

Waarom is populistisch-rechts zo groot?



Het begrip
'politiek' vanuit
een sociaal-
filosofisch
perspectief

Over het
succes van
politiek rechts,
schoenen-
verkopers, hipsters
en gebrek aan neutraliteit

OOK IN DEZE NOVUM:

Annotatie - De notaris
tussen twee vuren in:
Ministerieplicht en
dienstweigering

Vorbereitung op
het lezen van een
rechtsfilosofisch boek
van Timo Slootweg -
Over de blinde
vlek van de
rechtsgeleerdheid

De fata morgana van
het Nederlandse
buitenlandbeleid

Polen en de rechtstaat
- Over de toepassing
van artikel 7 VEU

In gesprek met
Reinout Vriesendorp

Turkije had maar 17
seconden nodig -
Over de
rechtmatigheid van
het neerschieten
van een Russisch
gevechtsvliegtuig

Column
Andreas Kinneging:
Montesquieu,
democratie en de
Europese integratie



INHOUDSOPGAVE

- 2 Inhoudsopgave**
- 3 Voorwoord**
- 4 Waarom is populistisch-rechts zo groot?**
Het begrip 'politiek' vanuit een sociaal-filosofisch perspectief
- 8 Voorbereiding op het lezen van een rechtsfilosofisch boek**
Over de blinde vlek van de rechtsgeleerdheid
- 12 In gesprek met... Reinout Vriesendorp**
- 16 Advertorial Dirkzwager - Toekomst en trend**
- 18 Annotatie - De notaris tussen twee vuren in: Ministerieplicht en dienstweigering**
- 21 Faculteitszaken - Interdisciplinariteit**
- 22 Turkije had maar 17 seconden nodig -**
Over de rechtmatigheid van het neerschieten van een Russisch gevechtsvliegtuig
- 24 Polen en de rechtstaat - Over de toepassing van artikel 7 VEU**
- 26 De fata morgana van het Nederlandse buitenlandbeleid**
- 28 De Vereniging JFV Grotius - Recht naar beneden**
- 30 Column Andreas Kinneging - Montesquieu, democratie en de Europese integratie**

Februari editie

NOVUM

NOVUM is het juridisch faculteitsblad der JFV Grotius te Leiden. NOVUM is ontstaan uit een fusie tussen het faculteitsblad Trias (1968) en het blad Request (1999) dat werd uitgegeven door het rechtenmentoraat Appèl.

NOVUM is aangesloten bij de Stichting Landelijk Overleg Juridische Faculteitsbladen (LOJF).

Oplage: 500 exemplaren
Lay-out: M.L.R. Goudsmit
Druk: JP Offset
ISSN-nummer: 1567-7931

U kunt NOVUM vinden bij de ingang van de faculteit, de C-gang op de begane grond, het restaurant en bij C131. De redactie behoudt zich het recht voor ingeleverde stukken niet te plaatsen of te wijzigen. De inhoud van de artikelen vertegenwoordigt niet noodzakelijkerwijs de mening van de redactie.

© Niets uit deze uitgave mag op welke wijze dan ook worden gereproduceerd zonder voorafgaande toestemming van de redactie.

Redactie
Hoofdredacteur
Fatima Jarmohamed (06 20 95 83 37)
novum@law.leidenuniv.nl

Eindredacteur
Marthe Goudsmit
novum@law.leidenuniv.nl

Redacteuren
- Raphaël Donkersloot
raphaeldonkersloot@gmail.com
- Anna Tsheichvili
anna.tsheichvili@gmail.com
- Maurits Helmich
m.m.helmich@gmail.com
- Mohammad Sharifi
the.sharifmo@gmail.com

- Ademir Sehomerovic
ademir.sehomerovic@gmail.com
- Tonko van Leeuwen
tonko.v.leeuwen@gmail.com
- Anne van Eck
vaneck.anne@gmail.com
- Patrick Birken
patrick_birken@hotmail.com
- Hanneke Vollaers
hvollaers@gmail.com
- Liz van Ringelestijn
lizvanringelestijn@hotmail.com

Adviesraad
- Prof. mr. dr. P.M. Schuyt
- Prof. mr. dr. A.G. Castermans
- Prof. mr. S.C.W. Douma
- Mw. drs. A.F.M. van der Helm
- Dhr. mr. R. Passchier
- Birgül Açiksöz, Assessor FdR
- David den Blaauwen, praeses JFV Grotius

Contact
novum@law.leidenuniv.nl

Voorwoord

Waarde lezer,

Januari heeft zich gekenmerkt door de vele tentamens, die het eind van het eerste semester betekenden – de faculteits- en de universiteitsbibliotheek hebben zonder twijfel geweten dat de Leidse rechtenstudent aan de studie moest. Februari kenmerkt echter het begin van het nieuwe semester; het tweede moment van 2016 waarop goede voornemens gemaakt kunnen worden en studenten zichzelf bijvoorbeeld kunnen beloven om deze keer écht op tijd te beginnen met studeren en de stof goed bij te houden. Of dat nu wel of niet lukt; het kan geen kwaad om het in elk geval te proberen.

Ook de redactie van de NOVUM heeft vol goede moed haar schouders gezet onder een nieuwe editie, die u nu in uw handen hebt. Maurits Helmich heeft zich gebogen over de vraag waarom populistisch-rechts zo groot is – en met zijn scherpe sociaal-filosofische analyse kan de lezer zich verzekeren van nieuwe inzichten inzake de politiek. Mohammad Sharifi schrijft een opinie over het meten met twee maten in het buitenlands beleid van Nederland. Anne van Eck kijkt met een kritische blik naar de notariële ministerieplicht en de toepassing van het beoordelingskader dat het Novitaris-arrest ons heeft gegeven, terwijl Patrick Birken zich buigt over de rechtmatigheid omtrent het neerschieten van het Russische gevechtsvliegtuig door Turkije. Liz van Ringelestijn neemt de staatsrechtelijke veranderingen in Polen onder de loep door in haar artikel dieper in te gaan op o.a. de nieuwe mediawet. Marthe Goudsmit las het nieuwe boek van Timo Slootweg en schreef daarbij een uitleg van diens begrip van rechtvaardigheid als voorbereiding op het lezen.

Voor de februari-editie is de NOVUM in gesprek gegaan met professor Reinout Vriesendorp, afkomstig van Tilburg University en vanaf 1 januari 2016 hoogleraar Insolventierecht aan de Universiteit Leiden. We spreken hem over de specialisatiedrang van studenten en het hebben van lef, maar ook over het maatschappelijke karakter van het insolventierecht en de onafhankelijkheid van de studenten. Uiteraard kan ook de maandelijkse bijdrage van professor Kinneging niet ontbreken. Deze maand gaat hij dieper in op Montesquieu, democratie en de Europese integratie.

De NOVUM voorziet ook online in uw behoefte aan juridisch gelieerde artikelen. Op www.novummagazine.nl kunt deze maand o.a. een weblog lezen van Anna Tsheichvili waarin ze dieper ingaat op de toepassing van het belanghebbende-begrip en de invloed daarvan op de overheidsaansprakelijkheid. Zorgt u een breder belanghebbende-begrip voor een grotere overheidsaansprakelijkheid? Ook leest u het interview met Bart Koster, advocaat-stagiair bij NautaDutilh, dat Hanneke Vollaers eind januari afnam.

Wilt u ook in februari op de hoogte blijven van de artikelen die de NOVUM u kan bieden? Onze pagina is ook te vinden op Facebook via www.facebook.com/novummagazine.nl.

Zoals u ziet: deze schrikkelmaand kunt u zich ervan verzekeren dat u voor een zeer verantwoord SOG-moment bij de NOVUM aan het goede adres bent. Wellicht houdt de belofte wat betreft het goed bijhouden van uw studiestof deze maand stand. Wellicht sneuvelt deze goede intentie. Hoe het ook zij – u kunt in alle gevallen uw heil blijven zoeken bij de NOVUM.

Graag wens ik u, namens de gehele redactie, een goed begin van het tweede semester toe.

Fatima Jarmohamed
Hoofdreducteur NOVUM



Waarom is populistisch-

Het begrip ‘politiek’ vanuit een

Zodra dit blad in de bakken van het KOG verschijnt is de situatie waarschijnlijk radicaal veranderd, doch Donald Trump is op het moment van schrijven van dit stuk goed voor 34,5 % van de stemmen in de Republikeinse peilingen.¹ In Nederland scoort de PVV een ongekende 41 zetels, ver uitstekend boven de 19 zetels het CDA (peilingsgewijs de één na grootste partij).² In de Franse regionale verkiezingen van december 2015 wist het *Front National* door tactisch samenspel van zijn tegenspelers nergens aan een meerderheid te komen, maar de partij wist wel het aantal vertegenwoordigers te verdrievoudigen.³ Wat is dat toch? Waarom is populistisch-rechts zo in opkomst?⁴ Mondialisering en individualisering? Druk op de monetaire unie in Europa? Massa-immigratie? Terreurdreiging? Allemaal mogelijke oorzaken, maar hoogstens antwoorden op de vraag ‘waardoor’. De waaromvraag is echter interessanter: wat is het dat mensen hiertoe drijft? Dat is de vraag die dit artikel zal proberen te beantwoorden. Om dit op een verantwoorde wijze te kunnen doen, zal ik mijzelf echter eerst nog een ander vraag moeten stellen: wat is politiek eigenlijk, en wat is de rol van politieke stromingen in dit bestel?

De rationeel-liberale visie: de politieke beweging als een set aan standpunten

Een mogelijk antwoord op de vraag van wat politiek is, is dat het een gereguleerde vorm is van het uitwisselen van visies en standpunten op beleid en maatschappij. De Tweede Kamer is dan een bijeengeraapt gezelschap van parlementariërs die verondersteld worden geknipt te zijn voor hun baan: het verdedigen van een bepaald standpunt om zo het debat verder te helpen. Centraal in deze ‘rationaal-liberale visie’ is het idee van waarheidsvinding:

het debat dient maar één doel, namelijk het zoeken van het ideale beleid. Verondersteld wordt dus, om Paul Scholten’s befaamde woorden te amenderen: “het [ideale] recht is er, doch het moet worden gevonden”.⁵

“In het domein van kennis en wetenschap bestaan er bepaalde vaste ‘waarheden’. Hoeveel uranium je in een atoombom moet stoppen, enzovoorts.”

Wat te vinden van deze visie? Wel, om te beginnen is zij weinig realistisch. Is politiek nu werkelijk iets dat wordt bedreven met het doel om de waarheid te vinden? Is belangenconflict niet veeleer de drijfveer? Bovendien: gesteld al dat iedere politicus en retoricus zich het doel zou stellen om de ‘waarheid’ te vinden, wat is deze waarheid dan? Is de waarheid van een arbeider niet heel anders dan die van een aristocraat? Is de visie op de wereld van de één niet heel anders dan die van de ander? Toegegeven: in het domein van kennis en wetenschap bestaan er bepaalde vaste ‘waarheden’. Hoeveel uranium je in een atoombom moet stoppen, enzovoorts. Maar geldt hetzelfde voor het morele domein? Dat lijkt niet aangetoond. Wie beweert de ‘objectieve morele waarheid’ te hebben gevonden, en deze middels politiekbedrijving aan anderen wil opleggen, lijkt eerder blijk te geven van paternalisme en zelfoverschatting, dan van iets anders. Het rationeel-liberale model lijkt dus zowel op normatief als op feitelijk vlak tekort te schieten. Het is waar: politiek werkt met argumenten. Dat altijd de ‘beste argumenten’ winnen lijkt echter een onzinnige bewering.



rechts zo groot?

sociaal-filosofisch perspectief



Maurits Helmich

Het vertegenwoordigende aspect van de politiek

Is politiek dan misschien eerder het platform van burgerlijke belangenvertegenwoordiging? Dat wil zeggen: iedereen stemt eens in de vier jaar op iemand in de kieslijst, deze laatste verkrijgt een mandaat, en vertegenwoordigt de *belangen* van de kiezer. Volgens dit model wordt de politiek dus het strijdpunt van belangen. Iemand die rijk is stemt bijvoorbeeld op de VVD, iemand die arm is op de SP, etc. Zo is elke bevolkingsgroep gelijkelijk vertegenwoordigd, en hebben we een ‘eerlijk’ model samengesteld. (In meer rudimentaire vormen: misschien niet zozeer het *one man, one vote*, maar wel bijvoorbeeld een stamleider die in gesprek gaat met andere stamleiders.)

Een interessant alternatief voor het rationeel-liberale model, en ongetwijfeld meer getrouw de waarheid. Toch is ook dit model op punten problematisch. Wat drijft de politici immers? Is dat puur het dienen van hun kiezers, of spelen er ook andere belangen mee? Bovendien: wat constitueert de publieke opinie aangaande ‘belang’? Is dat puur wat de kiezers vanuit rationeel-biologisch standpunt zouden moeten concluderen als zij onderzoeken wat hen het meest bevredigt, of spelen er ook andere factoren mee? Het is helemaal niet gek te veronderstellen dat deze ‘publieke opinie aangaande belang’ voor een groot deel wordt gevormd door actoren die ook weer hun eigen agenda hebben. Bijvoorbeeld: een kledingfabriek zal zijn kleding willen verkopen. Een olieketen zal olie willen verkopen. Een wapenfabriek wapens, enzovoorts. Hebben deze grote actoren dan totaal geen invloed op (1) de manier waarop wij naar politiek en maatschappij kijken, en (2) de manier waarop politiek opereert? Zouden lobbyisten bijvoorbeeld ooit geld geven als dat geen enkel politiek effect zou hebben; uit liefdadigheid, of zoiets? Het lijkt een sterk verhaal. Zou er een interdependentie zijn tussen de belangen van de olie-industrie in (bijvoorbeeld) Amerika, en het structurele politieke weigeren het klimaatprobleem op te lossen? Het lijkt vrij naïef om dat compleet te ontkennen. Met andere woorden: ook het beeld van politiek als burgerlijke belangenvertegenwoordiging lijkt niet volledig.

Schoenenmerken en de sociale werking van de politiek

Een derde antwoord op de vraag op wat het wezen van de politiek dan is, is dat het een platform is voor strijd. Stromingen van allerlei aard strijden om de reële politieke macht, en, misschien nog belangrijker, om – wat ik zou noemen – de ideële politieke macht. Wat houdt deze macht

dan in? *Might makes right*, maar ook (tot op zekere hoogte): *might makes true*, en *might makes important*. Diepgravende politieke macht impliceert dus invloed op concepties van wat wenselijk en begerenswaardig is, en wat verachtelijk en aanstootgevend is. Zo heeft christelijk denken de wereld historisch gezien ongetwijfeld veel goeds gebracht, maar het is ook een legitimatiegrond geweest voor kruistochten, uitbuiting en massacensuur. Kapitalisme, zo constateerde Karl Marx, is eigenlijk een denkmodel dat klasseonderdrukking faciliteert en goedpraat. Ook uitvoeringen van het communistisch project hebben de wereld weinig goeds gebracht, resulterende in totalitaire regimes waar hedendaags Noord-Korea nog steeds een goed voorbeeld van is. Politieke gezindheid, zo is de stelling die ik hier zal verdedigen, verschilt niet gek veel van affiniteit voor een bepaald schoenenmerk. De voorkeur voor het ene boven het andere merk is vooral, als niet vrijwel uitsluitend, een product van socialisatie. Het enige wat verschilt is het verhandelde product: de één verkoopt schoenen, de ander verkoopt een politiek narratief.

“Politieke gezindheid verschilt niet gek veel van affiniteit voor een bepaald schoenenmerk.”

