggen om buiten de wet recht te scheppen en dus in het rechtstekort te voorzien.⁴⁵

Deze laatste auteurs⁴⁶ miskennen mijns inziens dat de wetgeving en het staatsrecht op vrij ruime schaal de rechtsvormende taak van de rechter erkennen en legitimeren. Hiervoor in 3.25 bleek dat de toetsing op grond van de voor het hele Koninkrijk geldende art. 93 en 94 Grondwet meebrengt dat de rechter gehouden is om het resultaat waartoe de internationale bepaling verplicht, zoveel mogelijk te verwerkelijken in de nationale rechtsorde.⁴⁷ De rechtsvormende taak van de rechter die sinds het arrest Lindenbaum/Cohen uit 1919 al onmiskenbaar bestaat (zij het aanvankelijk in beperktere vorm) en veelal positief wordt gewaardeerd is op allerlei plaatsen en wijzen in de wetgeving erkend. Bij de recente wijziging van de Nederlandse Grondwet is door de grondwetgever aan art. 17 een nieuw eerste lid toegevoegd waarin de regels van art. 6 EVRM zijn vastgelegd voor alle rechterlijke procedures (wat een uitbreiding betekent van de werkingssfeer van die regels, nu art. 6 EVRM lang niet op alle rechterlijke procedures ziet). Blijkens de toelichting op die bepaling is hiermee mede beoogd het ook naar Nederlands recht al bestaande recht op effectieve rechtsbescherming vast te leggen dat beschermd wordt door art. 13 EVRM.⁴⁸ Het bieden van effectieve rechtsbescherming door middel van rechtsvorming is dus, bij de huidige stand van het recht, simpelweg een *constitutionele* plicht van de rechter.

Overigens zijn er veel auteurs die zich goed in het arrest kunnen vinden, ook op staatsrechtelijke gronden.⁴⁹

3.48 Er valt dus uit te gaan van de criteria van het Arbeidskostenforfait-arrest. Bij de afweging aan de hand daarvan moet m.i. mede rekening worden gehouden met de politieke gevoeligheid van de oplossing van het rechtstekort (de verwijzing naar het rechtsgebied bij die criteria ziet denk ik mede op dit aspect). Anderzijds is ook duidelijk dat rekening valt te houden met de mate waarin rechtsbescherming geboden is. Ernstig onrecht vraagt eerder om ingrijpen dan een vrij onbetekenende verdragsschending. Zoals uit het arrest met zoveel woorden volgt, kan ook een rol spelen of de wetgever bekend is met het rechtstekort, maar treuzelt met ingrijpen. Omdat het, als gezegd, gaat om rechtsvinding en het arrest ook niet het laatste woord over deze kwestie is, kunnen uiteraard ook andere factoren een rol spelen.

Dat de wet duidelijk in andere zin luidt, zoals in deze zaak, behoeft geen beletsel te zijn om in het rechtstekort te voorzien, zoals al blijkt uit de eerste twee voorbeelden die hiervoor in 3.41 zijn genoemd. In dit verband valt opnieuw te verwijzen naar de hiervoor genoemde arresten HR 13 oktober 2017 en HR 24 december 2021 en het Binnenvaartschip-arrest uit 2018, waarin dit aan de orde was. Dit speelde ook opvallend in het SGP-arrest.⁵⁰ Staat en SGP deden hierin een beroep op de toenmalige Wet subsidiëring politieke partijen, bij de totstandkoming waarvan de wetgever uitdrukkelijk de aan de orde zijnde grondrechten had afgewogen en op grond daarvan had besloten om niet op te treden tegen het zogeheten vrouwenstandpunt van de SGP. De Hoge Raad oordeelde met voorbijgaan aan de uitdrukkelijke afweging van de wetgever anders dan eerder de Afdeling bestuursrechtspraak in de uitspraak die de Hoge Raad in rov. 4.6.2 van zijn arrest noemt dat de Staat desalniettemin gehouden was om tegen dat standpunt maatregelen te nemen, gelet op, kort gezegd, de ernst van de aan de orde zijnde discriminatie.

Bespreking oordeel hof

3.49 In het licht van het voorgaande lijkt het oordeel van het hof me zonder meer juist. Zoals hiervoor in 3.40 al opgemerkt, is er maar één manier om in het geconstateerde rechtstekort te voorzien, namelijk op de wijze waarop het hof dat heeft gedaan. Het gaat om een kwestie die in Aruba politiek gevoelig ligt en waarvan het op zichzelf bepaald voor de hand ligt dat de wetgever daarin voorziet. Het zou dus de voorkeur genieten dat de wetgever dat doet. Het gaat echter óók om een zeer ernstige vorm van discriminatie, namelijk naar seksuele oriëntatie, als gevolg waarvan een belangrijk deel van de bevolking categorisch wordt uitgesloten van het huwelijk. Discriminatie naar seksuele oriëntatie komt op hetzelfde neer als discriminatie naar geslacht, ras en religie. Het gaat dus om een ernstige vorm van discriminatie. Het hof stelt in rov. 2.63 tweede zin vast dat het rechtstekort al geruime tijd bestaat, terwijl ten tijde van zijn vonnis de wetgever geen plannen had om daarin te voorzien (zie hiervoor in 2.1 onder (vi)). Voorts bleek hiervoor dat geen sprake is van een zodanige maatschappelijke weerstand dat de rechter daarin aanleiding zou moeten zien om van ingrijpen af te zien (zie hiervoor in 3.31-3.36). De rechter móét dus wel ingrijpen, gelet op zijn in beginsel bestaande constitutionele plicht daartoe, ook als hij dat liever gelet op de bestaande staatsrechtelijke verhoudingen aan de wetgever zou overlaten. De tekst van de wet (art. 1:31 lid 1 BW Aruba) lijkt zich op het eerste gezicht tegen de

uitleg van het hof te verzetten, maar dat behoeft geen beletsel voor die uitleg te zijn, gelet op het bestaande rechtstekort. Zoals hiervoor bleek, heeft de Hoge Raad zich in het verleden wel vaker van een (duidelijke) wettekst losgemaakt of zelf geheel nieuw recht gevormd als daartoe vanuit een oogpunt van dringende rechtsbescherming de noodzaak bestond. Bovendien verplicht art. 1.22 Staatsregeling van Aruba in elk geval tot het buiten toepassing laten van de wet (tekst) voor zover deze in strijd komt met art. 1.1 Staatsregeling van Aruba en is er dus sprake van het voorzien in de daardoor ontstane wettelijke leemte. Waar de wet niet geldt, kan ook geen sprake zijn van een contra legem toepassing of uitleg.

