

# ECLI:NL:HR:2024:977

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	12-07-2024
Datum publicatie	12-07-2024
Zaaknummer	23/00868
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2023:1207
Rechtsgebieden	Personen- en familierecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Caribische zaak. Personen- en familierecht. Uitsluiting huwelijk tussen personen van gelijk geslacht in Aruba (art. 1:31 lid 1 en 1:33 BWA) in strijd met discriminatieverbod (art. I.1 Staatsregeling Aruba). Constitutionele toetsing o.g.v. art. I.22 Staatsregeling Aruba. Kon het hof zelf de discriminatie opheffen? Zie ook HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:978.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

**Nummer** 23/00868

**Datum** 12 juli 2024

ARREST

In de zaak van

HET LAND ARUBA,

zetelende in Aruba,

EISER tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,

hierna: het Land,

advocaat: J.P. Heering,

tegen

1. DE STICHTING FUNDACION ORGUYO ARUBA,

gevestigd in Aruba,

hierna: Fundacion,

2. [verweerster 2],

wonende in [woonplaats],

hierna: [verweerster 2],

3. [verweerster 3],

wonende in [woonplaats],

hierna: [verweerster 3],

VERWEERSTERS in cassatie, eiseressen in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,

hierna gezamenlijk: Fundacion c.s.,

advocaat: F.E. Vermeulen.

## **1 Procesverloop**

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak AUA201903181 van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba van 27 mei 2020;

b. het vonnis in de zaak AUA2020H00099 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 6 december 2022, hersteld bij vonnissen van dat hof van 13 december 2022 en 16 december 2022.

Het Land heeft tegen de vonnissen van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Fundacion c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen mondeling toegelicht door hun advocaten, en voor Fundacion c.s. mede door E.A.D.M.E.J. Wever en M.F. Murray. De zaak is voor partijen tevens schriftelijk toegelicht, voor het Land door haar advocaat en voor Fundacion c.s. door haar advocaat en door A.G. Colenbrander en D.F. den Blaauwen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G. Sniijders strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep. Het incidentele cassatieberoep behoeft volgens de Advocaat-Generaal geen bespreking, omdat de voorwaarde waaronder dat beroep is ingesteld, niet is vervuld.

De advocaat van het Land heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## **2 Uitgangspunten en feiten**

### *Inleiding*

2.1 Deze zaak gaat in cassatie over de vraag of het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om in Aruba het huwelijk open te stellen voor personen van gelijk geslacht. Op dit moment bepaalt art. 1:31 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek van Aruba (hierna: BWA) dat een huwelijk alleen wordt aangegaan tussen een man en een vrouw. Het hof heeft geoordeeld dat de uitsluiting van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht in strijd is met het discriminatieverbod dat is neergelegd in art. I.1 van de Staatsregeling van Aruba (hierna: Staatsregeling). Het hof heeft beslist dat, met ingang van

het onherroepelijk worden van zijn vonnis, ook twee personen van gelijk geslacht met elkaar kunnen huwen en dat de ambtenaar van de burgerlijke stand aan het aangaan van zodanig huwelijk moet meewerken. In cassatie bestrijdt het Land niet dat de uitsluiting van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht discriminatoir is als bedoeld in art. I.1 Staatsregeling. Wel betoogt het Land dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om deze discriminatie op te heffen.

Dezelfde kwestie is aan de orde in een zaak waarin het Land Curaçao partij is. Daarin wordt eveneens vandaag uitspraak gedaan.<sup>1</sup>

### *Feiten en procesverloop*

2.2 Fundacion is een stichting. In art. 2 van de statuten is haar doel 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.

[verweerster 2] en [verweerster 3] zijn beiden vrouw en hebben met elkaar een affectieve relatie.

