

De grenzen voorbij

De jaarvergadering 2019 van de Nederlandse Juristen-Vereniging

Yasha Holtuin & Else Lohman¹

In de concertzaal van Musis te Arnhem vond op 14 juni jl. de 149^e jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging plaats. De NJV steeg boven zichzelf en Nederland uit met het thema ‘De grenzen voorbij - De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie’. Actueel was het onderwerp zeker, er werd gediscussieerd over nijpende mondiale vraagstukken als de regulering van cyberspace, het klimaat en vluchtelingen. En dat tegen de achtergrond van revitaliserend nationalisme. Gespreksstof genoeg, het denken over deze kwesties kreeg een zetje maar ultieme oplossingen werden natuurlijk niet gevonden. Wat dat betreft liep men tegen eigen grenzen aan.

In de inleiding bij de papieren uitgave van de preadviezen introduceerde de begeleidingscommissie van de NJV, bestaande uit Nico Schrijver, Marianne Hirsch Ballin en Marnix van Ginneken, de urgentie van het thema als volgt: ‘Het begrip territorialiteit speelt tot op heden een centrale rol in het nationale, Europese en internationale recht voor de afbakening van jurisdictie en rechtstoepassing. Soevereiniteit en territoriale grenzen blijven bepalend voor de uitoefening van rechtsmacht, hoe gevorderd de Europese en mondiale samenwerking ook mogen zijn. [...] Tegelijkertijd is er een ontwikkeling waarneembaar waarin staten grotere waarde lijken te hechten aan soevereiniteit en behoud van de nationale beleidsvrijheid. [...] Het lijkt erop dat er een kentering gaande is. Na een relatief lange periode van toenemende internationale samenwerking, waarbij instituties als de Verenigde Naties en de Europese Unie zijn opgebouwd en uitgebreid, lijkt er een trend waarneembaar dat staten zich niet meer vanzelfsprekend willen aansluiten bij meer en steeds verdergaande internationale samenwerking. [...] Dit is lastig verenigbaar met de ontwikkelingen in ons huidige tijdperk waarin toenemende globalisering, mede door technologische ontwikkelingen en digitalisering, juist onontkoombaar zijn. Er tekent zich een duidelijke spanning af tussen enerzijds de kennelijke wens om zich terug te trekken achter de eigen landsgrenzen en anderzijds de realiteit waarbij diverse problemen in internationaal verband zullen moeten worden aangepakt. Dit spanningsveld levert een breed palet aan belangrijke juridische vragen op die betrekking hebben op de aanpak van mischien wel de grootste uitdagingen van de nabije toekomst. Wat zijn de rechtsgevolgen voor terreinen die zich

niet beperken tot de eigen landsgrenzen, zoals de opvang van vluchtelingen, de aanpak van klimaatveranderingen en de regulering van ‘cyberspace’?

Huishoudelijk

Maar voordat de vergadering zich over deze prangende kwesties kon buigen moest eerst het huishoudelijk gedeelte afgewerkt. Met het 150 jarig jubileum in zicht, dat volgend jaar groots gevierd gaat worden, werd een dringend beroep op alle aanwezigen gedaan om vakgenoten, collega's en vrienden op het bestaan en het belang van de NJV te wijzen en zo nieuwe aanwas te genereren. Er werden nog net geen appeltaarten in het vooruitzicht gesteld. Nadat de overige huishoudelijke besommeringen onder leiding van huidig NJV voorzitter Nico Schrijver (Universiteit Leiden) waren afgehandeld introduceerde NJV voorzitter 2020, Rien de Boer (VWS), het thema van komend jaar. Dan staat ‘De jurist van de toekomst, de toekomst van de jurist’ op het programma in het Zuiderstrandtheater in Den Haag.

Na deze verplichtingen kon het congres inhoudelijk van start gaan met de jaarrede van voorzitter Nico Schrijver die elders in dit nummer integraal is opgenomen.

Wie de ontvangst met koffie gemist had, kon daarna wel een pauze gebruiken maar het programma ging onverbiddelijk voort en ook meteen de diepte in want als eerste stond het vrij abstracte preadvies ‘Concepties van territorialiteit in het internationale recht’ op het programma. De bespreking van de preadviezen volgde dit jaar het volgende stramien: na een korte samenvatting van het betreffende preadvies door de schrijvers daarvan betraden na elkaar steeds twee referenten het podium om hun

visie daarop te ventileren waarna een student het podium betrad die door middel van een zogenoemde 'pitch' een stemadvies over de steeds twee in stemming gebrachte stellingen gaf.

Concepties van territorialiteit – de regulering van cyberspace

De preadviseurs, Lianne Boer en Wouter Werner, beiden verbonden aan de VU, was gevraagd een algemeen conceptueel stuk over grondgebied in relatie tot internationaal recht te schrijven waarmee de vraag opkwam of grondgebied nog wel een categorie is waarlangs het recht te ordenen is. Met middeleeuwse kaarten werd geïllustreerd dat destijds kerkelijke en wereldlijke jurisdicties elkaar overlaptten en naast elkaar bestonden en zelfs temporele dimensies, van de heilsgeschiedenis, het paradijs, vonden op die kaarten een plek. In de 19^e eeuw laptten marxistische en liberale theorieën vervolgens het idee van aan landsgrenzen gebonden jurisdicties aan hun laars. Kortom, het is bepaald geen nieuw inzicht om de koppeling 'staat – jurisdictie' op losse schroeven te zetten.