Gegeven een en ander lijkt me een andere afweging dan die welke het hof heeft gemaakt, niet goed mogelijk.

Bespreking middel

3.50 Daarmee kom ik toe aan de bespreking van het middel. Onderdeel 1 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 2.61 dat het niet buiten de rechtsvormende taak van de rechter ligt om het huwelijk open te stellen voor paren van hetzelfde geslacht. Volgens het onderdeel geeft dit oordeel in verschillende opzichten blijk van een onjuiste opvatting van die taak.

Subonderdeel 1.1 klaagt onder verwijzing naar het Arbeidskostenforfait-arrest dat het hof ten onrechte heeft nagelaten zich expliciet rekenschap te geven van zijn verhouding tot de wetgever door niet met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee fundamentele belangen tegen elkaar af te wegen, te weten enerzijds het belang dat aan de belanghebbende in kwestie direct een effectieve rechtsbescherming kan worden geboden en anderzijds het belang dat de rechter in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen een terughoudende opstelling past. Een dergelijke essentiële belangenafweging kan volgens het onderdeel niet in de bestreden overweging worden gevonden, zodat het hof zijn oordeel in ieder geval ontoereikend heeft gemotiveerd.

3.51 Dit subonderdeel komt erop neer dat het hof de criteria van het Arbeidskostenforfait-arrest niet heeft toegepast. Het faalt reeds omdat de afweging waar het daarbij om gaat, onmiskenbaar in de overwegingen van het hof ligt besloten getuige onder meer zijn verwijzing naar de op haar plaats zijnde rechterlijke terughoudendheid in rov. 2.36 en naar het feit dat het rechtstekort al geruime tijd bestaat in rov. 2.61 en omdat het hof, als gezegd, tot het juiste oordeel is gekomen (zie hiervoor in 3.49). Overigens ziet het subonderdeel eraan voorbij dat het een zuiver rechtsoordeel bestrijdt, dat een zuiver rechtsoordeel naar zijn aard niet gemotiveerd behoeft te worden en dat een dergelijk oordeel dus niet met een motiveringsklacht in cassatie kan worden bestreden.⁵¹

3.52 Subonderdeel 1.2 voert aan dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de wijze waarop het huwelijk moet worden opengesteld voor paren van gelijk geslacht technisch ongecompliceerd en niet afhankelijk is van verder te maken keuzes van politieke aard. Volgens het subonderdeel miskent het hof dat de beoordeling van het vraagstuk van de uitbreiding van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht nu juist bij uitstek sterk afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid en van politieke keuzes, die primair aan de wetgever zijn voorbehouden. Daarbij heeft de rechter niet tot taak de waarde van het maatschappelijke debat omtrent de daarbij betrokken belangen naar eigen inzicht vast te stellen, laat staan zijn eigen belangenafweging voor die van de wetgevende macht in de plaats te stellen, zoals het hof doet in de rov. 2.46-2.58 en 2.61 van het bestreden vonnis, aldus het subonderdeel.

Subonderdeel 1.3 klaagt dat het hof voorts het primaat van de wetgever heeft miskend in deze zaak, althans dat het hof ten onrechte geen blijk heeft gegeven van de in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen geboden terughoudendheid (*judicial restraint*). De rechter kan volgens het subonderdeel immers alleen dan in het door hem geconstateerde rechtstekort voorzien, indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. Deze duidelijkheid doet zich in de onderhavige situatie volgens het subonderdeel niet voor. Het vraagstuk van de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht is immers, anders dan het hof aanneemt, geen technische kwestie, maar een vraagstuk van maatschappelijke aard, waarbij verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid en van rechtspolitieke aard. In deze situatie is aangewezen dat de rechter die keuze voorsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in de gegeven staatsrechtelijke

verhoudingen geboden terughoudendheid als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied, aldus het subonderdeel.

Subonderdeel 1.4 voert aan dat het oordeel van het hof bovendien onbegrijpelijk is gemotiveerd, omdat de overweging dat het om een technisch niet gecompliceerde ingreep gaat, die niet afhankelijk is van verder te maken politieke keuzes, moeilijk is te rijmen met de erkenning van het hof in rov. 2.74 van het vonnis dat het in deze gaat om een maatschappelijk zeer belangrijke en omstreden kwestie.

3.53 Deze subonderdelen nemen alle tot uitgangspunt dat voor het voorzien in het rechtstekort dat het huwelijk in Aruba niet openstaat voor paren van hetzelfde geslacht, meerdere oplossingen denkbaar zijn en er dus een (politieke) keuze te maken valt. Dat valt echter niet in te zien. Het hof heeft als gezegd geoordeeld dat het niet-openstaan van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht een verboden discriminatie oplevert, welk oordeel het middel, zoals eveneens al gezegd, niet bestrijdt. Zoals hiervoor in 3.40 opgemerkt, is er redelijkerwijs geen andere manier om in dit tekort te voorzien dan door het huwelijk ook open te stellen voor die paren. Dat is een wijziging die inderdaad, zoals het hof overweegt, technisch niet gecompliceerd is, doordat zij eenvoudig kan worden gerealiseerd door de verbeterde lezing van de art. 1:31 lid 1 en 1:33 BW Aruba die het hof geboden oordeelt. Er valt dus geen keuze te maken; er is maar één oplossing.