2.3 Fundacion c.s. vorderen in deze procedure primair voor recht te verklaren (I) dat de zinsnede een man en een vrouw in art. 1:31 BWA en andere regelgeving die ervan uitgaat dat een huwelijk alleen kan worden aangegaan tussen een man en een vrouw, in strijd is met art. I.1 en/of art. I.16 Staatsregeling en/of art. 39 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden (hierna: Statuut) en/of art. 12 EVRM en/of art. 14 in verbinding met art. 8 EVRM en/of de art. 2, 23 en 26 IVBPR en (II) dat het Land daardoor onrechtmatig handelt, alsook voor recht te verklaren of te bepalen (III) dat art. 1:31 BWA, althans de zinsnede een man en een vrouw, op grond van art. 1.22 Staatsregeling geen toepassing vindt, met dien verstande dat die bepaling en alle regelgeving die met het huwelijk te maken heeft zodanig dient te worden toegepast dat twee personen, zij het een man met een vrouw, een man met een man of een vrouw met een vrouw, een huwelijk kunnen aangaan en (IV) dat het Land door middel van de ambtenaar van de burgerlijke stand gehouden is (kort gezegd) mee te werken aan een verzoek van [verweerster 2] en [verweerster 3] om hen voor de wet te laten huwen, althans datgene voor recht te verklaren of te bepalen dat recht doet aan de strekking en de bedoeling van dit verzoek. Althans vorderen Fundacion c.s. (V) het Land te bevelen om binnen zes maanden na betekening van het vonnis, althans een in goede justitie te bepalen termijn, een wetswijziging door te voeren inhoudende de openstelling van het huwelijk op gelijke voet als dat ook voor paren van verschillend geslacht geldt, althans het Land te bevelen zich te onthouden van het weigeren van de voltrekking en inschrijving van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht wanneer deze zich bij de burgerlijke stand melden om met elkaar te trouwen en aan de (rechtmatige) formele vereisten voldoen, althans het Land te bevelen om de onrechtmatigheid op te heffen.

Subsidiair hebben Fundacion c.s. vorderingen ingesteld die zijn gericht op de mogelijkheid een geregistreerd partnerschap aan te gaan. Na het vonnis in eerste aanleg is, met ingang van 1 september 2021, in Aruba een regeling voor het geregistreerd partnerschap voor zowel personen van verschillend geslacht als personen van gelijk geslacht ingevoerd. In cassatie zijn de daarop betrekking hebbende vorderingen niet meer aan de orde.

2.4 Het gerecht<sup>2</sup> heeft voor recht verklaard dat, zolang het huwelijk op grond van art. 1:31 lid 1 BWA niet kan worden aangegaan door paren van gelijk geslacht, het niet aanbieden van een alternatief zoals een geregistreerd partnerschap of andere rechtsfiguur dat 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.

2.5

Het hof<sup>3</sup> heeft het vonnis van het gerecht vernietigd. Het heeft voor recht verklaard dat 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 BWA wegens onverenigbaarheid met art. I.1 Staatsregeling geen toepassing vinden, voor zover door die toepassing het huwelijk tussen twee personen van gelijk geslacht zou worden uitgesloten. Het hof heeft 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. Tot slot 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 Over de grondslag van de vorderingen heeft het hof, samengevat, als volgt overwogen.

In de wetgeving van Aruba is het huwelijk gereserveerd voor personen van verschillend geslacht. Sinds 1 september 2021 bestaat het geregistreerd partnerschap voor zowel personen van verschillend geslacht als personen van gelijk geslacht. Er bestaat thans geen voornemen van de wetgever om het huwelijk open te stellen voor personen van gelijk geslacht. (rov. 2.1)

In Nederland is het huwelijk opengesteld voor personen van gelijk geslacht. Het concordantiebeginsel van art. 39 lid 1 Statuut brengt niet mee dat dit ook voor Aruba geldt. (rov. 2.5)

Toetsing aan de klassieke grondrechten van de Staatsregeling is sinds 1 januari 1986 toegestaan in art. I.22 Staatsregeling. (rov. 2.9)

