

Actioma

Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad



Kyra Wunderink & Rosalie Wesselink

De publieke uitingenvrijheid van de moderne rechter. Terughoudendheid geboden op sociale media?

H.P. OOSTERDIJK & S. BREGONJE

Vooroordelen bij de strafrechter. Een onderzoek naar de psychologische kant van het strafproces

MR. DR. P.E. MINDERHOUD

Komt er een einde aan de bed-bad-broodvoorzieningen?

#204 juni 2018

Radboud Universiteit



Contact

Stichting Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad
Montessorilaan 10
6525 HR NIJMEGEN

Correspondentieadres

Postbus 9049
6500 KK NIJMEGEN
info@actioma.eu
www.actioma.eu

Bestuur / Redactie

Mienke de Wilde (voorzitter)
Ruben van Dijken (penningmeester)
Eva te Dorsthorst (secretaris)

Redactieraad

prof. mr. C.J.H. Jansen
prof. mr. R.J.N. Schlössels

Raad van Toezicht

Prof. mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen (decaan)
Drs. I. van den Heuvel (directeur)
Emily van den Brink (student)
Anna Cleuters (student)

Vormgeving

Just Bam, Oss
www.justbam.nl

Druk

GLD Grafimedia, Arnhem

Oplage

2900 exemplaren

Abonnement

Gratis op aanvraag (excl. verzendkosten).
Stuur een e-mail naar info@actioma.eu

Adverteren?

Neem contact op met Ruben van Dijken
via info@actioma.eu

Woord vooraf

Beste lezer,

We zitten alweer in de afrondende fase van dit studiejaar. De vakanties zijn geboekt, de jurkjes en korte broeken aangekocht. Zoals het een goed rechtenstudent betaamt, wil je natuurlijk je kennis altijd uitbreiden en zal je de rechtenfaculteit deze periode ontzettend missen. Maar niet getreurd; we hebben weer een aantal auteurs bereid gevonden om je ook in de vakantie te voorzien van interessante lectuur. Dus – hup – mee in de koffer, die Actioma.

Waar velen van ons naar de buitenlandse zon vertrekken, zijn er soms ook mensen die noodgedwongen de andere kant op gaan: vluchtelingen die huis en haard verlaten in de hoop op een beter en veiliger leven in Nederland. Hen wacht geen all-inclusive hotelkamer, maar een bed, bad en broodregeling. Of zelfs dat niet? Paul Minderhoud, docent Rechtssociologie en Migratierecht, legt in deze editie uit hoe het zit.

Na je tentamens heb je eindelijk weer tijd om helder na te denken. Misschien hak je ook wat knopen door. Maar hoe denken rechters eigenlijk wanneer zij knopen doorhakken? Henk Oosterdijk en Simone Bregonje



hebben het een en ander op een rijtje gezet. Denken rechters echt zo anders en zoveel zuiverder dan wij? Hoe werkt dat eigenlijk en welke psychologische verschijnselen spelen een rol? Lees er alles over in hun bijdrage aan deze Actioma.

Als je aan het nadenken bent over de dingen des levens, moet je ook eens op een rijtje zetten hoe je het daarna allemaal wil vormgeven, zal elke notaris zeggen. Mr. Reijnen, docent bij de vaksectie Notarieel Recht, heeft van dit soort nadenkerij zijn beroep gemaakt en legt in zijn artikel uit hoe het werkt met laatste wilsbeschikkingen en voorwaarden of lasten die de bevoegdheid tot vervreemding en bezwaring van goederen beperken. Erg interessant voor wanneer blijkt dat je buurvrouw tijdens je vakantie de hond is vergeten te voeren en je pertinent niet wil dat zij ooit de kans krijgt jouw stukje grond, waar Fikkie wordt uitgestrooid, in de toekomst te kopen.

Een nalatige buurvrouw is een naar iets. Nare en vervelende dingen zet je uiteraard niet op social media. Wat wél in toenemende mate op social media gezet lijkt te worden, zijn berichten afkomstig van rechters. De iRechter, Judge Joyce; wie van ons kent ze niet? Er is een continu debat gaande over de ruimte die

deze rechters op online platformen hebben en zouden moeten hebben. Kyra Wunderink en Rosalie Wesselink zetten de relevante argumenten in dit debat nogmaals op een rijtje.

Misschien denk je deze vakantie ook wel na over of je toch écht niet een keertje een bestuursjaar zou moeten doen bij een studievereniging. In dat geval is het tweede artikel uit het tweeluik van Ruben van Dijken en Merel Bruggink over de opbouw van studentenorganisaties een aanrader.

Mocht je na het uitlezen van deze Actioma nog steeds niet genoeg hebben van de juridische lectuur, geeft Pol van de Wiel, promovendus bij de vaksectie Rechtsfilosofie, ook nog een interessante boekentip. Hoewel bijna niemand de woorden 'nazi' en 'recht' bij elkaar vindt passen, is er wel degelijk een periode geweest dat nazi-recht werkelijkheid was. Je bent al snel geneigd te denken dat men destijds wel heel erg rechtspositivisch ingesteld moet zijn geweest om met dit 'recht' uit de voeten te kunnen, maar was dat wel zo? In deze boekbespreking wordt alvast een tipje van de sluier opgelicht.

Een hele fijne vakantie namens de redactie en tot volgend studiejaar!



Ruben van Dijken - Mienke de Wilde - Eva te Dorsthorst

GEZOCHT: NIEUW BESTUUR / REDACTIE

Wij nodigen alle rechtenstudenten met liefde voor hun vak en passie voor het geschreven woord van harte uit te solliciteren op (één van) de drie bestuursfuncties van voorzitter, penningmeester en secretaris.

De werkzaamheden van de drie bestuursfuncties zijn grotendeels overkoepelend en houden in hoofdlijnen in: het werven van schrijvers, het redigeren van artikelen en het onderhouden van contacten. Alle functies zijn goed te combineren met je studie.

Naast een aanzienlijke verbetering van je schrijfvaardigheid en uitbreiding van je juridische kennis houd je hier ook nog een mooi netwerk aan over. Aarzel dus niet, solliciteer snel en wie weet ligt volgend collegejaar de toekomst van het grootste juridische faculteitsblad van Nederland mede in jouw handen!

Tot en met 30 juni 2018 zijn motivatiebrieven, curricula vitae, cijferlijsten en vragen welkom op info@actioma.eu.

Actioma

In dit nummer

Migratierecht

Mr. dr. P.E. Minderhoud

Komt er een einde aan de bed-bad-broodvoorzieningen?

6

Rechtspleging

H. Oosterdijk en S. Bregonje

Vooroordelen bij de strafrechter. Een onderzoek naar de psychologische kant van het strafproces

14

Vermogensrecht

Mr. T.F.H. Reijnen

Het vervreemdingsverbod van art. 4:45 BW. Wat bij leven mag, moet ook kunnen bij dode

22

Semper Lex

K. Wunderink en R. Wesselink

De publieke uitingsvrijheid van de moderne rechter. Terughoudendheid geboden op sociale media?

30

NSO Eques

M. Bruggink en R. van Dijken

Het Nijmeegse juridische studentenorganisatierecht geschetst. Deel 2.

38

Boekbespreking

P.C.L. van de Wiel

Over noodzakelijke abstracties en onderscheiden. Enkele overdenkingen bij Olivier Jouanjans Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi (Presses Universitaires de France, 2017, 328 blz.)

44

MIGRATIERECHT



Komt er een einde aan de bed-bad-broodvoorzieningen?

1. Inleiding

In het regeerakkoord van het kabinet Rutte III werd het al aangekondigd en in de onlangs gepubliceerde integrale migratie agenda bevestigd.¹ Uitgeprocedeerde asielzoekers moeten Nederland zelfstandig en zo snel mogelijk verlaten. Wie dat niet direct doet kan een beperkte periode worden opgevangen in een van de acht op te richten LVV (Landelijke vreemdelingenvoorziening)-locaties onder toezicht van de Dienst Terugkeer & Vertrek

* Universitair Hoofddocent Migratierecht en Rechtssociologie. Deze bijdrage bouwt voort op: Zwaan, K.M. & Minderhoud, P.E. (2016). Bed-bad-brood. Vrijheidsbeperking niet in strijd met verplichting om opvang te bieden? *De Gemeente-Stem*, 166 (7448), 891-898

¹ Kamerstukken II, 2017/18, 19637-30573, nr. 2375.



Mr. dr. P.E. Minderhoud*

Mr. dr. P. E. Minderhoud is universitair hoofddocent bij de vaksectie Rechtssociologie en Migratierecht aan de Radboud Universiteit

van het Ministerie van Justitie en Veiligheid en in samenwerking met gemeenten. Deze LVV's komen in de plaats van de huidige Vrijheidsbeperkende Locatie in Ter Apel. De eerste twee weken geldt geen voorwaarde tot meewerken aan terugkeer naar het land van herkomst, daarna moeten deze uitgeprocedeerden meewerken aan terugkeer, tenzij blijkt dat zij toch in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning. Wanneer de vreemdelingen niet serieus werken aan terugkeer naar hun land van herkomst wordt hen opvang en ondersteuning ontzegd. Hiertoe zal een bestuursakkoord worden gesloten tussen het Rijk en gemeenten. Individuele noodopvang voor enkele dagen op basis van de openbare orde blijft daarbij mogelijk, maar de eigen bed-bad-broodvoorzieningen van de gemeenten moeten volgens dit beleid gesloten worden.

"Wanneer de vreemdelingen niet serieus werken aan terugkeer naar hun land van herkomst wordt hen opvang en ondersteuning ontzegd"

In dit artikel zal na een korte schets van de ontstaansgeschiedenis van deze bed-bad-broodvoorzieningen een aantal kanttekeningen worden gemaakt bij de voorgenomen plannen in het licht van zowel internationale verplichtingen als praktische uitvoerbaarheid. Leiden de plannen tot een einde van deze vorm van gemeentelijke opvang?

2. Het ontstaan van de bed-bad-broodvoorzieningen

Op 1 juli 2014 oordeelde het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) dat Nederland in strijd met artikel 13 lid 4 en artikel 31 lid 2 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) handelde door geen opvang te bieden aan mensen die onrechtmatig in het land verblijven. Die uitspraak werd op 10 november 2014 gepubliceerd.² De Staatssecretaris van (toen nog) Veiligheid & Justitie (V&J) was van oordeel dat deze beslissing van het ECSR zonder gevolgen kon blijven, want dergelijke beslissingen zijn niet juridisch bindend.³ De rechter dacht hier echter anders over en de voorzieningenrechter van de Centrale Raad van Beroep (CRvB, Centrale Raad) droeg in december 2014 de gemeente Amsterdam op om tot twee maanden na het aannemen van de resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, die op een dergelijke uitspraak van het ECSR volgt, nachtopvang te bieden met een douche, maaltijd en ontbijt: de zogeheten bed-bad-en-broodopvang.⁴ Diverse gemeenten creëerden vervolgens dergelijke bed-bad-broodvoorzieningen, die gefinancierd werden door het Rijk. Na de resolutie van het Comité van Ministers van 15 april 2015,⁵ waarin het Comité min of meer ermee volstond te verklaren dat het kennis nam van de uitspraak van het ECSR en verdere informatie tegemoet zag van de kant van de Nederlandse regering,⁶ kwamen de coalitiepartijen uit het vorige kabinet tot een moeizaam compromis.⁷ Dit bestond eruit dat uitgeprocedeerde vreemdelingen een beperkt aantal weken opvang kon worden verleend in één van de vijf grootste steden, waarna, indien terugkeerbereidheid aanwezig was, vervolgens opvang in de Vrijheidsbeperkende Locatie in Ter Apel plaatsvond, totdat vertrek werd geëffectueerd.⁸

² ECSR 10 november 2014, nr. 90/2013, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht (RV) 2014/87*, met verzamelnoot Slingenberg bij rubriek XII. Opvang: nrs. 86-89, in: H. Battjes en K.M. Zwaan (red.), *Rechtspraak Vreemdelingenrecht 2014; Jurisprudentie Vreemdelingenrecht (JV) 2015/24 m.nt.* Slingenberg, *European Human Rights Cases (EHRC) 2015/24 m.nt* Den Heijer en Donders.

³ *Kamerstukken II*, 2014/15, 19 637, nr. 1915 en *Kamerstukken II*, 34 000 VI, nr. L.

⁴ Voorzieningenrechter CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178, USZ 2015/30 m. nt. Driessen, AB 2015/61 m. nt. Bruggeman, NJB 2015/107, RSV 2015/24, JV 2015/35, JWVB 2015/26.

⁵ Resolution CM/ResChS(2015)5, <http://bit.ly/1QCUFG3>. Zie nader over deze resolutie: C.H. Slingenberg, 'Opvang onrechtmatig verblijvende vreemdelingen: een politieke kwestie', in *A&MR* 2015 nr. 3, p. 132-134.

⁶ Het Comité van Ministers kan het juridisch inhoudelijke oordeel van het ECSR niet veranderen of in twijfel trekken. Het inhoudelijke oordeel is bindend. Artikel 9 van het aanvullend protocol collectieve klachten schrijft: "*The Committee of Ministers cannot reverse the legal assessment made by the Committee of Independent Experts. However, its decision (resolution or recommendation) may be based on social and economic policy considerations.*"

⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, nr. 1994.

⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, nr. 1994. Na overleg met de VNG stelde de staatssecretaris dat beleid met betrekking tot de opvang en terugkeer van vreemdelingen een verantwoordelijkheid van de rijksoverheid is en dat toch een financiële tegemoetkoming zal worden verleend aan gemeenten (bijlage bij *Kamerstukken II*, 2014/15, 34000-VI, nr. Q).

Op 26 november 2015 oordeelden vervolgens zowel de Centrale Raad van Beroep als de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in een zorgvuldig georkestreerde samenwerking dat de opvang van uitgeprocedeerde vreemdelingen in deze Vrijheidsbeperkende Locatie (VBL), waarbij de voorwaarde van meewerken aan uitzetting wordt gesteld, een afdoende vorm van opvang is.⁹ Gemeenten waren derhalve niet langer verplicht om opvang te bieden.

De ABRvS oordeelde in zijn uitspraak dat de Staatssecretaris van V&J bij het bieden van onderdak ('bed, bad, brood') in een vrijheidsbeperkende locatie (VBL) van een uitgeprocedeerde vreemdeling mag eisen dat hij meewerkt aan zijn vertrek uit Nederland. Dat is alleen anders in geval van bijzondere omstandigheden. Naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak kan de vreemdeling geen rechtstreeks beroep doen op het ESH en zijn de beslissingen van het ECSR over de uitleg van het ESH niet bindend voor de landen die partij zijn bij dit verdrag.¹⁰ Die beslissingen zijn echter wel gezaghebbend en kunnen een rol spelen bij de uitleg van artikelen die de rechter wél rechtstreeks kan toepassen, zoals de mensenrechten uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), aldus de Afdeling. Naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak verplicht het EVRM de staatssecretaris niet om uitgeprocedeerde vreemdelingen onvoorwaardelijk onderdak te bieden. Als de vreemdeling weigert mee te werken aan zijn vertrek uit Nederland, dan mag de staatssecretaris hem onderdak weigeren, bijzondere omstandigheden daargelaten. Zulke bijzondere omstandigheden doen zich voor zolang blijkt dat de vreemdeling vanwege zijn psychische gesteldheid niet kan overzien dat als hij niet meewerkt hij geen onderdak krijgt van de staatssecretaris. In beginsel komt het dus voor risico van de vreemdeling als hij niet meewerkt aan zijn vertrek.

"Naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak verplicht het EVRM de staatssecretaris niet om uitgeprocedeerde vreemdelingen onvoorwaardelijk onderdak te bieden"

De CRvB besliste dat de gemeente Amsterdam opvang mag weigeren aan uitgeprocedeerde vreemdelingen en hen voor onderdak mag verwijzen naar een VBL. Gelet op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is er vanuit verdragsrechtelijk perspectief een sluitend stelsel van opvang ontstaan, aldus de Centrale Raad. De gemeente mag ervan uitgaan dat een uitgeprocedeerde vreemdeling gebruik kan maken van de opvang in een VBL. Deze mogelijkheid tot verblijf in een VBL brengt met zich mee dat er geen noodzaak (meer) is voor opvang op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) door de gemeente (eigenlijk: burgemeester en wethouders). Het is de taak van de staatssecretaris om in een uitzonderlijk geval te beoordelen of er reden is om geen meewerkverplichting te verbinden aan de toegang tot de VBL. Hierdoor vervalt de noodzaak tot de Wmo-rechtspraak, waarmee de destijds bestaande lacune in het opvangrecht voor niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen werd gedicht.

3. Het belang van uitspraken van het Europees Comité voor de Sociale Rechten

De hoogste Nederlandse bestuursrechtters oordeelden hiermee, in tegenstelling tot het ECSR, dat de voorwaarde om mee te werken aan de uitzetting wel mag worden gesteld en dat de opvang in een VBL in dat verband een adequate vorm van opvang is.¹¹

⁹ ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415, AB 2016/40 m.nt. Bruggeman, JV 2016/17 en CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803, USZ 2016/10 m.nt. Driessen, AB 2016/37 m.nt. Bruggeman, RSV 2016/30 m.nt. Bruggeman en Van Rooij, NJB 2015/2196, RSV 2016/4, JB 2016/18, JWVB 2016/10, RSV 2016/17, en ECLI:NL:CRVB:2015:3834, en ECLI:NL:CRVB:2015:4093, AB 2016/38 m.nt. Bruggeman, JWVB 2016/9, Zie over deze samenwerking A. Terlouw, Een sluitend systeem van opvang? Commentaar bij de bed-bad-brood uitspraken van de RvS en CRvB, *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2016, nr. 1 p. 4-9.

¹⁰ Zie hierover ook het VAR pre-advies van J.H. Gerards, *De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten*, VAR-reeks 156, 2016; en L. Slingenberg, Toepassing van het Europees Sociaal Handvest in Koppelingswetzaken. Een rechtsvraag, drie hoogste rechtters, *NTM/NJCM-Bulletin*, jrg. 40, 2015, nr. 4, p. 418-435.

¹¹ In verschillende annotaties bij deze uitspraken wordt opgemerkt: 1. dat de uitspraken vooral een politiek wenselijke beslissing lijken te vormen, 2. bovendien passen de uitspraken (met name van de CRvB) niet in de lijn van de eerdere jurisprudentie en 3. is de nieuwe koers summier gemotiveerd.

In paragraaf 117 van de hierboven genoemde uitspraak stelde het ECSR namelijk uitdrukkelijk dat het bieden van opvang aan deze vreemdelingen onvoorwaardelijk moet zijn, dat wil zeggen dat niet de voorwaarde mag worden gesteld dat zij meewerken aan hun terugkeer: '(...) *The Committee equally considers that the provisions of emergency assistance cannot be made conditional upon the willingness of the persons concerned to cooperate in the organisation of their own expulsion.*'

Het Comité bevestigt daarmee zijn eerdere jurisprudentie, waarin het had geoordeeld dat uit het EVRM weliswaar geen algemene verplichting voortvloeit dat staten opvang moeten bieden aan onrechtmatige verblijvende vreemdelingen, maar dat die verplichting onder bepaalde omstandigheden wel bestaat.

