

Three is a crowd - maar hoe meer, hoe beter!



De juridische en
maatschappelijke
aspecten van
crowdfunding

OOK IN DEZE NOVUM:

Dystopie of utopie?
- Literaire reflecties
over de veranderende
opvatting van het
zelfbeschikkingsrecht

De meeste stemmen
tellen (niet) - Waarom
de conventie dat
de grootste partij
de premier levert
beter kan worden
afgeschaft

De strijd om het
biertje bij de kapper

De
"kleedkameercultuur"
bestaat! - Over het
goedpraten van
seksueel geweld

Tegen het
Democratisch
Dogmatisme

Natuurrechts-
aanhangers en rechts-
positivisten -
Wapenbroeders in
de strijd tegen het
legisme

Column Andreas
Kinneking: Krijgt Marx
toch gelijk?

Wie of wat is Zwarte
Piet? - Een duiding
van de huidige
discussie aan de
hand van Searle's
institutionalisme



INHOUDSOPGAVE

November Editie

NOVUM

- 2 Inhoudsopgave
- 3 Voorwoord
- 4 Dystopie of utopie? - Literaire reflecties over de veranderende opvatting van het zelfbeschikkingsrecht
- 7 De strijd om het biertje bij de kapper
- 10 Op zoek naar de 'fiscale moraal'?
- 12 *Three is a crowd* - maar hoe meer, hoe beter! - De juridische en maatschappelijke aspecten van crowdfunding
- 16 De "kleedkameercultuur" bestaat! - Over het goedpraten van seksueel geweld
- 18 De meeste stemmen tellen (niet) - Waarom de conventie dat de grootste partij de premier levert beter kan worden afgeschaft
- 20 Tegen het Democratisch Dogmatisme
- 22 Natuurrechtsaanhangers en rechtspositivisten - Wapenbroeders in de strijd tegen het legisme
- 24 Wie of wat is Zwarte Piet? - Een duiding van de huidige discussie aan de hand van Searle's institutionalisme
- 27 Faculteitszaken - Verbreed je horizon, zowel binnen als buiten de singels
- 28 De Vereniging: JFV Grotius
- 30 Column Andreas Kinninging: Krijgt Marx toch gelijk?

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: 750 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
Tonko van Leeuwen
novum@law.leidenuniv.nl

Eindredacteur
Liz van Ringelestijn
novum@law.leidenuniv.nl

Redacteuren
- Fatima Jarmohamed
f.n.jarmohamed@gmail.com
- Anna Tsheichvili
anna.tsheichvili@gmail.com
- Maurits Helmich
m.m.helmich@gmail.com
- Mohammad Sharifi
the.sharifimo@gmail.com
- Marthe Goudsmit
mlrsgoudsmit@gmail.com

- Anne van Eck
vaneck.anne@gmail.com
- Patrick Birken
patrick_birken@hotmail.com
- Hanneke Vollaers
hvollaers@gmail.com
- Laetitia Houben
laetitiahouben@gmail.com
- Corné Smit
cornesmit95@gmail.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
- Michelle Verheij, Assessor FdR
- Bob de Koning, praeses JFV Grotius

Contact
novum@law.leidenuniv.nl

Voorwoord

Geachte lezer,

Op het moment dat u dit leest zijn de Amerikaanse presidentsverkiezingen aanstaande of net geweest. Daar waar de verkiezingen sowieso elke vier jaar onze aandacht weten te trekken, is dat deze cyclus al helemaal het geval. Wat de uitslag ook mag worden, u bent de rest van de maand november verzekerd van analyses, nagekaart en prognoses voor wat het betekent voor de rest van de wereld — zo veel is zeker. Echter, omdat zelfs de meest *die-hard* politieke junkie zo af en toe wat afwisseling kan gebruiken, is deze editie van NOVUM er om u wat leesvoer te bieden tussen alle Trump versus Clinton-praat door.

We laten de politiek alleen niet helemaal links liggen deze maand. Zo neemt Laetitia u deze maand mee op een reis door de tijd. Eerst een paar honderd jaar terug naar het tijdperk van Francis Bacon — de filosoof, niet de schilder — om via Michel Houellebecq uiteindelijk een verse blik te werpen op de hulp bij zelfdoding discussie. (pg. 4) Ook biedt deze editie de mogelijkheid om uw positie in de Zwarte Pieten discussie te heroverwegen aan de hand van het institutionalisme van Searle (pg. 24) en is er een lezersbijdrage van Jacob van de Beeten over het recent verschenen rapport *Echte Democratie*, geschreven door Thierry Baudet en prof. Paul Cliteur. (pg. 20)

Al ietwat vooruitblikkend naar onze eigen aankomende Tweede Kamerverkiezingen neemt Corné de formatieperiode onder handen, om zijn licht te laten schijnen op het feit dat de grootste partij ook de premier mag leveren (pg. 18) en stort Mohammad zich op de Panama Papers, het morele kompas en het betalen van een fiscale *fair share*. (pg. 10) Mocht u daarna de smaak te pakken hebben wat betreft geldzaken, dan kunt u bij Fatima terecht voor een uiteenzetting rondom *crowdfunding*, een fenomeen dat ook in Nederland steeds populairder wordt. (pg. 12)

Als december dan langzaam dichterbij kruipt en u besluit om een verse coupe bij de kapper te laten aanmeten om fris en fruitig de feestmaand tegemoet te treden, lees vooral eerst het stuk van Anna, voordat u bij de kapper een drankje aangeboden krijgt en niet weet hoe dat precies zit met de wetgeving hiervan — het zogeheten *blurring*. (pg. 7) En als u ondanks alle aandacht echt geen genoeg kan krijgen van wat er in Amerika speelt: ook daarin voorzien wij u deze maand, met een vlammen betoog van Marthe over Trumps ‘*grab ‘em by the pussy*’, een aanranding op Franse televisie en of dit ‘kleedkameercultuur’ is. (pg. 16)

Namens de gehele redactie wens ik u dan ook veel leesplezier.

Tonko van Leeuwen

Hoofdredacteur NOVUM

www.novummagazine.nl
www.facebook.com/novummagazine.nl



Het voorstel voor een ‘wet op een voltooid leven’ van de minister van Volksgezondheid roept beelden op van een controleerbaar leven, gefaciliteerd of zelfs gedomineerd door overheid en wetenschap. Al eeuwenlang is de mens hierdoor gefascineerd en is het in zowel wetenschap als literatuur een geliefd thema. Is het tijdperk van het ‘transhumanisme’ aangebroken?

In een fictief Nederland, 8 jaar vooruit in de tijd, wordt de Klaar Met Leven-wet aangenomen. Dit scenario beschrijft Vonne van der Meer in haar roman *Winter in Gloster Huis* (2015). In het verhaal wordt het recht om uit het leven te stappen voor mensen die hun leven ‘af’ vinden wettelijk vastgelegd. Afgelopen maand leek het alsof dit toekomstscenario was ingehaald, toen minister Edith Schippers (VWS, VVD) met een voorstel kwam over hulp bij zelfdoding van mensen die nog kerngezond zijn maar hun leven als voltooid zien.¹ Mocht dit voorstel worden aangenomen (de kans dat dit gebeurt is klein, gezien de hevige tegenreacties van zowel politieke partijen als de zorg-sector) zou dat betekenen dat de overheid zelfdoding voor niet-zieke mensen zou gaan faciliteren. Maar wringt dit niet met de plicht van de overheid om de burger te beschermen en het recht op leven te waarborgen? Het recht op zelfbeschikking krijgt een steeds ruimere dimensie en opvattingen over de waarde van een mensenleven schuiven mee.

“Het recht op zelfbeschikking krijgt een steeds ruimere dimensie en opvattingen over de waarde van een mensenleven schuiven mee.”

Het heft in eigen hand

Het recht op zelfbeschikking en het bepalen over leven en dood is bij uitstek een verschijnsel van de moderniteit: het beheersen van het menselijk leven en daarmee de natuur was in de pre-moderniteit uitgesloten. In tijden dat religie meer autoriteit had dan nu, was de beslissing over leven en dood immers overgelaten aan God, die al dan niet één was met de natuur. In de traditie lag meer nadruk op het geestelijk leven en de voortzetting van de geest na de dood. Wanneer iemand stierf was het diens tijd, maar diegene kon hopelijk zijn zielenleven voortzetten in het hiernamaals.

De Verlichting heeft de poten onder deze ideeën vandaan geschopt. Met de rede hoog in het vaandel beklommen de verlichtingsdenkers de barricaden en bestreden metafysische, religieuze en transcendent (buitenaardse) waarheidsopvattingen. Alleen de rede kon een bron van autoriteit zijn. Met René Descartes (1596-1650) als grondlegger van de methodische twijfel – een manier om door continue, rationele twijfel tot de waarheid te komen – kwam de autoriteit van religie in het geding en daarmee ook de macht van God over leven of dood. Eveneens had dit gevolgen voor de natuur: niet God maar de rede werd de sleutel tot het begrijpen van de natuurlijke orde. De tijd van de Wetenschappelijke Revolutie brak aan waarin de wetenschap met rasse schreden vooruitgang boekte.

“Uit dit stukje proza blijkt duidelijk hoe de agenda van de toekomst er volgens Bacon uit zou moeten zien.”

Een *self-fulfilling prophecy*

Het utopische sprookje *The New Atlantis* (1627), geschreven door Francis Bacon (1561-1626) markeert één van de omslagen in dit denken. Bacon – wetenschapper, jurist en filosoof –, de vader van het empirisme die bekendstaat om zijn experimentele ‘Baconiaanse’ methode, schetst in dit verhaal zijn beeld van de ideale wetenschap. Uit dit stukje proza blijkt duidelijk hoe de agenda van de toekomst er volgens Bacon uit zou moeten zien. Vanuit de vooruitgang van de wetenschap wilde Bacon de controle van de mens over de natuur vergroten en daarmee eveneens het menselijke leven comfortabeler maken (bijvoorbeeld door het voorkomen en uitroeien van ziektes).

Het verhaal vangt aan bij een Europees schip dat, na ergens in Midden-Amerika verdwaald te zijn geraakt, strandt op een eiland genaamd Bensalem (Bacon situeert het verhaal bewust op een eiland; hiermee vergroot hij het contrast met het ‘onwetende Europa,’ dat nog niks van wetenschap weet). De bemanning wordt, na strenge controle door de ‘Conservator of Health’, op het eiland toegelaten, waar uitgebreid zorg wordt getroffen voor de zieken onder hen. Na een riant (doch gezond) diner ontvangen ze allen een doosje met witte pillen, die het herstel van de zieken moet bespoedigen. Naarmate de Europese bemanningsleden langer op het eiland verblijven, raken ze meer en meer bekend met de bewoners, de instanties en gewoontes.

utopie?

opvatting van het zelfbeschikkingsrecht



Laetitia Houben

Langzaamaan wordt duidelijk dat de eilandbewoners uitermate ontwikkeld zijn en kundig in het bedrijven van allerlei verschillende disciplines. Uiteindelijk draait op het eiland dan ook alles om het *Salomon's House*: “*the very eye of the kingdom*.” *Salomon's House* is het wetenschappelijke middelpunt van Bensalem, opgericht door de vroegere Koning Salomon met als doel “*the study of the works and creatures of God*.” Dit onderzoeksinstituut symboliseert Bacon's wetenschappelijke idealen. *Salomon's House* beschikt over allerlei geavanceerde technieken, methoden en middelen om onderzoek te doen. Zo zijn er grotten waar geëxperimenteerd wordt met het bevriezen en conserveren van lichamen. In de hooggelegen gebieden bestuderen sterrenkundigen de stand van de sterren en doen meteorologen weersvoorspellingen. Er worden mineralen en grondstoffen geproduceerd, medicijnen ontwikkeld, dieren gehouden en tuinen onderhouden voor experimentele doeleinden. Tot slot zijn er de ‘*Chambers of Health*’: thermen met grote baden die dienen ter genezing van specifieke ziektes. Alles staat in het

teken van de menselijke gezondheid en de natuur: Bacon wil deze beheersen. Door de macht en invloedssfeer van de mens te vergroten kan alles mogelijk worden gemaakt. Uiteraard allemaal met behulp van de moderne wetenschappen.

“Alles staat in het teken van de menselijke gezondheid en de natuur: Bacon wil deze beheersen.”

Bacon's *New Atlantis* is de agenda van de moderne tijd geworden. Het is opmerkelijk hoeveel van de door Bacon beschreven (destijds) futuristische uitvindingen in de werkelijkheid zijn gerealiseerd. Aan het eind van *The New Atlantis* (die overigens niet is voltooid) tekende hij een lijst op met zo'n dertig aspiraties voor de wetenschap. Op nummer 1: de verlenging van het leven. Hierna volgen onder meer ‘het herstel van de jeugd tot op zekere hoogte’, ‘de vertraging van de ouderdom’, ‘de genezing van ziekten die voor ongeneeslijk doorgaan’ en ‘de verzachting van pijn’. De breuk met de traditie kon niet groter zijn: elke vorm van berusting in het lijden wordt van tafel geveegd. Eveneens is hier sprake van een waardevrije benadering van de mens en de natuur: het gaat Bacon niet om wat goed of slecht is, maar om feitelijke wetenschap. Hiermee verschuift de traditionele nadruk op de ziel en de geest naar het lichaam: dit moet geperfectioneerd worden. De crux van het geheel wordt treffend verwoord in de doelstellingen die Bacon toeschrijft aan het *Salomon's House*.

“*The end of our foundation is the knowledge of causes, and secret motions of things; and the enlarging of the bounds of human empire, to the effecting of al things possible.*”

De klassieke opvattingen van ethiek (zoals Aristoteles' deugdenethiek) richtten zich op het doel en het middel en beschreven het belang van een gebalanceerde ziel. Bij Bacon gaat het om kennis van oorzaak en gevolg, de beweging van dingen, en het belang van het lichaam. De goddelijke orde vervangen door een wetenschappelijke orde en zo de wereld beheersen door middel van kennis: Bacon's lijfspreuk was *scientia potentia est* – kennis is macht. Ironisch genoeg is Bacon overigens zelf uiteindelijk aan de wetenschap ten onder gegaan. Tijdens het onderzoeken van de mogelijkheden om met sneeuw vlees te conserveren, liep hij een longontsteking op die hem fataal werd.



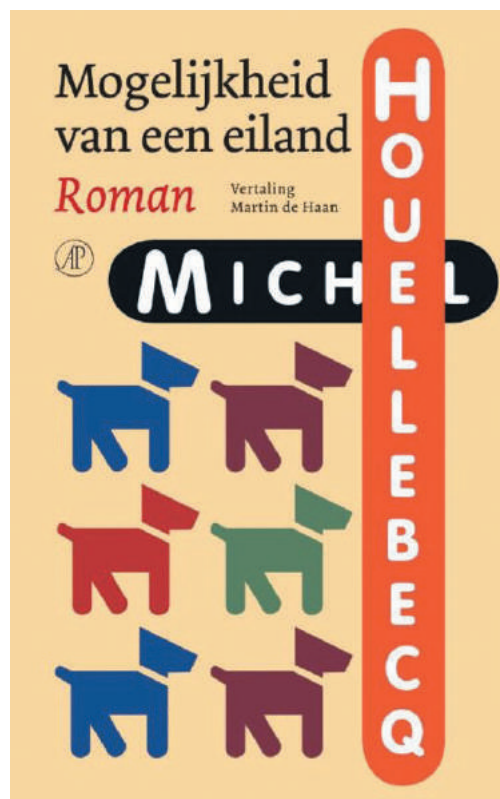
“De goddelijke orde vervangen door een wetenschappelijke orde en zo de wereld beheersen door middel van kennis: Bacon’s lijfspreuk was *scientia potentia est* – kennis is macht.”