Velen zullen hier vermoedelijk antwoorden dat politieke voorkeuren toch iets heel anders zijn dan persoonlijke voorkeuren aangaande (bijvoorbeeld) wat voor kleren te dragen. De vraag is echter of dit onderscheid wel zo scherp te maken valt. Enerzijds: zelfs de keuze voor de ene kledingstijl boven de andere is al vaak niet meer waarde vrij. Zo wordt een ‘*manbun*’ (het knotje voor de man), een baard en (te) grote bril al snel opgevat als een verklaring van trouw aan de ‘hipsters’, en aan de daarmee geassocieerde literair-kunstzinnige pretenties en bijbehorende linkere moraal. Draagt men echter een tweed jasje met zwarte brogues en een vlinderdas, dan wordt daar al gauw een conservatiever gedachtengoed achter gezocht. En dat nog voordat er één woord gesproken is. Een ‘culturele stelling’ wordt dus al snel ingenomen, en politieke connotaties zijn daar eigenlijk niet van weg te denken. Belangrijker is echter de volgende constatering. Mensen zijn sociale wezens. Zij zijn vatbaar voor gevoelens van affiniteit en empathie, maar dan vooral voor leden hun eigen sociale groep. En met deze affiniteit komt een zekere mate van assimilatie, en actieve deelname in de gebruiken, belangen en ideologieën van de

‘eigen groep’. Zie hier de geboorte van het politieke. Het bestaan verschillende groepen binnen een maatschappij, binnen de *polis*, levert logischerwijs verschillende concepties van het nastrevenswaardige op, die zich op een antagonistische wijze tot elkaar gaan verhouden. Dat schijnt mij de kern van politiek: sociaal-cultureel bepaalde ideologieën, belangen en mensbeelden, die in de politieke arena strijden op het (morele) primaat.

Het gefabriceerde privaat-politiek-onderscheid

Het betoog zoals in de vorige paragraaf gepresenteerd kent naar mijn idee nog (ten minste) twee onvolledigheden, die ik kort zal moeten uitlichten voordat ik tot een besluit kan komen. Om te beginnen: het schijnt de rol van de politieke verkoper, de politieke partij, te overschatten. Zoveel invloed heeft een individuele partij toch ook weer niet op de manier waarop naar de maatschappij kijken? Een terechte kritiek, denk ik. De analyse die in dit stuk gegeven is, wordt een stuk minder interessant als men ‘politiek’ louter en alleen begrijpt in termen van ‘wat er in Den Haag en Brussel gebeurt’. Ik nodig de lezer dus uit na te denken over hoe politiek daarbuiten kan plaatshebben. In de collegezaal, of bij politiek-maatschappelijke discussieclubjes bijvoorbeeld. Tijdens de ALV van de studentenvereniging, of in de WhatsApp-groep als moet worden besloten waar de vakantie dit jaar heen gaat. Duncan Kennedy:

*“A friend can reduce me to misery with a single look. Numberless conformities large and small abandonments of self to others are the price of what freedom we experience in society. And the price is a high one. (...) The very structures against which we rebel are necessarily within us as well as outside of us.”*⁶

Zelfs de manier waarop een vriend kijkt *“can reduce me to misery”*, stelt Kennedy wat dramatisch. Maar goed, de kerngedachte is duidelijk: de invloed die anderen op ons hebben is immens. Oké, dat begrijpen we, zal de lezer nu denken, maar – en nu kom ik aan de tweede mogelijke vorm van kritiek op dit artikel – wordt hier nu werkelijk betoogd dat je al politiek aan het bedrijven bent als je op een bepaalde manier naar je vriend kijkt? Of als je schoenenmerk A in plaats van B draagt? Gaat dat niet uit van een te brede opvatting van wat ‘politiek’ is? Intuïtief-taalkundig gezien zou ik het hier alleen maar met de criticus eens kunnen zijn. De vraag is echter: waar dan de lijn te trekken? Impliciete sociale gebruiken (denk alleen al aan de normatieve connotaties van taal) zijn door en door politiek geladen, en worden zelfs deel van ‘wie wij zelf zijn’. Bestaat er dan zoiets als politieke neutraliteit? Ik ben sterk geneigd te zeggen van niet.

“Impliciete sociale gebruiken zijn door en door politiek geladen, en worden zelfs deel van ‘wie wij zelf zijn’.”

Enkele voorzichtige conclusies

Ook bij het schrijven van een stuk als dit zal ik mij dus niet van menig politiek affect kunnen ontdoen. Toch zal ik een bescheiden poging wagen uit het voorgaande enkele conclusies te trekken. Als politiek zich laat begrijpen als een constant proces van hoor- en wederhoor tussen verschillende ideologieën en wereldvisies, wat betekent het dan als een bepaalde politieke branche (in dit geval dus: rechts-populisme) structureel gegroeid schijnt? Betekent dat dat de concrete politieke oplossingen die in de bewuste branche worden gepresenteerd beter aansluiten bij de actuele problematiek dan het beleid dat vanuit andere richtingen naar voren wordt geschoven? Waarschijnlijk niet. Ik vermoed dat er eerder sprake is van een aansprekend ‘narratief’. Elke politieke partij draagt, samen met een pare droge standpunten, een mens- en wereldbeeld uit, en verdedigt dat aan de hand daarvan standpunten. Mijn stelling: het is niet het standpunt zelf dat mensen (politiek) rekruteert, maar het narratief wat daaraan ten grondslag ligt.

“What goes up, must come down.”

“Each contender has sufficiently numerous and complex resources that it seems always possible to repair a damaged position”, schrijft Duncan Kennedy over politieke ideologieën.⁷ En hij heeft natuurlijk gelijk. Zodra partijen zich (ideologisch) hebben ingegraven, kom je niet meer ver met technisch-politieke argumentatie. De gesprekspartners denken en spreken namelijk vanuit verschillende begrippenkaders, en vinden daarom compleet verschillende vragen en feiten relevant. (Wie is bijvoorbeeld ‘de vluchteling’? Wat is ‘vrijheid’? Etc.) Zoals ik meen in dit stuk te hebben aangetoond, is politiek niet hoofdzakelijk een kwestie van de technisch beste koers vinden (wat onze (politiek gekleurde) conceptie van ‘de beste koers’ ook moge zijn), maar eerder van verhaal en tegenverhaal. Politiek is boven alles een sociale expressie. En waar wij dat uit het oog verliezen, is populistisch rechts daar wel om ons erop te wijzen. Dat is het wezen van de politiek. *What goes up, must come down.* **N**

1. RealClearPolitics, 12 januari 2016.

2. De Hond, 10 januari 2016.

3. A. Chrisafis, ‘French elections: Front National makes no gains in final round. Marine Le Pen’s far-right party misses out a week after achieving record support’, *The Guardian* 14 december 2015.

4. Men kan hier protesteren tegen de formulering ‘rechts’, omdat zij onterecht een bepaald sociaaleconomisch beleid zou veronderstellen dat op de PVV bijvoorbeeld niet van toepassing zou zijn. Deze discussie zal ik in dit stuk gemakshalve als semantisch, niet-essentieel terzijde schuiven.

5. P. Scholten, ‘Algemeen deel’, in: (red.), *Algemeen deel* (bew. door G.J. Scholten), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 12.

6. D. Kennedy, ‘The Structure of Blackstone’s Commentaries’, *Buffalo Law Review* 28 (1979), p. 212.

7. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1998, p. 43.

Wij zoeken ook talenten die werk maken van hun vrije tijd.

Talenten met karakters die wij nog niet kennen. Talenten die de diversiteit vergroten en verbindingen kunnen leggen. Om zo sterker te kunnen adviseren in complexe zaken; want daar geloven wij in. Dat noemen wij *de verbindende kracht*. Ga naar **werkenbijvandoorne.nl** om te zien of jouw unieke kracht bij ons past.

Vorbereiding op het lezen van

Over de blinde vlek

De rechtenstudie gaat niet over rechtvaardigheid. Wie dat verbaast zou ik willen uitnodigen om zichzelf te vragen: waar houd ik mij mee bezig? Mijn antwoord zou zijn: “de rechtenstudie gaat over de inhoud van het recht zoals het is”. Wij juristen, wij bestuderen het recht, interpreteren het, passen het toe. Wij zijn zo overtuigd van de rechtvaardigheid van het systeem dat wij daar geen vraagtekens bij zetten. Timo Slootweg, als rechtsfilosoof verbonden aan deze faculteit, schreef een boek dat vorige maand verscheen: *Uit de schaduw van de wet – Inleiding tot de esthetica van het recht*. Dit boek is wellicht de schrik van veel juristen. Slootweg doet namelijk iets dat voor velen ondenkbaar is: hij nodigt uit tot een fundamentele reflectie op de rechtvaardigheid.

Over het boek

Zijn ideeën ontwikkelt Slootweg mede in het spoor van de Nederlandse rechtsgeleerde Paul Scholten. In eerdere publicaties heeft Slootweg aangetoond dat deze sterk door het christelijk existentialisme beïnvloed is geweest. Geïnspireerd door Scholten zoekt Slootweg verder naar een begrip van rechtvaardigheid, wat hij doet onder verwijzing naar onder anderen Pascal, Kierkegaard, Nietzsche, Berdyaev, Shestov en Levinas. Deze denkers

vormen de basis voor Slootweg's bewering dat wij niet in de zuivere ratio, maar in de dichtkunst en in de religie de meest geschikte kentheoretische aanknopingspunten vinden voor een werkelijkheidsgetrouwe filosofie en wetenschap. De waarheidsopvatting van de religieuze traditie blijkt voor Slootweg bovendien van essentieel belang voor de esthetica van moraliteit en rechtsgeleerdheid.

Wat in het boek van Slootweg centraal staat is de gedachte dat het recht een vorm van kunst is, zoals religie dat ook is. Het boek onderzoekt die kunstzinnige en scheppende aard. Religie, met name het christendom, wordt door Slootweg gebruikt als inspiratie voor het recht. Het ware recht, zegt Slootweg, moet worden opgevat als een scheppend zoeken naar gerechtigheid die als schoonheid moet worden aangemerkt.

In deze esthetische benadering van het recht neemt Slootweg afstand van het klassieke idealisme en het realisme. Ook andere (rationalistische) rechtsopvattingen zoals het ‘chronische’ legalisme en het rechtspositivisme worden bekritiseerd. Gerechtigheid moet niet met de wet en de procedure geassocieerd worden. Dat gaat volgens Slootweg voorbij aan de esthetische dimensie van het recht. Wanneer rechtvaardigheid de procedure is, is er geen ruimte meer voor het zoeken naar rechtvaardigheid: de rechtvaardigheid zou dan immers al in de procedure gelegen zijn.

“We weten al wat rechtvaardig is, namelijk ons systeem!”

De uitdaging voor juristen

Slootweg daagt juristen uit tot iets wat wij niet kennen. Ondanks dat wij (juristen) overtuigd zijn van de rechtvaardigheid van ons systeem trekken wij af en toe de rechtvaardigheid van individuele wetten in twijfel, zoals bijvoorbeeld het geval was bij het u allen bekende Hamonisatiewet arrest. Hoewel de rechter niet bij machte was om de wet te toetsen aan de grondwet uitte hij dusdanig heftige kritiek op de nieuwe wet dat deze gewijzigd werd. De rechtvaardigheid was hersteld. Deze sporadische slippertjes met onrechtvaardige wetten doen niets af aan de rechtvaardigheid van het rechtssysteem als zodanig. Dat is allemaal leuk en aardig: wij zijn niet te beroerd om de wet te wijzigen wanneer de letter van de wet niet optimaal is. Dat is wat juristen doen, de wet toepassen, en waar nodig de pijn blootleggen. Onze



een rechtsfilosofisch boek

van de rechtsgeleerdheid



Marthe Goudsmit

overtuiging is dat dit rechtvaardigheid oplevert, omdat het systeem dat de wetten ontwikkeld heeft rechtvaardig is.

Waar we echter niet echt toe bereid lijken te zijn is nadenken over wat iets rechtvaardig maakt, of wat rechtvaardigheid eigenlijk is. Slootweg vraagt zich precies dat af. Niet alleen zal het nut van dit boek veel juristen op het eerste gezicht ontgaan (we weten al wat rechtvaardig is, namelijk ons systeem!), de ideeën die in het boek zijn uitgewerkt zullen voor velen zo indruisen tegen alles waarvan zij overtuigd zijn dat ze die direct als onjuist zullen bestempelen. Slootweg stelt namelijk een aantal zaken ter discussie die voor juristen eigenlijk boven alle twijfel verheven zijn en dus buiten hun blikveld vallen. Dat deze in twijfel worden getrokken kan angstaanjagend zijn: ze vormen immers het fundament van ons vakgebied. Het is dan ook een uitdaging om een jurist ervan te overtuigen dat het de vraag naar hetgeen rechtvaardigheid constitueert een nuttige toevoeging kan zijn.

“Gelijke gevallen worden bij ons gelijk behandeld en dat levert rechtvaardigheid op. Slootweg probeert ons in te laten zien dat dit een naïeve gedachte is.”

Waar het ons juristen aan ontbreekt is een relativiseringsvermogen, zoals we dat bijvoorbeeld aantreffen in de reclameslogan van een aantal jaar geleden: ‘En daarom adviseren wij van WC-eend, WC-eend!’. Deze slogan illustreerde weliswaar een grote overtuigdheid van het eigen gelijk, maar toonde ook dat men zich niettemin bewust was van zijn eigen voorkeur. Zelfspot is niet alleen bron voor moppen tappen, maar ook een wijze waarop men zijn eigen denkkader kan verbreden. Zelfspot dwingt tot het herkennen van de eigen vooroordelen. Wij juristen hebben echter weinig behoefte aan een groter kader, want zoals gezegd, achten wij het systeem rechtvaardig en kunnen wij ons voor het bereiken van rechtvaardigheid beperken tot dat kader. Dit laatste is misschien wat kort door de bocht. Hoewel veel juristen zich het liefst exclusief bezig houden met het positieve recht, is er ook aan deze rechtenfaculteit een bescheiden plaatsje gelaten voor het metajuridische denken over het kader waarbinnen wij het recht bestuderen. Op die manier hoeft niet iedere jurist zich daarmee bezig te houden, maar bestaat de mogelijkheid wel.

De mens als abstractie in het recht

Slootweg stelt, kort gezegd, dat rechtvaardigheid niet bereikt kan worden door middel van een rechtsvinding die voorbij ziet aan de persoon. Volgens Slootweg maakt de obsessie met de wet en de gelijkheid ons blind voor het verschil. De rechtvaardigheid, zo meent Slootweg, zou beter gediend zijn bij een ‘kunstzinnige rechtsvinding’, één die oog heeft voor het ongelijke en onvoorspelbare van de persoon.

Hoewel de bevindingen van Slootweg niet passen binnen de ideeën die u in de rechtenstudie en in de juristerij te horen krijgt, kunnen zijn opvattingen juristen tot nieuwe inzichten brengen. Het recht, zo stelt hij, neigt ertoe voorbij te gaan aan de mens. Het recht is grotendeels in zichzelf gekeerd: het houdt zich bezig met het recht zelf. Wie te maken krijgt met het recht is voor het recht slechts een abstractie: geen concrete mens, geen persoon, maar een rechtssubject. Af en toe willen we het ook nog wel over natuurlijke personen hebben. Het probleem dat Slootweg echter signaleert is dat het proces van rechtsvinding van de mens als zodanig abstraheert. De mens wordt niet werkelijk gezien.