Volgens de ABRvS is het opleggen van een verplichting om mee te werken hiermee echter niet in strijd. De omstandigheid dat aan onderdak in een VBL de voorwaarde is verbonden dat de vreemdeling meewerkt aan zijn vertrek uit Nederland, doet volgens de ABRvS aan de beschikbaarheid van dat onderdak niets af. Uit 'het oogpunt van zorgvuldigheid' moet de staatssecretaris echter in bijzondere omstandigheden afzien van het bij voorbaat opleggen van een dergelijke verplichting. Volgens de Centrale Raad wordt met deze uitkomst zelfs recht gedaan aan het oordeel van het ECSR.¹²

4. Andere internationale verplichtingen?

4.1 EU Grondrechtenhandvest

Opvallend is dat er in de politieke en juridische discussie over de betekenis van de uitspraak van het ECSR over de opvang van uitgeprocedeerde asielzoekers veel aandacht voor de betekenis van het Europees Sociaal Handvest

is geweest, maar dat er nauwelijks aandacht is besteed aan de Unierechtelijke positie van uitgeprocedeerde asielzoekers.¹³ Op hen is, zolang ze nog niet zijn uitgezet, de Terugkeerrichtlijn¹⁴ van toepassing en dus ook het EU Grondrechtenhandvest.¹⁵ De Terugkeerrichtlijn (Tri) stelt minimumnormen en procedures vast met betrekking tot de terugkeer van onderdanen van derdelanden die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven. In de eerste plaats bepaalt de richtlijn dat lidstaten aan illegaal verblijvende derdelanders een terugkeerbesluit uitvaardigen. Met betrekking tot de terugkeerprocedure gelden minimumnormen, zodat iedere procedure voldoet aan het verbod op refoulement¹⁶ en rekening houdt met de rechten van het kind, het recht op gezinsleven en de gezondheid van de betrokken derdelander. Deze toepasselijkheid van de Terugkeerrichtlijn blijkt onder meer uit het arrest *Abdida* van het Hof van Justitie EU.¹⁷

"De Terugkeerrichtlijn (Tri) stelt minimumnormen en procedures vast met betrekking tot de terugkeer van onderdanen van derdelanden die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven"

Bovendien geeft de Terugkeerrichtlijn ook een definitie van 'kwetsbare vreemdelingen'. Dit zijn volgens artikel 3 lid 9 Tri: minderjarigen, niet-begeleide minderjarigen, personen met een handicap, bejaarden, zwangere vrouwen, alleenstaande ouders met minderjarige kinderen en personen die gefolterd of verkracht zijn of andere ernstige vormen van psychisch, fysiek of seksueel geweld hebben

¹² ECLI:NL:CRVB:2015:3803, r.o. 5.11.

¹³ Zie ook Paul de Meij, Het recht van vreemdelingen op een menswaardig bestaan en de rol van de rechter, *NJB* 2015, p. 542 e.v.; T. van Boven e.a., Bed, bad en brood: een mensenrecht, *NJB* 2015, p. 1093 e.v.

¹⁴ Richtlijn 2008/115/EG van het Europees parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, PbEU 2008 L 348, 98-107.

¹⁵ Art. 51 lid 1 Grondrechtenhandvest.

¹⁶ Een staat mag een vreemdeling niet terugsturen naar zijn land van herkomst als er een reëel risico bestaat dat hij daar zal worden vervolgd, gemarteld, of onmenselijk of vernederend behandeld. Dit verbod is bijvoorbeeld neergelegd in artikel 33 van het Vluchtelingenverdrag en wordt daarnaast afgeleid uit artikel 3 EVRM.

¹⁷ HvJ EU 18 december 2014, C-562/13, *Abdida* (ECLI:EU:C:2014:2453), r.o. 54: "Met betrekking tot, in de tweede plaats, de voorziening in de basisbehoeften van een derdelander in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, preciseert punt 12 van de considerans van richtlijn 2008/115 weliswaar dat de voorziening in de elementaire levensbehoeften van onderdanen van derde landen die illegaal verblijven maar nog niet kunnen worden uitgezet, volgens de nationale wetgeving dient te worden geregeld, doch die wettelijke regeling moet verenigbaar zijn met de uit die richtlijn voortvloeiende verplichtingen."

ondergaan. Deze omschrijving van kwetsbaarheid in de Terugkeerrichtlijn is beduidend ruimer dan het door de Staatssecretaris van V&J en de rechtspraak gehanteerde criterium 'bijzondere omstandigheid', waarvan alleen sprake is indien de vreemdeling vanwege zijn psychische gesteldheid niet in staat kan worden geacht de gevolgen van zijn handelen en nalaten te overzien. Er lijkt hier overigens sprake van een klassieke Catch 22 situatie: het is aan de vreemdeling om deze bijzondere omstandigheden aan te voeren, maar als hij dat kan, blijkt dan niet dat hij wel in staat is de gevolgen van zijn handelen en nalaten te overzien?

De behandeling van uitgeprocedeerde asielzoekers wordt weliswaar door het nationale recht beheerst, maar die nationale behandeling moet aan de Unierechtelijke minimumvoorwaarden van het Grondrechtenhandvest voldoen en dus ook aan artikel 1 van dat Handvest: "De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd." In Nederland is tot nu toe weinig aandacht besteed aan deze fundamentele bepaling van artikel 1 Handvest. Er lijkt een neiging te bestaan om die norm als vanzelfsprekend te beschouwen en er vervolgens geen juridische betekenis aan toe te kennen, maar dat is niet terecht. Artikel 1 Handvest staat naast artikel 2 (recht op leven), artikel 3 (recht op menselijke integriteit) en artikel 4 (verbod van foltering en van onmenselijke of vernederende behandelingen of straffingen). Gezien het beginsel van *effet utile* van Unierechtelijke bepalingen, moet artikel 1 dus een eigen betekenis hebben naast de artikelen 2-4 Handvest. Artikel 1 Handvest geeft een extra bescherming die iets toevoegt aan de artikelen 2-4 Handvest. Uit artikel 52 lid 3 Handvest volgt dat Unierecht, en dus ook het Handvest zelf, meer bescherming biedt dan de minimumnormen van het EVRM. Artikel 1 Handvest is rechtstreeks ontleend aan artikel 1 lid 1 van het Duitse Grundgesetz. Het Bundesverfassungsgericht heeft in een uitspraak van 18 juli 2012 de betekenis van die bepaling voor het asielrecht bevestigd: "Die in Artikel 1 par. 1 GG

garantierte Menschenwürde ist migrationsrechtlich nicht zu relativieren."¹⁷ Het ging in die zaak om de kwaliteit van de opvang van asielzoekers. Wat betreft die groep oordeelde het Bundesverfassungsgericht dat de onschendbaarheid van de menselijke waardigheid "neben der physische Existenz auch ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturelle und politischen Leben und die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen" omvat.

De betekenis van artikel 1 Handvest en de rechtspraak van het HvJ EU over die bepaling is volgens mij van belang voor de behandeling (inclusief opvang) van uitgeprocedeerde asielzoekers in Nederland.¹⁹

4.2 Artikel 11 IVESCR

Naast de hiervoor besproken Unierechtelijke eisen heeft onder andere het College voor de Rechten van de Mens (CRvM) in dit verband ook gewezen op de relevantie van artikel 11 International Verdrag inzake Sociale en Culturele rechten (IVESCR) en de daarin neergelegde verplichting om noodzakelijke opvang te bieden aan mensen die daarvoor zelf niet kunnen zorgen.²⁰ Dit verdrag heeft ook betrekking op personen zonder verblijfsstatus.²¹ Op grond van artikel 4 IVESCR mogen slechts voorwaarden aan de opvang gesteld worden als de beperking bij wet is vastgelegd, niet in strijd is met de aard van de rechten en uitsluitend ten doel heeft om het algemeen welzijn te bevorderen.

In een gezamenlijke brief wezen drie speciale VN-rapporteurs (inzake extreme armoede en mensenrechten, inzake adequate huisvesting, levensstandaard en non-discriminatie en inzake mensenrechten van migranten) de Nederlandse regering in december 2014 nog eens expliciet op deze verplichting om opvang te bieden: "The continued refusal to provide emergency assistance for homeless migrants in an irregular situation appears to indicate a *prima facie* violation of the right of everyone to an adequate standard of living, including adequate food, clothing and housing, enshrined in article 11, paragraph

¹⁸ ECLI:DE:BVerfG:2012:ls20120718.1bv1001010.

¹⁹ Zie ook M. Beijer, De doorwerking van positieve verplichtingen bij de bescherming van fundamentele rechten in het EU-recht: een conflict met de begrensde bevoegdheden van de EU?, *NTM/NJCM-Bulletin*, jrg. 41, 2016, nr. 2, p. 204–291. Zie ook A. Terlouw en K. Zwaan, Asiel: in J. Gerards, H. de Waele en K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 195-228.

²⁰ C.A. Goudsmit, NJB-Blog 7 november 2014, 'Hebben uitgeprocedeerde asielzoekers recht op opvang?', *njb.nl*.

²¹ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment 20, punt 30, 2 juli 2009, E/C.12/GC/20.

1, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights ("ICESCR"), ratified by the Netherlands in 1978. Article 11 of the ICESCR must be read in conjunction with the non-discrimination provision of article 2, paragraph 2 ICESCR. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in its General Comment No. 20 on non-discrimination, has clarified that the right to adequate housing applies to everyone, including non-nationals, such as refugees, asylum-seekers, stateless persons, migrant workers and victims of international trafficking, *regardless of legal status and documentation*".²²

Het CRvDM benadrukte deze verplichting nogmaals in 2016 na de uitspraken van de ABRvS en de CRvB: "Het College heeft zich altijd op het standpunt gesteld dat aan het bieden van opvang, onder andere op grond van artikel 11 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, geen voorwaarden mogen worden verbonden. Het standpunt van het College hierin is ongewijzigd.²³ Nu er een systeem wordt gehanteerd waarin het stellen van een voorwaarde is toegestaan, constateert het College dat dit systeem niet sluitend is."²⁴

"Nu er een systeem wordt gehanteerd waarin het stellen van een voorwaarde is toegestaan, constateert het College dat dit systeem niet sluitend is."

Nederland heeft het IVESCR ondertekend, maar ziet de betreffende bepalingen als algemeen geformuleerde doelstellingen, en niet als een ieder verbindende bepalingen zoals bedoeld in artikel 93 en 94 Gw.²⁵ De bovengenoemde VN-rapporteurs hebben in een

brief van 25 februari 2016 de Nederlandse opstelling nogmaals veroordeeld. Nederland heeft in hun ogen de internationaalrechtelijke verplichting om een minimumniveau van opvang en andere economische, sociale en culturele rechten te bieden aan vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf. Daaraan kan niet als voorwaarde worden verbonden dat de vreemdelingen meewerken aan vertrek.²⁶

4.3 Artikel 3 EVRM

Uit het EVRM – zo is de geldende doctrine – vloeit geen algemene verplichting voort om opvang te bieden aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. Het kan echter zo zijn dat die verplichting onder bepaalde omstandigheden wel bestaat.²⁷

In een EHRM-beslissing uit 2016 in de zaak *Hunde tegen Nederland*, kreeg het EHRM de mogelijkheid om een duidelijk oordeel over de Nederlandse situatie te geven in het licht van artikel 3 EVRM.²⁸ De klager in deze zaak was een Ethiopische vreemdeling uit de groep "Wij zijn hier".²⁹ Na opvang in de Vluchtkerk werd die groep door de gemeente Amsterdam opvang aangeboden in de Vluchthaven. Later kraakten leden van de groep een parkeergarage bekend als de Vluchtgarage. Klager verbleef daar tot maart 2015, diende op 30 maart 2015 een nieuwe asielaanvraag in en ontving alsnog een asielvergunning, geldig tot 30 maart 2020. Klager stelde dat de omstandigheden in de Vluchtgarage in strijd waren met artikelen 2 en 3 EVRM. Klager was in die periode opvang in de VBL aangeboden, mits hij zou meewerken aan zijn uitzetting. Dit had hij geweigerd.

Volgens het EHRM kunnen de eerdere uitspraken van het ECSR niet automatisch tot een schending van artikel 3 EVRM leiden (r.o. 53-54).³⁰ Ook het beroep op het arrest

²² Letter of 12 December 2014, REFERENCE: UA NLD 1/2014. Cursivering van de auteur.

²³ Het CRvDM verwijst naar een brief van 1 juli 2014 over opvang ongedocumenteerden, te vinden op mensenrechten.nl.

²⁴ Brief CRvDM 5 juli 2016 kenmerk 2016/0108/AvD/EvdL/IC te vinden op de site van het CRvDM, mensenrechten.nl.

²⁵ Zie Amnesty International, *Mensenrechten op straat: Bed, bad, brood en de menselijke waardigheid*, Amsterdam 2015, p. 10.

²⁶ Zie Letter of 25 February 2016 REFERENCE OL NLD 1/2016

²⁷ Zie o.a. EHRM 11 juli 2015, nr. 60125/11, V.M. t. België EHRC 2015/197 m.nt. Den Heijer, JV 2015/281 m.nt. Slingenberg. Zie ook het VAR-pre-advies van J.H. Gerards, De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten, VAR-reeks 156, 2016, p. 66-67.

²⁸ EHRM 28 juli 2016, nr. 17931/16, *Hunde-Nederland*, ECLI:CE:ECHR:2016:0705DEC001793116.

²⁹ Zie www.wijzijnhier.org

³⁰ Onder verwijzing naar EHRM 30 juni 2015, nr. 39350/13, A.S. – Zwitserland, ECLI:CE:ECHR:2015:0630JUD003935013.

M.S.S.³¹ faalt, omdat in dat arrest sprake was van een rechtmatig verblijvende asielzoeker (r.o. 55-56). Verder accepteert het Hof het formele beleid van Nederland dat de Nederlandse autoriteiten klager opvang in een VBL hebben aangeboden en dat klager daarnaast de mogelijkheid had gehad een vergunning op grond van buitenschuld aan te vragen wanneer terugkeer naar Ethiopië echt niet mogelijk was geweest.(r.o. 57).

Het Hof komt dan vervolgens tot het oordeel "that there is no right to social assistance as such under the Convention" maar voegt daar meteen aan toe "and to the extent that Article 3 requires States to take action in situations of the most extreme poverty – also when it concerns irregular migrants – the Court notes that the Netherlands authorities have already addressed this in practical terms" (r.o. 59).

Deze laatste zin vult het Hof nader in door (nogmaals) te verwijzen naar de mogelijkheid van opvang in de VBL en de mogelijkheid tot het aanvragen van een buitenschuld-vergunning en een vergunning op medische gronden, maar ook naar het feit dat er in Nederland een bed-bad-broodvoorziening is opgezet. En hoewel deze voorziening in casu pas een jaar na de opvang van klager in de Vluchtgarage operationeel werd, heeft het Hof hier begrip voor omdat het onvermijdelijk is dat het opzetten van een opvangvoorziening door lokale autoriteiten tijd kost. Daarnaast, vervolgt het Hof, is deze bed-bad-broodvoorziening ontstaan als een resultaat van een aantal factoren op binnenlands niveau, waaronder het door klager aanwenden van binnenlandse rechtsmiddelen in verband met zijn artikel-3-EVRM-claim. Onder deze omstandigheden hebben de Nederlandse autoriteiten hun verplichtingen onder artikel 3 EVRM niet verontachtzaamd door inactiviteit of onverschilligheid (r.o. 59). Het Hof acht de klacht vervolgens kennelijk ongegrond. Hoewel niet erg helder verwoord, lijkt het Hof volgens mij hier toch een rol te zien weggelegd voor een bed-bad-broodvoorziening om 'extreme armoede' te voorkomen.

5. Toch nog ruimte voor gemeentelijke opvang?

Bestaat er nog een eigen verantwoordelijkheid van gemeenten inzake het aanbieden van een bed-bad-broodregeling? Formeel is het alleen de Staatssecretaris van J&V die opvang biedt. Het gemeentebestuur heeft volgens de Afdeling geen specifieke bevoegdheid om opvang te bieden aan uitgeprocedeerde vreemdelingen. Hiermee lijkt een uitputtende regeling te zijn gegeven, maar de gemeenten zijn in dit verband – kort gezegd – autonoom voor zover het Rijk dat toestaat. Er bestaat op dit moment geen regeling die de vreemdelingopvang tot exclusieve rijksbevoegdheid maakt. Een ruimhartig gebruik door gemeenten van de bevoegdheid op grond van artikel 172 Gemeentewet kan daarom wellicht nog soelaas bieden. Het gaat dan om de handhaving van de openbare orde/rust (en het voorkomen dat mensen op straat komen te staan) in combinatie met de algemene zorgplicht van gemeenten aan eenieder binnen de poorten van de gemeenten.³² Gemeenten beroepen zich dan op een 'autonome zorgplicht' voor ongedocumenteerden c.q. uitgeprocedeerden (gebaseerd op artikel 124 lid 1 Grondwet jo. artikel 108 lid 1 Gemeentewet). Een alternatieve weg die door een aantal gemeenten (lees: burgemeesters) is gehanteerd bij de noodopvang van asielzoekers afgelopen jaren, is toepassing van artikel 5 Wet Veiligheidsregio's.³³ Op basis van een brandbrief die vanuit het ministerie van J&V is gestuurd aan de voorzitters van de veiligheidsregio's, wordt algemeen het principe gehanteerd dat het in dit geval om crisismoments van het voorkomen daarvan gaat, die het besluit voor acute opvang bij de burgemeester neerleggen. Dit artikel spreekt weliswaar over een ramp, maar daarin zijn, conform de memorie van toelichting, de crises inbegrepen voor zover de burgemeester geen inbreuk maakt op de crisisbevoegdheden van andere overheden.

"Bestaat er nog een eigen verantwoordelijkheid van gemeenten inzake het aanbieden van een bed-bad-broodregeling?"

³⁰ Onder verwijzing naar EHRM 30 juni 2015, nr. 39350/13, A.S. – Zwitserland, ECLI:CE:ECHR:2015:0630JUD003935013.

³¹ EHRM 21 januari 2011, M.S.S. t. België en Griekenland, nr. 30696/09, JV 2011/68. In dit arrest oordeelde het EHRM voor het eerst dat er vanwege het niet toekennen van opvang een schending was van artikel 3 EVRM.

³² Besluiten worden vaak aangeduid als besluit crisismoments, en zijn voornamelijk genomen bij de recente opvang van grote aantallen asielzoekers.

³³ Zie <https://vng.nl/files/vng/publicaties/2015/factsheets-asielzoekers-en-vergunninghouders.pdf>

Bij deze vorm van opvang moeten wel twee kanttekeningen worden gemaakt. Allereerst zullen gemeenten die opvang geheel zelf moeten financieren zonder hulp van het Rijk. Daarnaast kunnen uitgeprocedeerde vreemdelingen zich niet bij de rechter beroepen op het feit dat de gemeente geen (of niet de gewenste) opvang biedt. De uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 26 november 2015 laten in beginsel de mogelijkheid open dat gemeenten opvang bieden, maar maken het niet afdwingbaar meer op grond van de Wmo 2015.

"De uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 26 november 2015 laten in beginsel de mogelijkheid open dat gemeenten opvang bieden, maar maken het niet afdwingbaar meer op grond van de Wmo 2015"

6. Hoe nu verder?

Uit een recent vooronderzoek van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) blijkt dat de zes bij dat onderzoek betrokken gemeenten de huidige mogelijkheden voor Rijksopvang onvoldoende vinden.³⁴ Vooral de strakke termijnen die in de VBL gelden, worden als problematisch gezien, zeker nu deze niet zijn toegespitst op de verschillende situaties en achtergronden van de diverse (groepen) vreemdelingen (zoals oud-gedetineerden, 65+ers, mensen met psychologische problemen en asielzoekers die nog onder de oude Vreemdelingenwet vallen). Het lukt volgens hen bijna niemand om binnen de gehanteerde

vertrektermijn van 12 weken terug te keren. Het resultaat hiervan is dat vreemdelingen na een aantal maanden weer op straat belanden en opnieuw bij de gemeente aankloppen. Daarnaast zijn er bezwaren tegen het meewerkcriterium in de VBL, omdat niet alle vreemdelingen aan terugkeer willen of kunnen meewerken. Er zijn dus altijd vreemdelingen die niet in de VBL terecht kunnen en die dus in de illegaliteit belanden. Dit heeft grote consequenties voor de openbare orde en veiligheid in de gemeenten. Ook als mensen wel aangeven mee te willen werken aan vertrek, blijkt het volgens de betreffende gemeenten soms lastig om vreemdelingen in de VBL geplaatst te krijgen.

Zowel gemeenten als het Rijk willen onrechtmatig verblijf beperken en meewerken aan het zoeken naar perspectief voor de betrokken vreemdelingen. Maar het uitgangspunt van beide partijen blijft verschillend. Gemeenten en lokale NGO's, Rijk en organisaties in de migratieketen hebben nu afgesproken zich de komende drie jaar met mensen en middelen in te spannen waarbij begonnen wordt met pilot-LVV's en een landelijk programma dat het LVV-concept moet ontwikkelen.³⁵ Dit laat volgens mij onverlet dat in ieder geval de komende tijd de praktische noodzaak van de bed-bad-broodopvang blijft bestaan. Daarnaast blijft deze gemeentelijke opvang in Nederland nodig om niet in strijd met (al dan niet direct afdwingbare) internationale verplichtingen terecht te komen.

"Dit laat volgens mij onverlet dat in ieder geval de komende tijd de praktische noodzaak van de bed-bad-broodopvang blijft bestaan"

³⁴ Verslag vooronderzoek bed bad brood 8 februari 2018 ACVZ/ADV/2018/004, p. 11.

³⁵ Zie Programmastart interbestuurlijk programma IBP, p. 26, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2017/2018, 29362, nr.266).