Een stap voorbij het humanisme

De wetenschap (in het bijzonder de geneeskunde) heeft zich inmiddels zo ontwikkeld dat onze levensverwachting met tientallen jaren gestegen is. Geheel in lijn met Bacon’s idealen geldt tegenwoordig over het algemeen: een langer leven is een beter leven. Wat Bacon waarschijnlijk niet heeft voorzien, is dat het wettelijk mogelijk zou worden om te bepalen een leven te beginnen of stop te zetten. Abortus is een gevoelige kwestie, maar is in Nederland al enkele tientallen jaren gelegaliseerd. En ook euthanasie is onder bepaalde omstandigheden mogelijk. Toch is dit vraagstuk nooit waarde vrij en puur feitelijk geweest, en ook nu is de vraag naar de kwaliteit van het leven nog altijd van belang: zie het wetsvoorstel voor de ‘voltooid leven’-regeling van Schippers. Misschien is er een nieuw besef ontstaan ten aanzien van het menselijk leven: dat het verlengen hiervan met behulp van geneeskundige behandelingen niet altijd tot een leven leidt dat het nog waard is om geleefd te worden. Het menselijk lichaam is dan toch, ondanks alles wat er aan gesleuteld, gepoetst en opgelapt kan worden, feilbaar. Het helemaal naar onze hand zetten, kunnen we niet.

“Het menselijk lichaam is dan toch, ondanks alles wat er aan gesleuteld, gepoetst en opgelapt kan worden, feilbaar.”

Een rode draad in het werk van de Franse schrijver Michel Houellebecq, goed zichtbaar in de roman *Mogelijkheid van een eiland* (2005), is het ‘transhumanisme’. Deze stroming streeft ernaar de natuurlijke grenzen van het menselijk bestaan te doorbreken en de evolutie in eigen hand te nemen. Door klonen en genetische manipulatie wil men het leven verlengen of zelfs reïncarneren. In deze roman gaat het (net als in *The New Atlantis*) om een eiland: een futuristisch eiland. Houellebecq beschrijft twee werelden: een hedendaagse en een toekomstige. Het hoofdpersonage Daniel, dat zich gaandeweg het verhaal bewust is geworden van het verval van het menselijk lichaam en de feilbaarheid van de mensheid, sluit zich aan bij de Elohimieten. Deze sekte ambiert met behulp van de wetenschap de grenzen van de menselijke natuur te overschrijden: ze pogen het menselijk lichaam én het menselijk karakter te klonen. Door wetenschappelijke reproductie kan de mens werkelijk onsterfelijk worden en elk lichamelijk lijden uitwissen. Ze blijken succesvol, want zo’n 2000 jaar later wordt het verhaal verteld vanuit het perspectief van Daniel25: de 25e Daniel in de geslachtslijn. In wezen gaat het transhumanisme nog



een stap verder dan de Baconiaanse verlenging van het leven. Het gaat om het reproduceren van het leven, in het bijzonder vanwege het lichaam, als dit tekenen van verval begint te vertonen. In plaats van het proberen om pijn en dood uit te stellen, is geaccepteerd dat het menselijk lichaam vergankelijk en sterfelijk is. In *Mogelijkheid van een eiland* leidt het transhumanisme op den duur tot een mechanische mensenmassa die afzonderlijk van elkaar leeft. Lichamelijk leed bestaat inderdaad niet meer, maar ook alle vormen van emotie en gevoel zijn afgekalfd.

“In wezen gaat het transhumanisme nog een stap verder dan de Baconiaanse verlenging van het leven.”

Bacons *The New Atlantis* was *science-fiction* ‘avant-la-lettre’. Houellebecq’s *Mogelijkheid van een eiland* is voor ons een even onwaarschijnlijk scenario als Bacons ideeën dat waren voor diens tijdgenoten. Maar toch, je hond vervangen door een genetische kopie als hij zijn einde nadert: het is inmiddels al geen toekomstscenario meer.² Is het voorstel voor een ‘wet op voltooid leven’ misschien een stap verder in de richting van het transhumanisme? Een logische volgende ontwikkeling van het zelfbeschikkingsrecht en de mogelijkheid om je eigen leven vorm te geven? De fictie – vooral *science-fiction* – loopt vooruit op de werkelijkheid. De huidige *science-fiction* is weldra achterhaald. **N**

1. Gijs Herderscheë, ‘Kabinet: hulp bij zelfdoding toestaan bij ‘voltooid leven’, *Volkskrant* (12 oktober 2016).
2. Dennis Rijnvis, ‘Is je lievelingsdier te vervangen door een gekloonde variant?’, *Volkskrant* (3 oktober 2016).

De strijd om het biertje bij de kapper



Anna Tsheichvili

Een glaasje bubbels in de bruidswinkel, een wijnproeverij bij een slijter of een biertje bij de kapper: dit is een kleine greep uit de trends die zich de afgelopen jaren in de retailhandel afspeelden. Het zijn trends waarbij sprake is van branchevervaging tussen detailhandel en horeca, ook wel *blurring* genoemd. De belangrijkste redenen voor het ontstaan van deze trends zijn wijzigingen in het koopgedrag van consumenten, veranderingen in de samenleving en de nieuwe technieken die het de consument gemakkelijk maken om te navigeren tussen talloze keuzemogelijkheden.¹

Blurring is verder in Nederland veelvuldig in het nieuws geweest vanwege de landelijke pilot van de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) 'Reguleren mengvormen winkel/horeca' (ook wel bekend als de *blurring-pilot*). Deze pilot is eind 2015 door de VNG gestart.² Middels deze pilot wordt het een beperkt aantal gemeenten toegestaan om detailhandel te combineren met het schenken van alcohol, wat volgens de Drank- en Horecawet (DHW) eigenlijk niet mag. De juridische drempels die deze wet namelijk opwerpt, zijn in veelvoud aanwezig. Zo moet een ondernemer die drank serveert in bijvoorbeeld zijn kapperszaak ook voorzien in aparte toiletten voor zijn klanten en medewerkers die specifiek nodig zijn voor een horecabedrijf, die bijvoorbeeld ook kennis moeten hebben van sociale hygiëne. En zo moet een winkel, te denken valt aan een warenhuis, waar ook eten en drinken wordt geserveerd, een levensmiddelenafdeling hebben van minimaal 15 m².³

“Zo moet een ondernemer die drank serveert in bijvoorbeeld zijn kapperszaak ook voorzien in aparte toiletten voor zijn klanten en medewerkers die specifiek nodig zijn voor een horecabedrijf”

De *pilot* kwam voort uit het feit dat op 1 januari 2013 het gehele toezicht op de naleving van de DHW werd gedecentraliseerd en van de Voedsel en Warenautoriteit naar de gemeenten is verplaatst. Door deze decentralisatie constateerden de gemeenten bij de handhaving van de DHW dat maatschappelijke omstandigheden niet meer pasten binnen de kaders van deze wet. Er vonden inmiddels zoveel mengvormen van horeca en detailhandel plaats in de retailhandel, om te voldoen aan de eisen van klanten die steeds meer een zogeheten 'totaalbeleving'

wensten in het winkelbeeld. Bovendien resulteerde het toestaan van *blurring* dat ook leegstand van panden terugdronk, de concurrentie onder de ondernemers werd bevorderd en zo dus een maatschappelijk verantwoord ondernemersklimaat werd gerealiseerd. Voorgaande in acht genomen, zorgde handhaven van de DHW voor problemen met het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel, zo stelden de gemeenten.⁴

Het doel van voorgenoemde pilot was ook om bevindingen op te doen die zouden kunnen worden meegenomen voor de evaluatie van de DHW. Deze evaluatie is aangevangen aan het begin van 2016, het onderdeel dat ziet op *blurring* staat echter gepland voor 2017.⁵ De *blurring-pilot* zou daarom tot begin 2017 duren, en de bevindingen die relevant zouden zijn voor de evaluatie van de DHW zouden zo door de VNG kunnen worden medegedeeld aan het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Ministerie van VWS).

Bovenstaande pilot klinkt in theorie als een gouden formule: er wordt gedurende een afgebakende periode een proef gevoerd waaraan een beperkt aantal gemeenten meedoet waarbij aan een kleine groep ondernemingen wordt toegestaan deze mengvormen in de retailhandel te realiseren – mits deze ondernemingen voldoen aan strikte eisen.⁶ En de bevindingen die worden opgedaan, zouden door de VNG worden doorgespeeld voor de evaluatie van de DHW. Toch werd de pilot niet gesteund door het



Ministerie van VWS wegens de mogelijkheden die deze bood voor het in gevaar brengen van de volksgezondheid. Staatssecretaris Van Rijn had de Kamer en de VNG laten weten dat hij alleen achter experimenten stond die tijdens de pilot zouden kunnen worden uitgevoerd die binnen de bestaande wettelijke kaders van de DHW zouden blijven.⁷

“Aangezien veel van de mengvormen die in deze pilot worden toegestaan strijdig zijn met de DHW, was het uiteraard wachten op de eerste handhavingsverzoeken.”

Maar aangezien veel van de mengvormen die in deze *pilot* worden toegestaan strijdig zijn met de DHW, was het uiteraard wachten op de eerste handhavingsverzoeken die, bijvoorbeeld door concurrenten, bij de gemeenten zouden worden ingediend. Alsook waren verontrustende Kamervragen in aantocht.⁸ Hierom stuurde staatssecretaris Van Rijn op 18 januari 2016 een brief aan de VNG waarin deze de vereniging met klem verzocht de plannen en communicatie over de pilot alsnog in overeenstemming met de DHW te brengen.⁹

Een gemeente kan bestuursrechtelijke handhaving onderop de prioriteitenlijst zetten, maar zodra er verzocht wordt om deze handhaving, zal de gemeente hier gehoor aan moeten geven. Er geldt een beginselplicht tot handhaving. Uit vaste rechtspraak volgt dat gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moet maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden hoeft het bestuursorgaan dat niet te doen. Een dergelijke situatie kan zich onder meer voordoen indien concreet zicht op legalisering bestaat. Verder kan handhavend optreden zo onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van handhavend optreden in die concrete situatie hoort te worden afgezien.

“Een gemeente kan bestuursrechtelijke handhaving onderop de prioriteitenlijst zetten, maar zodra er verzocht wordt om deze handhaving, zal de gemeente hier gehoor aan moeten geven.”

En inderdaad, de handhavingsverzoeken naar aanleiding van de pilot lieten niet op zich wachten: de Koninklijke Slijtersunie stond vooraan de rij. Vanwege de afwijzing van deze verzoeken tot handhaven door de burgemeester, resulteerde dit uiteindelijk in een aantal rechtszaken waarin de rechtmatigheid van het niet-handhaven van de burgemeester centraal stond. Feitelijk was er dus sprake van een gedoogbeleid.

De eerste uitspraak die gepubliceerd was, betrof de Zwolse boekhandel Waanders. Deze boekhandel was in beperkte mate wijn gaan verkopen, wat door de gemeente werd toegestaan wegens deelname aan de pilot. De Slijtersunie had de gemeente verzocht handhavend op te treden: de verkoop van wijn was strijdig met artikel 18 van de DHW.¹⁰ De gemeente weigerde dit en zo volgde de procedure bij de bestuursrechter. Deze laatste was het eens met de stelling van de Slijtersunie, en oordeelde dat de gemeente Zwolle over had moeten gaan tot handhaving. De bestuursrechter liet hierbij duidelijk meewegen dat de DHW geen wettelijke bepaling kent waarin de mogelijkheid in het leven wordt geroepen te experimenteren met lokale dan wel landelijke regelgeving in die zin had overtreding daarvan kan worden toegestaan en van handhaving kan worden afgezien. Ook bleek niet uit de pilot dat de gemeenten geen ruimte werd geboden om handhavend op te treden tegen overtredingen van de DHW.¹¹

De Slijtersunie spande hierna nog een zaak aan, deze keer tegen de gemeente Nieuwegein. In dit geval pakte de Slijtersunie het grootser aan: de burgemeester van Nieuwegein werd verzocht om handhavend op te treden tegen alle ondernemers (13 in totaal) die in de gemeente deelnamen aan de pilot. De Slijtersunie voerde aan dat de burgemeester door de pilot te faciliteren opzettelijk overtreding van de DHW op grote schaal uitlokte waarbij de volksgezondheid direct in het geding was. Ter zitting heeft de voorzieningenrechter met partijen vastgesteld dat alle vijf categorieën waaruit de pilot bestaat, strijdig waren met één of meer artikelen van de DHW. Dit betekent dat de burgemeester bevoegd was om handhavend op te treden. Dat het in dit geval ging om een overtreding die door de burgemeester zelf was gefaciliteerd, bracht met zich dat deze ervoor heeft gekozen niet van zijn bevoegdheid gebruik te maken. Hij voerde dus in feite een gedoogbeleid, of eigenlijk riep hij de te gedogen situatie zelf in het leven. De voorzieningenrechter oordeelde dat er hiermee geen sprake was van dusdanige bijzondere omstandigheden dat de burgemeester af had mogen zien van zijn beginselplicht tot handhaving. De omstandigheid dat de burgemeester de betrokken ondernemers in feite uitnodigde om de wet te overtreden, wat hij dan onder strikte voorwaarden gedoogde, sluit al bijna uit dat er een dergelijke bijzondere omstandigheid is die afzien van handhaving rechtvaardigt. Dat zou namelijk betekenen dat de toezichthouder en handhaver zijn eigen taak kan uithollen. Vanzelfsprekend kan een toezichthouder en handhaver prioriteiten in die taken stellen, maar juist het uitnodigende karakter van de pilot staat op gespannen voet met de toezichts- en handhavingstaak die de burgemeester heeft, aldus de rechter. En ook deze was het met zijn collega uit Overijssel eens dat het hierbij van belang was dat de DHW geen wettelijke bepaling bood om experimenten met lokale dan wel landelijke regelgeving toe te staan.¹² Het besluit van de burgemeester om niet te



handhaven werd vernietigd en deze diende uiterlijk op 10 oktober jl. een nieuw besluit te nemen.

In een civiele procedure werd door de Slijtersunie getracht de VNG op straffe van een dwangsom te veroordelen om de gemeenten die deelnemen aan de pilot schriftelijk op te roepen de pilot met onmiddellijke ingang te staken. De VNG moedigde volgens de Slijtersunie het overtreden van de DHW aan door de pilot te starten. De rechter oordeelde dat de rol van de VNG als overkoepelende organisatie beperkt is. Het is aan de individuele gemeentebesturen om deel te nemen aan de pilot en de Slijtersunie had onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de eventuele overtredingen die tijdens deze pilot worden begaan aan de VNG te wijten zijn. Ook benadrukte de rechter dat de vraag of de individuele gemeenten onrechtmatig handelen door deel te nemen aan de pilot moet worden beantwoord door de bestuursrechter.¹³ Zoals al uiteengezet, werd dit voor deze civiele uitspraak gedaan in de gemeente Zwolle, en na deze uitspraak in de gemeente Nieuwegein, waarbij de rechters in lijn met elkaar oordeelden: bij overtreding van de DHW waren de burgemeesters in beginsel verplicht om over te gaan tot handhaving, wat aldus zou moeten resulteren in het staken van de pilot.

Het wordt de gemeenten en ondernemers met voorgenoemde uitspraken en politieke druk niet makkelijk gemaakt de *blurring-pilot* uit te spelen. Opvallend is dat desondanks tot op heden weinig gemeenten hebben besloten te stoppen met de pilot, ondanks het feit dat de staatssecretaris Van Rijn in een brief aan de Kamer – naar aanleiding van de uitspraak van Rechtbank Overijssel – had laten weten dat hij ervan uit gaat dat de aan de pilot deelnemende gemeenten betreffende uitspraak zullen bestuderen en deze zullen meenemen in hun overwegingen.¹⁴

Vermeldenswaardig is dat de burgemeester van Nieuwegein na de uitspraak jegens zijn gemeente aan het eind van de termijn voor het nemen van een nieuw besluit – namelijk begin oktober jl. – heeft besloten toch

handhavend op te treden en te stoppen met deelname aan de pilot. Volgens de burgemeester was de pilot “veel in de juridische sfeer terechtgekomen”. Een open deur als u het mij vraagt, maar het komt er uiteraard op neer dat de burgemeester het te heet onder zijn voeten kreeg, met alle spotlights gedurende de afgelopen maanden op Nieuwegein gericht. De tijd zal moeten uitwijzen of meer gemeenten zullen volgen gedurende de laatste adem van de pilot (deze duurt immers tot begin 2017).

“Met een wijziging van de wet zijn de *blurry* problemen helaas de wereld nog niet uit.”