De meeste juristen valt deze abstractie echter niet eens op. Gelijke gevallen worden bij ons gelijk behandeld, dat is vastgelegd in het eerste artikel van onze grondwet en vormt het fundament van onze samenleving, en dat levert rechtvaardigheid op. Slootweg probeert ons in te laten zien dat dit een naïeve gedachte is. Hij zal daarbij echter op veel verzet stuiten, aangezien hij de rechtvaardigheid van het systeem in twijfel trekt: Wie dat doet kan niet van het recht houden, en niet van het recht houden is voor veel juristen een doodzonde. Het recht is onze houvast, onze zekerheid en onze grote liefde. Echter, zoals het spreekwoord gaat, liefde maakt blind. Het maakt ook erg onwelwillend jegens kritiek op de geliefde. Wanneer we ons daarvan bewust worden, zullen we ons misschien meer openstellen voor kritiek.

De mens als persoon

Slootweg levert die kritiek onder andere op gebaseerd op de sterk door Søren Kierkegaard beïnvloede joodse filosoof Martin Buber. Buber kan voor de ontwikkeling van het juridisch oordeelsvermogen van grote betekenis zijn. Hij meent dat mensen zich op twee verschillende manieren tot de wereld en de ander kunnen verhouden. Er is allereerst een rationele en objectiverende verhoudingswijze: de ‘ander’ wordt opgevat als een

ding of een 'het'. Deze verhoudingswijze heeft een wetenschappelijke verdienste, maar wanneer we met de mens van doen hebben, behoeven we in de lijn van Buber een meer waarachtige verhoudingswijze: die van 'ik en jij'. Deze tweede verhoudingswijze impliceert een werkelijke 'ontmoeting' tussen personen, waarbij de ander voor ons niet slechts een object blijft. Dit is dan ook wat Slootweg herkent als het grote probleem van het recht. Ons rechtssysteem eist dat wij de ander niet als persoon zien, maar als rechtssubject. Dit is strijdig met het idee dat de een mens op zichzelf een geheel is. De mens is geen onderdeel van een geheel, geen exemplaar van een soort – hij is als 'de ander' die wij (als zodanig) moeten kennen om tot rechtvaardigheid te komen. Volgens Slootweg moeten wij anderen serieus nemen *als persoon* om tot ware gerechtigheid te komen. De mens als exemplaar behandelen, zoals het recht volgens Slootweg nu doet, gaat voorbij aan de individualiteit en zorgt voor een relatie die Buber omschrijft als ik-het: wij kijken niet daadwerkelijk naar de persoon die wij tegenover ons hebben. Pas wanneer wij een ander zien als persoon kunnen wij over hem oordelen. Ook het Kantiaanse principe dat een mens nooit als middel tot een doel mag worden gebruikt, maar altijd een doel op zich vormt, houdt verband met deze gedachte.

“Ons rechtssysteem eist dat wij de ander niet als persoon zien, maar als rechtssubject, dat is het grote probleem.”

Het loslaten van de gelijke behandeling

Door het nastreven van het wetenschappelijke denken, door de rationele logica, de wet en de procedure neigt het recht steeds voorbij te gaan aan de persoon van ander. Wat Slootweg in zijn boek beschrijft is dat ware gerechtigheid een werkelijke ontmoeting nodig heeft. Wanneer die er namelijk is, wordt de ander niet meer als een object gezien, maar als een persoon. Op die manier kan men beginnen te begrijpen waarom iemand zou zeggen dat rechtvaardigheid beter gediend is bij een ongelijke behandeling dan bij een gelijke behandeling. De ongelijke behandeling die nodig is voor het kennen van personen zou ons ertoe in staat stellen om de mens niet als een van velen te zien, maar als persoon op zichzelf. Een rechtssysteem waarin mens slechts als 'rechtssubject' wordt benaderd, kan volgens Slootweg de rechtvaardigheid niet dienen en mag ook eigenlijk geen recht heten. Daarom is ware rechtvaardigheid volgens Slootweg niet 'de kunst van het gelijke en het goede' (ars aequi et boni), maar eerder de kunst van het verschil en het 'schone'. Het recht is (of zou dat moeten zijn) het geven van een persoonlijke gestalte aan een schepping van vorm, een kunst van het uitvinden: een ars inveniendi. Omwille van het recht van de persoon van de ander veronderstelt de rechtsvinding een bijzonder scheppingsvermogen: een creativiteit die tot uitdrukking komt in de beslissing van wetgever en rechter, aldus Slootweg.



Hoe onvoorstelbaar het voor veel juristen ook is, Slootweg presenteert in zijn boek een idee over rechtvaardigheid dat tegenovergesteld is aan het idee dat u kent en waarin u gelooft. Volgens Slootweg is rechtsvinding een existentieel en poëtisch proces, waarvan de vereiste creativiteit niet zomaar als 'vaardigheid' of 'techniek' kan worden aangeleerd of geoefend, maar die kijkt naar de hele persoon of 'existentie'. Slootweg pleit voor een menselijkere opvatting van rechtvaardigheid. Het recht is volgens Slootweg een vrucht van de boom der kennis van goed en kwaad waarover Genesis vertelt: toen de mens zondigde werd hij wet- en rechtsgeleerde. Net zoals de boom van Mondriaan (die op de voorkant van het boek staat) wordt aangetast door de abstractie, zo doet het ook de mens geen goed om onderworpen te zijn aan een systeem dat zijn menselijkheid niet erkent, maar hem slechts als een 'het' kan zien. De mens wordt daarmee evenzo aangetast door de abstractie van het recht. Het recht is een abstractie. Ik vraag me af hoeveel gedesillustioneerde wereldverbeteraars er gestopt zijn met hun studie omdat het recht niet is wat zij zich ervan voorgesteld hadden. Misschien hadden zij hun studie doorgezet wanneer er meer ruimte was geweest voor reflectie op het recht, waarvoor nu de ruimte in de rechtenstudie grotendeels ontbreekt. Het recht biedt nauwelijks de mogelijkheid om op een andere manier over rechtvaardigheid te denken.

“Ik vraag me af hoeveel gedesillustioneerde wereldverbeteraars er gestopt zijn met hun studie omdat het recht niet is wat zij zich ervan voorgesteld hadden.”

Juristen zullen misschien nooit helemaal veranderen; we houden te veel van het recht. Het recht is ons houvast, onze zekerheid en onze grote liefde. Dat wij van het recht houden maakt erg onwelwillend tegenover kritiek, die toch bij het academische denken en de liefde voor de wijsheid hoort. Het is voor juristen is wellicht een uitdaging om te zien of wij ons over onze eigen voorliefde heen kunnen zetten en te kijken of wij het aan kunnen dat ons geliefde recht bekritiseerd wordt. Wellicht raakt u echter toch gemotiveerd tot het overdenken van een aantal nieuwe ideeën in uw studie, tot het menselijker maken van het recht, of tot het nadenken over rechtvaardigheid in het algemeen. Als u dat aandurft, kan ik u dit boek aanraden.

Timo Slootweg, *Uit de schaduw van de wet. Inleiding tot de esthetica van het recht*, Antwerpen: Garant 2016.



Neem het recht in eigen hand.



Download de Dirkzwager KennisBoek App.

Je kan niet alles zelf weten, dat snappen we bij Dirkzwager. De KennisBoek App is hét antwoord op al je juridische vragen. Met de mogelijkheid om deze af te stemmen op jouw persoonlijke informatie-wens. Daarnaast biedt KennisBoek ruimte voor interactie. Zo kun je reageren op artikelen, deelnemen aan groepsdiscussies en content eenvoudig delen via social media. En dat allemaal in een fraaie App, waar je snel en makkelijk doorheen bladert. Interesse in de App? Kijk snel op www.kennisboek.nl

Maak kennis met **Dirkzwager**
advocaten & notarissen

Reinout Vriesendorp is sinds 1 januari 2016 aangesteld door de Universiteit Leiden, alwaar hij de leerstoel Insolventierecht bekleedt. Hiervoor was hij ruim 23 jaar hoogleraar Privaatrecht aan Tilburg University. Naast de twee dagen per week die hij op de Leidse rechtenfaculteit doorbrengt, is hij deeltijd advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek.

U hebt na uw rechtenstudie in Groningen als wetenschappelijk medewerker Romeinsrechtelijk promotieonderzoek gedaan bij professor Lokin. Hoe bent u terecht gekomen in het insolventierecht?

De focus van mijn promotieonderzoek lag vooral op het eigendomsvoorbehoud, dat met de komst van het nieuwe BW in het begin van de jaren '90 werd gecodificeerd en leek op een Romeinsrechtelijke variant. Na mijn promotie ben ik aan de slag gegaan bij (toen nog) De Brauw & Helbach in Den Haag. Daar werd ik, gezien mijn promotieonderwerp, de vraagbaak bij financiering en zekerheden. Zo heb ik gewerkt aan de zaak die jullie nu kennen als het Kuikenbroederij-arrest uit 1995. In die kwestie ging een kuikenbroederij failliet, met alle gevolgen van dien. Een didactisch heel interessante casus voor het insolventierecht, want het legt precies bloot waar het om draait. Als die honderdduizenden kuikentjes twee uur geen voer hebben, gaan ze dood. Dus de hectiek bij die curatoren was natuurlijk vrij groot. Ook de bank verkeerde in onzekerheid; als die kuikentjes doodgaan, is haar onderpand immers weg. Het laat zien welke abstracte, juridisch-dogmatische vragen men moet beantwoorden – een letterlijke kip-of-ei-kwestie – omtrent dat eigendomsvoorbehoud, maar ook praktische kwesties moeten worden opgelost. Stilzitten en rustig nadenken over die vragen is simpelweg geen optie, het faillissementsrecht vereist meteen actie.

“Stilzitten en rustig nadenken over een vraag is simpelweg geen optie, het faillissementsrecht vereist meteen actie.”

Het insolventierecht lijkt twee verschillende karakters te hebben. Aan de ene kant lijkt het hard en zakelijk van aard te zijn, maar de menselijke kant ervan moet niet worden onderschat. Hoe kijkt u tegen deze twee aspecten aan?

Op het niveau van de aandeelhouder en de financier, denk aan V&D en Sun Capital, is het een zakelijk en rechttoe-rechtaan verhaal. Maar de wereld van een oudere

V&D-werknemer, die in deze tijden minder makkelijk aan een andere baan komt, staat bij een dergelijk faillissement echt op z'n kop.

Studenten die een faillissementszitting hebben bijgewoond, zeggen vaak dat hen twee dingen opvallen: de zitting is bij veel schuldenaren vaak snel afgelopen en het lijkt alsof de gefailleerde opgelucht wegloopt. Het gehele insolventietraject gaat je immers niet in de koude kleren zitten. Schuldeisers die achter je aan zitten, voortdurende onzekerheid: een faillissement hakt die knoop door. Een dag later is de situatie uiteraard minder rooskleurig, maar op de dag zelf lijkt men oprecht blij te zijn met de faillietverklaring. Het is goed als studenten dit beseffen. Over het algemeen zijn studenten redelijk beschermd. Ze komen weinig in aanraking met faillissementen of faillerende partijen en dan vallen hen op de zitting soms de schellen van de ogen. Het recht staat middenin de maatschappij, dat je niet los kunt zien van wat er in de samenleving gebeurt. Daarom vind ik dat iedereen die aan een universiteit werkt, als het even kan ook in de praktijk zou moeten werken, al is dat maar tijdelijk. De techniek van het recht is van groot belang, maar uiteindelijk komt het neer op maatschappelijk aanvaardbare beslissingen.

Kunt u dit nader toelichten?

Louis Deterink, curator van o.a. DAF en een van mijn vroegere gastdocenten, zei ooit dat hij wellicht het grootste aantal mensen in Nederland heeft ontslagen. Het doet wel wat met je als er met een paar flinke faillissementen tienduizenden werknemers op straat komen te staan. Maar hij zei ook dat hij zou stoppen met het werk als het hem niets meer zou doen – je moet zakelijk blijven, maar als je het punt bereikt waarop je totaal geen compassie meer hebt, is het genoeg geweest. Een andere zaak waar het onderscheid tussen juridische techniek en de maatschappelijke impact goed blijkt is Ontvanger/Hamm q.q. Het gaat in deze zaak om een betaling die de Belastingdienst onverschuldigd had verricht. Volgens de letter van de wet (art. 20 Fw) zou die betaling op de rekening van de schuldenaar in de boedel vallen, omdat de ontvangende partij inmiddels failliet was. In een eerder geval vond de Tilburgse kantonrechter het echter te ver gaan om een betaling die per vergissing was gedaan in de failliete boedel te laten vallen en later nam ook de Hoge Raad dit standpunt in. Wat mij betreft is dit een goed voorbeeld van de stelling dat het recht geen mathematische wetenschap is. Puur juridisch-dogmatisch gezien rammelt de onderbouwing die de Hoge Raad in

Reinout Vriesendorp



Fatima Jarmohamed & Hanneke Vollaers

het arrest aanvoert aan alle kanten, want eigenlijk is elke cent die zich in de boedel bevindt op het moment van faillissement of daarna door de curator wordt ontvangen onderdeel van die failliete boedel. Maar de Hoge Raad geeft hier dus blijk van een flexibele omgang met deze onverbidelijkheid van de wet.

“Ontvanger/Hamm q.q. is een goed voorbeeld van de stelling dat het recht geen exacte wetenschap of iets dergelijks is.”

Zou je kunnen stellen dat het insolventierecht heeft kunnen opbloeien in de nasleep van de kredietcrisis? Betekent dit dan ook dat er minder te doen zal zijn zodra de economie weer opkrabbelt?

Je zou zeker kunnen zeggen dat het insolventierecht in de nasleep van de kredietcrisis heeft kunnen floreren. Aan de andere kant gaat de insolventierechtadvocaat anticyclisch mee in de conjunctuur, dat zit in de aard van het beestje. Vanuit mijn praktijk bezien maakt het niet veel uit of er sprake is van een kredietcrisis of niet. Op dit moment adviseren we nog steeds bij herstructureringen, maar ook voor later, wanneer het na een opleving weer moeilijk wordt. Je moet het dak immers repareren als de zon schijnt. Dat is overigens niet zo simpel als het klinkt; als de crisis voorbij is, is de aandacht snel bij iets anders. Dit heb ik goed kunnen merken toen ik van 2003 tot 2009 in de commissie-Kortmann aan het Voorontwerp Insolventiewet heb gewerkt en dat voorontwerp vervolgens door de minister in het ‘ronde archief’ is gelegd. Nu na geruime tijd ligt pas het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht op tafel, dus hoewel het traag loopt zit er uiteindelijk nog wel een klein beetje schot in de zaak. Maar toch is er wel tijd verspild. Neem bijvoorbeeld de pre-packconstructie in het huidige wetsvoorstel van de Wet Continuïteit Ondernemingen (WCO) I. In de aanloop naar een eventueel faillissement kan de verkoop van levensvatbare onderdelen achter de schermen worden voorbereid, voordat het faillissement wordt uitgesproken en de hel losbreekt en men dus weinig tot geen tijd heeft om de procedures zo zorgvuldig mogelijk te doorlopen. Maar omdat deze constructie onder WCO I nog niet door het parlement is aangenomen, kent het nog geen wettelijke basis. De pre-packconstructie in de faillissementen van bijvoorbeeld Heiploeg en Estro, een garnalenverwerker en een kinderdagverblijf, was aldus een noodoplossing.

Als de regering sneller had gehandeld, zouden we daar nu de vruchten van hebben kunnen plukken.

In november vond het Jonge Balie-congres plaats dat zich toespitste op de ‘T-shaped lawyer’: de advocaat die diepgaande juridische kennis combineert met meer algemene kennis en vaardigheden. Herkent u de behoefte aan deze nieuwe advocaat in de praktijk?