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) volgt dat het EVRM lidstaten niet ertoe verplicht om het huwelijk open te stellen voor personen van gelijk geslacht. Art. 12 EVRM dat voor zover hier van belang bepaalt dat men and women ( ) have the right to marry verplicht de lidstaten volgens het EHRM niet ertoe het huwelijk open te stellen voor personen van gelijk geslacht. Ook de art. 8 en 14 EVRM, alsmede art. 1 Protocol nr. 12 EVRM, bevatten volgens het EHRM genoemde verplichting niet, gelet op art. 12 EVRM. Wel erkent het EHRM voor personen van gelijk 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. 2.10-2.22)

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 Staatsregeling verbiedt discriminatie. De Staatsregeling 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. (rov. 2.30-2.32)

Uit de scheiding der machten en het primaat van de wetgever (de wetgever toetst eveneens aan de Staatsregeling, zij het *ex ante* en *in abstracto*) vloeit echter wel een zekere door de rechter te betrachten terughoudendheid (*judicial restraint*) voort, ook al gaat het bij de constitutionele toetsing *in concreto* en *ex post* door de rechter ingevolge art. I.22 Staatsregeling om de praktische implementatie en toepassing van de formele wet in een individueel geval en kan deze toetsing niet leiden tot ongeldigverklaring van de formele wet maar enkel tot het buiten toepassing laten in dat individuele geval. De rechter heeft in het bijzonder terughoudendheid te betrachten waar het gaat om open en multi-interpretabele normen. De mate van terughoudendheid kan variëren, afhankelijk van de omstandigheden en de aard en onderwerp van het geschil. Met het uitgangspunt van gepaste rechterlijke terughoudendheid bij het toetsen van mede door de Staten vastgestelde landsverordeningen die daardoor een rechtstreekse democratische legitimatie hebben is verwant het beginsel van het vermoeden van grondwettigheid (*presumption of constitutionality*). Dat een landsverordening niet verenigbaar is met de Staatsregeling zal derhalve duidelijk moeten zijn aangetoond, wil de rechter tot de conclusie kunnen komen dat sprake is van onverenigbaarheid. (rov. 2.36)

Het huwelijk heeft een intrinsieke (symbolische en emotionele) waarde, die losstaat van zijn rechtsgevolgen en uitstijgt boven het samenlevingscontract en het geregistreerd partnerschap. Indien aan personen die met een ander van hetzelfde geslacht willen trouwen, het recht daarop wordt ontzegd, wordt hun daarmee het recht ontzegd om deel te hebben aan die intrinsieke waarde van het instituut van het huwelijk. Zij kunnen dan niet de huwelijkse staat verwerven. Bovendien kunnen zij dan niet trouwen met de persoon van hun keuze. Daarmee worden zij getroffen in een belangrijk, ingrijpend, persoonlijk en vaak diep doorvoeld belang. Daartegenover staat het belang van degenen die menen dat de intrinsieke waarde van het huwelijk als instituut wordt aangetast, indien het wordt opengesteld voor personen van gelijk geslacht. Ook die mening kan voor hen belangrijk, ingrijpend persoonlijk en diep doorvoeld zijn. Sommigen menen zelfs dat de intrinsieke waarde van hun eigen huwelijk erdoor zou worden aangetast. Hoezeer het hof daar ook oog voor heeft, het belang van degenen die willen trouwen met de persoon van hun keuze, maar dat niet kunnen om de enkele reden dat die persoon van hetzelfde geslacht is, weegt zwaarder. (rov. 2.49)

De bezwaren van tegenstanders van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht hebben in veel gevallen een godsdienstig fundament. De vrijheid van godsdienst moet gewaarborgd worden. De vrijheid van godsdienst gaat in een democratische rechtsstaat echter niet zo ver dat men de eigen godsdienstige normen en waarden kan opleggen aan een ander. Tegenstanders van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht worden door de openstelling daarvan ook niet beroofd van hun recht om te trouwen met de persoon van hun keuze. (rov. 2.50)