Tot slot moge het duidelijk zijn dat ook andersoortige publiekrechtelijke regelingen roet in het eten gooien van het fenomeen *blurring*. In deze bijdrage zijn de complicaties naar voren gebracht die de DHW teweegbrengt: met een wijziging van deze wet zijn de *blurry* problemen helaas de wereld nog niet uit. Ook veel van de huidige bestemmingsplannen zijn momenteel struikelblokken voor ondernemers die willen *blurren*. Een kledingzaak met bestemming ‘detailhandel’ biedt nu eenmaal niet automatisch de mogelijkheid om ook alcohol te schenken. Voor nu is het wachten op de uitkomst van de evaluatie van de DHW, waarna de ondernemers zich dus – met een beetje pech – kunnen gaan richten op de ruimte-ordelijke beren op de weg. Wellicht dat een borrel hen de pijn zal verlichten. **N**

1. Dit onderzoek de FSIN en legde dit neer in de Beleidsmonitor 2017 over de consequenties van *blurring* voor alle spelers in de foodsector.
2. <https://vng.nl/onderwerpenindex/veiligheid/drank-en-horeca-wet/nieuws/vng-start-pilot-mengvormen-winkelhoreca>
3. Besluit eisen inrichtingen Drink- en Horecawet.
4. Zie bijv. brief de brief van VNG aan het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport: https://vng.nl/files/vng/brieven/2016/20160205_brief-kabinet_pilot-reguleren-mengvormen-winkel-horeca.pdf
5. *Kamerstukken II*, 2016-2017, 27 565, nr. 147..
6. Een onderneming waar bijvoorbeeld veel kinderen komen wordt uitgesloten van deelname.
7. *Kamerstukken II*, 2015-2016 met kenmerk 1198.
8. *Kamerstukken II*, 2015-2016 met kenmerk 2016Z12495.
9. Brief aan VNG van Staatssecretaris Van Rijn met kenmerk 876934-144684-VGP.
10. In lid 1 van dit artikel is bepaald dat het verboden is in de uitoefening van een ander bedrijf dan het slijtersbedrijf zwak-alcoholische drank voor gebruik elders dan ter plaatse aan particulieren te verstrekken.
11. Rb. Overijssel 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1078.
12. Rb. Midden-Nederland 28 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4298.
13. Rb. Den Haag 13 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7770.
14. *Kamerstukken II*, 2015-2016, 27565, nr. 143.

Het idee rondom *tax planning* en algemene belastingbesparing is nog nooit eerder zo infaam geweest. Het uitlekken van de zogenaamde *Panama Papers* eerder dit jaar waarin onthullingen zijn gedaan over belastingontwijking heeft geleid tot felle reacties en publieke morele verontwaardiging. De 11,5 miljoen documenten, ruim 2,6 terrabyte aan data, van de Panamese dienstverlener Mossack Fonseca, die dankzij een anonieme bron in handen zijn gekomen van onderzoeksjournalisten van *The International Consortium of Investigative Journalists* geven een goede indruk van de schaal waarop het vermogen van natuurlijke- en rechtspersonen wordt geparkeerd in belastingparadijzen. Men denke hierbij aan complexe, niet-transparante ‘offshore’-constructies en trusts die gaan over een tijdsbestek van 1977 tot en met afgelopen december.¹ Opmerkelijk is dat het niet primair meer gaat over de gebruikelijke multinationals zoals Starbucks en Google, maar ook over staatshoofden en andere beroemdheden. En hoewel nationale belastingautoriteiten zich momenteel buigen over de gelekte documenten opdat eventuele belastingontduiking op te sporen, blijken desalniettemin veel van de handelingen te vallen onder agressieve legale constructies om de algemene belastingdruk simpelweg te verlagen.

Hierdoor kwalificeert de publieke opinie, zelfs zonder enige ogenschijnlijke schendingen van wettelijke kaders, deze belastingontwijking niet als legaal handelen. Waar komt dat fiscaal moreel kompas vandaan? Bestaat er wel een ‘fiscale moraal’? Deze bijdrage probeert een antwoord te vinden op deze lastige vragen met als oogmerk de discussie over ethisch handelen binnen de fiscaliteit aan te wakkeren onder studenten.

“De idee van een juiste vorm van belastingheffing is een van de oudste en meest ongrijpbare vraagstukken in de fiscale wereldgeschiedenis.”

Fiscaal *fair share*

De idee van een juiste vorm van belastingheffing is een van de oudste en meest ongrijpbare vraagstukken in de fiscale wereldgeschiedenis. Diverse academici, waaronder rechtsfilosofen en fiscalisten, hebben in de loop der jaren vaak geworsteld met deze kwestie. Bijzondere filosofische doorbraken zijn er nauwelijks geweest. Desalniettemin

hebben verscheidene rechtswetenschappers zich uitgesproken over het belang van belastingen voor individuen en de samenleving als geheel. Zo stelde de Amerikaanse jurist Oliver Wendell Holmes: “*Taxes are what we pay for a civilized society.*”² Hij onderstreepte hierbij niet alleen het ultieme doel van belastingen, maar vooronderstelde ook de relevantie van het hele collectief om het ultieme doel te realiseren en te behouden.



Dit collectief bestaat uit verschillende actoren met onder meer burgers en ondernemingen. De wijze waarop deze actoren zich opstellen tegenover de staat, verantwoordelijke voor de belastingwet, kan ondertussen wel worden beïnvloed door verscheidene factoren. Neem als voorbeeld de economische en politieke *status quo* in een land.³ Echter, de wijze van belastingheffing en het naleven (en handhaven) van de geldende belastingwetten zijn twee aparte delen van eenzelfde vraagstuk en dienen derhalve apart te worden gehouden om enige verwarring te voorkomen. Bezien vanuit een teleologisch invalshoek is het naleven van de geldende belastingwetten dan ook voldoende voor deze actoren.

Desondanks weergeven de onthullingen van de *Panama Papers* een andere realiteit. Bij het handhaven van belastingwetten wordt ook in het bijzonder gekeken naar de notie van individuele moraliteit en de reputatie van de betrokken actoren in het licht van transparant handelen. De fiscaal ‘fair share’ zoals deze is ingebeeld door de wetgever blijkt de facto niet voldoende te zijn. Bovendien, deze ‘fair share’ blijkt sterk afhankelijk te zijn van onder meer de grootte van de formele en informele economie van het land zelf.⁴ Toen bijvoorbeeld bleek dat zelfs het staatshoofd van IJsland belangen had bij dienstverlener Mossack Fonseca zorgde dit voor veel grotere verontwaardiging en ophef dan elders.⁵

‘fiscale moraal’?



Mohammad Sharifi

Fraus legis

Men heeft in beginsel de vrijheid te opteren voor de fiscaal voordeligste route. Het recht om zo min mogelijk belastingen te betalen en hierbij andere belastingen te vermijden is hierdoor universeel in de zin dat men aan de hand van feitelijke- en rechtshandelingen de hoeveelheid af te dragen belasting zelf vormgeeft. Iemand die dagelijks een biertje koopt, betaalt al gauw veel meer (indirecte) belasting aan de staat. Zo kunnen burgers emigreren naar een fiscaal voordelig land, en ondernemingen hun meest winstgevendende activiteiten verplaatsen naar welbekende *tax havens*.⁶ Deze mate van vrijheid valt binnen de wet, maar wordt tegelijkertijd begrensd door onder meer het leerstuk *fraus legis*.

“Men heeft in beginsel de vrijheid te opteren voor de fiscaal voordeligste route.”

Dit leerstuk heeft, sinds de introductie in 1926 door de Hoge Raad, een grote ontwikkeling doorgemaakt. In essentie kunnen op grond van dit leerstuk rechtshandelingen van belastingplichtigen worden genegeerd of weggedacht.⁷ De Hoge Raad heeft de twee toepassingsvereisten van *fraus legis*, het subjectieve en het objectieve vereiste, duidelijk in haar rechtspraak verwoord. Het subjectieve vereiste houdt in principe in dat belastingplichtige de fiscaal gunstigere constructie is aangegaan met belastingverijdeling als doorslaggevende reden. Het objectieve vereiste, daarentegen, is dat de gekozen constructie van belastingverijdeling strijdig is met doel en strekking van de wet.⁸ De belastingrechter kan naast *fraus legis* ook andere antimisbruikleerstukken toepassen. Zo grenst belastingverijdeling in Europeesrechtelijk verband aan het misbruik van recht-leerstuk en op internationaal niveau aan het leerstuk van *fraus conventionis*.⁹

“Er is in de praktijk geen scheiding tussen de wettelijke en morele plicht. De plicht om belastingwetten na te leven en er geen misbruik van te maken is een grijs gebied.”

Conclusie

Belastingontwijking is derhalve zeer lastig te bestrijden. Zowel de OESO en de EU zijn hard bezig om dit aan te pakken, met oog voor het legaliteitsbeginsel.¹⁰ Er is in de praktijk echter geen scheiding tussen de wettelijke

en morele plicht. De wettelijke plicht tegenover de staat om de belastingwetten na te leven en er geen misbruik van te maken omhelst ten gevolge hiervan een grijs gebied. Verschillende actoren beseffen zich dat ook. In een geglobaliseerde wereld lopen de meningen met betrekking tot ethisch handelen immers sterk uiteen. Wat in land A als moreel onverantwoord wordt beschouwd, wordt in land B als kans gezien om de grote multinationals aan te trekken.

De vraag rijst of wellicht fiscalisten die deze fameuze constructies faciliteren verantwoordelijk moeten worden gehouden. Zonder deze dienstverleners en creatieve constructies zou iedereen zich dan moeten houden aan de belastingwet waarbij de fair share daadwerkelijk eerlijk zou blijven. Hoewel dit simpel en mooi klinkt, blijft het huidige fiscale klimaat anders. Veel jurisdicties werken reeds met gedragscodes voor fiscalisten en aan de andere kant is het idee van maatschappelijk verantwoord ondernemen (mvo) bij multinationals de laatste jaren sterk gegroeid. Bovendien zullen de komende jaren de wettelijke kaders worden verscherpt, zowel op nationaal als op OESO-niveau. Een poging om ethisch handelen te codificeren binnen nationale regelgeving en internationale verdragen is daarom een goede ontwikkeling. De zoektocht naar een ‘fiscale moraal’ gaat derhalve hand in hand met transparantie en harmonisatie via het democratisch proces. **N**

1. Zie: <http://www.nu.nl/panama-papers/4241104/we-toeweten-panama-papers.html>
2. *Supreme Court of the United States* 21 november 1927, *Compania Gen. de Tabacos de Filipinas v. Collector of Internal Revenue*, 275 U.S. 87 (Holmes, J., *dissenting opinion*).
3. C. Adams, *For Good and Evil: The impact of taxes on the course of civilization*, Derrydale Press: 2001.
4. B.S. Frey & H. Weck, *Estimating the shadow economy: a ‘naïve’ approach*, *Oxford Economic Papers* 35(1): 1983, 23-44.
5. Zie: <http://www.volkskrant.nl/buitenland/eerste-politiek-slachtoffer-panama-papers-premier-ijsland-weg~a4276344/>
6. J.L.M. Gribneau, *Ethische aspecten van tax planning*, *Ars Aequi* 63(3): 2014, 176.
7. HR 26 mei 1926, PW 12 157, NJ 1926
8. R.E.C.M. Niessen, *Grondslagen voor toepassing van fraus legis door de Nederlandse belastingrechter*, in: M. Chin-Oldenziel & M. Belkaid-Koubia, *De wet kennen betekent niet slechts de woorden ervan begrijpen, maar ook hun kracht en strekking*, WFR 2013/1492, 125-144.
9. M. Tydeman-Yousef, *Fraus conventionis, quae est?: panacee of phantasma*, WFR 2014/7030, 3.
10. Zie: <http://www.oecd.org/tax/beps/>

De juridische en maatschappelijke

In het groeiende ondernemersklimaat waar we ons momenteel in bevinden, is het aantrekken van financiering van groot belang. Er bestaan hiertoe meerdere mogelijkheden, maar één hiervan wint steevast aan populariteit: crowdfunding, het via het internet aantrekken van gelden bij een grote groep mensen.

Over het algemeen is er bij crowdfunding sprake van (i) een grote groep investeerders, (ii) een geldnemer en (iii) een faciliterend internetplatform. Het concept is vrij simpel: degene die (om wat voor reden dan ook) behoefte heeft aan meer gelden, de geldnemer, kan zich tot een dergelijk platform wenden met een pitch. Aan deze pitch worden vaak enkele eisen gesteld, zoals het vrijgeven van historische resultaten en prognoses e.d. In het geval dat de pitch wordt goedgekeurd door het platform, wordt deze pitch publiekelijk bekendgemaakt – het binnenhalen van gelden kan beginnen. Het platform houdt de teller bij, maar omdat de gelden doorgaans via een Stichting Dergengelden lopen komt dit geld niet bij dit platform als zodanig terecht. Als het vooraf vastgestelde doelbedrag wordt behaald, wordt na afloop van de investeringsperiode de binnengehaalde gelden aan de geldnemer uitgekeerd. Is dit niet het geval, worden de bedragen weer teruggestort op de rekeningen van de geldgevers.

Doorgaans bestaat de rol van dit platform alleen uit het bij elkaar brengen van partijen en het organiseren van de achterliggende geldstromen; er is meestal geen sprake van advisering door dit platform. Daarnaast bestaan er verschillende vormen van crowdfunding die onderling verschillen in structuur en opzet van platform. Omdat crowdfunding geen juridische definitie kent en er meerdere varianten bestaan, is er geen vastomlijnd juridisch kader dat in de praktijk kan worden gehanteerd.¹

Zoals eerder aangestipt, zijn er meerdere verschijningsvormen: *donation based*, *reward based*, *loan based* en *equity based*. De meest ‘onschuldige’ vormen van de vier, te weten de crowdfunding op basis van donatie en de ‘*reward based*’²-vorm, vallen momenteel niet onder de Nederlandse toezichtregelgeving. Ze zijn echter wel aantrekkelijk voor de niet-professionele investeerder. Zo is het drempelbedrag bij dergelijke projecten veelal relatief laag, maar het kenmerkende aan deze projecten is doorgaans dat het hier om projecten gaat waar men in investeert omdat men in het achterliggende doel gelooft. Dit kan betrekking hebben op goede doelen en speciale projecten, maar het kan ook gezien worden als een speciale vorm van procesfinanciering.³ Daarnaast is het niet onaannemelijk dat de kunst- en cultuursector en andere door de politiek onderschoven kindjes veel zouden kunnen profiteren van *crowdfunding*, mits het op een juiste wijze wordt gereguleerd. Hoewel deze *crowdfunding* als



maar hoe meer, hoe beter!

aspecten van crowdfunding



Fatima Jarmohamed

‘relatief onschuldig’ kunnen worden getypeerd, kan er wel worden gesteld dat het goed in de gaten gehouden dient te worden: het gemiddelde jaarlijkse groeipercentage van *reward based-crowdfunding* is in Nederland maar liefst 211%, gevolgd door een groeipercentage van 67% van de crowdfunding op basis van donaties.⁴ In 2014 werd er echter met deze twee vormen ‘slechts’ €8,6 miljoen gefinancierd, waar de vier vormen tezamen ongeveer €34 miljoen hebben gefinancierd – een groei van 100% ten opzichte van 2013.⁵ Het grote geld wordt aldus binnengesleept bij de *crowdfundingsvarianten* waarvan de wetgever heeft bedacht dit te willen reguleren.

“Het is niet onaannemelijk dat de kunst- en cultuursector en andere door de politiek onderschoven kindjes veel zouden kunnen profiteren van *crowdfunding*.”

Zoals bij vele kwesties, wordt het voor de jurist pas echt interessant als het gaat om de vraag waar het fout zou kunnen gaan. De twee wat serieuze vormen van *crowdfunding* – *crowdfunding* die hetzij ‘*loan based*’, hetzij ‘*equity based*’ is worden hierna als uitgangspunt genomen. De eerstgenoemde is relatief simpel te omschrijven als het verstrekken van gelden aan de geldnemer als lening. *Equity based crowdfunding* geldt als een investering in het desbetreffende bedrijf en met behulp van financiële instrumenten, met name aandelen, zal het benodigde bedrag worden ingezameld.