Het denken over territorialiteit en jurisdictie in het hedendaagse wordt vervolgens geïllustreerd aan de hand van de regulering van cyberspace. Als we een moderne 'kaart' zouden maken van hoe cyberspace te reguleren, zou deze dan niet enige gelijkenis vertonen met die middeleeuwse kaarten? 'Cyber' vertoont raakvlakken met middeleeuwse personele jurisdicties en met de open zee als 'common good of mankind'. Kortom, de reflex van juristen om jurisdictie aan staatsgezag te koppelen moet losgelaten worden om dit vraagstuk aan te vatten. De vergadering wordt voorgehouden dat radicaal nieuwe concepties nodig zijn om het denken over de regulering van cyber vorm te geven. Een meer casus- en contextgerichte analyse is nodig en daarvoor zouden eeuwenoude concepties wel eens behulpzaam kunnen zijn.

De eerste referent die daarop het podium beklom, Cedric Ryngaert, hoogleraar internationaal recht aan de Universiteit Utrecht, complimenteerde de preadviseurs met de helicopterview die ze op het onderwerp hadden weten te genereren. Zelf valt hij ook nog wel eens in de 'territorial trap' waarvoor het preadvies waarschuwt. Maar dat gezegd hebbende, wat is het alternatief voor statelijke jurisdictie? Cyberanarchie, met een vrijbrief voor bijvoorbeeld de straffeloze verspreiding van kinderporno, is geen wenkend perspectief en zelfregulering, zoals voorgestaan door techgiganten, boezemt ook weinig vertrouwen in. Een zekere regulerende rol voor de staat lijkt toch onvermijdelijk om publieke waarden te beschermen. De staat is weliswaar een territoriaal afgebakende entiteit maar dat betekent niet dat de staat slechts territoriale rechtsmacht kan uitoefenen. Zoals ook in het preadvies beschreven is niet-territoriale rechtsmacht altijd aan de orde geweest. Hij haalt Dan Svantesson aan die in zijn boek 'Solving the Internet Jurisdiction Puzzle' schreef dat we voor internetregulering beter af zijn zonder territorialiteit omdat het met zoveel staten een territoriale connectie heeft waardoor in principe elke staat rechtsmacht uit zou kunnen oefenen. Hij gaat in plaats daarvan op zoek naar het basisbeginsel van rechtsmacht: een substantiële band tussen

Radicaal nieuwe concepties zijn nodig om het denken over de regulering van cyber vorm te geven

de activiteit en de staat. Hebben meerdere staten zo'n band dan moeten de belangen van de respectieve staten tegen elkaar worden afgewogen.

Klinkt allemaal mooi maar in de alledaagse rechtspraktijk is territorialiteit nog altijd *alive and kicking* bij het reguleren van transnationale activiteiten. En het wordt breed geïnterpreteerd. Zo hebben de Verenigde Staten het gepresteerd rechtsmacht uit te oefenen louter op grond dat een email was verstuurd via een server die op Amerikaans grondgebied stond of omdat gebruik gemaakt is van het Amerikaanse banksysteem. Deze voorbeelden illustreren dat staten niet snel geneigd zullen zijn het territorialiteitsbeginsel op te geven. Het stelt ze in staat breed op te treden, ook buiten de eigen landsgrenzen. Al zijn er ook gevallen te noemen waar je wel territoriale rechtsmacht zou verwachten waar die dan weer niet wordt uitgeoefend. In een zaak die de Belgische Privacycommissie tegen Facebook had aangespannen achtte het Hof van Beroep van Brussel zich niet bevoegd. Volgens het Hof had de Belgische wetgever expliciet rechtsmacht moeten creëren voor dit soort situaties. En dan staat de consument dus in de kou.

Tweede referent Inez van Soolingen, VU alumna werkzaam voor Prakken d'Oliveira Human Rights Lawyers, vraagt aandacht voor de metavraag naar de ontwikkeling van het begrip territorialiteit. Zij verbindt deze met de ontwikkeling in de mobiliteit van de mensheid en de door Westerse ontdekkingsreizen voltooiing van de Middeleeuwse Mappa Mundi. Zij schetst vervolgens de aan fysieke territorialiteit ontsnappende gemeenschappen van katholieken, voetbalfans en Facebookgebruikers en ziet hierin een verbreding van het begrip territoir via cyber-



Wouter Werner, Lianne Boer en Nico Schrijver onder de Mappa Mundi

Auteurs

1. Yasha Holtuin is student Europese studies en recht aan de Universiteit van Amsterdam.

Eise Lohman is redactiesecretaris van het NJB.

Staten zullen niet snel geneigd zijn het territorialiteitsbeginsel op te geven. Het stelt ze in staat breed op te treden, ook buiten de eigen landsgrenzen

space naar aterritorialiteit, los van statelijke interventies.