Dat het gaat om een maatschappelijk zeer belangrijke en omstreden kwestie, zoals het hof in rov. 2.74 overweegt en subonderdeel 1.4 aanhaalt, maakt het voorgaande uiteraard niet anders, laat staan het oordeel van het hof innerlijk tegenstrijdig, zoals dat subonderdeel wil. Ook is er geen sprake van dat het hof hierbij de waarde van het maatschappelijke debat omtrent de daarbij betrokken belangen naar eigen inzicht heeft vastgesteld, zoals subonderdeel 1.2 meent.⁵² Zoals hiervoor in 3.48 en 3.49 opgemerkt, levert het feit dat het om een maatschappelijk zeer belangrijke en omstreden kwestie gaat wel een argument op om van rechterlijk ingrijpen af te zien, maar behoeft de rechter zich in dit geval niet op grond van dat argument van dat ingrijpen te laten weerhouden nu het gaat om een zeer ernstige vorm van discriminatie.

De subonderdelen falen dus.

3.54 Subonderdeel 1.5 betoogt dat het hof in de bestreden overweging ten onrechte slechts naar de Nederlandse maatschappelijke opvattingen en naar de Nederlandse Wet openstelling huwelijk van 21 december 2000 heeft verwezen, maar geen rekening heeft gehouden met de maatschappelijke opvattingen in de Arubaanse samenleving waarin de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht mogelijk meer omstreden is dan in Nederland. Het hof heeft volgens het subonderdeel miskend dat het rekening had te houden met fundamenteel verschillende maatschappelijke opvattingen hieromtrent tussen de verschillende onderdelen van het Koninkrijk (het subonderdeel verwijst hier naar het hiervoor in 3.27 genoemde arrest van de Hoge Raad van 13 april 2007), dan wel dat het met het oog op die mogelijkheid geboden was het debat daarover in de Arubaanse Staten af te wachten en in afwachting daarvan zelf de nodige terughoudendheid te betrachten zoals het hof wel betracht ten aanzien van de openstelling van adoptie voor paren van gelijk geslacht (rov. 2.65). Het oordeel van het hof is ook in dit opzicht onbegrijpelijk of innerlijk tegenstrijdig gemotiveerd, nu niet valt in te zien waarom die terughoudendheid niet geboden is voor de kwestie van de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht.

Subonderdeel 1.6 klaagt dat het bestreden oordeel tevens in zoverre onjuist is dat het hof zijn rechtsvormende taak ten onrechte instrumenteel inzet om Europese en Nederlandse maatschappelijke opvattingen te realiseren in Aruba met voorbijgaan aan de maatschappelijke opvattingen in de Arubaanse samenleving. Deze wijze van instrumentalisering van het burgerlijk procesrecht is volgens het subonderdeel niet te verenigen met een juiste toepassing van het in art. 39 van het Statuut van het Koninkrijk verankerde concordantiebeginsel. Dat beginsel brengt volgens het subonderdeel niet zonder meer mee dat ontwikkelingen die zich in de Europese en Nederlandse rechtspraak voordoen in de Caribische en/of Arubaanse rechtspraak dienen door te werken, onder meer niet indien de eerstbedoelde ontwikkelingen worden bepaald of beïnvloed door Europese regelgeving of rechtspraak. Er bestaat met name dan aanleiding niet overeenkomstig dat beginsel te beslissen indien sprake is van een duidelijk verschil in maatschappelijke opvattingen of de wetgever van het betrokken land een welbewuste keuze heeft gemaakt voor een afwijkend regime. Het hof heeft volgens het subonderdeel miskend dat het concordantiebeginsel wel met zich brengt dat, naar de Hoge Raad heeft overwogen in

het arrest van 13 april 2007, waar in een of meer delen van het Koninkrijk fundamenteel verschillende maatschappelijke opvattingen heersen aangaande een bepaald onderdeel van het recht, zoals ten aanzien van de vraag of personen van hetzelfde geslacht met elkaar kunnen huwen, de verschillende delen van het Koninkrijk bevoegd blijven dat onderdeel van het recht in verschillende zin in hun wetgeving te regelen. Nu de Arubaanse wetgever een welbewuste keuze heeft gemaakt voor een ten opzichte van Nederland afwijkend wettelijk regime door sinds 1 september 2021 het geregistreerd partnerschap voor paren van verschillend en gelijk geslacht te erkennen en welbewust niet heeft gekozen voor openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht, getuigt de gewraakte instrumentalisering door het hof van een verkeerde toepassing van het concordantiebeginsel, aldus het subonderdeel.

3.55 Zoals hiervoor in 3.33 aangestipt, ligt in het oordeel van het hof onmiskenbaar besloten dat het ervan is uitgegaan dat aan de bestaande maatschappelijke opvattingen in Aruba, anders dan ten tijde van het arrest van de Hoge Raad van 2007, geen rechtvaardiging meer kan worden ontleend voor een andere behandeling van paren van hetzelfde geslacht. Dit blijkt ook uit rov. 2.65, waar het hof over de mogelijkheid van adoptie overweegt dat daarover in dit geding niet is gedebatteerd en dat de openstelling van adoptie voor paren van hetzelfde geslacht mogelijk te omstrede is in Aruba om daarover in dezelfde zin te beslissen als over de openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht. Overigens zou het oordeel van het hof anders ook niet te begrijpen zijn, mede in het licht van het arrest uit 2007, dat het hof met zoveel woorden aanhaalt en waarvan het dus onmiskenbaar kennis heeft genomen.