Afhankelijk van het gekozen financiële instrument en de resultaten van de geldnemer zal de geldgever dividenduitkeringen ontvangen. U voelt het al aan, bij dergelijke (ingewikkeldere) constructies is regulering noodzakelijk. Omdat er geen wetgeving bestaat die is geschreven met *crowdfunding* in gedachten, moet er per geval moeten worden gekeken onder welke juridische definitie desbetreffende situatie zou vallen, met alle juridische gevolgen van dien. Een groot deel van deze toezichtregels is terug te vinden in de Wet op het financieel toezicht (hierna: de Wft), maar ook normen uit de Wet ter voorkoming van witwassen en terrorisme, Wet op het consumentenkrediet en het Burgerlijk Wetboek kunnen van toepassing zijn.⁶ In deze bijdrage zal summier in worden gegaan op juridische eigenaardigheden die de hoek om komen kijken bij de derde en vierde variatie, te weten de *loan based*-vorm en *equity based*-vorm van *crowdfunding*. De huidige stand van zaken kent veel meer

haken en ogen, die in de literatuur uitvoeriger besproken worden.

Voor de *crowdfundingspraktijk* is de verbodsbepaling uit art. 3:5 Wft van belang: ‘Het is eenieder verboden in Nederland in de uitoefening van een bedrijf van het publiek opvorderbare gelden aan te trekken, ter beschikking te verkrijgen of ter beschikking te hebben.’ Vele platforms worden gekenmerkt door het feit dat zij eerst de door de geldnemers verstrekte gelden ontvangen, alvorens deze doorbetaald aan de geldnemers. Bij de *loan based-crowdfunding* zullen deze gelden doorgaans worden aangemerkt als opvorderbare gelden – bij donaties en de *reward based-crowdfunding* vervalt de verplichting om het geld terug te betalen, waardoor er hier in elk geval geen sprake is van opvorderbare gelden en ook geen overtreding van deze verbodsbepaling. Hoewel er een officieel standpunt ontbreekt, lijkt DNB te stellen dat geldnemers die eenmalig via een platform dergelijke gelden aantrekken, dit niet in uitoefening van een bedrijf te doen.⁷ Los van de eventuele onduidelijkheid hieromtrent, lijkt het geval zo te zijn dat vele geldnemers buiten de reikwijdte van art. 3:5 Wft te vallen.

De AFM stelt echter dat werkzaamheden van platforms wel degelijk onder het verbod van art. 4:3 Wft vallen, dat het verbiedt ‘(...) in de uitoefening van een beroep of bedrijf als tussenpersoon werkzaamheden te verrichten ten behoeve van het publiek aan te trekken of ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden.’ De AFM meent dan ook dat dergelijke *crowdfundingsplatforms* een ontheffing van dit verbod nodig hebben, krachtens art. 4:3 lid 4.⁸ Wat opmerkelijk is, aangezien de genoemde artikelen aan elkaar gekoppeld (lijken te) zijn, maar DNB en de AFM er een andere invulling aan hebben gegeven: er moet een ontheffing worden verleend op grond van art. 4:3 lid 4 Wft voor het bemiddelen in het aantrekken van opvorderbare gelden, terwijl de geldnemers vaak niet onder het hoofdverbod van art. 3:5 Wft vallen.⁹

Er kan worden geconcludeerd dat de toepasselijke wetgeving niet bepaald op maat gemaakt is voor de *crowdfundingspraktijk*. De AFM heeft in 2014 over een aantal pijnpunten gerapporteerd en meende o.a. dat het ontheffingsregime voor het bemiddelen in opvorderbare gelden te licht werd geacht. De Minister van Financiën was het hiermee eens en in het Wijzigingsbesluit financiële markten 2016, dat reeds in werking is getreden, is gepoogd een antwoord hierop te vinden. Echter, nu de voorwaarden voor het verkrijgen van een ontheffing

dermate verzwaaard zijn en er meer aansluiting is met de gedragsregels waar financiële ondernemingen zich aan moeten conformeren, begint de ontheffing steeds meer te lijken op een vergunning.¹⁰

Zo wordt er voor de *crowdfundings*praktijk een geschiktheidseis geïntroduceerd voor beleidsbepalers en leden van een toezichthoudend orgaan voor platforms met een door de AFM toegekende ontheffing in de zin van 4:3 Wft. Deze geschiktheidseis houdt in dat er, net zoals bij vergunningaanvragen, bij markttoetreding aangetoond moet worden dat de beleidsbepalers en eventuele toezichthouders geschikt zijn. Wat is ‘geschiktheid’ in deze context? Art. 1.2 van de Beleidsregel geschiktheid 2012 spreekt van kennis, vaardigheden en professioneel gedrag wat moet blijken uit opleiding, werkervaring en competenties. Ook vloeit er uit art. 2.4 voort dat desbetreffende beleidsbepalers moeten kunnen aantonen te beschikken over o.a. bestuurlijke vaardigheden die nodig zijn voor het dagelijks beleid, die gedurende ten minste twee jaar werkervaring opgedaan moeten zijn, waarvan minstens één jaar aaneengesloten.¹¹

“Deze aanpassingen zouden effectief betekenen dat het voor o.a. (jonge) *start-ups* lastiger en duurder wordt om via de *crowdfunding* financieringen aan te trekken.”

Deze aanpassingen zouden effectief betekenen dat het voor o.a. (jonge) *start-ups* lastiger en duurder wordt om via de *crowdfunding* financieringen aan te trekken. Overigens kan een oplossing hiervoor liggen in het aantrekken van een derde bestuurder die wel beschikt over benodigde vaardigheden.¹²

Er kan ook worden gesteld dat de wetgeving die van toepassing is op de laatste *crowdfundings*variant, die *equity based* is, niet optimaal toepasbaar is in de praktijk. In de literatuur wordt betoogd dat *crowdfunding* zou kwalificeren als een beleggingsonderneming - het zou hier logischerwijs gaan om de *equity based*-variant. Er wordt hierbij echter een belangrijk knelpunt opgeworpen: ex art. 168a Bgfo rust er een provisieverbod op beleggingsondernemingen, wat problematisch is aangezien genoemde provisie juist de basis is van het verdienmodel van een crowdfundingplatform.¹³ Een provisieverbod zou in die zin de financiële band tussen partijen doorknippen en een zekere financiële onafhankelijkheid betekenen. In het Wijzigingsbesluit heeft de Minister van Financiën aangegeven een uitzondering te maken op art. 168a Bgfo waar platforms onder zouden vallen. Enkele voorwaarden zijn hiervoor opgesteld, waaronder de meldingsplicht bij de AFM: in het geval dat een platform onder deze uitzondering wenst te vallen, moet er een melding van worden gemaakt. Uit de internetconsultatie is echter gebleken dat de huidige formulering aan andere beleggingsondernemingen de ruimte laat om ook gebruik te maken van deze uitzondering.¹⁴ Het lijkt dus

een veilige conclusie als wederom gesteld wordt er veel werk aan de winkel is wat betreft de wetgeving omtrent de crowdfunding.

“De maatschappelijke vraag naar *crowdfunding* is ook in de bancaire sector niet onopgemerkt gebleven.”

Zoals zo vaak het geval is, zou goede wet- en regelgeving voor innovatieve concepten een wereld van verschil maken. De maatschappelijke vraag naar crowdfunding is ook in de bancaire sector niet onopgemerkt gebleven. De Rabobank introduceerde recentelijk Rabo & Co, waarbij er zakelijke kredieten worden verleend die deels worden gefinancierd door vermogende klanten die op zoek zijn naar meer rendement.¹⁵ Waar voor ‘gewone’ bankleningen een grotere kapitaalbuffer nodig is, geldt deze eis niet bij dergelijke leningen. Het concept bevindt zich momenteel nog in de experimentele fase en het is goed mogelijk zijn dat de uiteindelijke versie er anders uit zal zien, maar het moge duidelijk zijn dat de huidige proefconstructie erg lijkt op crowdfunding. Een verschil met ‘reguliere’ *crowdfunding* is dat er hier een minimale inleg van €100.000,- geldt en er hier per project slechts één *funder* is.

Wellicht dat de vele succesverhalen hun steentje kunnen bijdragen aan een gedegen structurering van dit fenomeen. Zo heeft brouwerij De Halve Maan te Brugge vorig jaar dankzij crowdfunding een recordbedrag van €300.000,- binnengehaald, om een ondergrondse bierpijpleiding van drie kilometer aan te leggen. Overigens viel dit project onder de *reward based*-variant; de *funder* kon kiezen uit drie opties met elk een ander geschenk als dank voor de bijdrage.¹⁶ Maar stel je voor; de rest van je leven elke dag een biertje krijgen omdat je hebt bijgedragen aan 's werelds eerste ondergrondse bierpijpleiding – kan gewoon! **N**

1. J.M. van Poelgeest, *Crowdfunding* in 2016, Bb, 2016/24.

2. Met *reward based*-variant wordt *crowdfunding* bedoeld waarbij de geldgever geld verstrekt waarvoor hij in ruil een vooraf besproken beloning krijgt.

3. <https://www.perssupport.nl/persbericht/115208/studente-gaat-strijd-aan-met-zorgverzekeraar>.

4. Z. Zhang e.a., *Moving mainstream. The European alternative finance benchmarking report*, februari 2015.

5. AFM, *Crowdfunding – naar een duurzame sector*, 2014, p. 12.

6. J.R.C. Tangelder, *Regulering van crowdfundingplatforms: een goede stap in de verkeerde richting*, MvO, 2016/5, p. 2.

7. J.M. Poelgeest, *Crowdfunding, mede mogelijk gemaakt door de wetgever?*, O&F 2014/4.

8. AFM, *Crowdfunding – naar een duurzame sector*, 2014.

9. J.R.C. Tangelder, *Regulering van crowdfundingplatforms: een goede stap in de verkeerde richting*, MvO, 2016/5, p. 113

10. Ibid.

11. J.M. van Poelgeest, *Crowdfunding* in 2016, Bb, 2016/24.

12. Ibid.

13. J.M. van Poelgeest, *Crowdfunding* in 2016, Bb, 2016/24. par. 7.1, Tangelder 3.6.

14. Internetconsultatie ‘Wijzigingsbesluit financiële markten 2016’.

15. https://www.rabobank.com/nl/press/search/2016/20160525_financiering_via_vermogenden.html.

16. <https://bierflash.wordpress.com/2016/01/14/brouwerij-de-halve-maan-haalt-recordbedrag-op-met-crowdfunding/>.



JURIDISCH CONGRES

TECHNOLAWGY

De kracht van de technologische macht

Donderdag 1 december 2016
09.00 - 18.00 uur
Academiegebouw te Leiden
Rapenburg 73

Studenten €7,50,-
Overigen €95,-
Medewerkers
Universiteit €30,-

Aanmelden via www.jfvgrrotiuscongres.nl



Leids Universiteits Fonds



Universiteit
Leiden

jfv **GROTIUS**

De “kleedkameercultuur”

Over het goedpraten van

Vlak voor het tweede debat van de Amerikaanse presidentsverkiezingen dook er een filmpje op van Donald Trump waarin Trump de inmiddels befaamde uitspraak “*grab them by the pussy*” deed. Hij stelde in het filmpje dat hij dat bij vrouwen kon maken omdat hij zo beroemd is. In het debat dat daags daarna plaatsvond verdedigde hij zijn uitspraak door te stellen dat het maar kleedkamerpraat was. De vele schokkende uitspraken die Trump tot dusver had gedaan leken in het niet te vallen bij deze ene uitspraak, waarin hij praten over seksueel geweld afdeed als iets dat alle mannen doen wanneer ze onder elkaar zijn. Menig atleet stelde “*not in my locker room*”, om daarmee aan te duiden dat Trumps rechtvaardiging geen hout sneed. Toch raakte Trump met deze uitspraak mensen in zijn achterban voor wie hij tot dat moment nog geen bedreiging was geweest: ineens voelden ook de blanke huisvrouwen zich door de man aangevallen.

Één op de vijf vrouwen, en één op de 71 mannen wordt verkracht in de Verenigde Staten – in deze cijfers worden andere vormen van seksueel geweld, zoals aanrandingen, niet meegenomen.¹ In Nederland is één op de drie vrouwen en één op de 20 mannen geconfronteerd geweest met seksueel geweld.² Het is van belang in het achterhoofd te houden dat naar schatting tussen de 65% en 85% van de seksueel geweldsdelicten niet wordt aangegeven: veel meer mensen krijgen met seksueel geweld te maken dan bekend is. De vrouwen die eerst nog onbezorgd op Trump konden stemmen zijn in grote getalen zelf op enig moment slachtoffer geweest van ongewenste intimiteiten, en worden nu geconfronteerd met een man die geen probleem heeft met dergelijke praktijken. Uitspraken zoals die van Trump kunnen voor slachtoffers van seksueel geweld een stroom van onprettige herinneringen opwekken.

Hoewel de wereld wederom gechoqueerd werd door de uitspraken van de man die een goede kans maakt president van de Verenigde Staten te worden, kan zijn typering van “kleedkamerpraat” niet zomaar worden afgeschreven. De Volkskrant, die toch in het algemeen geen fan van Trump lijkt te zijn, neemt zonder enige vorm van bezwaar zijn woordkeus over wanneer deze krant een aanranding op Franse televisie verslaat: “Ongewilde zoen op borst: ook kleedkameercultuur op Franse tv” kopte de krant.³ Wellicht was het de auteur van het betreffende stuk ontschoten dat er al een woord voor het uitvoeren van dergelijke handelingen bestond: het betrof immers een aanranding. In de papieren editie van de krant is de kop aangepast, al werd de term ‘kleedkameercultuur’ gehandhaafd in

het artikel. Trump sprak over kleedkamerpraat, nu werd er een vrouw aangerand op tv. In plaats van de dader publiekelijk te veroordelen wordt er gesproken van een heuse kleedkameercultuur – zonder blikken of blozen zijn de “schandalige” uitspraken ineens gemaakt tot onderdeel van de kleedkameercultuur, die niet werkelijk wordt veroordeeld. Dit is iets waar menigeen zich kwaad over kan maken. Men zou zich echter ook af kunnen vragen of er niet een kern van waarheid in zit.

“In seksueel geweld-zaken wordt niet vaker gelogen door het slachtoffer dan bij andere misdrijven.”

De kleedkameercultuur, die in andere kringen ook wel ‘*rape culture*’ of ‘verkrachtingscultuur’ wordt genoemd, zit namelijk diep ingebakken in onze samenleving. Het is erg gebruikelijk om de beweringen van slachtoffers van seksueel geweld in twijfel te trekken, te vragen hoe het slachtoffer gekleed ging, of hoeveel alcohol het slachtoffer geconsumeerd had. De *New York Times* schreef over het elfjarige slachtoffer van een groepsverkrachting “[S]he dressed older than her age, wearing makeup and fashions more appropriate to a woman in her 20s. She would hang out with teenage boys at a playground”.⁴ Een Canadese rechter stelde in september ““*Why couldn't you just keep your knees together? Why didn't you just sink your bottom down into the basin so he couldn't penetrate you?*” *Young women, the judge said, “want to have sex, particularly if they're drunk.”*”⁵ De Volkskrant merkte in het hiervoor genoemde artikel op dat de betreffende vrouw hoopt beroemder te kunnen worden door het incident, en dat ze het de man die haar aanrandde niet kwalijk neemt omdat hij een dochter heeft (die bang was om naar school te gaan omdat haar vader een viezerik gevonden werd)⁶ – het illustreert het gemak waarmee onze samenleving slachtoffers als opportunisten, sletten, of anderszins zelf schuldig wil maken (en onder druk gezet worden om er vooral niks van te zeggen of tegen te doen). Dat is immers eenvoudiger dan erkennen dat er een grof misdrijf is gepleegd waar iedereen getuige van was. Het is ongelofelijk hoe normaal het is dat het slachtoffer van seksueel geweld de schuld krijgt. Elke derde vrouw in Nederland is in staat om een verhaal over haar ervaring met seksueel geweld te vertellen. Het is dan ook eenvoudig voorbeelden van de alledaagsheid van seksueel geweld te vinden, zoals Kelly Oxford wist aan te tonen. Nadat het filmpje waarin Trump opgaf van aanrandingen tweette zij: “*Women: tweet me your first assaults. they aren't just stats. I'll go first: Old man on city bus*

bestaat!

seksueel geweld



Marthe Goudsmit

*grabs my “pussy” and smiles at me, I’m 12.”. Tien minuten later tweette ze dit bericht: “I am currently receiving 2 sex assault stories per second. Anyone denying rape culture, please look at my timeline now. #notokay”.*⁷ Duizenden verhalen zijn onder die hashtag terug te lezen.