Een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht hoeft geen afstammingsrechtelijke gevolgen van rechtswege te hebben. Ook voor het ouderlijk gezag zijn er geen gevolgen van rechtswege. (rov. 2.51)

Introductie van het geregistreerd partnerschap in plaats van openstelling van het huwelijk is geen toereikend middel om de discriminatie op te heffen, zelfs niet als het geregistreerd partnerschap alle belangrijke gevolgen van het huwelijk zou hebben. Als het geregistreerd partnerschap ook mogelijk zou zijn voor personen van verschillend geslacht, dan bestaat de ongelijke behandeling daarin dat paren van verschillend geslacht de keuze hebben en paren van gelijk geslacht niet. Hiervoor bestaat onvoldoende rechtvaardiging. Als het geregistreerd partnerschap slechts zou worden geïntroduceerd voor paren van gelijk geslacht, dan biedt dat geen toereikende oplossing, omdat het huwelijk voor velen een intrinsieke waarde heeft, die een geregistreerd partnerschap voor hen niet heeft. Het geregistreerd partnerschap kan dan worden ervaren als minder (*separate but equal*). (rov. 2.52 en 2.53)

Indien al aangenomen zou moeten worden dat de meerderheid van de bevolking van Aruba tegen openstelling van het huwelijk is, hetgeen niet goed is onderzocht en geenszins vaststaat, is dat niet beslissend. (rov. 2.54)

Ook de omstandigheid dat stellen van gelijk geslacht voor hun huwelijkssluiting kunnen uitwijken naar Bonaire, leidt niet tot een ander oordeel. (rov. 2.57)

De conclusie is dat er geen goede argumenten zijn ter rechtvaardiging van de uitsluiting van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht. Zo deze er zijn, ontbreekt de proportionaliteit tussen middel en doel. De uitsluiting is discriminatoir als bedoeld in art. 1.1 Staatsregeling. (rov. 2.58)

## 2.7 Over zijn rechtsvormende taak heeft het hof overwogen:

2.61 Het Hof acht het niet buiten zijn rechtsvormende taak gelegen in deze zaak het huwelijk open te stellen. Het rechtstekort bestaat al geruime tijd. In Nederland heeft de wetgever al twintig jaar geleden het huwelijk opengesteld voor personen van gelijk geslacht. In andere landen heeft de rechter ingegrepen. Het Hof heeft al vaker gebruik moeten maken van zijn rechtsvormende taak wegens een door de wetgever in stand gelaten rechtstekort (zie GHvJ 30 juli 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:147 (gerechtelijke vaststelling van het vaderschap) en HR 17 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2614 (discriminatoir namenrecht)). Blijkens de Nederlandse en buitenlandse ervaringen hoeft voor rechtsonzekerheid niet te worden gevreesd. De rechterlijke ingreep is technisch niet gecompliceerd. De wijze waarop het huwelijk moet worden opengesteld voor personen van gelijk 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 van 21 december 2000,

Stb. 2001, 9 en de aanpassingswet van 8 maart 2001, Stb. 2001, 128. Aanpassing van de wetgeving van Aruba is slechts minimaal nodig (zie hierna 2.69-2.71 en het dictum). Wat betreft het afstammingsrecht en het gezagsrecht is hierboven reeds overwogen dat deze ongewijzigd kunnen blijven (rov. 2.51). Adoptie komt hierna aan de orde (rov. 2.64-2.67).

()

2.64 Hoewel adoptie heel weinig voorkomt, verdient dit instituut aparte aandacht omdat er een kind bij betrokken is. ()

2.65 () De openstelling van het huwelijk en de openstelling van de adoptie zijn twee te onderscheiden kwesties. In Nederland zijn de twee ook separaat gerealiseerd (). Het Arubaanse afstammingsrecht heeft de natuurlijke afstamming als ordenend beginsel. Het hebben van twee vaders of twee moeders is iets waarop de regelgeving niet is ingericht. Het is niet ondenkbaar dat openstelling van adoptie voor personen van gelijk geslacht, waarbij een kind betrokken is, in de Arubaanse samenlevingen meer omstreden is dan openstelling van het huwelijk. Over de openstelling van adoptie moet een debat gevoerd worden, bij voorkeur mede in de Staten.