Een en ander betekent dat de klachten van de subonderdelen berusten op een onjuiste lezing van het oordeel van het hof en dus falen bij gebrek aan feitelijke grondslag in het vonnis van het hof. Naar aanleiding van subonderdeel 1.5 kan nog worden opgemerkt dat het hof als gezegd heeft vastgesteld dat het rechtstekort geruime tijd bestaat, waarmee het mede tot uitdrukking heeft gebracht dat geen grond voor de rechter bestaat om nog te wachten om ingrijpen.⁵³ Over subonderdeel 1.6 kan nog worden opgemerkt dat, zoals hiervoor in 3.53 opgemerkt, de Arubaanse wetgever niet heeft kunnen volstaan met de openstelling van het geregistreerd partnerschap, nu de niet-openstelling van het huwelijk naar het recht van Aruba discriminatie oplevert, die art. 1.1 van de Staatsregeling verbiedt.

3.56 Subonderdeel 1.7 voert aan dat het hof heeft miskend dat een volwaardige wettelijke openstelling van het huwelijk voor de Arubaanse samenleving technisch wel degelijk gecompliceerd is, dan wel een veelomvattender wetstechnische operatie vereist dan het hof heeft veronderstelt, waarbij niet alleen aanpassing van de in de rov. 2.69-2.71 genoemde art. 1:31 lid 1 en 1:33 BW Aruba nodig is, maar ook een aanpassing van andere delen van het BW Aruba, alsmede van verschillende landsverordeningen en uitvoeringsregelingen ten aanzien van de burgerlijk stand (zoals nader is uitgewerkt in subonderdeel 2.3 van het middel). Voor een dergelijke ingrijpende en complexe operatie is volgens het subonderdeel niet de rechter maar de wetgever bevoegd en geëquipeerd. Het hof heeft zijn eigen beperkte mogelijkheden op dit gebied miskend, dan wel uit het oog verloren dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om deze operatie zelf ter hand te nemen. Het is immers aan de wetgever om te beslissen of een dergelijke ingrijpende wetswijziging als hier aan de orde gerechtvaardigd is en, zo ja, op welke wijze deze dan vorm dient te krijgen, aldus het subonderdeel.

3.57 Dit subonderdeel is ongegrond. Om in het rechtstekort te voorzien dat bestaat in het niet-openstaan van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht, volstaat de verbeterde lezing van de art. 1:31 lid 1 en 1:33 BW Aruba die het hof heeft gevolgd. Uiteraard zullen gehuwde paren van hetzelfde geslacht hetzelfde moeten worden behandeld als gehuwde paren van verschillend geslacht. Daarvoor behoeft echter net zo min per se de wet te worden gewijzigd als voor de openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht, hoewel die wetswijzigingen natuurlijk wel zeer wenselijk zijn. Het discriminatieverbod van art. 1.1 Staatsregeling brengt die gelijke behandeling immers ook mee in het geval die (nog) niet bij wet tot stand is gebracht. Gelet op de toetsingsbevoegdheid van de rechter van art. 1.22 Staatsregeling kan en moet de rechter ook in dat verband rechtsbescherming bieden als het gaat om een regeling bij wet in formele zin (dus een landsverordening) en zal die rechtsbescherming in de regel evenmin de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan (omdat er veelal slechts één oplossing denkbaar is redelijkerwijs). Dat ook andere wettelijke regelingen moeten worden aangepast,

zoals het subonderdeel aanvoert, doet dus niet aan de beslissing van het hof af. In het midden kan blijven ten aanzien van welke voorschriften het voorgaande geldt en welke voorschriften als zodanig los staan van de mogelijkheid om een huwelijk aan te gaan met een persoon van hetzelfde geslacht, zoals geldt voor de voorschriften met betrekking tot afstamming, waarop het hof terecht wijst in rov. 2.51 en 2.61. De in subonderdeel 2.3 genoemde voorbeelden kunnen daarom verder onbesproken blijven.

3.58 Onderdeel 2 keert zich als gezegd tegen rov. 2.69-2.71. Subonderdeel 2.1 bevat een voortbouwklacht en behoeft derhalve geen bespreking.

Subonderdeel 2.2 voert aan dat de wijze waarop het hof in het vermeende rechtstekort meent te kunnen voorzien door een aanpassing van de genoemde wetsartikelen in rov. 2.69-2.71 tevens in zoverre onjuist is, dat de rechterlijke invulling van het tekort verder gaat dan art. 1.22 Staatsregeling van Aruba toelaat, te weten het buiten toepassing laten van een wet in formele zin in een individueel geval. Het hof vult dat rechtstekort immers aan door een generieke buiten toepassing verklaring van de betreffende wettelijke bepalingen voor een bepaald type gevallen. Dit gaat de in art. 1.22 Staatsregeling van Aruba besloten liggende beperking duidelijk te buiten.

3.59 Dit subonderdeel faalt omdat het uitgaat van een onjuiste opvatting van de taak van de rechter als hij bij de toepassing van art. 1.22 van de Staatsregeling van Aruba strijd met de Staatsregeling constateert. Zoals hiervoor bleek, dient hij in dat geval niet alleen de strijdige bepaling buiten toepassing te laten, maar ook in het rechtstekort te voorzien overeenkomstig het in de Staatsregeling bepaalde, voor zover dat de rechtsvormende taak van de rechter niet te buiten gaat (zie hiervoor in 3.24-3.25 en 3.41-3.48). In dit geval is dat dus dat de discriminatie wordt opgeheven. Daarbij maakt het uiteraard geen verschil of de strijd enkel een individueel geval betreft of een reeks van gevallen, zoals in deze zaak aan de orde is en in de zaak van bijvoorbeeld het Arbeidskostenforfait-arrest aan de orde was.