“Een Canadese rechter stelde in september
“Why couldn’t you just keep your knees together?
Why didn’t you just sink your bottom down into the
basin so he couldn’t penetrate you?””

In seksueel geweld-zaken wordt niet vaker gelogen door het slachtoffer dan bij andere misdrijven. Toch wordt het slachtoffer van seksueel geweld meestal niet geloofd. Het slachtoffer kan immers vaak niks bewijzen en het zou het leven van de dader kapot maken als hij van iets dergelijks beschuldigd zou worden. De “Stanford rape case”, de zaak die een aantal maanden geleden groots in het nieuws kwam toen Brock Turner, de dader van een verkrachting, slechts 6 maanden cel kreeg, werd de rechter gemotiveerd tot het uitdelen van een milde straf omdat de betreffende dader een veelbelovende toekomst had en goed kon zwemmen: “*the judge in the case said he understood the “devastation” the victim suffered, but he feared imprisonment would have a “severe” impact on Turner.*”⁸ De reden dat de uitspraak in deze zaak de wereld over ging en algemeen veroordeeld werd is niet de lage straf die de dader kreeg – het was de getuigenis van het slachtoffer die mensen wist te raken. Het slachtoffer in deze zaak maakte een hartverscheurend *statement* tijdens de rechtszaak, waarin ze met pijnlijke precisie wist uit te leggen wat er zo schadelijk is aan die verkrachting. Ze wist daarbij een toon aan te slaan die bij velen resoneerde: “*You don’t know me, but you’ve been inside me, and that’s why we’re here today.*”⁹ Het is absoluut de moeite waard om dit *statement* in zijn geheel te lezen. Deze vrouw was dronken, en dat werd haar verweten – dat ze bewusteloos was, is in de zaak zo goed als irrelevant.

In oktober werden de resultaten uit een onderzoek van de universiteit van Surrey bekend gemaakt: “Seksistische grappen helpen seksistisch gedrag in de hand.”¹⁰ Het bleek onmogelijk om grappen uit mannenbladen en uitspraken van seksueel delinquenten uit elkaar te houden. Is dit volgens u een grap of een uitspraak van een verkrachter? “Als je een drankje gaat drinken met een meisje en ze wil haar benen niet voor je spreiden, denk dan aan dit statistische feitje: 85 procent van de verkrachtingen wordt niet gemeld.”¹¹ Ook leuk, de mop die ik deze zomer

moest aanhoren: “Wat vinden 9 van de 10 mensen leuk? Een groepsverkrachting! Ha-ha-ha!” (Wellicht is het hier toch noodzakelijk om te stellen dat dit werkelijk aan alle kanten van een smakeloze ranzigheid getuigt die Trump niet zou misstaan.) Het “Stijlblad” Esquire ging vlak daarna onderuit toen het mannen adviseerde om toch vooral een keer seks te hebben met een bewusteloze vrouw.¹²

“Aangezien het plaats delict hun eigen
lichaam is, is het onmogelijk om aan de
gevolgen van het misdrijf te ontkomen.”

En dat brengt ons terug bij die verrekte kleedkameercultuur. Fijn dat die in de aandacht staat. Stellen dat die niet bestaat is erg kortzichtig, maar het is voor velen de beste optie uit twee kwaden. Als die kleedkameercultuur namelijk wel degelijk bestaat, dan hebben we een groot probleem. En dat zou zomaar het geval kunnen zijn. Seksueel geweld kan een ongelofelijke impact op slachtoffers hebben. Het recht om over hun lichaam te beschikken is hen ontnomen, en aangezien het plaats delict hun eigen lichaam is, is het onmogelijk om aan de gevolgen van het misdrijf te ontkomen. Het heeft geen pas om slachtoffers van seksueel geweld verder te kleineren door hen niet te geloven, de schuld te geven en de dader in bescherming te nemen. De samenleving heeft tot taak de integriteit van iedereen te beschermen. Erkennen dat er op dat gebied een probleem bestaat is daarvoor essentieel. **N**

1. National Sexual Violence Resource Center Info & Stats For Journalists, *Statistics about Sexual Violence*.
2. Rutgers Nisso Groep rapport ‘Seksuele gezondheid in Nederland 2009’.
3. Peter Giesen, “Ongewilde zoen op borst: ook kleedkameercultuur op Franse tv”, *De Volkskrant*, 18 oktober 2016.
4. James C. McKinley Jr., “Vicious Assault Shakes Texas Town”, *The New York Times*, 8 maart 2011.
5. Kristine Guerra, “Judge could lose job for berating rape victim: ‘Why couldn’t you just keep your knees together?’”, *The Washington Post*, 9 september 2016.
6. Peter Giesen, “Ongewilde zoen op borst: ook kleedkameercultuur op Franse tv”, *De Volkskrant*, 18 oktober 2016.
7. Emilie van Outeren, “Aanranding eigen schuld? Onzin”, *NRC*, 12 oktober 2016.
8. Lindsey Bever, “‘You took away my worth’: A sexual assault victim’s powerful message to her Stanford attacker”, *The Washington Post*, 4 juni 2016.
9. Ibid.
10. Kimberly Lawson, “Seksistische grappen helpen seksistisch gedrag in de hand, zegt de wetenschap”, *Vice*, 14 oktober 2016.
11. Geintje natuurlijk.
12. “Stijlblad Esquire: ‘neuk dronken vrouwen als ze bewusteloos zijn was een grapje’”, *Joop.nl*, 23 oktober 2016.

De meeste stemmen

Waarom de conventie dat de grootste partij de

De campagne voor de Tweede Kamerverkiezingen van maart volgend jaar is al een tijdje aan de gang. Diverse verkiezingsprogramma's zijn al gepresenteerd en van verschillende partijen weten we ook hoe hun kandidatenlijst eruitziet. Steeds vaker wordt gespeculeerd over de vraag welke partij op 15 maart 2017 de grootste wordt. Wordt de VVD weer de grootste partij van Nederland en blijft Mark Rutte premier? Of gaat Geert Wilders er dan toch met de winst vandoor? Als dat laatste gebeurt, hoe zal de formatie dan verlopen? Die vraag is slechts begrijpelijk vanwege de conventie dat de grootste partij het recht heeft om de premier te leveren, of om toch op zijn minst het voortouw te nemen bij de formatie. Hierop valt echter wel het een en ander af te dingen.

“Ook na de Tweede Wereldoorlog kende Nederland nog premiers die geen lid waren van de grootste partij.”

Om te beginnen is het in de parlementaire geschiedenis lang niet altijd vanzelfsprekend geweest dat de grootste partij ook de premier mocht leveren. Zo telde Nederland in de periode tussen de beide wereldoorlogen tien kabinetten. Slechts drie hiervan werden geleid door een politicus van de grootste partij. Het betreft de drie kabinetten van de katholieke politicus Ruys de Beerenbrouck. Overigens was hij wel elf jaar minister-president, even lang als de andere twee premiers uit het Interbellum bij elkaar. Ook na de Tweede Wereldoorlog kende Nederland nog premiers die geen lid waren van de grootste partij. Van de achtentwintig kabinetten na de eerste naoorlogse verkiezingen in 1946 waren er nog acht waarvan de premier niet ook tegelijkertijd leider was van de grootste partij.¹ De bekendste daarvan is wellicht Willem Drees (PvdA) die tussen 1948 en 1952 een kabinet leidde, terwijl de Katholieke Volkspartij de grootste was.

Dat de minister-president ook leider van de grootste politieke partij moest zijn, werd echter steeds vaker als democratisch en dus wenselijk ervaren. Een duidelijk voorbeeld daarvan bieden de verkiezingen van 1977 en de daaropvolgende formatie. PvdA-leider en premier Den Uyl voerde campagne met de slogan 'kies de minister-president'. Dat was niet alleen een uitnodiging om op de minister-president te stemmen, maar vooral een aansporing om PvdA te stemmen wanneer men een tweede kabinet Den Uyl wilde. Alzo geschiedde. De PvdA haalde de grootste verkiezingswinst die een

politieke partij tot dan toe ooit had behaald en kreeg 53 zetels. Den Uyl meende dat zijn doel was bereikt en eiste meteen dat hij tot formateur zou worden benoemd.² Na veel geharrewar en geruzie tussen de PvdA en het CDA werd echter CDA'er Van Agt premier van een kabinet van christendemocraten en liberalen. Den Uyl en een groot deel van zijn achterban zagen dit als groot onrecht. Het was echter niet de laatste keer dat de grootste partij buitenspel werd gezet. Ook in 1982 werd de PvdA de grootste partij, dit keer eveneens onder leiding van Den Uyl. Drie weken lang mocht een PvdA-informateur vruchteloos gesprekken voeren, waarna binnen vier weken CDA en VVD een regeerakkoord sloten.

Was dat nu werkelijk zo'n groot probleem? Het vaak (als enige) gegeven argument dat de leider van de grootste partij ook premier moet worden of het initiatief mag nemen in de formatie, is dat dit democratisch is. De kiezers stemmen in de woorden van Den Uyl niet alleen voor een partij, maar kiezen ook de minister-president. In een meerderheidsstelsel is dat zonder meer waar. Het zou

Kies de
minister-
president



Den Uyl lijst 2

PvdA

tellen (niet)

premier levert beter kan worden afgeschaft



Corné Smit



ondemocratisch zijn om een partij die de meerderheid heeft in het parlement, niet te laten regeren. In een meerpartijensysteem waarin geen enkele politieke partij de meerderheid heeft, ligt dat minder voor de hand. Als de grootste partij de premier mag leveren, ontstaat onvermijdelijk een tweestrijd tussen de kansrijkste kandidaten. Het gevaar bestaat dan dat kiezers alleen maar op een kandidaat stemmen om te voorkomen dat een ander minister-president wordt, terwijl ze een derde, minder populaire politicus wellicht het beste vonden. Het huidige kabinet is een mooi voorbeeld hiervan. Veel kiezers stemden enkel op Rutte om Samsom buiten de regering te houden, of juist omgekeerd op Samsom om Rutte uit het Torentje te krijgen. Uiteindelijk kwamen ze samen in een coalitie terecht. De uitwerking van de stem heeft dan een averechts effect: waar de kiezer enkel een rechtse of juist linkse coalitie wilde voorkomen, ontstaat een door hem of haar ongewenste coalitie van links én rechts.

“Veel kiezers stemmen niet zozeer op een partij om een bepaalde politicus tot premier te kronen, maar omdat ze het gedachtegoed ervan delen.”

Dat brengt ook het volgende probleem aan het licht. De conventie dat de grootste partij de premier mag leveren, miskent de intentie achter veel stemmen. Veel kiezers stemmen niet zozeer op een partij om een bepaalde politicus tot premier te kronen, maar omdat ze het gedachtegoed ervan delen. Zo zullen veel VVD-kiezers op die partij stemmen omdat ze geloven in een kleinere overheid, lastenverlichting etc. Dat ze Mark Rutte een goede politicus vinden en geschikt voor het premierschap is mooi meegenomen, maar is niet doorslaggevend. Ook zonder Mark Rutte als lijsttrekker zouden ze wellicht

VVD gestemd hebben, en zo niet, dan nog altijd op een partij die inhoudelijk veel punten met de VVD deelt.

De Scandinavische landen bieden een goed voorbeeld van hoe het ook anders kan. Van belang is daar kort gezegd de vraag welke *ideologische verwante coalitie* van partijen de meerderheid heeft. Bij kabinetsformaties komt doorgaans een coalitie tot stand van partijen die programmatisch het dichtste bij elkaar liggen.³ Zo zullen liberalen en sociaaldemocraten niet snel tegelijkertijd in de regering zitten, maar bijvoorbeeld wel sociaaldemocraten en groenen. Het is in zo'n systeem goed mogelijk dat de grootste partij niet de premier levert. Zo werden in Denemarken in 2011 de liberalen de grootste partij, maar omdat linkse partijen er een meerderheid hadden, bleven zij buiten de regering. In 2015 was het precies omgekeerd. De sociaaldemocraten kregen de meeste stemmen, maar stonden buitenspel omdat het rechtse blok een parlementaire meerderheid verwierf. Het voordeel hiervan is dat beter tegemoet wordt gekomen aan de wensen van de kiezers. Het beleid van een kabinet dat bestaat uit partijen die een groot aantal programmapunten gemeenschappelijk hebben, zal immers beter aansluiten op de ideeën en wensen van een meerderheid van de kiezers dan een kabinet dat bij elk onderwerp een compromis tussen twee extremen heeft moeten zoeken.

Dit systeem zou daarom ook in Nederland ingevoerd moeten worden. Als de grootste niet meer bijna automatisch in de regering komt, maar de vraag resteert voor welke politieke richting de kiezers in meerderheid hebben gestemd, zou dat de legitimiteit van het bestel vergroten. Alle klagen in de trant van ‘stem je op Rutte, krijg je Samsom er ongevraagd bij’ zouden tot het verleden behoren. Evenmin hoeven we ons zorgen te maken over de dag dat een Limburger met een voorliefde voor waterstofperoxide de meeste stemmen krijgt. Dat betekent immers vrij weinig, omdat een meerderheid nog altijd zijn ideeën niet deelt. Laten we daarom ook niet doen alsof het wel veel betekenis heeft. **N**

1. Het gaat om de eerste twee kabinetten Drees en de kabinetten Beel II, Zijlstra, Biesheuvel I en II, Van Agt I en Lubbers I.
2. D. Houwaart, Van Drees tot Kok. Een halve eeuw regeren, Kampen: Kok 1998, p. 143.
3. Voor een uitgebreide bespreking van coalitievorming in Scandinavische landen verwijs ik naar A. Skjæveland, ‘Modelling government formation in Denmark and beyond’, Party Politics 2009, afl. 6, p. 715-735.

In de vorige editie van NOVUM stelt Maurits Helmich dat het niet uitmaakt of referenda als democratisch of ondemocratisch worden aangeduid, want het gaat erom dat ons staatsbestel goed functioneert. Zoals Shakespeare al schreef: *“What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet”*. Desalniettemin bestaat er wel degelijk een gevaar in de onnauwkeurige omschrijving van ons staatsbestel. Net zoals de dokter moet begrijpen welke ziekte hij dient te behandelen alvorens hij een medicijn toedient, zo dient een staatsrechtgeleerde te begrijpen wat de essentie van ons staatsbestel is, voordat hij zinnige veranderingen voor kan stellen.

“Of er nou gepleit wordt voor de invoering van correctieve referenda, voor het afschaffen van politieke partijen of de invoering van loting en een G1000: steeds is ‘meer democratie’ het uitgangspunt.”

In zowel het alledaagse als academische taalgebruik wordt ons staatsbestel vaak als ‘democratie’ aangeduid. Dit wekt de indruk dat ons staatsbestel een volksheerschappij is. Desalniettemin wordt de directe macht van het volk flink ingeperkt – en dan met name door het recht. Wij leven namelijk niet alleen in een democratie, maar ook in een rechtsstaat. In het publieke debat wordt dit nog wel eens vergeten. Of er nou gepleit wordt voor de invoering van correctieve referenda, voor het afschaffen van politieke partijen of de invoering van loting en een G1000: steeds is ‘meer democratie’ het uitgangspunt en blijft de rechtsstaat buiten beeld. Dit is bijzonder kwalijk, want zonder een rechtsstaat kan onze democratie niet bestaan.

“Dit idee berust echter op een twijfelachtige premisse: namelijk *dat* het volk zich eenduidig kán uitspreken.”