Vooroordelen bij de strafrechter.

Een onderzoek naar de psychologische kant
van het strafproces

1. Verschillen in straftoemeting: een internationaal probleem

*"It is not our differences that divide us. It is our
inability to recognize, accept, and celebrate those
differences" – Audre Lord.*

Op 1 januari 2015 publiceerde de Raad voor de
rechtspraak het rapport 'Etnisch gerelateerde
verschillen in de straftoemeting'. De resultaten
daarvan waren ontluisterend: tweede-generatie
Turkse en Marokkaanse Nederlanders blijken, ook
na controle op andere straftoemetingsfactoren, een
statistisch significant grotere kans te hebben op
een onvoorwaardelijke gevangenisstraf die ook nog
statistisch significant substantieel langer duurt.

Dat dit een probleem is dat niet alleen in Nederland
speelt, blijkt uit onderzoek van de Herald Tribune:



r. dr. P.E

RECHTSPLEGING

zij vergeleken 82 miljoen zaken die zich in Florida afspeelden met elkaar en kwamen zo tot de conclusie dat blanke rechters zwarte verdachten tot 10% meer celstraf veroordeelden dan blanke verdachten in vergelijkbare zaken. Dit percentage was 21% als de rechter een blanke republikein was. Was de rechter een zwarte republikein dan was het percentage zelfs 69% meer gevangentijd.

Het spreekt voor zich dat de uitkomsten van beide onderzoeken onacceptabel zijn. Ook de Raad voor de rechtspraak ziet dit in,¹ maar zij kan niet met

verklaringen komen voor het bestaan van deze substantiële verschillen in de straftoemeting. Ook de Herald Tribune komt niet met een mogelijke verklaring en houdt het bij de conclusie dat racisme nog steeds bestaat in Amerika.

In dit artikel zullen wij op zoek gaan naar de oorzaken van de verschillen in straftoemeting om er zo achter te komen in welke mate etnische vooroordelen van de rechter een rol spelen in de hedendaagse (Nederlandse) strafpraktijk. Wij zullen dit doen door eerst een algemeen psychologisch kader te schetsen (paragraaf 2) waarna wij dit kader zullen toepassen op de rechtspraak (paragraaf 3). Wij zullen uiteindelijk een antwoord formuleren op de vraag in welke mate vooroordelen een rol spelen in de hedendaagse (Nederlandse) strafpraktijk (paragraaf 4).

2. Het psychologische kader

In deze paragraaf behandelen wij bepaalde theorieën en ideeën uit de psychologie die een verklaring kunnen geven voor de verschillen in de zwaarte van de straf. Wij behandelen eerst het concept van *social perception* waarna wij bepaalde *perception biases*² behandelen. Wij sluiten deze paragraaf af met het concept van confabulatie.

2.1 Social perception

Social perception is het mentale proces van het verzamelen, selecteren en interpreteren van informatie over hoe wij onszelf en anderen zien.³ Het spreekt voor zich dat dit proces een belangrijke rol in de rechtszaal speelt: door middel van perceptie bepaalt de rechter zijn beeld van de verdachte. Dit beeld kan zowel



S. Bregonje

S. Bregonje is
rechtenstudent aan de
Radboud Universiteit



H.P. Oosterdijk

H. Oosterdijk is
rechtenstudent aan de
Radboud Universiteit

¹ H. Wermink e.a., *Etnisch gerelateerde verschillen in de straftoemeting*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2015/1, p. 100.

² Ook wel bekend als cognitive biases.

³ A. Nahavanidi e.a., *Organizational Behavior*, Thousand Oaks: Sage Publications Inc 2015, p. 114-122.

negatief als positief zijn. Gelet op het onderwerp dat wij in dit essay behandelen beperken wij ons tot de bespreking hoe *perception* tot een (al dan niet terecht) negatief beeld kan leiden.

"Door middel van perceptie bepaalt de rechter zijn beeld van de verdachte"

In de psychologie is het proces van *perception* opgedeeld in drie verschillende fases: de *attention stage* of *perception*, de *organization stage* en de *interpretation* en *judgement stage*. Tijdens de *attention stage* kiezen we de aspecten en stimuli waar we aandacht aan besteden, dit gebeurt zowel bewust als onbewust.⁴ Het kiezen van aspecten waar we aandacht aan besteden betekent natuurlijk ook dat we kiezen waar we géén aandacht aan besteden. Dit roept de vraag op wat dan bepaalt aan welke aspecten en stimuli we wel aandacht besteden en aan welke niet. Het antwoord hierop dient gezocht te worden in de *perceptual filter*. Aan de aspecten en stimuli die door deze filter komen besteden we aandacht, de aspecten die tegengehouden worden merken wij niet bewust op.⁵ Er zijn veel verschillende factoren die bepalen wat door de *perceptual filter* komt en wat niet. Cultuur en *saliency* worden over het algemeen gezien als het meest bepalend.⁶ Wij zullen dan ook alleen deze factoren kort bespreken.

Cultuur bepaalt voor een groot deel waar wij aandacht aan besteden. Zo zullen mensen in een streng islamitisch land niet raar opkijken van een vrouw in een boerka terwijl mensen in een westers land dit wel opvallend vinden. Zij zullen het zich later waarschijnlijk nog herinneren. *Saliency* heeft betrekking op de vraag hoe opvallend bepaalde aspecten zijn. Opvallend wordt hier in de meest letterlijke zin van het woord bedoeld.⁷ Denk aan kleren met felle kleuren maar ook aan mensen met een luide stem of andere ongewone aspecten. Een recent voorbeeld van

salient cue zijn de opvallende schoenen van vice-premier Hugo de Jonge die hij droeg op de bordesfoto van het kabinet Rutte III. In de rechtszaal zijn ook aspecten te benoemen die *salient* kunnen zijn. Denk bijvoorbeeld aan een zwaar buitenlands accent of gezichtsuitdrukkingen van de verdachte. Dit zal de rechter altijd opvallen. Het feit dat deze aspecten opvallen is niet per se negatief. Het is dat echter wel indien de rechter deze aspecten per definitie associeert met het schuldig zijn van de verdachte. Of dit zo is, is afhankelijk van de stereotypes die de rechter hanteert. Dit behandelen wij later.

Zoals hierboven beschreven bepaalt de *attention stage* aan welke aspecten we aandacht besteden. Als bepaalde aspecten eenmaal in onze aandacht zijn gekomen, moeten deze natuurlijk nog wel logisch gestructureerd worden. Dit gebeurt in de *organization stage* waarin de informatie uit de eerste fase verdeeld wordt in zinvolle, ordelijke en bruikbare sets.⁸ Dit gebeurt aan de hand van zogenaamde schema's.⁹ Schema's zijn mentale modellen waarmee mensen proberen bepaalde situaties te begrijpen en uit te leggen. Een (verkort) voorbeeld van een schema is als volgt: mensen verwachten op een eerste werkdag een rondleiding door het kantoorgebouw en een ontmoeting met hun collega's. Aspecten die hiermee te maken hebben en die door de *perceptual filter* zijn gekomen worden gekwalificeerd als nuttig en worden beter onthouden dan informatie die niet in het schema past.¹⁰

Als de informatie eenmaal gestructureerd is moet deze nog geïnterpreteerd en beoordeeld worden. Dit gebeurt in de *interpretation* en *judgement stage*.¹¹ In deze fase wordt de mening van iemand over een ander of over een gebeurtenis gevormd. In het strafproces speelt deze fase naar onze mening vooral een rol in het bepalen of een persoon schuldig is en welke straf passend is. Gelet op het rapport van de Raad voor de rechtspraak lijkt het dat het vooral misgaat in deze laatste fase. Men miskent dan

⁴ Zie supra noot 3.

⁵ K. Rumar, 'The role of perceptual and cognitive filters on observed behavior', in: L. Evans & R.C. Schwing (red.), *Human Behavior and Traffic Safety*, Boston: Springer 1985, p. 151-170.

⁶ S.T. Fiske & S.E. Taylor, *Social Cognition*, New York: Macgraw-Hill 1991.

⁷ Zie supra noot 3.

⁸ Zie supra noot 3.

⁹ S.T. Fiske & S.L. Neuberg, 'A continuum of impression formation from category-based to individuating processes: Influences of information and motivation on attention and interpretation.', *Advances in experimental social psychology* 1990 afl. 23, p. 1-74.

¹⁰ Zie supra noot 3.

¹¹ Zie supra noot 3.

echter dat hier een oordeel gevormd wordt op basis van kennis die hem is opgevallen en door hem gestructureerd. Ook in deze fases kunnen fouten gemaakt worden; zij treden op onder de verzamelnaam *conceptual biases*.

"Als de informatie eenmaal gestructureerd is moet deze nog geïnterpreteerd en beoordeeld worden. Dit gebeurt in de interpretation en judgement stage"

2.2 Conceptual biases

De *conceptual biases* doen zich gewoonlijk voor tijdens de eerste twee fases.¹² De belangrijkste zijn de halo- en hornseffecten, stereotypes en de *confirmation bias*. Het halo-effect werkt als volgt: een bepaalde (karakter) eigenschap van een persoon leidt tot een positieve indruk van de persoon. Deze indruk kan zo sterk zijn dat dit de centrale factor is in het selecteren, structureren en beoordelen van informatie. Denk aan het bekende gezegde: 'liefde maakt blind'. Het omgekeerde effect, dus met een negatieve indruk, noemt men het horns-effect. Bij een verdachte met een strafblad van veertig pagina's, die terecht staat voor de zoveelste winkeldiefstal, is de gedachte dat hij deze ook wel gepleegd zal hebben een uitstekend voorbeeld van het horns-effect. Het spreekt voor zich dat de associaties die een individu heeft met een bepaalde eigenschap bepalen of deze eigenschap tot een halo of horns leidt. Toegepast op het voorbeeld van het strafblad zal dit in de ogen van de rechter horns tot gevolg hebben, terwijl het denkbaar is dat dit in de ogen van bepaalde motorclubs eerder tot een halo zou leiden.

Onder stereotype wordt een generalisatie over een individu verstaan die gebaseerd is op de groep waartoe hij behoort.¹³ Stereotypen hebben een negatief beeld in onze samenleving. Dit is echter niet geheel terecht. Stereotypen hebben als groot voordeel dat ze ervoor zorgen dat wij snel en efficiënt met grote hoeveelheden informatie om kunnen gaan. Dit gaat wel ten koste van de precisie. Een stereotype bepaalt welke informatie wij opnemen in de information stage en welk gewicht

wij toekennen aan bepaalde informatie (de *organization stage*). Denk bijvoorbeeld aan het stereotype van de hoogleraar. Deze wordt in onze samenleving gezien als zeer intelligent. Dit stereotype heeft tot gevolg dat men over het algemeen stopt met zoeken naar informatie zodra er aspecten zijn die dit beeld (deels) bevestigen.¹⁴ Men zal in het concrete voorbeeld de hoogleraar inderdaad als intelligent beschouwen na één of twee intelligente uitspraken. Mogelijke minder intelligente opmerkingen die tegen het stereotype ingaan zullen óf aan de aandacht ontsnappen óf er zal minder gewicht aan toegekend worden in de *organization stage*.

"Stereotypen hebben een negatief beeld in onze samenleving. Dit is echter niet geheel terecht"

Voorgaand voorbeeld was een positief stereotype. Het spreekt voor zich dat een negatief stereotype op dezelfde manier werkt. Iemand die het eens is met het stereotype dat Marokkanen crimineel zijn, zal in de *attention stage* niet verder zoeken zodra er een aantal aspecten zijn die dat beeld bevestigen. Mocht hij toch een aantal aspecten opnemen die tegen het stereotype ingaan zal hij hier minder gewicht aan toekennen in de *organization stage*. Naar onze mening is dit dan ook een van de *perception biases* waar de rechter het meest rekening mee moet houden tijdens het strafproces.

Als laatste van de *perceptual biases* behandelen wij de *confirmation bias*. Deze bias komt er in essentie op neer dat men zoekt naar informatie die het bestaande beeld staande houdt. Een bekend voorbeeld is de studie van Charles Lord e.a. van 1979. In deze studie werden voor- en tegenstanders van de doodstraf geconfronteerd met een fictieve studie die hun beeld van de doodstraf tegensprak. Eerst kregen zij een korte samenvatting van de studie te zien. Na het lezen van deze samenvatting bleek hun standpunt (gedeeltelijk) te zijn veranderd. Daarna kregen zij de gehele - nog steeds fictieve - studie te zien, na het lezen van de gehele studie nam bijna iedereen zijn originele standpunt weer in. Zij bekritiseerden de studie die hun standpunt tegensprak

¹² A. Nahavanidi e.a., *Organizational Behavior*, Thousand Oaks: Sage Publications Inc 2015, p. 127-128.

¹³ Zie supra noot 12.

¹⁴ Zie supra noot 12.

om een tal van redenen. Zo zou de tijdsperiode te kort zijn geweest en zou er geen concreet bewijs zijn geleverd. De proefpersonen gingen dus actief op zoek naar bepaalde stukjes informatie om het – in hun ogen juiste – standpunt te bevestigen. Dit konden zij doen door de grotere hoeveelheid gegevens die zij tot hun beschikking hadden. Daarnaast stelden zij veel hogere eisen aan het bewijs dat hun standpunt weersprak. Dit effect wordt de *disconfirmation bias* genoemd. Dergelijke experimenten zijn hierna nog een aantal keer herhaald en lieten telkens het effect van de dis- en confirmation bias zien.¹⁵

2.3 Confabulatie

Confabulatie is het onbewust verzinnen, uit het verband trekken of verkeerd interpreteren van bepaalde gebeurtenissen.¹⁶ Het gaat eigenlijk om de situatie waarbij bepaalde gaten in kennis worden opgevuld door verzinsels. Door de rol van het onderbewustzijn verschilt confabulatie van liegen.¹⁷

Het verschijnsel van confabulatie wordt in verband gebracht met verschillende psychische aandoeningen waaronder schizofrenie en dementie – maar kan ook optreden bij ‘gewone’ mensen. Het gaat dan vaak om een onbewuste beslissing, waarvoor allerlei bewuste redenen worden aangevoerd.¹⁸ Een mooi voorbeeld hiervan is een Zweeds onderzoek waarbij deelnemers steeds twee kaartjes met foto’s van personen te zien kregen en moesten aangeven welke zij het aantrekkelijkst vonden. Om de zoveel keer werd het gekozen kaartje verwisseld met het afgewezen kaartje, zonder dat de deelnemers dit wisten. Als hen daarna werd gevraagd waarom ze juist dat kaartje gekozen hadden, kwamen de deelnemers veelal met een uitgebreide argumentatie.¹⁹ Dit experiment toont aan dat confabulatie voorkomt wanneer mensen niet weten waarom ze een bepaalde keuze hebben gemaakt, maar deze keuze wel toe moeten lichten. Een van de onderzoekers, Lucas Hall, sluit niet uit dat in het meest extreme geval de mens constant confabuleert.

Het proces van confabulatie speelt in de rechtszaal een rol, wanneer het gaat om de legitimatie van een

bepaalde keuze. Het verschijnsel treedt op als de rechter onvoldoende informatie heeft om een bepaalde keuze te motiveren.²⁰

"Het proces van confabulatie speelt in de rechtszaal een rol, wanneer het gaat om de legitimatie van een bepaalde keuze"

3. Psychologisch kader toegepast op de rechtspraak

Dat de concepten uit de vorige paragraaf een rol spelen binnen de rechtspraak staat buiten kijf. Het zijn processen die spelen bij elk mens, dus ook bij rechters. In deze paragraaf zullen we de theorieën over *social perception*, *perception biases* en confabulatie toepassen op de rechtspraak, waarbij wij ons richten op vooroordelen bij strafrechters.

3.1 Fases van perceptie

De drie verschillende fases van perceptie, welke wij hiervoor beschreven hebben, spelen natuurlijk een grote rol in het strafproces. Zij bepalen waar de rechter aandacht aan besteedt, hoe hij deze informatie organiseert en hoe hij uiteindelijk oordeelt op basis van deze georganiseerde informatie.

Ten eerste behandelen wij de fase van perceptie. Deze fase is tijdens het strafproces van belang voor het beantwoorden van de vraag aan welke aspecten de strafrechter aandacht besteedt. Zoals hiervoor beschreven zal hij aandacht besteden aan de aspecten die door de *perceptual filter* komen en de overige aspecten negeren. Waaruit bestaat die *perceptual filter* van de rechter dan en hoe kan een advocaat of officier ervoor zorgen dat bepaalde aspecten (onbewust) door de rechter opgenomen worden? Zoals wij al beschreven hebben in de voorgaande paragraaf speelt cultuur een belangrijke rol in het creëren van de *perceptual filter*. Onder cultuur moet in deze context naar onze mening

¹⁵ Charles, Lodge & Milton, 'Motivated Skepticism in the Evaluation of Political Beliefs', *American Journal of Political Science* 2006, afl. 50, p. 755-769.

¹⁶ A. Fotopoulou, M.A. Conway & M. Solms, 'Confabulation: motivated reality monitoring', *Neuropsychologia* 2007, afl. 10, p. 2180-2190.

¹⁷ M. Moscovitch, 'Confabulation', in D.L. Schacter e.a. (red.), *Memory Distortion*, Cambridge MA: Harvard University Press 1995, p. 226-251.

¹⁸ M. Slors, *Dat had je gedacht. Hersenen, bewustzijn en vrije wil filosofisch perspectief*, Amsterdam: Boom 2012.

¹⁹ P. Johansson e.a., 'Choice blindness and preference change: you will like this paper better if you (believe you) chose to read it', *Journal of behavioral decision making* 2013, afl. 3, p. 281-289.

²⁰ C. Deelen, 'De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel', *NJB* 2015/1506, afl. 6, p. 356-363.

niet alleen de Nederlandse cultuur verstaan worden, maar ook de organisatiecultuur. De cultuur zoals die heerst in de rechterlijke macht speelt dus ook een rol in de samenstelling van de *perceptual filter*.

Het voert te ver om in dit essay de organisatiecultuur van de rechterlijke macht in detail te beschrijven. Een versimpeld voorbeeld van hoe de organisatiecultuur van invloed kan zijn op de *perceptual filter* luidt als volgt: ervan uitgaande dat rechters zich inderdaad niet laten leiden door bepaalde stereotypes zullen zij aspecten die hiermee te maken hebben minder snel opmerken dan de gemiddelde mens. Uit de rechterlijke cultuur volgt een zekere mate van terughoudendheid in het gebruik van stereotypen.

Ten tweede behandelen wij de *organization stage*. Zoals al gezegd spelen schema's hier een belangrijke rol. Aan de hand van deze schema's proberen mensen bepaalde situaties uit te leggen en te begrijpen. Van belang is hierbij de dwingende volgorde van de artikelen 348 en 350 Sv. Wij zien dit als een psychologisch schema. De rechter ordent de aspecten op een zodanige manier dat er per vraag bepaalde sets ontstaan waarmee hij in de latere fase van *interpretation* en *judgement* over het antwoord op deze vraag beslist. Het lijkt ons echter niet waarschijnlijk dat dit proces alleen beïnvloed wordt door het wettelijke schema. Naar onze mening spelen hier ook de levenservaring van de rechter en zijn persoonlijkheidskenmerken een rol. Zo zal een rechter die ooit zelf het slachtoffer is geweest van een gewelddadige overval waarschijnlijk van mening zijn dat voor een dergelijk delict een zwaardere straf op zijn plaats is dan zijn collega's.²¹

"Van belang is hierbij de dwingende volgorde van de artikelen 348 en 350 Sv. Wij zien dit als een psychologisch schema"

Dit brengt ons bij de bespreking van de laatste fase van perceptie: de *interpretation* en *judgement* fase. Zoals al gezegd wordt het oordeel van de rechter hier aan de hand van de gestructureerde informatie uit de eerdere twee fases gevormd. Deze fase is interessant in het strafproces,

omdat in deze psychologische fase het oordeel over het lot van de verdachte geveld wordt: is hij schuldig of onschuldig? Is een celstraf of juist een taakstraf passend? Zoals al eerder gezegd lijkt de conclusie op basis van het rapport van de Raad voor de rechtspraak dat het hier mis gaat. Allochtone minderheden krijgen namelijk veel eerder celstraf, die ook nog langer duurt. Deze beslissingen zijn vanwege strijd met het gelijkheidsbeginsel onwenselijk. Toch gaat het niet alleen mis in deze fase, de beslissing is genomen op basis van de eerdere twee fases. Zo blijkt uit onderzoek dat in zaken waar er sprake is van veel emotionele schade bij de slachtoffer de verdachte eerder veroordeeld zal worden.²² Deze emotionele schade valt de rechter op in de eerste fase maar wordt bij de *organization* fase als het ware bij de verkeerde set geplaatst. De emotionele schade van het slachtoffer gaat een rol spelen bij de bewijsvraag en - hoe menselijk dit ook is - daar hoort het niet thuis. Dit leidt tot verkeerde beslissingen.