()

2.67 Al met al acht het Hof het onwenselijk dat dit vonnis van rechtswege de openstelling van adoptie zou meebrengen. Het Hof zal daarom in het dictum bepalen dat dit vonnis geen gevolgen 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.

2.8 Tot besluit heeft het hof overwogen als volgt:

2.68 Het Hof zal, behoudens het adoptiegevolg, het huwelijk openstellen voor personen van gelijk geslacht.

2.69 Het leeftijdsartikel 1:31 lid 1 BW (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.

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

2.71 Het Hof zal ingevolge artikel 1:24 BW 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.

2.72 De vordering dat het Hof een verklaring voor recht geeft dat het Land onrechtmatig heeft gehandeld, wordt afgewezen. Gelet op het voorgaande is niet duidelijk welk belang de 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 ().

2.73 De vorderingen () die betrekking hebben op het geregistreerd partnerschap zijn subsidiair ingesteld en kunnen dus buiten behandeling blijven.

*Uitgestelde rechtskracht*

2.74

Het Hof zal bepalen dat de verklaringen voor recht en het bevel aan de ambtenaar van de burgerlijke stand geen rechtskracht krijgen voordat dit vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. 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 dit vonnis niet zou worden uitgesteld, zouden, in het geval de Hoge Raad dit vonnis zou vernietigen, inmiddels voltrokken huwelijken van personen van gelijk geslacht nietig moeten worden verklaard door de rechter.

### **3 Beoordeling van het middel in het principale beroep**

3.1 Onderdeel 1.1 van het middel klaagt dat het hof in rov. 2.61 e.v. ten onrechte nalaat zich expliciet rekenschap te geven van zijn verhouding tot de wetgever door niet kenbaar, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, het belang dat aan de belanghebbende direct effectieve rechtsbescherming kan worden geboden af te wegen tegen het belang dat de rechter zich in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen terughoudend opstelt.

De onderdelen 1.7 en 2.3 bestrijden voorts het oordeel van het hof dat de rechterlijke ingreep technisch niet gecompliceerd is en dat aanpassing van de wetgeving van Aruba slechts minimaal nodig is. Een volwaardige wettelijke openstelling van het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht vereist een veelomvattender wetstechnische operatie dan de aanpassing van de art. 1:31 lid 1 en 1:33 BWA. Daartoe is niet de rechter, maar de wetgever bevoegd en geëquipeerd. Het is aan de wetgever om te beslissen op welke wijze de wetwijziging vorm dient te krijgen, aldus de onderdelen.

Bij de beoordeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

3.2.1 In de Staatsregeling, de constitutie van Aruba, is, anders dan in de Grondwet, een bevoegdheid voor de rechter opgenomen om wetgeving in formele zin (landsverordeningen) te toetsen aan de klassieke grondrechten. Deze zijn te vinden in hoofdstuk I van de Staatsregeling. Daartoe behoort art. I.1 Staatsregeling:

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.

Art. I.22 Staatsregeling luidt:

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

3.2.2 Vast staat dat de onderhavige discriminatie niet kan worden opgeheven door het buiten toepassing laten van een of meer wettelijke bepalingen. In dat geval moet de rechter beoordelen of hij effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien, dan wel of hij dit vooralsnog aan de wetgever dient over te laten. Overeenkomstig hetgeen is overwogen in het arrest van de Hoge Raad van 12 mei 1994, dient de rechter bij die beoordeling, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, het belang dat aan de belanghebbende in kwestie direct een effectieve bescherming kan worden geboden af te wegen tegen het belang dat de rechter zich in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen terughoudend opstelt bij het ingrijpen in een wettelijke regeling.