Een ‘T-shaped lawyer’ is een advocaat die in de diepte heel goed is, maar ook erg brede kennis heeft. Je moet dus geleerd hebben de diepte in te gaan, maar het is ook belangrijk dat je breed opgeleid bent. Zo is het in Tilburg verplicht dat je in de master Rechtsgeleerdheid een verdiepend privaatrechtelijk vak, een verdiepend bestuursrechtelijk vak en een verdiepend strafrechtelijk vak volgt, ongeacht je specialisatie. Je ziet vrij vaak dat Studenten zich snel willen specialiseren om te laten zien dat ze goed zijn en echt wat in huis hebben. Daar kan ik me zeker iets bij voorstellen, maar als je tegen het einde van je studie zo rond de 23 bent en even stil staat bij het feit dat je tot je 67^e zult werken, hoef je je niet nu al blind te staren op een bepaald rechtsgebied in een specifieke baan. Het specialiseren komt wel. Een goed jurist moet weten hoe hij de diepte in moet gaan en hoe hij zich de stof eigen moet maken. Ik heb twee jaar voor De Brauw in New York gewerkt waar ik me met financieringen en ondernemingsrecht heb beziggehouden. Bij terugkomst in Nederland heb ik de IE-praktijk uitgeoefend, een heel ander rechtsgebied. Dan blijkt dat je in de praktijk ongelooflijk snel leert. Ik zou zelf nooit hebben gedacht dat ik in die praktijk terecht zou komen, omdat ik mij daarmee niet had beziggehouden tijdens mijn studie, maar achteraf gezien ben ik blij dat ik dat rechtsgebied niet op voorhand om die reden links had laten liggen. Onbekend maakt immers onbemind en daar moet je voor blijven waken.

Wat probeert u uw studenten mee te geven?

Ik ben een echt gezinsmens. Zelf heb ik vijf kinderen en samen met mijn huidige vrouw hebben wij er negen. Mijn kinderen zijn belangrijk in mijn leven. Alle vijf hebben zij de les die ik ze heb meegegeven om een tijdje in het buitenland te zijn, ter harte genomen. De ervaringen die zij daar hebben opgedaan neemt niemand hen meer af. Ik raad dus ook mijn studenten aan om een periode in het buitenland door te brengen voor studie of werk. Dan hoor ik soms de tegenwerping dat zij dan hun vriendje of vriendinnetje moeten achterlaten. Maar als je relatie niet sterk genoeg is om het zes maanden zonder elkaar te

kunnen volhouden, kun je dat maar beter meteen weten. Als het goed zit, ben je een mooie ervaring rijker, ook na zes maanden van elkaar weg te zijn geweest. Je moet het gewoon doen en openstaan voor andere culturen en gedachten. Het is makkelijk een hokje om je eigen (schijn)veilige wereld te zetten, maar als je daadwerkelijk wilt samenleven, zul je je in die ander moeten verdiepen. Alleen maar vakken op de universiteit volgen en in de bieb zitten, levert je niet op wat je nodig hebt om als jurist aan deze samenleving bij te dragen en als persoon te kunnen groeien. Dat is ook het mooie van het onderwijs aan studenten. Ik vind het leuk om met jonge mensen te werken omdat ze iets bruisends hebben. Studenten staan doorgaans vrij onbevangen in het leven met een aanstekelijke vorm van naïviteit, in de neutrale zin van het woord. Als student kijk je vaak nog zo open naar de wereld, dus ontplooi jezelf zoveel mogelijk in deze levensfase. Wat mij voornamelijk voldoening geeft, is het zien groeien van jonge mensen tot volwassen deelnemers aan de samenleving. Je kunt dat proces vergelijken met mais. Een maiskorrel plant je in het voorjaar in de grond en een halfjaar later is diezelfde maiskorrel uitgegroeid tot een twee meter hoge plant. Zo'n zelfde groeispurt maak je mee met studenten. Jonge mensen hebben een enorme potentie om zich te ontwikkelen. Die potentie zit in de persoon, het maakt daarvoor niet zo veel uit wat je precies gestudeerd hebt. Het gaat om gedrevenheid, doorzettingsvermogen, ambitie en verantwoordelijkheidsgevoel.

“Als je rond de 23 bent en even stil staat bij het feit dat je tot je 67^e gaat werken hoeft je je niet nu al zo te focussen op een bepaald rechtsgebied. Het specialiseren komt wel.”

Hoe prikkelt u deze potentie?

Van juristen wordt ook verwacht dat zij een leidende rol in de maatschappij kunnen vervullen. Dit vereist overigens dat je eerst jezelf goed kan leiden. Het kunnen bepalen van een eigen koers als je weinig aanwijzingen hebt en het betreden van de niet-gebaande paden dat soms van leiders wordt verwacht, vergt wel lef. Hierbij is ons onderwijssysteem niet erg behulpzaam, want een student moet niet blijven afwachten tot docenten hen vertellen hoe ze iets moeten aanpakken. In het eerste jaar moet je de studenten uiteraard meer houvast en begeleiding bieden, maar na verloop van tijd kan van studenten meer zelfstandigheid worden verwacht. Studenten moeten zich verantwoordelijk voelen voor hun eigen opleiding qua voorbereiding en het zich eigen maken van de stof. Dat leidt tot onafhankelijkheid en kritische reflectie. Deze onafhankelijkheid is inherent aan het recht an sich, het is geen een-op-een-wetenschap waarin alles vastligt. Er is ruimte voor een eigen inbreng en een eigen mening en waar mogelijk heb ik in Tilburg bij mijn keuzevakken mondelinge tentamens afgenomen in plaats van schriftelijke. De student moet in staat zijn met mij als

docent een gesprek te voeren over de stof in plaats van die slechts schriftelijk te reproduceren.

“In een procedure vertelt de rechter je ook niet tevoren wat je moet doen om de zaak te winnen.”

Op welke manier hebt u invulling proberen te geven aan deze zienswijze?

Het nemen van verantwoordelijkheid voor de eigen opleiding heb ik in Tilburg zoveel mogelijk uitgedragen in mijn verschillende facultaire en universitaire functies, vooral op onderwijsgebied. Zo heb ik in mijn periode als vice-decaan onderwijs in het faculteitsbestuur de transformatie van het onderwijsproces naar de huidige bachelor-masterstructuur begeleid vanuit mijn motto van de 'BEDE', dat staat voor Betrokkenheid, Enthousiasme, Dienstverlening en Efficiëntie. Ik zou me kunnen voorstellen dat iets dergelijks ook in Leiden geldt. In de onderlinge samenwerking en mijn werkhouding ben ik tamelijk flexibel. Dit betekent dat doorgaans verschillende wegen bewandeld kunnen worden. Soms wordt dit wel als vaag en onduidelijk beschouwd, maar dan laat ik juist ruimte aan studenten om zelf de structuur aan te brengen die ze van mij verlangen. Dat brengt een bepaalde verantwoordelijkheid met zich, maar studenten vinden het vaak lastig de leiding te nemen, ook over hun eigen leerproces. Zo ben ik in Tilburg medeverantwoordelijk geweest voor het universiteitsbrede Outreaching Honours-programma voor 2^e en 3^e jaars bachelorstudenten dat gericht is op maatschappelijke excellentie. Onderdeel van dit programma is dat de studenten in groepsverband een zelf bedacht en ontwikkeld maatschappelijk project moeten opzetten. Studenten vinden het lastig dat hun niet precies verteld wordt wat voor een project zij dan moeten doen en wat er van ze verwacht wordt. Maar zo is het echte leven nu ook eenmaal. In een procedure vertelt de rechter je ook niet tevoren wat je moet doen om de zaak te winnen. Dus ja, je moet beslissingen durven nemen en knopen doorhakken met het risico dat je op je bek gaat. Ook dat hoort erbij. Achteraf gezien blijkt telkens dat de studenten de ruimte die ze hadden gekregen wel fijn vonden, je leert er immers ontzettend veel van. Een aardig voorbeeld is het Alzheimer-kookboekproject dat drie Outreaching studenten van verschillende opleidingen voor dementerende mensen hadden bedacht en ontwikkeld. Ze hadden weliswaar weinig kennis over de ziekte en het uitbrengen van een (kook)boek, maar hun gedrevenheid en doorzettingsvermogen zorgden ervoor dat uiteindelijk met medewerking van experts een mooi boek ("Eten om niet te vergeten") is uitgebracht door Kosmos Uitgeverij met alle bijbehorende media-aandacht (TV, radio etc.). Je moet het gewoon durven!

N



Advocaat of notaris? Juridisch dienstverlener!

Het vak verandert. Traditionele advocaten- en notarissenkantoren transformeren naar organisaties die gespecialiseerde juridische diensten verlenen. Althans, dat is de trend bij de grote spelers op de markt. Wat zijn de consequenties voor de startende jurist en wat betekent het voor werken bij Dirkzwager? Bestuurder directeur Marcel Hielkema en manager P&O Petra Kiphardt lichten dit toe. “De blik is veel meer naar buiten gericht, naar de cliënt.”

“De trend is...

dat de grote advocaten- en notariskantoren zich minder richten op het standaard werk. De nadruk verschuift naar een compleet aanbod juridische dienstverlening. Met de nadruk op anticiperend diensten verlenen. Dus niet alleen reageren op een vraag van de cliënt, maar die

cliënt actief adviseren over veranderingen die voor zijn business van belang zijn. Daarnaast zie je dat de huidige cliënt wel op zoek is naar specialistische dienstverlening en minder naar ondersteuning bij eenvoudigere zaken zoals standaardcontracten. Die moeten óf efficiënt worden aangeboden óf door een ander kantoor worden gedaan. Deze ontwikkeling komt gelukkig overeen met wat onze juristen graag willen: mooie zaken doen voor mooie cliënten. Dus willen we allemaal hetzelfde.”

“De omgeving verandert, het vak verandert, dus het type stagiaire dat wij zoeken verandert.”

“Dirkzwager specialiseert...

zich door dit alles steeds verder naar de top van de markt. Aan de onderkant zitten de standaardzaken. Het is nu de trend bij alle grote kantoren om de organisatie in te



richten op het verlenen van juridische diensten, maar onze organisatie was vijftien jaar geleden al zo ingericht. We richten ons al langer op vergaande specialisatie en op geïntegreerde samenwerking tussen advocaten en notarissen. Daarin gaan we steeds verder. Bij Dirkzwager werken alle disciplines - advocaten én (kandidaat-) notarissen - intensief samen aan complexe zaken van cliënten. Dus eigenlijk zoeken wij geen advocaten of (kandidaat-)notarissen, maar juridische dienstverleners.”

“De startende jurist...”

doet daardoor bij Dirkzwager al op jonge leeftijd steeds kwalitatiever, hoogwaardiger werk. Kennis van het wetboek is niet genoeg. Je moet de theorie ook kunnen toepassen: wat betekent die wetwijziging of jurisprudentie echt voor jouw cliënt? Is het een issue voor zijn business? Hoe ga je de cliënt pro-actief benaderen? Dat is anticiperen. Haalde voorheen de patroon het werk binnen en kwam de stagiair amper de deur uit; tegenwoordig heb je al heel vroeg contact met cliënten, ga je meer zaken zelf doen: naar de rechtbank, workshops geven, een eigen netwerk opbouwen. We hebben hier advocaat-stagiaires die in het eerste jaar al zelfstandig hun eerste zaak doen. Dat alles maakt het vak alleen maar leuker.”

“Dus eigenlijk zoeken wij geen advocaten of (kandidaat-)notarissen, maar juridische dienstverleners.”

“De cliënt...”

verwacht wel dat je alles al kunt. Je kunt niet roepen: ik ben nog maar stagiair. That's part of the deal: het is leuker, maar ook veeleisender. Completer en ook complexer. Compleet, want je bent geen onderdeelje in een dossier; je maakt het hele traject mee van a tot z. Complexer, want je werkt direct voor grote cliënten. Eigen cliënten. Een voorbeeld. Landelijk blogt 8% van de advocaten en notarissen. Bij Dirkzwager blogt iedereen en ieder doet dat onder zijn eigen naam, ook de stagiaires. Vindt een cliënt jouw item interessant, dan belt hij jou. Je moet dus al snel je eigen verantwoordelijkheid durven nemen.”

“De pas afgestudeerde student...”

vindt dat spannend. Net uit de schoolbanken, net begonnen met de beroepsopleiding en dan moet je bij ons de opgedane kennis omzetten naar de praktijk. Het instapniveau is pittig. Maar als je de geboden zelfstandigheid oppakt, vergroot je het vertrouwen en kom je ver. Kwaliteit is een eerste vereiste, maar er is meer

nodig: brede interesse, ambities, gedrevenheid, eigen inbreng. Je moet kunnen koken, maar ook zelf een recept kunnen bedenken, weten hoe je het verkoopt en wat de smaak van jouw klanten is, zodat je er voor elke klant het juiste sausje overheen kunt gieten.”



“De meeste stagiaires...”

kunnen na hun opleiding bij Dirkzwager verder als medewerker. We investeren veel in jonge juristen en het mooiste is natuurlijk als iemand na een stageperiode kan blijven. Gelukkig gebeurt dat heel vaak. We proberen in de eerste gesprekken een eerlijk beeld van onze organisatie te schetsen: what you see is what you get. Vragen we stagiaires na een maand wat hen vooral heeft verrast, dan noemen ze meestal de informele sfeer. Dat vertellen we wel, maar ze verwachten het niet. Vanaf de buitenkant ziet het er formeel uit, maar binnen staan de deuren open en iedereen is ‘je’ en ‘jij’. Iedereen werkt samen met hetzelfde doel. In onze organisatie werken veel jonge mensen. Zeker een derde van de in totaal honderdtwintig juristen is stagiaire of jong-medewerker. Dat bepaalt de sfeer. Dirkzwager is informeel en persoonlijk, maar boven alles een kantoor met commerciële doeleinden. Kies je voor Dirkzwager, dan kies je voor de zakelijke kant. Wil je mooie klanten op hoog niveau, dan werk je daar hard voor en durf je ondernemend te zijn.”

“De kandidaten die wij zoeken...”

zijn mensen die met beide benen op de grond staan. Met een professionele, nuchtere en realistische aanpak. Zelfbewust en niet alleen bereid om een actieve rol te spelen, maar dat ook daadwerkelijk doen. Mensen met een visie op hun eigen toekomst, die hard willen werken. Mensen met goede studieresultaten, stevige juridische kwaliteiten en bij voorkeur enige stage-ervaring. Maar minstens zo belangrijk zijn persoonlijkheid en motivatie: waarom wil iemand juist bij Dirkzwager werken? En als de kandidaat dan ook nog kan aangeven wat hij Dirkzwager te bieden heeft, dan is het plaatje rond.”

Annotatie - De notaris

Ministerieplicht en

Inleiding

De notaris speelt een belangrijke faciliterende rol in onze samenleving. Voor totstandkoming van bepaalde rechtshandelingen is zijn medewerking een noodzakelijke voorwaarde. In beginsel heeft de notaris daarom een ministerieplicht, maar hij kan ook verplicht worden tot zorg voor de belangen van derden die betrokken zijn bij zijn ambtsverrichtingen.¹ Die zogenaamde zorgplicht kan aanleiding zijn voor dienstweigerings.² Hierbij staat de notaris voor de keuze tussen dienstweigerings of dienstverlening en daarmee zit hij soms tussen twee vuren in. Hij kan namelijk aan twee kanten aansprakelijk worden gesteld; aan de ene kant jegens zijn cliënt als hij zijn ministerieplicht weigert en aan de andere kant jegens derden als hij zijn ministerie ten onrechte verleent bij het faciliteren van een wanprestatie.