3.2 Halo en horns

Halo- en horns-effecten spelen al voor de aanvang van de daadwerkelijke zitting een rol. Zoals in de vorige paragraaf ook al aan bod kwam, zal een rechter snel een negatief beeld hebben van iemand met een lang strafblad. Het horns-effect treedt al op vanaf het moment dat de rechter de naam van de verdachte weet; een rechter zal immers een ander beeld hebben bij een Piet dan bij een Mohammed. Deze eerste indruk kan effect hebben op hoe iemand later gezien wordt en hoe zijn gedrag geïnterpreteerd wordt.

Ons vermoeden dat een rechter een halo creëert bij iemand met een Nederlands uiterlijk of met een Nederlandse naam en horns bij iemand met een niet-Nederlands uiterlijk of naam lijkt grotendeels bevestigd door het onderzoek van de Raad voor de rechtspraak uit 2015. Uit dat onderzoek (en uit de onderzoeken die daaraan vooraf gingen) bleek dat verdachten met een niet-Nederlandse achtergrond vaker en strenger gestraft worden.²³ Een mogelijke verklaring is dus te vinden in het halo/horns-effect.

3.3 Stereotypes

Hoewel stereotypes zorgen voor efficiëntie, hebben zij als groot nadeel dat ze moeilijk te veranderen zijn. Door stereotypes onthouden we bepaalde informatie

²¹ R.J.R Levesque, *The psychology of law and criminal justice processes*, New York: Nova Science Publishers 2006, p. 615.

²² Zie supra noot 21.

²³ H. Wermink e.a., *Etnisch gerelateerde verschillen in de straftoemeting*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2015/1.

beter en andere informatie slechter.²⁴ Ook rechters hebben stereotypes die onbewust een rol kunnen spelen binnen het strafproces. Een rechter die al vaak heeft gezien dat iemand met een bepaalde etnische achtergrond een bepaald delict pleegt, zal minder snel zoeken naar aspecten die dit beeld onderuit halen.

Laten we als voorbeeld een Oost-Europeaan nemen. De rechter weet door zijn ervaring in het vak dat Oost-Europeanen relatief vaak betrokken zijn bij fietsendiefstal.²⁵ Voor hem verschijnt een man met een Oost-Europees uiterlijk en met een accent dat lijkt op een Pools accent. Als deze man verdacht wordt van fietsendiefstal, is de kans groot dat de rechter voorbijgaat aan bewijs dat zijn stereotype ('Oost-Europeanen stelen fietsen') ondergraaft. Dat terwijl hij waarschijnlijk meer gewicht zal toekennen aan stukken die bewijzen dat de verdachte de fiets heeft gestolen, omdat deze stukken zijn stereotype bevestigen. Dit heeft ook te maken met de *confirmation bias* van de rechter.

3.4 Confirmation bias

De *confirmation bias* speelt in het bijzonder als het gaat om alternatieve scenario's. Blindheid voor hetgeen de eigen visie ondermijnt kan leiden tot tunnelvisie. Misschien wel het meest spraakmakende voorbeeld uit de Nederlandse rechtspraak is de zaak van Lucia de B. Deze verpleegster leek wel erg vaak aanwezig te zijn bij het overlijden van patiënten. Het dagboek van Lucia de Berk, berekeningen van statistici en beschuldigingen van andere strafbare feiten in de jaren '70: er leek maar één conclusie mogelijk: Lucia is schuldig aan meerdere moorden. Ze werd veroordeeld tot levenslang. De rechters in deze zaak besteedden voornamelijk aandacht aan het bewijs dat hun eigen standpunt, namelijk het standpunt dat De Berk schuldig is, ondersteunde. Aan het feit dat Lucia bleef ontkennen en aan het gegeven dat er in de tijd dat de B. in het ziekenhuis werkte niet meer sterfgevallen waren dan in de periode daarvoor, werd voorbijgegaan.

Deze zaak is een goed voorbeeld van een nadelig effect van de *confirmation bias* in de hedendaagse strafrechtspraak. Rechters moeten ervoor waken dat zij niet toegeven aan hun *confirmation bias*, maar dat is makkelijker gezegd dan gedaan.

3.5 Confabulatie

Confabulatie speelt binnen het strafproces eigenlijk vooral bij verklaringen van getuigen of de verdachte, aangezien het concept ziet op vervormde herinneringen. Confabulatie speelt echter in de vorm van het zoeken van een bewuste verklaring voor een onbewust oordeel ook bij de rechter zelf.

Bij de vorming van een oordeel door een rechter zijn er twee fases te onderscheiden. De eerste is de heuristische fase, waarbij de beslissing eigenlijk al wordt gemaakt. Deze fase heeft weinig met bewuste beslissingen te maken, de intuïtie speelt een grote rol. De tweede fase is die van de legitimatie. Hierbij zoekt de rechter een motivering die aansluit bij de beslissing die hij in de eerste fase heeft gemaakt. Hier is dus sprake van confabulatie: een onbewust genomen beslissing wordt met bewuste gronden onderbouwd.

"Confabulatie speelt binnen het strafproces eigenlijk vooral bij verklaringen van getuigen of de verdachte, aangezien het concept ziet op vervormde herinneringen"

Confabulatie hoeft niet problematisch te zijn. In het strafrecht bepaalt onze intuïtie soms al wat een juiste beslissing is. Een verdachte van moord, die met een bebloed mes is aangetroffen op de plaats delict en in zijn dagboek heeft geschreven dat hij een hekel heeft aan het slachtoffer, wordt waarschijnlijk veroordeeld. Dat zullen de meesten logisch vinden. Er moet dan alleen nog een goede motivering voor de veroordeling bedacht worden.

Het concept van confabulatie is wel problematisch als de rechter eigenlijk te weinig kennis over een zaak heeft om tot een goede beslissing te komen.²⁶ Door de bewuste motivering is de rechter ervan overtuigd dat hij een bewuste beslissing heeft gemaakt, terwijl er onbewuste redenen achter zijn oordeel zaten. Hierdoor kan een rechterlijk oordeel steunen op onbewuste redenen, waardoor vooroordelen van de rechter tegenover de verdachte vrij spel hebben.

²⁴ A. Nahavanidi e.a., *Organizational Behavior*, Thousand Oaks: Sage Publications Inc 2015, p. 127.

²⁵ Dit is puur hypothetisch, of Oost-Europeanen inderdaad vaak bij fietsendiefstal betrokken zijn, hebben we niet onderzocht.

²⁶ C. Deelen, 'De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel', *NJB* 2015/1506, afl. 6, p. 356-363.

De in deze paragraaf beschreven concepten zijn sterk aan elkaar verwant en dragen bij aan de werking van vooroordelen binnen de strafrechtspraak. De resultaten van het onderzoek van de Raad voor de rechtspraak lijken schokkend, maar zijn het gevolg van psychologische processen die bij ieder mens spelen. Het wordt pas problematisch als de rechter zijn vooroordelen een te grote invloed laat hebben op zijn uiteindelijke oordeel.

"De resultaten van het onderzoek van de Raad voor de rechtspraak lijken schokkend, maar zijn het gevolg van psychologische processen die bij ieder mens spelen"

4. Conclusie

Gezien het voorgaande zijn wij van mening dat de meest waarschijnlijke verklaring van de verschillen in strafmaat gezocht dient te worden in een samenspel van de *confirmation bias* en stereotypen. Zoals al eerder gezegd kunnen beiden processen zich afspelen in het onbewuste van de rechter. Dit heeft automatisch tot gevolg dat de rechter zich niet bewust is van het gebruik van stereotypen en hun invloed op de uiteindelijke beslissing. Wat bedoelen wij dan met een samenspel tussen stereotypen en de *confirmation bias* en hoe leidt dit samenspel volgens ons tot de ongerechtvaardigde verschillen in de strafmaat?

De *confirmation bias* laat mensen vooral zoeken naar bewijs dat het eigen standpunt ondersteunt en maakt ze (gedeeltelijk) blind voor bewijs dat tegen dat standpunt ingaat. Het standpunt van de rechter wordt gedeeltelijk ingekleurd door stereotypes. Zeventig

procent van de mensen blijkt negatieve associaties te hebben met etnische minderheden.²⁷ Wij zien geen aanleiding om te aan te nemen dat rechters anders zijn. Het samenspel bestaat volgens ons dan ook door het onbewust gebruiken van het negatieve stereotype over niet-westerse allochtonen. De *confirmation bias* zorgt er vervolgens voor dat er veel meer aandacht wordt besteed aan het bewijs dat dit negatieve stereotype bevestigt terwijl er aan bewijs dat dit stereotype tegenspreekt veel minder waarde toegekend wordt.

Ervan uitgaande dat dit beeld (deels) inhoudt dat niet-westerse allochtonen vaker misdaden plegen en dat de verdachte die nu voor de rechter zit 'het ook wel weer gedaan zou hebben' verklaart dit de hogere straffen en hogere kans op celstraf. Als de rechter tot de conclusie komt dat het beeld weer bewezen is – al dan niet onder invloed van de *confirmation bias* – bevestigt dit niet alleen het stereotype. Er kan hier ook een soort onbewuste irritatie (de al dan niet terecht: 'zie je wel het is weer zo'n rotjochie'-redenering) ontstaan die leidt tot strengere straffen.

Wij zijn ons bewust van het feit dat wij uitspraken doen over de rechterlijke macht zonder empirisch onderzoek te hebben gedaan. Wij hebben op basis van literatuuronderzoek de belangrijkste psychologische aspecten toegepast om zo tot de in onze mening meest waarschijnlijke verklaring van de verschillen in strafmaat te komen. Onze conclusie kan deels empirisch getest worden door het afnemen van IAT, een psychologische test ontwikkeld door psychologen aan Harvard die onbewuste vooroordelen meet. Wij zijn van mening dat vervolgonderzoek in de vorm van de IAT nodig is om definitief uitsluitsel te geven over de juistheid van onze conclusie.

²⁷ V. Lamme, 'Een brein dat niet profileert is morgen dood', NRC 5 oktober 2016, NRC.nl.

Het vervreemdingsverbod van art. 4:45 BW.

Wat bij leven mag, moet ook kunnen bij dode.

Inleiding

In dit artikel besteed ik aandacht aan het bepaalde in art. 4:45 lid 2 BW. Deze bepaling verklaart een voorwaarde of last verbonden aan een uiterste wilsbeschikking die de strekking heeft de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring van goederen uit te sluiten, voor niet geschreven. Een bepaling die niet los mag worden gezien van art. 3:83 BW. Over art. 4:45 lid 2 BW is weinig geschreven en bestaat ook weinig jurisprudentie.¹ Uit de laatste vijf jaar zijn mij twee uitspraken bekend waarbij art. 4:45 lid 2 BW een rol speelt.

In dit artikel komen deze uitspraken aan de orde. Daaraan voorafgaande zal ik in het kort de hoofdprincipes van art. 3:83 BW en art. 4:45 lid 2 BW behandelen.

Overdraagbaarheid van goederen, een grondbeginsel van het burgerlijk recht

Overdraagbaarheid van goederen is een basisprincipe van ons recht.² Wie overdraagbaarheid van goederen wil beperken, stuit op art. 3:83 BW.

Art. 3:83 BW luidt:

1. Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.
2. De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.
3. Alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt.

¹ Ook W. Breemhaar, De uiterste wilsbeschikking, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, nr. 94 legt een verband tussen art. 4:45 lid 2 BW en art. 3:83 BW, net als H. Stolz, De voorwaarde in het vermogensrecht (diss. Leiden, Boom Master-reeks), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 431.

² Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/210. A.H. Scheltema, 'Ontbindende voorwaarde en vervreemdingsverbod', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XX* (2003), p. 39, schrijft: 'De vrije overdraagbaarheid van goederen is, zo wordt algemeen aangenomen, één van de grondbeginselen van het BW'; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/34.

Test



Mr. T.F.H. Reijnen

Mr. T.F.H. Reijnen is docent Erf- en relatievermogensrecht bij de vaksectie Notarieel Recht

ament



Art. 3:83 lid 1 BW maakt het voor zaken onmogelijk de overdraagbaarheid bij overeenkomst te beperken. Het uitgangspunt van overdraagbaarheid geldt ook voor beperkte rechten en vorderingen, zij het minder absoluut dan voor eigendom. Tenzij de wet of de aard van het recht anders bepalen, kan de overdraagbaarheid

van beperkte rechten niet door een beding worden uitgesloten of beperkt.³ Voor vorderingsrechten geldt dat het schuldenaar en schuldeiser vrij staat de tussen hen geldende rechtsverhouding zelf in te vullen. Zo kunnen zij ook het vorderingsrecht onoverdraagbaar maken of de overdraagbaarheid aan beperkingen onderwerpen.⁴

³ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/211. Een voorbeeld is erfpacht. Art. 5:91 BW maakt het mogelijk overdraagbaarheid te koppelen aan toestemming van de eigenaar. Daarentegen bepaalt art. 3:223 BW uitdrukkelijk dat de vruchtgebruiker bevoegd is zijn recht aan een derde over te dragen of te bezwaren. Is echter aan de oorspronkelijke vruchtgebruiker bij de vestiging van het vruchtgebruik een grotere bevoegdheid tot vervreemding, verbruik of vertering gegeven dan de wet aan de vruchtgebruiker toekent, dan komt die ruimere bevoegdheid niet aan de latere verkrijgers van het vruchtgebruik toe.

⁴ Art. 3:83 lid 2 BW ziet niet alleen op de mogelijkheid de overdracht te beperken doch ook op de mogelijkheid tot beperking van het vestigen van zekerheidsrechten, zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/213.

Een verdere beperking is dat het beding uitsluitend kan worden gemaakt in het belang van de schuldenaar. De schuldeiser heeft geen belang bij het onoverdraagbaar maken van een vorderingsrecht.⁵ Als een dergelijk beding op de voet van art. 3:83 lid 2 BW is gemaakt, heeft het goederenrechtelijke werking.⁶

Uiteraard geldt dat als een goed niet overdraagbaar is, dat niet wil zeggen dat het niet voor overgang onder algemene titel vatbaar is⁷ of voor beslag.⁸

Het vervreemdingsverbod van art. 4:45 lid 2 BW

Naast art. 3:83 BW kent de wet in het erfrecht nog een bijzondere bepaling die het behoud van de overdraagbaarheid van goederen tot onderwerp heeft. De tekst van art. 4:45 lid 2 BW luidt:

'Een voorwaarde of last die de strekking heeft de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring van goederen uit te sluiten, wordt voor niet geschreven gehouden.'

Art. 4:45 lid 2 BW kan niet zien op het goederenrechtelijk onoverdraagbaar maken van zaken. Dat wordt immers al uitgesloten door art. 3:83 lid 1 BW.⁹ Hetzelfde geldt voor schuldvorderingen die de erflater op derden heeft. Als ten aanzien van een dergelijke vordering tussen de erflater als schuldeiser en de schuldenaar is overeengekomen dat deze vordering niet overdraagbaar is, dan is deze vordering niet overdraagbaar. De erflater kan dat niet eenzijdig bepalen, noch in zijn verhouding met de schuldenaar, noch ten aanzien van de verkrijger van de vordering krachtens erfrecht.

Gaat het bij art. 3:83 BW om het niet *kunnen* overdragen (goederenrechtelijk), art. 4:45 lid 2 BW ziet op het niet *mogen* vervreemden of bezwaren (obligatoir) door aan

de uiterste wilsbeschikking beperkingen ten aanzien van de vervreemding en bezwaring te verbinden.¹⁰

Verder is van belang, dat bij de interpretatie van art. 4:45 lid 2 BW mag worden aangenomen dat wat bij leven mogelijk is, ook bij dode moet kunnen, tenzij uit het recht anders voortvloeit. Anders gezegd, als het is toegestaan de overdraagbaarheid van een goed bij leven te beperken, moet het ook mogelijk zijn bij uiterste wilsbeschikking de overdraagbaarheid te beperken. Daarmee kan art. 4:45 lid 2 BW niet meer in stelling worden gebracht tegen beperkingen in de overdraagbaarheid als toegestaan in art. 3:83 BW. Dit wil zeggen dat het vervreemdingsverbod zonder meer geldt voor zaken; zaken kunnen immers niet onoverdraagbaar worden gemaakt. Voor beperkte rechten geldt dat deze niet zonder strijd met art. 4:45 BW onoverdraagbaar kunnen worden gemaakt door daaraan voorwaarden of lasten te verbinden, tenzij dit op grond van art. 3:83 BW al mogelijk was. Resteert de mogelijkheid vorderingsrechten onoverdraagbaar te maken.

"Anders gezegd, als het is toegestaan de overdraagbaarheid van een goed bij leven te beperken, moet het ook mogelijk zijn bij uiterste wilsbeschikking de overdraagbaarheid te beperken"

Art. 3:83 lid 2 BW eist niet dat het beding van niet-overdraagbaarheid wordt *overeengekomen* tussen de schuldenaar en de schuldeiser, daarmee hoeft het slechts tussen schuldeiser en schuldenaar *te gelden*. Het is daarmee voor een erflater mogelijk ten aanzien

⁵ F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen, serie Recht en praktijk, deel 126), Deventer: Kluwer 2003, p. 65 en p. 70 e.v.; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/213 en 216.

⁶ HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 m.nt. H.J. Snijders (Coface/Intergamma), waarin expliciet HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, NJ 2004/281 m.nt. H.J. Snijders is bevestigd. Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/110.

⁷ Bijvoorbeeld door de werking van de saisine (art. 4:182 BW).

⁸ Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/217.

⁹ Zo ook Asser/Perrick 4 2017/234.

¹⁰ Breemhaar 1992, nr. 94 merkt op dat art. 4:45 lid 2 BW ziet op voorwaarden en lasten die maken dat een erfgenaam niet over de vermaakte goederen *kan* beschikken en niet *mag* beschikken.

van het uit een legaat voortspuitend vorderingsrecht te bepalen dat dit niet *kan* worden overgedragen.¹¹

Daarmee acht ik beperkingen ten aanzien van de overdraagbaarheid die mogelijk zijn op grond van art. 3:83 BW, ook mogelijk ten aanzien van erfrechtelijke verkrijgingen.

Vandaar dat art. 4:45 lid 2 BW maar een klein gebied beslaat, het verbiedt slechts het niet *mogen* overdragen of bezwaren van goederen als art. 3:83 BW de goederenrechtelijke beperking van het *kunnen* overdragen niet toestaat.

Art. 4:45 lid 2 BW geldt slechts voor het verbod tot vervreemding of bezwaring. Beperkingen in de bevoegdheid tot het mogen overdragen of bezwaren zijn wel mogelijk. Het vaststellen van de grens tussen verbieden en beperken is voorbehouden aan de rechtspraak.¹² Of sprake is van overtreding van art. 4:45 lid 2 BW zal in een concrete situatie moeten worden getoetst aan de openbare orde en goede zeden.¹³

Als art. 4:45 lid 2 BW alleen zag op het uitsluiten van vervreemding en bezwaring van goederen, zou hiermee het hele verhaal zijn verteld. Art. 4:45 lid 2 BW gaat echter verder dan het bestrijden van het verbod tot overdracht of bezwaring van een krachtens erfrecht verkregen goed. Immers, niet alleen het verbod tot overdracht of bezwaring wordt bestreden, maar ook de voorwaarde of last die de *strekking* heeft vervreemding of bezwaring te verhinderen.

Ter illustratie daarvan verwijst Schoordijk naar een ongepubliceerde uitspraak van rechtbank Breda van 19 juni 1984. In de berechte casus ging het om een uiterste wilsbeschikking met de volgende inhoud:

'a) dat Landgoed X zal worden geacht als te behoren bij en een geheel uit te maken met de overige tot de Stichting behorende vaste goederen.

b) dat Landgoed X zal worden gebezigd tot het doel waarvoor de Stichting werd opgericht.'

Het doel van de stichting was de ziekenzorg. De rechtbank was van oordeel dat art. 931 (oud) BW, de voorloper van het huidige art. 4:45 lid 2 BW, zich er tegen verzet dat bovenstaande bepaling zou leiden tot een gehele of gedeeltelijke onvervreemdbaarheid van het landgoed.¹⁴ Ik ben van mening dat elk van de onder a) en b) opgenomen bepalingen afzonderlijk niet in strijd zijn met het vervreemdingsverbod, maar in samenhang bezien wel.

