

Recht in de wereld, maar niet van de wereld

**De invloed van het eigen kerkrecht op de uitkomst van een
onrechtmatigedaadsactie van een individu
tegen het kerkgenootschap waarbij hij betrokken is**

Open Universiteit Nederland

Scriptie Nederlands Recht

Begeleiding: prof.mr. T.J. van der Ploeg

K.W. de Jong

Vogezestraat 1

3446 DE Woerden

0348 – 43 00 15

kwdj@planet.nl

studentnummer: 83 84 83 157

VOORWOORD

Toen ik in de zomer van 2008 mijn lenerspas van de UB Leiden met het inschrijvingsbewijs van de OU-module 'Scriptie' ging verlengen, zei de baliemedewerkster met een vriendelijke glimlach: 'Ik zal er nog maar een maandje bij doen. Een scriptie kost meestal veel tijd.' Ik kon op dat moment niet vermoeden dat het ruim anderhalf jaar zou duren. Ik ben blij dat ik nu kan afronden. Ik wil in het bijzonder mijn begeleider, prof. mr. T.J. van der Ploeg, hartelijk danken voor zijn inzet. Hij heeft van het eerste contact af met mij mee willen denken over een scriptie op het snijvlak van burgerlijk recht en kerkelijk recht. Hij heeft in de verschillende fases van het project kritische vragen gesteld. Dat leidde steeds tot een beter verstaan van de stof. Meer dan eens heb ik gedacht aan het zinnetje dat hij in zijn antwoord op mijn eerste brief schreef: 'Te vaak begrijpen juristen en theologen elkaar niet.' De benadering en de methoden van beide vakgebieden verschillen sterk. Naarmate ik daar door het schrijven van deze scriptie door zijn commentaar scherper zicht op kreeg, groeide het plezier. In de afgelopen weken keek ik al eens om me heen, welk vraagstuk ik nu zou kunnen gaan aanpakken.

Deze scriptie vormt de afronding van acht jaar studie Nederlands Recht aan de Open Universiteit. Ik dank al degenen die me daarbij begeleid hebben, al was het vaak op afstand. In de dank betrek ik ook met name mijn begeleider op het thuisfront, Tom, voor zijn voortdurende support om deze studie te doen.

Klaas-Willem de Jong

Woerden, 15 april 2010

INHOUD

1.	Inleiding	1
2.	Het grondrecht vrijheid van godsdienst en de inrichting van de kerkelijke organisatie	3
2.1	De Europese context	3
2.1.1	Subject van het recht	4
2.1.2	Object van het recht	5
2.1.3	Horizontale werking	7
2.2	De Nederlandse context	9
2.2.1	Artikel 6 van de Grondwet	10
2.2.2	Verticale werking: de inrichting van de kerkelijke organisatie	11
2.2.3	Horizontale werking	12
2.3	Conclusie	13
3.	De zorgvuldigheidsnorm in het rechterlijk oordeel over een onrechtmatige daad van een kerkgenootschap: een ontwerp	14
3.1	De verhouding tussen de wet en het kerkelijk statuut	14
3.2	De bemoeienis van de rechter met een onrechtmatige daad van een kerkgenootschap	19
3.3	Uitwerking van de zorgvuldigheidsnorm	21
3.4	Conclusie	29
4.	Toetsing van de ontwikkelde zorgvuldigheidsnorm aan de jurisprudentie	30
4.1	Uitingen met een interne werking	30
4.2	Uitingen met een externe werking	31
4.2.1	Meer naar binnen gerichte uitingen	32
4.2.1.1	Aard van de rechtsverhouding	32
4.2.1.2	Tuchtzaak	34
4.2.1.3	Afzetting van een geestelijke	37
4.2.1.4	Geheimhoudingsplicht	44
4.2.1.5	Uiting in een kerkdienst	46
4.2.1.6	Huwelijksontbindingsprocedure	47

4.2.1.7	Op de grens: uiting binnen en buiten de gemeente	49
4.2.2	Meer naar buiten gerichte uitingen	50
4.3	Conclusie	51
5.	Rechtsvergelijkend perspectief: Duitsland	53
5.1	De positie van de kerk in het rechtssysteem	53
5.2	De onrechtmatige daad	56
5.3	Conclusie	60
6.	Slotconclusie	61
Bijlage	De toegang tot de rechter	63
Literatuur		66
Jurisprudentie		73
Afkortingen		75

HOOFDSTUK 1 Inleiding

Zomer 2008. Een predikant treedt op als bemiddelaar in een burenruzie. Ten overstaan van de kerkenraad ondertekenen de strijdende partijen een overeenkomst. Een onafhankelijke taxateur zal de waarde van het huis van de een vaststellen. De ander zal het voor die prijs kopen. Komt een partij de overeenkomst niet na, dan treedt een boetebeding in werking. Als vervolgens de getaxeerde waarde van het huis sterk tegen blijkt te vallen, stapt de eigenaar van het huis naar de rechter.¹ Hij stelt dat de predikant en daarmee de kerkelijke rechtspersoon Hersteld Hervormde Gemeente te Montfoort de zaak onrechtmatig heeft beïnvloed. De predikant heeft zijns inziens met name door veel te bidden zijn gezag en functie misbruikt.²

Deze casus dient als voorbeeld voor vele andere. Met enige regelmaat stellen kerkleden een onrechtmatigedaadsactie in tegen de kerk waarvan zij lid zijn. De vraag die dan rijst is, naar welke normen de rechter dient te oordelen. Zijn dat specifiek kerkelijke normen of moet worden uitgegaan van hetgeen algemeen maatschappelijk aanvaard is? We raken hiermee een complex van vragen. Ik richt me in deze scriptie vooral op de verhouding tussen kerkelijk en burgerlijk recht. Ik stel me daarbij de vraag: *In hoeverre dient het eigen kerkrecht de uitkomst te bepalen van een onrechtmatigedaadsactie van een individu tegen het kerkgenootschap waarbij hij betrokken is?* Ik beoog met het antwoord op deze vraag een bijdrage te leveren aan de rechtsvinding op dit terrein.

Kerk moet hier en in het vervolg van deze scriptie opgevat te worden als kerkgenootschap in de zin van artikel 2:2 BW.³ Het hoeft daarmee niet per se om een christelijke organisatie te gaan. Religieuze groepen die zich op een andere wijze hebben georganiseerd, bijvoorbeeld in een stichting of vereniging, vallen echter buiten het gezichtsveld.

In hoofdstuk 2 start ik met een verkenning van het terrein. Ik ga na in hoeverre de kerk op grond van de vrijheid van godsdienst vrij is zijn eigen organisatie te kiezen en in te richten. Ik betrek daarbij zowel de Europese als de Nederlandse context. Naast de verticale werking komt eveneens de horizontale werking aan de orde. In het derde hoofdstuk richten we de blik op de wetgeving van ons eigen land. Ik ga in de eerste plaats na, welke ruimte de wet biedt aan het eigen kerkelijk statuut. Vervolgens schets ik kort de wijze onder welke voorwaarden de burgerlijke rechter zich met de vermeende

¹ Vgl. Rb. Utrecht 26 augustus 2008, *LJN* BJ6157.

² Zie verder par. 4.2.2.

³ Zie voor achtergronden: Santing-Wubs 2002, p. 16-20.

onrechtmatige daad van een kerkgenootschap bemoeit. Tot slot ontwikkel ik binnen de kaders van het voorgaande de norm waarmee de rechter de genoemde onrechtmatigedaadsacties zou moeten beoordelen. In hoofdstuk 4 toets ik de ontwikkelde norm aan de relevante jurisprudentie. Hoofdstuk 5 plaatst de beide voorgaande hoofdstukken in een rechtsvergelijkend perspectief: de Nederlandse in het licht van de Duitse situatie. In hoofdstuk 6 kom ik tot een antwoord op de probleemstelling.

HOOFDSTUK 2 Het grondrecht vrijheid van godsdienst en de inrichting van de kerkelijke organisatie

In dit hoofdstuk wil ik op twee punten nagaan hoe ver het grondrecht vrijheid van godsdienst reikt. In de eerste plaats betreft dat de ruimte die de wetgever kerken in hun organisatie dient te bieden. In de tweede plaats gaat het om de horizontale werking van het grondrecht.

In mijn beschrijving van het grondrecht vrijheid van godsdienst richt ik me om te beginnen op de Europese context, in het bijzonder op het in 1954 in werking getreden Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden.¹ De keuze voor het EVRM is ingegeven door verschillende redenen. Centraal staat de mogelijkheid voor individuen en groepen om bij vermeende schending van een van de beschreven grondrechten deze voor te leggen aan een onafhankelijke rechterlijke instantie. Dit recht heeft ertoe geleid dat de grondrechten zoals die in het verdrag zijn vastgelegd, steeds concreet in de praktijk worden getoetst. De inmiddels omvangrijke jurisprudentie vormt een belangrijke bron om de reikwijdte van de verdragsbepalingen vast te stellen. Mede daardoor heeft dit verdrag meer dan enig ander invloed uitgeoefend op de Nederlandse rechtspraak en doet het dat nog steeds.

In de tweede paragraaf verleg ik de aandacht naar de Nederlandse context. Ik besluit het hoofdstuk met enkele conclusies.

2.1 De Europese context

Artikel 9 van het EVRM luidt:

'1. Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften.

2. De vrijheid zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uiting te brengen kan aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

¹ Vgl. ook voor de vrijheid van godsdienst bijvoorbeeld de relatief recente Richtlijnen van de OVSE (2004) en Recommendation van de Raad van ministers van de Raad van Europa (2007) (zie Van der Ploeg 2008, p. 90).

In deze paragraaf ga ik in de eerste plaats na, wat of wie het subject van het in dit artikel geformuleerde grondrecht is. Vervolgens onderzoek ik waarop het grondrecht in dit artikel betrekking heeft, om tot slot in te gaan op de horizontale werking.

2.1.1 Subject van het recht

Het artikel zet net als enkele andere verdragsartikelen in met 'Een ieder'. Het Europese grondrecht heeft in principe betrekking heeft op een natuurlijk persoon.² De uitoefening van de in het grondrecht bedoelde uitingen kan 'hetzij alleen, hetzij in gemeenschap met anderen' plaats vinden. De tot 1998-99 op ontvankelijkheid toetsende Europese Commissie voor de Rechten van de Mens stelde echter aanvankelijk: de kerk 'being a legal and not a natural person, is incapable of having or exercising the rights mentioned in Article 9, paragraph (1) of the Convention'.³ De kerk werd beschermd via de rechten die aan haar individuele leden waren toegekend. In 1979 zorgde de Commissie voor nieuwe jurisprudentie.⁴ De kerk kreeg dezelfde rechten als haar individuele leden, omdat ze handelde 'on behalf of its members'.⁵ Een enkele keer blijkt er in het afgelopen decennium bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waardering voor religieuze instellingen als zodanig, al laat dat de inzet bij het individu onverlet. Als de organisatie niet zou vallen onder de bescherming van artikel 9 EVRM, 'other aspects of the individual's freedom of religion would become vulnerable'.⁶ De inzet bij het individu en de gemeenschap als optelsom van die individuen worden in dezelfde, uit 2000 daterende uitspraak van het Hof, nog eens onderstreept. 'Where the organisation of the religious community is at issue, Article 9 of the Convention must be interpreted in the light of Article 11', het recht op 'associative life'.⁷ Het Hof wil hiermee benadrukken dat het interne functioneren gevrijwaard dient te worden van directe staatsbemoeienis.⁸

² Hanson 2005, p. 805-809.

³ ECRM 17 december 1968, zaak 3798/68 (*Church of X. v. the United Kingdom*), *Yb ECHR* XII (1969), 314; vgl. ECRM 19 juli 1971, zaak 4733/71 (*X. v. Sweden*), *Yb XIV* (1971), 674.

⁴ De ommezwaai kondigde zich enkele jaren tevoren al aan toen de Commissie overwoog: 'Through the rights granted to its members under Art. 9, the church *itself* is protected' (ECRM 8 maart 1976, zaak 7374/76 (*X. v. Denmark*), *D&R* 5 (1976), 158 (par. 1), curs. KWdJ).

⁵ ECRM 5 mei 1979, zaak 7805/77 (*X. and Church of Scientology*), *Yb XXII* (1979), 244 // *D&R* 16 (1979), 68. Zie verder Hanson 2005, p. 809-810 en Vermeulen 2006, p. 764-766.

⁶ EHRM 26 oktober 2000, zaak 30985/96 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*), *AB* 2001, 183, par. 62.

⁷ Zie voor het citaat voorgaande noot. Vgl. EHRM 13 december 2001, zaak 45701/99 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*), *RJ&D ECHR*, 81, par. 118; recent nog: EHRM 14 juni 2007, zaak 77703/01 (*Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*), par. 108, 110, 112 en 117. In enkele gevallen waar het gaat om het recht op vereniging in een religieuze organisatie als zodanig, kiest het Hof ervoor art. 11 EVRM centraal te stellen en te beoordelen in het

Ik ga er in het vervolg vanuit dat naast het individu de kerk zelf drager van het internationale grondrecht kan zijn.

2.1.2 Object van het recht

Artikel 9 EVRM kent overlappings met verschillende andere grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging en vergadering. Kenmerkend voor artikel 9 is dat de overtuiging een zekere kwaliteit dient te bezitten, zij bevat 'a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance'.⁹ Het grondrecht heeft in de eerste plaats betrekking op het zogenaamde forum internum, het hebben van een godsdienstige overtuiging, alsmede het veranderen of niet hebben van zo'n overtuiging. Vervolgens is er dan het forum externum, de wijze waarop het belijden concreet vorm krijgt: het uiten van deze overtuiging in individuele en collectieve godsverering; het uitdragen en overdragen van deze overtuiging; het oprichten en inrichten van organisaties waarin voornoemde uitingen kunnen plaatsvinden; het zich verder naar deze overtuiging gedragen, voor zover dat direct uitdrukking geeft aan die overtuiging.¹⁰ Het is in het bestek van deze scriptie onmogelijk een volledig overzicht te geven van de uitingen die onder het grondrecht vallen. Ik beperk me tot een schets van de belangrijkste grenslijnen.

De eerste grenslijn wordt aangereikt in de zaak *Arrowsmith v. Verenigd Koninkrijk*. De commissie bepaalt uitdrukkelijk dat niet alle uitingen die ingegeven of beïnvloed zijn door een godsdienst of overtuiging onder de bescherming van het grondrecht vallen. Dat is alleen het geval als de uiting vanuit de godsdienst of overtuiging noodzakelijk is.¹¹ In de Europese jurisprudentie komen we het noodzakelijkheidsvereiste na de zaak *Arrowsmith* geregeld tegen.¹² Soms ontbreekt een toets aan dit vereiste en ko-

licht van art. 9 EVRM (EHRM 5 oktober 2006, zaak 72881/01 (*Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*), par. 58, 75 en 98; EHRM 5 april 2007, zaak 18147/02 (*Church of Scientology Moscow v. Russia*), par. 64, 72, 85 en 98 (een erkende schending van art. 11 EVRM in het licht van art. 9 EVRM)). De uitspraken zonder literatuurverwijzing in deze en volgende noten zijn te vinden op: < www.echr.coe.int >.

⁸ Vgl. voor art. 11 EVRM en religieuze organisaties Brems & Haeck 2004, p. 17-18.

⁹ EHRM 25 februari 1982, zaak 7511/76 en 7743/76 (*Campbell and Cosans v. United Kingdom*), EHRM 4 (1982), 293, par. 36. Deze opvatting is in de loop der jaren en geregeld bevestigd. Recent nog: EHRM 9 oktober 2007, zaak 1448/04 (*Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*), par. 55 en 66.

¹⁰ Vermeulen & Kanne 2004, p. 78. Zij noemen deze uitingsvormen in het kader van zowel art. 6 Gw als art. 9 EHRM. Vgl. Hanson 2005, p. 818.

¹¹ ECRM 12 oktober 1978, zaak 7050/75 (*Arrowsmith v. United Kingdom*), D&R 19 (1978), 5.

¹² Zie voor een overzicht: Evans 2001, p. 116-118; Hanson 2005, p. 820-823; Vermeulen 2006, p. 761-763.

men Hof of Commissie op eigen gezag tot de conclusie dat een bepaalde gedraging buiten de bescherming van artikel 9 EVRM valt.¹³

In het verlengde van het voorgaande ligt de constatering dat het voor een individu onder artikel 9 EVRM nauwelijks mogelijk is zich om godsdienstige redenen te onttrekken aan wetgeving die op iedereen van toepassing is en waaraan geen godsdienstige overwegingen ten grondslag liggen. Te denken valt aan de verplichte ouderdomsverzekering, belastingen, enzovoort.¹⁴ Een kerk dient zich te houden aan neutrale wetgeving met betrekking tot bouwvergunningen en dergelijke, tenzij de toepassing ervan gericht is op het beperken van het godsdienstig leven van een bepaalde groep.¹⁵

Een andere grenslijn voor het individu wordt gevormd door de mogelijkheid zelf een richting te kiezen die ruimte schept voor de uiting van de overtuiging.¹⁶ Een vrouw die om reden van geloof en familie niet wilde werken op zondag, kreeg bijvoorbeeld als reactie dat zij vrij was een andere werkgever te kiezen.¹⁷ Leden van een (staats)kerk werden in de eisen tegen hun kerk in het ongelijk gesteld, zolang zij maar de mogelijkheid hadden de kerk te verlaten.¹⁸

Verder is het de wetgever volgens artikel 9 lid 2 EVRM onder bepaalde voorwaarden toegestaan beperkingen op te leggen aan de vrijheid van belijden. Deze dienen bij wet te zijn voorzien, een rechtmatig doel te hebben en noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving. Het aantal veroordelingen omdat niet aan een of meer voorwaarden is voldaan, is klein.¹⁹

Met betrekking tot de kerkelijke organisatie kunnen we ten aanzien van artikel 9 EVRM het volgende vaststellen. Een godsdienstige gemeenschap moet zich effectief kunnen organiseren.²⁰ Organisatorisch is ze zelfstandig. Dat betekent in het licht van artikel 11 EVRM voor artikel 9: 'the believers' right to freedom of religion encompasses the expectation that the community will be allowed to function peacefully, free from arbitrary State intervention. Indeed, the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very

¹³ Evans 2001, p. 118-119.

¹⁴ Onderzoek van S. Stavros, kort samengevat in Hanson 2005, p. 823-824.

¹⁵ Zie voor achterliggende zaken: Vermeulen 2006, p. 763.

¹⁶ Zie voor een overzicht van zaken: Evans 2001, p. 127-131.

¹⁷ ECRM 9 april 1997, zaak 29107/95 (*Stedman v. United Kingdom*), D&R 89 (1997), 104.

¹⁸ Zie Evans 2001, p. 128-129.

¹⁹ Zie voor een bespreking van de clausule: Evans 2001, p. 133-167; Hanson 2005, p. 827-835; Vermeulen 2006, p. 768-770.

²⁰ EHRM 16 december 1997, zaak 143/1996/762/963 (*Canea Catholic Church v. Greece*), EHRR 27 (1999), 521, m.n. par. 40.

heart of the protection which Article 9 affords.²¹ Een religieuze gemeenschap dient gelegenheid te krijgen haar eredienst te houden en aanverwante activiteiten te organiseren.²² Hier tegenover staat dat Hof en Commissie veelal oordelen dat beperking van de mogelijkheden valt binnen de desbetreffende clausule van het artikel. Zo is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat de overheid intervenueert bij de benoeming van een geestelijke, mits in de wet de bevoegdheden voldoende duidelijk zijn vastgelegd en individuen kunnen opkomen tegen willekeur bij de uitvoering van de bevoegdheid.²³ Voorwaarde is wel dat de overheid zich verre houdt van een oordeel over overtuigingen.²⁴

2.1.3 Horizontale werking

Het Europese grondrecht vrijheid van godsdienst is voor ieder verbindend en heeft daarmee in principe horizontale werking in het Nederlandse recht.²⁵

Als de horizontale werking van artikel 9 EVRM aan de orde is in zaken waar een kerk en haar leden bij betrokken zijn, kunnen beide partijen zich op de vrijheid van godsdienst kunnen beroepen. Wat prevaleert in deze zaken, het individu of het collectief?²⁶ Op grond van het uitgangspunt dat de kerk handelt 'on behalf of its members'²⁷ zou men verwachten dat het handelen van het collectief afhankelijk wordt gesteld van de individuele gelovigen. Het is in de praktijk denkbaar dat het collectief, i.c. de kerkleiding, andere keuzes maakt dan de leden, zelfs als die de meerderheid vormen.²⁸ Toch kan de meerderheid haar grondrecht dan niet laten gelden, ook niet met een beroep op andere grondrechten. Daarmee zou het Hof immers impliciet een oordeel geven over

²¹ EHRM 26 oktober 2000, zaak 30985/96 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*), AB 2001, 183, par. 62. Vgl. recent EHRM 22 januari 2009, zaak 412/03 and 35677/04 (*Holy Synod Bulgarian Orthodox Church a.o. v. Bulgaria*), par. 103.

²² EHRM 26 september 1996, zaak 18748/91 (*Manoussakis a.o. v. Greece*), EHRR 23 (1997), 387, m.n. par. 48.

²³ EHRM 26 oktober 2000, zaak 30985/96 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*), AB 2001, 183, par. 84. Zie Hanson 2005, p. 818 en 829-830. Vgl. recent voor deze thematiek EHRM 22 januari 2009, zaak 412/03 and 35677/04 (*Holy Synod Bulgarian Orthodox Church a.o. v. Bulgaria*).

²⁴ Vgl. 'The right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate' (EHRM 26 september 1996, zaak 18748/91 (*Manoussakis a.o. v. Greece*), EHRR 23 (1997), 387), par. 47). In iets andere bewoordingen zo ook in latere arresten (recenter: EHRM 9 oktober 2007, zaak 1448/04 (*Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*), par. 54).

²⁵ Vgl. Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 185-186.

²⁶ Evans 2001, p. 127-128; Hanson 2005, p. 811-812; Vermeulen 2006, p. 766-767.

²⁷ Zie par. 2.1.1.

²⁸ Vgl. ECRM 8 maart 1985, zaak 11045/84 (*Knudsen v. Norway*), D&R 42 (1985), 247, p. 254, waar de opinie van zijn eigen gemeente en het advies van zijn bisschop niet konden voorkomen dat een Noorse priester ontslagen werd.

de aard en het functioneren van de organisatie. Staatskerken, maar ook van de staat onafhankelijke kerken, zijn niet gehouden de vrijheid van godsdienst te verzekeren voor hun voorgangers en leden als zij ingaan tegen leer en leven van de kerk. Het individu oefent het recht uit op het moment van het aanvaarden van het voorgangersambt, respectievelijk het lid worden. Het is voldoende als dat individu vervolgens de vrijheid heeft de kerk te verlaten.²⁹

In wat voor zaken kan de kerk zich in horizontale verhoudingen beroepen op de vrijheid van godsdienst? Dat zal in de eerste plaats de zaken gelden waarop ook de verticale werking betrekking heeft: inrichting van eredienst, organisatie en dergelijke.³⁰ Dit laat zich aan de hand van enkele zaken tussen (staats)kerken en hun leden nog iets nader preciseren. In *X. v. Denmark* verlangde een predikant dat ouders bij de doop van hun kind een vijftal lessen dienden te volgen. Hij weigerde gevolg te geven aan een aanwijzing die deze praktijk verbood. De Commissie oordeelde dat een predikant op grond van artikel 9 EVRM geen recht heeft op een van de kerkelijke praktijk afwijkende opvatting: hij is tewerk gesteld 'for the purpose of applying and teaching a specific religion.'³¹ In *Karlsson v. Sweden* had de kerkleiding goede gronden voor de verwachting dat een predikant niet op de vereiste wijze zou kunnen samenwerken met een eventuele vrouwelijke collega. Hij kwam daarom niet in aanmerking voor een leidinggevende functie waarin hij met vrouwelijke collega's zou moeten werken. De Commissie meende dat een predikant voor het bekleden van een bepaalde positie geen recht had op 'a special religious conception.'³² In *E.&G.R. v. Austria* maakte een echtpaar bezwaar tegen de verplichting hun kerkelijke bijdrage te betalen. De Commissie was van mening dat deze verplichting voortkwam uit hun lidmaatschap: 'The individual cannot reasonably claim (...) to remain a member of a particular church and nevertheless be free from the Legal obligations, including Financial obligations, resulting from this membership according to the autonomous regulations of the church in question.'³³ De Commissie tekent hierbij aan dat dit niet anders zou zijn, als het zou gaan om het recht op vereniging volgens artikel 11 EVRM. In *Fabian v. Switzerland* weigerde de kerk op te treden tegen een koster die een groep kerkleden ernstig geschoffeerd had. De Commissie zag hierin geen schending van artikel 9 EVRM, deels

²⁹ ECRM 8 maart 1976, zaak 7374/76 (*X. v. Denmark*), *D&R* 5 (1976), 157. Het ging in dit geval om een staatskerk. Voor voorgangers is er ook een ongepubliceerde uitspraak over een van de staat onafhankelijke kerk (Hanson 2005, p. 812 – nt 112).

³⁰ Zie het slot van par. 2.1.2.

³¹ ECRM 8 maart 1976, zaak 7374/76 (*X. v. Denmark*), *D&R* 5 (1976), 157, p. 158 (par. 1).

³² ECRM 8 september 1988, zaak 12356/86 (*Karlsson v. Sweden*), *D&R* 57 (1988), 172, p. 175 (par. 2).

³³ ECHR 14 mei 1984, zaak 9781/82 (*E.&G.R. v. Austria*), *D&R* 37 (1984), 42.

omdat de leden net als in de andere voorgaande zaken vrij waren de kerk te verlaten of een andere kerk te kiezen.³⁴ Op grond van deze voorbeelden kunnen we vaststellen dat de kerk in interne zaken vrij is, ook in het stellen van bepaalde eisen en het opleggen van bepaalde verplichtingen aan voorgangers en leden. Deze vrijheid wordt slechts begrensd door de clausulering in het tweede lid van artikel 9 EVRM.

De Britse juriste Carolyn Evans plaatst kritische kanttekeningen bij de gedachte dat het voldoende is dat een individu kan kiezen een kerkgemeenschap te verlaten. Dit doet volgens haar geen recht aan de complexe relatie tussen gelovige en kerkgemeenschap.³⁵ Deze verschilt wezenlijk van die tussen het individu en een willekeurige andere organisatie. Vertrek uit een kerkgemeenschap kan van invloed zijn op iemands geestelijk welzijn, maar vanwege sociaal-economische afhankelijkheid van die gemeenschap ook materieel en persoonlijk effect hebben. Het Hof zou daarom deze factor in zijn oordeel moeten meewegen. In eerste instantie zou ik op zich nog wel een stapje verder willen gaan dan Evans. Gelet op de verwevenheid tussen collectief en individu heeft de kerk trekken van de overheid. De grondrechten verschaffen in eerste instantie bescherming van het individu tegen de overheid. Waarom zouden zij dat in zekere mate ook niet doen ten opzichte van de kerk? Tussen kerk en overheid bestaat echter één wezenlijk verschil, waardoor ik toch niet met Evans mee kan gaan. Aan de overheid kan men zich als burger in beginsel niet onttrekken, aan een kerkgenootschap wel. Daar komt bij dat áls het individu meer rechten zou krijgen, dit ten koste zou gaan van de rechten van het collectief. Dat zou de rechten van het collectief die net als die van het individu wezenlijk tot het grondrecht horen, in de kern aantasten. Het is dan ook niet verwonderlijk dat Evans geen concrete voorstellen doet om het individu meer rechten te verschaffen tegenover de kerk.³⁶

2.2 De Nederlandse context

Het grondrecht van de vrijheid van godsdienst en overtuiging wordt in de Nederlandse rechtspraak naast internationale verdragen bepaald door de grondwet, al mag de rechter formele wetten niet aan de grondwet toetsen. Ik geef eerst een korte schets

³⁴ ECRM 16 mei 1977, zaak 7562/76 (*Fabian v. Switzerland*), ongepubliceerd. Zie voor een korte beschrijving Evans 2001, p. 129 – nt 145.

³⁵ Evans 2001, p. 127-131.