3.2.3 In dit geval gaat het om discriminatie op grond van seksuele oriëntatie die betrokkenen belemmert in de vrijheid hun persoonlijke leven in te richten. Zij hebben er een zwaarwegend belang bij dat deze discriminatie zo spoedig mogelijk wordt opgeheven. Daar staat tegenover dat de rechter, door zelf te voorzien in het rechtstekort, ingrijpt in een landsverordening. De rechter

dient daarin terughoudend te zijn (zie hiervoor in 3.2.2). Voor landsverordeningen geldt immers het primaat van de wetgever (art. V.1 Staatsregeling). De wetgever is in beginsel ook beter dan de rechter toegerust om te beoordelen welke aanpassingen nodig zijn om de discriminatie op te heffen. Voorts is in een democratie het doorlopen van het wetgevingsproces, mede door de betrokkenheid van het parlement, van groot belang, juist ook waar het gaat om maatschappelijk gevoelige kwesties.

3.3.1 Het hof heeft bij zijn beslissing om zelf het huwelijk voor personen van gelijk geslacht open te stellen onder meer in aanmerking genomen dat het rechtstekort al geruime tijd bestaat, dat de rechterlijke ingreep technisch niet gecompliceerd is en dat de wijze waarop het huwelijk moet worden opengesteld voor personen van gelijk geslacht niet afhankelijk is van verder te maken keuzen van politieke aard (rov. 2.61 e.v.). Deze uitgangspunten worden in cassatie niet of tevergeefs bestreden (zie hierna in 3.3.2 en 3.4). Voorts heeft het hof het belang van rechterlijke terughoudendheid in de verhouding tot de wetgever onder ogen gezien (rov. 2.36). In het licht van het voorgaande geeft het oordeel van het hof, dat erop neerkomt dat het belang dat aan Fundacion c.s. direct effectieve bescherming kan worden geboden in dit geval zwaarder weegt dan het belang dat de rechter zich in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen terughoudend opstelt bij het ingrijpen in een wettelijke regeling, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Onderdeel 1.1 faalt dus.

3.3.2 Het Land betoogt voor het eerst in cassatie dat ook andere bepalingen dan de art. 1:31 lid 1 en 1:33 BWA zullen moeten worden aangepast. De door het Land genoemde voorbeelden zijn klaarblijkelijk ontleend aan het initiatiefvoorstel voor een Landsverordening openstelling huwelijk dat na het bestreden vonnis, te weten in mei 2023, bij de Staten van Aruba is ingediend.<sup>5</sup> Het hof heeft met dat initiatiefvoorstel geen rekening kunnen houden. Bovendien heeft het Land niet aannemelijk gemaakt dat het bij de door het Land genoemde bepalingen gaat om meer dan technische wijzigingen, voortvloeiend uit de aanpassing van de art. 1:31 lid 1 en 1:33 BWA. Ook de onderdelen 1.7 en 2.3 falen dus.

3.4 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.5 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het vonnis van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

#### **4 Beslissing**

De Hoge Raad:

- verwerpt het principale beroep;
- veroordeelt het Land in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Fundacion c.s. begroot op 857,-- aan verschotten en 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident M.V. Polak als voorzitter en de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons, en in het openbaar uitgesproken door de



vicepresident M.V. Polak op 12 juli 2024.

---

<sup>1</sup> HR 12 juli 2024, ECLI:NL:HR:2024:978.

<sup>2</sup> Gerecht in eerste aanleg van Aruba 27 mei 2020, ECLI:NL:OGEEA:2020:239.

<sup>3</sup> Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 6 december 2022, ECLI:NL:OGHACMB:2022:135, verbeterd bij vonnissen van dat hof van 13 december 2022, ECLI:NL:OGHACMB:2022:163, en 16 december 2022, ECLI:NL:OGHACMB:2022:162.

<sup>4</sup> HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756 (Arbeidskostenforfait), rov. 3.13-3.15.

<sup>5</sup> Staten van Aruba, zittingsjaar 2022-2023-1000. Het initiatiefvoorstel is op 19 juni 2024 verworpen.

---