Aan dit dilemma hebben al velen voor mij de aandacht besteed. Zoals na de tuchtuitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 24 mei 2011³ de aandacht vol op deze kwestie gericht werd, is dat na het Novitaris arrest⁴ niet minder. Eindelijk kwam in dat arrest wat meer duidelijkheid. Zoals Kraaikamp het zelfs noemt *‘een beetje licht in het notariële duister’*.⁵ Maar wordt er wel genoeg gebruik gemaakt van dit ‘licht’ dat ons nu gegeven is? Dat lijkt nog niet altijd het geval. In dit artikel richt ik mij op een recente uitspraak van het Hof Amsterdam van 20 oktober 2015.⁶ Wordt het beoordelingskader zoals ons gegeven in Novitaris goed toegepast?

“Maar wordt er wel genoeg gebruik gemaakt van dit ‘licht’ dat ons nu gegeven is? Dat lijkt nog niet altijd het geval.”

Beoordelingskader van Novitaris

Het Novitaris-arrest gaat over twee gebroeders Reijnders die van hun vader de eigendom van een pand verkrijgen. In de leveringsakte betreffende het pand is een aanbiedingsplicht opgenomen ten aanzien van Reijnders senior. De gebroeders Reijnders voldoen niet aan deze aanbiedingsplicht en verkopen het huis aan een ander. Het gaat om de vraag of een notaris onrechtmatig handelt als hij de akte van levering passeert betreffende een pand waarvan hij weet dat een aanbiedingsplicht gold die niet is nagekomen. Na een zeer uitgebreide conclusie van advocaat-generaal Rank-Berenschot komt de Hoge Raad tot een beoordelingskader voor aansprakelijkheid van de notaris.

De Hoge Raad wijst eerst op het feit dat de notaris inderdaad een bepaalde zorgplicht heeft jegens derden. Het geval waarin die zorgplicht gegronde reden tot dienstweigerings oplevert kan zich voordoen als bij het goed ook een recht van een derde is betrokken. Hier is dat de aanbiedingsplicht. De Hoge Raad overweegt vervolgens in r.o. 3.4.4 dat de notaris die vermoedt dat sprake is van rechten van derden die worden gefrustreerd, zich terughoudend dient op te stellen, met partijen dient te overleggen en zo nodig nader onderzoek dient te doen om zich een oordeel te vormen over de vraag of deze rechten van derden een beletsel vormen voor de beoogde levering of bezwaring. Van een zodanig beletsel is sprake indien de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de beoogde levering of bezwaring. Er worden twee vereisten genoemd wil er geen sprake zijn van zo’n rechtmatig belang: a. indien het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen of b. indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen.

De casus, Gerechtshof Amsterdam 20 oktober 2015

In deze zaak betreft het geen aanbiedingsplicht van een derde maar een bezwaringsverbod. Het gaat om een voormalig kantoorgebouw dat door eigenaar Trinca BV (hierna Trinca) wordt omgevormd tot een hotel. De eerste geldleningen hiervoor worden verstrekt door X en Beheer BV (hierna Beheer) waarvoor zij een recht van eerste en tweede hypotheek verkrijgen. In de aktes betreffende deze hypotheeken staat een bezwaringsverbod voor het verstrekken van verdere hypotheeken. Hierna verleent notaris N een derde tot en met zevende hypotheek op het pand zonder dat hiervoor toestemming is verleend door X of Beheer.⁷ Beheer, de tweede hypotheekhouder, stelt notaris N aansprakelijk voor de schade die hij heeft geleden. Hier is het de vraag of de notaris aansprakelijk is jegens de eerdere hypotheekhouder door mee te werken aan de vestiging van een lager gerangschikte hypotheek in strijd met het bezwaringsverbod. Het hof oordeelt dat de notaris hierbij een beroepsfout heeft gemaakt die leidt tot aansprakelijkheid.

Toepassen van Novitaris op de casus

In r.o. 3.4 benoemt het hof het toetsingskader uit Novitaris. Wat hierbij ontbreekt zijn de twee weigeringsgronden ter invulling van het belang van de verkrijger. Misschien is dat waar het in eerste instantie mis gaat, want aan het belang van de verkrijger wordt geen aandacht geschonken. Dat

tussen twee vuren in: dienstweigering.



Anne van Eck

terwijl uit Novitaris blijkt dat bij beoordeling van de notaris wat betreft zijn eigen dienstverlening- of weigering, hij moet bezien wie een beter recht op nakoming heeft, de derde of de verkrijger.⁸ Slechts indien het belang van de verkrijger geen bescherming verdient moet sprake zijn van dienstweigering.

Dacht het hof soms dat hier geen sprake was van conflicterende belangen? De zaak valt te vergelijken met de tuchtuitspraak van 24 mei 2011.⁹ Het betrof daar ook een notaris die haar medewerking verleende aan het vestigen van een opvolgende hypotheek terwijl uit de hypotheekakte van de eerste hypotheek een bezwaringsverbod bleek. Heyman acht het toetsingskader uit Novitaris in zo'n geval niet van toepassing omdat geen sprake zou zijn van botsende obligatoire rechten.¹⁰

“Slechts indien het belang van de verkrijger geen bescherming verdient moet sprake zijn van dienstweigering. Dacht het hof soms dat hier geen sprake was van conflicterende belangen?”

Deze redenering van Heyman kan ik niet helemaal volgen. Waarom zou het recht van de eerste hypotheekhouder (in onze zaak eigenlijk de tweede, Beheer) niet botsen met het recht van de beoogde tweede hypotheekhouder (de derde tot en met vijfde hypotheekhouders)? Door het vestigen van die lager gerangschikte hypotheek, wordt de derde op relevante wijze in haar belang geraakt. De eerste hypotheekhouder heeft belang bij het handhaven van het bezwaringsverbod omdat zij anders onrechtmatig wordt belemmerd door de juridische en feitelijke moeilijkheden die voortvloeien uit vestiging van een latere hypotheek. De verkrijger heeft juist een belang bij het wel vestigen, namelijk ter zekerheidsstelling van haar geldlening. Dit zijn belangen die botsen.

Of blijkt uit r.o 3.6 waar het hof spreekt van ‘tegenstrijdige verplichtingen waartussen geen rangorde is aan te brengen’, wel dat het die belangen heeft afgewogen? Op het belang van Beheer is het hof ingegaan in r.o 3.7.1. e.v. Maar het hof weegt dit vervolgens niet af tegen het belang van de derde, vierde en vijfde hypotheekhouders. Volgens Novitaris is het zo dat als de verkrijgers geen rechtmatig belang hebben bij de beoogde bezwaring, het recht van de derde hiervoor een beletsel vormt en dus sprake moet zijn van dienstweigering. Voor de invulling

van dit belang moet worden gekeken naar de twee weigeringsgronden. Dat had het hof moeten doen.

Ten eerste moet sprake zijn van dienstweigering als het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkste recht wordt aangewezen. Als het hof met ‘er is geen rangorde aan te brengen’, bedoelt dat hier sprake is van botsende rechten met gelijke rang heeft het gelijk. Het betreft hier twee obligatoire rechten, namelijk een recht op handhaving van het bezwaringsverbod jegens Trinca en het recht op vestiging van hypotheek. De vraag naar het sterkere recht valt hier niet te beantwoorden via artikel 3:298 BW. Er is geen wettelijk sterker recht.

Dan komt het aan op het feit dat als de verkrijgers onrechtmatig hebben gehandeld jegens de derde (Beheer) de notaris dienst moet weigeren.¹¹ Hierbij is van belang of de verkrijgers van de latere hypotheeken wisten van het bezwaringsverbod. Als sprake is van een professionele partij, weet deze dat in vrijwel alle hypotheekaktes een bezwaringsverbod huist.¹² Dat het hier geen banken zijn maar natuurlijke personen of kleine ondernemingen kan pleiten voor onwetendheid. Voldoende is ‘gerede twijfel’ over de rechtmatigheid van de aanspraak van verkrijger.¹³ Dan is alsnog de enkele bekendheid van het recht van een derde niet doorslaggevend voor de vraag of geprofiteerd wordt van wanprestatie. Omdat in deze zaak niet wordt ingegaan op de derde tot en met vijfde hypotheeknemers bestaat hierover nog onduidelijkheid.

Het hof had mijns inziens dus beter naar de belangen en de kans op het profiteren van wanprestatie van de derde, vierde en vijfde hypotheekhouders moeten kijken. Een volledige belangenafweging is belangrijk. In Novitaris gaat de rechtbank eerst ook aan de rechten van de verkrijger voorbij, waarna het hof hier wel aan toetst.¹⁴ Het hof had beter moeten onderzoeken of de notaris tot het oordeel kon komen dat het recht van de derde geen beletsel opleverde voor de verstrekking van de latere hypotheeken.

Onderzoek

Waar het hof wel aandacht aan besteedt is de mate van onderzoek die van de notaris wordt verwacht. In Novitaris heeft de Hoge Raad bepaald dat er geen grondig onderzoek van hem kan worden verwacht. Hij kan zich slechts een globaal oordeel vormen.¹⁵ In deze zaak oordeelt het hof dat daarbij meer van de notaris wordt verwacht dan studie van de aankomsttitel en raadpleging van het register. De

notaris had ten minste moeten bespreken met Trinca of ondanks het bezwaringsverbod toestemming was gegeven voor de nieuwe hypotheek. Dit volgt ook uit Novitaris. Bij een vermoeden van rechten van een derde moet de notaris in ieder geval overleggen met partijen. Feit dat de notaris wist van de voorgaande hypotheekrechten en dus geacht wordt te weten van een bezwaringsverbod leidt ertoe dat doordat hij niet eens in gesprek is gegaan met partijen hierover hij een beroepsfout heeft gemaakt en aansprakelijk is. Dat het hof daarom tot deze uitspraak komt, is te begrijpen. Zoals hierboven beargumenteerd had het hof wel beter moeten motiveren waarom de notaris niet tot het oordeel had kunnen komen dat het recht van de derde geen beletsel vormde. Als dit namelijk zo was geweest had het kwartje de andere kant op kunnen vallen.

Tuchtrecht en goederenrechtelijke werking

Dat het hof hier de tuchtuitspraak 2011 betreffende eenzelfde soort zaak volgt en ook civielrechtelijke aansprakelijkheid aanneemt, hoeft niet altijd het geval te zijn. Aan het oordeel van de tuchtrechter kan niet zonder meer het gevolg worden gegeven dat ook sprake is van civielrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁶ Sinds het Novitaris-arrest, waarin werd afgeweken van een eerdere tuchtuitspraak, verschilt de civielrechtelijke norm van de tuchtrechtelijke norm. Beide kennen hun eigen rol en toetsingskader maar dit moet niet betekenen dat zij teveel uiteen gaan lopen. Dit draagt niet bij aan de rechtszekerheid. In de literatuur wordt daarom gepleit voor aanpassing van deze tuchtrechtelijke norm.¹⁷

**“Sinds het Novitaris-arrest, waarin werd
afgeweken van een eerdere tuchtuitspraak,
verschilt de civielrechtelijke norm van de
tuchtrechtelijke norm.”**

Of de tuchtrechtelijke norm echt wordt aangepast is nog even afwachten. De hoogste tuchtrechter heeft zich nog niet over Novitaris uitgelaten. Ik verwacht dat het tuchtrecht zich wel weer iets gaat vormen naar het civiele recht, net als na het arrest Krans/Tan.¹⁸ Hier pleit ik ook voor met als reden een argument dat vaak genoemd wordt tegen de strikte lijn in de tuchtrechtspraak, namelijk dat aan obligatoire rechten door het hanteren van die strikte lijn een quasi goederenrechtelijk effect wordt gegeven. Hoewel daar in Novitaris zelf geen aandacht aan wordt besteedt, is dit een gunstige uitspraak voor de kritiekgevers hierop.¹⁹ Door dienstverlening voorop te stellen kunnen deze obligatoire rechten doorbroken worden, en blijft het onderscheid tussen deze rechten en goederenrechtelijke rechten gehandhaafd, precies zoals de wetgever dat beoogde.²⁰

Tot slot

Uit deze arresten valt op te maken dat of sprake is van een sterker recht nog wel te bepalen valt door de notaris aan de hand van 3:298 of 7:3 BW. Als echter sprake is van gelijke rechten en de notaris moet gaan kijken naar het wel of niet onrechtmatig handelen van de verkrijger, wordt het moeilijker. Wanneer daar nou precies sprake van is, volgt noch uit Novitaris noch uit de recente hof uitspraak. Wat dat betreft zit de notaris helaas nog steeds tussen twee vuren in. **N**

1. HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/627, (Tilburgsche Hypotheekbank).
2. Artikel 21 lid 2 Wna.
3. Gerechtshof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685.
4. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, RvdW 2015/476, (Novitaris).
5. J.D. Kraaikamp, 'Het arrest de Novitaris: een beetje licht in het notariële duister', FTV 2015(10) 47.
6. Gerechtshof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4325.
7. Hierna wordt alleen gesproken van derde tot en met vijfde hypotheekhouder omdat deze niet instemden met het roeyement.
8. H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', WPNR 2015/7067, p. 567.
9. Gerechtshof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685.
10. H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', WPNR 2015/7067, p. 560.
11. B.C.M. Waaijer, 'De positie van de notaris in geval zijn bijstand zou leiden tot benadeling van derden', AA 2015/0691, p. 693.
12. Huijgen 2012, p. 5.; H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', WPNR 2015/7067, p. 7.
13. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, RvdW 2015/476, (Novitaris), r.o. 3.4.6.
14. K. Ertürk, 'De notaris in spagaat; ministerieplicht versus meewerken aan wanprestatie jegens een derde', Bb 2015/49, p. 173.
15. B.C.M. Waaijer, 'De positie van de notaris in geval zijn bijstand zou leiden tot benadeling van derden', AA 2015/0691, p. 692.
16. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, NJ 2008/528 (Vie d'Or); HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, RvdW 2015/476, (Novitaris).
17. Huijgen; H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', WPNR 2015/7067; HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, JOR 2015/189, (Novitaris), m. nt. van Hees; L.C.A. Verstappen, 'De rol van de notaris in het rechtsverkeer', WPNR 2012/6954, p. 917; R.M. Wibier, 'De notariële tuchtrechter vs. het wettelijk onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht – opnieuw een nederlaag voor het recht', WPNR 2012/6922, p. 213; N.C. van Oostrom-Streep, 'Hoe de tuchtrechter de aard van kettingbedingen vervormt: een oproep tot koerswijziging', WPNR 2012/6930, p. 369.
18. HR 30 januari 1981, NJ 1982/56, (Krans/Tan); J.C.H. Melis & B.C.M. Waaijer, De Notariswet, Deventer: Kluwer 2012, p. 437.
19. J.C.H. Melis & B.C.M. Waaijer, De Notariswet, Deventer: Kluwer 2012, p. 48; R.M. Wibier, 'De notariële tuchtrechter vs. het wettelijk onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht – opnieuw een nederlaag voor het recht', WPNR 2012/6922, p. 213; L.C.A. Verstappen, 'De rol van de notaris in het rechtsverkeer', WPNR 2012/6954, p. 917.
20. J.C.H. Melis & B.C.M. Waaijer, De Notariswet, Deventer: Kluwer 2012, p. 48; R.M. Wibier, 'De notariële tuchtrechter vs. het wettelijk onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht – opnieuw een nederlaag voor het recht', WPNR 2012/6922, p. 213.