Dan is het de beurt aan Robin Kuijken, student aan Tilburg University, om ons middels een pitch een stemadvies over de ter stemming gebrachte stellingen te geven. Daarvoor zijn de eerste twee stellingen uit het preadvies geselecteerd die respectievelijk kort gezegd voorstellen 1. *de koppeling tussen staat, grondgebied en jurisdictie moet los worden gelaten* en 2. *pogingen het internet als 'vrije ruimte' te duiden leiden tot een sterkere roep om staatsinterventies*. Zij erkent dat er overlappende jurisdicties bestaan, zo heeft zij als Facebookgebruiker de gebruiksvoorwaarden van dat platform geaccepteerd. Maar Facebook heeft weinig mogelijkheden rechtsmacht uit te oefenen over haar gebruikers. Hoogstens kan het platform onwelgevallige posts en profielen verwijderen. Dus blijft het vervolgen van hen die strafwaardige berichten verspreiden of zelfs beelden delen van hun terroristische misdrijven toch echt aan staten. Daarom kan de koppeling 'staat – jurisdictie' toch niet geheel worden losgelaten. Met de tweede stelling is zij het helemaal eens. De potentie van het internet als instrument van destructie of onderdrukking is in haar ogen een goede reden om op zoek te gaan naar passende regulering.

De zaal volgt haar grotendeels, stelling 1 wordt in meerderheid verworpen en met stelling 2 is men het bijna unaniem eens.

Na het ophouden van de rode of groene papiertjes mag de zaal zich dan eindelijk ook laten horen. Duidelijk wordt dat er een grote behoefte bestaat aan concretisering en dat er met name grote zorgen leven over de rechtsbescherming op het internet.

Lucas Roorda, Universiteit Utrecht en College voor de rechten van de mens, bijt het spits af met de opmerking dat er ook oog moet zijn voor de mogelijkheden die het internet regionaal en nationaal biedt om regulerend op te treden. China en Rusland mogen treffende voorbeelden genoemd worden van staten die het internet handig naar hun hand weten te zetten. Willem van Genugten, em. hoogleraar internationaal recht Tilburg, wijst op de risico's van het loslaten van regulering, zijn we dan aangewezen op een 'coalition of the willing'? Gerrit Bogaers, advocaat te Laren geeft aan tegen de eerste stelling gestemd te hebben want hoe is zonder statelijke jurisdictie rechtsbescherming voor burgers vorm te geven? Sanne Taekema, hoogleraar te Rotterdam, geeft aan weliswaar voor stelling 1 te hebben gestemd maar desalniettemin benieuwd te zijn naar de alternatieven. Hans van den Akker, advocaat uit Gouda, mist het begrip 'overheid' in de discussie. Het gaat steeds maar over staten maar er zijn meer overheden. Een



Iedereen voor, vooraan Martijn Scheltema, Ashley Terlouw, Karin Arts en Tineke Strik

tweede begrip dat hij mist is 'gemeenschappelijk'. Hij zou willen dat opnieuw gekeken wordt naar het begrip globalisering in het licht van deze twee begrippen. Volgens Van Genugten zijn er inderdaad regionale alternatieven maar is het internationaal allemaal veel complexer en hebben staten er ook helemaal geen belang bij een en ander te reguleren. Pieter Ippel, hoogleraar aan het Roosevelt University College Middelburg, roept steden op om lokaal rechtsmacht terug te pakken. Willem van Genugten wijst nogmaals op het belang van rechtsbescherming: 'Kom terug op aarde en geef de mensen rechtsbescherming. De gele hesjes marcheren niet voor niets!' Ybo Buruma, raadsheer in de Hoge Raad, maakt onderscheid tussen een common concern en een common good. Zijn de pogingen van China en Rusland om het internet 'nationaler' te maken een inbreuk op het internet als common good in de ogen van de preadviseurs? Marianne Hirsch Ballin, hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de VU, merkt op dat als we het hebben over de grondslagen van jurisdictie het dus ook over rechtsbescherming gaat.

De preadviseurs reageren door op te merken dat zij er bewust voor gekozen hebben in concepties te denken want als je alleen bekende categorieën toepast mis je belangrijke inzichten om andere vormen van regulering vorm te geven. Daarom zijn zij juist op zoek gegaan in de conceptuele historie om te kijken of daar elementen te vinden zijn die we terug zien in hedendaagse vraagstukken als de regulering van internet. De vragen over de oprekking van territorialiteit door bijvoorbeeld de Verenigde Staten, als manier om de jurisdictie uit te breiden, zette hen evenwel aan het denken over een dimensie die minder uitvoerig is behandeld in het preadvies, namelijk die van imperiale opvattingen over de wereldorde. Dat gebeurt dan door het projecteren van rechtsmacht over grote gebieden op basis van een flexibel gebruik van het concept 'territoire'. Wat betreft de wenselijkheid om vast te houden aan de bescherming die de staat kan bieden, ook in een digitale wereld, onderschrijven de preadviseurs die wenselijkheid van harte, maar tegelijkertijd vragen zij aandacht voor niet-traditionele vormen van regulering, ofwel omdat die nu eenmaal bestaan en grote invloed kunnen hebben op levens van mensen, ofwel omdat daar wellicht mogelijkheden liggen om de belangen van burgers te beschermen waar de staat (letterlijk) tegen grenzen aanloopt.