Jurisprudentie

De laatste jaren is, voor zover mij bekend, de problematiek van art. 4:45 lid 2 BW slechts twee keer aan de rechter voorgelegd. Ik bespreek deze beide zaken.

"De laatste jaren is, voor zover mij bekend, de problematiek van art. 4:45 lid 2 BW slechts twee keer aan de rechter voorgelegd. Ik bespreek deze beide zaken"

De eerste zaak betreft een arrest van hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4288.¹⁵ In 1980 hebben stiefzoon X en huishoudster Y samen een huis geërfd. In zijn uiterste wil had de erflater bepaald: 'Ik leg mijn voornoemde erfgenamen - op straffe van onterving - de last op om het tot mijn nalatenschap behorend onroerend goed slechts met beider toestemming te verkopen.' Na het overlijden ontstaat onenigheid tussen X en Y over de verdeling van de woning. Nadat het arrest van het hof, waarin werd geoordeeld dat de woning aan X moest worden toebedeeld, onherroepelijk is geworden (na verwerping van het cassatieberoep in 2011¹⁶) verkoopt X de woning door aan een derde. Voor deze verkoop is

¹¹ Zo ook Asser/Perrick 4 2017/234 en Breemhaar 192, nr. 93, beiden evenwel zonder in te gaan op de vraag of het beding moet zijn opgemaakt tussen de schuldenaar en de schuldeiser of slechts tussen hen moet gelden.

¹² *Kamerstukken II* 1981-1982, 17.141, nr. 3, p. 40-41. Zie ook Asser/Perrick 4 2017/234 en Handboek Erfrecht, F.W.J.M. Schols 2015/VI.2.6.

¹³ Vgl. Asser/Perrick 4 2017/234. Onder verwijzing naar Breemhaar, merkt Perrick op: 'Het gaat erom dat de goederen niet verder aan het rechtsverkeer worden onttrokken dan maatschappelijk aanvaardbaar is'.

¹⁴ H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen* naar boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11), Deventer: Kluwer 1986, p. 248.

¹⁵ Zie over dit arrest J.L.D.J. Maasland, 'De nietigheid van het testamentaire vervreemdingsverbod', *TE* 2013/3.

¹⁶ HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0531, *RvdW* 2011/426.

geen toestemming gevraagd aan de erfgenamen van de inmiddels overleden Y. De erfgenamen van Y laten het hierbij niet zitten en vorderen dat X door het overtreden van de last, alsnog is onterfd.

Het hof oordeelt dat de bepaling dat de woning slechts met beider toestemming verkocht mag worden, zich slechts kan voordoen nadat de woning is verdeeld. Het hof oordeelt:

'De last doet zich in de praktijk juist gevoelen in de situatie dat de woning aan een van de erfgenamen is toegedeeld en geleverd. Op dat moment is die erfgenaam eigenaar van de woning, maar kan deze niet verkopen zonder toestemming van de andere erfgenamen of diens rechtsopvolgers. De erflater heeft aan dit vereiste van toestemming geen beperking in de tijd verbonden en evenmin een voorziening getroffen voor het geval de andere erfgenaam zijn toestemming blijvend weigert. Het hof is dan ook van oordeel dat, nu de mogelijkheid bestaat dat de andere erfgenaam zijn toestemming blijvend weigert, sprake is van een zodanige beperking van de bevoegdheid een tot vervreemding strekkende koopovereenkomst te sluiten dat die bevoegdheid de facto is uitgesloten. Indien de erflater met deze last al wilde bereiken dat [Y] tot haar overlijden in de woning zou kunnen blijven wonen, zou dat gedurende het leven van [Y] nog een rechtvaardiging hebben kunnen zijn voor de beperkingen die de last aan [X] oplegt, maar zeker niet meer na haar overlijden.'

Het resultaat is dat het hof de bepaling voor niet geschreven beschouwt. De woning kan daarmee worden verkocht zonder toestemming van de erfgenamen van Y.

De argumenten van het hof overtuigen mij niet geheel. Voor het eindoordeel van het hof spreekt inderdaad dat de beperking niet in tijd of persoon is beperkt. Tegen het oordeel van het hof spreekt dat slechts éénmaal toestemming gegeven zou hoeven te worden. De

verkrijger van de woning had bij doorverkoop immers geen toestemming nodig van de (erfgenamen van) X of Y. Ook het argument van blijvende weigering spreekt mij niet aan. Zonder gegronde redenen toestemming weigeren zou immers misbruik van recht kunnen opleveren (art. 3:13 BW). Verder kan het hof worden tegengeworpen dat de last niet een verbod tot vervreemding of bezwaring inhoudt, maar slechts een beperking daarvan. Wil de beperking voor ongeschreven worden gehouden, dan is daarvoor vereist dat de bepaling de strekking moet hebben vervreemding of bezwaring te verhinderen. Dat is hier volgens mij niet het geval. Daarnaast kent de wet een bepaling die de mogelijkheid biedt tot wijziging of gehele of gedeeltelijke opheffing van de last (art. 4:134 BW).

"Voor het eindoordeel van het hof spreekt inderdaad dat de beperking niet in tijd of persoon is beperkt. Tegen het oordeel van het hof spreekt dat slechts éénmaal toestemming gegeven zou hoeven te worden"

Het tweede geval waarin art. 4:45 lid 2 BW aan de orde kwam, was in het vonnis van rechtbank Limburg 21 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM: 2018:1753. In de uiterste wil van tante is de volgende passage opgenomen:

'Ik leg mijn hierna bedoelde legatarissen en erfgenamen de volgende last en verplichting op:

- zij mogen niets van mijn eigendommen (van de gebouwen en het land) verkopen/vervreemden aan de familie van [naam 2], diens kinderen of kleinkinderen (...) Bij eventuele vervreemding van deze eigendommen of een gedeelte daarvan dient deze verplichting bij wijze van kettingbeding of kwalitatieve verplichting aan de opvolgende eigenaren te worden opgelegd. (...).'

Nadat het tot de nalatenschap behorende land (in het vonnis omschreven als veldwei) is toebedeeld aan een van de erfgenamen, verkoopt deze erfgenaam de veldwei aan een lid van de 'verboden familie'. Hierop wenst de erfgenaam de koop te ontbinden ten einde niet in strijd te handelen met het in de uiterste wil opgenomen verkoopverbod. De rechtbank is van oordeel dat de verplichting niet valt binnen het bereik van art. 4:45 lid 2 BW. Dit lijkt mij juist. Hoewel het verbod tot verkoop aan leden van een bepaalde familie een last in de zin van art. 4:130 BW vormt, is deze last niet gericht op het onoverdraagbaar maken van de veldwei en heeft de last ook niet die strekking. Het verbod is immers slechts gericht tegen vervreemding aan één bepaalde familie.¹⁷

Tot slot

Art. 4:45 lid 2 BW zal ongetwijfeld de behoefte van sommige erflaters over het graf heen te regeren in de kiem smoren. Een niet onbelangrijke verworvenheid van de Franse revolutie. Men kan concluderen dat het toepassingsgebied van art. 4:45 lid 2 BW zeer beperkt is. Het ziet uitsluitend op obligatoire verboden tot vervreemding of bezwaring of die daartoe de strekking hebben. Als een beperking in de overdraagbaarheid is toegestaan op grond van art. 3:83 BW moet dat ook kunnen bij uiterste wil, ook als de uiterste wilsbeschikking slechts ziet op het obligatoir beperken van de mogelijkheid tot vervreemding of bezwaring. Wat bij leven mag, moet ook kunnen bij dode.

"Men kan concluderen dat het toepassingsgebied van art. 4:45 lid 2 BW zeer beperkt is"

¹⁷ Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de last er wel toe leidt dat de verkoper beperkt wordt in zijn beschikkingsbevoegdheid en omdat de koper van de last op de hoogte komt nog voordat de levering plaatsvindt, hij niet beschermd moet worden. Wel wordt de koper vervangende schadevergoeding toegewezen. Over dit oordeel alleen zou al een artikel geschreven kunnen worden.

PIMP JE CV • WIN €750

Essaywedstrijd



DE (ON)ZICHTBARE RECHTER

DE (ON)ZICHTBARE RECHTER

Dit is het onderwerp waar de rechtbank graag jullie mening over hoort. Onder de toga van de rechter zit een mens van vlees en bloed, met eigen interesses, overtuigingen en idealen. In hoeverre mag en kan een rechter dit laten zien?

Vertel hoe jij hierover denkt door mee te doen aan onze essaywedstrijd.

Voor wie?

Alle studenten zijn welkom om deel te nemen aan de essaywedstrijd, ongeacht de studierichting. Eis is wel dat je staat ingeschreven bij een Nederlandse onderwijsinstelling.

Prijs

De winnaar wordt beloond met een geldbedrag van € 750,-. Dit bedrag stelt de Radboud Universiteit Nijmegen ter beschikking. Daarbij maakt hij of zij kans op een publicatie in een vaktijdschrift en op Rechtspraak.nl.

Daarnaast mogen de drie beste deelnemers aangeven wat ze bij de rechtbank Gelderland zouden willen doen. Denk bijvoorbeeld aan een dag meelopen met de president, op huiszoeking met de rechter-commissaris of een meeloopstage bij een afdeling naar keuze. Vergeet dit niet te vermelden bij de inzending van je essay.

Criteria

Het essay moet voldoen aan de volgende criteria:

- Het essay is een betoog waarin een duidelijk standpunt wordt ingenomen
- Het essay is geschreven in de Nederlandse taal
- Het essay bevat maximaal 2.000 woorden, tel dit dus goed na!

Aanmelden

We vragen je om je aan te melden zodat wij weten dat je essay eraan komt. Stuur je essay uiterlijk op zondag 19 augustus 2018 naar ons op via communicatie.rb-gel@rechtspraak.nl met vermelding van je contactgegevens, de naam van je onderwijsinstelling, je studierichting en wat je bij de rechtbank Gelderland zou willen doen.

Prijsuitreiking

De prijsuitreiking vindt plaats op de sluitingsdag van de Week van de Rechtspraak, vrijdag 28 september 2018 bij de rechtbank Gelderland in het Paleis van Justitie te Arnhem. De inzenders van de drie beste essays worden hiervoor uitgenodigd.

Vragen?

Neem voor vragen over de essaywedstrijd contact op met communicatie.rb-gel@rechtspraak.nl. Kijk voor de actievoorwaarden bij rechtbank Gelderland op Rechtspraak.nl of check Facebook.



Instagram

SEMPER LEX



R. Wesselink

R. Wesselink is rechtenstudent aan de Radboud Universiteit en lid van Semper Lex.



K. Wunderink

K. Wunderink is rechtenstudent aan de Radboud Universiteit en lid van Semper Lex.

De publieke uitingenvrijheid van de moderne rechter.

Terughoudendheid geboden op sociale media?

1. Inleiding

Tegenwoordig zijn sociale media niet meer weg te denken uit het dagelijkse leven van vele mensen. Facebook, Instagram, Twitter, Youtube en LinkedIn zijn allemaal online netwerken waar men zijn dagelijkse behoefte aan vermaak vandaan haalt. Ook de rechter maakt als mens gebruik van deze platformen. De meeste sociale kanalen bestaan al zo'n vijftien jaar, maar pas in 2010 begon een rechter met het gebruik van Twitter.¹ Het was Sylvia Taalman, rechter bij de rechtbank Overijssel. Het afnemende vertrouwen in de rechtspraak motiveerde haar om een account aan te maken en te laten zien dat rechters weten wat er in de samenleving speelt en niet slechts in een ivoren toren zitten.² Onder de naam iRechter twitterde ze lange tijd over actuele onderwerpen, maar na op haar vingers te zijn getikt door de President van de rechtbank hief ze in 2016 haar account op. De aanleiding hiervoor was een tweet waarin ze 'knettergek' schreef als reactie op de verkiezing van Geert Wilders als politicus van het jaar. Een uitlating eerder dat jaar leverde haar ook kritiek op. 'Ik ben in de Efteling en eet een bruin broodje. Tenzij jullie dat racistisch vinden, dan eet ik wel een witte', zo schreef ze destijds.³ Blijkbaar bestaat hier een grens, maar de vraag is waar deze dan precies ligt. Wat mag een rechter wel zeggen, en wat niet? Met andere woorden: in hoeverre moeten Nederlandse rechters in hun publieke uitingenvrijheid terughoudend zijn op sociale media?

"In hoeverre moeten Nederlandse rechters in hun publieke uitingenvrijheid terughoudend zijn op sociale media?"

Ter beantwoording van deze vraag wordt eerst aandacht besteed aan de situatie op dit moment. Maken rechters gebruik van sociale media (§2)? Vervolgens wordt het juridisch kader met betrekking tot de publieke uitingenvrijheid van rechters geschetst (§3). De houding van de Nederlandse rechter wordt dan getoetst aan het geldende recht (§4). Ten slotte wordt de wenselijkheid van een eventuele uitbreiding van de publieke uitingenvrijheid van rechters besproken (§5).

2. De situatie op dit moment

De samenleving kan gevoelig reageren op berichten van rechters op sociale media, zoals blijkt uit de kritiek die Taalman naar aanleiding van haar tweet ontving. Dat weerhoudt individuele rechters er echter niet van om actief te zijn op sociale media. Na Taalman volgden er namelijk meer rechters die actief werden op sociale media, vooral op Twitter. Enkele bekende namen zijn Edgar du Perron (raadsheer in de Hoge Raad), Takvor Avedissian (President rechtbank Overijssel) en Leendert Verheij (President gerechtshof Den Haag). Ook Joanne Eisses, senior-rechter bij de rechtbank Den Haag, en rechter bij het gerechtshof Amsterdam Marc de Werd twitteren met enige regelmaat. Voor het bredere publiek zal de naam Judge Joyce wellicht beter bekend zijn. Joyce Lie, zoals de rechter bij de rechtbank Oost-Brabant echt heet, twittert vrijwel elke dag over het rechtersambt en de rechtspraak en is ook actief op Facebook en Instagram.⁴

De redenen dat genoemde rechters twitteren lopen uiteen. Bij Taalman draaide het vooral om het feit dat ze op deze manier de rechtspraak een gezicht kan geven.⁵ Rechters kunnen zich door het gebruik van sociale media immers kenbaar maken en laten zien dat ze toegankelijk zijn. Het idee daarachter is dat het vertrouwen in de rechtspraak wellicht toe kan nemen. Een andere veelgenoemde reden draait het perspectief juist om: niet alleen de burger krijgt een beeld van het rechterlijke ambt, maar ook de rechter zelf weet wat er in de samenleving speelt. Een groot deel van de samenleving begeeft zich op sociale media. Dit zijn bij uitstek dan ook de middelen die nuttig zijn om te zien

¹ A. Kouwenhoven, 'Twitterende rechter krijgt reprimande voor 'Knettergek'-tweet over Wilders', NRC.nl 21 december 2016.

² 'Sylvia Taalman – Twitterrechter', Rechtspraak.nl 8 september 2016.

³ P. H. Smit, 'Rechtbank geeft rechter standje om Wilders-tweet, account verwijderd', Volkskrant.nl 20 december 2016.

⁴ https://www.twitter.com/JudgeJoyce_

⁵ 'Sylvia Taalman – Twitterrechter', Rechtspraak.nl 8 september 2016.

wat er in de samenleving leeft. Lie geeft als reden aan dat ze wijzer wilde worden op het gebied van sociale media. Ze geeft aan dat je als rechter moet weten wat sociale media inhouden en hoe ze in elkaar steken.⁶ Verheij geeft als reden aan dat hij juist als rechter met de buitenwereld moet leren communiceren.⁷

"Rechters kunnen zich door het gebruik van sociale media immers kenbaar maken en laten zien dat ze toegankelijk zijn"

3. Wat wordt verstaan onder de publieke uitingsvrijheid van rechters?

Rechters maken gebruik van sociale media en, zoals hiervoor al bleek, ligt dit soms gevoelig in de samenleving. Dit komt door de bijzondere functie die de rechter bekleedt. In deze paragraaf wordt het juridisch kader uiteengezet dat ziet op de mate van vrijheid van de rechter bij zijn publieke uitingen.

De rechterlijke uitingsvrijheid is 'de ruimte die de individuele rechter heeft om zijn persoonlijke meningen en overtuigingen te uiten'.⁸ Deze vrijheid vindt men terug in grondrechten die aan individuen toekomen, zoals de vrijheid van meningsuiting, art. 7 Gw, en de godsdienstvrijheid, art. 6 Gw.⁹ Het gebruik van sociale media raakt uiteraard de vrijheid van meningsuiting. Hier gaan wij dan ook nader op in.

Op de beperking of juist toekenning van grondrechten aan rechters is zowel nationaal als internationaal recht van toepassing.

Allereerst is de rechter een ambtenaar¹⁰, maar één waarop bijzondere bepalingen van toepassing zijn. Met betrekking tot de uitingsvrijheid van rechters moet naast de Grondwet

gedacht worden aan de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra), het Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Brra) en uiteraard ook de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). In de Wet RO zijn redelijk concrete beperkingen opgenomen zoals het geheim van de raadkamer, het verbod op inlaten met procespartijen en de algemene plicht tot geheimhouding.¹¹ In de Wrra worden meer open normen gehanteerd, vandaar dat het interessant is om hier nader op in te gaan.

Zo zweert een rechter in de ambtseed onder andere dat hij zijn ambt 'met eerlijkheid, nauwgezetheid en onzijdigheid, zonder aanzien van personen, zal uitoefenen en [zich] in deze uitoefening [zal] gedragen zoals een goed rechterlijk ambtenaar betaamt'.¹² In de Wrra is bijvoorbeeld de mogelijkheid tot het opleggen van disciplinaire maatregelen vastgelegd wanneer een rechterlijke ambtenaar 'de waardigheid van zijn ambt, zijn ambtsbezigheden of zijn ambtsplichten verwaarloost'.¹³ Dit soort bepalingen roept vragen op als: wat houdt de waardigheid van het rechterlijk ambt in en wat is een goede rechterlijke ambtenaar nu precies?

Naast de voorgenoemde concrete verboden en geboden biedt de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een juridisch kader met betrekking tot de rechterlijke uitingsvrijheid. Dit is belangrijk vanwege de voorrangpositie van het internationale recht op grond van art. 94 Gw. In sommige situaties die betrekking hebben op de uitingsvrijheid van de rechter kunnen art. 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces, en art. 10 EVRM, de vrijheid van meningsuiting, in het geding komen.

In de jurisprudentie van het EHRM komt de spanning tussen het ambt en het individu van de rechter duidelijk naar voren. Aan de hand hiervan kunnen een paar grenzen worden vastgesteld. Met betrekking tot de zaken die zij onder zich hebben wordt maximale discretie van hen verlangd. Zo worden rechters bijvoorbeeld geacht geen

⁶ Blijkens ons elektronisch interview met Joyce Lie.

⁷ W. Thijssen, 'Twitterende rechter: de wereld verandert en wij kunnen niet stilstaan', Volkskrant.nl 20 oktober 2012.

⁸ S. Dijkstra, 'De pratende, schrijvende en twitterende rechter: terughoudendheid troef', *Rechtstreeks* 2017, afl. 1, p. 14.

⁹ Zie ook: art. 10 EVRM; art. 9 EVRM.

¹⁰ Art. 1 Ambtenarenwet.

¹¹ Respectievelijk: art. 7 lid 3 Wet RO; art. 12 Wet RO; art. 13 Wet RO.

¹² Bijlage bij art. 5g lid 1 Wrra.