³⁶ Ten aanzien van een betere verticale werking van artikel 9 EVRM stelt Evans voor dat het Hof minder restrictief omgaat met het eerste lid van het artikel en meer nadruk legt op de beperkingsmogelijkheden van het tweede lid (Evans 2001, p. 200-209, m.n. p. 208).

van de reikwijdte van artikel 6 van de Grondwet. Vervolgens ga ik in op de ruimte die het grondrecht aan kerken biedt om zelf de inrichting van hun organisatie te bepalen. Tot slot bespreek ik de horizontale werking van het grondrecht in de Nederlandse situatie.

2.2.1 Artikel 6 van de Grondwet

Artikel 6 van de Nederlandse grondwet heeft de volgende inhoud:

'1. Ieder heeft het recht zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet kan ter zake de uitoefening van dit recht buiten gebouwen en besloten plaatsen regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.'

Anders dan bij het Europese grondrecht, is het 'ieder' in artikel 6 Gw van meet af aan ruim geïnterpreteerd.³⁷ In de eerste plaats vormen individuen het subject van het grondrecht. Mede als gevolg van de woorden 'in gemeenschap met anderen' kunnen ook collectieven zoals kerken aanspraak maken op dit artikel van de grondwet. Zij hoeven daarvoor niet per se rechtspersoonlijkheid te bezitten.

De vrijheid van godsdienst in artikel 6 Gw is verwant met de in de grondwet neergelegde vrijheid van meningsuiting en het vergader- en betogingsrecht. Artikel 1 j° 6 Gw waarborgt een gelijke behandeling van verschillende kerken en overtuigingen door de overheid. Net als op Europees niveau wordt aangenomen dat er in de godsdienstige overtuiging sprake moet zijn van een zekere kwaliteit.³⁸ Tot het belijden van godsdienst of overtuiging behoren dezelfde uitingen als die bij artikel 9 EVRM gegeven zijn, al wordt het bereik in de grondwetstekst slechts globaal aangeduid.³⁹ De vrijheid van belijden is beperkt tot gedrag 'voor zover dat in redelijkheid rechtstreeks uitdrukking geeft aan die overtuiging'.⁴⁰ Daartoe behoort onder meer de inrichting van de kerkelijke organisatie.

Artikel 6 Gw kent twee clausuleringen. De eerste is te vinden in het eerste lid: 'behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet'. Bij formele wet kan de vrijheid van godsdienst worden beperkt, ook binnen gebouwen en open plaatsen. De tweede clausule is met het tweede lid gegeven. Lagere overheden mogen godsdienstige en

³⁷ Zie voor deze alinea: Vermeulen 2000, p. 94-95.

³⁸ Vgl. Kortmann 2008, p. 429-430; Van der Pot/Elzinga e.a. 2006, p. 371.

³⁹ Zie par. 2.1.2.

⁴⁰ *Kamerstukken I* 1987/88, 19 427, nr. 135b, p. 4 (N.B. niet geheel juist geciteerd bij Vermeulen 2000, p. 95).

levensbeschouwelijke activiteiten buiten gebouwen en besloten plaatsen reguleren. Dat is een verdergaande inperking dan de clausulering van artikel 9 EVRM.⁴¹ Aan de regulering door lagere overheden zijn twee voorwaarden verbonden. In de eerste plaats dient een specifiek wettelijk voorschrift hun dit toe te staan. Daarnaast dient de regulering plaats te vinden 'ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.' Een en ander neemt echter niet weg dat ten gevolge van een redelijke uitleg van de grondrechten ook algemene beperkingen in lagere regelgeving zijn toegestaan, zoals het vereisen van een bouwvergunning, het stellen van brandveiligheidseisen, enzovoort. In dit verband zij volledigheidshalve opgemerkt dat in bijvoorbeeld het vermogensrecht voor kerken dezelfde regels gelden als voor ieder ander.

2.2.2 Verticale werking: de inrichting van de kerkelijke organisatie

Vrij algemeen wordt aangenomen dat uit artikel 6 Gw en in het bijzonder de woorden 'in gemeenschap met anderen' voor kerken organisatievrijheid mag worden afgeleid.⁴² Een uitzondering vormt J.W. van Ee die stelt dat deze vrijheid uit artikel 8 Gw, de vrijheid van vereniging, voortvloeit.⁴³ Hij is van mening dat net als bij een vereniging de wetgever een kerkgenootschap kan verplichten zich te voegen in een bepaald formeel-juridisch kader. Mijns inziens zijn de regels van een kerk doorgaans zo nauw verbonden met haar belijden dat de organisatievrijheid direct voortvloeit uit artikel 6 Gw.⁴⁴ Omgekeerd kan men zich afvragen of er niet erg weinig overblijft van de vrijheid van belijden 'in gemeenschap met anderen' als de inrichting van de organisatie daarvan uitgesloten is.⁴⁵ Van der Pot maakt bij de organisatievrijheid de restrictie 'voorzover zulks althans nodig is voor de uitoefening van de belijdenisvrijheid binnen die organisaties'.⁴⁶ Wie zal echter de reikwijdte van 'de uitoefening van de belijdenisvrijheid' bepalen? Het lijkt vanzelfsprekend dat de interne procedure voor de benoeming van een geestelijke er onder valt. Maar hoe zit dat met een organist? En met een koster? Het is ondoenlijk een grens te trekken. Het eerste deel van Van der Pots restrictie lijkt me daarom niet opportuun. Anders ligt dat met het tweede deel, 'binnen die organisaties'.

⁴¹ Vermeulen 2000, p. 99-100.

⁴² Kortmann 2008, p. 430-431; Van der Pot/Elzinga e.a. 2006, p. 374-375.

⁴³ Van Ee 1996, p. 170-171.

⁴⁴ Vgl. Van der Ploeg 2008, p. 91.

⁴⁵ Vgl. Van Bijsterveld 1998, p. 33, die constateert dat in de rechtspraak relatief veel accent wordt gelegd op het 'cultische element' van de vrijheid van godsdienst. Vgl. Van Ee 1996, p. 170.

⁴⁶ Van der Pot/Elzinga e.a. 2006, p. 374.

Met Van der Ploeg en anderen ben ik van mening dat ‘de rechten en vrijheden van anderen’ (vgl. artikel 9 lid 2 EVRM) het noodzakelijk kunnen maken formele regels te stellen.⁴⁷ Zo kán voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid registratie worden vereist. Het luistert echter nauw. Wenst een kerkgenootschap geen rechtspersoonlijkheid – of verkrijgt het die zoals in ons land op andere gronden – dan kunnen vanuit de vrijheid van godsdienst grote vraagtekens worden geplaatst bij verplichte registratie.⁴⁸

2.2.3 Horizontale werking

B.P. Vermeulen ziet niet hoe in de horizontale werking van het onderhavige grondrecht afwijkingen zonder meer herleid kunnen worden tot de beperkingsclausules. Dat wordt versterkt door ‘de grote variëteit van primair door het privaatrecht beheerste verhoudingen.’⁴⁹ Hij onderscheidt vier typen rechtsrelaties met daarbij behorende afwegingscriteria: de interne sfeer van het kerkgenootschap, de sfeer van organisaties op bijzondere grondslag, die van andere organisaties, en de sfeer buiten organisatorische en contractuele verbanden.⁵⁰ In de eerste twee is het collectief ‘veeleer’ drager van het grondrecht. Het individu heeft in het kader van het grondrecht alleen het recht toe of uit te treden. Het doet bij toetreding afstand van zijn vrijheid, ‘verplicht het zich aan haar doelstellingen en (haar interpretatie van de) grondslag te onderwerpen.’ De leiding is als representant van het collectief ‘bevoegd de belijdenis te organiseren en zonodig door disciplinaire maatregelen conformiteit af te dwingen.’ In de derde sfeer is sprake van een sterke indirecte werking: het grondrecht wordt als zwaarwegend belang meegewogen. Slechts in de vierde sfeer ziet Vermeulen ruimte voor directe horizontale werking: beperking van de vrijheid is slechts geoorloofd voor zover ze binnen de betreffende clausulering valt. Anders dan de regering acht hij artikel 6:162 BW daartoe ongeschikt, omdat dit wetsartikel niet voldoet aan de met de grondwettelijke clausule verbonden specificiteitseis.⁵¹ Toepassing acht hij alleen mogelijk als onrechtmatigheid het gevolg is van onwetmatigheid, ofwel van overtreding van de strafwet.

De benadering van Vermeulen richt zich primair op het individu. Het collectief, het kerkgenootschap, krijgt alleen in de eerste sfeer aandacht. In deze sfeer is de vrij-

⁴⁷ Van der Ploeg 2008, p. 91-92. Vgl. ook Van Bijsterveld 1998, p. 42-43.

⁴⁸ Vgl. Van der Ploeg 2008, p. 93-94.

⁴⁹ Vermeulen 2000, p. 106.

⁵⁰ Vermeulen 2000, p. 106-108. Vgl. Van der Pot 2006, p. 378-379, die er bij Vermeulen drie onderscheidt (de derde en de vierde beschouwt hij mijns inziens ten onrechte als één).

⁵¹ Vgl. Vermeulen 1995, m.n. p. 7-8 en 25-27; *Kamerstukken II 1975-76*, 13872, nr. 4, p. 83 (de uitspraak had betrekking op artikel 7 lid 1 Gw dat eenzelfde clausulering kent).

heid van godsdienst voor het collectief een sterk grondrecht. Het vertoont in Vermeulens perceptie ten opzichte van individuele leden absolute trekken. Beperking is in beginsel namelijk uitgesloten. Dat lijkt me terecht voor zover het handelen van de kerk tot de interne sfeer beperkt blijft.

Vermeulens overzicht maakt niet duidelijk wat de reikwijdte van het grondrecht voor het kerkgenootschap is, als het directe effect van kerkelijk handelen ten opzichte van betrokkenen de interne kaders overschrijdt. Denk aan het geval waarin een geestelijke wordt afgezet en zich beroept op artikel 6:162 BW. Deze situatie ligt dicht aan tegen de eerste sfeer, maar bevat tevens trekken van de vierde. Vermeulens bezwaar tegen het gebrek aan specificiteit in dit wetsartikel treft ook in dit geval doel. De vrijheid van het kerkgenootschap wordt een belang dat de rechter afweegt tegen de rechten van het individu. De clausulering van het grondrecht vergt echter dat het de wetgever is die grenzen stelt. Het principiële gelijk van Vermeulen stuit evenwel op het praktische probleem dat hij ook zelf signaleert: door de veelkleurigheid in (rechts)verhoudingen is beperking van het grondrecht in horizontale relaties vaak niet terug te voeren tot een clause. Ik houd het er daarom op dat slechts aan de hand van wetgeving en rechtspraak een nadere positiebepaling mogelijk is.

2.3 Conclusie

Kerkgenootschappen in het Nederlandse rechtsgebied hebben volgens het grondrecht vrijheid van godsdienst het recht hun eigen interne organisatie te bepalen. Dit neemt niet weg dat de Nederlandse wetgever formele regels kan stellen met het oog op de bescherming van rechten en vrijheden van anderen.

In de horizontale werking van het grondrecht is in het interne handelen van het kerkgenootschap het collectief drager van het recht. Beperking is beginsel niet mogelijk. Bij handelen ten aanzien van betrokkenen dat het interne bereik overschrijdt kan bij onrechtmatigheid inbreuk worden gemaakt op het grondrecht. De voorwaarden waaronder vergen nadere studie van wetgeving en rechtspraak.

HOOFDSTUK 3 De zorgvuldigheidsnorm in het rechterlijk oordeel over een onrechtmatige daad van een kerkgenootschap: een ontwerp

In dit hoofdstuk wil ik in drie stappen een visie ontwikkelen op de zorgvuldigheidsnorm die moet worden toegepast op een eventuele onrechtmatige daad die zich binnen een kerkgenootschap voordoet. Eerst ga ik na hoe in wet en doctrine de verhouding tussen wet en kerkelijk statuut wordt gezien. Vervolgens stip ik kort de vragen aan die te maken hebben met de toegang tot de burgerlijke rechter waar het kerkelijke zaken betreft. In de derde paragraaf bespreek ik meer uitvoerig de bedoelde zorgvuldigheidsnorm. Ik let daarbij in het bijzonder op de invloed die het statuut op de normering heeft.

3.1 De verhouding tussen de wet en het kerkelijk statuut

Welke ruimte biedt de wet aan het eigen statuut? Het (Nieuw) Burgerlijk Wetboek werkt in artikel 2:2 lid 2 het grondrecht vrijheid van godsdienst op dit punt als volgt uit:

'Zij [kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waar zij zijn verenigd] worden geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet. Met uitzondering van artikel 5 gelden de volgende artikelen van deze titel niet voor hen; overeenkomstige toepassing daarvan is geoorloofd, voor zover deze is te verenigen met hun statuut en met de aard der onderlinge verhoudingen.'

Uitgangspunt is dat kerkgenootschappen worden geregeerd door het eigen statuut, geschreven en ongeschreven regels¹ van inrichting en bestuur.² De wet geeft geen definitie van het begrip statuut. Het dient mijns inziens in artikel 2:2 BW ruimer te worden opgevat dan de statuten bij civielrechtelijke rechtspersonen.³ Ook bijvoorbeeld wat elders onder reglementen wordt verstaan, valt eronder.⁴ Dat lijkt me een gelukkige

¹ Wat betreft de ongeschreven regels verwijst Santing-Wubs 2002, p. 73 – nt 124, naar Van Bijsterveld 1998, p. 47, die dat op haar beurt echter niet nader fundeert. Van Bijsterveld lijkt te verwijzen naar de situatie waarin er in het geheel geen geschreven regels zijn. Zelf ga ik ervan uit dat er binnen een kerkgenootschap naast de verzameling van geschreven regels ook ongeschreven regels bestaan die op eenzelfde wijze aanspraak kunnen maken op geldigheid.

² Bij de combinatie 'inrichting en bestuur' wijst Santing-Wubs 2002, p. 72, op artikel 1 van de Wet op de kerkgenootschappen van 1853. Zij vat dit primair juridisch op: het statuut is niet de plaats om over leerstellingen uit te weiden. Dat mag zo zijn, tegelijk bepalen statuten 'de identiteit van de rechtspersoon' (Asser/Maijer 1997, nr. 35), meer dan in juridische zin alleen.

³ Santing-Wubs 2002, p. 71-76, is op dit punt niet duidelijk. Zij lijkt (p. 76) het statuut van een kerk en de statuten van een andere rechtspersoon in principe op een lijn te zetten.

⁴ De regering stelde aanvankelijk alleen 'reglementen' voor, maar dit stuitte op verzet van de Tweede Kamer vanwege connotaties met de reglementen die Koning Willem I aan de kerken had opgelegd. Op verzoek van de Kamer werd het 'statuut' zonder dat de regering aan deze wijziging inhoudelijk betekenis wilde toekennen. De minister stelt in de Nota van Wijziging: 'Waar later in de tekst gesproken wordt over statuten en reglementen, zal in de op kerkgenoot-

keuze. In kerken is het onderscheid tussen statuut en reglementen vaak minder scherp dan elders.⁵ Niet alleen wat elders statuten heten, maar ook eventuele reglementen kunnen worden ingegeven en ingekleurd door het belijden dat door het grondrecht vrijheid van godsdienst wordt beschermd. Aan het statuut in deze brede zin wordt de beperking gesteld dat dit 'niet in strijd is met de wet.' De doctrine heeft zich in de afgelopen decennia geregeld bezig gehouden met deze zinsnede.⁶ Ik geef de verschillende posities kort weer om vervolgens zelf een standpunt te formuleren.

Aan de ene kant van het spectrum staat J.W. van Ee die van mening is dat art. 2:2 BW de kerkgenootschappen geen uitzonderingspositie toekent.⁷ Het statuut dient te voldoen aan de normen van 'een ruime openbare orde'. Een kerk is vrij 'de eigen juridische inrichting en organisatie in het statuut te bepalen'. Zij kan echter geen afwijkende regelingen maken ten aanzien van het vermogensrecht, bijvoorbeeld ten aanzien van de arbeidsovereenkomst. Titel 1 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is in Van Ee's optiek onverkort van toepassing. De wetgever kan regels stellen ten aanzien van oprichting en vertegenwoordiging. Dat kan zij ook ten aanzien van de arbeidsorganisatie van een kerk, bijvoorbeeld met het oog op de instelling van een ondernemingsraad. Enzovoort.

Andere auteurs gaan minder ver. Van Schilfgaarde en het handboek van Pitlo/Löwensteyn houden het erop dat de vrijheid wordt beperkt door 'dwingend recht'.⁸ Pitlo/Raaijmakers biedt de kerk wat meer ruimte met de omschrijving 'fundamentele (...) beginselen van onze rechtsorde'.⁹ Deze omschrijvingen moeten begrepen worden tegen de achtergrond van ontwikkelingen in de voorafgaande decennia. Ik begin met I.A. Diepenhorst. Als Eerste Kamerlid acht hij in de jaren vijftig het begrip 'wet' te ruim en wenst in plaats daarvan (!) 'fundamentele dwingende regels van het gemene recht' te lezen.¹⁰ Hij noemt als zodanig de 'zedelijkheid en de billijkheid, de redelijkheid en de goede trouw, de vrijheid, welke ook in het civiele overeenkomstenrecht moet worden beschermd'. Onder verwijzing naar Diepenhorst wil J.M.M. Maeijer vele jaren later het

schappen toepasselijke bepalingen daaronder ook het "statuut" begrepen moeten worden geacht' (Parl. Gesch. NBW Boek 2, p. 88).

⁵ Zie het korte overzicht van kerken en islamitische organisaties in Santing-Wubs 2002, p. 73-76.

⁶ Zie voor een overzicht Santing-Wubs 2002, p. 33-52.

⁷ Van Ee 1996, p. 178-179.

⁸ Van Schilfgaarde 1979, p. 125; Pitlo/Löwensteyn 1994, nr. 1.5. Zo ook de (aanvankelijke) opvatting van de minister: Parl. Gesch. NBW Boek 2, p. 71.

⁹ Pitlo/Raaijmakers 2000, nr. 3.05. Meer ruimte bieden ook Hardenberg 1980 en Blanco Fernández 2005 die het kerkrecht vanuit het internationaal privaatrecht benaderen. Deze visie heeft weinig weerklank gevonden. Ik laat haar verder buiten beschouwing.

¹⁰ Parl. Gesch. NBW Boek 2, p. 108-109. Vgl. Diepenhorst 1946, p. 280.

begrip 'wet' niet door iets anders vervangen maar op deze wijze interpreteren.¹¹ Hij onderscheidt daarbij tussen het interne en externe optreden van het kerkgenootschap. In het externe optreden is het dwingend recht van toepassing, zoals dat ook bij een andere rechtspersoon het geval zou zijn. Intern – inrichting, organisatie, intern functioneren – ligt het anders. Dan dient het beperkt te zijn tot de 'fundamentele dwingende regels', regels met 'voorrangspretentie'. Maeijer noemt in dat verband 'de objectieve goede trouw of redelijkheid en billijkheid'¹² waarvan grove schending tot rechterlijk ingrijpen zou moeten leiden, en de 'privaatrechtelijke grondnorm' dat iemand ten aanzien van een kerkgenootschap vrij moet zijn toe of uit te treden.¹³ A.P.H. Meijers onderschrijft Maeijers benadering, al meent hij dat het onderscheid tussen intern en extern niet goed te maken is, aangezien burgerlijk en canoniek recht verstrengeld zijn.¹⁴ Met het oog op de godsdienstvrijheid is rechterlijke terughoudendheid daarom op zijn plaats. De grens ligt bij een grove schending van de fundamentele rechtsbeginselen van de rechtsorde.¹⁵ Santing-Wubs vat de grens van Maeijer en Meijers zo op dat niet iedere (kleine) schending daaronder hoeft te vallen.¹⁶ Zij stemt in met de lijn die Maeijer uitzet. Ze meent echter dat naast de normen van redelijkheid en billijkheid ook strafrechtelijke bepalingen en aan artikel 6 EVRM ontleende fundamentele beginselen van procesrecht van toepassing zijn op het interne kerkelijk handelen.¹⁷ Zij doelt bij het laatste in het bijzonder op een eerlijke behandeling (hoor en wederhoor, gelijke proceskansen, motiveringsvereiste), een redelijke termijn en onpartijdigheid.

De regering heeft verschillende posities ingenomen. In de tweede MvA bij de vaststelling van Boek 2 BW meende zij dat het bij 'de wet' alleen om dwingend recht kon gaan:

'Het tweede lid beantwoordt aan de tegenwoordige rechtspraak, die in dit opzicht tussen een kerkgenootschap en een gewone vereniging geen onderscheid maakt'.¹⁸

¹¹ Maeijer 1986, p. 10/58-12/60 (vgl. 7/55-8/56); Asser/Maeijer 1997, nr. 220. Overeenkomstig: Oldenhuis 1988a, p. 214. Maeijer (en naast anderen bijvoorbeeld ook Santing-Wubs 2002, p. 51) stelt mijns inziens ten onrechte dat Diepenhorst het begrip 'wet' in het wetsartikel als zodanig interpreteert. Diepenhorst doet namelijk een voorstel voor een alternatieve formulering, in lijn met zijn opvatting, omdat het begrip 'wet' hem te ruim is.

¹² Voor de (on)houdbaarheid van dit standpunt ten aanzien van de interne verhoudingen: zie par. 3.3.

¹³ Van Ee 1996, p. 176 – nt 114, en in navolging van hem Santing-Wubs 2002, p. 41 – nt 117, stellen terecht dat van een 'privaatrechtelijke grondnorm' om te kunnen toe- en uittreden geen sprake is. Het kerkgenootschap kan bij toetreding hoge eisen stellen en het recht om uit te treden is vastgelegd in verdragen en grondwet.

¹⁴ Meijers 1994, p. 17, 28 en 29.

¹⁵ Meijers 1994, p. 17. Zie ook Santing-Wubs 2002, p. 45.

¹⁶ Santing-Wubs 2002, p. 47-48.

¹⁷ Santing-Wubs 2002, p. 47-48. Vgl. voor de beginselen van procesrecht met name p. 132-140.

¹⁸ Parl. Gesch. NBW Boek 2, p. 71.

Bij de aanpassing van Boek 2 ten gevolge van de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 dacht zij in eerste instantie ook aan dwingend recht.¹⁹ Maar in reactie op een verzoek om verheldering van de Tweede Kamer hield zij het op 'een beperkt aantal bepalingen omtrent misdrijven volgens het Wetboek van Strafrecht die van fundamentele aard zijn', ofwel 'zeer zwaarwegende dwingend-rechtelijke bepalingen'.²⁰ Andere terreinen van het recht bleven buiten beschouwing. Bij de behandeling in de Eerste Kamer verbreedde de minister zijn blik en sloot hij zich openlijk aan bij de opvatting van Maeijer, al lijkt hij die te nuanceren:

'Ook mij komt het voor dat voor het begrip "wet" in de onderhavige bepaling naar probleemgebied dient te worden geïnterpreteerd, naarmate de regels van het statuut nauwer dan wel minder nauw verband houden met de kern van hetgeen in het kerkgenootschap wordt beleden en met hetgeen de vrijheid van inrichting, gebaseerd op de scheiding tussen kerk en staat, rechtstreeks meebrengt.'²¹

Alvorens verder te gaan, wil ik eerst kort persoonlijk de balans opmaken. De wetgever heeft aan het kerkgenootschap een eigen positie toebedeeld.²² Dit neemt niet weg dat zij in de verhouding van het kerkelijk statuut tot de wet zeker aanvankelijk geen onderscheid wilde maken tussen kerkgenootschap en vereniging. De benadering van Diepenhorst van het wetsontwerp wijst erop: hij was niet tevreden met het begrip 'wet' en wenste vanwege haar eigen karakter meer vrijheid voor de kerk. Van Ee heeft daarom een wetshistorisch argument als hij het kerkgenootschap in dit opzicht (!) geen bijzondere positie wil toekennen. Maar hiermee is het laatste woord nog niet gezegd. Zo kan gewezen worden op latere standpunten die de regering inneemt en die de kerk duidelijk meer ruimte bieden. Belangrijker echter acht ik de onderliggende principes, scheiding van kerk en staat, en vrijheid van godsdienst. Die nopen volgens de Hoge Raad bij het toepasselijk verklaren van materieel burgerlijk recht op de interne rechtsverhoudingen tot 'uiterste terughoudendheid' bij de rechter.²³ Een dergelijke terughoudendheid acht ik gelukkiger dan de lijn die de regering in laatste instantie voorstond, waarin

¹⁹ Parl. Gesch. NBW Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing BW, p. 120.

²⁰ Parl. Gesch. NBW Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing BW, p. 125, resp. p. 135.

²¹ Parl. Gesch. NBW Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing BW, p. 115.

²² Van der Ploeg 2008, p. 85. Anders Van Ee 1996, p. 178. Van Ee beroept zich onder meer op E.M. Meijers (p. 166 en 173). Meijers 1958, p. 265, laat echter zien dat in andere landen dan het onze, landen met een scherpe scheiding tussen kerk en staat, een kerkgenootschap 'niets anders [wordt] dan een privaatrechtelijke vereniging van personen'. Meijers toont met deze observatie ook, dat als er meer accent wordt gelegd op de scheiding van kerk en staat, zoals Ee doet, het kerkgenootschap niet anders kan zijn dan een willekeurige vereniging, al zal er doorgaans wel aparte regelgeving op van toepassing zijn. Vgl. verder Van der Ploeg 2004a, p. 27, die het toekennen van rechtspersoonlijkheid als in artikel 2:2 BW 'een kwestie van opportuniteit' noemt.

²³ HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 173. Zie Santing-Wubs 2002, p. 163-164. Vgl. voor de verwevenheid van theologie en kerkrecht Van Drimmelen 2004a, p. 17-18; Van der Ploeg 2004a, p. 23.

de gelding van de kerkelijke regels afhankelijk werd gesteld van de relatie van elk van die regels tot het kerkelijk belijden. De rechter zal zich dan namelijk impliciet moeten gaan uitspreken over de inhoud van het belijden: is er een relatie van het kerkelijk belijden tot de regel en zo ja, in welke mate? Al met al kom ik praktisch uit op het standpunt van Maeijer die in feite een dubbele terughoudendheid voorstaat: *grove* schending van *fundamentele* dwingende regels rechtvaardigt rechterlijk ingrijpen.

Het voorstel van Santing-Wubs om ten aanzien van intern handelen ook de belangrijkste procesrechtelijke beginselen als fundamentele regels te aanvaarden, oogt sympathiek. Zij geeft echter ook aan dat alternatieve geschillenbeslechting als arbitrage, bindend advies en mediation eveneens minder waarborgen biedt op dit terrein.²⁴ Mits in lijn met artikel 17 Gw vrijwillig van deze waarborgen afstand wordt gedaan, wordt dit vanwege de snelheid van rechtspleging op de koop toegenomen. Waarom zou dit omwille van de kerkelijkheid van de rechtspleging, met als voordeel dat de eigen godsdienstige normen daar optimaal tot gelding kunnen worden gebracht, niet kunnen? Bij toetreding ziet het lid vrijwillig van een aantal waarborgen af.²⁵ Als voorbeeld neem ik kerkgenootschappen waarvan de hoogste beroepsinstantie, de generale synode, per traditie slechts eens per drie jaar vergadert. Men kan dat als puur praktisch beschouwen. Het heeft echter ook een inhoudelijke kant: naar de stellige overtuiging van het kerkgenootschap ligt het zwaartepunt bij de plaatselijke gemeente. In bepaalde gevallen zal door de verschillende beroepsinstanties een zaak zich vele jaren kunnen voortslepen. Nu wordt in het wereldlijk recht de redelijke termijn verschillend uitgewerkt.²⁶ Maar ook als de kerkelijke rechtsgang naar algemeen maatschappelijke maatstaven tot een overschrijding van de redelijke termijn zou leiden, handelt de kerk in een dergelijk geval onrechtmatig? Een bevestigend antwoord zou mijns inziens te diep ingrijpen in de kerkelijke organisatievrijheid. Ik meen dan ook dat de kerk intern zelf procesrechtelijke regels kan stellen.²⁷ Daarin kan ze afwijken van de algemeen aanvaarde procesrechtelijke beginselen. Stelt ze zelf geen regels of zijn ze onvoldoende helder,

²⁴ Santing-Wubs 2002, p. 131-132.