Deze tendens valt het best waar te nemen in het rapport dat professor Cliteur en Thierry Baudet schreven in opdracht van de PVV. Volgens beiden is er een fundamenteel probleem met het representatieve stelsel dat doorgaans als ‘democratisch’ wordt aangeduid. Zij bestaat namelijk uit een serie compromissen: partijprogramma’s, verkiezingen en coalities komen allemaal tot stand door consensusvorming waarbij alle relevante personen of partijen water bij de wijn doen. Het eindresultaat is een groot compromis waarin eigenlijk niemand zich

kan herkennen. Op deze wijze verliest de politiek haar legitimiteit. Volgens de auteurs lossen referenda dit probleem op, omdat in een referendum ‘het volk’ als geheel zijn zegje kan doen en een eenduidige uitslag volgt. Dit idee berust echter op een twijfelachtige premisse: namelijk *dat* het volk zich eenduidig kán uitspreken. Claude Lefort, een Frans politiek denker, laat zien dat dit niet mogelijk is.¹ Hij stelt dat ‘het volk’ als een geheel niet bestaat, want in werkelijkheid bestaan binnen een volk altijd uiteenlopende en tegengestelde belangen en kan het niet tot slechts één stem gereduceerd worden. Wie toch meent namens het volk te kunnen spreken, eigent zich in feite de macht toe. De kracht van het representatieve systeem is echter dat niemand zich de macht kan toe-eigenen. Dit zorgt voor balans. Compromissen zijn dus niet de zwakte, maar juist de kracht van ons staatsbestel. Het compromis doet recht aan de werkelijkheid, het nuanceert en maakt samenleven mogelijk.

“Compromissen zijn dus niet de zwakte, maar juist de kracht van ons staatsbestel. Het compromis doet recht aan de werkelijkheid, het nuanceert en maakt samenleven mogelijk.”

Het rapport ‘Echte Democratie’ mist echter iedere vorm van nuance. In een luttele tien pagina’s wordt de politiek-filosofische traditie van Aristoteles tot Madison weggeschreven als aristocratisch – en dus achterhaald – gedachtegoed. Zeker, door de overgrote meerderheid van klassieke denkers werd de democratie als *opzichzelfstaande* staatsvorm afgewezen. Zij zagen echter wél een plaats voor democratie in een staatsbestel dat ook aristocratische en/of monarchale elementen bevat.² Zo stelde bijvoorbeeld Aristoteles al dat: 1) het beter is geen enkel staatsbestel tot in het extreme na te streven, zij het democratie of aristocratie en 2) niet individuen, maar het recht als hoogste autoriteit binnen een staat dient te gelden.³ Een teveel aan democratie of aan aristocratie zou volgens Aristoteles leiden tot een tirannie van de meerderheid (het volk), respectievelijk van de minderheid (de elite). Op deze wijze zou het onmogelijk zijn een stabiele staat te creëren. Hij adviseerde wetgevers dan ook om de democratie (het volk) en de aristocratie (de elite) op duurzame wijze met elkaar te verbinden met het recht als bindmiddel dat voor ieder gelijk zou zijn. Het staatsbestel dat hierdoor zou ontstaan noemde hij een *Polite*.

Democratisch Dogmatisme

Jacob van de Beeten

Het is belangrijk om te zien dat de democratie en de aristocratie beide corresponderen met een specifieke deugd. Democratie, volksheerschappij, zorgt voor *legitimitéit* van het staatsbestel. Immers, als de meerderheid van de burgers op iemand stemt of zich over een bepaald vraagstuk uitspreekt dan heeft de uitkomst een breed draagvlak. De aristocratie, heerschappij door de besten, heeft de *wijsheid* als specifieke deugd. Aristocratie betekent dus niet per definitie een erfelijke adel, maar doelt op de *aristoi*, de beste en meest intelligente mensen die in staat zijn wijze keuzes te maken.

“Waar de wil van ‘het volk’ prevaleert boven het recht, daar heerst de willekeur.”

Ment dient zicht te realiseren dat Aristoteles’ ideeën aan de basis staan van ons staatsbestel en met name sterk resoneren in het idee van de rechtsstaat. Zo is de democratie – de volksheerschappij – verankerd in het kiesrecht en de Tweede Kamer. De Eerste Kamer en de rechterlijke macht hebben bij uitstek een aristocratisch karakter, want zij kennen een beperkt aantal leden die bovendien ook nog over de nodige expertise moeten beschikken. Bovendien worden rechters benoemd en senatoren indirect verkozen. De verhoudingen tussen deze instituties wordt in de grondwet geregeld, de belangrijkste wet van ons staatsbestel waar iedereen zich aan dient te houden. Nog belangrijker is dat de rechtsregels die garanderen dat alle burgers gelijk zijn, dezelfde rechten hebben en ook zodanig behandeld moeten worden – de grondrechten – hier ook zijn te vinden. Kortom, de antieke *Polite* van Aristoteles is herboren in het idee van de rechtsstaat en dat is reden genoeg om de politiek filosofische traditie niet zomaar af te schrijven.

In het rapport van prof. Cliteur en dr. Baudet wordt het woord ‘rechtstaat’ echter maar één keer genoemd, in een voetnoot bovendien. De auteurs beschouwen de democratie als hoogste goed. Zij wordt op een marmeren voetstuk geplaatst en boven alle kritiek verheven. De auteurs vinden dat *ieder* onderwerp voor een referendum moet openstaan. Zij stellen dat als een meerderheid van de kiezers instemt met de herinvoering van de doodstraf, de Tweede Kamer de grondwet moet veranderen om herinvoering mogelijk te maken. Dit is een absurde stelling, want zij leidt ertoe dat het referendum-model van de auteurs uitmondt in een tirannie van de meerderheid.

Als per referendum wordt besloten dat vrouwen niet langer mogen stemmen, moet volgens het betoog van Cliteur en Baudet de grondwet maar aangepast worden. Misschien is dit wel ‘democratisch’- in de ware zin van het woord - maar is het ook wenselijk?!

“Misschien is dit wel ‘democratisch’- in de ware zin van het woord - maar is het ook wenselijk?!”

Nee. Ons staatsbestel veronderstelt dat alle burgers dezelfde rechten hebben en kunnen deelnemen aan het politieke proces. Kortom, zij veronderstelt een rechtsstaat. Niet voor niets leert iedere Leidse rechtenstudent dat wij in een *democratische rechtsstaat* leven, en niet in een rechtstatelijke democratie. Dat laatste is een contradictie, want waar de wil van ‘het volk’ prevaleert boven het recht, daar heerst de willekeur. In 2004 schreef professor Cliteur dat hij het zorgwekkend vond hoe onzorgvuldig de Nederlandse elite omsprong met de idealen van de democratische rechtstaat en ‘hoe weinig rekenschap zij zich gaven van de eisen die verbonden zijn aan het goed functioneren van dit systeem’. Anno 2016 geeft professor Cliteur er geen blijk van deze eisen zelf wel te begrijpen. Wie de democratie verabsoluteert ten opzichte van de rechtsstaat ondermijnt de fundamenteën van ons staatsbestel. Aan ons – als juristen in spé – dus de taak om het rechtstatelijke karakter van het Nederlandse staatsbestel te benadrukken en in ere te houden, opdat zij niet door democratisch dogmatisme te gronde gaat. **N**

Jacob van de Beeten is bachelorstudent rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden.

1. Zie ook Hans Goslinga, “Echte Democratie? Trap er niet in!” *Trouw*, 18 September 2016.
2. Dit wordt ook wel de theorie van het regnum mixtum genoemd.
3. Zie Aristoteles’ *Politica* 1309b 23-34 en 1281a34-37.
4. Paul Cliteur, *Tegen de Decadentie: De Democratische Rechtsstaat in Verval* (Amsterdam: Arbeidspers, 2004), pagina 115.

Natuurrechtsaanhangers en Wapenbroeders in de strijd

Het debat tussen de natuurrechtsdenkers en de rechtspositivisten is er eentje waar je als rechtenstudent nooit helemaal aan ontkomt. Vaak ontvangen door een diepe zucht van verveling passeert toch zeker wel een aantal keer tijdens de studie de natuurrechtelijke gedachte: dat recht toch méér moet zijn dan alleen een geheel aan decreten en voorschriften. Het gevoel achter de zucht is begrijpelijk: hoe zou het al dan niet bestaan van het natuurrecht ooit belangrijk kunnen zijn voor de rechtenstudent? Als je meer wilt weten over natuurrecht moet je maar geschiedenis van achterhaalde politieke ideeën gaan studeren, of zoiets. Hier, aan het Kamerlingh Onnes, leren wij écht *recht*. Het is deels natuurlijk een gegronde klacht: het gedachtegoed van mensen als Thomas van Aquino, Hugo de Groot, John Locke en William Blackstone *is* ook weinig relevant voor het reilen en zeilen van de beroepsgroep vandaag de dag. Toch voelen wij allen denk ik wel aan dat de natuurrechtsdenkers – en niet in de laatste plaats zij die na de Tweede Wereldoorlog voor bovenmenselijk recht opkwamen – ergens toch wel een punt hebben: het toevallige decreet van de hoogste wetgever in een land kan toch eigenlijk ook niet het laatste woord zijn. Er moeten toch diepere

en meer eigenlijke voorschriften voor ons handelen te vinden zijn dan de contingente wet? Dit artikel bevestigt deze gedachte, doch bestrijdt de wat overhaaste conclusie dat het rechtspositivisme daarom als schuldige ideologie aangewezen dient te worden.¹ Graag sluit het zich aan bij de argumentatie van de Britse rechtsfilosoof H.L.A. Hart (1907-1992): het probleem is niet zozeer dat de decreten van de *Führer recht* werden genoemd (rechtspositivisme), doch veeleer dat daar de conclusie aan verbonden werd dat zij *daarom* gehoorzaamd moesten worden (legisme).² “*Law is not morality; do not let it supplant morality.*”³ Daarmee is de kous niet af; natuurrechtsdenkers hebben zeker nog wel wat antwoorden op de positie van Hart. Mijn stelling is echter dat de onenigheid tussen natuurrechtsdenkers en rechtspositivisten uiteindelijk een relatieve trivialiteit is. Veel belangrijker is dat beseft wordt wat zij *gemeen* (kunnen) hebben: zij zijn wapenbroeders in de eeuwigdurende strijd tegen het luie legisme.

“Er moeten toch diepere en meer eigenlijke voorschriften voor ons handelen te vinden zijn dan de contingente wet?”

Wapenbroeders

Reeds in de tijd van Thomas van Aquino (1225-1274) was het natuurrechtsdenken doordrongen van de gedachte waar in dit stuk zoveel waarde aan wordt gehecht: dat het bevel van de toevallige heerser niet zonder meer gevolgd dient te worden. Het door de monarch of prins uitgevaardigde is niet bij gratie van zichzelf bindend. Sterker nog: recht is alleen recht als het overeenstemt met het hogere (goddelijke) natuurrecht, volgens Thomas; anders is het slechts een ‘perversie’. Nu is het denken over natuurrecht sinds Aquinas natuurlijk aan flinke veranderingen onderhevig geweest, doch de kerngedachte blijft doorgaans hetzelfde: als aards recht strijdig is met ‘hoger’ recht, moet het wijken. Een rechtssysteem dat tegen het natuurrecht in opereert verliest legitimiteit, en mag dus worden verworpen. Niet voor niets beriep de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring (1776) zich op “*Laws of Nature*” en “*unalienable Rights*”, en spreekt de *Déclaration de droits de l’homme et du citoyen* (1789) van “*droits naturels, inaliénables et sacrés de l’Homme*”. Blijkbaar gaat van de notie van natuurrecht een sterke ideologische werking uit, die van stal gehaald wordt als de legitimiteit van het heersende gezag in twijfel getrokken wordt.



rechtspositivisten tegen het legisme



Maurits Helmich



Is het denken in ‘natuurrecht’ misschien een product van het optimistische achttiende-eeuwse verlichtingsdenken, en zijn we daarna weer bij zinnen gekomen om deze rationalistische waanideeën te stuiten? Dat is wat kort door de bocht. Niet alleen is de notie van ‘hogere (natuur) recht’ zoals gezegd dus veel ouder dan de achttiende eeuw (en leiden de sporen terug van de vroege Verlichting naar de scholastiek, en van daar naar de kerkvaders en de oud-Griekse tragedie en filosofie), ook zijn er zonder meer ‘contemporaine’ uitingen van het gedachtegoed. Denk aan de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (1948) en het in essentie thomistische betoog van Martin Luther King Jr. (1929-1968) in zijn *“Letter from Birmingham Jail”* (1963).⁴ Toch zijn er wel degelijk wat scheurtjes in het natuurrechtsdenken gekomen. Als je écht goed doorvraagt, merk je namelijk al snel dat niemand precies weet wat ‘het natuurrecht’ precies inhoudt. *“Nonsense upon stilts”*, concludeert Jeremy Bentham (1748-1832) dus wel begrijpelijkerwijs. Voor John Austin (1790-1859), Bentham’s leerling, bleek het aanleiding om korte metten te maken met de natuurrechtsleer: recht, vond hij, is niets meer dan het bevel door de hoogste soeverein (en dus niet een diepe wet die de rede of de natuur of zoiets ons voorschrijft).

“Als je écht goed doorvraagt, merk je namelijk al snel dat niemand precies weet wat ‘het natuurrecht’ precies inhoudt.”

Hoe groot de gebreken in de bevelstheorie van Austin uiteindelijk ook hebben mogen blijken,⁵ zij representeert wel een radicale breuk met de manier waarop voorheen tegen ‘recht’ aan werd gekeken. Recht wordt met Austin

slechts iets externs en contingents: hetgeen toevallig bevolen is. Met het betwijfelen van de vanzelfsprekendheid van het morele gezag van het recht (recht is immers slechts een ‘bevel’, en bevelen kunnen slecht zijn), wordt kritiek erop beter mogelijk – ook omdat we beter weten waar we het over hebben. Maar dan moet die kritiek natuurlijk wel komen. Waar het natuurrechtsdenken de mensheid misschien eeuwenlang in de nevelen heeft gehouden over de precieze verhouding tussen het gezag van de vorst en de ‘diepere’ onderliggende beginselen van rechtstheorie en moraal, had het over het algemeen (zoals gezegd) wel één ding scherp in het oog: de bevelen van de heerser mogen nooit klakkeloos als bindende gedragsvoorschriften worden overgenomen. Rechtspositivisme brengt dus een bepaalde plicht met zich mee: de plicht om telkens de staande definitie van recht aan (externe) morele kritiek te blijven onderwerpen.

Even terug naar de diepe zucht die volgt zodra ergens in de werkgroep het onderwerp van ‘natuurrecht’ wordt aangedragen. Het voelt misschien als achterhaald, en misschien is dat gevoel deels terecht, maar het is ook wat goedkoop om het daarom als ‘irrelevant’ terzijde te schuiven. Natuurrechtsdenkers voelen en hebben, net als (als het goed is) positivisten, een zekere *plicht* om het recht en de grillen daarvan constant langs de lat te leggen van juridische en morele beginselen. Zij doen het alleen op een iets andere manier. Waar de natuurrechtsdenker zegt ‘de uitgevaardigde wet zegt A, de hogere wet zegt B, dus we doen B’, denkt de goede positivist ‘de uitgevaardigde wet zegt A, B is moreel beter, dus we doen B’. Tot op zekere hoogte geldt dat er vele wegen zijn die naar Rome leiden. Pas als juristen oprecht geen interesse meer hebben in de morele componenten aan het recht als sociaal fenomeen moeten we ons echt zorgen gaan maken.

1. Zelfs professor Kinneking, hoogleraar aan onze faculteit en columnist voor dit blad, schijnt mij (anders dan we van hem gewend zijn) wat ongenueanceerd over dit onderwerp; zie A.A.M. Kinneking, *‘De Endlösung en de zeven juristen’*, *Novum* 2015/36, afl. 5, p. 29: *“Befehl ist Befehl, Gesetz ist Gesetz, wir haben nur unsere Pflicht getan (...)* Dit heet rechtspositivisme.”
2. H.L.A. Hart, *‘Positivism and the Separation of Law and Morals’*, *Harvard Law Review*, 1958/71, p. 593-629.
3. *Ibid.*, p. 618.
4. M.L. King Jr., *‘Letter from Birmingham Jail’*: *“I would agree with St. Augustine that ‘an unjust law is no law at all.’”* Zie http://kingencyclopedia.stanford.edu/kingweb/popular_requests/frequentdocs/birmingham.pdf, p. 4.
5. Zie meest famous en geraffineerd H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press 1961, hoofdstuk 2-3.