Jaap Polak in gesprek tijdens de lunch

Daar moest het bij blijven want precies volgens schema, maakte voorzitter Schrijver een einde aan deze inspannende luchtfietserij over territoir, het was tijd voor de lunch. Waar in de wandelgangen kon worden opgetekend dat dat denken in concepties velen toch wel zwaar gevallen was. En wat is nu eigenlijk het probleem? Wat echt niet kan en mag is toch al verboden en daar is altijd wel een bevoegde jurisdictie voor te vinden.

Klimaatverandering en mensenrechten

Inwendig versterkt en weer met beide benen op de grond kon het middagprogramma een aanvang nemen met de beraadslagingen over het preadvies van Karin Arts en Martijn Scheltema, beiden verbonden aan de Erasmus Universiteit, 'Territorialiteit te boven – Klimaatverandering en mensenrechten'. De preadviseurs introduceren het thema met een filmpje² over de existentiële vragen waar klimaatverandering ons voor stelt.

Het internationaal milieurecht biedt in ieder geval niet voldoende handvatten om dit fenomeen tegen te gaan. De preadviseurs hebben daarom gekeken of mensenrechten invalshoeken bieden die meer zoden aan de dijk kunnen zetten bij het komen tot juridisch verplichtende klimaatmaatregelen voor staten en bedrijven.

De eerste stelling die zij in stemming willen brengen luidt dan ook:

'Klimaatverandering is een problematiek die territorialiteit te boven gaat. Het recht ten aanzien van de mensenrechten is voor staten een additionele grondslag voor het nemen van maatregelen in die zin dat het nalaten van maatregelen om reeds opgetreden effecten van klimaatverandering op hun grondgebied te adresseren een mensen-

Het internationaal milieurecht biedt in ieder geval niet voldoende handvatten om klimaatverandering tegen te gaan

rechtenschending kan opleveren. Voor bedrijven ziet internationaal soft law ten aanzien van mensenrechten op reductie van de uitstoot in hun gehele (internationale) waardeketen.'

De lengte en complexiteit van deze stelling geeft al aan dat de preadviseurs in zijn algemeenheid het (juridische) verband tussen klimaatverandering en mensenrechten wel zien, maar dat dat vervolgens moeilijk is te vertalen in geldende, concrete en afdwingbare verplichtingen. De over de hele wereld snel groeiende jurisprudentie op het terrein van klimaatverandering en CO₂-reductie, die steeds vaker ook mensenrechtenargumenten in zich draagt, kan op termijn hopelijk een bijdrage leveren aan de ontwikkeling van het recht hierover.

De tweede stelling die in stemming wordt gebracht luidt *'Human rights due diligence door bedrijven in verband met het klimaat kan (voorlopig) het beste worden vormgegeven in effectieve internationale initiatieven waarin door relevante belanghebbenden binnen een bepaalde markt wordt samengewerkt. De overheid dient die te stimuleren en te faciliteren, maar niet te verplichten'*.

Omdat bedrijven vaak onderdeel zijn van productieketens en concurrentie een rol speelt is de focus op individuele bedrijven minder nuttig. Er is een structurele verandering in markten noodzakelijk om tot meer CO₂-reductie te komen en in het preadvies is onderzocht wat daarvoor nodig is. Internationale samenwerking tussen bedrijven en overheden is noodzakelijk om veranderingen te bewerkstelligen. Maar van de 134 onderzochte initiatieven waaraan bedrijven deelnemen en die op een aantal effectiviteitscriteria zijn onderzocht blijkt maar 1 redelijk effectief. Er moet dus het nodige gebeuren. Dat kan door niet alleen samenwerking te zoeken met specifieke actoren in een markt maar met verschillende soorten actoren. Ook zouden overheden die initiatieven kunnen stimuleren. Op termijn kunnen de preadviseurs zich voorstellen dat in specifieke sectoren deelname aan goed werkende convenanten wettelijk verplicht wordt.

Volgens eerste referent Willem van Genugten spreken de preadviseurs zeer genuanceerd over de koppeling tussen klimaatverandering en de rechten van de mens. Zijns inziens is er echter te weinig aandacht voor de rol die staten kunnen spelen. Complicerende factor is wel dat minder dan de helft van de landen wereldwijd min of meer democratisch is en er in veel landen geen of nauwelijks toegang tot recht is. De klimaatzaken die in het preadvies opgevoerd worden spelen zich voor het overgrote deel af in 'Westerse' landen en het preadvies hanteert een klassieke benadering voor wat betreft de kijk op de verplichtingen van de staat en de verwachtingen die men van een gang naar rechter mag hebben. Wat betekenen deze bevindingen en voorstellen in landen waar corruptie welig tiert, met zwakke instituties en een gebrekkige access to justice? Zouden regionale organisaties als de Afrikaanse Unie hier een rol in kunnen spelen? Alternatieve vormen van rechtspleging? Pro deo arbitrage voor kwetsbare groepen, ronde tafels? Juristen zijn altijd geneigd een waterscheiding aan te brengen tussen

Noten

2. <https://www.youtube.com/watch?v=oZrHU-LsOXA>

‘bindend’ en ‘niet-bindend’. Niet-bindende regels hebben natuurlijk hun schaduwkanten maar zijn toch onmisbaar om zaken in gang te zetten. De preadviseurs zetten vraagtekens bij de effectiviteit van dergelijke initiatieven maar misschien zijn zij te ongeduldig en slachtoffer van hun eigen zeer goed uitgewerkte meetlat waarlangs de onderzochte initiatieven zijn gelegd.