²⁵ Dat wordt bij de liturgische inkadering van het aangaan van het lidmaatschap overigens vaak niet duidelijk. De GKN kende bij het afleggen van openbare geloofsbelijdenis, waarmee iemand alle rechten en plichten van het kerkgenootschap kreeg, de vraag 'belooft gij u gewillig te onderwerpen aan het herderlijk opzicht en de tucht der kerk' (Kerkboek 1968, p. 417). De NHK had alleen bij de doop aan volwassenen een vergelijkbare vraag, namelijk of iemand zich 'aan alle christelijke vermaningen' wil 'onderwerpen' (Dienstboek 1965, p. 77). Een dergelijke zinsnede is in de PKN niet meer gebruikelijk (Dienstboek 2004, p. 133, 138, 141, 151, 158). Bij de bevestiging tot ambtsdrager (diaken, ouderling, predikant) valt een vergelijkbare tendens waar te nemen.

²⁶ Zie Jansen 2000, p. 59-76 (civiel recht), p. 77-96 (strafrecht), p. 97-122 (bestuursrecht).

²⁷ Vgl. Van der Ploeg 2005, p. 270.

dan zal de rechter in de geest van de kerkorde moeten oordelen, maar veelal niet anders kunnen doen dan de procesrechtelijke beginselen wel toepasselijk te verklaren.

3.2 De bemoeienis van de rechter met een onrechtmatige daad van een kerkgenootschap

Nu we de verhouding tussen wet en kerkelijk statuut hebben vastgesteld, kunnen we vervolgens nagaan wat dit betekent voor de toetsing door de rechter: onder welke voorwaarden kan hij tot toetsing van het interne kerkelijk handelen overgaan?²⁸ Artikel 17 Gw, dat aan het slot van de vorige paragraaf al even aan de orde kwam, geeft een aanzet voor een antwoord op de eerste vraag. Het bepaalt:

‘Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.’

Toch is de weg naar de burgerlijk rechter in eerste instantie afgesloten als er een interne kerkelijke rechtsgang bestaat, mits deze met voldoende waarborgen is omkleed.²⁹ Als een dergelijke interne rechtsgang voorhanden is, is de eiser in beginsel niet ontvankelijk. Dit is slechts anders als de zaak een spoedeisend belang kent en het kerkelijk statuut daar niet of onvoldoende in voorziet.³⁰ Als de interne rechtsgang eenmaal doorlopen is, kan het resultaat in principe wel aan de rechter worden voorgelegd. In dit opzicht is er geen verschil tussen onrechtmatige daad en andere grondslagen.³¹

Het voorgaande betekent nog niet dat de rechter zich te allen tijde ook bevoegd zal achten. Artikel 112 lid 1 Gw bepaalt:

‘Aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen.’

De vraag wat onder burgerlijke rechten en schuldvorderingen moet worden verstaan is voorwerp van discussie.³² In de praktijk is het voldoende dat een eiser zich op een bur-

²⁸ Zie voor een uitvoeriger bespreking van deze problematiek aan de hand van twee uitspraken bijlage 1 van deze scriptie.

²⁹ Santing-Wubs 2002, p. 101. Vgl. de samenhangende arresten Hof Arnhem 24 juni 2008, *LJN* BF3815, par. 5.3.4 en Hof Arnhem 19 januari 2010, *LJN* BL0003, *NJF* 2010, 94, par. 3.3.5, waarin ook een direct beroep op de rechter mogelijk wordt geacht in het geval ‘dat het statuut voor het betreffende geschil geen voorschriften bevat’. Dat zet de deur wel heel ruim open.

³⁰ Santing-Wubs 2002, p. 103.

³¹ Vergelijk de situatie in het bestuursrecht. Ook dan zal de zaak bij de burgerlijk rechter niet ontvankelijk zijn als er een met voldoende waarborgen omgeven andere, bestuursrechtelijke rechtsgang open staat (of stond). Een uitzondering op deze regel vormt echter schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Dan is ook bij de mogelijkheid van een verdere bestuursrechtelijke rechtsgang de zaak ontvankelijk (zie *Bax* 2000, p. 523 – nt 1963).

³² *Bax* 2000, p. 522.

gerlijk recht en/of een schuldvordering beroept. Het is vervolgens aan de rechter om uit te spreken of dat terecht is. De jurisprudentie laat zien dat bij een vermeende onrechtmatige daad de rechter zich in principe bevoegd acht, ook in kerkelijke zaken.³³

Bij het voorgaande dient een kanttekening geplaatst te worden. Is er in kerkelijke zaken bij een vermeende onrechtmatige daad wel altijd sprake van een burgerlijk recht en/of schuldvordering? Wezenlijk voor een onrechtmatige daad volgens artikel 6:162 BW is de aanwezigheid van schade.³⁴ Behoudens vragen rond causaliteit, omvang en dergelijke, is dat voor materieel nadeel op zich duidelijk. Voor immateriële schade biedt artikel 6:106 BW een aanknopingspunt. Dit wetsartikel geeft situaties voor schade die niet vermogensrechtelijk van aard is maar wel voor vergoeding in aanmerking komt.³⁵ De eerste betreft het oogmerk van de laedens de gelaedeerde bepaalde immateriële schade toe te brengen. De tweede is de aantasting van goede eer en naam, alsmede de aantasting van iemands nagedachtenis. De derde omvat aantasting in de persoon in enige vorm van letsel. Dat kan ook psychisch zijn. In de parlementaire geschiedenis is dit omschreven met ernstige psychische storingen.³⁶ Volgens de Hoge Raad dient het te worden onderscheiden van 'enkel psychisch onbehagen'.³⁷ De vierde situatie heeft betrekking op andere aantastingen in de persoon, met name schending van fundamentele rechten. In hoeverre deze vormen van schade in kerkelijke zaken als zodanig erkend worden, zal in het vervolg moeten blijken.

Op grond van het voorgaande stel ik vast dat een deel van het interne kerkelijk handelen geen onrechtmatige daad kan vormen, namelijk dat deel dat geen schade in de zin van de wet tot gevolg heeft. De rechter komt in een dergelijk geval bij een vordering met onrechtmatige daad als grondslag in feite geen oordeel toe. De rechter zal er echter doorgaans niet aan ontkomen de zaak in behandeling te nemen en vast te stellen of er al dan niet sprake is van schade.

³³ Zie recent nog Hof Arnhem 24 juni 2008, *LJN* BF3815, par. 5.2.4.

³⁴ Vgl. Van der Ploeg 2005, p. 269. Vgl. verder Jansen (C.H.M.), *Onrechtmatige daad* I, artikel 162 lid 1 BW): de vergoeding is in beginsel een geldelijke, maar onder omstandigheden kan het ook 'een andere vorm dan betaling van een geldsom zijn' (artikel 6:103 BW).

³⁵ Verburg 2009, p. 17-21.

³⁶ Parl. Gesch. Boek 6, p. 389.

³⁷ Voor het eerst (Verburg 2009, p. 19): HR 4 februari 1983, *NJ* 1984, 631. Bij 'enkel psychisch onbehagen' kan ook gesteld worden dat er geen sprake is van voldoende belang (artikel 3:303 BW). Vgl. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853, par. 3.5, waar de Hoge Raad uitsprak dat 'een zuiver emotioneel belang' onvoldoende belang is met het oog op een verklaring voor recht als bedoeld in artikel 3:302 BW. Bij een onrechtmatige daad zou dit echter anders kunnen zijn.

3.3 Uitwerking van de zorgvuldigheidsnorm

Het is algemeen aanvaard dat artikel 6:162 BW ook op kerkgenootschappen van toepassing is.³⁸ Het verschil van inzicht spitst zich toe op de intern te hanteren zorgvuldigheidsnorm.³⁹ Hoewel sommigen een subtiel onderscheid willen maken tussen de zorgvuldigheidsnorm enerzijds en redelijkheid en billijkheid anderzijds, zou ik beide aan elkaar gelijk willen stellen. Als er al verschil in uitkomst is, is dat minimaal.⁴⁰

Volgens Van Ee moet het kerkgenootschap op dezelfde wijze behandeld worden als een andere rechtspersoon. Hij stelt:

'Normen van redelijkheid en billijkheid gelden voor een ieder, ongeacht de situatie of het motief, zowel extern als intern in het kerkgenootschap.' Zijn eindconclusie: 'Regels over de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt zijn zowel intern als extern van toepassing.'⁴¹

Van Ee acht het ondoenlijk om onderscheid te maken tussen intern en extern optreden. Het gevolg hiervan is dat de zorgvuldigheidsnormen in alle gevallen dezelfde zijn.

Aan Van Ee moet worden toegegeven dat het niet altijd eenvoudig is in het kerkelijk handelen intern en extern van elkaar te onderscheiden. Bij de andere rechtspersonen waarvoor Titel 1 van Boek 2 geldt, is dat echter eveneens het geval.⁴² Ten aanzien van de toepasselijkheid van redelijkheid en billijkheid op de interne verhoudingen bepaalt artikel 2:8 BW dat deel uitmaakt van deze Titel:

1. Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.
2. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Voor de invulling van de hier bedoelde redelijkheid en billijkheid kan teruggegrepen worden op artikel 3:12 BW:

'Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het geval betrokken zijn.'⁴³

³⁸ Bijvoorbeeld: Asser/Maijer 1997, nr. 220; Van Ee 1996, p. 177; Oldenhuis 2002, p. 45; Oldenhuis 2003, p. 148; Van der Ploeg 2005, p. 270-272; Van der Ploeg 2007, p. 19-20.

³⁹ N.B. bij 'inbreuk op een recht' en 'strijd met een wettelijke plicht', de andere onrechtmatigheidsgronden uit artikel 6:162 BW, gaat het om externe normen (zie Van der Ploeg 2005, p. 271 – nt 43).

⁴⁰ Santing-Wubs 2002, p. 216; vgl. p. 46-47 – nt 142.

⁴¹ Van Ee 1996, p. 177, resp. p. 179.

⁴² Vgl. voor het toepassingsbereik van artikel 2:8 BW Huizink (*Rechtspersonen I*), m.n. art. 8-11 – 8-13.

⁴³ Dit heeft door de schakelbepaling van art. 3:15 BW ook toepassing buiten het vermogensrecht, 'voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.'

Het gaat om álle bij het geval betrokken belangen, ook als het een niet natuurlijke rechtspersoon betreft.⁴⁴ Naast de normen van het kerkgenootschap komen met dit artikel eveneens andere normen binnen het vizier, zoals ‘algemeen erkende rechtsbeginselen’. In hoeverre dient een kerkgenootschap hiermee rekening te houden?

Overeenkomstige toepassing van artikel 2:8 BW is naar de letter van artikel 2:2 lid 2 BW binnen kerken geoorloofd – en naar wordt aangenomen onder omstandigheden ook geboden⁴⁵ – ‘voor zover deze is te verenigen met hun statuut en de aard der onderlinge verhoudingen’. De ruimte voor de toepassing van de redelijkheid en billijkheid op de interne verhoudingen moet daarom beperkt worden geacht.⁴⁶ Ze stuit immers al snel op de grenzen van ‘het statuut’ en ‘de aard der onderlinge verhoudingen’.⁴⁷ Daar staat tegenover dat deze grenzen niet absoluut gesteld kunnen worden.⁴⁸ Dan zou namelijk het ‘voor zover’ niet in strijd met de wet uit artikel 2:2 lid 1 BW geen enkele betekenis meer hebben.

Het tweede lid van artikel 2:8 BW, de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, verdient aparte aandacht. Naar de letter zal het in kerkelijke zaken niet of nauwelijks gebruikt kunnen worden.⁴⁹ Buiten toepassing verklaren van een onderdeel van het statuut zal immers niet snel te verenigen zijn met het statuut zelf, tenzij er bijvoorbeeld sprake is van evidente tegenstrijdigheden binnen het statuut. Toch kan het ook niet zo zijn dat bij interne kerkelijke verhoudingen artikel 2:8 lid 2 BW geheel buiten zicht raakt. Een regel uit de wet zou dan wel door redelijkheid en billijkheid terzijde gesteld kunnen worden, maar een regel uit een kerkelijk statuut niet. Dat strijdt met een redelijke wetsuitleg.⁵⁰ De minister achtte anders dan ten aanzien van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid bij de beperkende werking ‘terughoudendheid’ op

⁴⁴ Zo Van der Ploeg 2005, p. 266. Vgl. Parl. Gesch. NBW Boek 3, p. 1032-1037. Er zijn bij de totstandkoming van het wetsartikel stemmen opgegaan de zinsnede ‘bij het geval betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen’ te schrappen. De wetgever heeft er echter bewust voor gekozen de zinsnede te laten staan.

⁴⁵ Zie Santing-Wubs 2002, p. 52-53, en de daar gegeven literatuur.

⁴⁶ Vgl. de opvatting van Maeijer in par. 3.1.

⁴⁷ Vgl. de procesrechtelijke regels uit het slot van par. 3.1. Deze dragen een fundamenteel karakter. Ze zijn naar de letter van de wet echter slechts van toepassing voor zover ze niet in strijd komen met het statuut. Het statuut kan dus anders bepalen.

⁴⁸ Vgl. Santing-Wubs 2002, p. 50-51.

⁴⁹ Ook bij andere rechtspersonen wordt in de rechtspraak hoogstzelden van dit artikel gebruik gemaakt (Huizink (*Rechtspersonen I*), art. 8-21).

⁵⁰ Vgl. Huizink (*Rechtspersonen I*), m.n. art. 2-22, die constateert dat enerzijds redelijkheid en billijkheid door Maeijer gerekend worden tot de regels met ‘voorrangspretentie’, maar anderzijds de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid door art. 2:2 lid 2 j^o 2:8 lid 2 (en 2: 15 lid 2) BW wordt uitgesloten. Huizink werkt dit punt echter niet verder uit.

zijn plaats.⁵¹ In het kader van de toepasselijkheid op kerkgenootschappen zou ik mij op grond van artikel 2:2 lid 2 BW sterker willen uitdrukken: in dat kader is zeer grote terughoudendheid gepast.⁵² Het 'onaanvaardbaar' uit artikel 2:8 lid 2 BW wijst er al op dat toepassing alleen in het uiterste geval mogelijk is. Voor kerken geldt dat wel in het bijzonder. Maeijer meent dat artikel 2:2 lid 2 BW de rechter vooral tot voorzichtigheid maant bij analogische toepassing van Titel 1 van Boek 2 en stelt: 'Voor analogische toepassing zal plaats kunnen zijn, indien het gaat over rechtsvragen waaromtrent het statuut van het kerkelijk lichaam geen uitsluitel geeft.'⁵³ Blijkbaar gaat het bij Maeijer alleen om de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid. Dat acht ik onjuist.⁵⁴ Ik houd het erop dat, voor zover redelijkheid en billijkheid de verhoudingen binnen het kerkgenootschap bepalen, dit in principe hun aanvullende werking betreft.⁵⁵ Als er in uitzonderlijke situaties sprake is van de beperkende werking, dan zal dit betrekking hebben op bepalingen die een uitvoerend karakter dragen. Bij grondleggende bepalingen uit het statuut komt de vrijheid van godsdienst al te zeer in gevaar.

In de vorige paragraaf concludeerde ik met Maeijer dat *grove* schending van *fundamentele* dwingende regels rechterlijk ingrijpen rechtvaardigt. In het voorgaande meen ik voldoende te hebben aangetoond dat redelijkheid en billijkheid ten aanzien van kerkgenootschappen slechts tot op zekere hoogte tot deze fundamentele regels behoren. Voor zover dit wel het geval is, is het predicaat 'grove' inherent aan de redelijkheid en billijkheid zelf. Het komt ook tot uiting in de wijze van toetsen. In het algemeen wordt aangenomen dat de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW nopen tot een marginale rechterlijke toetsing van het (interne) gedrag van de rechtspersoon. Dat geldt ook kerkgenootschappen.⁵⁶ De rechter vraagt zich af, hoever de vrijheid van het orgaan reikt. Alleen waar evident is dat de vrijheid niet geëerbiedigd dient te worden, zal hij kunnen ingrijpen. Dat doet hij ten aanzien van beslissingen en gedragingen die

⁵¹ Parl. Gesch. NBW Boek 6, p. 70.

⁵² Meer ruimte voor de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid wenst Santing-Wubs 2002, p. 214 – nt 52, die stelt 'dat de rechter het statuut heeft te respecteren, al blijven ook daarbij de normen van redelijkheid en billijkheid als "poortwachter" fungeren.' Volledigheidshalve merk ik op dat soms het statuut zelf enige ruimte biedt. Als voorbeeld noem ik artikel XIX van de kerkorde van de PKN (Kerkorde PKN 2003, p. 22) dat een opening biedt voor het terzijde stellen van kerkelijke regelgeving in tijden van nood.

⁵³ Vgl. Asser/Maeijer 1997, nr. 215.

⁵⁴ Het is de vraag of de derogerende werking in het moderne recht volledig uitgesloten kan worden. Het hoort wezenlijk bij de redelijkheid en billijkheid (vgl. Asser/Hartkamp 2005, m.n. nr. 314). In artikel 6:2 en 6:248 BW is het tweede lid opgenomen opdat – ook vanwege de voorgeschiedenis – buiten twijfel zou dat de beperkende werking onderdeel uitmaakt van de redelijkheid en billijkheid (zie Parl. Gesch. NBW Boek 6, p. 67).

⁵⁵ N.B. het artikel heeft betrekking op alle onderlinge verhoudingen (Parl. Gesch. NBW Boek 2, p. 137).

⁵⁶ Zie Santing-Wubs 2002, m.n. p. 166-168. Vgl. Oldenhuis e.a. 2007, p. 122.

zijns inziens zo onjuist zijn dat geen redelijk mens daartoe kan komen.⁵⁷ Nauw verbonden met de marginale toetsing is het feit dat de rechter zich dient te onthouden van een oordeel over geloofskwesties.⁵⁸

Het principe van de marginale toetsing is niet geheel onweersproken gebleven. Ik neem als voorbeeld M. Koelemeijer in haar dissertatie *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen*.⁵⁹ Zij stelt dat de vrijheid van de rechtspersoon niet mag leiden tot onredelijke en onbillijke beslissingen. Het oordeel dat een beslissing onredelijk en onbillijk is, mag evenwel niet lichtvaardig worden genomen. Ze meent dat een dergelijke terughoudende benadering juist voortvloeit uit een volledige toetsing. Alle belangen moeten worden meegenomen. Aangezien die dikwijls sterk uiteen lopen, zal de rechter per definitie voorzichtig zijn in zijn oordeel. Mijns inziens ontkracht dit argument de redenering. Voorzichtigheid vanwege een veelheid van belangen is mijns inziens iets anders dan het weloverwogen meewegen van de betrokken belangen. De uitkomsten van marginale en volle toetsing zullen in Koelemeijers optiek in de praktijk dicht bij elkaar liggen. Ten aanzien van de kerkelijke rechtspersoon heb ik echter principieel bezwaar tegen deze benadering. Bij kapitaalvennootschappen zal de rechter tegen het praktische bezwaar oplopen dat hij meestal niet over voldoende kennis van zaken beschikt. Bij een kerkgenootschap dient hij evenwel afstand te bewaren, omdat de beleidsvrijheid in principe voortkomt uit het grondrecht vrijheid van godsdienst.

Het tweede punt dat in verband met de grofheid van de schending genoemd moet worden is de parallel met de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel bij sport en spel.⁶⁰ De gedachte is dat betrokkenen bij sport en spel 'tot op zekere hoogte gevaarlijke gedragingen waartoe die activiteit uitlokt of die erin besloten liggen, van elkaar hebben te *verwachten*.'⁶¹ Ook bij sport en spel speelt het probleem van de afgrenzing: wat behoort er wel toe en wat niet.⁶² Bepalend is de onderlinge verhouding – vgl. het 'als zodanig' in artikel 2:8 lid 1 BW – maar ook andere omstandigheden zijn van belang. De meeste auteurs achten het opzettelijk toebrengen van letsel onrechtmatig.⁶³ Is opzet niet aanwezig, dan is grove schuld of een zware fout nodig voor onrechtmatigheid. Er

⁵⁷ P. Borst (1969) geciteerd bij Santing-Wubs 2002, p. 165.

⁵⁸ Zie Santing-Wubs 2002, m.n. p. 187-194.

⁵⁹ Koelemeijer 1999, p. 38.

⁶⁰ Vgl. Oldenhuis 2003, p. 144. Er wordt ook gesproken van risicoaanvaarding. Sport en spel is een van de categorieën waarbij dit het geval is. Aangezien ze door het verenigingsverband waarin ze beoefend worden verwantschap vertonen met het kerkelijk leven, heb ik ervoor gekozen sport en spel voor het voetlicht te halen (zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 128 – 131 en de daar vermelde literatuur).

⁶¹ Jansen (K.J.O., *Onrechtmatige daad* I, artikel 162 lid 2 BW), aant. 93.2.

⁶² Jansen (K.J.O., *Onrechtmatige daad* I, artikel 162 lid 2 BW), aant. 93.3.

⁶³ Jansen (K.J.O. *Onrechtmatige daad* I, artikel 162 lid 2 BW), aant. 93.4.

bestaat echter verschil van mening over de vraag of er een scherpe scheiding valt aan te brengen tussen 'gewone' of 'grove' schuld, of dat er sprake is van een glijdende schaal. Spelregels spelen bij dit alles een rol maar zijn niet beslissend, althans voor zover de betrokkene overtreding van die regels moet verwachten. Naast deelnemers kunnen ook organisatoren en trainers vanuit hun zorgplicht aansprakelijk zijn, al wordt de aansprakelijkheidsdrempel bij hen minder hoog geacht dan bij deelnemers.⁶⁴ De overeenkomsten tussen kerk en sport en spel zijn sterk. Net als bij leden en organen van een kerk bestaat er bij de deelnemers aan en organisatoren/trainers van sport en spel een bijzondere verhouding. Zij zijn ten opzichte van elkaar niet willekeurige personen. Het gaat te ver om te stellen dat net als bij sport of spel een kerklid rekening dient te houden met 'gevaarlijk' gedrag van andere leden en organen. Toch zal hij moeten beseffen dat onverkwikkelijke verwickelingen binnen het kerkgenootschap een grotere impact op zijn sociaal-maatschappelijk leven kunnen hebben dan bij een willekeurige andere vereniging. Maar er is ook een wezenlijk verschil. De schade waar een kerklid rekening mee te houden heeft, kan niet anders dan bij zeer hoge uitzondering het gevolg zijn van overtreding van de (kerkrechtelijke) regels. Hij hoeft in beginsel immers geen rekening te houden met schade ten gevolge van schending van die regels.

Samenvattend: in de verhouding tussen een kerk en bij die kerk betrokkenen 'als zodanig' zal de rechter bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm zijn uitgangspunt moeten nemen in het statuut van de kerk. Hij toetst marginaal aan de interne (procedure)regels en grijpt slechts bij grove schending daarvan in.

Bij extern handelen zullen de algemeen maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen en/of contractuele normen gehanteerd dienen te worden. In de praktijk gaat het vaak om grensgevallen tussen intern en extern. Aan welke normen dient de uiting dan geijkt te worden?

Verskillende juristen hebben zich bezig gehouden met deze en soortgelijke vragen. We beginnen met F.T. Oldenhuis die zich als een van de eersten uitvoeriger met de problematiek heeft bezig gehouden. Hij formuleert aanvankelijk de vuistregel: 'hoe meer de betwiste gedraging of mededeling "naar binnen gericht" is, des te groter de invloed wordt van de specifieke kerkrechtelijke regels bij de beantwoording van de vraag of de zorgvuldigheidsnorm is geschonden.'⁶⁵ Hij geeft twee voorbeelden. Het eerste betreft de uitlating van een predikant in een eredienst die door een kerklid als

⁶⁴ Jansen (K.J.O. *Onrechtmatige daad* I, artikel 162 lid 2 BW), aant. 93.5.

⁶⁵ Oldenhuis 1994, p. 313.

grievend is ervaren.⁶⁶ Daar acht hij de ruimte voor toetsing door de burgerlijke rechter minimaal. Anders ligt het bij een meer extern gerichte gedraging. Hij noemt daarbij het voorbeeld van een kerkvoogdij die een huuropzegging vergezeld laat gaan van suggestieve redenen die de goede naam van bepaalde kerkleden schaden.⁶⁷ De huurders hebben recht op openbaarmaking van de feitelijke gronden, ook al behoren ze tot dezelfde kerk.

In latere publicaties lijkt Oldenhuis zijn standpunt te nuanceren.⁶⁸ Hij maakt onderscheid tussen meer naar binnen en meer naar buiten gerichte uitingen en noemt dit met nadruk 'een handvat in het kader van de rechtsvinding en niet meer dan dat'.⁶⁹ De hierboven aangehaalde vuistregel herhaalt hij niet expliciet. Impliciet is die wel aanwezig, al beperkt die zich tot het meer interne handelen. Oldenhuis stelt dat bij het toetsen van dit handelen de kerkelijke gebruiken en de eigen regels tot gevolg kunnen hebben 'dat de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm van kleur verschieft.' Hij bedoelt hiermee: 'De huisstijl van het kerkgenootschap maakt dat het omslagpunt – namelijk waar de vrijheid van het kerkgenootschap om de eigen regels te stellen c.q. de vrijheid zich te gedragen zoals men deed, eindigt en de schending van de zorgvuldigheidsnorm begint – niet spoedig zal zijn bereikt.'⁷⁰ Maar ook dan is er een omslagpunt. Oldenhuis wijst in dit verband op een huwelijksontbindingsprocedure voor de Rooms-Katholieke kerkelijke rechtbank. Deze rechtbank maakte gebruik van een psychiatrisch rapport waarvoor de betrokkene nooit persoonlijk geconsulteerd was. Het Hof 's-Hertogenbosch beoordeelde de handelwijze van zowel de psychiater als het bisdom onrechtmatig.⁷¹

Verschillende auteurs modificeren Oldenhuis' onderscheid in de *gerichtheid* van meer naar binnen en meer naar buiten gerichte uitingen. D.A.C. Slump houdt het in een bijdrage aan de Oldenhuis-bundel op de 'interne en externe *werking* van bepaalde kerkelijke besluiten.'⁷² Het is niet duidelijk in hoeverre hij hiermee bewust een eigen kleur geeft aan Oldenhuis' onderscheid in verschillende uitingen, daarbij mogelijk teruggrijpend op oudere literatuur.⁷³ Santing-Wubs heeft geen andere intentie dan het

⁶⁶ Bedoeld zal zijn Pres. Rb. Arnhem 24 februari 1989, KG 1989, 114. Zie par. 4.2.1.3.

⁶⁷ Bedoeld zal zijn Pres. Rb. Groningen 27 augustus 1992, rolnr. KG 189/92. Zie par. 4.2.1.4.

⁶⁸ Het is de vraag of Oldenhuis zijn standpunt bewust heeft genuanceerd. In Oldenhuis e.a. 2007, p. 115, wordt de hiervoor weergegeven opvatting zonder voorbehoud opgenomen. Dit kan de keuze van een co-auteur zijn geweest, maar ook dan zal dit vanwege de gezamenlijke eindverantwoordelijkheid voor de tekst niet geheel buiten Oldenhuis om zijn gegaan.

⁶⁹ Oldenhuis 2002, p. 46. Idem: Oldenhuis 2004, p. 186.

⁷⁰ Oldenhuis 2002, p. 46. Voor mijn gevoel iets voorzichtiger: Oldenhuis 2004, p. 186.

⁷¹ Bedoeld is: Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1998, rolnr. 1117/97/Ro. Zie par. 4.2.1.6.

⁷² Slump 1997, p. 77-80 (curs. KWdJ).