¹³ Art. 46c lid 1 sub a Wrra.

gebruik te maken van de pers, zelfs niet bij provocatie.¹⁴ De handelwijze van een rechter kan namelijk blijk geven van rechterlijke vooringenomenheid.¹⁵ Hiermee wordt het belang van een onpartijdige en onafhankelijke rechter, gewaarborgd in art. 6 EVRM, beschermd. Ook buiten concrete zaken die rechters onder zich hebben zijn grenzen verbonden aan hun utingsvrijheid. Van de rechter wordt daarnaast terughoudendheid verwacht in gevallen waarbij het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht in twijfel gebracht zou kunnen worden.¹⁶

Op grond van art. 10 lid 2 EVRM kunnen beperkingen worden gesteld aan de utingsvrijheid van rechters, waarbij de jurisprudentie van het EHRM wederom een belangrijke rol speelt. Allereerst moet hierbij vast worden gesteld dat er door de beperking inderdaad sprake is van inmenging in de vrijheid van meningsuiting en niet van een recht dat het EVRM niet beschermt, namelijk de toegang tot de openbare dienst. Hierbij wordt gekeken naar de context van de feiten en de toepasselijke wetgeving.¹⁷ Het ontmoedigende effect, door het Hof *chilling effect* genoemd, dat de beperking kan hebben op de vrijheid van meningsuiting en daarmee het publieke debat, speelt ook een rol in de beoordeling.¹⁸ Wanneer vastgesteld is dat de vrijheid van meningsuiting wordt beperkt, wordt aan lid 2 getoetst. Deze onderwerpt de beperking aan drie eisen: zij moet bij wet zijn voorzien, een legitiem doel dienen en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Ter invulling van dit laatste proportionaliteitsvereiste hanteert het Hof met betrekking tot rechters een paar richtlijnen. De nationale autoriteiten komt een zekere beoordelingsvrijheid toe in de beperking van de vrijheid van meningsuiting van een rechter. Dit is vanwege de eerdergenoemde gewenste terughoudendheid van

rechters en de prominente plaats die rechtspraak in de samenleving als *'guarantor of justice'* inneemt.¹⁹ Ook wordt bekeken of de gedragingen wel betrekking hebben – en van invloed zijn – op het functioneren van de rechter in zijn ambt. Wanneer dit het geval is, zal de beperking eerder gerechtvaardigd kunnen worden.²⁰ De eerlijkheid van de procedure en de aard en ernst van de sanctie zijn ook van invloed op de beoordeling van de noodzakelijkheid. In EHRM *Kudeshkina vs. Rusland* maakt het Hof daarnaast een belangrijke afweging.²¹ De rechtspraak kan niet functioneren zonder vertrouwen van het volk. Daarom moet enerzijds de rechtspraak beschermd worden tegen ongegronde aanvallen, omdat de terughoudendheid van rechters hen belet te reageren op deze kritiek. Anderzijds hecht het Hof een bijzonder belang aan de vrijheid van het politiek debat en zouden rechters dus tot op zekere hoogte hieraan deel moeten kunnen nemen.

Tot nu toe zijn de bindende grenzen van de utingsvrijheid van rechters aan bod gekomen. Daarnaast zijn ook nationale en internationale richtlijnen op rechterlijk gedrag van toepassing. Deze niet-bindende regels van *soft law* geven een duidelijker beeld van wat wel gewenst wordt. De huidige Nederlandse richtlijnen bedragen de Gedragscode Rechtspraak, de NVVR-Rechterscode en de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak. Een internationale richtlijn die wereldwijd wordt gezien als gezaghebbend is *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* (BPJC), afkomstig van de Verenigde Naties.²² Een voorbeeld van een voorschrift, welke onder andere te vinden is in het BPJC, is de schijn van onpartijdigheid, ofwel objectieve onpartijdigheid, die rechters moeten hebben: *'justice must not merely be done, but also be seen to be done'*.²³

¹⁴ Zie bijvoorbeeld: EHRM 16 september 1999, 29569/95 (*Buscemi vs. Italië*)

¹⁵ P.P.T. Bovend'Eert, C.A.J.M. Kortmann, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013, p. 39.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld: EHRM 28 oktober 1999, 28396/95 (*Wille vs. Liechtenstein*); EHRM 14 september 2009, 29492/05, EHRC 2009/59, (*Kudeshkina vs. Rusland*)

¹⁷ EHRM 28 oktober 1999, 28396/95 (*Wille vs. Liechtenstein*).

¹⁸ Zie bijvoorbeeld: EHRM 28 oktober 1999, 28396/95 (*Wille vs. Liechtenstein*); EHRM 14 september 2009, 29492/05 (*Kudeshkina vs. Rusland*).

¹⁹ EHRM 14 september 2009, 29492/05 (*Kudeshkina vs. Rusland*); EHRM 28 oktober 1999, 28396/95 (*Wille vs. Liechtenstein*); EHRM 8 februari 2001, 47936/99 (*Pitkevich vs. Rusland*); Dijkstra 2016, p. 74-75.

²⁰ EHRM 8 februari 2001, 47936/99 (*Pitkevich vs. Rusland*).

²¹ EHRM 14 september 2009, 29492/05 (*Kudeshkina vs. Rusland*).

²² S. Dijkstra, 'De pratende, schrijvende en twitterende rechter: terughoudendheid troef', *Rechtstreeks* 2017, afl. 1, p. 15-16.

²³ BPJC 2002, appl. 3.2; Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak 2014, p. 3. Zie ook: P.P.T. Bovend'Eert, C.A.J.M. Kortmann, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013, p. 42.

In het veelvoud van regels kan men een duidelijk sleutelwoord aanwijzen: terughoudendheid. De rechter is een individu dat een beroep kan doen op zijn uitingsvrijheid, maar lang niet in alle gevallen. Het achterliggende belang dat met de beperkingen van de rechterlijke uitingsvrijheid beschermd lijkt te worden, is het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak.²⁴ Art. 11 Wet AB moet in dit licht ook niet vergeten worden: de rechter spreekt recht op basis van het recht en niet op grond van persoonlijke opvattingen en overtuigingen. Dit vestigt het gezag van de rechter, bevordert het vertrouwen in de rechtspraak en is daarmee essentieel voor de legitimatie van de rechtspraak. Een rechter die zich hier niet bewust van is, maakt zich daarmee schuldig aan verwaarlozing van zijn ambtsplichten.²⁵

"In het veelvoud van regels kan men een duidelijk sleutelwoord aanwijzen: terughoudendheid"

4. Socialemediagebruik van Nederlandse rechters

Uit het voorafgaande blijkt dat in diverse regelingen de rechterlijke uitingsvrijheid tot uitdrukking komt. De open normen, die onder andere in de Wrra worden gehanteerd, zorgen ervoor dat de grenzen van de publieke uitingsvrijheid van rechters niet precies worden afgebakend en derhalve lastig zijn te definiëren. Hoewel de rechtspraak van het EHRM casuïstisch is, valt hier wel een vrij duidelijk toetsingskader uit af te leiden dat de open normen enigszins concretiseert. Het uitgangpunt hierbij is dat de rechter een mens van vlees en bloed is en net als andere individuen het recht toekomt dat vervat is in artikel 10 EVRM. Die vrijheid wordt echter beperkt door het ambt van de rechter en dit ambt vergt dus terughoudendheid.²⁶ De vraag is hoe deze begrensde publieke uitingsvrijheid zich verhoudt tot het socialemediagebruik van de Nederlandse rechters.

Allereerst is het van belang op te merken dat geen wettelijke regeling of richtlijn het gebruik van sociale media door rechters verbiedt. Uit de NVvR-rechterscode blijkt dat rechters zich wat betreft hun integriteit wel moeten realiseren dat het gebruik van sociale media 'kan leiden tot het leggen van onwenselijke verbanden'.²⁷ Het is uiteraard niet de bedoeling dat de rechter met zijn socialemediagebruik een grote – mogelijk controversiële – bijdrage levert aan het maatschappelijk debat.²⁸

De zaken waar het EHRM zich over uitliet hielden enkel verband met de relatie tussen de rechter en de traditionele media zoals televisie, kranten en tijdschriften. Concrete zaken waarin geoordeeld werd over een geschil met betrekking tot een rechter en zijn uitlatingen op sociale media bestaan dus nog niet. Een logische conclusie die hieruit lijkt te volgen is dan ook dat het geldende recht tot nu toe niet is overschreden door het socialemediagebruik van rechters. Grensgevallen kunnen zich echter wel voordoen. De eerdergenoemde 'Knettergek'-tweet van Taalman is hier een goed voorbeeld van. Vanwege de politieke implicaties die de tweet had, werd deze uitlating als onwenselijk beschouwd. Ze gaf hiermee immers blijk van een schijn van vooringenomenheid, waardoor het beeld van een onpartijdige rechter in het geding kan komen. Blijkbaar had ze hiermee in de ogen van de samenleving een grens overschreden.

Er valt nog te betwijfelen of het geldende recht door het socialemediagebruik van Nederlandse rechters snel wordt overschreden. De Nederlandse rechtspraak is een onpersoonlijke gezagsuitoefening, waarbij de rechter zich als persoon terughoudend opstelt.²⁹ Dit valt terug te voeren op de *civil law*-traditie die in Nederland heerst. Hiertegenover staat het *common law*-systeem, zoals in de Verenigde Staten, waar de persoon van de rechter prominenter aanwezig is vanwege de rechtsvormende taak van de rechter en de mogelijkheid tot *concurring* of *dissenting opinions*. Hoewel dit met name betrekking heeft op de rol van de rechter in de rechtspraak, kan hieruit

²⁴ S. Dijkstra, 'De ruimte van de rechter in de relatie rechter-media onder het EVRM' *NJB* 2013/198, afl. 4, p. 241.

²⁵ P.P.T. Bovend'Eert, C.A.J.M. Kortmann, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013, p. 186 en 193; art. 46c Wrra.

²⁶ S. Dijkstra, 'De rechter als evenwichtskunstenaar: de vrijheid van de rechter om zijn persoonlijke meningen en overtuigingen te uiten' Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 110.

²⁷ NVvR-Rechterscode, p. 8.

²⁸ Blijkens ons elektronisch interview met Joyce Lie.

²⁹ S. Dijkstra, 'De pratende, schrijvende en twitterende rechter: terughoudendheid troef', *Rechtstreeks* 2017, afl. 1, p. 21.

duidelijk worden waarom het voor de Nederlandse rechter meer vanzelfsprekend is om zich terughoudend op te stellen op sociale media en waarom in de Nederlandse richtlijnen voor bepaalde kernwaarden gekozen is. De Nederlandse rechter is minder gewend aan persoonlijke zichtbaarheid dan rechters in *common law*-systemen. De rechtstraditie bepaalt aldus in belangrijke mate hoezeer rechters hun persoonlijke opvattingen zichtbaar maken.³⁰

"De Nederlandse rechter is minder gewend aan persoonlijke zichtbaarheid dan rechters in common law-systemen. De rechtstraditie bepaalt aldus in belangrijke mate hoezeer rechters hun persoonlijke opvattingen zichtbaar maken"

Vergaande uitlatingen zullen zich daarom in Nederland niet snel voordoen, hoewel er hiertoe uiteraard wel een risico blijft bestaan. Sociale media kenmerken zich immers door het vlugge en gemakkelijke karakter waarmee een gedachte de online wereld in kan worden gestuurd. Het blijft echter lastig vast te stellen of dit daadwerkelijk overschrijding van de publieke uitingsvrijheid van rechters in de hand werkt. Incidenteel wordt wel waargenomen dat rechters miskleunen bij het gebruik van sociale media of onhandige uitspraken doen. Een rechter dient bij zichzelf daarom na te gaan of hij er goed aan doet gebruik te maken van sociale media, indien hij van zichzelf weet dat hij de behoefte heeft om de grenzen op te zoeken.³¹ Bij een groot deel van de geplaatste socialemediaberichten, zie bijvoorbeeld de tweets van Marc de Werd en Joyce Lie, valt echter direct op dat vrijwel alleen melding wordt gemaakt van lezenswaardige vonnissen of interessante uitspraken.³² Persoonlijke meningen of overtuigingen zijn zeldzaam, grenzen worden vanwege terughoudendheid nauwelijks opgezocht en derhalve vrijwel niet overschreden.

5. Zou er een grotere mate van publieke uitingsvrijheid op sociale media voor rechters moeten bestaan?

Hoewel diverse beperkingen op de publieke uitingsvrijheid van rechters bestaan, is hun vrijheid niet dermate beperkt dat rechters zich helemaal nergens over kunnen uitlaten. Op dit moment maken rechters in geringe mate gebruik van deze vrijheid. Dit werpt de vraag op of er voor rechters niet een grotere mate van publieke uitingsvrijheid op sociale media dient te bestaan.

Een relatief klein aantal rechters maakt gebruik van sociale media. Een groot deel van de rechters voelt zich hiertoe waarschijnlijk niet genoodzaakt. Er kan twijfel bestaan over de vraag of individuele rechters zich wel dienen te begeven op bijvoorbeeld Twitter. Uitlatingen van rechters kunnen namelijk opgevat worden als mening van de rechtspraak als collectief. Om te voorkomen dat hierdoor het aanzien van de rechtspraak wordt geschaad, kan men zich afvragen of rechters op individuele basis wel gebruik moeten maken van sociale media of dat de rechterlijke macht niet beter vertegenwoordigd kan worden door accounts van de rechtbanken of gerechtshoven zelf. Hiermee creëer je afstand tussen de rechter als persoon die verantwoordelijk kan worden gehouden voor zijn uitlatingen en het instituut rechtspraak als geheel. Bovendien is het de persrechter die in eerst instantie verantwoordelijk is voor de externe communicatie.

De rechters die wel gebruik maken van sociale media, zouden daarentegen beter op de hoogte zijn van wat er in de samenleving speelt en weten wat het fenomeen sociale media inhoudt. Aangezien een groot deel van de bevolking actief is in de online wereld, bevinden rechters zich onder een grote diversiteit aan burgers waarmee ze normaal gesproken naar alle waarschijnlijkheid niet zo snel in aanraking zouden komen. Rechters kunnen zich hierdoor een breed beeld vormen van wat er in de samenleving werkelijk leeft. Dit sluit goed aan bij het beeld dat men heeft van een goede rechter, namelijk één die maatschappelijk betrokken is. De opvatting van de rechter die in de ivoren toren zit wordt hiermee verleden

³⁰ E. Mak, 'Rechterlijke uitingsvrijheid in *common law*- en *civil law*-systemen', *Rechtstreeks* 2017, afl. 1, p. 29-32.

³¹ Blijkens ons elektronisch interview met Joyce Lie.

³² Respectievelijk; www.twitter.com/EuropeanCourts; www.twitter.com/JudgeJoyce_.

tijd. Door gebruik te maken van sociale media wordt de rechter benaderbaar; een bericht is eenvoudig verstuurd. Hierdoor kunnen rechters aan burgers het idee geven dat zij gehoord worden. De positieve uitwerking hiervan is dat dit het vertrouwen in de rechtspraak vergroot.

Aan de andere kant is het nog maar de vraag of rechters op sociale media de 'gewone burger' wel bereiken. Joyce Lie stelt dat sociale media effectiever zijn dan de klassieke media, omdat het bereik en de doelgroep groter zijn.³³ Maar worden rechters op sociale media veelal niet gevolgd door rechtenstudenten, collega's, vakmensen en hoog geïnteresseerden en is hierdoor het bereik alsnog niet beperkt? Volgens Dijkstra zijn er ook veiligere alternatieven om de gewone burger te bereiken, bijvoorbeeld door te vertellen op open dagen of door het schrijven van een boek.³⁴ Deze vormen van communicatie zouden beter passen bij het beeld dat de burger heeft van de rechter als pure wetstoepasser.³⁵ Joyce Lie is van mening dat dit 'stuk voor stuk goede manieren [zijn] om vorm te geven aan die educatieve taak, maar allemaal niet afdoende en vele malen minder effectief dan de boodschap naar buiten te brengen via – sociale óf andere – media'.³⁶ Zij merkt op dat haar online bereik elke dag groeit. Mensen vragen haar bijvoorbeeld om teksten van vonnissen wanneer zij in een mediabericht een uitspraak tegen zijn gekomen die zij onbegrijpelijk of onterecht vonden. Dat men niet blindelings de media volgt maar met behulp van haar verwijzing zelf een oordeel kan vellen, vindt zij dan ook een goede ontwikkeling. Het is duidelijk dat het socialemediagebruik hier een belangrijke rol in speelt. Dit past tevens bij het beeld van de rechter als scharnier tussen samenleving en wetgever. Anders dan bij de rechter als pure wetstoepasser, kan de rechter op die manier de samenleving namelijk informeren over het recht. De rechter op sociale media is daarmee eerder in staat maatschappelijke ontwikkelingen te signaleren dan de rechter als pure wetstoepasser, die zich hier niet mee bezig houdt.³⁷

Uiteraard is een rechter op sociale media niet geheel zonder risico's. Dit wordt versterkt door het gemak waarmee een bericht wordt verstuurd. Berichten kunnen op verschillende manieren worden opgevat, terwijl de rechter een specifieke betekenis voor ogen had. Tevens is er het gebrek aan nuance dat specifiek voor Twitter geldt. Er moet immers worden volstaan met slechts 280 tekens. Een rechter kan dit probleem echter omzeilen door meerdere berichten achter elkaar te plaatsen. Gelet op het socialemediagebruik van rechters gaat het veelal om onschuldige berichten, zoals verwijzingen naar vonnissen of uitspraken, waardoor het veel vaker goed dan fout gaat. Het incident van Taalman met haar 'Knettergek'-tweet is een enkele misstap, die het socialemediagebruik van rechters in zijn geheel niet in diskrediet zou mogen brengen. Daarnaast kan de ophef om een dergelijk bericht collega's wakker schudden en doen beseffen dat ze zelf ook niet zomaar alles uit de doeken kunnen doen.³⁸ Hoewel er risico's zijn, valt het dus in de praktijk mee hoe vaak dit fout gaat.

"Het incident van Taalman met haar 'Knettergek'-tweet is een enkele misstap, die het socialemediagebruik van rechters in zijn geheel niet in diskrediet zou mogen brengen"

Daarnaast moet voorkomen worden dat de mond van rechters volledig wordt gesnoerd. Net als het Hof spreekt over het willen voorkomen van een *chilling effect* van de vrijheid van meningsuiting, brengt het ook een risico met zich mee als rechters zich aan zelfcensuur onderwerpen. Ze zullen dan namelijk niet snel meer iets tegenwerpen. De Hoge Raad ziet een dergelijke 'zwijgende, sfinxachtige houding' van de rechter ook niet zitten.³⁹ Om te

³³ J. Lie, 'Gezag van onderaf versterken met informatieve tweets', *Rechtstreeks* 2017, afl. 1, p. 43.

³⁴ S. Dijkstra, *De rechter als evenwichtskunstenaar: de vrijheid van de rechter om zijn persoonlijke meningen en overtuigingen te uiten* Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 297.

³⁵ Y. Buruma, 'Extrajudicieel optreden: niet onwenselijk', *Rechtstreeks* 2017, afl. 1, p. 35.

³⁶ Blijkens ons elektronisch interview met Joyce Lie.

³⁷ Y. Buruma, 'Extrajudicieel optreden: niet onwenselijk', *Rechtstreeks* 2017, afl. 1, p. 35-37.

Y. Buruma, 'Extrajudicieel optreden: niet onwenselijk', *Rechtstreeks* 2017, afl. 1, p. 38.

³⁸ P.P.T. Bovend'Eert, C.A.J.M. Kortmann, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013, p. 40.

³⁹ Y. Buruma, 'Extrajudicieel optreden: niet onwenselijk', *Rechtstreeks* 2017, afl. 1, p. 39.

voorkomen dat 'rechters [...] verkrampen in een quasi-ambtelijke neutrale gezichtsloosheid'⁴⁰ moet pas op het socialemediagebruik van rechters gelet worden, wanneer dit de grenzen te buiten gaat.

De functie van een rechter bestaat grotendeels uit het maken van belangenafwegingen. Nuance, terughoudendheid, maar ook zelfkennis en zelfreflectie zijn daarmee kernmerken waarover een goede rechter beschikt. Rechters moeten dan ook geacht worden zelf in te kunnen schatten of, en op welke manier, zij gebruik moeten maken van sociale media. Zouden we een geringe mate van publieke uitingsvrijheid wensen, dan is dit wel een hele grote angst voor het falen van een groep mensen aan wie wij het maken van rechterlijke beslissingen toevertrouwen. Als wij hen het socialemediagebruik niet kunnen toevertrouwen, wat zegt dit dan over ons vertrouwen in de rechtspraak als collectief?

"Rechters moeten dan ook geacht worden zelf in te kunnen schatten of, en op welke manier, zij gebruik moeten maken van sociale media"

6. Conclusie

De publieke uitingsvrijheid van rechters op sociale media is niet precies afgebakend. Vast staat in ieder geval dat terughoudendheid geboden is. Niet in de eerste plaats vanwege de schijn van onafhankelijkheid en onpartijdigheid die het ambt van de rechter met zich meebrengt, ook het feit dat uitlatingen van individuele

rechters het gezag van de rechterlijke macht kunnen aantasten maakt dat rechters terughoudend dienen te zijn op sociale media. Dit brengt voor de rechter de verantwoordelijkheid met zich mee om niet alleen zelf invulling te geven aan de open normen van de toepasselijke regelgeving, maar daarnaast ook over genoeg zelfkennis te beschikken om zijn grenzen niet te buiten te gaan.