3.60 Subonderdeel 2.3 klaagt dat het oordeel van het hof dat volstaan kan worden met een aanpassing van de art. 1:31 lid 1 en 1:33 BW Aruba zoals in onderdeel 1.7 al aangegeven tevens in zoverre onjuist is dat voor de volwaardige openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht in Aruba een veelomvattender en meer complexe wettelijke ingreep is vereist dan het hof heeft verondersteld. Daartoe is ook een aanpassing van andere delen van het BW Aruba vereist, alsmede van verschillende landsverordeningen en uitvoeringsregelingen ten aanzien van de burgerlijk stand. In een uitvoerige toelichting in het subonderdeel voert het Land aan dat sommige landsverordeningen in verband met een sekseneutrale uitdrukking van het huwelijk moeten worden aangepast en dat in het BW Aruba aanvullende wijzigingen moeten worden aangebracht, zonder welke bepaalde handelingen niet kunnen worden verricht door bijvoorbeeld de ambtenaar van de burgerlijke stand, zoals het omzetten van een geregistreerd partnerschap in een huwelijk en het opnemen van latere vermeldingen van de omzetting in het register van huwelijken respectievelijk geregistreerde partnerschappen. Deze toelichting is nader uitgewerkt met een opsomming van bepalingen uit het BW Aruba, de Kiesverordening en andere Landsverordeningen, op het gebied van (i) voorzieningen gewezen politieke ambtsdragers en hun nabestaanden, (ii) inkomstenbelasting, (iii) toelating en uitzetting, (iv) kosteloze rechtskundige bijstand, (v) maatschappelijke zorg, (vi) ongevallenverzekering en (vii) algemene ouderdomsverzekering.

3.61 Dit subonderdeel faalt om dezelfde redenen als subonderdeel 1.7, welke redenen hiervoor in 3.57 zijn vermeld.

Slotsom en slotopmerking

3.62 Uit het voorgaande volgt dat het middel faalt en dat het beroep dus moet worden verworpen.

3.63 Zoals hiervoor bleek, heeft Aruba uitdrukkelijk ervoor gekozen om constitutionele toetsing door de rechter aan onder meer het discriminatieverbod mogelijk te maken. Daarmee loopt Aruba duidelijk op Nederland voor.⁵⁴ Gedachte bij de invoering van die toetsing is wel geweest dat de rechter deze terughoudend uitvoert, zoals hem past bij (ook) de staatsrechtelijke verhoudingen in Aruba (zie met name hiervoor in 3.23). De hiervoor vermelde uitkomst van die rechterlijke toetsing in deze zaak blijft (ruim) binnen die terughoudendheid, gelet op het voorgaande. Er is immers sprake van een ernstige vorm van ongelijke behandeling, waarvoor sinds enige tijd geen rechtvaardiging bestaat en het

rechtstekort laat zich redelijkerwijs maar op één manier opheffen. Het Land heeft de gevolgen van een en ander te aanvaarden, als een consequentie van de uitdrukkelijk bij de Staatsregeling mogelijk gemaakte toetsing. In de toelichting op de Staatsregeling van Aruba is ten aanzien daarvan opgemerkt dat het gegeven dat de rechter aldus bij politieke strijdvragen kan worden betrokken, van wezenlijk minder belang is dan de rechtsstaatgedachte, waarbij *iedere* burger zijn rechten ook tegenover de overheid kan afdwingen (zie hiervoor in 3.22).

4 Bespreking van het cassatiemiddel in het voorwaardelijk incidenteel beroep

- 4.1 Het incidentele cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat een of meer van de in het principaal cassatieberoep aangevoerde klachten slagen. Gelet op het voorgaande is aan deze voorwaarde niet voldaan. Het incidentele cassatieberoep behoeft dus geen behandeling. Volledigheidshalve merk ik over de klachten van het middel in dat beroep dat twee onderdelen bevat nog kort het volgende op.
- 4.2 Onderdeel 1 klaagt dat het hof in rov. 2.5 ten onrechte heeft geoordeeld dat het concordantiebeginsel van art. 39 lid 1 van het Statuut niet meebrengt dat het huwelijk in Aruba moet worden opengesteld voor paren van gelijk geslacht. Het onderdeel doet mede een beroep op art. 43 lid 2 Statuut, dat het hof volgens het onderdeel ambtshalve had moeten toepassen. Het onderdeel voert aan dat paren van hetzelfde geslacht recht hebben om op gelijke voet als paren van verschillend geslacht een burgerlijk huwelijk aan te gaan. Dat is geen politieke keuze meer, maar een fundamenteel en onvervreemdbaar recht, aldus het onderdeel. Als dergelijke fundamentele rechten in het geding zijn, is concordantie geboden en is de mogelijkheid voor afwijking voor de landen uiterst beperkt, aldus het onderdeel.
- 4.3 Het onderdeel faalt. Het neemt impliciet tot uitgangspunt dat de niet-openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht een verboden discriminatie is in Aruba wat zoals hiervoor bleek niet in geschil is én dat de rechter in dit rechtstekort kan voorzien (anders heeft de klacht van het onderdeel immers geen zin). Als aan dit uitgangspunt is voldaan, kan echter het principale cassatieberoep waarvan als gezegd de inzet juist is dat de rechter niet in dat tekort kan voorzien niet tot cassatie leiden en wordt dus niet aan de behandeling van het onderdeel toegekomen, nu het middel is voorgesteld onder de voorwaarde dat het principale beroep slaagt.
- Overigens brengt het concordantiebeginsel, zoals het hof terecht heeft geoordeeld, geenszins mee dat het recht in de landen van het Koninkrijk hetzelfde moet zijn.⁵⁵ Een verschil in maatschappelijk opvattingen kan een uitzondering rechtvaardigen op het streven van art. 39 lid 1 Statuut.⁵⁶ Het ingeroepen art. 43 lid 2 Statuut brengt ook niet zonder meer een gehoudenheid tot ingrijpen mee voor de Koninkrijksorganen.⁵⁷
- 4.4 Onderdeel 2 keert zich tegen de afwijzing door het hof van de gevorderde verklaring voor recht dat het Land onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof heeft die afwijzing in rov. 2.72 gemotiveerd met de oordelen (i) dat niet duidelijk is welk belang Fundacion c.s. bij die verklaring hebben en (ii) dat het Land tijd gegund diende te worden om zijn wetgeving aan te passen (waarvoor het hof verwijst naar het oordeel van het EHRM in de hiervoor in 3.10 aangehaalde uitspraak Schalk en Kopf/Oostenrijk uit 2010, waarin het EHRM aldus oordeelt ten aanzien van Oostenrijk). Het onderdeel klaagt dat oordeel (i) miskent dat als in het principaal cassatieberoep wordt geoordeeld dat het voorzien in het rechtstekort de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat, Fundacion c.s. wel belang bij de verklaring voor recht hebben. Oordeel (ii) van het hof miskent volgens het onderdeel dat de wetgeving discriminatoir is en dat het hof zelf vaststelt dat het rechtstekort al geruime tijd bestaat. Het Land handelt dus al geruime tijd onrechtmatig, aldus het onderdeel.
- 4.5 Ook dit onderdeel is ongegrond. De klacht van het onderdeel tegen oordeel (i) van het hof faalt bij gebrek aan belang. Het oordeel van het hof dat Fundacion c.s. geen belang hebben bij de verklaring voor recht dat het Land onrechtmatig heeft gehandeld, berust kennelijk op de vaststellingen dat het Fundacion c.s. in deze procedure is te doen om de openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht en dat dit doel met de uitspraak van het hof is bereikt (het hof verwijst in rov. 2.72 voor oordeel (i) naar het voorgaande). Ook het middel gaat kennelijk hiervan uit. Dat betekent dat, als het principale cassatieberoep van het Land slaagt, na verwijzing opnieuw over de toewijsbaarheid van de verklaring voor recht dat het Land onrechtmatig heeft gehandeld, moet worden beslist, nu de