Wie of wat is Een duiding van de huidige discussie aan

Het einde van het jaar nadert en voor menig kind betekent dat maar een ding: Sinterklaas. De pepernoten liggen al een tijdje in de schappen, het Sinterklaasjournaal is bijna onderweg en de schoen mag worden gezet. Sinds een aantal jaar is er echter een groep mensen die nog nerveuzer en/of halsreikend uitkijkt naar het Sinterklaasseizoen, namelijk volwassenen. Want zal dit jaar Zwarte Piet nog steeds zwart zijn, of is men toch gezwicht voor de maak zwarte piet niet meer zwart-lobby?

Er is een hevige discussie ontstaan over het uiterlijk van Zwarte Piet, met aan de ene kant zij die de tradities (en dus ook het uiterlijk van Zwarte Piet) van dit kinderfeest in stand willen houden en aan de andere kant zij die vinden dat het uiterlijk van Zwarte Piet racistisch is. Deze discussie houdt elk jaar een zomerslaap, maar ondertussen is de periode aangebroken dat die weer volop in het nieuws is. Het eerste wapenfeit is geleverd door RTL op 24 oktober, VVD-fractie leider Halbe Zijlstra voelde zich meteen gedwongen te reageren en aan te schuiven bij Pauw diezelfde avond, kortom, eind oktober is de strijd alweer losgebarsten. Voordat men zich verliest in verhitte discussies in het wel of niet racistische uiterlijk van Zwarte Piet loont het echter om vanaf een afstandje te beoordelen of er überhaupt een goed of fout antwoord is op deze discussie. Bestaat er zoiets als gelijk hebben in de discussie over het uiterlijk van Zwarte Piet? Aan de hand van het institutionalisme van John R. Searle is het mogelijk om hier het begin van een antwoord op te formuleren.

Schoorsteen, Zwarte of Stroopwafel Piet

Nadat in 2014 de Stichting Sinterklaas in Amsterdam de Schoorsteen Piet introduceerde, is RTL nu ook over de boeg. In een verklaring geplaatst op de website van RTL Nieuws staat het volgende:

“RTL kiest voor de Schoorsteen Piet. Deze Piet is vanaf nu de enige Piet die in de RTL programma’s te zien is. Dit besluit is genomen door de directie van RTL na de vele gesprekken die zijn gevoerd met zowel voor- als tegenstanders van Zwarte Piet. [...] De laatste jaren is door de discussie over Zwarte Piet vooral verdeeldheid en onduidelijkheid ontstaan. Voor een deel van Nederland is het beeld van Zwarte Piet discriminerend, terwijl anderen vinden dat Zwarte Piet een onlosmakelijk deel van de traditie is. RTL heeft begrip voor beide standpunten,

maar vindt ook dat het in deze discussie niet zou moeten gaan over gelijk, maar over begrip hebben voor elkaar.”¹

Het standpunt wat RTL inneemt is eigenlijk de modeloverweging voor degene die vinden dat Zwarte Piet een ander uiterlijk moet krijgen. Om het kinderfeest voor iedereen leuk te houden, in plaats van halsstarrig aan ‘traditie’ vasthouden, vinden zij het niet erg om het uiterlijk te veranderen. Uiteraard kon een reactie hierop niet uitblijven.

Dezelfde dag reageerde VVD-fractie leider Halbe Zijlstra via een videoboodschap op Twitter en een interview met RTL Nieuws. “Als je dingen wil veranderen, doe dat dan geleidelijk”, liet hij optekenen. “En niet op de manier waarop RTL het doet. Daarmee vermoord je het Sinterklaasfeest.”² Een enigszins genuanceerd pleidooi voor het vooralsnog behouden van Zwarte Piet. Zijlstra had vooral moeite met de abrupte overgang van Zwarte naar Schoorsteen Piet en hoe hij dat aan zijn 8-jarige zoonje moest uitleggen, zoals hij later op 24 oktober kwam uitleggen bij Pauw. Hij is niet tegen verandering per se, maar die verandering dient vooral vanuit de samenleving zelf te komen en niet op deze digitale manier te gebeuren — in een klap van aan naar uit wat betreft Zwarte Piet.

“Begrip hebben voor elkaar, zoals RTL wenst, is in dit klimaat bijzonder lastig.”



Zwarte Piet?

de hand van Searle's institutionalisme



Tonko van Leeuwen



Voor een ongenueanceerder standpunt, dat ook veel aanhang geniet in Nederland, bieden de Tweets van PVV-fractie leider Geert Wilders uitkomst. Zwarte Piet moet zwart blijven. Aanhangers van dit standpunt pleitten erg voor de traditie die bij het Sinterklaasfeest hoort en waar een zwarte Zwarte Piet dus ook bij hoort. Zwarte Piet is altijd al zwart geweest, dus waarom nu niet meer?

Het lastige aan de Zwarte Pietendiscussie is dat de gemoederen al snel hoog op lopen. Het ene kamp vindt Zwarte Piet racistisch, het andere kamp voelt het veranderen van Zwarte Piet als een aanval op Nederlandse normen en waarden. Begrip hebben voor elkaar, zoals RTL wenst, is in dit klimaat bijzonder lastig. Wellicht loont het dus om te kijken of er een partij gelijk heeft. Niet op historische wijze, maar vanuit de invalshoek van het institutionalisme dat John Searle schetst in zijn boek *The Construction of Social Reality* — is Zwarte Piet echt zwart, of past de Schoorsteen Piet ook in het Sinterklaasfeest?

De social reality van Searle

Datgene waarmee de mens zich pas echt onderscheidt van het dier is 'X counts as Y in C', zegt Searle.³ Deze stelling is het institutionalisme van Searle in een notendop, omdat hiermee de mogelijkheid bestaat om iets te bewerkstelligen dat niet louter op fysieke eigenschappen van datgene rust. Oftewel: *'the function in question cannot be performed solely in virtue of the physical features of the X element,*

*it requires our agreement or acceptance that it be performed.*⁴ Dit zijn zogeheten *institutional facts*, waar de menselijke samenleving doordrongen van is. Het voorbeeld wat Searle zelf gebruikt om zijn theorie concreet te maken is geld. Het simpele papiertje met een getal erop heeft een functie die niet is gebaseerd op de fysieke eigenschappen van dat stuk papier, maar is juist gebaseerd op het *institutional fact* dat wij dat papier behandelen als geld. Zonder gezamenlijke overeenstemming en wil om dat papier als geld te behandelen, kan dat papier onmogelijk geld zijn. Deze overeenstemming, of samen willen, heet *collective intentionality*.⁵

Deze *collective intentionality* in samenwerking met *constitutive rules* zijn de basisblokken van het institutionalisme van Searle. *Constitutive rules* geven namelijk de mogelijkheid om iets toe te voegen aan de fysieke wereld, om daar doormiddel van regels niet alleen orde te scheppen of te handhaven, maar om überhaupt iets te creëren. 'Some rules regulate antecedently existing activities. [...] However, some rules do not merely regulate, they also create the very possibility of certain activities.'⁶ Ter illustratie: het rookverbod is een regulerende maatregel, die de al bestaande activiteit van roken aan banden legt. Ook zonder de regels van het rookverbod zou roken mogelijk zijn. Dit is echter niet het geval wat betreft schaken. De regels van het schaakspel geven niet alleen aan wat wel en niet mag, ze maken het überhaupt mogelijk om te schaken. Zonder de regels bestaat de activiteit ook niet.

Op deze manier vullen wij dus onze wereld met instituties. Constructen gebaseerd op regels, onderlinge wilsovereenkomst en afstemming, waarmee 'wij' niet gebonden zijn aan alleen de fysieke eigenschappen van deze wereld, maar juist daar bovenop nog iets kunnen bouwen — een toevoeging en verrijking. Dit is de *social reality* zoals Searle die schetst.

Zwarte Piet als social reality

Wat gebeurt er als we nu door de bril van Searle naar de Zwarte Pietendiscussie kijken? Want is Zwarte Piet, of überhaupt het Sinterklaasfeest, een *institutional fact*, waar Searle het over heeft? En zo ja, wat betekent dat precies? Als we 'X counts as Y in C' als uitgangspunt nemen, de lakmoesproef voor het institutionalisme van Searle, en dat toepassen is het al snel duidelijk wat het antwoord op deze vraag is.

Een persoon, verkleed in een bepaalde kledij, met geschminkt gezicht (X) telt als Zwarte Piet (counts as Y) in een samenleving waar het Sinterklaasfeest gevierd wordt. (C)

“Een persoon, verkleed in een bepaalde kledij, met geschminkt gezicht (X) telt als Zwarte Piet (counts as Y) in een samenleving waar het Sinterklaasfeest gevierd wordt. (C)”

We hebben gezamenlijk bepaalde regels bedacht voor hoe Zwarte Piet eruit moet zien, te kwalificeren als *constitutive rules*. Als we het hele Sinterklaasfeest wegcijferen — een samenleving voorstellen waar ze het niet kennen — is iemand die in een bepaald soort acrobaten pakje met geschminkt gezicht over straat loopt niet Zwarte Piet maar een mafkees. De regels rondom Zwarte Piet zijn dus niet van een regulerende aard. Er is niet een activiteit die sowieso al plaatsvindt, zoals het voorbeeld van roken, maar überhaupt het *bestaan* van de regels over Zwarte Piet maakt Zwarte Piet mogelijk. Het is een toegevoegde betekenis die wij door onze *collective intentionality* hebben gecreëerd. Zwarte Piet is alleen Zwarte Piet omdat ‘wij’ dat willen.

De X in casu (een persoon verkleed in een bepaalde kledij met geschminkt gezicht) heeft geen enkele fysieke eigenschappen waaruit te concluderen valt dat dat Zwarte Piet *moet* zijn. Als wij nu collectief beslissen dat een persoon met rode sneakers (X) telt als Zwarte Piet (Y) in onze samenleving (C), dan is dat ook mogelijk. Laten wij vanaf morgen stellen dat iemand met een roze pruik (X) telt als hoogleraar (Y) op onze universiteit (C)! Zolang wij daar de *collective intentionality* voor hebben, is het zo.

“Laten wij vanaf morgen stellen dat iemand met een roze pruik (X) telt als hoogleraar (Y) op onze universiteit (C)! Zolang wij daar de *collective intentionality* voor hebben, is het zo.”

Zwarte Piet is dus een sociaal construct. Iets wat wij onderling mogelijk hebben gemaakt en in stand houden. De discussie rondom Zwarte Piet is een discussie over wat precies de *constitutive rules* zijn waar wij een *collective intentionality* voor hebben. Wat duidelijk is dankzij de *social reality* van Searle is dat er niet een Zwarte Piet *is*, in de zin van zoals er een banaan *is*. Zwarte Piet is geheel afhankelijk van onszelf, geheel afhankelijk van de betekenis die wij de term ‘Zwarte Piet’ toedichten. En wat is de betekenis van de term ‘Zwarte Piet’? Die wordt geheel bepaald door ons gebruik. Zoals Wittgenstein, iemand die veel invloed heeft gehad op het werk van Searle, al stelde: ‘de betekenis van een woord is zijn gebruik in de taal.’²⁷

Betekenis voor de huidige discussie

Waar dit theoretisch raamwerk dus uiteindelijk toe leidt is dat het uiterlijk van Zwarte Piet geheel bepaald wordt door wat wij er van maken. De groep die zich vasthoudt aan het traditionele uiterlijk, omdat Zwarte Piet nu eenmaal zwart is, zit ernaast. Tegelijkertijd heeft de groep die verandering eist ook geen goede grondslag. Uiteraard, men mag dat eisen, maar kan zich niet beroepen op dat het zo ‘hoort’. Zolang er nog geen *collective intentionality* is wat betreft een ander uiterlijk van Zwarte Piet, bestaat die nog niet. De recent geïntroduceerde Schoorsteen Piet is een geheel nieuwe X waarvan nog maar moet blijken of die ook als Zwarte Piet (Y) telt in onze samenleving (C) — dat dat zo is staat nog niet vast.

“De vraag is, als RTL niet het begin mag aantonen van een verandering in *collective intentionality*, wie dan wel?”

Heeft de heer Zijlstra dan toch gelijk? Er zal wellicht iets veranderen, maar dat moet niet zo digitaal gebeuren en niet via RTL. De vraag is, als RTL niet het begin mag aantonen van een verandering in *collective intentionality*, wie dan wel? Langzamerhand schuiven steeds meer mensen op richting het Schoorsteen Piet-kamp. Waar een paar jaar geleden men degene die *voor* verandering van Zwarte Piet pleitte werd weggezet als snel op zijn of haar teentjes getrapt, is nu degene die halsstarrig vasthoudt aan het ‘traditionele’ uiterlijk van Zwarte Piet de gebeten hond. RTL, als commercieel bedrijf dat het puur om de kijkcijfers te doen is, is wellicht juist een uitstekende graadmeter wanneer het omslagpunt is bereikt, van meerderheid voor de een naar meerderheid voor de ander.

Er is geen goed of fout antwoord wat betreft hoe Zwarte Piet er uit moet zien. Het is de ontwikkeling van een *institutional fact*, dat geheel afhankelijk is van de betekenis die wij als samenleving daar aan geven. Zwart, paars of schoorsteen, het is geheel aan ons en onze *collective intentionality*.

Zwarte Piet bestaat niet. **N**

1. <http://www.rtlnieuws.nl/nederland/rtl-stopt-met-zwarte-piet-voortaan-alleen-pieten-met-roetvegen>
2. <http://nos.nl/artikel/2139439-vvd-er-zijlstra-vindt-afschaffen-zwarte-piet-domme-zet.html>
4. Searle, John R. *The Construction of Social Reality*. London: Penguin, 1996. p. 40.
5. *Ibidem.*, p. 46.
6. *Ibidem.*, p. 26.
7. *Ibidem.*, p. 27.
8. Wittgenstein, Ludwig. *Filosofische Onderzoekingen*. Amsterdam: Uitgeverij Boom, 2015. §43.

Faculteitszaken



Verbreed je horizon, zowel binnen als buiten de singels

Michelle Verheij

Michelle Verheij is dit studiejaar ('16-'17) 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 11.00 tot 12.00 uur

Tegenwoordig hoor je als student steeds vaker en vaker dat het belangrijk is om je 'horizon te verbreden'. En dat is ook zo: door je horizon te verbreden valt er tal van voordeel te halen. Maar wat betekent het nu eigenlijk, je horizon verbreden? Eén van de belangrijkste betekenissen van het verbreden van je horizon heeft te maken met ervaring opdoen en deze ervaringen uitwisselen met anderen. Met 'anderen' bedoel ik niet alleen je vaste groepje medestudenten, maar juist alle soorten mensen, achtergronden en culturen die je tegenkomt tijdens je studententijd.

Een goede manier om dit soort ervaring op te doen is door tijdens je studie naar het buitenland te gaan. Dit is niet alleen een onvergetelijke ervaring, maar het is ook ontzettend leerzaam: bijvoorbeeld voor je taalvaardigheid! Daarnaast leer je tijdens een buitenlandverblijf andere studenten kennen. In eerste instantie klinkt dit misschien niet zo bijzonder, maar in andere landen zit het studentenleven (en dus ook de studenten zelf) heel anders in elkaar. Bovendien krijg je ook de kans om kennis te maken met andere uitwisselingsstudenten. Door om te gaan met zo veel verschillende mensen doe je relevante inzichten op over hoe de wereld in elkaar steekt. Je zal tijdens een buitenlandverblijf ontdekken dat de wereld nog veel groter is dan je denkt!

“Je zal tijdens een buitenlandverblijf ontdekken dat de wereld nog veel groter is dan je denkt!”

Misschien heb jij buitenlandervaring al van je bucketlist af mogen strepen of staat het nog op de planning. Het kan echter ook zijn dat dit niet je prioriteit heeft of dat het niet past binnen je studieplanning. Maar of je nu wel of niet naar het buitenland gaat of gegaan bent, toch is het

belangrijk om je open te blijven stellen. Ook in Leiden is namelijk te merken dat de grenzen verder reiken dan je in eerste instantie zou verwachten. Al lijkt de wereld buiten de singels oneindig ver fietsen, is deze veel dichterbij dan je zou verwachten. Studenten komen immers uit alle hoeken van de wereld naar Leiden. Deze studenten komen hier om te leren, maar ze nemen ook veel kennis en ervaring met zich mee. Doe hier je voordeel mee!