"Dit brengt voor de rechter de verantwoordelijkheid met zich mee om niet alleen zelf invulling te geven aan de open normen van de toepasselijke regelgeving, maar daarnaast ook over genoeg zelfkennis te beschikken om zijn grenzen niet te buiten te gaan"

De Nederlandse rechter lijkt goed met zijn publieke uitingsvrijheid op sociale media om te gaan. Grensgevallen doen zich nauwelijks voor. Een grotere mate van publieke uitingsvrijheid is onzes inziens dan ook niet op zijn plaats, nu dit enkel het risico met zich meebrengt dat het aanzien van de rechtspraak als collectief geschaad wordt. Een verdergaande beperking van deze publieke uitingsvrijheid is daarentegen ook niet gewenst, omdat rechters er niet van weerhouden mogen worden om zich op sociale media te begeven. Wat ons betreft is het socialemediagebruik dan ook een positieve ontwikkeling die de rechtspraak een gezicht geeft, zolang deze binnen de grenzen van de huidige regelgeving blijft.

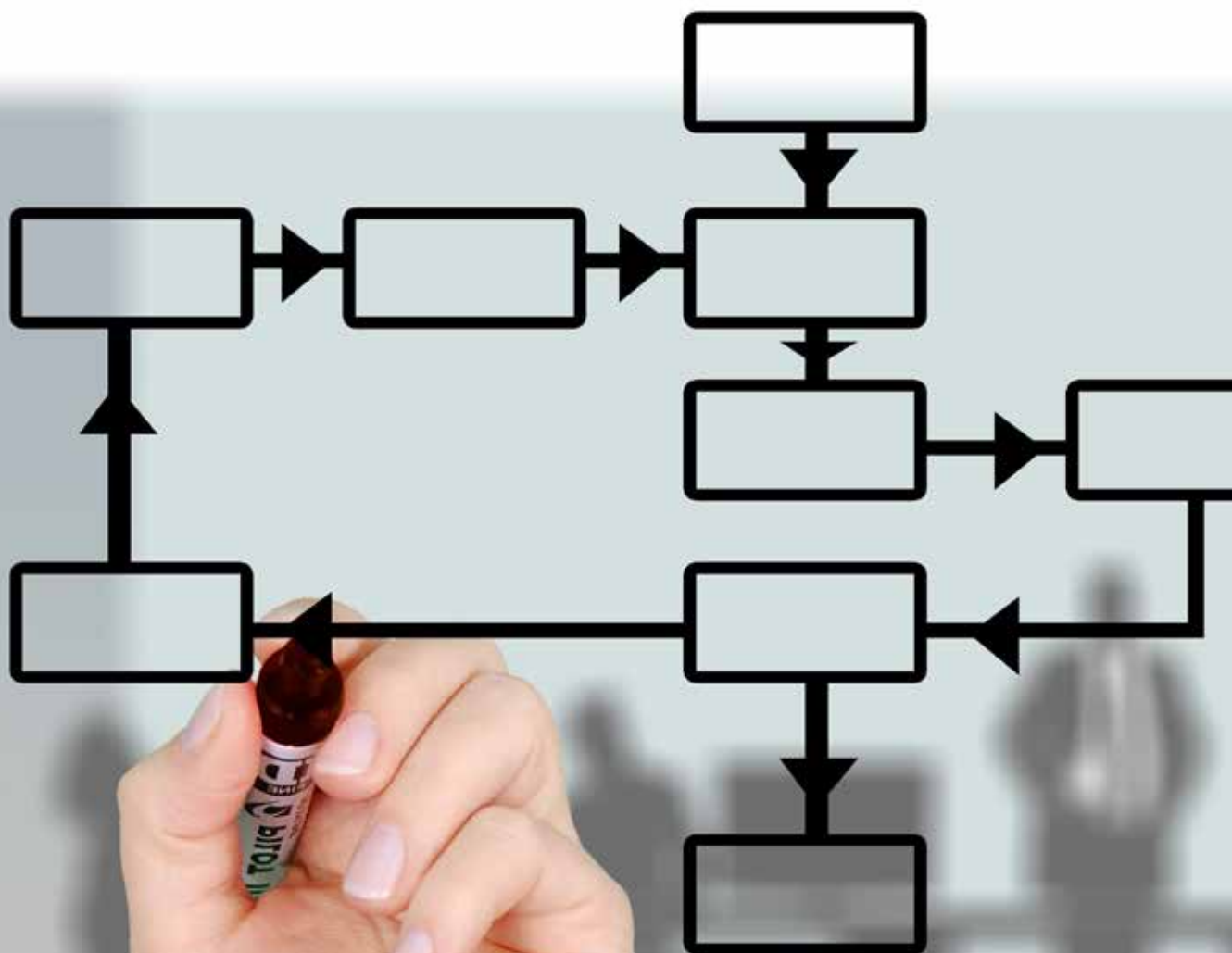
⁴⁰ Y. Buruma, 'Extrajudicieel optreden: niet onwenselijk', *Rechtstreeks* 2017, afl. 1, p. 39.

Het Nijmeegse juridische studentenorganisatierecht geschetst. Deel 2.

1. Inleiding¹

In het eerste deel van dit tweeluik over Nijmeegse juridische studentenorganisaties² is besproken dat Nijmeegse studentenorganisaties in de rechtsvorm van een vereniging of stichting zijn gegoten, wat de verschillen tussen deze twee rechtspersonen zijn en dat Boek 2 BW en de statuten de leidraad vormen voor de inrichting en organisatie van de Nijmeegse juridische stichtingen en verenigingen. In dit tweede deel staat de rol van bestuurders centraal.

Een groot deel van de Nijmeegse studenten vervult tijdens zijn studietijd een keer de functie van bestuurder van een studentenorganisatie. Deze bestuurders zullen, met name als zij geen studie aan de rechtenfaculteit volgen of het derdejaarsvak Ondernemingsrecht nog niet hebben gehad, lang niet altijd op de hoogte zijn van alle wettelijke regelingen uit Boek 2 BW waaraan zij gebonden zijn. In dit artikel worden de onderwerpen besproken die betrekking hebben op het bestuur en toezicht van Nijmeegse juridische studentenorganisaties, zoals de



M. Bruggink en R. van Dijken

*Merel en Ruben zijn beiden
masterstudent aan de Radboud
Universiteit en lid van Team
Update bij NSO Eques*



NSO EQUES
STERPARTNER: ALLEN & OVERY

Nijmegen Student Organization Eques is de studieorganisatie voor Nijmeegse studenten. Rechtsgeleerdheid met een specifieke interesse in het 'ondernemingsgerichte recht'. Hieronder verstaan wij het recht dat ziet op de regels die het functioneren van ondernemingen in onze moderne samenlevingen beheersen. Eques streeft naar ontplooiing en ontwikkeling van de student en bewerkstelligt dit door het organiseren van interactieve, praktijkgeoriënteerde bijeenkomsten waar disciplinaire en interdisciplinaire onderwerpen centraal staan. Activiteiten hebben altijd een verdiepend of verbredend karakter. Eques vormt bovendien een brug tussen studenten en potentiële werkgevers door het organiseren van activiteiten in samenwerking met deze potentiële werkgevers.

bestuurstaken, de benoeming en ontslag van het bestuur en de aansprakelijkheid van bestuurders. Ook komt de rol van de raad van toezicht kort aan bod.

"In dit artikel worden de onderwerpen besproken die betrekking hebben op het bestuur en toezicht van stichtingen en verenigingen, en wordt gekeken naar Nijmeegse juridische studentenorganisaties"

2. Bestuurstaken en vertegenwoordiging

De taak van het bestuur is het besturen van de vereniging of de stichting.³ De bestuursbevoegdheid kan worden beperkt bij de statuten, door bijvoorbeeld de plicht op te leggen bepaalde bestuursbesluiten te onderwerpen aan een goedkeuringsbesluit van een ander orgaan, zoals de algemene ledenvergadering bij de vereniging of, indien deze is ingesteld, de raad van toezicht. Het valt ons op dat weinig Nijmeegse juridische studentenorganisaties een dergelijke statutaire bepaling bevatten. Zo heeft alleen ELSA Nijmegen in haar statuten opgenomen dat het bestuur goedkeuring behoeft van de algemene

¹ Voor dit onderzoek hebben wij de in januari 2018 actuele statuten van Nijmeegse juridische studentenorganisaties NSV Nota Bene, V.I.E.R., ELSA Nijmegen, NSO Eques, Actioma, SBJS en Stichting Rechtswinkel Gennep bestudeerd. NSV Nota Bene, V.I.E.R. en ELSA Nijmegen zijn verenigingen. NSO Eques, Actioma, SBJS en Stichting Rechtswinkel Gennep zijn stichtingen.

² M. Bruggink en R. van Dijken, 'Het Nijmeegse juridische studentenorganisatierecht geschetst: deel 1', *Actioma* 2018/203.

³ Respectievelijk art. 2:44 lid 1 BW en art. 2:291 lid 1 BW. Het besturen van een stichting of vereniging omvat alle handelingen die bijdragen aan de verwezenlijking van haar statutaire doel. Besturen omvat voorts het leiding geven aan en zorgen voor een goede taakvervulling van de vereniging/stichting, voor haar deelneming aan het maatschappelijk verkeer en voor het functioneren van haar apparaat. Zie voor een uitgebreide toelichting Asser/Rensen 2-III* 2012/125 en 334.

vergadering voor besluiten tot onder meer het aangaan van rechtshandelingen en het verrichten van investeringen, een bedrag of waarde van vijfduizend euro (€ 5.000) te boven gaande.⁴

Daarnaast beperkt de wet de bevoegdheid van het bestuur van verenigingen en stichtingen.⁵ Slechts indien de bevoegdheid uit de statuten voortvloeit, is het bestuur bevoegd te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de vereniging of stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt. De statuten kunnen deze bevoegdheid ook aan beperkingen en voorwaarden binden, zoals goedkeuring van een ander orgaan. Bij de vereniging leidt het ontbreken van een statutaire regeling omtrent de bevoegdheid tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de vereniging of stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt ertoe dat deze bevoegdheid toekomt aan de algemene vergadering (art. 2:40 lid 1 BW). De stichting heeft mogelijk geen ander orgaan dat bij het ontbreken van een dergelijke bepaling deze bevoegdheid toekomt (zie punt 3.2). In de statuten van de stichting zullen in het geval geen orgaan is aangewezen dat de bevoegdheid uit art. 2:40 lid 1 BW toekomt voorzieningen moeten worden opgenomen om te bereiken dat deze rechtshandelingen toch plaats kunnen vinden.⁶ Bestudering van de statuten van de Nijmeegse stichtingen leert dat de statuten van Stichting rechtswinkel Gennep helemaal niets over de bevoegdheid van artikel 2:291 lid 2 BW zeggen. De statuten van NSO Eques bevatten een regeling die het verrichten van rechtshandelingen uit art. 2:40 lid 1 BW

door het bestuur verbiedt.⁷ De statuten van NSO Eques en Stichting rechtswinkel Gennep bevatten geen regeling die het verrichten van rechtshandelingen uit art. 2:40 lid 1 BW op een andere manier (bijvoorbeeld door een ander orgaan) mogelijk maakt. Beide stichtingen moeten, voordat zij kunnen overgaan tot een rechtshandeling uit art. 2:40 lid 1 BW, dus eerst de statuten wijzigen.

De wet koppelt aan de bestuurstaak de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de vereniging en stichting.⁸ Hoofregel is, dat het bestuur de vereniging of stichting vertegenwoordigt, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.⁹ De statuten kunnen de bevoegdheid tot vertegenwoordiging bovendien toekennen aan één of meer bestuurders. Zij kunnen bepalen dat een bestuurder één of meer anderen mag vertegenwoordigen.¹⁰ Dergelijke bepalingen komen bij alle onderzochte verenigingen en stichtingen voor.

3. Benoeming en ontslag van het bestuur

3.1 De vereniging

In beginsel worden bestuursleden van een vereniging door de algemene vergadering benoemd uit de leden. In de statuten van de vereniging kan worden bepaald dat een bestuurder in een vergadering via een bindende voordracht moet worden benoemd. De benoemende instantie kan dan uitsluitend een stem uitbrengen op de voorgedragen personen. Het bindend karakter van de voordracht wordt ontnomen indien tweederde van de ALV tegen de voorgedragen bestuurders stemt (art. 2:37 lid 4 BW). De bindende voordracht is een benoemingsmogelijkheid waar de verenigingen in Nijmegen veelvuldig gebruik van maken. V.I.E.R.¹¹ en ELSA Nijmegen¹² hebben in hun statuten een dergelijke bindende voordracht opgenomen. Bij beide verenigingen zijn zowel het bestuur als tien leden bevoegd tot het

⁴ Art. 12 lid 6 Statuten Elsa Nijmegen. Ook het kopen, vervreemden, bezwaren, huren of verhuren van registergoederen behoeft goedkeuring van de algemene vergadering. Evenals het aangaan van overeenkomsten waarbij aan de vereniging een bankkrediet wordt verstrekt, het ter leen opnemen van gelden, het aangaan van dadingen en het sluiten en wijzigen van arbeidsovereenkomsten.

⁵ Art. 2:44 lid 2 BW voor de vereniging en art 2:291 lid 2 BW voor de stichting.

⁶ Art. 2:44 lid 2 BW voor de vereniging en art 2:291 lid 2 BW voor de stichting.

⁷ Asser/Rensen 2-III* 2012/335.

⁸ Art. 8.2 Statuten NSO Eques.

⁹ Asser/Rensen 2-III* 2012/130 en 334-335.

¹⁰ Art. 2:44 BW voor de vereniging en art. 2:291 BW voor de stichting.

¹¹ Art. 2:45 lid 2 BW voor de vereniging en art. 2:292 lid 2 BW voor de stichting.

¹² Art. 8.2 e.v. Statuten V.I.E.R.

¹³ Art. 9.3 e.v. Statuten ELSA Nijmegen.

opmaken van zulk een voordracht. Bij NSV Nota Bene worden volgens de statuten de bestuurders op reguliere manier door de algemene ledenvergadering benoemd.¹³ Een bestuurder van een vereniging kan te allen tijde door de instantie die hem heeft benoemd worden geschorst en ontslagen (art. 2:37 lid 6 BW).

"In beginsel worden bestuursleden van een vereniging door de algemene vergadering benoemd uit de leden"

3.2 De stichting

Bij stichtingen gaat de benoeming en het ontslag van het bestuur anders. Een stichting heeft geen algemene vergadering en de stichting kent in beginsel maar één orgaan: het bestuur. Hoe wordt in dat geval een bestuurslid benoemd? De statuten van een stichting dienen een regeling te bevatten voor de wijze van benoeming en ontslag van de bestuurders (art. 2:286 lid 4 sub c BW). Dat de benoemingsregelingen van de Nijmeegse studiestichtingen zeer uiteenlopen, bleek al in het eerste deel van dit tweeluik. Zo bepalen de statuten van Stichting Rechtswinkel Gennep dat het bestuur zichzelf aanvult.¹⁴ SBJS, Actioma en NSO Eques hebben een raad van toezicht ingesteld, die een belangrijke rol speelt bij de benoeming en het ontslag van de bestuurders. SBJS heeft in de statuten een regeling opgenomen die voor de benoeming van een bestuurslid instemming van de raad van toezicht vereist.¹⁵ De bestuursleden van Actioma worden benoemd, geschorst en ontslagen door de raad van toezicht, waarbij het bestuur de mogelijkheid heeft tot het doen van een niet-bindende voordracht.¹⁶ De statuten

van NSO Eques bevatten een vergelijkbare regeling: de bestuurders worden benoemd op voordracht van het bestuur, door de raad van toezicht.¹⁷ De raad van toezicht van NSO Eques is eveneens bevoegd tot schorsing van het bestuur. Een bestuurder van een stichting kan onder bijzondere omstandigheden worden ontslagen door de rechter (art. 2:298 BW).

3.3. Bestuursaansprakelijkheid

Een bestuurder kan jegens verschillende partijen aansprakelijk zijn; namelijk jegens de rechtspersoon, jegens derden en jegens de boedel. Art. 2:9 BW regelt de interne aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen (aansprakelijkheid jegens de vennootschap). Het artikel bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon – in dit geval de vereniging of stichting – is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Lid 2 van dat artikel bepaalt dat elke bestuurder voor het geheel (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de schade die de rechtspersoon lijdt ten gevolge van onbehoorlijk bestuur, indien de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹⁸ Een individuele bestuurder kan zich disculperen van de hoofdelijke aansprakelijkheid indien hij kan aantonen dat de onbehoorlijke gedraging niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van die gedraging af te wenden (art. 2:9 lid 2 BW). Een onderscheid in aansprakelijkheidsnorm tussen een bezoldigde verenigings- en stichtingsbestuurder (bestuurder die loon ontvangt) en een onbezoldigde bestuurder (bestuurder die zijn werk vrijwillig verricht) wordt thans noch in de wet, noch in de rechtspraak gemaakt.¹⁹ Het Hof Amsterdam oordeelde in 2010 echter wel dat het feit dat werkzaamheden

¹³ Art. 5.3 Statuten NSV Nota Bene.

¹⁴ Art. 4 Statuten Rechtswinkel Gennep.

¹⁵ Art. 4.3 Statuten SBJS.

¹⁶ Art. 4.3 Statuten Stichting Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad.

¹⁷ Art. 5.2 jo. 5.4 Statuten NSO Eques.

¹⁸ Zonder ernstig verwijt is geen sprake van een onbehoorlijke taakvervulling, HR 29 november 2002, NJ 2003/455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*). Of sprake is van een ernstig verwijt moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het begrip 'ernstig verwijt' is uitgewerkt in het arrest van HR 10 januari 1997, JOR 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*). Om te bepalen of sprake is van een ernstig verwijt moeten onder meer in acht worden genomen: de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult.

¹⁹ Asser/Rensen 2-III* 2012/163.

onbezoldigd worden verricht een (voor de bestuurder voordelige) rol kunnen spelen bij de weging van alle omstandigheden van het geval.²⁰

"Bestuurders van de studieorganisaties die in dit artikel aan bod zijn gekomen, hoeven zich dus geen zorgen te maken"

Een bestuurder van een vereniging die intern aansprakelijk wordt gesteld kan zich wel verweren door zich te beroepen op een door de algemene ledenvergadering verleende kwijting van interne aansprakelijkheid aan deze bestuurder, de zogeheten decharge. Het bestuur maakt jaarlijks een jaarrekening en een bestuursverslag op, waarin het verantwoording aflegt voor het gevoerde beleid (art. 2:48 lid 1 en 2:49 lid 1 BW). Indien de jaarrekening wordt vastgesteld en het bestuursverslag wordt goedgekeurd, kan de algemene vergadering het besluit tot decharge nemen. De vaststelling van de jaarrekening en de verlening van decharge moeten afzonderlijk ter besluitvorming aan de algemene vergadering worden voorgelegd (art. 2:49 lid 3 BW). Dit geldt ook indien de statuten van een vereniging, zoals die van NSV Nota Bene,²¹ ervan uitgaan dat vaststelling van de jaarrekening strekt tot decharge van bestuurders. Dit is een aandachtspunt voor het bestuur. Bij stichtingen is de mogelijkheid tot decharge niet wettelijk geregeld. Aangenomen wordt dat de bevoegdheid tot het verlenen van decharge in de statuten kan worden geregeld.²² Let wel dat decharge zich in alle gevallen uitsluitend uitstrekt tot wat openbaar is gemaakt in het bestuursverslag, de jaarrekening en wat de algemene vergadering is medegedeeld.²³ Wanneer bijvoorbeeld sprake is van fraude, is dit niet aan de stukken te zien omdat de stukken

zijn gemanipuleerd. Het gevolg is dat de bestuurder geen recht kan ontlenen aan de verleende decharge. Naast het feit dat bestuurders aansprakelijk kunnen zijn jegens de vennootschap, kunnen bestuurders van verenigingen en stichtingen ook aansprakelijk gesteld worden voor schade aan derden op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Ook hiervoor is nodig dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.²⁴

Vervolgens kunnen bestuurders nog aansprakelijk zijn jegens de boedel. De wet bevat thans een bijzondere bepaling omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders van een vereniging of stichting met volledige rechtsbevoegdheid in geval van faillissement van de rechtspersoon, indien deze aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen. Deze bepaling geldt voor de zogeheten commerciële vereniging of stichting, maar geen van de onderzochte organisaties zijn als 'commercieel' aan te merken. Op grond van deze bepalingen zijn bestuurders hoofdelijk aansprakelijk jegens de failliete boedel voor een tekort, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (artikel 2:50a en artikel 2:300a BW jo. 2:138/149 BW). Indien het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen doorgang vindt, gaat deze mogelijkheid tot aansprakelijkstelling in geval van faillissement gelden voor bestuurders van alle rechtspersonen. Hieronder vallen dus ook bestuurders van niet-commerciële stichtingen en verenigingen, zoals de Nijmeegse studentenorganisaties. In het voorgestelde art. 2:9c BW geeft het wetsvoorstel een uniforme regeling voor de aansprakelijkstelling van bestuurders door de faillissementscurator. Het voorgestelde art. 2:11c BW verklaart deze regeling van overeenkomstige toepassing op commissarissen.²⁵ Met dit voorstel komen de bepalingen over aansprakelijkheid

²⁰ Hof Amsterdam 21 september 2010, RO 2010/80 (*Freule Lauts van Aysma*).