Tweede referent Lucas Roorda dankt de preadviseurs voor de koppeling die ze gemaakt hebben tussen klimaatverandering en mensenrechten. Het preadvies heeft het conceptuele denken over multistakeholdersinitiatieven naar een hoger plan getild door de confrontatie van deze initiatieven met juridische raamwerken daaromheen, zoals het mededingings- en aandeelhoudersrecht, in kaart te brengen. Zijn belangrijkste kanttekening bij het hele verhaal gaat over de procedurele kanten van de mensenrechtelijke benadering. Welke rechtsmiddelen zijn er om de gepercipieerde rechten te verwezenlijken? Dat begint met de vraag wie de rechthebbenden eigenlijk zijn. Klimaatverandering raakt ons allen, daarmee wordt de kring wel erg breed. Een strakkere definitie lijkt nodig, we worden ook niet allemaal even hard geraakt door klimaatverandering. De veroorzakers van de problemen zitten disproportioneel in de ontwikkelde landen en de slachtoffers disproportioneel in de ontwikkelende. Je recht halen in een dergelijke context is geen gemakkelijke opgave. Zeker niet als er geen harde verplichtingen bestaan waarop een beroep kan worden gedaan. Volgens Roorda zou de focus veel meer moeten liggen op het afdwingbaar maken van rechten voor zwakkere partijen die disproportioneel door klimaatverandering bedreigd worden.

Wat betekenen deze bevindingen en voorstellen in landen waar corruptie welig tiert, met zwakke instituties en een gebrekkige access to justice?

Dan is de beurt aan David den Blaauwen, masterstudent aan de Universiteit Leiden, om de zaal een stemadvies over de stellingen mee te geven. Met het eerste deel van de eerste stelling is hij het natuurlijk eens: klimaatverandering is een problematiek die territorialiteit te boven gaat. Zijns inziens betekent dat echter niet dat staten zich achter dit territorium overschrijdende element kunnen verschuilen in gerechtelijke procedures, zoals de Nederlandse staat probeerde in de Urgenda-zaak. Met het tweede deel van de stelling is hij het niet eens. In de woorden ‘in die zin’ kan men de beperking lezen dat op staten op grond van mensenrechten géén mitigerende verplichtingen zouden rusten. Maar de aard en de ernst van het klimaatprobleem zijn dusdanig dat staten verplicht zijn om ook preventieve maatregelen te nemen. Het enkel mensen van de daken plukken als de dijken zijn doorge-



De tegenstem van de voorzitter geeft de doorslag

broken is een te beperkte interpretatie van de verplichtingen die mensenrechten aan staten opleggen in het kader van klimaatverandering. Het recht op leven omvat ook de verplichting om de kans op overstromingen te verminderen. Dit brengt hem ertoe om te adviseren tegen stelling 1 te stemmen. Stelling 2 kan hem meer bekoren. Effectieve internationale initiatieven waarbij alle betrokkenen in een bepaalde markt samenwerken in het kader van *human rights due diligence* lijkt hem een goede oplossing. Ook niet-verplichtende initiatieven hebben een stok achter de deur: reputatieschade voor hen die niet meedoen.

Omdat de stellingen uit verschillende onderdelen bestaan wordt vanuit de zaal geopperd om deze per zin ter stemming voor te leggen. Voorzitter Schrijver mag dan zeer aimabel en tegemoetkomend zijn maar dit gaat hem te ver. Sinds 1870 wordt er per stelling gestemd en dat zal vandaag niet veranderen. Het stemadvies ten spijt wordt stelling 1 aanvaard en stelling 2 met een nauwelijks waarneembare, door de voorzitter die zelf ook tegen stemde vastgestelde, meerderheid verworpen.

De zaal blijkt diep geraakt door het onderwerp. ‘Het besef dat klimaatverandering aardverandering is leeft niet genoeg’ leidt Gerrit Bogaers, zijn *cri de coeur* in ‘daar moeten we het over hebben! Mitigatie is een mooi streven maar adaptatie is geboden. Daar moeten verdragen over gesloten worden’. Wil Sturkenboom uit Amsterdam houdt ons in schrille termen voor dat we aan de vooravond van een Apocalyps staan waartegen mensenrechten voortkomend uit de 19^e eeuw niet opgewassen zijn. Branda Katan, advocaat bij Stibbe, heeft een concretere vraag en wel over de tweede stelling: waarom niet meer verplichtingen voor het bedrijfsleven vastleggen? Op vrijwillige basis zal ieder zich verschuilen achter het ‘level playing field’, de mededinging. En daar haakt Reinier van Zutphen, Nationale ombudsman op in: als maatregelen een meer verplichtend karakter hebben geeft dat de burger een instrument om zich teweer te stellen, toegang te krijgen tot procedures daar waar de overheid nalatig is.