⁷³ Vóór de publicaties van Oldenhuis en Slump ter zake: Maeijer 1986, m.n. p. 7/55-8/56; vóór de publicatie van Slump daarnaast ook nog: Van Ee 1996, m.n. p. 175-177.

weergeven van Oldenhuis' opvattingen en doet dat op vergelijkbare wijze als Slump: 'het onderscheid tussen "intern" en "extern" *werkende* gedragingen'.⁷⁴ In tegenstelling tot de vorige auteurs is bij T.J. Van der Ploeg duidelijk dat hij bewust wil spreken van uitingen 'die een maatschappelijke (externe) *uitwerking* hebben' en gedragingen die dat niet hebben.⁷⁵ Van der Ploeg tekent daarbij aan dat dit onderscheid wat hem betreft losstaat van de gerichtheid van de uiting. Opzegging van de huur valt volgens hem in de externe sfeer, de 'afsnijding' – opzeggen van het kerklidmaatschap – in principe in de interne. De eerste kan volgens Van der Ploeg een onrechtmatige daad vormen, de tweede in principe niet. Bij een onrechtmatige daad dient er zijns inziens een volle toetsing aan redelijkheid en billijkheid plaats te vinden. Het individu geniet de volle bescherming van het BW en artikel 6 EVRM. Dit onderscheidt de onrechtmatige daad van een besluit, waar slechts marginaal getoetst wordt.⁷⁶ Bij een besluit gaat het om de vaststelling van het recht binnen de rechtspersoon. Dan weegt het belang van de rechtspersoon het zwaarst. Bij een onrechtmatige daad behoren de belangen van de betrokkene en de rechtspersoon volgens Van der Ploeg meer gelijkwaardig gewogen te worden.⁷⁷ Van der Ploeg geeft hiermee in feite gehoor aan de oproep van Evans om in het kader van de horizontale werking van de vrijheid van godsdienst het individu meer rechten te geven ten opzichte van het collectief.⁷⁸

Mijn eigen positie in deze is als volgt. Met Van der Ploeg maak ik onderscheid tussen uitingen met een 'maatschappelijke (externe) uitwerking' en uitingen die dat niet hebben. De laatste categorie zal geen onrechtmatige daad vormen. Er is in een dergelijk geval immers geen schade in de zin van de wet. Binnen de uitingen met een externe uitwerking dient onderscheid gemaakt te worden tussen twee soorten. Daarbij neem ik de terminologie over van Oldenhuis die uitgaat van de gerichtheid van een uiting. De eerste soort betreft een uiting die meer naar binnen gericht is, zoals een 'afsnijding'. Dat *kán* onder omstandigheden een onrechtmatige daad zijn. Ik noem het voorbeeld van een leraar die ten gevolge van het feit dat hem het kerklidmaatschap ontzegd wordt, ontslagen wordt. Hij voldoet namelijk niet meer aan de 'kerkeis' die de school

⁷⁴ Santing-Wubs 2002, p. 48 (curs. KWdJ).

⁷⁵ Van der Ploeg 2005, p. 271 (curs. KWdJ). Vgl. voor intern-extern ook p. 267. Zie ook Versteeg 1959, p. 8, die 'toetsing van een regeling [mogelijk acht], zodra de gevolgen daarvan naar buiten treden.'

⁷⁶ Vgl. ook Van der Ploeg 2005, p. 266, voor de marginale toetsing van besluiten.

⁷⁷ Van der Ploeg komt hiermee in de uitkomst dicht in de buurt van Oldenhuis, die als de rechtspositie van een geestelijke in het geding is, pleit voor een extensief hanteren van de beginselen van zwaarwegend recht.

⁷⁸ Zie het slot van par. 2.1.3.

stelt.⁷⁹ Een ander voorbeeld is de afzetting van een geestelijke.⁸⁰ Ik betoogde hiervoor dat de toepasselijkheid van redelijkheid en billijkheid op interne kerkelijke verhoudingen beperkt is. Bij een vermeende onrechtmatige daad lijkt me evenwel een (marginale) toetsing aan de hand van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW op zijn plaats. De derogerende werking van redelijkheid en billijkheid kan in uitzonderlijke situaties worden ingeroepen, met name bij grove schending van fundamentele rechtsbeginselen.

Naast de meer naar binnen gerichte uiting is er de meer naar buiten gerichte uiting (die ook naar buiten uitwerkt). Te denken valt aan de door Van der Ploeg genoemde opzegging van de huur. Bij een onrechtmatige daad zal dan integraal getoetst worden aan de hand van contractuele normen of algemeen aanvaarde zorgvuldigheidsnormen. Dat kan onder omstandigheden ook betekenen dat een regel uit het kerkelijk statuut buiten toepassing wordt verklaard.

Van der Ploeg stelt dat bij een onrechtmatige daad de belangen van rechtspersoon en betrokkene meer gelijkwaardig gewogen dienen te worden. Ik meen dat daarin enige nuancering op zijn plaats is. Bij een meer naar buiten gerichte uiting stem ik met hem in. Bij een meer naar binnen gerichte uiting daarentegen mag verhoudingsgewijs het belang van de rechtspersoon zwaarder wegen dan dat van de betrokkene, terwijl bij een besluit de balans verder doorslaat in de richting van de rechtspersoon. Mijn belangrijkste argument daarvoor is de keuze die het individu maakt om zich bij de kerk aan te sluiten of een (betaalde) functie te vervullen. De betrokkene onderwerpt zich daarmee im- of expliciet aan het gezag van de kerk. Ik wees in dit verband eerder op de parallel met sport en spel en de bijbehorende risicoaanvaarding. Dat betekent evenwel niet dat hij bij een onrechtmatige daad waarborgen als die van artikel 6 EVRM zonder meer hoeft op te geven. Een tweede argument vind ik in de vergelijking met andere rechtspersonen waarop artikel 2:8 BW van toepassing is. Daar wordt in een vergelijkbare situatie marginaal getoetst.⁸¹ Dat dient dan a fortiori te gelden voor het

⁷⁹ Vgl. de zaken beschreven in CGB 28 september 2000 (oordeelnr. 2000-67) en 21 december 2004 (oordeelnr. 2004-168) (< www.cgb.nl >), waar overigens de eisers hun lidmaatschap vrijwillig opzeggen. Ook zijn andere situaties denkbaar, met name in kerkgenootschappen waar kerkelijk en burgerlijk leven sterk met elkaar verweven zijn. Zij hanteren nogal eens het klassieke gereformeerde kerkrecht, waar bij afsnijding wordt opgeroepen de omgang met de betrokkene te vermijden (genuanceerd: Bouwman 1934, par. 109, sub c). Als iemand economisch afhankelijk is van de eigen groep, heeft afsnijding op dat vlak dan zonder meer grote gevolgen.

⁸⁰ Het maakt niet uit of de aanstelling gekwalificeerd moet worden als arbeidsovereenkomst (vgl. de benadering van Dijk & Van der Ploeg 2007, p. 208-210).

⁸¹ Vgl. voor de vereniging Dijk & Van der Ploeg 2007, p. 137; Kollen 2007, p. 98-99. Hierbij zij wel opgemerkt dat anders dan kerken verenigingen expliciet de mogelijkheid hebben verplichtingen aan haar leden op te leggen (zie: Van der Ploeg 2005, p. 264 – nt 6).

kerkgenootschap, aangezien dat een beroep kan doen op de vrijheid van godsdienst. Mijn derde argument betreft de (on)mogelijkheid van een volle toetsing die het gevolg is van een gelijkwaardiger wegen van belangen. Deze toetsing zal ten gevolge van de vrijheid van godsdienst beperkt moeten zijn. Door onbekendheid met de vaak ingewikkelde materie is de kans groot dat de rechter zich impliciet toch over inhoudelijke zaken uitspreekt. Dezelfde onbekendheid vergroot de kans dat dit willekeurig gebeurt.⁸² Mijn vierde argument heeft betrekking op het effect van een vollere toetsing. Menig besluit kán tot schade leiden. Ten gevolge van deze mogelijkheid kan de kerk zich op voorhand gedwongen voelen in haar kerkrecht andere normen aan te leggen dan die uit haar belijdenis voortvloeien. Dat dient op basis van de vrijheid van godsdienst zoveel mogelijk voorkomen te worden. Neem bijvoorbeeld het al eerder aangehaalde, in artikel 6 EVRM vastgelegde beginsel van een redelijke termijn in het kader van een afsnijdingsprocedure waar voor de betrokkene schade uit voortvloeit. De kerk moet haar eigen lijn kunnen trekken. Haar ruimte is echter niet onbegrensd. De wachttijd voor het kerklid mag niet onaanvaardbaar lang worden (vgl. artikel 2:8 lid 2 BW).

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de volgende visie ontwikkeld op de zorgvuldigheidsnormen die bij een onrechtmatigedaadseis van een lid tegen een kerkelijke rechtspersoon dienen te worden aangelegd. Een uiting zonder 'maatschappelijke (externe) werking' kan geen onrechtmatige daad vormen. Is die werking er wel, dan kán sprake zijn van een onrechtmatige daad en hangt de zorgvuldigheidsnorm af van de gerichtheid van de uiting. Bij een meer naar binnen gerichte uiting wordt de zorgvuldigheidsnorm ontleend aan artikel 2:8 BW. Deze uiting wordt marginaal getoetst. De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW kan worden ingeroepen als de toepassing van een regel onaanvaardbaar is. Dat betreft ook een eventuele afwijking van artikel 6 EVRM. Bij een meer naar buiten gerichte uiting wordt vol getoetst aan de hand van contractuele normen of algemeen aanvaarde zorgvuldigheidsnormen. Onder omstandigheden kan dit er toe leiden dat een regel uit het kerkelijk statuut buiten werking wordt gesteld.

⁸² Het voorbeeld van de rechter die meent dat de NHK een plaatselijke gemeente een 'pastoor' niet mag onthouden (Pres. Rb. 's-Gravenhage 13 juni 1997, rolnr. 97/587, par. 3.8), is lachwekkend maar onschuldig en heeft geen consequenties. De vraag rijst wel in hoeverre een dergelijke rechter in staat is andere kerkelijke zaken te beoordelen. Andere uitspraken laten zien dat de kwaliteit van een vollere toetsing nogal eens te wensen overlaat (zie bijvoorbeeld par. 4.2.1.3).

HOOFDSTUK 4 Toetsing van de ontwikkelde zorgvuldigheidsnorm aan de jurisprudentie

Tegen de achtergrond van de in het vorige hoofdstuk ontwikkelde visie op de zorgvuldigheidsnorm die bij onrechtmatigedaadsacties in de kerk gehanteerd dienen te worden, bespreek ik nu de relevante jurisprudentie. Ik heb mijn uitgangspunt gekozen in de naoorlogse rechtspraak die A.H. Santing-Wubs in haar dissertatie *Kerken in geding* (2002) heeft verzameld, aangevuld met enkele latere zaken. Ik wil met deze bespreking de ontwikkelde visie illustreren en nader aanscherpen, met name ten aanzien van de rol die de kerkrechtelijke regels erin spelen.

De indeling van dit hoofdstuk loopt parallel aan de voorgestelde driedeling in onrechtmatigedaadsacties waarin de kerk partij is: uitingen met een interne uitwerking die niet als onrechtmatige daad gekwalificeerd kunnen worden, uitingen met een externe uitwerking maar een interne gerichtheid en uitingen die zowel extern gericht zijn als extern werken. Het hoofdstuk besluit met enkele conclusies.

4.1 Uitingen met een interne werking

In deze categorie valt slechts één zaak. In 1998 stelden twee zussen in Zwolle dat de kerkenraad van hun gemeente onrechtmatig jegens hen handelde in zijn besluit een bepaald soort kerkdiensten in de Grote Kerk ter plaatse te schrappen.¹ De rechter erkent dat de kerkenraad in een zaak als deze een zekere beleidsvrijheid toekomt. Daarom past hem terughoudendheid. Tevens stelt hij dat de rechter onder omstandigheden in mag grijpen, onder meer 'als het min of meer beheersmatige kwesties betreft'. Hij meent dat de zussen in de gelegenheid gesteld hadden moeten worden 'hun zienswijze kenbaar' te maken, aangezien dit een 'algemeen rechtsbeginsel' is.² Vooral nog dienen daarom de bedoelde kerkdiensten in stand te blijven.

Ik meen dat in dit geval geen sprake is van een onrechtmatige daad. Het besluit van de kerkenraad heeft uitsluitend interne werking. Er is geen schade, in het licht van de vrijheid van godsdienst ook niet in de zin van artikel 6:106 BW. De rechter toetst een besluit, in het bijzonder de totstandkoming ervan. Toch is het zinvol even stil te

¹ Pres. Rb. Zwolle 7 augustus 1998, *KG* 1998, 240.

² Pres. Rb. Zwolle 7 augustus 1998, *KG* 1998, 240, par. 4.6.

staan bij de argumentatie van de rechter, aangezien deze niet op zichzelf staat.³ De rechter baseert zijn ingrijpen op het feit dat de geloofsleer niet in het geding is.⁴ Hij gaat daarmee echter voorbij aan artikel 2:2 lid 2 BW dat de kerk de ruimte laat om haar eigen organisatie te kiezen. Vervolgens argumenteert de rechter met het kenbaar maken van een zienswijze als een algemeen rechtsbeginsel. Nu is het op zich al de vraag of dit niet veeleer een bestuursrechtelijk dan een civielrechtelijk principe is. Maar afgezien daarvan raakt het de vrijheid van belijden. Het is niet toevallig dat het vigerende Hervormde kerkrecht dit beginsel niet kent. Aan de kerkenraad komt de bevoegdheid toe 'te beslissen over getal, tijd en plaats van de kerkdiensten'.⁵ De gemeente heeft daarin geen rol.⁶ Dit is anders in bijvoorbeeld de kerkorde van de Gereformeerde Kerken van dat moment.⁷ Dat is het gevolg van een verschil in theologische visie op de kerk. Op grond van het voorgaande stel ik vast dat ook bij zaken die zich als beheersmatig aandienen, met het oog op de vrijheid van belijden terughoudendheid noodzakelijk is.

4.2. Uitingen met een externe werking

Deze paragraaf is onderverdeeld in twee subparagrafen: meer naar binnen en meer naar buiten gerichte uitingen. Het 'meer' geeft al aan dat de verdeling van de zaken over deze subparagrafen enigszins arbitrair is. Ik heb een verdeling gemaakt naar waar een uiting in beginsel onder valt. Tuchttoefening bijvoorbeeld is in principe een meer naar binnen gerichte uiting. Ik deel het bij deze categorie in, ook als een mededeling aan derden de tucht in een specifiek geval onrechtmatig maakt.

³ Vgl. de in par. 4.2.1.3 te bespreken zaak van een ontslagen Moluks predikant, waarin volgens de rechter het geloof een bijkomstige rol speelde. Een vergelijkbare redenering is bijvoorbeeld te vinden in de verder onbesproken uitspraak Pres. Rb. 's-Gravenhage 13 juni 1997, rolnr. 97/587.

⁴ Vgl. de opvatting die de regering lijkt te huldigen bij de aanpassing van Boek 2: in de verhouding tot het belijden zijn er regels die er meer en die er minder verband mee houden (par. 3.1).

⁵ Zo erkent de rechter ook: Pres. Rb. Zwolle 7 augustus 1998, KG 1998, 240, par. 4.6.

⁶ Vgl. Van den Heuvel 1991, p. 44-46, waarin een aantal taken van de gemeente worden opgesomd, maar niet iets dat lijkt op het geven van een zienswijze over bepaalde besluiten.

⁷ Kerkorde GKN 1999, art. 43 lid 1: 'In belangrijke zaken (...) zal de kerkenraad geen besluiten nemen zonder vooraf de gemeente erin gekend en erover gehoord te hebben.' Vgl. Nauta 1971, p. 174-176. Vgl. Van Drimmelen 2004b, p. 274 en 276.

4.2.1 Meer naar binnen gerichte uitingen

4.2.1.1 Aard van de rechtsverhouding

Mensen raken op verschillende manieren bij een kerkgenootschap betrokken, mede afhankelijk van het vigerende kerkrecht. In de 'klassieke' kerkgenootschappen worden de meesten als baby gedoopt en zo in de kerkelijke gemeenschap opgenomen. Deze keuze van de ouders kunnen zij later zelf bevestigen, in de protestantse kerken door het afleggen van openbare geloofsbelijdenis. Noodzakelijk is deze bevestiging echter niet voor een vorm van lidmaatschap. In 'nieuwere' kerkgenootschappen, meestal met een evangelicale inslag, is een bewuste keuze bepalend voor een volwaardig lidmaatschap. Maakt het voor de zorgvuldigheidsnorm in onrechtmatigedaadsacties uit, of mensen persoonlijk gekozen hebben voor het kerkgenootschap en daarmee voor de regels die daar gelden? Wat specifieker: is de vrijheid van de kerk om zelf regels vast te stellen groter voor de genoemde groep dan voor hen die geen persoonlijke keuze hebben gemaakt?

Het antwoord lijkt in eerste instantie bevestigend te zijn. Een man eiste in kort geding voor de rechtbank Dordrecht in 1996 het ongedaan maken van de tuchtmaatregel die hem was opgelegd, alsmede eerherstel. De rechter overweegt: 'X heeft zich bij het afleggen van zijn geloofsbelijdenis verplicht om zich aan de kerkelijke tucht te onderwerpen'.⁸ Met andere woorden: uitoefening van tucht ligt in het verlengde van de eens zelf gemaakte keuze.

Ook de zaak Rijnders uit 2001 lijkt steun te bieden voor een bevestigend antwoord op de gestelde vraag, al ging het in deze zaak niet om een de bewuste keuze voor het kerklidmaatschap maar om de aanvaarding van een kerkelijke zending. Voor zijn aanstelling als pastor in het leger was Rijnders van deze zending afhankelijk. Op het moment dat Rijnders de kerkelijke zending accepteerde, aanvaardde hij volgens het Hof eveneens de procedure voor een intrekking van de zending: 'die regeling behoort immers tot het statuut van het Ordinariaat [dat over de kerkelijke zending gaat] en Rijnders heeft zich er *bovendien* aan onderworpen' (curs. KWdJ).⁹ Bovendien: de keu-

⁸ Pres. Rb. Dordrecht 5 maart 1996, *KG* 1996, 127, par. 3.5. Vgl. hiervoor ook Slump 1997, p. 84. Voor de bodemzaak zie par. 4.2.1.2 (Dordrecht 1997).

⁹ Hof Amsterdam 1 november 2001, *NJ* 2004, 514, par. 4.8, vgl. par. 3.3.b sub 3. Slump 1997, p. 84, wijst erop dat in veel protestantse kerken ambtsdragers zich bij hun bevestiging binden aan kerkelijke besluitvorming. Vgl. ook de zaak Bausch (par. 4.2.1.6), waar de eiseres in eerste aanleg te horen kreeg dat zij wist of kon weten dat de getuigenverklaringen op een bepaalde wijze gebruikt zouden worden.

ze van Rijnders bevestigt slechts het goed recht van het kerkgenootschap om ten aanzien van de kerkelijke zending haar eigen regels te hanteren.

Toch is met deze twee zaken het pleit nog niet beslecht. Ik wil het vraagstuk ook van een andere kant belichten, al kan dat slechts op indirecte wijze. Relevante jurisprudentie over mensen die (nog) niet bewust hebben gekozen voor het lidmaatschap van hun kerk en een actie uit onrechtmatige daad instellen, is er namelijk nauwelijks.¹⁰ Los van deze specifieke grondslag bestaat er daarentegen een grote hoeveelheid met name vooroorlogse jurisprudentie. In zijn uitputtend overzicht in *De verhouding tussen kerk en staat in Nederland* kan I.A. Diepenhorst hierin geen duidelijke lijn herkennen. Hij wenst dat de tijdens de minderjarigheid 'eenmaal door doop of door doop en belijdenis ontstane betrekking ook na de meerderjarigheid in stand blijft, tenzij duidelijk blijkt, dat men haar door "woord of daad" heeft verbroken.'¹¹ Diepenhorst zet in bij de ontstane betrekking. Het staat ieder kerklid vrij die te verbreken. Hij moet daartoe in principe te allen tijde de mogelijkheid hebben. Mijns inziens miskent Diepenhorst met zijn stellingname het principiële karakter van een ook door hem genoemd arrest van de Hoge Raad uit 1911. De Hoge Raad sprak toen uit dat de gevolgen van de doop eindigen bij het meerderjarig worden, tenzij de betrokkene persoonlijk anders aangeeft.¹² Op grond van dit arrest meen ik dat iemand die belijdenis heeft afgelegd principieel sterker op zijn kerklidmaatschap aangesproken mag worden dan iemand die dat niet heeft. Ook na de persoonlijke belijdenis kan de band met de kerk verzwakken. De betrokkene kan er echter altijd voor kiezen die band te verbreken. Hij zal in ieder geval in principe die mogelijkheid moeten hebben.

In dit verband wil ik wijzen op een kort geding voor de Rechtbank Arnhem uit 1989. Een dooplid had zijn lidmaatschap van de Chr. Gereformeerde Kerk in Ede opgezegd. In de brief aan de kerkenraad schreef hij onder meer: 'Met klem zou ik U erop willen wijzen dat uitschrijving als dooplid voor mij niet betekent dat er ook automatisch een breuk met God en zijn gebod op volgt'.¹³ Op 1^e Kerstdag bad de predikant in een volle avonddienst hardop voor de eiser, die 'U en het teken van Uw verbond de rug toekeert wanneer hij zich van Uw verbond en woorden niets meer aantrekt'.¹⁴ De rechter overweegt dat hij dit klaarblijkelijk door de kerkenraad goedgekeurde gebed 'als een

¹⁰ Het merendeel van de onrechtmatigedaadzaken heeft betrekking op tucht en ambt. In de in Nederland belangrijke gereformeerd-calvinistische traditie beperken tuchtmaatregelen zich tot belijdende leden en is het ambt slechts voor hen toegankelijk. In de nieuwe kerkorde van de PKN heeft tucht – daar opzicht genoemd – overigens betrekking op alle leden.

¹¹ Diepenhorst 1946, p. 219.

¹² HR 29 december 1911, *W* nr. 9272. Vgl. Diepenhorst 1946, p. 217 – nt 1.

¹³ Pres. Rb. Arnhem 24 februari 1989, *KG* 1989, 114, par. 1.b.

¹⁴ Pres. Rb. Arnhem 24 februari 1989, *KG* 1989, 114, par. 1.f.

belijden van de godsdienst/godsdienstige overtuiging van de kerk hebben te aanvaarden¹⁵, maar ook dat dit door de eiser als een ernstige krenking van zijn persoonlijke integriteit is ervaren. Hij meent:

'Naarmate betrokkenen echter met de kerk minder juridische en feitelijke band hebben, zullen zij zich van de zijde van de kerk (steeds) minder inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer behoeven te laten welgevalen.'¹⁶

Aangezien de betrokkene nog maar net lid-af is, acht de rechter de werking van het grondrecht op godsdienstvrijheid nog relatief sterk. Hij veroordeelt de kerk uiteindelijk alleen omdat onnodig een verkeerd licht op de persoon van de eiser is geworpen.

Het valt op dat het soort lidmaatschap geen rol speelt, ook de eiser stelt het niet expliciet aan de orde.¹⁷ Men kan zich afvragen of een vergelijkbaar gebed in het kader van een (aan een belijdend lid opgelegde) procesrechtelijk correct uitgevoerde tuchtmaatregel eveneens tot een veroordeling geleid zou hebben. Dat is op grond van de jurisprudentie niet waarschijnlijk.¹⁸ Deze constatering steunt de hierboven geponeerde stelling dat bij een dooplid in bepaalde omstandigheden eerder sprake is van onrechtmatig handelen vanwege de kerk dan bij een belijdend lid.

Op grond van het voorgaande kan worden vastgesteld dat de kerk ten aanzien van mensen die persoonlijk een bewuste keuze voor het lidmaatschap hebben gemaakt, een grotere vrijheid heeft zelf regels te stellen en zich op basis daarvan te gedragen dan ten aanzien van leden die dat niet hebben gedaan. De zorgvuldigheidsnorm zal bij de laatstgenoemde groep eerder geschonden worden dan bij de tweede.

4.2.1.2 Tuchtzaak

Een tuchtprocedure is in eerste instantie een zaak van de kerk zelf, met andere woorden meer naar binnen gericht. De maatschappelijke gevolgen voor de betrokkene kunnen echter groot zijn, waardoor de zaak een externe werking krijgt. Ik presenteer drie zaken waarin de eiser stelt schade te hebben geleden ten gevolge van de tucht die op hem werd toegepast.

¹⁵ Pres. Rb. Arnhem 24 februari 1989, *KG* 1989, 114, par. 7.

¹⁶ Pres. Rb. Arnhem 24 februari 1989, *KG* 1989, 114, par. 10.

¹⁷ Het is de vraag of de eiser zelf de mogelijke consequenties van dit punt doorzien heeft. Hij vraagt namelijk zijn doopattest op, terwijl het in de Chr. Gereformeerde Kerken niet gebruikelijk is dat deze aan het lid zelf wordt gegeven (vgl. Pres. Rb. Arnhem 24 februari 1989, *KG* 1989, 114, par. 1.c, d en e). Oldenhuis beschouwt de zaak vanuit het forum van de uiting, 'de eredienst' (vgl. Oldenhuis 1994, p. 313). Zie verder par. 4.2.1.5.

¹⁸ Vgl. bijvoorbeeld Pres. Rb. Dordrecht 5 maart 1996, *KG* 1996, 127; Rb. Dordrecht 19 november 1997, rolnr. 15359 HAZA 2090/97 (bodemprocedure in dezelfde zaak).

De eerste zaak betreft een lid van de Gereformeerde Gemeente Apeldoorn die stelde dat de kerkenraad hem ten onrechte vanwege huwelijksproblemen onder de tucht had gesteld. Hij zou ten gevolge daarvan inkomsten verloren hebben. Het Hof Arnhem overweegt in 1993:

‘de vraag of de onderhavige tuchtmaatregelen al dan niet terecht zijn genomen (...) dient [beoordeeld] te worden aan de hand van binnen het betreffende kerkgenootschap aangehangen godsdienstige opvattingen en normen. Naar het voorlopig oordeel van het hof sluit dit evenwel niet uit dat de burgerlijke rechter in een geschil waarin de eiser vraagt om in een burgerlijk recht beschermd te worden, toetst of bij dergelijke besluiten willekeur of kwade trouw danwel of de regels ten aanzien van de wijze van totstandkoming van besluiten niet zijn geschonden.’¹⁹

In een volgende overweging voegt het Hof een toetsing op ‘schending van fundamentele regels van burgerlijk recht’ toe.²⁰ Het Hof oordeelt dat hiervan geen sprake is. Verder stelt het vast dat de tuchtmaatregel in dit geval overeenkomstig de kerkelijke regels is uitgevoerd.

Het volgende geval betreft een uitspraak in kort geding voor de Rechtbank Groningen uit 1995: een tuchtzaak van de Gemeenschap van Gelovigen. Een gemeentelid was beschuldigd van incest en met zijn vrouw onder de tucht gezet. Hiervan was mededeling gedaan aan twee verwante gemeenten en aan een boekhandel, waaraan de gemeente via een stichting nauw verbonden was. Daarnaast raakten door toedoen van het bestuur ook andere gemeenten en verbanden op de hoogte. De eiser raakte hierdoor in bredere kring in diskrediet en verloor inkomsten. Anders dan voorheen werd hij niet meer voor lezingen uitgenodigd. Voor zover het gaat om de interne mededeling toetst de Groningse rechter marginaal. Zijn benadering wijkt enigszins af van die van het Hof Arnhem. Het gaat wat hem betreft bij het toetsen van een besluit niet om schending van de regels zonder meer, maar om ‘een *aperte* schending van grondrechten of van *wezenlijke* interne regels’.²¹ Dat laat het kerkgenootschap meer ruimte. Dat lijkt ook het geval te zijn als de Groningse rechter spreekt van ‘aperte schending van grondrechten’ waar het Arnhemse Hof ‘schending van fundamentele regels van burgerlijk recht’ noemt. Aan de hand van de gegeven criteria oordeelt de rechter dat het interne handelen van de Gemeenschap rechtmatig is. Hij beslist echter anders voor zover het handelen van het kerkgenootschap ‘niet de eigen godsdienstbeoefening en de verdere interne gang van zaken betreft, doch zich naar buiten richt’ door mededelingen

¹⁹ Hof Arnhem 14 september 1993, rolnr. 92/142, par. 2.

²⁰ Hof Arnhem 14 september 1993, rolnr. 92/142, par. 3.

²¹ Pres. Rb. Groningen 22 november 1995, KG 1996, 18, par. 4.a (curs. KWdJ).

aan derden te doen.²² Aangezien de incest niet is bewezen en er geen interne regel is die de openbaarmaking voorschrijft, acht de rechter het handelen van de kerk onrechtmatig.