afwijzing van die verklaring berust op de toewijzing van de vorderingen die betrekking hebben op de openstelling van huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht. Voor dit gevolg dat opnieuw over die verklaring moet worden beslist is een cassatieklacht van Fundacion c.s. dus niet nodig.

4.6 De klacht van het onderdeel tegen oordeel (ii) van het hof ziet eraan voorbij dat de niet-openstelling van huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht in het verleden niet discriminatoir was (zie hiervoor in 3.5, 3.27 en 3.28). Daarvan uitgaande heeft het hof terecht geoordeeld dat er eerst een periode is geweest waarin het Land zelf de mogelijkheid had om haar wetgeving aan te passen (zoals het EHRM ook heeft geoordeeld in de door het hof genoemde uitspraak Schalk en Kopf/Oostenrijk) en dat pas na verloop van tijd het niet openstellen van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht door het Land onrechtmatig is. Het hof spreekt hier in navolging van het EHRM van een gebied van one of evolving rights with no established consensus. Hoewel het hof vaststelt dat het rechtstekort in Aruba al geruime tijd bestaat (rov. 2.63 tweede zin), is het klaarblijkelijk van oordeel dat van onrechtmatigheid (dus: het niet-aanpassen van de wetgeving) nog niet zo lang sprake is.

Slotsom

4.7 Ook het middel in het incidenteel cassatieberoep is dus ongegrond.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep. Het incidenteel cassatieberoep behoeft geen bespreking, omdat de voorwaarde waaronder dat beroep is ingesteld, niet is vervuld.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹ Wet van 21 december 2000, Stb. 2001, 9, in werking getreden op 1 april 2001 krachtens besluit van 20 maart 2001, Stb. 2001, 145.

² Daarover is wellicht twijfel mogelijk, omdat de middelen daarover niet expliciet zijn en met name het middel van Curaçao niet steeds even duidelijk is geformuleerd. Daarom heb ik zekerheidshalve bij het pleidooi in cassatie de cassatieadvocaten van beide Landen uitdrukkelijk de vraag voorgelegd of oordeel (i) wordt bestreden door de Landen. Beiden hebben hierop uitdrukkelijk geantwoord dat dit (inderdaad) niet het geval is.

³ Vgl. voor de vaststaande feiten rov. 2.1-2.5 van het vonnis van het gerecht in eerste aanleg en rov. 2.1 van het vonnis van het hof.

⁴ Zie voor de (uiteindelijk) ingestelde vorderingen rov. 1.4 van het vonnis van het hof.

⁵ Gerecht in eerste aanleg Aruba 27 mei 2020, ECLI:NL:OGCAA:2020:239.

⁶ Gemeenschappelijk Hof van Justitie 6 december 2022, ECLI:NL:OGHACMB:2022:135. Het dictum van het vonnis is hersteld bij vonnissen van het hof van 13 december 2022, ECLI:NL:OGHACMB:2022:163, en 16 december 2022, ECLI:NL:OGHACMB:2022:162. In deze conclusie wordt alleen het dictum weergegeven zoals dat na beide wijzigingen luidt.

⁷ De procesinleiding is op 6 maart 2023 bij de Hoge Raad ingediend.

⁸ Dergelijke klachten zijn niet nodig. De Hoge Raad behoeft ze (dan) ook niet te behandelen. Zie mijn conclusie in zaak 21/04365, ECLI:NL:PHR:2022:842, onder 3.22, met verdere verwijzingen.

⁹ Zie (onder meer?) HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0424, NJ 2005/117, HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216, NJ 2015/447 en HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1206. Vgl. ook bijv. G.