Faculteitszaken

Interdisciplinariteit



Birgül Açıksöz

Birgül Açıksöz is dit studiejaar ('15-'16) de assessor (student-lid) van het faculteitsbestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Zij behartigt de belangen van de studenten binnen het faculteitsbestuur op het gebied van onderwijs, organisatie en onderzoek.

**Adres: Steenschuur 25, kamer B.4.38,
2311 ES Leiden**

Telefoon: 071 527 7621

E-mail: assessor@law.leidenuniv.nl

Spreekuur op woensdag van 09.00 tot 10.00 uur

Op het moment van schrijven is het medio januari. Sommige studenten zijn nog hard aan het studeren voor de tentamens en herkansingen. Sommige hebben de hectiek van de tentamens achter de rug en kunnen achterover leunen. Het eerste semester zit er op en de studieplannen voor het tweede semester krijgen onderhand concrete vormen. Voor sommigen is het plannen lastiger dan voor de ander, daar er studenten zijn die nimmer genoeg nemen met hetgeen aangeboden wordt en altijd op zoek zijn naar nóg meer educatieve avonturen door een tweede studie te volgen of losse (keuze)vakken te volgen bij verscheidene faculteiten. Deze studenten hebben het vandaag de dag ontzettend druk, maar zullen hier geheid de vruchten van plukken. Mijns inziens dient een student(e) daadkrachtig en actief op zoek te gaan naar uitdagingen om zijn/haar intellectuele capaciteit volop te doen bloeien met als gevolg het verleggen van de grenzen. Interdisciplinariteit speelt hierbij een grote rol. Een jurist dient immers haar horizon breed te houden en kennis te hebben van maatschappelijke ontwikkelingen in de wereld waarin de gebezigde juridische vraagstukken opdoemen.

Interdisciplinariteit is niet alleen van deze tijd. Reeds in 1935 signaleerde de filosoof Edmund Husserl in *Die Krisis der Europäischen Wissenschaften* een toenemende versplintering van de wetenschap in afzonderlijke vakgebieden, elk met eigen methoden, terminologieën en specialisaties. Alhoewel de filosofie een geschiedenis kent als algemene funderende discipline van onder meer het recht, is het bij het gros van de studenten jammer genoeg niet erg in trek. De idee dat filosofie als algemene funderende discipline in de wetenschap zou kunnen optreden is geen werkelijkheid geworden, de voortgaande versnippering en verdere specialisatie van de wetenschappen wel.

Zolang een student niet verder kijkt dan het KOG, is het lastig te begrijpen wat 'disciplinariteit' inhoudt en wat de toegevoegde waarde ervan is. Desalniettemin heeft een ieder reeds op de middelbare school kennis gemaakt met interdisciplinariteit. Op de middelbare school heb je verscheidene 'vakken' aangeboden gekregen, waarbij naar alle waarschijnlijkheid niet of nauwelijks is aangegeven dat die vakken corresponderen met 'disciplines' - met een eigen benadering van de werkelijkheid zoals wij die aanschouwen. Wie realiseert zich op de middelbare school dat het 'vak' wiskunde verwijst naar een cijfermatige benadering van de werkelijkheid, of dat het 'vak' economie een benadering van die werkelijkheid veronderstelt, waarin de (sociale) werkelijkheid wordt geduid als een 'macro huishouden' en de mens zich primair als 'homo economicus' manifesteert? Realiseert de rechtenstudent van nu –de scholier van toen- dat het vak 'rechtseconomie' - zoals wij die afgelopen jaren gedoceerd hebben gekregen- de bewuste homo economicus en diens rol en plaats in het economische rechtsverkeer onder de loep neemt? Is de rechtenstudent zich ervan bewust dat de syllogisme en deductie-leer waar hij/zij dag in dag uit mee werkt, bij Geesteswetenschappen met wiskundige tabellen wordt opgelost bij het vak 'logica'? Terwijl studenten van andere disciplines regelmatig te vinden zijn in de collegebanken van de rechtenfaculteit, blijkt dat rechtenstudenten zich nauwelijks op ander terrein dan het recht wagen. Voelen we ons misschien minder afhankelijk van de rest van de wereld om ons heen? Verkeren we misschien abusievelijk in de veronderstelling dat de rechtstheorie een eigen leven leidt zonder enige correlatie met andere disciplines? Zo vanzelfsprekend is die vervreemding eigenlijk niet.

Interdisciplinariteit is een antwoord op onderlinge vervreemding van het onderwijs. Steeds meer wetenschappers zien de noodzaak van een interdisciplinaire benadering. De aanwinsten van interdisciplinair onderwijs voor rechtenstudenten zijn tevens een niet te onderschatten uitdaging. Niettemin is het belang ervan niet te ondermijnen. Juridische vraagstukken zijn vaak producten van en onlosmakelijk verbonden met de interactieve en interdisciplinaire wereld waarin zij verschijnen. Mijn advies is: maak kennis met die wereld. **N**

Turkije had maar

De rechtmatigheid van het neerschieten

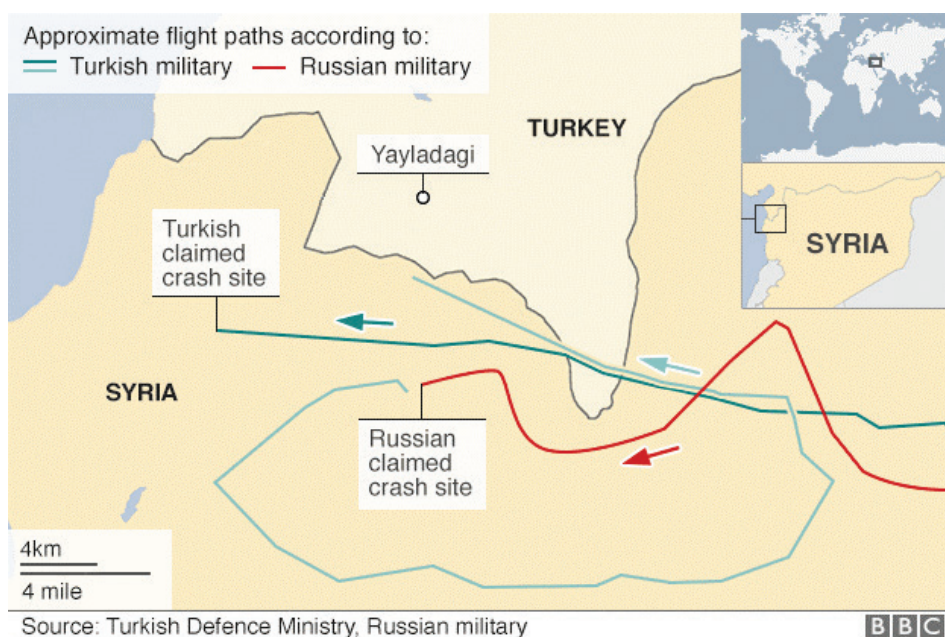
Uit het neerschieten van het Russische gevechtsvliegtuig in het grensgebied van Turkije en Syrië volgen een aantal internationaalrechtelijke moeilijkheden. Echter, zowel Erdogan als Poetin wachten op excuses van de ander. Rusland heeft als reactie op het voorval al de nodige economische maatregelen genomen, vele boycotten treffen nu het handelsverkeer van beide landen. Daarnaast zijn de diplomatieke betrekkingen met de VS opgeschud. Obama werkte al samen met de Turken in het bestrijden van ISIS en zocht eveneens toenadering hierin met Rusland, welke het regime van Assad steunt. Ten slotte zijn er al slachtoffers geëist: een Russische piloot en marinier zijn om het leven gekomen als gevolg van het neerstorten. Het conflict dient te worden opgelost, de eerste vraag die daarbij rijst, en de centrale vraag van dit artikel, is: wie stond er in het gelijk?

Laten we beginnen bij de feiten. De Russen en Turken zijn het over een klein deel eens: de Russische Su-24 is op 24 november neergeschoten door Turkse F-16's vlakbij de grens tussen Syrië en Turkije. Het vliegtuig is neergestort in Jabal, een Syrisch gebied dat wordt beheerst door Syrische rebellen. Het is eveneens een regio waarin vele Turkmenen leven, dit is een oud-Turks en oorspronkelijk Nomadisch volk. De gedeeltelijk Turkmeense rebellen en het Syrische regime zijn in gevecht om Jabal, een strategische regio in het conflict.

Vervolgens lopen de verhalen uiteen. De Turkse vertegenwoordiger Halit Çevik schreef in een brief aan de Veiligheidsraad dat twee vliegtuigen het Turkse luchtruim vlakbij Yayladagi naderden. De Russische gevechtstoestellen zouden zeker tien keer zijn gewaarschuwd door Turkse piloten in een periode van vijf minuten. Hierbij werd verzocht om van koers te wijzigen, aldus Çevik. Beide vliegtuigen zouden de oproep hebben genegeerd en 2,19 km, respectievelijk 1,85 km (17 seconden in het totaal) boven Turks grondgebied hebben gevlogen. Çevik: *"Following the violation, plane 1 left Turkish national airspace. Plane 2 was fired at while in Turkish national airspace by Turkish F-16s performing air combat patrolling in the area. Plane 2 crashed on to the Syria side of the Turkish-Syrian border."*¹

"Het is nooit duidelijk geworden welk land de waarheid sprak."

Rusland betwist dit verhaal van Çevik. Poetin stelde dat het neergestorte toestel nooit boven Turkije is geweest. Het bleef op minimaal één kilometer afstand is op vier kilometer van de grens neergestort, aldus Poetin. Het Russische ministerie van defensie voegde hieraan toe dat er geen enkele waarschuwing is binnengekomen. Dit werd beaamd door de piloot die de crash overleefde, Konstantin Murakhtin. Poetin heeft later hieraan toegevoegd dat het de VS van te voren heeft geïnformeerd over de geplande vliegtuigroutes met de exacte tijd en plaats, dit is ontkend door de Amerikanen. Ten slotte wordt Çevik's uitspraak over de patrouillerende Turkse F-16's tegengesproken door de Russische luchtmachtcommandant Gen. Viktor Bondarev. Volgens hem wijzen radardata uit dat het voorval een hinderlaag van de Turken was. De F-16's waren ruim een uur in het betreffende gebied, daarnaast zou het vliegtuig dat de raket afvuurde minimaal 40 seconden boven



17 seconden nodig van een Russisch gevechtsvliegtuig



Patrick Birken



Syrisch gebied hebben gevlogen, aldus Bondarev. Het moet volgens de commandant vooropgezet zijn, gezien het patrouilleren niet klopte en de timing uitwijst dat de Turkse vliegtuigen eveneens niet vanaf de dichtstbijzijnde Turkse militaire luchtbasis heeft kunnen komen.

Het is nooit duidelijk geworden welk land de waarheid sprak, als dit überhaupt mocht opgaan voor één van beide. Maar zelfs als de feiten zoals ze door Turkije gepresenteerd zijn, kloppen, dan is het verhaal nog niet af. Volgens Erdogan moet iedereen de grenzen van Turkije respecteren en was het neerschieten volledig in lijn met de Turkse wet. De regelgeving is onlangs nog aangepast met oog op het Syrische conflict. Volgens de nieuwe regels wordt alles wat Turkije vanuit Syrië zonder toestemming benadert, gezien als een vijandelijk dreiging. Echter, het internationaal recht prevaleert natuurlijk boven nationale regelgeving.

“Het is de vraag of een territoriale schending van het luchtruim van 17 seconden door een gevechtsvliegtuig afdoende significant is om dodelijk geweld te gebruiken.”

Volgens artikel 52 van het VN Handvest mag geweld worden gebruikt uit zelfverdediging wanneer er een gewapende aanval heeft plaatsgevonden. Het Internationaal Gerechtshof heeft bepaald dat grensincidenten eveneens onder het recht op zelfverdediging vallen.² Echter, er wordt hiermee niet weggelaten dat er een gewapende

aanval moet zijn geweest met een significant effect. De meeste staten accepteren een zekere vorm van de doctrine van preventieve zelfverdediging, vaak omschreven als “*pre-emptive*”. Hiervoor is het noodzakelijk dat het om een immanente aanval gaat waarbij er geen andere mogelijkheid was om de aanval af te slaan dan door het gebruik van geweld. Het probleem is dat er geen beschuldiging is van een aanval. De Turken zeiden slechts: “[*Russians*] had violated [...] national airspace”.³

Daarnaast moet het geweld van zelfverdediging proportioneel zijn aan de dreiging.⁴ Het is zodoende de vraag of een territoriale schending van het luchtruim van 17 seconden door een gevechtsvliegtuig afdoende significant is om dodelijk geweld te gebruiken. Er is geen reden om aan te nemen dat de Russen enige vijandige intentie hadden, althans, niet ten opzichte van Turkije. Sterker nog, als men al aanneemt dat het vliegtuig boven Turkije vloog, dan was het eerder op de weg naar buiten dan verder landinwaarts. Het geweld was niet proportioneel aan de dreiging en daarom onrechtmatig.

“Het geweld was niet proportioneel aan de dreiging en daarom onrechtmatig.”

De Turken hebben wegens hun buitenlandpolitieke belangen eveneens de schijn tegen zich in deze zaak. De Russen vliegen rond in Syrië om Assad's regime te steunen tegen de rebellen, waaronder niet alleen ISIS. De Turkmeense rebellen zijn een directe tegenstander van Assad en veelal het slachtoffer van Russische bombardementen. Deze oud-Turkse opstandelingen zijn bondgenoten van Turkije en het ticket voor Erdogan om in Syrië een vuist te maken tegen ISIS en de Koerden in Noord Syrië. Zodoende hebben we ook een mogelijk motief voor Turkije tegen Rusland gevonden. **N**

1. ‘Turkey’s downing of Russian warplane - what we know’, BBC, 1 december 2015 (te vinden via: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-34912581>).

2. IGH 27 juni 1986, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua, United States of America), r.o. 194.

3. C.J. Dunlap, ‘Russians may have a strong case in Turkish shootdown’, The Hill, 25 november 2015 (te vinden via: www.thehill.com/blogs/pundits-blog/international/261300-russians-may-have-a-strong-case-in-turkish-shootdown).

4. D. Kretzmer, ‘The Inherent Right to Self Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum’, EJIL 2013, vol. 24 no. 1, p. 235–282.

Polen en de Over de toepassing

Sinds het aantreden van de conservatieve PiS-regering in het najaar van 2015 kijkt de Europese Unie met argusogen naar Polen. Niet eerder sinds de val van de Berlijnse muur wist een Poolse partij de absolute meerderheid te behalen.¹ De *Partij voor Recht en Rechtvaardigheid* (PiS) heeft door haar unieke meerderheid in zowel het parlement als de senaat meerdere omstreden besluiten door kunnen voeren. Zo wees zij eind vorig jaar enkele, door de voormalige regering voorgedragen, rechters af om vervolgens vijf sympathisanten van de regeringspartij te benoemen. Enkele weken later perkte een wetswijziging de macht van het Constitutionele Hof in. Voortaan vergt het aannemen van een beslissing een tweederde meerderheid en de aanwezigheid van minimaal dertien van de vijftien rechters.² Ook zou de regering uitspraken van het Hof naast zich neer hebben gelegd en de mogelijkheid om wetten aan de grondwet te toetsen hebben beperkt.³

“Mocht de Europese Unie na deze inperking van de rechterlijke onafhankelijkheid nog niet haar vraagtekens hebben gezet bij de huidige Poolse rechtsstaat, dan zorgde de nieuwe mediawet daar wel voor.”