Bij deze uitspraak maak ik twee kanttekeningen. De eerste betreft de toetsing van de interne gang van zaken. Ik vraag me af of de Groningse rechter niet te terughoudend is:

'De Gemeenschap neemt bij het onder tucht stellen de Bijbel tot richtsnoer en de president acht zich niet competent om te toetsen of zij dat in casu op juiste wijze heeft gedaan.'²³

Elders blijkt dat het gaat om Mattheüs 18: 15-17, een tekst waarnaar ook het gemeentelijk verwijst.²⁴ Hierin staan enkele als procesrechtelijk te typeren regels voor tuchtuitoefening. Mijn inziens had de rechter op twee manieren de acties van de gemeente aan deze regels kunnen toetsen. In de eerste plaats had hij kunnen kiezen voor een direct toetsen aan de hand van de Bijbelse regels. Het verschil tussen deze regels en een kerkorde is gradueel. Ook een kerkorde als zodanig is moeilijk te interpreteren, zo erkent de Hoge Raad in 1991:

'De regeling van dergelijke verhoudingen [rechtsverhoudingen tussen de verschillende organen en onderdelen van een kerkgenootschap] wordt veelal in hoge mate bepaald door aspecten van leerstellig karakter die een vaak eeuwenlange ontwikkeling hebben doorgemaakt. Het resultaat daarvan doet zich vaak voor als een voor leken moeilijk te doorgronden weefsel waarin die verhoudingen op subtiele wijze zijn vervlochten.'²⁵

De tweede mogelijkheid die de rechter had, was na te gaan welk gewoonterecht er binnen de Gemeenschap op basis van deze regels was ontstaan om vervolgens op grond van de gewoonterrechtelijke regels te toetsen. Dit heeft mijn voorkeur, omdat zo het eigen statuut van de kerk waarschijnlijk het meest recht wordt gedaan.

Mijn tweede opmerking handelt over de mededeling aan derden. De rechter sluit niet uit dat er een interne regel is die daartoe zou verplichten. Dat mag zo zijn, voor het rechterlijk oordeel zou het naar mijn idee geen consequenties moeten hebben. De uiting is dan immers extern gericht en heeft een externe werking. Als uiting zou ze dan als zodanig getoetst moeten worden.²⁶ Afgezien van het voorgaande zou het be-

²² Pres. Rb. Groningen 22 november 1995, *KG* 1996, 18, par. 7. Vgl. Oldenhuis 2002, p. 45-46.

²³ Pres. Rb. Groningen 22 november 1995, *KG* 1996, 18, par. 4.e.

²⁴ 'Als een van je broeders of zusters tegen je zondigt, moet je die daarover onder vier ogen aanspreken. Als ze luisteren, dan heb je ze voor de gemeente behouden. Luisteren ze niet, neem dan een of twee anderen mee, zodat de zaak zijn beslag krijgt dankzij de verklaring van ten minste twee getuigen. Als ze naar hen niet luisteren, leg het dan voor aan de gemeente. Weigeren ze ook naar de gemeente te luisteren, behandel hen dan zoals je een heiden of een tollenaar behandelt.' (Nieuwe Bijbel Vertaling, 2004)

²⁵ HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 173.

²⁶ Vgl. par. 4.2.2.

staan van een verplichting tot mededeling aan derden in deze specifieke situatie – het vermoeden van incest – bijzondere consequenties gehad kunnen hebben. De strafwet verplicht in dit geval tot aangifte bij een opsporingsambtenaar.²⁷ Nu is de kerkelijke leiding als verschoningsgerechtigde van deze verplichting vrijgesteld.²⁸ Als er een interne regel is die mededeling aan derden eist kan de leiding volgens mij, afhankelijk van de precieze inhoud van de regel, dit recht verspelen.²⁹ De kerkelijke leiding zou dan in het onderhavige geval mogelijk (ook) een strafbaar feit hebben gepleegd.³⁰

Het derde tuchtgeval betreft een zaak die in 1997 in Dordrecht is aangespannen door een onder de tucht gesteld lid van de Gereformeerde Kerk Vrijgemaakt in Hardinxveld-Giessendam, alsmede door het bedrijf dat hij bezat.³¹ Hij stelt dat de kerk onrechtmatig jegens hem gehandeld heeft in de uitoefening van de tucht. Dat heeft tot omzet- en inkomstenderving geleid. Hij wenst vergoeding van immateriële en materiële schade. De rechter toetst op 'willekeur, kwade trouw of schending van grondrechten of wezenlijke interne regels met betrekking tot de totstandkoming van besluiten'. Hij heeft echter geen van deze zaken kunnen vaststellen.³² Hij wijst de vorderingen daarom af.

Samenvattend kunnen we vaststellen dat de rechter in een meer naar binnen gerichte uiting als een tuchtzaak marginaal toetst, al bestaan er genuanceerde verschillen. De kerkelijke regels bepalen de uitkomst, tenzij er sprake is van willekeur, kwade trouw, aperte schending van interne regels en/of fundamentele regels van het burgerlijk recht. Zodra de procedure een element bevat dat meer naar buiten is gericht, wordt dat als zodanig beoordeeld: vol getoetst aan maatschappelijk algemeen aanvaarde normen.

4.2.1.3 Afzetting van een geestelijke

De afzetting of het ontslag van een geestelijke kan een specialis zijn van tuchtoefening, maar er hoeft niet per se tuchtoefening aan vooraf te gaan.³³ Waar bij niet-geestelijken

²⁷ Artikel 160 lid 1 Sv j^o artikel 242 e.v. Sr. Zeker weten is niet nodig, vermoeden is voldoende: Minkenhof/Reijntjes 2006, p. 235-236.

²⁸ Meijers 2008, p. 188-189. Zie wat uitvoeriger voor het verschoningsrecht: par. 4.2.1.4.

²⁹ Dan kan namelijk het weten of 'vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift (...) verplicht is' (artikel 272 lid 1 Sr) het geheim te bewaren, vervallen.

³⁰ Artikel 136 lid 2 Sr.

³¹ Rb. Dordrecht 19 november 1997, rolno. 15359 HAZA 2090/97. Vgl. Pres. Rb. Dordrecht 5 maart 1996, KG 1996, 127 (aangehaald in par. 4.2.1.1).

³² Rb. Dordrecht 19 november 1997, rolno. 15359 HAZA 2090/97, nr. 6.

³³ Zo naast de zaak van de Molukse predikant (zie onder) bijvoorbeeld Pres. Rb. Zwolle 4 maart 1994, rolno. KG 63/1994, hier verder onbesproken.

de maatschappelijke effecten beperkt kunnen zijn, zijn ze bij een geestelijke vrijwel per definitie duidelijk aanwezig. Hij raakt zijn werk en daarmee zijn inkomen kwijt. Juristen verschillen van opvatting over de vraag of er met name bij predikanten sprake is van een arbeidsovereenkomst.³⁴ Enkele jaren geleden concludeerde een kantonrechter daar wel toe.³⁵ Deze uitspraak is echter sterk bekritiseerd.³⁶ In hoger beroep is het Hof niet aan dit aspect toegekomen.³⁷ In het kader van dit onderzoek kunnen we volstaan met de constatering dat er sprake is van een overeenkomst die trekken van een arbeidsovereenkomst heeft.

Ik begin met de oudste zaak. In 1955 krijgt het Hof 's-Hertogenbosch te maken met een predikant van een zelfstandige Oud Gereformeerde Gemeente die zijn schorsing aanvecht.³⁸ Hij had geweigerd een onder de tucht gesteld gemeentelid met naam in de eredienst af te kondigen. Dit had tot gevolg dat de kerkenraad hem schorste, een besluit dat door de ledenvergadering van de gemeente bekrachtigd was. Anders dan in eerste instantie in kort geding zijn partijen het er voor het Hof over eens dat de Dordtse Kerkorde (DKO) als reglement geldt. Het Hof oordeelt dat de genoemde weigering van de predikant geen grove zonde als bedoeld in art. 79 en 80 van de DKO is en daarmee geen grond tot schorsing. Verder stelt het Hof feitelijk vast dat art. 77 van de DKO bepaalt dat bij een eerste vermaning van iemand die onder censuur gesteld wordt, de naam niet genoemd zal worden. Het Hof komt op grond van deze en andere overwegingen tot de conclusie dat de schorsing onrechtmatig is. Het acht de zaak vatbaar voor minnelijke schikking en doet geen uitspraak.

Het opmerkelijke in dit arrest is het gegeven dat het Hof de schorsingsgrond vol toetst. Het Hof vindt de door de kerkenraad opgegeven schorsingsgrond niet in de concrete opsomming van art. 80 DKO, maar evenmin in de algemene categorie van 'zonden en grove feiten, die der bedrijver voor de wereld eerloos maken'.³⁹ Toch moet het beslist niet onwaarschijnlijk worden geacht dat de weigering van de predikant om de opdracht van de kerkenraad uit te voeren daar naar de opvatting van het kerkge-

³⁴ Zie bijvoorbeeld Oldenhuis 2007b.

³⁵ Ktr. Rb. Zwolle 2 februari 2005, *LJN AS6771*. Zie ook de bijlage van deze scriptie.

³⁶ Zie bijvoorbeeld Huysmans 2007; Oldenhuis 2007a; Willemze 2007.

³⁷ Hof Arnhem 19 januari 2010, *LJN BL0003*, *NJF* 2010, 94. E. Bos meent dat het Hof impliciet wél een arbeidsovereenkomst aanneemt (*Nederlands Dagblad*, 17 februari 2010).

³⁸ Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 1955, *NJ* 1955, 600.

³⁹ Ik volg hier de weergave van de DKO in het arrest. Vgl. ook de verder onbesproken uitspraak Rb. 's-Hertogenbosch 3 april 1987, rolnr. 2035/85, par. 9, waar de rechter op eigen gezag een bepaalde misstap niet als een zodanige zonde kwalificeert. Het Hof vernietigde echter de uitspraak van de rechtbank, zonder zich overigens over dit punt uit te laten (Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 1989, rolnr. 588/87/He).

nootschap wel degelijk onder valt. Ik meen daarom dat het Hof met deze integrale toetsing te ver gaat. Ik ben het dan ook niet eens met Santing-Wubs voor wie het 'evident [is] dat de [schorsings]gronden van art. 79 en 80 DKO niet aan de orde zijn.'⁴⁰ Dit neemt niet weg dat de situatie complex is. Kerkelijke regels zijn in een kerkgenootschap als dit relatief: 'Kerkorganisatie en ambtsopvatting (...) worden door geestelijke motieven geleid.'⁴¹ Bestuurlijke overwegingen zijn daaraan ondergeschikt.⁴² Een en ander blijkt ook uit het feit dat beide partijen in het kort geding de kerkorde buiten beschouwing laten. Het recht raakt hier aan de grenzen van zijn mogelijkheden. Het getuigt mijns inziens van wijsheid dat de rechter aanstuurt op een minnelijke schikking, zodat predikant en kerkenraad het conflict onderling kunnen beslechten.

De tweede uitspraak dateert uit 1983 en is afkomstig van de president van de Rb. Dordrecht.⁴³ Een Moluks predikant acht de wijze waarop de kerkenraad besloten heeft tot zijn afzetting onrechtmatig. Hij had met zijn kerkenraad overeenstemming bereikt over verlof voor een reis naar Ambon, alsmede voor het verzetten van een bijzondere kerkdienst ten gevolge hiervan. Een dag later vergaderde de kerkenraad buiten zijn aanwezigheid opnieuw. De raad draaide het besluit van de vorige dag terug. Enkele weken later kwam de gemeente bijeen en besloot tot ontslag van de predikant. Deze was niet op de hoogte van gesteld van de gemeentevergadering.

De rechter oordeelt het als 'zeer onjuist' dat de predikant niet is uitgenodigd voor de kerkenraadsvergadering waarin de raad op zijn besluit is teruggekomen. Hij geeft hiervoor op zich geen nadere argumentatie. Die blijkt impliciet uit het vervolg, waar het gaat over de gemeentevergadering. Ook daar is de predikant niet in de gelegenheid gesteld zijn standpunt naar voren te brengen. Hij had voor beide vergaderingen die kans wel moeten krijgen. De rechter draagt de kerkenraad op een nieuwe gemeentevergadering uit te schrijven, waarin de predikant tenminste drie kwartier tijd krijgt zijn standpunt weer te geven.

⁴⁰ Santing-Wubs 2002, p. 172-173.

⁴¹ Zo de dicht bij die tijd staande publicatie Van der Meiden 1968, p. 124.

⁴² Het is de vraag of de rechter in deze omstandigheden de rechtsregels van het kerkgenootschap ooit recht kan doen. Het Hof had mijns inziens buiten een inhoudelijke beoordeling kunnen blijven door zich te concentreren op het volgens art. 77 DKO onreglementaire karakter van het met name afkondigen van de gecensureerde. Daarmee zou de weigering van de predikant juist zijn geweest en de grond onder het schorsingsbesluit zijn weggevallen. Dat is echter een formele redenering die vreemd is aan het recht van deze kerkelijke gemeente.

⁴³ Pres. Rb. Dordrecht 15 december 1983, KG 1984, 16.

Deze zaak onderscheidt zich van de vorige door het feit dat er geen sprake is van geschreven regels, maar van 'overgeleverde regels'. De rechter lijkt die in eerste instantie als uitgangspunt te willen nemen. In de uitspraak vermeldt hij namelijk:

'Desgevraagd hebben zij [gedaagden] echter verklaard, dat het ook volgens die regels goed geweest zou zijn om eiser te horen alvorens een oordeel over hem uit te spreken.'

Tegelijk echter grijpt hij in, als hij vaststelt:

'Ter wille van een goed verloop van de te houden gemeentevergadering merken Wij op, dat aan het gezag en de ervaring van de familiehoofden weliswaar grote betekenis toekomt, doch dat zij geen zwaarder wegend stemrecht hebben dan de andere gemeenteleden.'

Bij deze gang van zaken maak ik twee kanttekeningen. In de eerste plaats vraag ik me af of de rechter in het eerste citaat terecht concludeert tot overeenstemming met een gewoonteregule van de gemeente. De overtuiging van de rechtsplicht is bij de gedaagden wel aanwezig, maar gelet op de casus, de vraag en het antwoord is het kwestieus of ook sprake is van een constant gebruik.⁴⁴ Het lijkt er sterk op dat de rechter het kerkelijk gewoonterecht invult vanuit zijn eigen overtuiging.⁴⁵ Juist kerken maken zich met hun eigen opvattingen kwetsbaar als ze die niet in geschreven regels vastleggen. Mijn tweede opmerking betreft de instructie uit het tweede citaat over het stemrecht. Een vereniging heeft wettelijk de mogelijkheid in de statuten aan bepaalde leden meer dan één stem toe te kennen.⁴⁶ Dat heeft dit kerkgenootschap in de 'overgeleverde regels' in feite ook gedaan. Niet valt in te zien dat een vereniging in dit opzicht meer mogelijkheden heeft dan een kerk, te meer daar de kerk binnen zekere grenzen de vrijheid geniet haar eigen organisatie te bepalen. Het is derhalve volstrekt onvoldoende als de rechter zijn oordeel onderbouwt met de constatering dat geloof en getrouwheid in deze zaak slechts een bijkomende rol spelen.⁴⁷

De derde zaak werd in 2002 voor de voorzieningenrechter in Zwolle gebracht. Een Chr. Gereformeerd predikant achtte de tegen hem getroffen kerkelijke maatregelen, in het bijzonder een schorsingsbesluit van de classis, onrechtmatig. De voorzieningenrechter stelt vast dat de wereldlijke rechter grote terughoudendheid past. Hij vervolgt:

'Slechts bij willekeur, kwade trouw of schending van universeel (ook binnen het kerkrecht) geldende rechtsbeginselen is een taak voor de wereldlijke rechter weggelegd.'

⁴⁴ Vgl. Van Apeldoorn/Reijntjes & Boon 2003, p. 127.

⁴⁵ Vgl. voor het wereldlijk recht: Van Apeldoorn/Reijntjes & Boon 2003, p. 131.

⁴⁶ Vgl. art. 2:38 lid 1 (laatste volzin) BW.

⁴⁷ Pres. Rb. Dordrecht 15 december 1983, *KG* 1984, 16. Vgl. V.zr. Rb. Zwolle 1 februari 2002, *LJN* AD8785, par. 2.13, waar de rechter zichzelf op vergelijkbare wijze ruimte creëert.

Van een dergelijke taak is sprake onder meer wanneer sprake is geweest van duidelijke schending van beginselen van een behoorlijk proces'.⁴⁸

Zonder expliciet naar artikel 6 EVRM te verwijzen, constateert de rechter met name gebrek aan hoor en wederhoor, een onterecht verwijt ten aanzien van de bijstand door een raadsman, alsmede het onvoldoende motiveren van besluiten, bijvoorbeeld ten aanzien van de omgang van de predikant met gemeenteleden die ongeestelijk en het ambt onwaardig worden geacht. Tot slot overweegt de rechter:

De 'terughoudendheid van de wereldlijke rechter in aangelegenheden als deze vindt in belangrijke mate haar oorsprong en zin daarin dat in het bijzonder op leerstellig, theologisch en ecclesiologisch gebied het bevoegde kerkelijk gezag ambtsdragers mag verhinderen dat zij als zodanig optreden, wanneer te duchten is dat zij handelen in strijd met hetgeen het kerkgenootschap als haar leer vasthoudt en tot haar kern rekent. In het onderhavige geval is nergens gesteld of geïmpliceerd, laat staan gebleken, dat van de kant van [eiser] te vrezen is dat hij in woord en daad ingaat tegen de gangbare en aanvaarde leer der kerk'.⁴⁹

De conclusie is dat de predikant in de gelegenheid gesteld moet worden zijn werk in de gemeente te hervatten. Wezenlijk verschil met het Bossche Hof in 1955 is, dat die een voorlopig oordeel uitsprak en een minnelijke schikking suggereerde.

Er is discussie mogelijk, of dit een onrechtmatige daad kan zijn. In de andere zaken uit deze subparagraaf is sprake van ontslag, hier van schorsing. In een tuchtzaak tegen een niet-predikant, zou in beginsel geen sprake kunnen zijn van onrechtmatigheid. Oldenhuis is in het algemeen van mening dat de zwakke rechtspositie van een predikant de rechter noodzaakt 'de beginselen van zwaarwegend recht, waaraan ook de kerkgenootschappen en hun onderdelen gebonden zijn, (art. 2:2 BW) extensief (...) te hanteren'.⁵⁰ In het verlengde hiervan zou bij een predikant eerder schade aangenomen moeten worden. De aantasting van eer en goede naam raakt meer dan bij een gemiddeld ander lid zijn hele sociaal-maatschappelijke leven. Ik neig er daarom toe dat in een zaak als deze in principe sprake kan zijn van een onrechtmatige daad.

Het is vervolgens de laatste zin in de laatst geciteerde overweging die vragen oproept, over het weer aan het werk gaan van de predikant. Elders in de uitspraak lezen we dat volgens de classis 'in zijn pastorale omgang met gemeenteleden het gedrag van [eiser] vele trekken vertoont, die als ongeestelijk en het ambt onwaardig moeten worden aangemerkt'.⁵¹ De rechter kan dan ook niet volhouden dat een dergelijke strijd 'nergens gesteld of geïmpliceerd' is en derhalve niets de predikant in de weg

⁴⁸ Vزر. Rb. Zwolle 1 februari 2002, *LJN AD8785*, par. 2.9.

⁴⁹ Vزر. Rb. Zwolle 1 februari 2002, *LJN AD8785*, par. 2.13.

⁵⁰ Oldenhuis 2004, p. 180.

⁵¹ Vزر. Rb. Zwolle 1 februari 2002, *LJN AD8785*, par. 2.13. Vgl. ook Ktr. Rb. Zwolle 2 februari 2005, *LJN AS6771*, par. 3.13 en 3.14.

staat zijn werkzaamheden te hervatten. De rechter mengt zich op een ongelukkige wijze inhoudelijk in de zaak. Ik wijs in dit verband op het arrest van het Hof Amsterdam in de al eerder aangehaalde zaak Rijnders:

'Als de kerkrechtelijke beroepsprocedure intussen geacht moet worden niet met voldoende waarborgen te zijn omringd, verandert er overigens niets ten aanzien van de mate waarin de rechter terughoudendheid moet betrachten bij de beoordeling van het intrekingsbesluit'.⁵²

De rechter had kunnen constateren dat er een fundamenteel gebrek aan vertrouwen bestaat dat hervatting van de werkzaamheden onmogelijk maakt.⁵³ Volgens mij rest uiteindelijk – het ging hier slechts om een voorlopige voorziening – in een zaak als deze niet anders dan vertrek van de predikant, gegeven de omstandigheden mét schadevergoeding door de kerk.⁵⁴

Verwant met de voorgaande rechterlijke uitspraken is de meermalen genoemde zaak Rijnders, waarover het Hof Amsterdam in 2001 een arrest wees. Het ging bij deze aalmoezenier in eerste instantie om een meer naar binnen gerichte uiting, de intrekking van zijn kerkelijke zending. Aangezien de intrekking tot gevolg had dat hij zijn aanstelling in het leger verloor, had het intrekingsbesluit een direct extern gevolg. Het Hof geeft nauwkeurig de toetsingsruimte aan.⁵⁵ Voor een beoordeling van het pastoraal functioneren van Rijnders ziet het Hof in het geheel geen ruimte. Dat is wel 'in geringe mate' het geval ten aanzien van de vraag of de verantwoordelijke 'niet tot het gewraakte oordeel had kunnen komen.' Meer ruimte is er ten aanzien van de totstandkoming van het intrekingsbesluit, met eerbiediging van de regels die de kerk daarvoor hanteert. Deze ruimte vervalt echter geheel, als de kerkrechtelijke beroepsprocedure het besluit intact laat – zoals in casu het geval was –, tenzij de procedure niet met voldoende rechtswaarborgen omkleed is.⁵⁶ Het Hof komt langs deze weg tot de conclusie dat de intrekking niet onrechtmatig is. Ik vind dit een voorbeeldig en evenwichtig opgebouwd arrest. Het Hof respecteert tot op grote hoogte de eigen kerkelijke regels.

⁵² Hof Amsterdam 1 november 2001, *NJ* 2004, 514, par. 4.10. Het verbaast bij dit alles dan ook niet dat de kerk de uitspraak niet opvolgt (zo blijkt uit Ktr. Rb. Zwolle 2 februari 2005, *LJN* AS6771, par. 4.5.).

⁵³ De rechter had op grond van verstoorde verhoudingen de schorsing intact kunnen laten (vgl. Rb Groningen 21 december 1990, *KG* 1991, 20).

⁵⁴ Van der Ploeg 2004b, p. 172-173. Vgl. Ktr. Rb. Rotterdam 2 september 2008, *LJN* BF1948, m.n. par. 2.20 waar het aanknopingspunt voor schadevergoeding genomen wordt in art. 7:681 lid 2 sub b BW.

⁵⁵ Hof Amsterdam 1 november 2001, *NJ* 2004, 514, par. 4.8 en 4.9.

⁵⁶ Vgl. Rb. Utrecht 13 augustus 2008, *LJN* BD9991, par. 4.5., waar de bezwaren worden besproken die de eiser heeft ingediend tegen de procedure bij het Regionaal College voor het Opzicht van de PKN. De rechtbank acht deze irrelevant, aangezien de eiser niet heeft aangetoond dat ze niet zijn hersteld bij het beroep voor het Generaal College.

Wat zegt de jurisprudentie als wel van artikel 6 EVRM wordt afgeweken?⁵⁷ Een zeer recent arrest biedt op dit punt een concrete handreiking. Het betreft het hoger beroep in de bodemprocedure van de Chr. Geref. predikant die we eerder voor de voorzieningenrechter in Zwolle ontmoetten. Het individu, in casu de predikant, kan afstand doen van de in artikel 6 EVRM neergelegde rechten, maar dit 'mag niet snel worden aangenomen', zo stelt het Hof Arnhem.⁵⁸ Een 'ondubbelzinnige wilsverklaring' is noodzakelijk: de bewuste toetreding tot de kerk door de openbare geloofsbelijdenis of de aanvaarding van de beroeping tot predikant is op zichzelf onvoldoende. Daar staat tegenover dat in kerkelijke zaken volgens het Hof terughoudendheid geboden is bij de toepassing van artikel 6 EVRM. De schending moet zodanig zijn 'dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn van [geïntimeerde] te vergen de kerkelijke rechtsgang te volgen.'⁵⁹ Ik lees dit zo: de rechter respecteert de kerkelijke regels ten aanzien van de kerkelijke rechtsgang, tenzij dit in het licht van artikel 6 EVRM voor de betrokkene onaanvaardbaar is.⁶⁰ De kerk heeft dus een bescheiden ruimte om van artikel 6 EVRM af te wijken. Wil ze zeker zijn van haar zaak dan zal ze ervoor kiezen dat niet te doen. Ik zie de door het Hof geformuleerde regel als een geslaagde poging recht te doen aan de belangen van zowel kerkelijke rechtspersoon als individu. In feite hanteert het Hof hier de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid uit artikel 2:8 BW.

Bij enkele van bovengenoemde zaken kiest de rechter duidelijk voor een vollere toetsing. Bij de kwaliteit van sommige – Oud Gereformeerde predikant, Molukse predikant, Chr. Gereformeerd predikant in kort geding – heb ik beargumenteerd vraagtekens geplaatst. Dit vormt voor mij een indicatie dat tenminste voorzichtigheid bij een meer integrale toetsing op zijn plaats is.

⁵⁷ Het artikel werkt niet rechtstreeks door in kerkelijke geschilbeslechting, maar de waarborgen van het artikel worden veelal wel van toepassing geacht (Santing-Wubs 2002, p. 139-140).

⁵⁸ Hof Arnhem 19 januari 2010, *LJN* BL0003, *NJF* 2010, 94, par. 3.3.10. N.B. Inmiddels is casus ingesteld (naschrift d.d. 26 april 2010).

⁵⁹ Hof Arnhem 19 januari 2010, *LJN* BL0003, *NJF* 2010, 94, par. 3.3.12.

⁶⁰ Vgl. het tussenvonnis van de Rb. Utrecht, waarin de rechter aangeeft te verwachten dat een kerkelijk besluit marginaal getoetst gaat worden en slechts onrechtmatig geacht zal worden bij een 'ernstige schending van fundamentele rechtsbeginselen' (in het eindvonnis blijken dit afwijking van de eigen procedureregels, ne bis in idem-beginsel en motiveringsbeginsel te zijn (Rb. Utrecht 13 augustus 2008, *LJN* BD9991)). Enigszins cryptisch laat hij daarop volgen: 'Voorts kan van de bepalingen van het statuut van de PKN een beperkende werking op de onrechtmatigheid uitgaan' (Rb. Utrecht 6 februari 2008, *LJN* BC3672, par. 2.7). Dit zou ook op van artikel 6 EVRM afwijkende kerkordelijke bepalingen betrekking kunnen hebben.

4.2.1.4 Geheimhoudingsplicht

De volgende zaak brengt ons in het Groninger land.⁶¹ In een dorp werkten een aantal Hervormde gemeenten samen in het zogenaamde Allemanshoes, dat zij huurden van de kerkvoogdij van één van de gemeenten. Deze kerkvoogdij besloot kort na de start de huur met vrijwel onmiddellijke ingang op te zeggen vanwege 'blijken van onzedelijk gedrag'. Omdat de opzegging met deze reden een smet wierp op de medewerkers van het Allemanshoesproject, verzochten de samenwerkende gemeenten de kerkvoogdij om openheid van zaken te geven. Deze weigerde dat met een beroep op haar kerkordelijk vastgelegde geheimhoudingsplicht. Vervolgens brachten de gemeenten de zaak in kort geding voor de burgerlijke rechter om zo de kerkvoogdij te dwingen openheid van zaken te geven. Formeel valt de zaak buiten de probleemstelling van deze scriptie, die zich beperkt tot het individuele lid. De uitkomst zou echter dezelfde zijn geweest als individuele leden de zaak hadden aangespannen.