Snijders, Overheidsprivaatrecht algemeen deel (Mon. BW nr. A26a) 2011/21b.

¹⁰ Zie nader Arjen van Rijn, Handboek Caribisch staatsrecht, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 264. Zie ook p. 735-736.

¹¹ Zie voor een goed overzicht van de rechtspraak van het EHRM de op zijn website gepubliceerde Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights, Rights of LGBTI persons (bijgewerkt tot en met 31 augustus 2022), p. 25-27, en de eveneens op die website gepubliceerde Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights, Right to marry (bijgewerkt tot en met 28 februari 2023), p. 10-11.

¹² EHRM 17 oktober 1986, NJ 1987/945, m.nt. E.A. Alkema. In het door het hof in rov. 2.3 aangehaalde HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, NJ 1992/129, verwijst de Hoge Raad naar deze uitspraak voor het oordeel dat art. 12 EVRM niet ziet op een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht. In EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, EHRC 2010/92 (Schalk en Kopf/Oostenrijk), rov. 50 (aangehaald door het hof in rov. 2.12), zegt het EHRM dat het zich nog niet eerder over de kwestie zou hebben uitgelaten, maar vervolgt het dat zijn lijn die neerkomt op hetgeen in de tekst is vermeld wel volgt uit eerdere (door hem in rov. 51-53) genoemde rechtspraak.

¹³ EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, EHRC 2010/92 (Schalk en Kopf/Oostenrijk).

¹⁴ EHRM 21 juli 2015, nrs. 18766/11 en 36030/11 (Oliari e.a./Italië).

¹⁵ Vgl. Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights, Rights of LGBTI persons (bijgewerkt tot en met 31 augustus 2022), p. 25-26, onder 73-77.

¹⁶ Zie Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights, Rights of LGBTI persons (bijgewerkt tot en met 31 augustus 2022), p. 26-27, onder 78-80, en Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights, Right to marry (bijgewerkt tot en met 28 februari 2023), p. 10-11, onder 31 en 32.

¹⁷ EHRM 17 januari 2023, nrs. 40792/10, 30538/14 en 43439/14 (Fedotova e.a./Rusland).

¹⁸ Zie Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention (bijgewerkt tot en met 31 augustus 2023), p. 49-50, met vermelding van rechtspraak.

¹⁹ Zie o.m. EHRM 17 januari 2023, nrs. 40792/10, 30538/14 en 43439/14 (Fedotova e.a./Rusland), rov. 167.

²⁰ EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk).

²¹ HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, NJ 1992/129, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten.

²² Afkondigingsblad Curaçao 2010, no. 86.

²³ Memorie van toelichting bij de Eilandsverordening van 9 augustus 1985 tot vaststelling van de ontwerp-Staatsregeling van Aruba (AB. 1985 no. 26), algemeen, onder 6.

²⁴ Vergelijk de analyse van de wetsgeschiedenis bij J.C. de Wit, Artikel 94 Grondwet toegepast. Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden vinden geen toepassing in artikel 94 van de Grondwet, Boom Juridische uitgevers 2012, p. 20-32. Zie ook J.W.A. Fleuren, Een ieder verbindende bepalingen van verdragen (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, paragraaf VI.4, p. 349 e.v.

²⁵ Zie voor een basale beschrijving Fleuren, T&C Grondwet en Statuut, commentaar op art. 94 Gw, aant. 5, eerste zin (actueel t/m 01-03-2023), en commentaar op art. 93, aant. 6, onder het kopje Volkenrechtsconforme uitleg en toepassing van nationaal recht (actueel t/m 01-03-2023), met vermelding van rechtspraak van de Hoge Raad, die ten dele hierna wordt aangehaald. Zie voorts zeer uitvoerig met bespreking van (mede die) rechtspraak de in de vorige voetnoot aangehaalde proefschriften van J.C. de Wit en J.W.A. Fleuren, t.a.p., en J. Uzman, Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abtineren en de dialoog tussen rechter en wetgever, Deventer: Kluwer 2013, hoofdstuk 3, p. 49 e.v.

²⁶ Zie haar in de vorige voetnoten genoemde proefschrift, p. 213-214 en 300 e.v. Hetzelfde beeld rijst op uit de in de vorige voetnoten genoemde proefschriften van Fleuren en Uzman t.a.p.

²⁷ Memorie van toelichting bij de Eilandsverordening van 9 augustus 1985 tot vaststelling van de ontwerp-Staatsregeling van Aruba (AB. 1985 no. 26).