De preadviseurs geven ruitelijk toe dat zij zich maar in beperkte mate op vraagstukken van toegang tot recht en aansprakelijkheid hebben gericht. Zij hebben voor nu vooral gekeken naar de preventieve werking die van een mensenrechtelijke benadering kan uitgaan. Waarop Lucas

Roorda er nog eens op hamert dat rechthebbenden al moeten worden meegenomen in het ontwerp van maatregelen, anders zullen zij altijd een ondergeschoven kind blijven. Over de beweerde ondergeschoven rol van staten brengen de preadviseurs in dat ook staten betrokken zijn in soft law instrumenten, alle actoren, staten, bedrijven, NGO's, burgers, kunnen daarin (samen) veel in beweging zetten. En ook met soft law instrumenten kunnen regelingen in het leven worden geroepen om naleving af te dwingen. Bovendien hebben zij wel zeker bemoedigende rechtspraak gezien uit landen waarvan je dat misschien niet als eerste zou verwachten als Zuid-Afrika, Pakistan, de Filipijnen en India. En juist in landen met een falende overheid kan *human rights due diligence* een rol spelen om via het bedrijfsleven resultaten te bereiken.

Tijd voor een intermezzo: de NJV publicatieprijsuitreiking

De Oscar voor juristen, zo wordt de NJV publicatieprijs door de NJV-voorzitter Schrijver geïntroduceerd. Geen Amstelhotelachtige Libris spanning in Muis, de prijswinnaar is van te voren op de hoogte gebracht. Het is Thijmen Nuninga, promovendus aan de Universiteit Leiden, die de prijs in de wacht sleept met zijn artikel 'Recht, plicht, bevel, verbod', gepubliceerd in *NTBR* 2018/21. Juryvoorzitter Edwin Bleichrodt, reikt de prijs uit. De jury bestond verder uit Bert-Jan Houtzagers, Anne Meuwese, Eric Tjong Tjin Tai en Rob Widdershoven. Eervolle vermeldingen zijn er voor Lukas van den Berge, voor het artikel 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving: Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft', *RM Themis* 2018, p. 124-136 en Stefaan van den Bogaert en Armin Cuyvers, voor het artikel 'Brexite & de EU: 'You can't always get what you want...'', *RM Themis* 2018, p. 221-239.

De jury heeft met bijzonder veel waardering kennis genomen van het artikel van Nuninga. Hij brengt in zijn artikel de eis van congruentie in verbinding met de relativiteitsleer en weet de inhoudelijke rechtsplicht en aanspraak aan de ene kant te verbinden met de processuele vorderingsgrondslag aan de andere kant. Een gedurfde en vernieuwende invalshoek die het materiële en formele recht op originele wijze verbindt.

Nuninga vat de prijs op als welkom teken dat hij op de goede weg is met zijn proefschrift nu dit artikel het eerste is dat hij over het onderwerp publiceerde. Het artikel gaat over recht en bevel en daarmee maakt hij een bruggetje naar de eerste stelling van het zojuist besproken preadvies waarin kennelijk wordt aangenomen dat er pas sprake is van mensenrechtenschendingen als er effecten zijn ingetreden. Dat kan zo zijn, maar dat betekent toch niet dat er geen plicht is om die te voorkomen? Om maar eens een parallel te trekken met een bekend civielrechtelijk arrest.

Territorialiteit en vluchtelingenrecht

Als laatste komt het preadvies van Ashley Terlouw en Tineke Strik, beiden van de Radboud Universiteit, 'Territorialiteit en vluchtelingenrecht: verantwoordelijkheid nemen, afschuiven of delen?' aan de orde. De preadviseurs openen met een cijfer dat de urgentie van ook deze kwestie onderstreept: op dit moment zijn wereldwijd 70 miljoen mensen op de vlucht. In hoeverre is



Prijswinnaar Thijmen Nuninga geflankeerd door maker van de prijs Tajddin Özen en Nico Schrijver

Nederland mede verantwoordelijk voor deze op drift geraakte mensen? Is Nederland mede verantwoordelijk voor vluchtelingen die zich buiten haar territorium en jurisdictie bevinden, die door de kustwacht van de EU zijn tegengehouden op volle zee, die door de Libische kustwacht, daartoe betaald door de EU, zijn opgepikt en in Libische detentiecentra worden gemarteld? En verder weg: Syrische vluchtelingen in Libanon, waar 1 op de 4 inwoners vluchteling is. Dat moeten we ons realiseren als we over opvang in de regio spreken: 85% van de vluchtelingenpopulatie wordt al opgevangen in overbelaste regio's. De preadviseurs menen dat het niet meer van deze tijd is om verantwoordelijkheid in deze te koppelen aan territorialiteit en jurisdictie en zij zien naast morele en politieke ook juridische argumenten om een ruimere verantwoordelijkheid voor vluchtelingen aan te nemen. Die vinden zij ten eerste in de geest van het Vluchtelingenverdrag dat spreekt van interstatelijke solidariteit, ten tweede in het verbod van refoulement, een breed aanvaarde norm van internationaal gewoonterecht. Ook vinden zij steun in de (draft) articles on state responsibility (ASR) van de VN International Law Commission die staten verantwoordelijk houdt als zij betrokken zijn bij handelingen die derden schade berokkenen. Daarmee kan ook Nederland als lidstaat van de EU verantwoordelijk worden gehouden voor teruggestuurde migranten naar Libië. Desondanks zien we juist een