De rechter gaat uitvoerig in op de geheimhoudingsplicht. Daarbij merkt hij op:

'Daarbij zal het in het bijzonder gaan om aangelegenheden, die de persoonlijke levenssfeer van kerkleden betreffen.'⁶²

De rechter stelt vast dat door het doorbreken van de geheimhoudingsplicht de persoonlijke levenssfeer van de informanten van de kerkvoogdij niet direct geschaad wordt en dat bij het handhaven anderen in diskrediet gebracht worden. Hij overweegt daarom:

'kerkleden zoals gedaagden [zijn] ook binnen het verband van de kerk gehouden (...) aan de normen van zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer gelden en dit beginsel slechts uitzondering lijdt indien speciale bepalingen in de kerkorde op het punt van de onderlinge verplichtingen afwijkende regels geven. Van dit laatste is echter niet gebleken.'⁶³

De rechter veroordeelt de kerkvoogdij tot het geven van de gewenste inlichtingen, al hoeven zij hun bronnen niet te noemen.

Oldenhuis ziet deze zaak als een 'meer extern gericht[e]' handeling en schrijft hierover: 'Indien een College van Ouderling-Kerkvoogden om duistere redenen de huurders de huur opzegt, hebben de huurders recht op openbaarmaking van de feitelijke gronden die aan de huuropzegging ten grondslag hebben gelegen.'⁶⁴ Mijns inziens

⁶¹ Pres. Rb. Groningen 27 augustus 1992, rolnr. KG 189/92.

⁶² Pres. Rb. Groningen 27 augustus 1992, rolnr. KG 189/92, par. 3 (beoordeling).

⁶³ Pres. Rb. Groningen 27 augustus 1992, rolnr. KG 189/92, par. 3 (beoordeling).

⁶⁴ Oldenhuis 1994, p. 313. Het betreft hier een pand dat noch als woonruimte noch als bedrijfsruimte gekwalificeerd kan worden. Daarmee vervalt in beginsel de wettelijke verplichting redenen te geven voor de opzegging (vgl. resp. art. 7:271 lid 4 en art. 7:294 BW). Het is derhalve

gaat het om de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht, waarbij de huuropzegging slechts een secundaire rol speelt. Ik houd het daarom op een meer interne handeling. Wat is het geval? De eisers vorderen openbaarmaking van bepaalde informatie.⁶⁵ De verweerders argumenteren met de kerkordelijk vastgelegde geheimhoudingsplicht. De rechter geeft aan dat de kerkvoogden door de opzegging met de bijbehorende motivatie in feite hun de geheimhouding al hebben doorbroken. Zij hebben daarmee de persoonlijke levenssfeer van degenen die bij het Allemanshoes betrokken zijn geschaad. Vervolgens weegt de rechter het belang van deze betrokkenen af tegen het belang van de kerkvoogden: het eerstgenoemde belang weegt zwaarder. Dit zou mijns inziens niet anders zijn als er in plaats van verhuur sprake was geweest van een aan kerkvoogden kerkordelijk toebedeelde beheerstaak, een meer intern gerichte handeling. De overweging van de rechter dat slechts van de algemeen aanvaarde zorgvuldigheidsnorm kan worden afgeweken bij 'speciale bepalingen in de kerkorde' met 'van de onderlinge verplichtingen afwijkende regels', moet in het kader van de geheimhoudingsplicht begrepen worden.⁶⁶

De geheimhoudingsplicht hangt direct samen met het verschoningsrecht, het recht ten overstaan van de rechter van het geven van bepaalde informatie af te zien. Dit recht komt volgens enkele oudere rechterlijke uitspraken niet alleen aan professionele geestelijken toe, maar ook aan ouderlingen.⁶⁷ Ouderling-kerkvoogden maken daarop mijns inziens geen uitzondering. Toch lijkt het oordeel van de rechter me juist. De kerkvoogden hebben door de opzegging anderen zonder grond in diskrediet gebracht. Daarmee hebben zij in feite zelf de regel van geheimhouding verbroken. De gevolgen daarvan moeten nu verholpen worden, al betekent dat het opnieuw verbreken van geheimhouding.

Verbreking van geheimhouding is onder omstandigheden alleen mogelijk als de kerkorde het legitimeert, bijvoorbeeld in het kader van een tuchtprocedure. Anders kan er bijvoorbeeld sprake zijn van aantasting van de goede eer en naam of smaad.

onwaarschijnlijk dat de huurders recht hebben op de gronden van de opzegging, zoals Oldenhuis stelt.

⁶⁵ Pres. Rb. Groningen 27 augustus 1992, rolnr. KG 189/92, standpunt eisers nr. 4. In de kerkelijke procedure die aan het kort geding is vooraf gegaan ging het wél om het opzeggen van de huur (vgl. Motivering – Vaststaande feiten).

⁶⁶ Vgl. Santing-Wubs 2002, p. 223, die bij de geciteerde overweging aantekent 'dat een kerkgenootschap niet zonder meer de vrijheid heeft op grond van de kerkorde af te wijken van de normen van zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer gelden.' De rechter mag wat haar betreft van het statuut afwijken als dat in het licht van het bestaande rechtsstelsel grove onbillijkheden bevat (in navolging van I.A. Diepenhorst, zie: p. 223-nt 78, en p. 215; vgl. echter Van der Ploeg 2005, p. 266), zolang hij zich ook impliciet maar niet over geloofszaken uit.

⁶⁷ Vgl. par. 4.2.1.2., tweede casus. Zie verder Meijers 2008, p. 185 (verwijzend naar Rb. Rotterdam 24 januari 1933, *NJ* 1933, 977; Hof 's-Gravenhage 7 april 1949, *NJ* 1950, 135).

4.2.1.5 Uiting tijdens een kerkdienst

Al eerder kwamen we de zaak tegen die een diffamerende uiting in een kerkdienst betrof, de dienst op de avond van 1^e Kerstdag in de Chr. Gereformeerde Kerk van Ede.⁶⁸ In paragraaf 4.2 belichtte ik de aard van het lidmaatschap van de eiser. Nu wil ik kort ingaan op moment en plaats van de uiting: een openbare eredienst.

Oldenhuis meent dat in een zaak als deze ‘nauwelijks ruimte’ bestaat voor het aannemen van onrechtmatigheid ten aanzien van uitlatingen die een predikant tijdens de eredienst doet en die door het betroffen ex-kerklid als grievend worden opgevat.⁶⁹ Hij beschouwt een dergelijke uitlating als naar binnen gericht, wezenlijk verschillend van een (openbare) uiting buiten de eredienst.⁷⁰ De Arnhemse rechter in deze zaak neemt zijn uitgangspunt in het recht op godsdienstvrijheid, maar weegt dat af tegen de schending van de persoonlijke levenssfeer. Hij laat daarbij het recht op vrijheid van godsdienst zwaar wegen. Hij stelt de eiser slechts daarom in het gelijk, omdat de kerk vrij eenvoudig ook de zienswijze van de eiser naar voren had kunnen brengen. Daarmee zou het grievende karakter van de uiting voldoende zijn afgezwakt.

Het standpunt van de rechter acht ik te billijken. Ik volg daarvoor een benadering die Oldenhuis zelf heeft voorgesteld. Hij heeft er meer dan eens krachtig voor gepleit dat bij godsdienstige uitingen de vorm wordt getoetst.⁷¹ Dat deed hij onder meer in een commentaar op het HR-arrest Goeree-CIDI e.a.. Een van de criteria is de wijze van bekendmaking, in het onderhavige arrest een huis-aan-huis-campagne.⁷² In dat kader wijst hij vervolgens op het leggen van onlosmakelijke verbanden waar ze niet zijn, i.c. tussen homoseksualiteit en AIDS. In de Edese zaak is de wijze van bekendmaken weliswaar een wezenlijk andere, maar draagt deze wel een openbaar karakter.⁷³ Daarin onderscheidt een kerkdienst zich van bijvoorbeeld kerkelijke vergaderingen die een meer besloten karakter dragen.⁷⁴ In dat geval had de kerk beduidend meer ruimte gehad. Het gaat in deze zaak vervolgens om het leggen van een onlosmakelijk verband waar dat er niet per se is, namelijk om het opzeggen van het lidmaatschap

⁶⁸ Pres. Rb. Arnhem 24 februari 1989, *KG* 1989, 114.

⁶⁹ Oldenhuis 1994, p. 313. Vgl. A-G Leijten die stelt dat er ‘wat meer vrijheid’ bestaat om binnen de kerkmuren ‘te keer te gaan tegen het slechte in de toehoorders’ (HR 5 juni 1987, *NJ* 1988, 702, par. 20). Oldenhuis 1988b, p. 232, kritiseert Leijtens opvatting, maar niet op dit punt.

⁷⁰ Vgl. Oldenhuis 1988b, p. 232-233 en Oldenhuis 2003, p. 143.

⁷¹ Oldenhuis 1988b en Oldenhuis 2003.

⁷² Oldenhuis 1988b, p. 232-233.

⁷³ Vgl. Slump 1997, p. 79-80, die in dit verband constateert dat aan de uitlatingen van de predikant tijdens een openbare eredienst ‘een zekere externe werking toegekend’ wordt. Hij plaatst overigens een vraagteken bij de gevolgen die de rechter hieraan verbindt (p. 86).

⁷⁴ Zo althans in het bestuursrecht. Zie: Van der Burg e.a. 2008, p. 138.

door een met name genoemd ex-kerklid en diens afvalligheid van God. Het kerklid had dit verband immers met nadruk op voorhand ontkend. De wijze van uiten in een kerkdienst geniet hoge bescherming, maar het betreft geen absoluut recht. Ze weegt mijns inziens in de gegeven omstandigheden niet op tegen het persoonlijk kwetsende karakter van de uiting.

Oldenhuis geeft deze zaak als voorbeeld van een situatie waarin 'nauwelijks ruimte' bestaat om onrechtmatigheid aan te nemen. Daarmee sluit hij mijns inziens terecht niet uit dat er enige ruimte is, ruimte die ik in dit geval zou willen aannemen. In dit geval wordt het kerkelijk gewoonterecht aangevuld: de predikant had iets meer moeten zeggen dan hij gewend was te doen.

4.2.1.6 Huwelijksontbindingsprocedure

In deze casus gaat het om een rapportage die de psychiater Bausch had opgesteld ten behoeve van de ontbinding van een huwelijk voor de kerkelijke rechtbank van de Rooms-Katholieke kerk. Het kerkrecht schrijft de raadpleging van een externe deskundige voor. Bausch schreef op verzoek van het bisdom net als in eerdere situaties haar rapport op basis van de verklaringen van de huwelijkspartners en anderen, dus zonder hen zelf gesproken te hebben. Ondanks waarborgen van geheimhouding en uitsluitend kerkelijk gebruik achtte echtgenote zich door het rapport in haar eer en goede naam aangetast. In kort geding werden haar eisen afgewezen.⁷⁵ In hoger beroep voor het Hof 's-Hertogenbosch in 1998 kreeg ze echter deels gelijk. Het Hof beoordeelt het rapport als ondeskundig en meent:

'Of een kerkelijke rechtbank zich met het product van een dergelijk onderzoek tevreden mag stellen, als zij zich deskundig voorgelicht wenst te zien, staat alleen ter beoordeling van de kerkelijke rechtbank en niet van het Hof.'⁷⁶

Het Hof acht het echter onrechtmatig dat de psychiater een onderzoek naar de psyche van de vrouw is gestart 'zonder dat deze daarvan op de hoogte is gesteld en zonder dat zij daarbij zelf werd betrokken' en stelt daarvoor de kerkelijke rechtbank en de psychiater gezamenlijk aansprakelijk.⁷⁷ Het Hof corrigeert daarmee de president in kort geding, die meende

⁷⁵ Pres. Rb. Roermond 23 oktober 1997, KG 1998, 30.

⁷⁶ Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1998, rolnr. 1117/97/Ro, par. 4.9.4.

⁷⁷ Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1998, rolnr. 1117/97/Ro, par. 4.9.8.

'dat X wist althans redelijkerwijze had moeten weten dat de afgelegde getuigenverklaringen binnen de grenzen van de kerkelijke procedure zouden worden voorgelegd aan een deskundige.'⁷⁸

Is in deze zaak wel sprake van enig externe uitwerking? Op het eerste gezicht lijkt van niet. Eiser, ex-echtgenoot, bisdom en psychiater behoren allen tot de Rooms-Katholieke Kerk. Zij zijn allen betrokken bij een interne huwelijksontbindingsprocedure. Bij nader inzien geldt echter voor de psychiater dat zij niet in de hoedanigheid van kerklid haar rapportage levert, maar als deskundige. Het Hof legt dan ook bij haar de eerste verantwoordelijkheid voor de onrechtmatige daad, i.c. schending van de eer en goede naam.⁷⁹ In tweede instantie is het bisdom verantwoordelijk, in het bijzonder voor de schending van de privacy. Via het bisdom kregen de ex-echtgenoot van de eiseres en elders gevestigde kerkelijke rechtbanken het deskundigenrapport onder ogen.⁸⁰

Het Hof blijft behendig buiten de interne procedure als zodanig. Terecht laat het het aan de kerk over om te bepalen hoe zij zich wil laten voorlichten en welke eisen zij aan een bepaalde deskundigheid stelt. Echter als iemand op basis van zijn algemeen maatschappelijk erkende deskundigheid wordt aangezocht, dan dient deze binnen de kerk in beginsel dezelfde normen aan te leggen als daarbuiten.⁸¹ In dit geval betekent dat: onderzoek van de eiser persoonlijk en niet slechts aan de hand van een tegenover een derde afgelegd getuigenis. Een kerkelijk orgaan als de onderhavige kerkelijke rechtbank kan op zijn beurt slechts overgaan tot het volgens kerkelijke regels intern verspreiden van een deskundigenopinie, als hij zich ervan vergewist heeft dat bij het vormen van deze opinie de bij de deskundigheid behorende normen zijn gehanteerd.

In feite heeft het Hof een inconsequentie in het kerkelijk statuut blootgelegd. Het statuut kent de verplichting bij een huwelijksontbindingsprocedure een deskundige in te roepen. De gewoonterechtelijke instructies sluiten uit dat de deskundige – een derde! – overeenkomstig de bij die deskundigheid behorende zorgvuldigheidsnormen handelt. Het Hof zet deze instructies terecht buiten werking. Artikel 2:8 BW is hier niet van toepassing. De onrechtmatigheid wordt aan de hand van algemeen aanvaarde normen vastgesteld.

⁷⁸ Pres. Rb. Roermond 23 oktober 1997, *KG* 1998, 30, par. 6.4.4. Over het niet consulteren van de betrokkene zwijgt de president. Vgl. verder over de verplichte consultatie van een deskundige (6.4.3): 'Van deze plicht was X op de hoogte of had hiervan redelijkerwijs op de hoogte kunnen zijn.'

⁷⁹ Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1998, rolnr. 1117/97/Ro, par. 4.9.7. Vgl. voor een eerdere uitspraak in het kader van het medisch tuchtrecht Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1998, *NJ* 1998, 927.

⁸⁰ Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1998, rolnr. 1117/97/Ro, par. 4.9.8.

⁸¹ Vgl. Oldenhuis 2002, p. 46.

4.2.1.7 Op de grens: uiting binnen en buiten de gemeente

Een Chr. Gereformeerd predikant vorderde voor het Hof 's-Hertogenbosch openbaarmaking van de gronden, waarop hij afgezet was.⁸² Door zijns inziens onvolledige en onjuiste mededelingen van de kerk aan het dagblad *Trouw* was zijn persoonlijke levenssfeer in een kwaad daglicht komen te staan. Hij acht de mededelingen in strijd met de gewoonte aan een afzetting en de gronden daarvoor geen ruchtbaarheid te geven. De rechtbank had de vordering toegewezen. Het Hof vernietigt echter in 1989 in hoger beroep dit vonnis: door zelf de publiciteit te zoeken over zijn afzetting heeft de predikant speculaties over de gronden voor de afzetting bevorderd. Het Hof overweegt daarbij onder meer:

'De burgerlijke rechter kan niet treden in de vraag wat het kerkelijk gewoonterecht inhoudt (...). Beoordeeld moet worden of de Classis resp. de secretaris [van de kerkenraad] jegens [de predikant] in strijd gehandeld hebben met het geen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Daarbij is van belang of de mededeling van de Classis resp. de secretaris onjuist of onvolledig en daardoor misleidend waren, terwijl mede rekening gehouden moet worden met de opvattingen, die leven in de kringen, waarvoor die mededelingen waren bestemd.'⁸³

Het lijkt me onterecht dat het Hof weigert in te gaan op de vraag wat het kerkelijk gewoonterecht behelst.⁸⁴ Het kerkelijk gewoonterecht dient in een zaak als deze echter niet het enige punt van overweging te zijn. De uiting in kwestie richt zich ook naar buiten. Met het vervolg van de geciteerde overweging kan ik dan ook instemmen. In feite relateert het vervolg het standpunt over het gewoonterecht. De opvattingen in de kringen waarvoor de mededelingen bestemd waren, worden immers mede door het gewoonterecht gestempeld. Het verbaast dan ook niet dat het Hof enkele jaren later in een vergelijkbare zaak die dezelfde predikant over zijn afsnijding als kerklid aanspande, oordeelt:

'Bij de beoordeling van hetgeen maatschappelijk betamelijk is, dient rekening te worden gehouden met het feit dat partijen deel uitmaken van een specifiek onderdeel van de Nederlandse samenleving, dat eigen regels kent. In deze gemeenschap is de wijze van bekendmaken van een beslissing als de onderhavige door de Kerk volkomen aanvaard, immers kerkrechtelijk gebruik.'⁸⁵

⁸² De procedure staat in het kader van een drietal procedures: a) de onderhavige; b) een vordering van achterstallig loon en doorbetaling van loon; c) een vordering tot vernietiging van het afzettingsbesluit (vgl. Oldenhuis 1994).

⁸³ Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 1989, rolnr. 588/87/Ro, par. 4.2.

⁸⁴ Zo ook Santing-Wubs 2002, p. 227-228.

⁸⁵ Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 1992, KG 1992, 96, par. 3.2. Vgl. de opvatting dat een bepaald gebruik als rechtvaardigingsgrond gezien wordt bij in beginsel onrechtmatig gedrag (Jansen (K.J.O.), *Onrechtmatige daad* I, artikel 162, lid 2), aant. 223, 242, 247). Als dit gebruik binnen de vrijheid van godsdienst valt, lijkt me dit juist op basis van dit klassieke grondrecht – een *vrijheidsrecht* met eventuele beperkingen (vgl. Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 10, 32, 85-90) – een minder gewenste benadering.

Ik vat de beide arresten zo op dat in zaken als deze bij een meer naar binnen gerichte uiting de kerk haar eigen (gewoonte)regels kan volgen. Zodra om welke reden dan ook een meer naar buiten gerichte uiting wordt gedaan over hetzelfde feit – bijvoorbeeld omdat een journalist een gerucht checkt – zal opnieuw een afweging moeten worden gemaakt. Bij het vaststellen van de zorgvuldigheidsnorm zal dan mede rekening moeten worden gehouden met het publiek waarvoor de mededeling is bestemd. Een en ander is in lijn met het onderscheid dat de rechter maakte in de tuchtzaak van de Gemeenschap van Gelovigen tussen een naar binnen en een naar buiten gerichte uiting.⁸⁶

4.2.2 Meer naar buiten gerichte uitingen

In het kader van mijn onderzoek wil ik de meer naar buiten gerichte uitingen van kerken slechts aanstippen. Als deze voor de rechter worden gebracht, verschilt de uitkomst bij (vermeende) onrechtmatige daad niet wezenlijk van die bij andere organisaties. Zo mag een bisdom direct belanghebbenden in zijn ressort – ook buiten de eigen kerk – medelen dat gelet op de kerkelijke regels iemand zich ten onrechte als bevoegd rooms-katholiek voorganger afficheert.⁸⁷ Een parochiebestuur mag parochiekeren het gebruik van bepaalde lokaliteiten ontzeggen mits naar algemeen maatschappelijk aanvaarde zorgvuldigheidsnormen wordt gehandeld, bijvoorbeeld ten aanzien van de opzeggingstermijn.⁸⁸ In de categorie van de meer naar buiten gerichte uitingen valt ook de bemiddeling van een predikant in een meningsverschil, waarmee ik hoofdstuk 1 begon. Deze bemiddeling wordt door de burgerlijke rechter naar algemeen maatschappelijke maatstaven van zorgvuldigheid beoordeeld.⁸⁹ Het doen van een gebed of het anderszins gebruik maken van de religieuze achtergrond, zal volgens de rechter 'niet als een verrassing zijn gekomen.' Het is een omstandigheid, net als andere, die past bij het optreden van deze bemiddelaar. Het is daarom niet onrechtmatig.

⁸⁶ Zie par. 4.2.1.1, tweede casus.

⁸⁷ Vsr. Rb. Rotterdam 19 september 2002, *KG* 2002, 272.

⁸⁸ Vsr. Rb. Maastricht 6 mei 2009, *LJN* BI3776, m.n. par. 3.4.

⁸⁹ Rb. Utrecht 26 augustus 2008, *LJN* BJ6157, par. 5.22 t/m 5.25.

4.3 Conclusie

Ik toets het ontwerp voor de zorgvuldigheidsnorm zoals ik dat in het vorige hoofdstuk heb ontwikkeld aan de jurisprudentie die in dit hoofdstuk gepresenteerd is. Ik constateer het volgende.

In enkele zaken wordt de kerkelijke regelgeving terzijde geschoven met enkel het argument dat er geen zaak van geloof aan de orde is (paragraaf 4.1 en 4.2.1.3 – Molukse predikant). Dat is in strijd met de ruimte die de wetgever in artikel 2:2 BW het kerkgenootschap biedt. Het is in beide gevallen ook in strijd met de vrijheid van godsdienst, omdat analyse laat zien dat de betrokken regelgeving wel degelijk voortvloeit uit de overtuiging van de kerk. Ik zie daarom geen reden om de door mij voorgestane aanpak op dit punt aan te passen. Het besluit om kerkdiensten al dan niet op een bepaalde plaats en tijd te houden is een interne zaak zonder enige externe uitwerking. Het *kán* geen onrechtmatige daad vormen. Het afzetten van een predikant kan dat wel zijn. De normering moet dan primair met behulp van artikel 2:8 BW gevonden worden. Er is voor de rechter in dit geval geen reden kerkelijke regels buiten werking te stellen.

In paragraaf 4.2.1.1 toon ik aan dat kerkelijk handelen met betrekking tot iemand die ooit bewust voor het kerkelijk lidmaatschap gekozen heeft, minder snel onrechtmatig zal zijn dan bij iemand die dat niet heeft. Dit is een nadere invulling van het voorgestelde toetsingsmodel. Het kan gezien worden als een uitvloeisel van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Het wordt bevestigd door de beperking in de toepasselijkheid van dit artikel in artikel 2:2 lid 2 BW: 'voor zover deze is te verenigen (...) met *de aard der onderlinge verhoudingen*' (curs. KWdJ).

In paragraaf 4.2.1.2 komt naar voren dat de rechter in tuchtzaken marginaal pleegt te toetsen, tenzij een aspect van de zaak zich naar buiten richt. Bij dat laatste worden algemeen aanvaarde maatschappelijke normen aangelegd. Paragraaf 4.2.1.3 maakt duidelijk dat de rechter bij het onder de tucht stellen en afzetten van een geestelijke in beginsel bereid is de procedure te toetsen aan de procesrechtelijke waarborgen van artikel 6 EVRM. De rechter kan hiervan afwijkende kerkelijke regelgeving en uitvoering daarvan sanctioneren, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor de geestelijke onaanvaardbaar is. De ruimte voor afwijking is daarmee in feite zeer beperkt. Een en ander ondersteunt mijn positie ten aanzien van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 lid 2 BW) bij onrechtmatigedaadsacties.

Kerkelijke instanties dienen zich te houden aan de kerkordelijk vastgelegde geheimhoudingsplicht, zo maakt de uitspraak van paragraaf 4.2.1.4 duidelijk. Afwijking is slechts mogelijk, wanneer dit door het kerkelijk statuut gelegitimeerd wordt. Anders kan er sprake zijn van een onrechtmatige uiting. De casus uit deze paragraaf vormt een goede illustratie van de door mij voorgestelde wijze van toetsing.

De uiting in een kerkdienst, zoals in paragraaf 4.2.1.5 beschreven, betreft een complexe zaak. Onder bijzondere omstandigheden als in dit specifieke geval kan een in beginsel interne uiting – in een kerkdienst – onrechtmatig zijn. De rechter vult in deze zaak het kerkelijk gewoonterecht aan: de predikant had meer moeten zeggen dan hij deed. Dat valt in de gegeven omstandigheden binnen de ruimte die de vrijheid van godsdienst en artikel 2:8 BW de rechter bieden.

Paragraaf 4.2.1.6, die handelt over een huwelijksontbindingsprocedure, maakt duidelijk dat het inschakelen van een maatschappelijk erkende deskundige die niet de gelegenheid krijgt naar de bij zijn deskundigheid horende normen te handelen, onrechtmatig kan zijn. Hoewel het hier om een interne procedure gaat, moeten in de normering van het handelen van de deskundige niet de kerkelijke maar de algemeen maatschappelijk aanvaarde normen worden gehanteerd. In feite gaat het op dit specifieke punt om een meer naar buiten gerichte uiting met externe uitwerking.

De beide zaken van de Chr. Gereformeerde predikant uit paragraaf 4.2.1.7 illustreren nog eens waarom het noodzakelijk is de gerichtheid van de uiting goed te kwalificeren. Een naar binnen gerichte uiting met externe werking mag beoordeeld worden aan de hand van de interne regels. Zodra de uiting zich naar buiten richt zullen algemeen aanvaarde normen gehanteerd moeten worden.

Paragraaf 4.2.2 tot slot geeft enkele voorbeelden van meer naar buiten gerichte uitingen met een externe werking. Het oordeel van de rechter beweegt zich binnen de lijnen die in het ontwerp van het vorige hoofdstuk zijn uitgezet: contractuele normen en/of hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het kerkrecht van het gedaagde kerkgenootschap kan daarbij een rol spelen als belang of omstandigheid.

HOOFDSTUK 5 Rechtsvergelijkend perspectief: Duitsland

In dit hoofdstuk wil ik de resultaten van de beide voorgaande hoofdstukken in een breder perspectief plaatsen door de Nederlandse met de Duitse situatie te vergelijken. Anders dan het Verenigd Koninkrijk (Engeland) of de Scandinavische landen kent Duitsland net als Nederland geen staatskerk. Anders dan de meeste Europese landen aan de Middellandse Zee is er net als in Nederland niet één kerk die een dominante positie inneemt. Eerst ga ik in op de wijze waarop de positie van de kerk in beide landen is vormgegeven. Vervolgens neem ik de onrechtmatige daad onder de loep, om te besluiten met enkele conclusies.

5.1 De positie van de kerk in het rechtssysteem

In Duitsland is de positie van een kerkgenootschap op twee plaatsen in de grondwet van 1949 vastgelegd: in art. 4 en art. 140.¹ Artikel 4 handelt over de vrijheid van geloof en overtuiging, terwijl door de schakelbepaling van artikel 140 de artikelen 136 t/m 139 en 141 van de uit 1919 daterende grondwet van Weimar onderdeel van de huidige grondwet zijn geworden. Van deze laatste artikelen haal ik twee bepalingen uit artikel 137 voor het voetlicht, lid 3 en 4: ‘Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes’ en ‘Religionsgemeinschaften erwerben die Rechtsfähigkeit nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts’.

Ieder kerkgenootschap – ‘Religionsgemeinschaft’ of het minder vaak maar wel in de grondwet gebruikte ‘Religionsgesellschaft’ – is op basis van de grondwet vrij haar eigen zaken zelf te regelen, met name ten aanzien van reglement en bestuur, ‘Ordnung’ en ‘Verwaltung’. Ook wat verder tot de eigen zaken behoort, mag de kerk in eerste instantie zelf bepalen.² Het gaat dan om zaken als leer en cultus, kerkrecht en kerkorganisatie, opleiding en aanstelling van geestelijken, rechten en plichten van leden, vermogensbeheer, enzovoort. Aan dit zelfbeschikkingsrecht is een grens gesteld door de clausule ‘innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes’.³ Dit lijkt sterk op het Nederlandse ‘voor zover dit niet in strijd is met de wet’ (artikel 2:2 BW). In

¹ Deze alinea: Von Campenhausen & De Wall 2006, p. 50-52, 76-78; Winter 2008, p. 110-114, 118, 167-172, 222-224.