²¹ Art. 7.5 Statuten NSV Nota Bene.

²² Bij de onderzochte studentenstichtingen wordt decharge verleend door de raad van toezicht. Art. 11.4 Statuten NSO Eques; art. 10.3 Statuten SBJs; art. 13.5 Statuten Stichting Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad.

²³ HR 25 juni 2010, NJ 2010/373 (*De Rouw/Dingemans q.q.*).

²⁴ HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (*Beklamel*), waarover Asser/maeijer, van solinge & nieuwe weme2-II* 2009/469; HR 8 december 2006, NJ 2006/659; JOR 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*); HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen c.s./NOM*)

²⁵ Als het voorgestelde art. 2:11c BW heel letterlijk gelezen wordt, zouden alleen commissarissen aansprakelijk gesteld kunnen worden. Onzes inziens worden met het woord 'commissarissen' ook leden van de raad van toezicht bedoeld, nu ook het voorgestelde art. 2:9c BW ziet op alle rechtspersonen. Raad van toezicht en raad van commissarissen zijn slechts twee verschillende benamingen voor hetzelfde orgaan, namelijk het toezichthoudende orgaan. De term raad van commissarissen wordt doorgaans bij de nv en bv gebruikt en de term raad van toezicht wordt doorgaans bij non-profitorganisaties in de vorm van een stichting of vereniging gebruikt.

bij faillissement in beginsel ook te gelden voor bestuurders en commissarissen van informele verenigingen en van niet-commerciële verenigingen en stichtingen. Dat laatste is volgens de wetgever van belang, omdat het ook bij die rechtspersonen kan voorkomen dat bestuurders en commissarissen zich schuldig maken aan fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim.²⁶ Het voorgestelde art. 2:11c BW maakt een uitzondering op bovenstaande regeling voor onbezoldigde bestuurders van een niet-commerciële vereniging of stichting en voor onbezoldigde bestuurders van een informele vereniging. Deze uitzondering strekt ertoe te voorkomen dat vrijwilligers ten onrechte worden weerhouden zich in te zetten als bestuurder of commissaris van bijvoorbeeld een buurtvereniging of een kleine sportvereniging.²⁷ Bestuurders van de studieorganisaties die in dit artikel aan bod zijn gekomen, hoeven zich dus geen zorgen te maken.

3.4 Het toezichthoudend orgaan

Boek 2 BW geeft thans geen regeling voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij een vereniging of stichting. Toch bleek uit punt 3.2 dat bij de stichtingen NSO Eques, Actioma en SBJS een raad van toezicht aanwezig is.²⁸ Bij de statuten van de vereniging en stichting kan wel een orgaan worden ingesteld dat tot taak heeft toezicht te houden op het bestuur. Aan dit orgaan kan de naam raad van toezicht of raad van commissarissen worden gegeven. De wet bepaalt voor de stichting wel dat de leden van het toezichthoudend orgaan de jaarrekening medeondertekenen en dat de jaarrekening wordt vastgesteld door 'het toezicht houdende orgaan' als de statuten deze bevoegdheid niet aan een ander

orgaan toekennen (art. 2:300 lid 3 BW). De statuten zullen derhalve invulling moeten geven aan de taak van een raad van toezicht.²⁹ Indien het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen doorgang vindt, komt in het algemene gedeelte van Boek 2 BW een bepaling over de instelling van een raad van commissarissen/toezicht in art. 2:11 BW. Deze bepaling komt te gelden voor alle genoemde rechtspersonen en dus ook voor de vereniging en de stichting.

"Boek 2 BW geeft thans geen regeling voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij een vereniging of stichting"

4. Slot

In dit tweeluik zijn een zevental Nijmeegse studentenorganisaties aan de orde gekomen. Deze organisaties zijn in de rechtsvorm van een vereniging of stichting gegoten, welke onder meer van elkaar verschillen door het al dan niet hebben van leden. Het wettelijk kader voor de inrichting van deze organisaties is opgenomen in titel 1, 3 en 6 van Boek 2 BW, waarin onder andere bepalingen zijn opgenomen aangaande de statuten en de organen. Boek 2 BW biedt op enkele punten de ruimte om via statutaire bepalingen af te wijken van de wet en de vereniging of stichting naar eigen inzicht in te richten. Het is interessant om te zien dat Nijmeegse juridische studentenorganisaties hier veelvuldig gebruik van maken en daardoor op verschillende vlakken van elkaar afwijken.

²⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 7.

²⁷ Idem.

²⁸ Artikel 13 en 14 Statuten NSO Eques, artikel 9 Stichting Nijmeegs Juridisch Faculteitsblad en artikel 9 SBJS.

²⁹ Asser/Rensen 2-III* 2012/344.



P.C.L. van de Wiel

P.C.L. van de Wiel is promovendus binnen de vaksectie Rechtsfilosofie aan de Radboud Universiteit

Over noodzakelijke abstracties en onderscheiden.

Enkele overdenkingen bij Olivier Jouanjans *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi* (Presses Universitaires de France, 2017, 328 blz.)

'Nazi-recht' – een contradictio in terminis? Daarvan zijn we allemaal overtuigd. Er is waarschijnlijk geen zelfstandig naamwoord dat we met grotere overtuiging weigeren achter 'nazi-' te zetten dan 'recht'. Zelfs de radicaalste rechtspositivisten zullen, geconfronteerd met Duitse wetten en voorschriften uit de periode 1933-1945, een pas op de plaats maken: nee, het recht is nooit alleen maar het door de wet gestelde; zonder een minimale ethische inhoud is recht geen recht, *mag* het dat niet zijn. Maar hoe volstrekt legitiem deze redenering ook is, wie denkt dat het nationaalsocialisme met een beroep op een strikt legalisme – 'de wet is de wet en die moet nu eenmaal altijd worden gehoorzaamd!' – zijn aanhang onder juristen



BOEKBESPREKING

verwierf en later zijn misdaden verdedigde, heeft het mis. Zoals Thomas Mertens in zijn basisboek rechtsfilosofie schrijft, is er 'overvloedig materiaal voorhanden waaruit blijkt dat de Duitse juristenstand tijdens de Weimar-jaren dit wetspositivisme niet was toegedaan'; en eenmaal aan de macht 'maakten de nazi's een einde aan een sterke binding aan rechtsregels en stelden ze daarvoor het *gesundes Volksempfinden* in de plaats' (*Mens & mensenrechten*, p. 65). Als de nazi's één ding *niet* waren, dan rechtspositivisten.

"Er is waarschijnlijk geen zelfstandig naamwoord dat we met grotere overtuiging weigeren achter 'nazi-' te zetten dan 'recht'"

Begin vorig jaar verscheen van de Franse *professeur de droit public* aan de Parijse Panthéon-Assas-universiteit Olivier Jouanjan (geb. 1961) het boek *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi* ('Het onverdedigbare rechtvaardigen. De orde van het juridische nazi-discours'), waarin hij een

indrukwekkende poging waagt om dat overvloedige materiaal op een geordende en inzichtelijke manier over het voetlicht te brengen – materiaal uit de Weimar-jaren maar ook uit de *NS-Zeit* zelf. Om duidelijk te maken waar het hem om gaat, voert Jouanjan in de inleiding de leus '*Mir fällt zu Hitler nichts ein*' op: de openingszin van Karl Kraus' (1874-1936) sarcastische tekst *Die Dritte Walpurgisnacht* – enkele maanden na de machtsovername van de nazi's geschreven; pas na de oorlog gepubliceerd – maar tevens de houding van de overgrote meerderheid van zowel progressieve als conservatieve intellectuelen jegens het opkomende nationaalsocialisme. Een voorbeeld: filosoof Günther Anders (1902-1992) heeft in het najaar van 1932 de grootste moeite in Berlijn een seminar te organiseren over de nazi-ideologie in Hitlers *Mein Kampf* (1925-1926): zulke smerige kletsboek valt niet serieus te nemen... En precies dat beoogt Jouanjan in zijn boek: zijn doel is de juridische nazi-ideologie doordenken, de 'intellectuele mogelijkhedenvoorwaarden' van een totalitair regime met betrekking tot het recht *serius nemen* (pp. 13-15). Waarom? Zijn veronderstelling is dat we, door ons te begeven op het terrein van de juridische teratologie – de leer van de misvormingen in de planten-

en dierenwereld –, een beter idee zouden kunnen krijgen van wat 'recht' in het algemeen betekent en van de mysterieuze normativiteit van dat recht (p. 15).

"En precies dat beoogt Jouanjan in zijn boek: zijn doel is de juridische nazi-ideologie doordenken, de 'intellectuele mogelijkhedenvoorwaarden' van een totalitair regime met betrekking tot het recht serieus nemen"

Het eerste van de twee delen van het boek is getiteld 'bekerings' (*conversions*). Centraal staat de vraag hoe het mogelijk is geweest dat vele academisch geschoolde Duitse juristen zich na de machtsovername van de nazi's niet alleen bij hen aansloten, maar het nieuwe regime ook actief juridisch gingen rechtvaardigen. Deze vraag wordt des te prangender wanneer we de rijke Duitse juridische traditie in aanmerking nemen, een traditie die zich vanaf het begin van negentiende eeuw had ontwikkeld en als positivistisch kan worden bestempeld. Toch wijst de auteur erop dat Gustav Radbruch (1878-1949) zich danig vergiste toen hij in zijn beroemde tekst uit 1946, 'Wettelijk onrecht en bovenwettelijk recht', stelde dat 'het positivisme (...) met zijn overtuiging "wet is wet" de Duitse juristenstand weerloos [heeft] gemaakt tegen wetten van willekeurige en misdadige inhoud.' (pp. 28-29; *Mens & mensenrechten* pp. 82 en 65). Het rechtspositivisme was namelijk de juridische hoofdvijand van de nazi's. Ze beschouwden het als 'joods legalisme', *niet-concreet*, integendeel nodeloos formalistisch en abstract, 'bloedeloos' en 'zogenaamd neutraal', waartegenover zij een 'politiek recht' wilden stellen. Zo zal Carl Schmitt (1888-1985) in de plaats van 'normativisme' een 'decisionisme' naar voren brengen, waarin de autonome en immer concrete beslissing centraal staat. Maar het is belangrijk om te beseffen dat de kritiek op het positivisme niet pas in 1933 de kop op stak. Jouanjan laat zien hoe zeer en breed het vanaf het begin van de Weimarrepubliek onder vuur lag, in de zogeheten *Methoden- und Richtungsstreit*, waarin het draaide om de vraag welke relatie de wetenschap van het publiekrecht met de geesteswetenschappen en de sociale wetenschappen moest hebben. Bovendien had de hypergepolitiseerde Weimar-cultuur haar weerslag op de rechtsgelerdheid. Vanuit verschillende hoeken werd het

positivisme afgewezen: zo was er groeiende filosofische kritiek op het 'formalistische' neokantianisme en deden dialectische neohegelianen een poging de eenheid van vorm en inhoud te doordenken om zo tot een 'substantieel' rechtsbegrip te komen. Een en ander wil overigens beslist niet zeggen dat alle antipositivisten (potentiële) nazi's waren of dat werden na 1933; maar het is volgens Jouanjan wel gerechtvaardigd Radbruchs formule om te draaien: niet het positivisme, maar het in de Weimar-jaren dominante *antipositivisme* heeft de juridische wetenschap en praktijk weerloos gemaakt jegens het idee van nazi-recht (p. 60). Hoe weerloos, laat de auteur zien in zijn behandeling van het razendsnelle gelijkschakelingsproces van de juridische wereld, dat vanaf februari 1933 op de universiteiten en binnen de juristenverenigingen en de juridische uitgeefwereld plaatsheeft en nog vóór de Nacht van de Lange Messen (juni 1934) tot in de kleinste details is voltooid. Jouanjan behandelt tot slot van het eerste deel de loopbanen van de juristen Ernst Rudolf Huber (1903-1990) en Reinhard Höhn (1904-2000). Hoewel allebei duidelijk rechts, waren zij voor 1933 geen lid of aanhanger van de NSDAP geweest. Huber was een leerling van Schmitt, Höhn zou juist een gezworen vijand van hem worden. Beiden behoorden tot de 1900-generatie: juridisch geschoold in de faculteiten van de Weimarrepubliek, een uitgesproken afkeer van die laatste en op zoek naar theoretici die het recht verbonden aan andere intellectuele disciplines – Schmitt, maar bijvoorbeeld ook de neohegeliaan Julius Binder (1870-1939). Huber en Höhn zouden na de *Machtergreifung* worden benoemd als professor in respectievelijk Kiel en Berlijn en produceerden veel en serieuze juridische literatuur ter rechtvaardiging van het nieuwe regime. En waar velen van deze generatie Hitler voor 1933 als plebejische orator minachtten, werd hij, eenmaal aan de macht, voor hen al snel de incarnatie van een mythe – een en ander maakt volgens Jouanjan 'opportunisme' als verklaring van hun bekering zwak.

"Het rechtspositivisme was namelijk de juridische hoofdvijand van de nazi's"

Het tweede deel is getiteld *inversions*, 'omzettingen' of 'omkeringen' dus. Wat werd er omgezet? Het juridische discours als zodanig: het formele karakter van het recht moest wijken voor een radicale *deformalisering* van het recht – een term van Max Weber (1864-1920). Allerlei tendensen komen hier samen en grijpen in elkaar: wat niet-politiek was, moest politiek worden; er moest korte metten worden gemaakt met het burgerlijke denken in onderscheiden (*Trennungsdanken*) – die tussen de samen-

leving en de staat, het publieke en het private domein, recht en moraal ofwel ideologie, vertegenwoordigers en vertegenwoordigden, enzovoort; wat abstract geformuleerd was, moest een volks (*völkisch*) karakter krijgen. Jurist Hans Frank (1900-1946) stelt in 1935 de volgende rechtsdefinitie voor: 'Recht is al wat nuttig is voor het volk; onrecht al wat het volk schaadt'. Het gaat bij uitstek om een *eenheidsdenken*: wat onderscheiden van de *Volksgemeinschaft* is of zou zijn, mist legitimiteit. Daarin past bijvoorbeeld het concept van een totale Staat, in 1933 gemunt door Ernst Forsthoff (1902-1974). Daarin past ook een strafrecht *nach gesundem Volksempfinden*: een *Willensstrafrecht* volgens welk 'de wil van de dader wordt bestraft en niet de daad of het delict', aldus geciteerd uit een artikel uit 1935 van jurist en later berucht voorzitter van het *Volksgerichtshof* Roland Freisler (1893-1945). Freisler theoretiseerde tevens het idee van de *Richterkönig*, een rechter die naast en tegenover de 'dode letter van de wettekst' stond en zich, opnieuw, diende te conformeren aan het *gesundes Volksempfinden*, tot uitdrukking gebracht in het woord van de Führer, incarnatie van de gemeenschap. Ter afsluiting van het tweede deel worden de nazistische rechtstheorieën van Carl Schmitt en Karl Larenz (1903-1993) geschetst. Doelwit van eerstgenoemde is het normativisme en zijn abstracties, waartegenover hij een 'concrete orde' plaatst, door Jouanjan vooral geëxpliciteerd aan de hand van Schmitts *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934). Bij een concrete orde hoort vooral ook een concrete vijand: de Jood en de Joodse geest, symbolen van abstractie en wanorde. Nadat Schmitt in 1936 in ongenade is gevallen bij het regime, tracht hij zich opnieuw in de kijker te spelen door vanaf 1939 het idee van een *Grossraumordnung* te introduceren: over Duitsland moet worden gedacht in termen van een *Reich*, niet van een *Staat*, en elk *Reich* heeft een *Grossraum* – hoewel Schmitt aangeeft te zijn geïnspireerd door de monroedoctrine neemt hij er met zijn eigen concept expliciet en wezenlijk afstand van. Waar Schmitt 'het politieke' consequent en rücksichtslos op de voorgrond plaatst, legt neohegeliaan Karl Larenz in zijn theorie het primaat bij het *völkische* verband, dat het louter 'politieke' moment van de gemeenschap overstijgt. De zedelijke gemeenschap heft de klassieke tegenstelling tussen *Sein* en *Sollen* op, aangezien de zeden zelf altijd al een normerend element in zich dragen. Jouanjan laat echter zien dat Larenz op punten volledig van Hegels rechtsfilosofie afwijkt. Daarnaast wordt duidelijk hoe zeer het 'gemeenschapsdenken' en het 'concrete' denken verstrikt raken in allerlei contradicties (bijvoorbeeld: het 'theoretische zwarte gat' van het centrale *Führerprinzip*) en daarmee op een impasse uitlopen. Het maakt beide theorieën overigens niet minder belangwekkend als voorbeeld van aberrante juridische constructies.

In een leerzame en indrukwekkende epilooop met de titel *perversions* gaat Jouanjan na wat de betekenis voor het heden is van de vragen die in dit boek worden behandeld en erdoor opgeroepen. Om terug te komen op waarmee we begonnen: we zijn geneigd te denken dat het hoofdprobleem van nazi-recht eerst en vooral gelegen is in zijn monsterlijke inhoud. Dat is terecht en begrijpelijk, maar Jouanjan wijst op een ander cruciaal aspect. Kenmerken van het recht, al sinds zijn Romeinse oorsprong, zijn *formaliteit* en *abstractie*. Het abstracte recht spreekt noodzakelijkerwijs niet dezelfde taal als de vaak zo concrete rechtvaardigheid. Daarom irriteert het ook zo vaak niet-ingewijden, die er wél voortdurend mee te maken hebben. Een uitstap in het juridisch universum van het nationaalsocialisme laat ons echter zien wat voor immense problemen en risico's er aan een 'concreet', 'gedeformaliseerd' of 'onbemiddeld politiek' recht verbonden zijn. Ik sluit af met een citaat uit de epilooop van dit belangrijke, verontrustende boek:

'(...) we hebben er waarschijnlijk belang bij na te denken over wat we met Georg Jellinek een "ethisch minimum" van het recht zouden kunnen noemen, en dit minimum te denken *vanuit het gezichtspunt van de vorm, (...) want het probleem van de juridische vorm is niet strikt formeel*. Het is een feit dat (...) de fanatieke vrijwilligers die de nazi-juriste waren, vormen en formalisme verafschuwden. (...) Wanneer ik een zeker juridisch formalisme verdedig tegen snelle en gemakkelijke kritiek, dan doe ik dat op voorwaarde dat de betekenis van vormen wordt gevat, in de mate waarin zij het recht zijn "ethisch minimum" verlenen, dat ook een "politiek minimum" is. Substantiële waarden, zonder vormen, hebben het ongekende en verontrustende vermogen alles in hun spoor te kunnen meerukken. Daarom zijn vormen en procedures onontbeerlijk. De diepe betekenis van vormen en procedures is dat zij de informele macht van waarden binnen bepaalde grenzen houden (...) (pp. 286 en 290-291).

"Het abstracte recht spreekt noodzakelijkerwijs niet dezelfde taal als de vaak zo concrete rechtvaardigheid"

ADVERTEREN IN ACTIOMA IS INVESTEREN IN KENNIS.

Actioma is het grootste juridische faculteitsblad van Nederland. Alle Nijmeegse rechtenstudenten en faculteitsmedewerkers krijgen het ieder kwartaal toegestuurd. Het blad is gratis voor abonnees en daarom afhankelijk van financiële steun uit de juridische wereld.

Uw bijdrage aan ons blad maakt onze bijdrage aan uw toekomst mogelijk.

Neem voor meer informatie contact op met Ruben van Dijken via: info@actioma.eu