Mocht de Europese Unie na deze inperking van de rechterlijke onafhankelijkheid nog niet haar vraagtekens hebben gezet bij de huidige Poolse rechtsstaat, dan zorgde de nieuwe mediawet daar wel voor. Begin januari zette de Poolse president Andrzej Duda zijn handtekening onder een mediawet die het mogelijk maakt om de hoofdredactie en directie van de publieke omroep te ontslaan en te benoemen.⁴ Zo heeft de regering in zeer korte tijd grip gekregen op de bewakers van de rechtsstaat; de rechterlijke macht en de media.

De rol van de Europese Unie

Het is dan ook allerm minst verrassend dat de Europese Commissie aankondigde te onderzoeken of de Poolse rechtstaat wordt bedreigd door de recente activiteiten van de regering.⁵ Timmermans benadrukte dat sancties vooralsnog niet aan de orde zijn en dat hij graag de dialoog aan wil gaan met Polen. De Poolse minister van Justitie reageerde met een boze brief waarin hij de Eurocommissaris “een gebrek aan kennis” verwijt en de waarschuwingen als een ongerechtvaardigd pressiemiddel beschrijft. “Polen is een soevereine en democratische staat. We vragen u daarom om terughoudend te zijn met het waarschuwen van



ons parlement en onze regering. Er bestaan ideologische verschillen tussen ons en uw linkse overtuigingen.” aldus de Poolse minister.⁶

De vraag is uiteraard wat er gebeurt als de Commissie concludeert dat er daadwerkelijk gevaar bestaat voor de Poolse rechtsstaat en de Poolse regering weigert de wetten aan te passen.

Op grond van artikel 7 lid 3 VEU bestaat de mogelijkheid om, indien er duidelijk gevaar bestaat voor een ernstige schending van de Europese waarden,⁷ bepaalde rechten van de lidstaten te schorsen. Onder deze rechten valt tevens het stemrecht van de lidstaat. Deze procedure staat bekend als de *strafprocedure* of *rechtsstaatsprocedure*. Nu de strafprocedure een zeer ingrijpende bevoegdheid betreft zijn er verscheidende waarborgen gecreëerd. Zo kan, voorafgaand aan de procedure, gebruik worden gemaakt van *The Rule of Law Framework of the European Union*.⁸ Dit is de fase waarin wij ons nu bevinden. Het kader is bedoeld als middel om toekomstige bedreigingen van de rechtsstaat weg te nemen voordat aan de vereisten van art. 7 VEU is voldaan. Het stelt de Europese Commissie in staat om samen met de lidstaten te voorkomen dat er een situatie ontstaat waarbij er sprake zou zijn van een duidelijk gevaar voor een ernstige schending van de Europese waarden in de zin van art. 7 VEU.⁹ Het kader wordt in werking gesteld indien de lidstaat “maatregelen treft of situaties gedoogd die een groot risico inhouden van een systematisch en nadelig effect op de integriteit, stabiliteit of de juiste werking van de instellingen en de waarborgingsmechanismen die op nationaal niveau zijn vastgesteld om de rechtsstaat te beschermen” en de nationale waarborgen de bedreigingen niet voldoende effectief kunnen verhelpen.¹⁰ Hierbij noemt

rechtstaat

van artikel 7 VEU



Liz van Ringelestijn

de Commissie onder meer het belang van onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak en constitutionele toetsing.

Uitgangspunt van het kader is een dialoog tussen de Commissie en de betrokken lidstaat, waarbij een “objectieve en grondige evaluatie” van de situatie plaatsvindt. Het proces bestaat uit drie fasen: een evaluatie van de Commissie, een aanbeveling van de Commissie en een follow-up van de aanbeveling.¹¹

“Men kan zich afvragen in hoeverre een dialoog tussen Brussel en Warschau uitkomst zal bieden.”

Men kan zich afvragen in hoeverre een dialoog tussen Brussel en Warschau uitkomst zal bieden. Gezamenlijk tot een oplossing komen lijkt, gezien de Poolse reactie, nogal wat voeten in de aarde te hebben.

Gezien de plicht tot loyale samenwerking (art. 4 lid 3 VEU) is het Polen echter wel aan te raden medewerking te verlenen aan de procedure. Doet zij dit niet, dan zal dit worden meegenomen bij de beoordeling van de ernst van de bedreiging.¹²

De strafprocedure

Leidt de voorfase uiteindelijk niet tot een bevredigende oplossing dan zal de Commissie over kunnen gaan tot toepassing van art. 7 VEU. Is dit haalbaar en wenselijk? Zoals gezegd stelt het Verdrag hoge eisen aan de toepassing van art. 7 VEU. De enkele constatering dat er een duidelijk gevaar bestaat voor schending vergt een vier vijfden meerderheid van het Europees parlement.¹³ Voor de constatering dat er sprake is van een ernstige en voortdurende schending is een unaniem besluit van de Raad vereist.¹⁴ Zonder deze constatering kan niet over

worden gegaan tot sanctionering. Hongarije heeft reeds laten weten tegen te stemmen. Dit brengt Polen in een sterkere positie gedurende de voorfase.

Over de wenselijkheid kan verschillend gedacht worden. Het hoeft niet tot een constatering van een ernstige en voortdurende schending te komen om verdeeldheid te zaaien. Neemt het parlement met vier vijfde meerderheid aan dat er een duidelijk gevaar bestaat, dan valt een grotere tweedeling tussen de West- en Oost-Europese lidstaten te verwachten. Hier staat echter tegenover dat de rechtsstaat het fundament van de Europese Unie vormt. Immers verwachten wij van toetredende lidstaten dat zij de rechtsstaat respecteren.¹⁵ Afbrokkelend respect voor de rechtsstaat, of louter de schijn hiervan, zal dan ook evengoed voor verdeeldheid zorgen. De Commissie dient, als wachter van de Europese Unie, verdeeldheid te voorkomen en de democratische rechtsstaat te beschermen.

“De Commissie dient, als wachter van de Europese Unie, verdeeldheid te voorkomen en de democratische rechtsstaat te beschermen.”

N

1. Conservatieven Polen kunnen alleen gaan regeren, *Nos.nl*, 27-10-15.
2. Redactie, Poolse president damt macht Grondwettelijk Hof in met omstreden wet, *de Volkskrant*, 28-12-15.
3. Marc Peeperkorn, Brussel onderzoekt of Poolse wetgeving botst met rechtsstaat, *de Volkskrant*, 13-1-16.
4. Redactie, Polen tekent omstreden mediawet ondanks kritiek EU, *de Volkskrant*, 7-1-2016.
5. “Recent events in Poland have given rise to concerns regarding the respect of the rule of law. The Commission had therefore requested information on the situation concerning the Constitutional Tribunal and on the changes in the law on the Public Service Broadcasters.” weekly meeting EC 13-1-16.
6. Polen stuurt boze brief naar Timmermans, *Nos.nl*, 12-1-16.
7. Art. 2 VEU.
8. Straatsburg, 11.3.2014 COM(2014) 158 final.
9. Ibid.
10. Ibid.
11. Ibid.
12. Ibid.
13. Art. 7 lid 1 VEU.
14. Art. 7 lid 2 VEU, eenparigheid van stemmen.
15. Art. 49 VEU.



De fata morgana van het

In de loop der jaren heeft Nederland, mede als lid van de Europese Unie, grote wijzigingen doorgevoerd in haar buitenlands beleid in het Midden-Oosten.¹ Het kabinet-Rutte (2010-2012) benadrukt in het regeerakkoord dat het zijn “taak [is] de veiligheid en het welzijn van Nederland en de Nederlanders te bevorderen en de Nederlandse belangen veilig te stellen”.² Na gebeurtenissen (en latere ontwikkelingen) zoals 9/11, de *War on Terror* en de opkomst van Daesh, is het politieke klimaat allicht reden genoeg geweest voor een betere afstemming tussen beleid en realiteit.

De vraag rijst of dit, gezien vanuit een empirische invalshoek, daadwerkelijk is gerealiseerd. Meet de Nederlandse regering met twee maten in haar buitenlands beleid in het Midden-Oosten? En zo ja, is dit gerechtvaardigd door de (geo)politieke dan wel de juridische status quo? In deze bijdrage zal ik allereerst proberen een actueel beeld weer te geven van het Nederlands buitenlands beleid in het Midden-Oosten, waarna ik tevens aan de hand van verscheidene recente voorbeelden zal ingaan op de vraag in hoeverre er wel, dan wel niet, met twee maten wordt gemeten. Vervolgens zal ik op zoek gaan naar mogelijke redenen die het huidige Nederlandse buitenlandse beleid in het Midden-Oosten zouden kunnen rechtvaardigen. Ten slotte zal ik concluderen met een samenvatting van het voorgaande.

“Meet de Nederlandse regering met twee maten in haar buitenlands beleid in het Midden-Oosten? En zo ja, is dit gerechtvaardigd door de (geo)politieke dan wel de juridische status quo?”

Het Nederlands buitenlands beleid in het Midden-Oosten wordt al jaren door onder meer de Nederlandse moslimgemeenschap beschuldigd van het meten met twee maten.³ Wat dit precies inhoudt, wordt door critici veelal aangetoond met behulp van de meest recente of choquerende nieuwsberichten. Dit sentiment is in de afgelopen tijd versterkt door de groeiende polarisatie binnen de Europese gemeenschap. Zo zorgden de terroristische aanslagen in Parijs niet louter voor een opschudding van de Westerse wereld in al haar democratische en humanistische waarden, maar leidden ze tevens tot de nodige reflectie. Maar wat verstaat men nu precies met ‘het meten met twee maten’? In de media



komen immers verschillende nieuwsberichten aan bod die veelal voor verwarring zouden kunnen zorgen.

De zegswijze ‘meten met twee maten’ schijnt uit de 19e eeuw te stammen en betekent in essentie “het partijdig zijn” en “gelijksoortige personen of zaken verschillend beoordelen”.⁴ In de Nederlandse samenleving wordt dan ook algemeen erkend dat het meten met twee maten niet maatschappelijk betamelijk is: het Nederlandse buitenlandbeleid met betrekking tot het Midden-Oosten zou zich niet schuldig mogen maken aan ‘twee maten’ teneinde een diplomatieke agenda te bewerkstelligen. Integendeel, er moet juist sprake zijn van gepast buitenlands beleid dat in al haar facetten noodzakelijk blijkt te zijn conform de doelstellingen in het regeerakkoord.

“In de Nederlandse samenleving wordt dan ook algemeen erkend dat het meten met twee maten niet maatschappelijk betamelijk is”

Bovendien pleiten academici voor een meer *all-inclusive* en homogene benadering binnen de grenzen van het Nederlands buitenlands beleid.⁵ Dit geeft fundamenteel aan dat met twee maten meten niet alleen onnaceptabel is, maar daarnaast ook zorgt voor een gevoel van oneerlijkheid in verscheidene gemeenschappen en de samenleving als geheel. Het Nederlands buitenlands beleid ten aanzien van onder andere Syrië en de migrantencrisis, het Israel-Palestina conflict en de koude (proxy-) oorlog(en) tussen Saudi-Arabië en Iran kan als illustratie dienen waarbij de Nederlandse regering in haar beleid bewust met twee maten meet.⁶



Recent is de gespannen diplomatieke en commerciële relaties tussen Saudi-Arabië en Iran.⁷ De bestorming van de Saudische ambassade in Teheran is als een van de vele gebeurtenissen in de afgelopen jaren kenmerkend voor de relatie tussen beide grootmachten in het Midden-Oosten. Het Nederlandse buitenlandbeleid als reactie hierop is dan ook interessant. De ongelijke behandeling van Iran ten opzichte van Saudi-Arabië ten tijde van mensenrechtenschendingen door het Nederlandse buitenlandbeleid is significant en wordt simpelweg bestempeld als ‘meten met twee maten’ en het ‘gebruik van dubbele maatstaven’.⁸

“Het meten met twee maten binnen de kaders van het Nederlands buitenlands beleid is een fata morgana.”

Mijns insziens is dit echter niet problematisch: het meten met twee maten binnen de kaders van het Nederlands buitenlands beleid is een fata morgana. Het concept van ‘twee maten’ is een zondebok geworden voor alle verschillende structurele problemen binnen de maatschappij en internationale politieke landschap. Het Nederlandse buitenlandbeleid dient primair de publieke en private belangen van Nederland als soeverein land op het internationaal politiek theater hoog te houden. Dit kan zeker met of zonder het meten met twee maten.

Wellicht is deze benadering te pragmatisch en oneerlijk van aard en doet het geen goed aan onze democratische samenleving met al haar normen en waarden. Niettemin is pragmatisme binnen de diplomatie een groot goed.

Het meten met twee maten wordt in sterke mate gerechtvaardigd door onder meer de toenemende invloed van de internationale gemeenschap op het Nederlands buitenlandbeleid. Een *quid pro quo*-afweging zou hieraan ten grondslag kunnen liggen, en het zou voor Nederland derhalve des te voordeliger zijn om te opteren voor een buitenlands beleid toegespitst op het land zelf. **N**

1. Deze beschouwing is gebaseerd op een eerder geschreven essay in het kader van de Honours Class ‘Denktank: Islam in Nederland’, gedoceerd door prof. dr. mr. Maurits Berger, eind 2015, waarin de auteur betoogt dat er sprake is van Nederlands buitenlandse beleid in het Midden-Oosten waarbij het gewenst is dat met twee maten wordt gemeten. Dit artikel doet een poging tot het (mogelijk) nuanceren van deze hypothese.
2. Peter van Ham en Louise van Schaik, Heeft Nederland nog wel een eigen buitenlands beleid (nodig)? Of zou de Europese Unie dit moeten overnemen?, in: EUforum.nl Analyse, http://www.clingendael.nl/sites/default/files/20121000_nl_eigen_buibeleid_vham_vschaik.pdf, laatst bekeken op 20 januari 2016.
3. Rochus van der Weg, “De moslimgemeenschap ziet dat ze slachtoffer is van Westers meten met twee maten”, De Volkskrant, 2012, <http://www.volkskrant.nl/opinie/-de-moslimgemeenschap-ziet-dat-ze-slachtoffer-is-van-westers-meten-met-twee-maten~a3321972/>, laatst bekeken op 6 december 2015.
4. F.A. Stoett, Nederlandse spreekwoorden, spreekwijzen, uitdrukkingen en gezegde, W.J. Thieme & Cie, Zutphen 1923-1925 (vierde druk).
5. David Kloos en Mahmood Kooria, “The Silence in the minute of silence”, Leiden Islam Blog, 2015, laatst bekeken op 4 december 2015.
6. Catherine E. Shoichet en Mariano Castillo, Saudi Arabia-Iran row spreads to other nations, CNN, 2016, <http://edition.cnn.com/2016/01/04/middleeast/saudi-arabia-iran-severing-ties-whats-next/>, laatst bekeken op 21 januari 2016.
7. Zie: <http://www.nu.nl/buitenland/4191660/demonstranten-bestormen-saudische-ambassade-in-teheran.html>.



De Vereniging: JFV Grotius

Het wintersportseizoen is aangebroken en menig student reist weer richting de Alpen. Wat is er nou beter dan wintersport? De pistes, de frisse berglucht en de tranen langs je wangen als je de piste af racet. Maar heb je ook weleens nagedacht wat er gebeurt als je iemand omver skiet? Ieder jaar wordt een hoog aantal wintersporters met de zogeheten gipsvlucht terug naar huis gevlogen. Indien er sprake was van een tweezijdig ongeval reist de vraag of het mogelijk is de schade te verhalen op de persoon die het ongeval heeft veroorzaakt. Aan welke rechter dient de gewonde zich te wenden en naar welk recht moet er worden geluisterd?