² Von Campenhausen & De Wall 2006, p. 100-106; Winter 2008, p. 170-171.

³ Von Campenhausen & De Wall 2006, p. 107-114, vgl. p. 316-318; Winter 2008, p. 180-187. Vgl. ook Listl & Pirson 1994, p. 545-549.

feite kan hier ook worden gelezen: voor zover dit niet in strijd is met de voor allen geldende wet. Naar de letter biedt het Nederlandse 'voor zover niet in strijd met' de kerk meer ruimte dan het Duitse 'binnen de grenzen van'. In de praktijk blijkt het verschil klein. In recente jurisprudentie van het Duitse Constitutioneel Hof – 'Bundesverfassungsgericht' – worden voor de bepaling van hetgeen tot het eigen kerkelijk terrein behoort verschillende, elkaar deels aanvullende benaderingen gehanteerd. Zo wordt onderscheid gemaakt tussen uitingen die beperkt blijven tot de eigen kerkelijke rechtsfeer en uitingen die verder reiken en (direct) maatschappelijke en/of civielrechtelijke consequenties hebben. Daarnaast omschrijft het Hof de voor allen geldende wet als de wet die de kerk in haar specifieke hoedanigheid niet harder treft dan anderen. Verder ziet het Hof de voor allen geldende wet als wetgeving die ondanks de principiële aanvaarding van de kerkelijke autonomie met het oog op de samenleving als geheel als noodzakelijke beperking van de kerkelijke vrijheid wordt gezien. In de Nederlandse jurisprudentie treffen we – althans waar het gaat om de onrechtmatige daad – eigenlijk alleen de eerste en/of de derde benadering aan. Enerzijds wordt onderscheiden tussen uitingen met een interne en een externe uitwerking. Anderzijds wordt nagegaan welke rechtsregels een dermate dwingend karakter hebben dat zij in het onderhavige geval ook op de kerk van toepassing zijn. De uitkomst is sterk vergelijkbaar⁴, ondanks het interessante verschil dat waar in Duitsland de kerkelijke organisatievrijheid in de grondwet is vastgelegd, dit in Nederland is uitgewerkt in een gewone wet.

Ten aanzien van het verwerven van rechtspersoonlijkheid heeft een kerkgenootschap in Duitsland twee keuzes. De eerste mogelijkheid is die van een privaatrechtelijke organisatievorm.⁵ In de regel is dit de 'ideële' vereniging. Met inschrijving als zodanig wordt de rechtspersoonlijkheid verkregen. De kerk mag van de bij dit type vereniging horende dwingendrechtelijke bepalingen afwijken, zolang dit de rechtszekerheid en de rechten van anderen niet in gevaar brengt. De burgerlijke rechtsregels mogen de kerk echter niet zodanige beperkingen opleggen dat deelname aan het rechtsverkeer onevenredig zwaar of zelfs onmogelijk wordt. Praktisch is de organisatievrijheid in Duitsland op deze wijze in hoge mate vergelijkbaar met die in Nederland, al zijn er enkele wezenlijke verschillen. In Duitsland is het verkrijgen van rechtspersoonlijk-

⁴ Overigens lijkt in de doctrine meer verschil tussen beide landen te bestaan (Listl & Pirson 1994, p. 547-549). Aan de ene kant van het Duitse spectrum is de opvatting te vinden dat de grondwet alleen uitsluitend tegen de kerk gerichte wetgeving verbiedt (vgl. de visie van Van Ee, in deze scriptie m.n. p. 16). Aan de andere kant bestaat de overtuiging dat de kerk intern burgerrechtelijk aanspraak kan maken op volledige vrijheid. Hoewel er in Nederland zeker wel juristen zijn die in deze richting tenderen (Hardenberg, Blanco Fernández, in deze scriptie p. 16 – nt 9), is voor deze benadering in ons land nauwelijks steun te vinden.

⁵ Von Campenhausen & De Wall 2006, p. 121-124; Winter 2008, p. 222-224.

heid een keuze, terwijl deze in Nederland de facto bestaat.⁶ Duitsland kent geen registratieplicht, Nederland wel.⁷

De tweede mogelijkheid voor een kerk om rechtspersoonlijkheid te verwerven is in het Nederlandse rechtssysteem onbekend: erkenning als openbaar lichaam – ‘Körperschaft des öffentlichen Rechts’ (K.d.ö.R.).⁸ Andere instellingen die dit type rechtspersoonlijkheid bezitten, zijn bijvoorbeeld universiteiten en publieke omroeporganisaties. Het karakter van een kerkelijk openbaar lichaam onderscheidt zich echter van deze instellingen: het is een openbaar lichaam ‘sui generis’. Waar bij andere openbare lichamen gesproken wordt van door de overheid toegewezen taken, gaat het bij kerkgenootschappen met de K.d.ö.R.-status om door de overheid verleende bevoegdheden. Een van de belangrijkste is de ‘Dienstherrenfähigkeit’, het recht om los van arbeidsrecht en sociaal verzekeringsrecht zelf regels te bepalen voor arbeidsovereenkomsten, vergelijkbaar met het Nederlandse ambtenarenrecht. Het is aan de kerk zelf in hoeverre zij hiervoor kiest. Voor de arbeidsrechtelijke verhouding tot haar geestelijken kan de kerk ook buiten deze publiekrechtelijke bevoegdheid naar eigen inzicht regelingen treffen.⁹ In Nederland heeft de kerk eenzelfde vrijheid, al staat de kerkelijke autonomie op dit punt onder druk.¹⁰ Een onderdeel van de ‘Dienstherrenfähigkeit’ vormt het tuchtrecht ten opzichte van kerkelijke ambtsdragers. Een andere bevoegdheid is die van het ‘Organisationsgewalt’, de bevoegdheid binnen zekere grenzen zelf publiekrechtelijke rechtspersonen op- en in te richten.¹¹ Verder is er het recht van ‘Rechtsetzung’, dat de beslissingen van het eigen kerkelijk rechtssysteem op publiekrechtelijk terrein rechtskracht verleent. De jurisdictie beperkt zich tot de bevoegdheden die bij de K.d.ö.R.-status horen. De normen zijn ontleend aan algemeen publiekrechtelijke principes, wetgeving, bij de bevoegdheden horende interne regels, en dergelijke. De opzet laat zich vergelijken met de Nederlandse figuur van de bestuursrechter. Een

⁶ In Duitsland wordt de kerk als informele vereniging (daar: zonder rechtspersoonlijkheid!) beschouwd, als zij afziet van het verwerven van rechtspersoonlijkheid (Von Campenhausen & De Wall 2006, p. 122). In Nederland is het genoemde ‘de facto’ geen absoluut gegeven. De rechter bepaalt achteraf of aanspraak gemaakt kan worden op rechtspersoonlijkheid (vgl. Van der Ploeg 2007, p. 30, vgl. ook p. 38-39). Ook kan een kerkgenootschap zich zo gedragen dat zij in feite afziet van rechtspersoonlijkheid (vgl. Van der Ploeg 2009, p. 92).

⁷ Zie voor de registratie in Nederland: Van der Ploeg 2007, m.n. p. 31-33.

⁸ Von Campenhausen & De Wall 2006, p. 127-140, 251-268; Winter 2008, p. 224-237. Ook wordt bij kerken met een K.d.ö.R.-status enigszins verwarrend zonder meer van ‘Körperschaftsstatus’ gesproken. Deze rechtspersoonlijkheidsvorm dient dan onderscheiden te worden van de civielrechtelijke rechtspersoonlijkheid (= Körperschaft).

⁹ Von Campenhausen & De Wall 2006, p. 252-253. Vgl. voor het bredere kader p. 177-182.

¹⁰ Zie verder Oldenhuis 2007.

¹¹ Vgl. in Nederland op privaatrechtelijk terrein het voor ieder kerkgenootschap geldende art. 2:2 lid 1 BW: ‘Kerkgenootschappen alsmede hun *zelfstandige onderdelen* en *lichamen waarin zij zijn verenigd*, bezitten rechtspersoonlijkheid’ (curs. KWdJ).

en ander betekent dat waar in Duitsland de kerk met een K.ö.d.R.-status zich bij het gebruik van de genoemde bevoegdheden aan de desbetreffende publiekrechtelijke normen dient te houden, het kerkelijk handelen in Nederland aan zorgvuldigheidsnormen uit het burgerlijk recht moet voldoen.

5.2 De onrechtmatige daad

Als we vervolgens de blik richten op een onrechtmatigedaadsactie van een individu tegen het kerkgenootschap waar hij bij betrokken is, beperk ik me tot kerken met K.d.ö.R.-status. Een belangrijk deel van de Duitse kerken bezit dit type rechtspersoonlijkheid. Er blijkt weinig over de onrechtmatige daad van een kerkgenootschap geschreven te zijn. De jurist Dirk Ehlers maakt een uitzondering met een overzichtsartikel over het nauw verwante thema van de aansprakelijkheid van kerken met een K.d.ö.R.-status. Hij stelt dat in het meer dan 2000 bladzijden tellende *Handbuch des Staatskirchenrechts* zelfs niet één regel aan deze aansprakelijkheid gewijd is.¹²

Waar een rechtssubject bij een 'unerlaubte Handlung' in het algemeen een beroep kan doen op § 823 e.v. BGB, moet het bij een kerk met 'K.d.ö.R.-status in een aantal gevallen gebruik maken van § 839 BGB. Dat artikel regelt in het verlengde van artikel 34 van de Duitse grondwet de uit schending van de 'Amtspflicht' voortvloeiende aansprakelijkheid, de 'Amtshaftung'. In eerst instantie is de ambtenaar aansprakelijk, maar de staat – of in het geval van een K.d.ö.R. in principe de K.d.ö.R. – neemt de aansprakelijkheid over. Het is niet noodzakelijk dat tevens aan de voorwaarden van § 823 e.v. BGB wordt voldaan.¹³ Ook Nederland kent een vergelijkbare figuur in art. 6:170 BW, al moet de betrokkene dan wel voldoen aan de voorwaarden van het 'basisartikel', art. 6:162 BW. Aangenomen wordt dat de kerk in Nederland afhankelijk van de omstandigheden van het geval (mede) aansprakelijk is voor de onrechtmatige daad die een geestelijke in de uitoefening van zijn ambt begaat.¹⁴

¹² Ehlers 1999, p. 5. Vgl. Listl & Pirson 1994 en 1995.

¹³ Zo is het niet nodig dat naast schending van de 'Amtspflicht' tevens sprake is van schending van de in § 823 BGB genoemde rechten en rechtsgoederen, de in de §§ 824 en 826 BGB genoemde voorwaarden, enzovoort. Omgekeerd bestaat overigens anders dan bij toepassing van § 823 e.v. BGB bij § 839 BGB slechts dan een schadevergoedingsplicht als de gelaedeerde zijn schade niet elders kan verhalen (vgl. Von Staudingers/Wurm 2007, par. 21-22).

¹⁴ Oldenhuis 2003, m.n. p. 145-148.

§ 839 BGB is in principe van toepassing op kerkelijk handelen dat valt binnen de bevoegdheden die in het kader van de K.d.ö.R.-status zijn toegekend.¹⁵ In principe: als het om een binnenkerkelijke zaak gaat en/of als het kerkelijk belang groter is dan het maatschappelijk belang, is § 839 BGB niet van toepassing.¹⁶ In het algemeen geldt volgens de rechtspraak betreffende § 839 BGB: een kerkelijk ambtenaar mag geen algemeen geldende publiekrechtelijke voorschriften overtreden.¹⁷ Meer in het bijzonder betekent dat het volgende. Er mogen geen ongepaste middelen worden gebruikt om een geestelijke emeritaat te doen aanvragen. Evenmin is het toegestaan een predikant ontslag te laten nemen van een gemeente zonder aan te geven dat hij daarmee tevens zijn ambt verliest, hem vanwege afwijking van de leer af te zetten zonder het toepassen van leertucht, of zonder reden een voortzetting van zijn carrière elders in de kerk te verhinderen. Specifiek kerkelijke regels spelen in de normering geen rol, anders zou het handelen tot de kerkelijke 'interna' gerekend worden (zie onder). Nederland kent geen eigensoortige aansprakelijkheid wegens 'ambtsverzuim'. In zaken als hiervoor beschreven dient de betrokkene in beginsel eerst de kerkelijke rechtsgang te volgen. Anders dan in Duitsland kan daarna pas de gang naar de burgerlijke rechter worden gemaakt. Die toetst dan marginaal. Hoewel we de details van de genoemde zaken niet kennen, is de kans groot dat ook de Nederlandse rechter dit kerkelijke handelen als onrechtmatig zou bestempelen. Kerkelijke regelgeving zou waarschijnlijk niet of nauwelijks in de normering doorwerken. Ondanks het verschil in normering – publiekrechtelijk vs. privaatrechtelijk – is het resultaat in beide landen in deze zaken vergelijkbaar.¹⁸

Valt een zaak onder de bevoegdheden van de K.d.ö.R.-status, maar wordt deze tot de kerkelijke 'interna' gerekend, dan heeft het kerkgenootschap het recht deze voor een eigen rechtbank af te doen. Vaak kent deze meerdere instanties en zijn in de beoordeling ook rechters uit de wereldlijke rechtspraak betrokken.¹⁹ Het betreft bijvoorbeeld vermogensrechtelijke eisen die geestelijken in relatie tot hun ambt tegen de kerk instellen.²⁰ Ook conflicten over de invulling van kerkelijke ambten en functies behoren tot de jurisdictie van de kerkelijke rechtspraak. Dat geldt eveneens voor verschil van

¹⁵ De situatie waarin de kerk staatsgezag uitoefent (vgl. Ehlers 1999, p. 7-11), laat ik buiten beschouwing.

¹⁶ Staudingers/Wurm 2007, par. 750. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat kerkelijke handelingen in de belastingsfeer niet onder § 839 vallen.

¹⁷ Voor dit gegeven en de voorbeelden in de alinea: Von Staudingers/Wurm 2007, par. 751-753.

¹⁸ Hierbij zij opgemerkt dat (ook) in Duitsland de publiekrechtelijke normen in bepaalde situaties eerder leiden tot aansprakelijkheid dan de privaatrechtelijke (Ehlers 1999, p. 17). Voor zover het kerkelijk handelen publiekrechtelijk van aard is, zal dan in vergelijking met Nederland doorgaans eerder onrechtmatigheid worden aangenomen.

¹⁹ Winter 2008, p. 214-215.

²⁰ Voor de praktijkvoorbeelden in deze alinea, zie Staudingers/Wurm 2007, m.n. par. 757.

inzicht tussen een leidinggevende en een predikant over de taakopvatting van de laatste. Of voor een ontslag als gevolg van een tweede huwelijk na echtscheiding in een kerk waarin dat huwelijk niet erkend wordt. De kerk handelt in deze zaken naar eigen regels en normen. Dat kan ook leiden tot schadevergoeding. Het oordeel van de kerkelijke rechtbank heeft in beginsel rechtskracht. Ten onzent zal de betrokkene daarvoor eerst naar de burgerlijke rechter moeten.

Tot voor enkele decennia was het regel dat de kerkelijke rechtbank ten aanzien van de 'interna' het laatste woord had. Op verschillende niveaus wordt duidelijk dat hieraan een einde gekomen is. Het Constitutioneel Hof – 'Bundesverfassungsgericht' – maakte in een zaak betreffende privaatrechtelijk aangestelde kerkelijk medewerkers in 1985 duidelijk dat bij eisen inzake civielrechtelijke gebreken – 'zivilrechtliche Unterlassungsansprüche' – toegang tot de rechter niet meer uitgesloten is. De Hoge Raad – 'Bundesgerichtshof' – zette in 2000 een volgende stap bij een kerkelijk ongeldig verklaarde bestuursverkiezing. Voorwaarde is dat de kerkelijke rechtsgang is uitgeput. De burgerlijke rechter moet zich beperken tot de vraag of het handelen basisprincipes van de rechtsorde schendt. Het hof noemt concreet het verbod op willekeur, de goede zeden en de 'ordre public'.²¹ Dit heet een 'Wirksamkeitskontrolle', vergelijkbaar met de Nederlandse marginale toetsing: een wetmatigheidscontrole, aangevuld met een behoorlijkheidscontrole op grond van algemene rechtsbeginselen.²² Daartoe behoren onder meer ook de waarborgen van artikel 6 EVRM. Op dit moment is nog niet duidelijk waar de ontwikkeling eindigt. Zo verklaart de burgerlijk rechter zich (nog?) onbevoegd als een predikant zich beklagt over een gedwongen verandering van standplaats.²³ Dat is een zaak van het eigen kerkrecht. Gelet op de sociaal-economische implicaties voor de betrokkene zal een dergelijke maatregel in Nederland beschouwd worden als een die de burgerlijke rechten raakt en toegang tot de burgerlijke rechter in principe rechtvaardigt. In Duitsland zal naar verwachting op de langere duur alleen strikt binnenkerkelijk handelen niet voor een dergelijke toetsing in aanmerking komen. Het gaat dan om zaken als de voorwaarden voor het peetouderschap, de kerkelijke begrafenis

²¹ In het kader van de ontvankelijkheid van kerkelijke zaken voor de burgerlijke rechter: Winter 2008, p. 215-222; meer toegespitst op het kerkelijk arbeidsrecht: Von Campenhausen & De Wall 2006, p. 320-325; Listl & Pirson 1995, p. 871-875. Vgl. ook Listl & Pirson 1995, p. 1081-1116, waarin de bedoelde meest recente uitspraken niet verwerkt zijn, maar voor het op het moment van publicatie beperkte terrein waarop de burgerlijke rechter kerkelijke zaken ontvankelijk achtte vanuit het verenigingsrecht en het scheidsgericht een zekere eigen ruimte voor de kerkelijke rechtspraak wordt gefundeerd (m.n. p. 1111-1116).

²² Vgl. Von Staudingers/Wurm 2007, par. 751. Voor de marginale toetsing: Santing-Wubs 2002, p. 164.

²³ Vgl. Hatzinger 2009, p. 17; Görisch 2009, p. 1-2. Vgl. verder EHRM 23 september 2008, zaak 48907/99 (Ahtinen v. Finland), *NJCM-Bulletin* 34 (2009), p. 256-267.

van iemand die het kerklidmaatschap heeft opgezegd, enzovoort.²⁴ In dit opzicht zullen de Duitse verhoudingen waarschijnlijk op de Nederlandse gaan lijken. We hebben met dit type beroep op de wereldlijke rechter echter de grens van de vraagstelling van deze scriptie bereikt. Voor zover ik heb kunnen nagaan, is in deze gevallen bij de stap naar de wereldlijk rechter namelijk nauwelijks of geen sprake van een onrechtmatige daad naar burgerlijk recht.²⁵

Vergelijken we in de vorige alinea de Duitse met de Nederlandse situatie, dan vallen verschillende zaken op. In Duitsland worden zaken eerder tot het exclusieve bereik van het eigen kerkrecht gerekend dan in Nederland. In Duitsland moet de kerkelijke rechtsgang uitgeput zijn, wil een beroep op de burgerlijke rechter kans van slagen hebben. In Nederland is dat bij een onrechtmatige daad in principe ook zo, tenzij de kerkelijke rechtsgang niet voldoet aan fundamentele rechtsbeginselen zoals die onder meer in artikel 6 EVRM zijn neergelegd. Als de wereldlijke rechter zich bevoegd en de zaak ontvankelijk acht, is de beoordeling in beide landen vergelijkbaar: een marginale toetsing. In Duitsland betreft het echter zelden of nooit een onrechtmatige daad.

Als § 839 BGB niet van toepassing is, dan kan de kerk met K.d.ö.R.-status bij schending van civielrechtelijke regels op grond van § 823 e.v. BGB worden aangesproken voor geleden schade.²⁶ In het eerder aangehaalde overzichtsartikel van Ehlers spelen de kerkelijke regels slechts in één geval een rol.²⁷ Parallel aan het verenigingsrecht kan een kerklid er aanspraak op maken niet in strijd met de kerkelijke regels behandeld te worden. Gebeurt dat niet, dan kan hij met inachtneming van de bijzondere positie van de kerk een beroep doen op § 823 lid 1 BGB. Dit is echter een theoretische mogelijkheid. Ehlers geeft geen concrete kerkelijke voorbeelden. De reikwijdte van de verplichting niet in strijd met de kerkelijke regelgeving te handelen en daarmee de invloed van de kerkelijke regelgeving op de normering blijft in het ongewisse. Voor de rechtsvergelijking is een en ander te summier om perspectief te kunnen bieden.

²⁴ Winter 2008, p. 219.

²⁵ De databestanden van www.bundesgerichtshof.de en www.bundesverfassungsgericht.de (vanaf resp. 2000 en 1998) bevatten geen kerkelijke zaken met deze grondslag. Tot op zekere hoogte is het begrijpelijk dat individuen geen onrechtmatigedaadseis instellen tegen een kerk. Interne kerkelijke zaken kunnen niet voor de wereldlijke rechter worden gebracht. Als dat wel kan, vervoegen privaatrechtelijk aangestelde werknemers zich bij de arbeidsrechter, geestelijken bij de bestuursrechter. De laatste is ook de aangewezen instantie als het gaat om de uitoefening van staatsgezag (Von Campenhausen & De Wall 2006, p. 319-320 en 323-324). Komt een zaak voor de burgerlijke rechter, dan worden andere grondslagen gebruikt. In de genoemde zaak voor het 'Bundesgerichtshof' uit 2000 betrof het bijvoorbeeld een 'Anspruch wegen Besitzstörung' (§ 862 BGB) en 'Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch' (§ 1004 BGB) van de zijde van het kerkgenootschap waartegen het individu in beroep ging (Winter 2008, p. 218).

²⁶ Zie voor deze paragraaf Ehlers 1999, m.n. p. 31-34.

²⁷ Ehlers 1999, p. 31-32.

In de overige gevallen van § 823 e.v. BGB die Ehlers noemt, zoals toezicht bij catechese of jongerenactiviteiten, draagt de normstelling een algemeen maatschappelijk karakter. Ook in Nederland worden bij deze meer naar buiten gerichte uitingen met een externe werking in principe algemeen aanvaarde normen aangelegd. De uitkomst zal doorgaans vergelijkbaar zijn. In beide landen kan in beginsel direct de gang naar de burgerlijke rechter worden gemaakt.

Samenvattend kunnen we het volgende vaststellen. In het Duitse recht stelt een individu in principe slechts in twee gevallen een onrechtmatigedaadsactie in tegen het kerkgenootschap waar hij bij betrokken is. Het eerste geval betreft de schending van de 'Amtspflicht' (§ 839 BGB), althans voor zover het niet om kerkelijke 'interna' gaat. Het tweede geval betreft een behandeling in strijd met de kerkelijke regels (§ 823 BGB). In het eerste geval zijn de eigen kerkelijke regels welhaast de facto van de normering uitgesloten. De tweede situatie draagt een theoretisch karakter. Bovendien zijn de gegevens erg summier. De mogelijkheden van een verdere rechtsvergelijking met het oog op het thema van deze scriptie zijn in beide gevallen zo goed als nihil.

5.3 Conclusie

Rechtsvergelijking tussen de Duitse en Nederlandse situatie maakt duidelijk dat waar in Nederland kerkelijke regels invloed hebben op de normering bij een onrechtmatigedaadsactie, dat in Duitsland bij kerken met een K.d.ö.R.-status niet of nauwelijks het geval is. Bij de 'Amtshaftung' (§ 839 BGB) spelen specifieke kerkelijke regels de facto geen rol. Bij de toepassing van de bepalingen over de 'unerlaubte Handlung' (§ 823 e.v. BGB) kunnen kerkelijke regels wellicht in theorie de normering beïnvloeden, maar ontbreken gegevens uit de praktijk. Voor zover kerkelijk regels wel in het spel zijn en de zaak ontvankelijk is bij de wereldlijke rechter – hetgeen in Duitsland minder snel het geval is dan in Nederland –, worden zaken niet met de grondslag onrechtmatige daad voor die rechter gebracht. De toetsing is in deze gevallen wel vergelijkbaar met die in Nederland bij een onrechtmatigedaadsactie: marginaal.

HOOFDSTUK 6 Conclusie

Ik stelde mezelf de vraag: *In hoeverre dient het eigen kerkrecht de uitkomst te bepalen van een onrechtmatigedaadsactie van een individu tegen het kerkgenootschap waarbij hij betrokken is?* Vanuit het verrichte onderzoek kom ik tot het volgende antwoord.

In hoofdstuk 2 stel ik vast dat het grondrecht vrijheid van godsdienst de kerk de ruimte biedt zelf haar organisatie in te richten, al kan de overheid formele regels stellen met het oog op de rechten en vrijheden van anderen. Ten aanzien van intern handelen heeft het grondrecht voor de kerk als collectief een sterke horizontale werking. Bij handelen dat het interne bereik overschrijdt, kan de rechter hier in het kader van een onrechtmatigedaadsactie inbreuk op maken.

Binnen het geschetste grondrechtelijk kader valt het antwoord op de probleemstelling in de hoofdstukken 3 en 4 in drieën uiteen. De eerste categorie betreft uitingen zonder externe (uit)werking. Het gaat om puur intern kerkelijk handelen, zonder materiële of immateriële schade in de zin van de wet. Te denken valt aan het stopzetten van kerkdiensten op een bepaalde tijd en plaats. Dit kan naar de voorwaarden die artikel 6:162 BW stelt, geen onrechtmatige daad zijn. Deze categorie valt daarmee in feite buiten de vraagstelling.

De tweede categorie heeft betrekking op meer naar binnen gerichte uitingen met een externe (uit)werking. Er is op enigerlei wijze sprake van schade in de zin der wet. Enkele voorbeelden: een geestelijke raakt zijn aanstelling kwijt; een gemeentelid derft inkomsten als direct gevolg van het feit dat hij onder de tucht is gesteld; leden worden in diskrediet gebracht omdat ambtsdragers hun geheimhoudingsplicht verbreken. Aanknopingspunt voor de te hanteren zorgvuldigheidsnorm is artikel 2:8 BW. Dat verplicht een rechtspersoon en de bij die rechtspersoon betrokkenen zich als zodanig jegens elkaar te gedragen op de wijze die redelijkheid en billijkheid vereisen. Dit betekent dat marginaal getoetst dient te worden. Verder dient in het formuleren van de zorgvuldigheidsnorm het eigen kerkrecht als uitgangspunt genomen te worden. Slechts als de toepassing van een regel naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, kan deze terzijde worden geschoven.

Bij het voorgaande dient het volgende in aanmerking genomen te worden. Als al kerkelijke regels buiten werking worden gesteld, dan kan dat eerder het geval zijn bij mensen die niet bewust een keuze voor het lidmaatschap hebben gemaakt dan bij mensen die dat wel hebben gedaan. Verder heb ik betoogd dat een kerk in beginsel de ruimte moet hebben in haar regelgeving van de in artikel 6 EVRM neergelegde rechts-

waarborgen af te wijken. De ruimte hiervoor zal in de praktijk bescheiden zijn. Het is namelijk de vraag of afwijking door de rechter erkend zal worden. Die zal afwijking immers afwijzen bij gevolgen die onaanvaardbaar zijn voor de betrokkene.

De derde categorie omvat meer naar buiten gerichte uitingen met een externe (uit)werking. Soms vinden deze plaats in het kader van handelingen in de tweede categorie, zoals een tuchtzaak. Een geestelijke kan er als zodanig bij zijn betrokken, bijvoorbeeld in de situatie dat hij bemiddelt in een conflict. In deze categorie uitingen zal de rechter oordelen aan de hand van hetgeen algemeen maatschappelijk aanvaard is. De kerkelijke (gewoonte)regels kunnen in deze gevallen een rol spelen, maar dan als belang of omstandigheid naast andere belangen en omstandigheden.

In het rechtsvergelijkende hoofdstuk 5 besteed ik met name aandacht aan de situatie in Duitsland bij kerken met de status van 'Körperschaft des öffentlichen Rechts'. Anders dan in Nederland heeft, voor zover valt na te gaan, kerkelijke regelgeving daar zo goed als geen invloed op de normering van de onrechtmatigedaadsactie zoals die in deze scriptie beschreven wordt. Bij een onrechtmatige daad spelen specifiek kerkelijke regels geen rol. Als dergelijke regels wel in het geding zijn dient eerst de kerkelijke rechtsgang doorlopen te worden. Acht de burgerlijke rechter de zaak vervolgens ontvankelijk – hetgeen minder snel het geval is dan in Nederland – dan wordt onrechtmatige daad niet als grondslag gebruikt. De toetsing tot slot is verwant aan die in Nederland: marginaal.