De preadviseurs menen dat het niet meer van deze tijd is om verantwoordelijkheid voor vluchtelingen te koppelen aan territorialiteit en jurisdictie

steeds verdere externalisering, verantwoordelijkheid wordt afgeschoven op transit- en regioland. Er worden vergaande afspraken gemaakt met transitlanden die in ruil voor financiële en andere voordelen vluchtelingen moeten verhinderen hun doel te bereiken. De mensen in kwestie lopen daarmee het risico teruggestuurd te worden of vast te komen zitten in weinig benijdenswaardige omstandigheden. De afspraken om tot betere grenscontroles te komen in transitlanden maken bovendien dat deze landen zelf weer repressiever worden. We zullen dus moeten komen tot een mondiale verantwoordelijkheidsverdeling. De VN Verklaring van New York (2016) en de Global Compact on Refugees (2018) zijn voorzichtige stapjes in die richting. Voor nu zou er in ieder geval vooraf van elk met een derde land te sluiten overeenkomst een impact assessment moeten worden gemaakt om de gevolgen ervan voor de mensenrechten van migranten in kaart te brengen.

De stellingen die in stemming worden gebracht zijn 1. *Ook buiten situaties van territoriale en personele jurisdictie dragen staten juridische verantwoordelijkheid voor de bescherming van vluchtelingen* en 2. *Internationale afspraken over migratie, zoals grensbewaking en terug- en overname, mogen alleen worden gemaakt met landen die het Vluchtelingenverdrag en de relevante normen van andere mensenrechtenverdragen naleven.*

Volgens eerste referent Hemme Battjes, hoogleraar Europees asielrecht aan de VU, voegt het preadvies waardevolle elementen toe aan een onderwerp waar al veel over geschreven is. De brede blik, waar deze op dit terrein nog wel eens vernauwd wil zijn en het vergaand doordenken van de implicaties van de (draft) ASR voor het migratierecht. Nu hij het grotendeels roerend met de preadviseurs eens is wordt het lastig kritisch te zijn. Toch wil hij wel een kanttekening plaatsen. Hij zelf is heel wat voorzichtiger, om niet te zeggen pessimistischer, met conclusies verbinden aan alle voorgelegde argumenten om tot een grotere verantwoordelijkheid van staten te komen. De preadviseurs baseren hun aanname tot buitenteritoriale verantwoordelijkheid en extraterritoriale jurisdictie onder andere op het *Hirsi*-arrest van het EHRM maar daarin lezen zij dan net iets te veel, naar zijn mening, en ook uit de overige genoemde jurisprudentie valt zo iets niet keihard te destilleren. Hij ziet de Europese hoven



preadviseurs en referenten

ook niet zo gauw een bom onder het Europese migratiebeleid leggen. De aanname dat het beginsel van non-refoulement internationaal gewoonterecht is wordt gelogenstraft door het feit dat veel landen in het Midden-Oosten en Azië het Vluchtelingenverdrag niet geratificeerd hebben. En toen de nieuwe landen die ontstonden na het uiteenvallen van Joegoslavië grote stromen vluchtelingen tegenhielden was daar internationaal veel begrip voor. Als er grote mensenmassa's op de been zijn valt er dus wel wat af te dingen op dit 'gewoonterecht', ook in Europees verband.

Hoog tijd voor een broodnodige blik van buiten door tweede referent Leo Lucassen, in eigen woorden een 'eenvoudig historicus' maar wel hoogleraar arbeids- en migratiegeschiedenis aan de Universiteit Leiden en daarmee gezaghebbend in dit discours. Als historicus niet gehinderd door juridische haarkloverij kan hij volmondig beweren dat Nederland zeker verantwoordelijkheid draagt voor vluchtelingen elders. Met het externaliseren van het vluchtelingenvraagstuk wordt het Vluchtelingenverdrag

Feiten en cijfers ketsen af op een ondoordringbaar scherm van migratiepessimisme dat Europa al jaren in zijn greep houdt

de facto buiten werking gesteld. Maar weinigen realiseren zich dat er in de jaren 90 meer asielzoekers in Europa aankwamen dan in de afgelopen tien jaar. Hun aankomst was echter minder zichtbaar en mediageniek. En die vluchtelingen uit de jaren 90 zijn nu niet onoverkomelijk ongeïntegreerd. De huidige paniekzaaij is dan ook zwaar overtrokken. Evenals het geschreeuw dat als we nu niet streng zijn straks half Afrika op de stoep staat. Feiten en cijfers ketsen echter af op een ondoordringbaar scherm van migratiepessimisme dat Europa al jaren in zijn greep houdt. Hopelijk weet het nuchtere preadvies van Terlouw en Strik hier een gaatje in te prikken waarbij een schets van de bredere historische context wellicht ondersteunende diensten kan verlenen. Alleen zo kan worden voorkomen dat generaties na ons zich af moeten vragen hoe het in godsnaam mogelijk is geweest dat in de eerste decennia van de 21^e eeuw de meeste grensdoden ter wereld vielen aan de zuidgrens van de EU en waarom Europa wegkeek toen honderdduizenden Syriërs als ratten in de val zaten in Idlib en elders.