Lex Loci Damni

Allereerst richt ik mij op de vraag welk recht van toepassing is. Ongevallen op de piste vinden plaats in het buitenland en misschien wel tussen wintersporters met verschillende nationaliteiten. De Rome II-verordening biedt de hoofdregel voor een dergelijk ongeval. Artikel 4 van deze verordening stelt dat een onrechtmatige daad wordt beheerst door het recht van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land het ongeval zich heeft voorgedaan. De schade die hier wordt bedoeld, is de directe schade. De directe schade houdt

bijvoorbeeld in: het gebroken been, de verzwikte enkel of de gekneusde schouder die zijn veroorzaakt door het ongeval op de piste. Deze schade omvat niet het gederfde inkomen dat het slachtoffer niet ontvangt doordat hij zijn werk niet kan doen. Bij letselschade zal het land waar de schade zich voordoet in de meeste gevallen samenvallen met het land waar het ongeluk is gebeurd. Als je op de Franse Alpen in een botsing met een andere skiër je been breekt, is waarschijnlijk het Franse recht van toepassing.

Uitzondering

De verordening maakt hierop een uitzondering om partijen tegemoet te komen. Indien beide partijen hun gewone woonplaats in hetzelfde land hebben, dan is het recht van dat land van toepassing.

Recht

Ten tweede kunnen we ons afvragen naar welk recht dan gekeken moet worden om te bepalen of er door een der partijen onrechtmatig is gehandeld. Artikel 17 van de Rome II-verordening bepaalt dat in passende mate rekening dient te worden gehouden met de veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die gelden in het land waar het schade brengende feit is gepleegd. Als



Recht naar beneden



Linde Merkus



vakantieganger wordt dus van je verwacht dat je rekening houdt met de normen die in dat land gelden.

Daarnaast zijn 10 gedragsregels opgesteld door de internationale ski federatie (FIS) die het gebruik van de piste veiliger maken. Deze regels zijn soort verkeersregels voor op de piste. De meeste regels spreken best wel voor zich, maar toch kan het geen kwaad deze regels goed te kennen. Iedere skiër wordt dan ook geacht deze regels te kennen. Ken jij ze al? Nee? Dat komt goed uit. Ik zal ze gelijk even met je doornemen:

1. Houd rekening met andere skiërs en snowboarders

Let op je gedrag. Zorg er voor dat je rekening houdt met de anderen op de piste en gedraag je zo dat je anderen niet in gevaar brengt of schade toebrengt.

2. Zorg voor beheersing van je snelheid en skistijl

Jij als skiër of snowboarder behoort je zodanig te bewegen en je snelheid aan te passen aan je capaciteiten dat je geen gevaar oplevert voor anderen en jezelf. Je hebt ook rekening te houden met het zicht, de toestand van de piste, de sneeuw- en weergesteldheid en de “verkeerssituatie” dus drukte op de piste.

3. Kies een veilige lijn en het juiste spoor

Wanneer jij een andere skiër of snowboarder van achter nadert, moet je je spoor zo kiezen dat je de skiër of snowboarder niet in gevaar brengt. Met andere woorden: jouw voorligger heeft voorrang en jij bent verantwoordelijk voor een veilig passeren of op afstand blijven.

4. Inhalen

Je mag van alle kanten inhalen, van boven en van rechts of van links, mits op zodanige afstand dat de ingehaalde

skiër of snowboarder op geen enkele wijze in zijn bewegingen wordt belemmerd.

5. Na een stop de piste weer op

Even uitrusten op de piste? Geen probleem. Maar wees je ervan bewust dat als je je (weer) op een piste gaat begeven dit doet zonder gevaar voor jezelf of voor anderen boven of onder je. Kijk eerst rustig of de piste vrij is voor je met een ruk een S-bocht maakt of de piste weer op springt.

6. Smalle plaatsen vrijhouden

Je moet vermijden om je zonder noodzaak op smalle of onoverzichtelijke plaatsen op de piste op te houden. Ben je gevallen? Mits je niet gewond bent dien je zo spoedig mogelijk de weg of piste weer vrij te maken.

7. Klimmen, lopen en dalen altijd langs de kant van de piste

Wil of moet je weer over een stuk van de piste omhoog? Geen enkel probleem, maar zorg er wel voor dat je niemand in de weg loopt en dus aan de kant van de piste omhoog loopt.

8. Letten op tekens en “verkeersborden”

Je dient de pistemarkeringen, waarschuwingstekens en de overige borden in acht te nemen. Een piste afgesloten? Ga deze dan niet op. Een bord dat vraagt langzaam te skiën dien je te gehoorzamen. Ze staan er niet voor niets.

9. Verlenen van hulp bij een ongeluk

Bij een ongeval ben je altijd verplicht hulp te verlenen. Naast deze wettelijke verplichting is het niet meer dan normaal dat je iemand die in nood is helpt.

10. Legitimatie is verplicht

Iedereen, getuige of betrokkene, verantwoordelijk of niet, moet bij een ongeval zijn identiteit bekendmaken. Wees je er dus van bewust dat je altijd legitimatie bij je draagt op de piste. Sowieso is het hebben van geldige legitimatie in bijna alle Alpenlanden verplicht.

Met vriendelijke groet,

Namens het 95e bestuur der JFV Grotius
Linde Merkus, *Ab-actis*

Het bestuur van JFV Grotius is t/m 6 februari afwezig in verband met een skitrip naar Valloire, alwaar zij genoemde regels in de praktijk zal brengen.



Montesquieu, democratie

In Montesquieu's grote werk *Over de Geest van de Wetten* uit 1748 zoekt men tevergeefs naar het begrip 'scheiding der machten'. En ook het begrip 'trias politica' zal men er niet in vinden. Hoe komt het toch dat niettemin in allerlei wetenschappelijke boeken en artikelen wordt volgehouden dat Montesquieu de bedenker is van beide begrippen? Dat is natuurlijk omdat men elkaar napraat, zonder terug te grijpen op de bron.

Wat er wel in *Over de Geest van de Wetten* staat, is dat democratie alleen mogelijk is in kleine staten. Voor middelgrote staten is de monarchale staatsvorm het beste. En de grootste staten zijn despotisch (Boek VIII.16-19). Omvang is volgens Montesquieu dus een belangrijke factor in de bepaling van de staatsvorm. Een grote staat kan nooit democratisch zijn en als hij te groot wordt, wordt hij uiteindelijk despotisch, dat wil zeggen tiranniek, dat wil zeggen een dictatuur.

Dit is één van de theorieën uit *Over de Geest van de Wetten* waarvan het in eerste instantie moeilijk is die serieus te nemen. De neiging is dan de theorie terzijde te schuiven, zonder er verder over na te denken. Maar dat is nooit verstandig bij grote denkers zoals Montesquieu. Niemand wordt immers zomaar in deze verheven categorie opgenomen. Het gaat om mensen die werkelijk een stuk slimmer zijn dan de rest en werkelijk een stuk verder kunnen kijken. Als wij verder willen kijken dan waartoe onze bijziende blik ons op eigen kracht in staat stelt, moeten we op de schouders van deze reuzen gaan staan. We moeten terug naar de bronnen. Of zoals men het in de renaissance verwoordde: *ad fontes!*

“Als wij verder willen kijken dan waartoe onze bijziende blik ons op eigen kracht in staat stelt, moeten we op de schouders van deze reuzen gaan staan.”

Terug naar de bronnen gaan is iets anders dan een boek als *Over de Geest van de Wetten* lezen zoals we de krant lezen. Of een roman. Of zelfs een wetenschappelijke publicatie. Dit soort boeken moet veeleer gelezen worden zoals men ooit de Bijbel las: steeds opnieuw. Men ontdekt namelijk iedere keer weer diepere lagen in zo'n tekst. Deze boeken zijn te rijk om in één keer te doorgronden. Daarenboven moet men genoemde boeken heel nederig lezen, ervan uitgaande dat de auteur het wel beter zal weten. Als men namelijk te snel denkt dat het niet klopt wat er staat, is de

kans erg groot – zo leert de ervaring – dat men helemaal niet begrepen heeft wat er staat. Dat is natuurlijk nogal een opgave in deze tijd van haast en gelijkheid. We kunnen het geduld en de nederigheid die vereist zijn dikwijls niet opbrengen. Dat is tragisch, want we schieten zo in onze eigen voet. Wat overblijft om ons door het leven te laten leiden is immers alleen onze eigen bijziende blik.

Laten we daarom terugkeren naar de theorie van Montesquieu over de relatie tussen de omvang van de staat en de staatsvorm en er wat dieper over nadenken. Wat in het kader van een column natuurlijk maar heel beperkt kan en dus niet meer is dan een eerste aanzet. Bedenk dat wel. Wie dieper op de kwestie in wil gaan, leze behalve Montesquieu ook Leopold Kohr's meesterlijke *The Breakdown of Nations*, een boek dat veel grotere bekendheid verdient dan het op het moment geniet.

Als we over de omvang van een staat nadenken in relatie tot de staatsvorm – in het bijzonder de democratie en de dictatuur – dan moeten we omvang natuurlijk niet alleen definiëren in termen van vierkante kilometers, maar ook en vooral in termen van bevolkingsomvang. (Kohr noemt nog een aantal andere factoren, zoals de bevolkingsdichtheid, maar die laat ik hier buiten beschouwing.)

“Als we over de omvang van een staat nadenken in relatie tot de staatsvorm dan moeten we omvang natuurlijk niet alleen definiëren in termen van vierkante kilometers, maar ook en vooral in termen van bevolkingsomvang.”

De redenering is in essentie eenvoudig. Alleen in kleine staten, zoals de Zwitserse kantons, Andorra en Liechtenstein, of de antieke Griekse stadsstaten, kun je werkelijk democratie hebben, omdat alleen bij zo'n kleine omvang alle burgers daadwerkelijk deel kunnen nemen in de publieke besluitvorming. Als een staat te groot is, is dat onmogelijk. Als er al sprake is van volksinvloed in grote staten, dan is die er via representatieve organen, zoals het parlement. De directe macht van het volk is daarmee teruggebracht tot een minimum. Eénmaal in de zoveel tijd mag men zijn stem uitbrengen, tezamen met talloos veel miljoenen, en daarmee is de kous af. Tot de volgende verkiezingen is men geen burger meer maar onderdaan. Dat systeem kan men natuurlijk democratie noemen.

en de Europese integratie



Andreas Kinneging

Maar is het ook een democratie? In ieder geval is het een oneindig verdunde democratie. Men zou bijna geneigd zijn het een op homeopathische leest geschoeide democratie te noemen! Als Montesquieu opnieuw tot leven zou kunnen worden gewekt en hij zou een oordeel moeten geven over de staatsvorm van bijvoorbeeld het huidige Nederland, dan zou hij het zeker geen democratie noemen, maar veeleer een monarchie.

Monarchie is bij Montesquieu namelijk niet de ongelimiteerde heerschappij van één persoon. Dat is een vorm van despotie. De monarchie is een staatsvorm waarbij een koning aan het hoofd staat van een uitgebreid apparaat van elkaar over en weer én de koning controlerende elites, die het daadwerkelijke bestuurswerk doen (zie het hele boek XI, niet alleen hoofdstuk 6). Deze beschrijving is geheel en al van toepassing op Nederland anno nu, maar ook op bijvoorbeeld Engeland, Duitsland, Frankrijk, etc. Natuurlijk, de twee laatstgenoemde staten hebben geen erfelijk staatshoofd, maar een verkozen staatshoofd. Dat maakt ze echter nog lang niet tot een democratie, zou Montesquieu zeggen. Het zijn veelmeer electieve monarchieën, vergelijkbaar met het staatsbestel van de oude Germanen, zoals beschreven in Tacitus' *De Germania*, een boek waarvan Montesquieu dacht dat de essentie van de Franse – en de Engelse – constitutie erin beschreven stond. Hoe dat precies zit, voert te ver om nu uit te leggen. Het is minder gek dan op het eerste gezicht lijkt. Wie wil weten hoe de vork in de steel zit, moet zelf maar *ad fontes* gaan, geduldig en nederig.

“Als Montesquieu opnieuw tot leven zou kunnen worden gewekt dan zou hij Nederland zeker geen democratie noemen, maar veeleer een monarchie.”

De grootste staten zijn despotisch, zegt Montesquieu. De reden is wederom simpel. Hoe groter een staat, des te verder komt het staatsbestuur onvermijdelijk af te staan van de bevolking. Met die afstand vermindert ook het gezag, temeer daar hele grote staten meestal verschillende volkeren omvatten, die onderling verschillende waarden en normen hebben. Het gevolg is dat er grote centrifugale krachten bestaan, die de staat uit elkaar dreigen te doen vallen. Om die reden kan de eenheid en gehoorzaamheid aan de wet alleen gevestigd worden op angst. Die heerschappij van de angst nu, dat is de kern van de despotie, of zoals wij het zouden noemen, de dictatuur.

Dé voorbeelden voor Montesquieu zijn Rusland en China. En dat is voor ieder van ons nog altijd onmiddellijk inzichtelijk. Want Rusland en China zijn nog steeds dé voorbeelden van grote despotische rijken. Maar hoe zit het met de Verenigde Staten? Dat is een staat die Montesquieu natuurlijk niet kende. De Verenigde Staten zijn immers pas na zijn dood ontstaan. De vraag rijst dus wat hij van die staat gevonden zou hebben. Ook dit is immers, net als Rusland en China, een zeer groot rijk. Als men de theorie onverkort zou toepassen moeten de Verenigde Staten wel een despotie zijn. Dat is echter niet het geval. Is Montesquieu's theorie daarmee weerlegd?

“Als men de theorie onverkort zou toepassen moeten de Verenigde Staten wel een despotie zijn. Dat is echter niet het geval. Is Montesquieu's theorie daarmee weerlegd?”

Zo simpel is het niet uiteraard. Het geval wil dat de Amerikaanse *Founding Fathers* – zeer belezen mannen allemaal, – toen zij de constitutie van de Verenigde Staten ontwierpen, *Over de Geest van de Wetten* voortdurend op hun schoot hebben gehad, om erin te spieken. Zij maakten zich ernstig zorgen om wat Montesquieu daarin zei over de samenhang tussen een zeer grote omvang van de staat en zijn despotische karakter. Wat zij wilden was namelijk een zeer grote staat, die géén despotie was, maar (min of meer) democratisch. De vraag was hoe het één met het ander te combineren viel. Het antwoord vonden zij ook in *Over de Geest van de Wetten* en wel in boek IX, helemaal aan het begin, waarin Montesquieu spreekt over een federale republiek. In de kern gaat het daarbij om een defensief samenwerkingsverband tussen zelfstandige kleine staten. Zo zijn de Verenigde Staten dan ook door de *Founding Fathers* opgezet.

Inmiddels zijn we ruim tweehonderd jaar verder en zijn de Verenigde Staten veranderd in een tamelijk gecentraliseerde éénheidsstaat, die grotendeels vanuit Washington, D.C. bestuurd wordt. En de centralisatie lijkt alleen maar toe te nemen. Wat betekent dat op den duur voor de Amerikaanse staatsvorm? Het is nu al veelmeer een electieve monarchie dan een democratie. Precies dezelfde vraag moeten we ons stellen ten aanzien van de Europese integratie.



DE BRAUW
BLACKSTONE
WESTBROEK



MUSIC IS BOUNDLESS — YOU CAN BE TOO

When you work at De Brauw, you will grow. Doesn't matter who you are, or where you work within the firm. Our commitment to you is that you will learn more than you thought possible and that you will be challenged to reach new, unimaginable heights. To learn more about career opportunities at De Brauw visit:

[WERKENBIJDEBRAUW.NL](https://werkenbijdebrauw.nl)