“Al lijkt de wereld buiten de singels oneindig ver fietsen, is deze veel dichterbij dan je zou verwachten”

De internationale studenten in Leiden zijn op tal van plekken te vinden als je eenmaal weet waar je moet zoeken. Zo zijn er op de faculteit genoeg activiteiten waar ook internationale studenten naar toegaan: kijk bijvoorbeeld op de activiteitenkalender van de studieverenigingen op de facultaire website! Ook leer je veel internationale studenten kennen via organisaties als Leiden United en ISN (International Student Network). En als je een Engelstalige master volgt, is het ontmoeten van buitenlandse studenten slechts een kwestie van de persoon naast je in college aanspreken! Een open houding is van groot belang. Je moet actief op zoek gaan om buitenlandse studenten te leren kennen, maar als je ze eenmaal gevonden hebt, zijn ze de moeite meer dan waard. Dit heb ik zelf ervaren tijdens mijn master Public International Law. Dankzij mijn medestudenten heb ik veel geleerd over andere culturen, interessante discussies gevoerd en bijzonder voedsel geproefd – en ik heb er ook een paar vakantieadresjes aan overgehouden. Daarom wil ik je op het hart drukken buiten je grenzen te blijven treden – of dit nu binnen Leiden is of in het buitenland!

Wil jij misschien naar het buitenland? Op 25 november 2016 organiseert BIO (het Bureau Internationaal Onderwijs) een voorlichtingsbijeenkomst in het KOG zaal C131 van 15.30 tot 17.00. Je kunt je zo alvast verdiepen in de landen waar jij graag zou willen studeren en in gesprek gaan met Nederlandse rechtenstudenten die je zijn voorgegaan. **N**

De Vereniging





Waarde lezer,

Op het moment van schrijven kijk ik uit het raam van de bestuurskamer en zie de eerste tekenen van de herfst. Bladeren verkleuren, het aantal millimeters regen per dag neemt weer toe en de koppen warme thee of koffie vliegen er doorheen. Het lijkt echter als de dag van gisteren dat het collegejaar is aangevangen. Voor het aanschaffen van paraplu's of een degelijke winterjas hebben we nog niet echt tijd voor gehad, Grotius had een volle agenda afgelopen maand. Graag neem ik met u nog een kijkje op de afgelopen maand.

“Voor het aanschaffen van paraplu's of een degelijke winterjas hebben we nog niet echt tijd voor gehad.”

Op 12 oktober mochten wij mr. Frank Visser, voormalig Rijdende Rechter, verwelkomen op het KOG. Mr. Frank Visser nam ons mee in zijn leven, van zijn jeugd tot aan het heden. Niet onopgemerkt bleven de talloze keren dat mr. Visser zelf ook erg vermaakt was en met tranen van het lachen zijn anekdotes deelde. Mr. Visser deelde uiteraard ook zijn wijze woorden met ons. “Een carrière plan je niet, je kan het pad niet uitstippelen en je moet vooral niet je zinnen zetten op slechts één ding. Zorg er enkel voor dat je in hetgeen wat je doet de beste bent en het beste in jezelf naar boven haalt. Pas dan kun je spreken van een carrière, omdat het harde werken je heeft gebracht tot waar je op dat moment bent. Een carrière plan je gewoon niet, het gebeurt.”

Op 20 oktober waren we vroeg uit de veren. Nog voordat de vogels floten en het daglicht zich had laten zien was menig student onderweg naar Den Haag. Een bezoek aan de Hoge Raad stond op het programma. In maart van dit jaar is de Hoge Raad wederom verhuisd, ditmaal naar het Korte Voorhout. Het gebouw is groot, licht, maar bovenal erg modern. Wellicht niet het soort gebouw dat je bij de Hoge Raad zult verwachten, zoals ik van menig student heb vernomen, maar wat een prachtig gebouw. Tijdens ons bezoek aan de Hoge Raad werden wij ontvangen door de griffier mr. J. Storm. Hij vertelde ons over de verhuizing van de Hoge Raad, de pijlers van de Hoge Raad en aan de eerstejaars studenten werd nog eens exact uitgelegd wat cassatie inhoudt. Mr. Van Schendel, vicepresident en voorzitter van de strafkamer, behandelde vervolgens drie arresten met ons: het Hangmat-arrest, het Struikelende

postbode-arrest en het Rooyse wissel-arrest. Deze arrest zagen op het aansprakelijkheidsrecht van werkgevers en twee getrouwde medebezitters.

Diezelfde dag werd de locatie bekend gemaakt van onze jaarlijkse wintersport, ook wel de JFV Grotius skireis. Dit jaar mogen we wederom de bus volladen met onze ski's en snowboards en zullen we afreizen naar Avoriaz! Verse sneeuw, nieuwe bergen die verkend kunnen worden, of gewoon enkel de après ski, voor ieder wat wils. Wij verwachten ook dit jaar een ontzettend mooie skireis.

“Dit jaar mogen we wederom de bus volladen met onze ski's en snowboards en zullen we afreizen naar Avoriaz! Verse sneeuw, nieuwe bergen die verkend kunnen worden, of gewoon enkel de après ski, voor ieder wat wils.”

De komende maand staat er ook veel op de agenda. Een groep masterstudenten zal afreizen naar het zakelijk district in Londen. Hier zullen zij advocatenkantoren bezoeken, maar ook the Supreme Court, Houses of Parliament, Inner Temple en de ambassade.

Ook kunnen wij met trots mededelen dat alle commissies voor komend jaar zijn gevormd. Wij zijn er van overtuigd dat wij samen met hen J.F.V. Grotius naar een nóg hoger niveau kunnen tillen en kijken uit naar een mooie samenwerking met alle commissieleden. **N**

Namens het 96e bestuur der Juridische Faculteitsvereniging Grotius,

Daisy Westphal
Ab-actis

Column

Krijgt Marx

De val van de Muur is nu bijna dertig jaar geleden. Het was de overwinning van het vrije Westen op het communisme. Een proces van liberalisering werd ingezet in alle landen die deel hadden uitgemaakt van het communistische bondgenootschap dat Warschau-pakt heette. Nu, zo'n dertig jaar later, zijn de meeste van deze landen vrijwel geheel geassimileerd aan het vrije Westen, al zijn er nog wat *bick-ups* hier en daar, zoals in Polen en Hongarije.

Dit is, in een notendop, de dominante visie op ons recente verleden en de Europese actualiteit van de dag. De grondslag ervan is de algemeen gedeelde gedachte dat het vrije Westen en het communisme tegengestelde politieke ideeën aanhangen, de eerste gebaseerd op vrijheid en de tweede op een onderdrukking ervan.

Dit beeld wordt eigenlijk nooit ter discussie gesteld. En toch is het niet waar. Althans, het is steeds minder waar. Want in de afgelopen decennia is het Westen veranderd. Langzaam maar zeker zijn de verschillen aan het verdwijnen en openbaart de Westerse samenleving zich meer en meer als de nieuwe verschijningsvorm van het communisme. Dit klinkt heel vreemd, ik weet het, en ik haast me dan ook het toe te lichten.

Om te beginnen leken de ideologie van het Westen en het communisme altijd al in veel opzichten op elkaar. Ten eerste zijn beide voorstander van de seculiere staat. De religie is hooguit een private rol toebedeeld, maar velen zagen en zien religie liever helemaal van de aardbodem verdwijnen. In de tweede plaats zijn beide materialistisch. Het gaat in essentie om de levensstandaard en de groei van de materiële welvaart. Ten slotte zijn beide individualistisch. Ze zijn daarom beide uiterst wantrouwend jegens elk denkbare deelgemeenschap. De enig werkelijk te vertrouwen gemeenschap is de gemeenschap van allen, vertegenwoordigd door de nationale staat en, recentelijk, de EU.

Maar de gelijkenis is in de afgelopen decennia nog veel groter geworden. En dat komt omdat het Westen meer en meer nadruk is gaan leggen op gelijkheid; iets wat in het communisme vanaf het begin centraal stond.

Het vrije Westen stond vanouds—het adjectief zegt het al—voor vrijheid. Maar niet alleen voor vrijheid. Het stond voor vrijheid én gelijkheid. Omdat er sprake is van twee ultieme waarden, rijst onmiddellijk de vraag welke prevaleert in geval van strijdigheid. In het oudere

Westerse denken is dat de vrijheid. Dit denken nam ongelijkheid op de koop toe, omdat het de vrijheid zag als hoogste goed. Het beginsel van vrijheid van contract, bijvoorbeeld, betekent dat eenieder vrij is met wie dan ook een contract aan te gaan. Dat impliceert dat men ook vrij is geen contract aan te gaan. Als iemand aan iemand anders niets wil verkopen, of geen baan wil geven, is dat zijn vrijheid.

Hiertegen kwam in de loop van de tijd steeds meer bezwaar. Want als men het recht heeft iemand anders niets te verkopen of geen baan te geven, kan men dat ook doen louter en alleen omdat iemand, bijvoorbeeld om zijn huidskleur of geslacht, je niet aanstaat. Gebruik van de vrijheid ten nadele van een andere kreeg nu de naam discriminatie, oftewel schending van de gelijkheid en werd bij wet verboden. En dit gelijkheidsbeginsel werd in de loop van de tijd steeds ruimer gedefinieerd. Anders gezegd: steeds meer redenen om verschil te maken werden gezien als ongerechtvaardigd en dus discriminerend. Dus kwam er wetgeving die het verbod. En met de toename van het aantal wettelijke verboden werd en wordt vanzelf de vrijheid steeds verder aangetast.

“Gebruik van de vrijheid ten nadele van een andere kreeg nu de naam discriminatie, oftewel schending van de gelijkheid en werd bij wet verboden.”

Gelijkheid heeft in het Westen in de achter ons liggende decennia steeds meer de vrijheid verdrongen als hoogste waarde. De vrijheid wordt nog altijd gezien als belangrijk, maar alleen voor zover ze de gelijkheid niet aantast. Dat de steeds bredere uitleg van het gelijkheidsbeginsel de vrijheid meer en meer aantast, wordt niet gezien als een probleem. Veel mensen beseffen het niet eens. En wie het wel beseft denkt “Wat het zwaarst is, moet het zwaarst wegen.” Of hij redeneert het probleem marxistisch weg door te stellen dat de toename van de gelijkheid de “ware” vrijheid juist vergroot.

Een mooi voorbeeld, op een heel ander terrein dan de vrijheid van contract, is het recente Obergefell-arrest, waarin de hoogste Amerikaanse rechter bepaalde dat het huwelijk ook voor mensen van hetzelfde geslacht moest worden opengesteld. De redenering was dat er voor het maken van een verschil met het huwelijk tussen man en vrouw geen goede reden is en een dergelijk verschil

toch gelijk?



Andreas Kinneging

dus discriminerend is. Dat zou strijdig zijn met de Amerikaanse Grondwet en moest dus verboden worden. Het kind van de rekening is de vrijheid, in dit geval van de bevolkingen van de diverse staten die deel uitmaken van de VS, om zelf te bepalen onder welke huwelijkswet ze willen leven.

Tallose andere voorbeelden van deze ontwikkeling zijn te geven. Men denke bijvoorbeeld aan de toenemende beperking, met een beroep op het gelijkheidsbeginsel, van de vrijheid van scholen om zelf te bepalen wie wel en niet wordt toegelaten als leerling. Aan de invoering van het BaMa stelsel aan alle universiteiten in de EU, dat het hoger onderwijsstelsel overal gelijk moest maken. Aan het sinterklaasfeest, dat volgens velen verboden moet worden omdat de figuur van zwarte piet discriminerend zou zijn. Aan de beleidsvrijheid van lagere overheden in Nederland die minimaal is en blijft, omdat alles overal in dit land toch vooral gelijk geregeld moet zijn. Aan de vrijheid van meningsuiting die niet alleen wordt beperkt wanneer er sprake is van aanzetten tot geweld, maar ook wanneer wordt aangezet tot discriminatie. Of aan de steeds verdergaande overdracht van bevoegdheden aan de EU, die nodig zou zijn om ervoor te zorgen dat overal gelijke regels gelden. De lijst is *ad libitum* uit te breiden.

“Het patroon is almaar hetzelfde: de vrijheid wordt steeds verder beperkt met een beroep op de gelijkheid.”

Het patroon is almaar hetzelfde: de vrijheid wordt steeds verder beperkt met een beroep op de gelijkheid. De meesten van ons staan daar ook achter. (Loop bovenstaande voorbeelden maar even in gedachten na.) En dat is omdat we gelijkheid als van het allerhoogste belang zijn gaan beschouwen. Maar realiseren we ook wel voldoende dat, als we zo doorgaan we op den duur geen vrijheid meer over houden? Dat ligt in de aard der dingen, of we het nu leuk vinden of niet. Er is een *trade-off* tussen vrijheid en gelijkheid. Tocqueville wees ons daar al in de vroege negentiende eeuw op, in zijn magnifieke werk *Democratie in Amerika*, dat iedereen verplicht zou moeten lezen.

Waar hij ook op wees is de nauwe samenhang tussen het streven naar steeds meer gelijkheid en steeds meer centralisatie van de macht. Gelijkheid moet nu eenmaal van bovenaf worden opgelegd, door wetgeving, en moet

ook van bovenaf worden gehandhaafd. Hoe meer naar gelijkheid gestreefd wordt, des te meer macht moet er in handen gelegd worden van allerlei staatsorganen en uiteindelijk van de centrale staat. Het gevolg is een enorm apparaat dat met een ontelbaar aantal minutieuze regels, miljoenen ambtenaren en overal toezicht, controles en camera's, het hele reilen en zeilen van de maatschappij bewaakt en regelt. Van vrijheid blijft zo uiteindelijk niets over.

Bovendien blijkt dan dat “iedereen gelijk is, maar sommigen toch nog wat gelijkjer dan anderen”. Want de maatschappij bestaat dan uit twee klassen. Enerzijds de grote massa van de bevolking, volledig “*gleichgeschaltet*”. Anderzijds de apparatsjiks, de bestuurders, de bureaucraten, die iedereen bewaken en alles regelen. Dat is de nieuwe adel, voor welke de regels toch altijd een stuk aangenamer zijn dan voor de rest.

Waar doet zo'n maatschappij ons nu aan denken? Precies: aan de communistische maatschappij zoals we die kennen uit het voormalige Oostblok. Ook daar was het het streven naar gelijkheid dat de vrijheid om zeep heeft gebracht. Ook dat bestond uit een tot in het uiterste doorgedreven centralisatie. Ook daar was overal toezicht, controles en camera's. Ook daar waren sommigen net iets gelijkjer dan anderen.

Volgens Marx zou het communisme het eerst arriveren in de meest ontwikkelde landen van het Westen. Het lijkt erop dat hij toch nog gelijk krijgt.

“De weg naar de hel is geplaveid met goede bedoelingen. Om het leefbaar te houden is daarnaast ook inzicht noodzakelijk.”

Als we dat—anders dan Marx—niet willen zullen we echt moeten leren dat gelijkheid niet alleenzalmakend is. Elk fundamentalisme moet worden afgewezen, óók het gelijkheidsfundamentalisme. Goed leven vereist een permanent afwegen tussen verschillende waarden. Wie te ver doordraaft op het spoor van de gelijkheid, maakt van ons allemaal uiteindelijk slaven, ook al is dat helemaal niet zijn bedoeling. De weg naar de hel is geplaveid met goede bedoelingen. Om het leefbaar te houden is daarnaast ook inzicht noodzakelijk. **N**



JONG HOUT

CAFÉ

JOUW CARRIÈRE BEGINT IN ONS POP-UP CAFÉ

Goede koffie met exclusieve insights over de topadvocatuur.

Café Jong Hout. Ons nieuwe event voor rechtenstudenten die kennis willen maken met ons kantoor, onze mensen en onze no-nonsense cultuur. Met workshops, praktijkcases, inspirerende sprekers en echt goede koffie. En elke maand op een andere bijzondere hotspot. Mis 't niet, want je krijgt er exclusieve insights die je helpen bij je carrière. Weten waar we de volgende keer zijn? Kijk op cafejonghout.nl.

HOUTHOFF BURUMA