Kris van der Pas, docent internationaal en Europees recht aan de Radboud Universiteit, raadt ons in haar pitch aan volmondig met beide stellingen in te stemmen. Volgens haar raken we met al die discussies over regels en wetten het zicht kwijt om waar het werkelijk om draait: elke vluchteling is eerst en vooral een mens die het uitgangspunt van dit debat hoort te zijn. Wordt de mens

meer centraal gezet dan komen vanzelf de rechten van de mens meer centraal te staan.

De voorzitter gooit het nu over een andere boeg. Eerst discussiëren en dan gaan we stemmen. Ook goed. Als eerste vraagt Ombudsman Reinier van Zutphen naar 'de reflexwerking van de tweede stelling op de verhoudingen binnen de EU'. Haalt bijvoorbeeld Griekenland die normen? Dat is nog maar de vraag, terwijl wij daar zelfs mensen aan het werk hebben, van de IND, de marechaussee, bin-

En de niet-staatsburger is de ander, die altijd op achterstand staat

nen Frontex. Gerda Later, advocaat te Den Haag, mist in alle discussies over vluchtelingen de verantwoordelijkheid die Europa heeft voor de rotzooi en oorlogen in de rest van de wereld die mensen op de vlucht doet slaan. En Ernst Hirsch Ballin, o.a. hoogleraar rechten van de mens UvA, mist aandacht voor nationaliteitsrecht en staatsburgerschap. Staten matigen zich het recht aan te bepalen wie ze als hun staatsburgers aanvaarden en wie niet. En de niet-staatsburger is de ander, die altijd op achterstand staat. Die dimensie moet ook worden betrokken in het denken over de ontwikkeling van de internationale rechtsorde op het terrein van migratie. Robin Kuijken vraagt in verband met stelling twee aandacht voor landen die uit onmacht niet tegemoet kunnen komen aan de rechten die wij vluchtelingen toe willen kennen. Tot slot vraagt mr. Meijer uit Amersfoort aandacht voor de preventieve sfeer, ontwikkelingssamenwerking. Ligt daar niet een sleutel om het vraagstuk aan te pakken?



De pitchers en de prijswinnaar

De preadviseurs pareren de kritiek van Battjes dat zij teveel zouden lezen in de jurisprudentie met het argument dat zij ook naar de *dissenting opinions* hebben gekeken. Daar is hoop uit te putten. En neem het ze eens kwalijk hoop te putten uit strohalmen. Sinds de jaarvergadering waren we al weer getuige van de beschamende



Aandacht voor de minister

gang van zaken rond de Sea Watch 3 en een bombardement op een Libisch detentiecamp. Momenteel ligt er een zaak voor bij het EHRM over mensen die terug gestuurd zijn naar Libië, de preadviseurs kijken in spanning naar deze uitspraak uit. De situatie in Griekenland zou mee moeten worden genomen in de evaluatie van de Turkije deal, waarom is die er nog niet? En meer dan over het niet verlenen van staatsburgerschap maken zij zich zorgen over de steeds verdergaande tijdelijkheid van verblijfsstatussen. Die houdt vluchtelingen lang in een onzekere situatie. En wat betreft stelling twee: de preadviseurs hebben zich niet concreet uitgelaten over welke rechten dan precies moeten worden geboden, maar ze verstaan er meer onder dan alleen non-refoulement.

Dan is het echt tijd voor de laatste stemmingen van de dag: de preadviseurs hebben de zaal mee, de eerste stelling wordt met een overweldigende meerderheid aanvaard, en ook de tweede stelling kan op instemming rekenen, het laatste pleidooi heeft zijn vruchten afgeworpen.

Bob Jaasma, student uit Utrecht, mag de dag afsluiten met een algemene slotbeschouwing. Hij vat de dag nog eens samen door te observeren dat discussies over de onderwerpen die aan de orde zijn gekomen toch veelal politiek gekleurd zijn en door idealisme ingegeven. Is dat zorgwekkend voor juristen? Dat zal volgend jaar aan de orde komen.

De nazit

Strak volgens schema vangt om vijf uur de borrel aan tijdens welke de burgemeester van Arnhem, Ahmed Marcouch, ons voorhoudt dat meer blauw op straat niet altijd en overal meer veiligheid en vrijheid betekent. Waar hij vandaan komt betekende minder blauw juist meer vrijheid. Tijdens het daaropvolgende walking dinner heeft minister Grapperhaus een gaatje gevonden om het resterende gezelschap voor te houden dat bemoeienis van de Tweede Kamer met benoemingen in de Hoge Raad hem helemaal niet aanstaat. Tot verdriet van Fred van der Winkel, president van het Hof Arnhem Leeuwarden, is die laatste vogel al weer gevlogen als hij ons toespreekt, zodat de minister geen kennis heeft kunnen nemen van zijn zorgen over de toegang tot recht en tot betaalbare rechtshulp. •