- ²⁸ Waarbij ik terzijde nog aanstip dat de wetgever bij de beoordeling of sprake is van een voldoende rechtvaardiging voor een bij wet te maken onderscheid, een zekere beoordelingsvrijheid toekomt. Zie o.m. HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (Arbeidskostenforfait), rov. 3.3, en HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216, NJ 2015/447, m.nt. E. Verhulp (minimumloon voor 13- en 14-jarigen?), rov. 3.3, laatste alinea. Zie voorts G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (Mon. BW nr. A26a) 2011/15d, met vermelding van meer gegevens.
- ²⁹ HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6095, NJ 2014/50, rov. 3.3.2-3.3.4.
- ³⁰ Terzijde vermeld ik dat het binnen het Koninkrijk geldende interregionale privaatrecht een afgeleide is van het (commune) internationale privaatrecht dat in de landen geldt (dus: met dat recht overeenkomt). Op dat interregionale privaatrecht maakt het arrest op de genoemde punten dus een uitzondering.
- ³¹ De beschikkingen verwoorden dit enigszins anders, maar komen op de keper beschouwd daarop neer, zoals in de literatuur vaak is gesignaleerd. Zie bijvoorbeeld al de noot van Alkema onder de beschikkingen in de NJ.
- ³² HR 21 maart 1986, NJ 1986/585-588, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten.
- ³³ HR 8 april 1988, NJ 1989/170, m.nt. E.A.A. Luijten, rov. 3.3.
- ³⁴ HR 16 november 1990, NJ 1992/107.
- ³⁵ Zie voor meer voorbeelden de hiervoor in 3.25 aangehaalde literatuur.
- ³⁶ Zie voor een reeks van oudere voorbeelden J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, subparagraaf VI.4.2, p. 351 e.v.
- ³⁷ HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2614, NJ 2018/43, m.nt. S.F.M. Wortmann. Zie van de belastingkamer met zoveel woorden HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, rov. 3.6.1, tweede alinea.
- ³⁸ HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (Arbeidskostenforfait).
- ³⁹ Dit zijn, wat betreft het eerste gedeelte van de zin, de bekende criteria van het Quint/Te Poel-arrest, HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, NJ 1959/548, m.nt D.J. Veegens.
- ⁴⁰ In genoemd HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963 (Box 3 en art. 1 EP EVRM), rov. 3.6.1 en 3.6.2, verwijst de Hoge Raad naar deze gezichtspunten en het Arbeidskostenforfait-arrest en past hij die gezichtspunten toe.
- ⁴¹ Dit lijkt bijvoorbeeld te worden miskend door R. van der Hulle, *Naar een Nederlandse political question-doctrine?: een beschouwing over de rol van de rechter in politieke geschillen*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 266 e.v.
- ⁴² HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, NJ 2018/376, m.nt K.F. Haak (Binnenvaartschip), rov. 3.11.
- ⁴³ R.H. De Bock, NTBR 2023/35, afl. 8, p. 318-327, noemt daarvan in voetnoot 60 een aantal recente voorbeelden, namelijk de transitievergoeding bij slapende dienstverbanden (HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734) en de gedeeltelijke transitievergoeding (HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617). Voorts werpt De Bock hierbij de vraag op of het bewijsbeslagarrest (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans) en het Coronahuur-arrest (HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, NJ 2023/2, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper) hier ook in passen. Zie voorts I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht* (Monografieën BW nr. A3), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nrs. 11 en 12, en R. Wibier, *De rechtsvormende taak van de rechter in het goederen- en insolventierecht*, AA20230939, beide met andere voorbeelden.
- ⁴⁴ Zie voor een en ander S.K. Martens, *De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter*, NJB 2000/14, p. 747-758, op p. 750-751.
- ⁴⁵ Zie het overzicht bij J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abtineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, Deventer: Kluwer 2013, p. 172-175. Vgl. ook R. van der Hulle, *Naar een Nederlandse political question-doctrine?: een beschouwing over de rol van de rechter in politieke geschillen*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 267.
- ⁴⁶ P.P.T. BovendEert, *Wetgever, rechter en rechtsvorming: partners in the business of law?*, RM Themis 2009, p. 151 meent dat de rechter die bevoegdheid niet heeft. Vgl. ook C.A.J.M. Kortmann, *De rechtsvormende*

taak van de Hoge Raad, Trema 2005/6, p. 251.

⁴⁷ Zie in deze zin ook o.m. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (Urgenda).

⁴⁸ Zie Kamerstukken II 20152016, 34517, nr. 3, p. 15-16.

⁴⁹ Zie Uzman t.a.p. Zie uit privaatrechtelijke hoek ook bijvoorbeeld I. Giesen, Rechtsvorming in het privaatrecht (Monografieën BW nr. A3), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 11, en R. de Graaff, 'Zestig jaar Quint/Te Poel: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht', NTBR 2019/2.

⁵⁰ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (SGP).

⁵¹ Vgl. Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/185.

⁵² Het subonderdeel refereert met deze zinssnede kennelijk aan de rechtspraak over de toetsing van lagere wetgeving aan algemene rechtsbeginselen waarbij het nodig is om de betrokken maatschappelijke belangen vast te stellen en af te wegen. Zie voor die rechtspraak bijvoorbeeld Snijders, Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel (Mon. BW nr. A26b) 2016/29d. Iets dergelijks speelt echter niet bij de hier aan de orde zijnde vraag hoe in het (vaststaande) rechtstekort moet worden voorzien. Overigens attendeer ik erop dat de Hoge Raad zich in het geval van genoemde toetsing bevoegd acht om, ondanks het in art. 99 RO en art. 419 lid 3 Rv bepaalde, zelf de relevante feiten vast te stellen. Zie de uitspraken vermeld bij Snijders t.a.p.

⁵³ Dat geldt dus ook voor het inmiddels na het vonnis van het hof in de Staten van Aruba ingediende initiatiefwetsvoorstel tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht dat de advocaat in cassatie van Aruba onder 13 van zijn pleitnota en 13 van zijn schriftelijke repliek noemt. Zie over dat voorstel bijvoorbeeld <https://antilliaansdagblad.com/aruba/26841-wetsvoorstel-homohuwelijk-bij-parlement-aruba>. Dit ontwerp wordt aangeduid in de stukken van de Staten aangeduid als de Landsverordening openstelling huwelijk en heeft het nummer 2022-2023-1000. Dit ontwerp is in begin van behandeling door de Staten.

⁵⁴ Recent heb ik de situatie in Nederland (wel toetsing aan internationale grondrechten, maar niet aan nationale grondrechten) ongerijmd genoemd. Zie mijn conclusie voor ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, welke is gepubliceerd als ECLI:NL:RVS:2022:1441, onder 5.3.

⁵⁵ De Hoge Raad heeft dat onder meer beslist in het hiervoor in 3.27 genoemde arrest uit 2007.

⁵⁶ Vgl. bijvoorbeeld BovendEert, T&C Grondwet en Statuut, commentaar op art. 39 Statuut voor het Koninkrijk.

⁵⁷ Zie onder 3.54 van mijn conclusie in zaak 23/00901.