In een onrechtmatigedaadsactie van een betrokkene moet de kerk zich in het oordeel over dat wat rechtmatig en onrechtmatig is enerzijds schikken naar het recht in de wereld, maar mag zij anderzijds in dat kader maximaal aanspraak maken op de geldigheid van haar eigen kerkrecht, recht dat niet van de wereld is.¹

¹ Vgl. voor het 'in de wereld maar niet van de wereld' in de Bijbel: Johannes 17: 11 en 14.

BIJLAGE De toegang tot de rechter¹

In paragraaf 3.2 ging ik kort in op de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van de zaak. In deze bijlage illustreer ik bevoegdheid en ontvankelijkheid aan de hand van twee met elkaar samenhangende uitspraken. De eerste, in kort geding gedaan, dateert uit 2002: ds. X. versus de classis Amersfoort van de Christelijke Gereformeerde Kerken in Nederland (CGK).² De voorzieningenrechter van de rechtbank besloot dat de tegen ds. X. uitgesproken schorsing diende te worden opgeheven. De kerk gaf geen behoor aan dit besluit en zette hem uiteindelijk af. Ds. X. eiste vervolgens in 2005 in een bodemprocedure tegen zijn gemeente en de classis schadevergoeding vanwege kennelijk onredelijk ontslag, subsidiair vanwege het niet nakomen van gesloten overeenkomsten.³

In het kort geding uit 2002 acht de voorzieningenrechter zich vanwege de grondslag van de eis, 'beweerdelijk onrechtmatig handelen', een burgerlijk recht, bevoegd. Dit is in lijn met eerdere jurisprudentie.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid concludeert de voorzieningenrechter in 2002:⁴

'Nu één ander zowel in materieel als in persoonlijk opzicht zeer ingrijpend is voor [eiser] en zijn gezin en onvoldoende is gebleken dat voldoende garanties bestaan dat binnen de kerkelijke rechtsgang op zeer korte termijn (zonodig) een voorziening kan worden getroffen die de toets van een behoorlijk proces kan doorstaan, heeft [eiser] zich terecht tot de burgerlijke rechter gewend ter verkrijging van aanvullende rechtsbescherming. [eiser] kan mitsdien in zijn vordering worden ontvangen, mede gelet op het feit dat hij aan zijn vordering de bescherming in een burgerlijk recht ten grondslag heeft gelegd.'

De discretie van de voorzieningenrechter is ruim, voorop staat het spoedeisend belang.⁵ Dat laatste is het geval, al lijkt de rechter met een 'zeer korte termijn' de lat iets hoger te leggen dan gebruikelijk. Verder blijkt van belang dat de situatie materieel en persoonlijk voor zowel de eiser als zijn gezin 'zeer ingrijpend' is en de kerkelijk procedure onvoldoende waarborgen biedt.⁶ Met name het ontbreken van voldoende waarborgen is een argument voor ontvankelijkheid dat ook in andere jurisprudentie terug te vinden is.⁷

¹ Zie voor deze bijlage ook Santing-Wubs 2002, p. 91-104.

² Vزر. Rb. Zwolle 1 februari 2002, *LJN AD8785*.

³ Ktr. Rb. Zwolle 2 februari 2005, *JAR* 2005, 58.

⁴ Pres. Rb. Zwolle 1 februari 2002, *LJN AD8785*, par. 2.8.

⁵ Zo Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 131.

⁶ Vgl. Oldenhuis 1994, p. 311: 'Mijn indruk is dat op het kerkelijk erf de interne rechtsgang een dergelijke toets [nl. dat de kerkelijke procedure met voldoende rechtswaarborgen is omgeven] niet steeds kan doorstaan.' Zie ook Santing-Wubs 2002, p. 105-140 (hoofdstuk 7).

⁷ Zie ook Van der Ploeg 2005, p. 269 en de daar gegeven literatuur (m.n. nt. 30).

Dan komen we vervolgens toe aan de bodemprocedure uit 2005. Nadat de kantonrechter zich bevoegd heeft verklaard, stelt hij over de ontvankelijkheid het volgende:

‘3.4 CGK Zeewolde en de classis hebben voorts als verweer opgeworpen dat [eiser] niet ontvankelijk dient te worden verklaard nu er een interne procedure openstond voor [eiser] en hij daar niet of niet voldoende gebruik van heeft gemaakt, terwijl hij daartoe wel verplicht was. De kantonrechter wijst dit verweer af. (...) ‘noch uit art. 31 KO, noch uit daarop gebaseerde kerkelijke regels, beloften, formulieren of andere uitlatingen (voorzover daarop in deze procedure een beroep is gedaan) ondubbelzinnig worden afgeleid dat het een partij slechts zou zijn toegestaan de burgerlijke rechter te adiëren indien eerst de interne procedure is afgerond. In zoverre verschilt art. 31 KO van art. XXIV van de Hervormde Kerkorde, zoals het aan de orde was in de zaak tussen de NHK en de Hervormde Gemeente Aarlanderveen c.s., nu dit laatste artikel wél voldoende duidelijk maakt dat geschillen eerst intern aan de orde moeten worden gesteld.

3.5 Hierbij komt dat [eiser] zeer veelvuldig van de appélprocedure gebruik heeft gemaakt en ter zake van in ieder geval één van de belangrijke beslissingen van de classis appél bij de GS had ingesteld. Een appél bij de GS kon pas in de loop van 2004 worden behandeld. Deze bijkomende omstandigheden brengen mee dat, ook wanneer wél sprake zou zijn geweest van een duidelijke verplichting de zaak eerst intern aan te kaarten, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om van [eiser] te eisen dat hij eerst de bijeenkomst van de GS – een jaar later – zou afwachten alvorens te kunnen worden ontvangen in een procedure bij de burgerlijke rechter.’

Tot deze zaak was het gebruikelijk dat in een procedure waarin een met voldoende waarborgen omgeven kerkelijke geschillenregeling bestond en daarvan geen gebruik was gemaakt, de rechter de eiser in principe niet ontvankelijk verklaarde.⁸ Hij wilde daar alleen bij een spoedeisend belang in kort geding van afwijken, zoals in de zaak uit 2002.

De Zwolse rechter stelt nu impliciet nadere condities ten aanzien van de interne geschillenbeslechting. Hij geeft voor de ontvankelijkheid in deze zaak twee argumenten: 1) er bestaat in dit geval geen verplichting tot het gebruik maken van de interne geschillenregeling; 2) de eiser heeft in deze zaak veelvuldig gebruik gemaakt van de bestaande geschillenregeling en zou bij consequent gebruik te lang moeten wachten. In het eerste argument refereert de rechter aan een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage in 1997.⁹ Dat betrof een geschil binnen de Nederlandse Hervormde Kerk (NHK). Het Hof las in de kerkorde van de NHK en de daarop gebaseerde geschillenregeling ‘naar doel en strekking’ een verplichting bij geschillen eerst de interne procedure te volgen alvorens zich tot de burgerlijke rechter te wenden.¹⁰ Een dergelijke verplichting ontbreekt volgens de Zwolse rechter in de kerkorde van de CGK, een variant van de in de gereformeerde orthodoxie invloedrijke Dordtse Kerkorde, en andere relevante

⁸ Santing-Wubs 2002, p. 94-102.

⁹ Hof 's-Gravenhage 18 september 1997, *NJKort* 1997, 76.

¹⁰ Vgl. Kerkorde NHK 1951, art. XXIV: ‘Bezwaren en geschillen (...) worden voorgelegd aan commissies voor de behandeling van bezwaren geschillen.’ Materieel vergelijkbaar in *Kerkorde* 2003, art. XIV.

overlegde stukken. Het is echter de vraag of dit ruimte biedt om zich direct tot de wereldlijk rechter te wenden. In de eerste plaats is er in enkele andere uitspraken na die van het Haagse Hof aan dit punt voorbij gegaan.¹¹ Fundamenteler is echter de vraag of de desbetreffende bepaling uit de kerkorde van de CGK zo restrictief gelezen mag worden.¹² Inderdaad ontbreekt het naar de letter aan een verplichting om eerst kerkelijk in beroep te gaan.¹³ Maar het is zeer de vraag of dit naar het gewoonterecht van de CGK ook zo is. Het is dan ook niet vreemd dat tegen het vonnis beroep is aangetekend, onder meer op het punt van de ontvankelijkheid. Het Hof Arnhem heeft in het hoger beroep onlangs uitgesproken dat los van de exacte kerkordelijke formuleringen in beginsel eerst de kerkelijke rechtsgang doorlopen dient te worden:

‘Wanneer de geschilbeslechting is opgedragen aan de kerkelijke rechter, dienen de partijen bij een geschil dat zowel kerkrechtelijke als civielrechtelijke aspecten heeft in beginsel deze rechtsgang te volgen.’¹⁴

Anders dan de kantonrechter meent, mag uit het arrest van het Hof van 's-Gravenhage dus niet (a contrario) worden afgeleid dat bij het ontbreken van een kerkordelijke verplichting om eerst de kerkelijke rechtsgang te volgen de burgerlijke rechter direct geëdieerd kan worden. Met het Arnhemse arrest wordt de oude rechtspraak ten aanzien van de ontvankelijkheid bevestigd.

Het tweede argument van de Zwolse kantonrechter voor de ontvankelijkheid is gebaseerd op redelijkheid en billijkheid. Het argument – veelvuldig gebruik van de geschillenregeling en lang wachten op een uitkomst – is ontleend aan de algemeenmaatschappelijke normen. Mijns inziens dient hier artikel 2:8 BW te worden toegepast en tevens rekening gehouden te worden met de kerkelijke norm.¹⁵ Daar komt in dit specifieke geval bij dat op het moment van de Zwolse uitspraak de hoogste kerkelijke instantie, de generale synode, al had vergaderd. De kerkelijke rechtsgang zou daarmee sneller zijn geweest dan de wereldlijke. Het tweede argument is derhalve mijns inziens net als het eerste niet valide.

¹¹ Zie voor een kort overzicht Santing-Wubs 2002, p. 100 – nt 27. Huysmans 2007, p. 14, wijst erop dat in de R.K. kerk een verplichting om eerst de interne procedure te volgen ontbreekt.

¹² Zie hiervoor ook Huysmans 2007, p. 70; Oldenhuis 2007a, p. 65-66; Willemze 2007, p. 75-77.

¹³ ‘Wanneer iemand van mening is, dat hij door het besluit van een mindere vergadering bezwaard is, kan hij zich op een meerdere vergadering beroepen’ (Kerkorde CGK 2004, art. 31). Vgl. in het burgerlijk recht art. 331 lid 1 Rv: ‘Partijen *kunnen* van een in eerste aanleg gewezen vonnis in hoger beroep komen’ (curs. KWdJ).

¹⁴ Hof Arnhem 19 januari 2010, *LJN* BL0003, *NJF* 2010, 94, par. 3.3.4 (n.b. inmiddels is cassatie ingesteld (naschrift d.d. 26 april 2010)). Vgl. ook het tussenarrest: Hof Arnhem 24 juni 2008, *LJN* BF3815, par. 5.3.4.

¹⁵ Het Hof Arnhem richt zich met name op de vraag of de kerkelijke procedure met voldoende waarborgen is omgeven. In dat kader stelt het vast dat de lange duur van de procedure op zichzelf geen aanwijzing is voor het feit dat fundamentele rechtsbeginselen veronachtzaamd zouden worden (Hof Arnhem 19 januari 2009, *LJN* BL0003, *NJF* 2010, 94, par. 3.3.34).

LITERATUUR

Akkermans, Bax & Verhey 2005

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Apeldoorn/Reijntjes & Boon 2003

J.M. Reijntjes & P.J. Boon, *Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlands recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2003.

Asser/Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *C. Assers [Asser's] Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Maeijer 1997

J.M.M. Maeijer, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Bijsterveld 1998

S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, Deventer: Tjeenk Willink 1998.

Blanco Fernández 2005

J.M. Blanco Fernández, 'Het statuut van kerkgenootschappen', *RM Themis* 2005, p. 63-71.

Bouwman 1934

H. Bouwman, *Gereformeerd kerkrecht. Het recht der kerken in de praktijk. Deel II*, Kampen: Kok 1934.

Brems & Haeck 2004

E. Brems & Y. Haeck, 'Artikel 11. Vrijheid van vreedzame vergadering en vrijheid van vereniging', in: J. vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Volume II*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 1-40.

Van der Burg e.a. 2008

M.P. van der Burg e.a., *Compendium. Gemeentelijke belastingen*, Deventer: Kluwer 2008.

Von Campenhausen & De Wall 2006

A. van Campenhausen & H. de Wall, *Staatskirchenrecht. Eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und Europa*, München: Beck 2006.

Dienstboek 1965

Dienstboek voor de Nederlandse Hervormde Kerk in ontwerp, 's-Gravenhage: Boeken-
centrum 1965.

Dienstboek 2004

Dienstboek. Een Proeve. Deel II. Leven-zegen-gemeenschap, Zoetermeer: Boeken-
centrum 2004

Diepenhorst 1946

I.A. Diepenhorst, *De verhouding tusschen kerk en staat in Nederland*, Utrecht: Kemink
1946.

Van Dijk & Van der Ploeg 2007

P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge
waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Drimmelen 2004a

L.C. van Drimmelen, 'Kerkrecht; een theologische benadering', in: Van Drimmelen &
Van der Ploeg 2004, p. 15-21.

Van Drimmelen 2004b

L.C. van Drimmelen, 'De reformatorische gemeente in juridisch en organisatorisch op-
zicht', in: Van Drimmelen & Van der Ploeg 2004, p. 271-279.

Van Drimmelen & Van der Ploeg 2004

L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004.

Van Ee 1996

J.W. van Ee, 'In strijd met de wet', *RM Themis* 1996, p. 163-179.

Ehlers 1999

D. Ehlers, 'Die Haftung der Religionsgemeinschaften mit öffentlich-rechtlichem Körper-
schaftsstatus', in *Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht* 44 (1999), p. 4-50.

Evans 2001

C. Evans, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Ox-
ford: Oxford University Press 2001.

Görisch 2009

Chr. Görisch, *Das kirchliche Amt und Professorenämter in Kirchenrecht und Theologie*,
Hannover: Kirchenrechtliches Institut 2009, <[www.ekd.de/kirchenrechtliches_institut/
download/HIEK09_Goerisch.pdf](http://www.ekd.de/kirchenrechtliches_institut/download/HIEK09_Goerisch.pdf)>.

Hanson 2005

K. Hanson, 'Artikel 9. Vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst', in J. van de
Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Volume I*,
Antwerpen: Intersentia 2004, p. 789-836.

Hardenberg 1980

L. Hardenberg, 'Het eigen recht van de kerken', *WPNR* 1980, p. 337-344, 353-358,
369-373.

Hatzinger 2009

K. Hatzinger, *Das deutsche Staatskirchenrecht in europäischer Perspektive*, Altenkunstadt: Pfarrerverband 2009, <www.pfarrerverband.de/.../090925_vortrag_hatzinger_kirchenrecht.pdf>.

Van den Heuvel 1991

P. van den Heuvel, *De Hervormde kerkorde. Een praktische toelichting*, Zoetermeer: Boekencentrum 1991.

Hugenholtz/Heemskerk 2006

W.H. Heemskerk, W. Hugenholtz. *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier 2006.

Huizink (Rechtspersonen I)

J.B. Huizink, 'I. Algemene bepalingen', in: A. de Bos e.a. (red.), *Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Huysmans 2007

R.W.G. Huysmans, 'Aantekeningen bij de civiele Uitspraak Zeewolde', *NTKR* 1 (2007), p. 67-70.

Jansen (C.H.M., Onrechtmatige daad I, artikel 162 lid 1 BW)

C.H.M. Jansen, '3. Recht op schadevergoeding', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Jansen (K.J.O., Onrechtmatige daad I, artikel 162 lid 2 BW)

K.J.O. Jansen, '93. Veiligheidsnormen in sport- en spelsituaties', '223. Plaatselijk of groepsgebruik', '242. Vrijheid van Godsdienst', '247. Bijzondere (rechts)verhouding', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Jansen 2000

A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn met name in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Meppel: Boom 2000.

Kerkboek 1968

Kerkboek van de Gereformeerde Kerken in Nederland, Leeuwarden: Jongbloed z.j. [1968].

Kerkorde NHK 1951

Kerkorde der Nederlandse Hervormde Kerk. Uitgave januari 1951, 's-Gravenhage: Boekencentrum 1951.

Kerkorde GKN 1999

Kerkorde van de Gereformeerde Kerken in Nederland vastgesteld door de generale synode van Assen (1957) met de door volgende synoden daarin aangebrachte wijzigingen, aangevuld met uitvoeringsbepalingen, Kampen: Kok 1999.

Kerkorde PKN 2003

Kerkorde en ordinanties van de Protestantse Kerk in Nederland inclusief overgangsbepalingen, Zoetermeer: Boekencentrum 2003.

Kerkorde CGK 2004

Kerkorde van de Christelijke Gereformeerde Kerken in Nederland : het laatst gewijzigd en aangevuld door de synode van Utrecht-West/Nunspeet (2004), <www.kerkrecht.nl/main.asp?pagetype=artikel&item=16>.

Koelemeijer 1999

M. Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen: beschouwingen rond aandeelhouders en bestuurders in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1999.

Kollen 2007

F.C. Kollen, *De vereniging in praktijk*, Deventer: Kluwer 2007.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Listl & Pirson 1994

J. Listl & D. Pirson (hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland I*, Berlin: Duncker & Humblot 1994.

Listl & Pirson 1995

J. Listl & D. Pirson (hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland II*, Berlin: Duncker & Humblot 1995.

Maeijer 1986

J.M.M. Maeijer, *Rechtspersonen, godsdienst en levensovertuiging* (Mededelingen KNAW 49-2), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1986.

Meijers 1958

E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel I. Der Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers 1958.

Meijers 1994

A.P.H. Meijers, *Op het snijvlak van civiel en canoniek recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1994.

Meijers 2008

A.P.H. Meijers, 'De geestelijke', in: F.A.W. Bannier, *Beroepsgeheim en verschoningsrecht. Handboek voor de advocaat, medisch hulpverlener, notaris en geestelijke*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 171-199.

Van der Meiden 1968

A. van der Meiden, *De zwarte-kousen kerken. Portret van een onbekende bevolkingsgroep*, Utrecht: Ambo 1968.

Minkenhof/Reijntjes 2006

J.M. Reijntjes, A. Minkenhof. *De Nederlandse Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2006.

Nauta 1971

D. Nauta, *Verklaring van de kerkorde van de Gereformeerde Kerken in Nederland*, Kampen: Kok 1971.

Oldenhuis 1988a

F.T. Oldenhuis, 'Kerkgenootschappen en privaatrecht (I)', *WPNR* 1988, p. 211-215.

Oldenhuis 1988b

F.T. Oldenhuis, 'Kerkgenootschappen en privaatrecht (II, slot)', *WPNR* 1988, p. 231-234.

Oldenhuis 1994

F.T. Oldenhuis, 'Kerkgenootschappen en privaatrecht; kanttekeningen bij "de zaak Kruis"', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB* (Brunner-Bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 303-313.

Oldenhuis 2002

F.T. Oldenhuis, 'Het spanningsveld tussen kerkrecht en privaatrecht', in: A. Haan-Kamminga & E.F. Stamhuis, *Religie, cultuur en het recht van de overheid* (CRBS reeks 5), Meppel: Boom 2002, p. 37-46.

Oldenhuis 2003

F.T. Oldenhuis, 'Geldt voor kerkgenootschappen een bijzonder onrechtmatigedaadsrecht?', in: G.T. de Jong (red.), *Algemeen-Bijzonder: de wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Meppel: Boom 2003, p. 137-149.

Oldenhuis 2004

F.T. Oldenhuis, 'Kerkelijke geschillen; de burgerlijke rechter en kerkelijke conflicten', in: Van Drimmelen & Van der Ploeg 2004, p. 175-187.

Oldenhuis 2007a

F.T. Oldenhuis, 'Annotatie bij Rb. Zwolle (sector Kanton, Locatie Lelystad) 2 februari 2005, JAR 2005/58, AA 2005/3 m.nt C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra', *NTKR* 1 (2007), p. 59-66.

Oldenhuis 2007b

F.T. Oldenhuis, *Predikant tussen baan en ambt*, Heerenveen: Protestantse Pers 2007.

Oldenhuis e.a. 2007

F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Van Gorcum 2007.

Parl. Gesch. NBW Boek 2

C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 2. Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1962.

Parl. Gesch. NBW Boek 3

C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. NBW Boek 6

C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. NBW Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing BW

C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Aanpassing Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1991.

Pitlo/Löwensteyn 1994

F.J.W. Löwenstein, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Pitlo/Raaijmakers 2000

M.J.G.C. Raaijmakers, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000.

Van der Ploeg 2004a

T.J. van der Ploeg, 'Kerk en recht; een juridische benadering', in: Van Drimmelen & Van der Ploeg 2004, p. 23-28.

Van der Ploeg 2004b

T.J. van der Ploeg, 'De rechtspositie van priesters, predikanten en andere voorgangers', in: Van Drimmelen & Van der Ploeg 2004, p. 159-174.

Van der Ploeg 2005

T.J. van der Ploeg, 'Het recht en de geschilbeslechting in kerkgenootschappen', in: *Amice* (Rutgers-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 263-273.

Van der Ploeg 2008

T.J. van der Ploeg, 'De overheid en de rechtspersoonlijkheid van kerkgenootschappen', *NTKR 2* (2008), 79-95.

Van der Pot/Elzinga e.a. 2006

D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Santing-Wubs 2002

A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen* (diss. Groningen), Meppel: Boom 2002.

Van Schilfgaarde 1979

P. van Schilfgaarde, *Rechtspersonen. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1979.

Slump 1997

D.A.C. Slump, 'Burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen', in: G.R. Rutgers (red.), *Kerk, Recht en Samenleving* (Oldenhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 67-86.

Staudingers/Wurm 2007

M. Wurm, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 839, 839a (Unerlaubte Handlungen 4 – Amtshaftungsrecht)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2007.

Verburg 2009

G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Vermeulen 1995

B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-34.

Vermeulen 2000

B.P. Vermeulen, 'Artikel 6', A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 93-109.

Vermeulen 2006

B.P. Vermeulen, 'Freedom of thought, conscience and religion', in: P. van Dijk e.a., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 751-771.

Vermeulen & Kanne 2004

B.P. Vermeulen & M.J. Kanne, 'Kerk en staat en de mensenrechten', in: Van Drimmen & Van der Ploeg 2004, p. 70-71.

Versteeg 1959

Th.A. Versteeg, *De kerken en het Privaatrecht. Rede, uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van buitengewoon hoogleraar in het notarieel recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, op vrijdag 1 mei 1959*, z.p. z.j.

Willemze 2007

T.M. Willemze, 'Kanttekeningen bij de uitspraak van de Rechtbank Zwolle d.d. 2 februari 2005', *NTKR* 1 (2007), p. 71-77.

Winter 2008

J. Winter, *Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland. Eine Einführung mit kirchenrechtlichen Exkursen*, Köln: Wolters Kluwer 2008.

JURISPRUDENTIE

Opgenomen is de jurisprudentie die geheel of op een of meer onderdelen zelfstandig bestudeerd is. Bij enige jurisprudentie die aan literatuur ontleend is, heb ik ter plaatse volstaan met een verwijzing naar de desbetreffende literatuur. Deze rechtspraak ontbreekt in het onderstaande overzicht.

ECRM/EHRM

Zonder nadere bronvermelding te vinden op: < www.echr.coe.int >.

- ECRM 17 december 1968, zaak 3798/68 (*Church of X. v. the United Kingdom*), *Yb ECHR* XII (1969), 314.
- ECRM 19 juli 1971, zaak 4733/71 (*X. v. Sweden*), *Yb XIV* (1971), 674.
- ECRM 8 maart 1976, zaak 7374/76 (*X. v. Denmark*), *D&R* 5 (1976), 158.
- ECRM 12 oktober 1978, zaak 7050/75 (*Arrowsmith v. United Kingdom*), *D&R* 19 (1978), 5.
- ECRM 5 mei 1979, zaak 7805/77 (*X. and Church of Scientology*), *Yb XXII* (1979), 244 (*D&R* 16 (1979), 68).
- EHRM 25 februari 1982, zaak 7511/76 en 7743/76 (*Campbel and Cosans v. United Kingdom*), *EHR* 4 (1982), 293.
- ECHR 14 mei 1984, zaak 9781/82 (*E.&G.R. v. Austria*), *D&R* 37 (1984), 42.
- ECRM 8 maart 1985, zaak 11045/84 (*Knudsen v. Norway*), *D&R* 42 (1985), 247.
- ECRM 8 september 1988, zaak 12356/86 (*Karlsson v. Sweden*), *D&R* 57 (1988), 172.
- EHRM 25 mei 1993, zaak 14307/88 (*Kokkinakis v. Greece*), *EHR* 17 (1994), 397.
- EHRM 26 september 1996, zaak 18748/91 (*Manoussakis a.o. v. Greece*), *EHR* 23 (1997), 387.
- ECRM 9 april 1997, zaak 29107/95 (*Stedman v. United Kingdom*), *D&R* 89 (1997), 104.
- EHRM 16 december 1997, zaak 143/1996/762/963 (*Canea Catholic Church v. Greece*), *EHR* 27 (1999), 521.
- EHRM 26 oktober 2000, zaak 30985/96 (*Hasan and Chaush v. Bulgaria*), *AB* 2001, 183.
- EHRM 13 december 2001, zaak 45701/99 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*), *RJ&D ECHR*, 81.
- EHRM 5 oktober 2006, zaak 72881/01 (*Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*), *NJCM-Bulletin* 32 (2007), p. 856-871.
- EHRM 5 april 2007, zaak 18147/02 (*Church of Scientology Moscow v. Russia*), *NJCM-Bulletin* 32 (2007), p. 856-871.
- EHRM 14 juni 2007, zaak 77703/01 (*Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*).
- EHRM 9 oktober 2007, zaak 1448/04 (*Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*).
- EHRM 23 september 2008, zaak 48907/99 (*Ahtinen v. Finland*), *NJCM-Bulletin* 34 (2009), p. 256-267.
- EHRM 22 januari 2009, zaak 412/03 and 35677/04 (*Holy Synod Bulgarian Orthodox Church a.o. v. Bulgaria*).

Hoge Raad

- HR 29 december 1911, *W* nr. 9272.
- HR 5 juni 1987, *NJ* 1988, 702.
- HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 173.
- HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347.

- HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853.

Gerechtshoven

- Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 1955, *NJ* 1955, 600.
- Hof 's-Hertogenbosch 11 februari 1992, *KG* 1992, 96.
- Hof Arnhem 14 september 1993, rolnr. 92/142 (ongepubliceerd).
- Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1998, *NJ* 1998, 927.
- Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1998, rolnr. 1117/97/Ro (ongepubliceerd)
- Hof Amsterdam 1 november 2001, *NJ* 2004, 514.
- Hof Arnhem 24 juni 2008, *LJN* BF3815.
- Hof Arnhem 19 januari 2010, *LJN* BL0003, *NJF* 2010, 94.

Rechtbanken

- Pres. Rb. Dordrecht 15 december 1983, *KG* 1984, 16.
- Rb. 's-Hertogenbosch 3 april 1987, rolnr. 2035/85 (ongepubliceerd).
- Pres. Rb. Arnhem 24 februari 1989, *KG* 1989, 114.
- Pres. Rb. Groningen 27 augustus 1992, rolnr. KG 189/92 (ongepubliceerd).
- Pres. Rb. Zwolle 4 maart 1994, rolnr. KG 63/1994 (ongepubliceerd).
- Pres. Rb. Groningen 22 november 1995, *KG* 1996, 18.
- Pres. Rb. Dordrecht 5 maart 1996, *KG* 1996, 127.
- Pres. Rb. 's-Gravenhage 13 juni 1997, rolnr. 97/587 (ongepubliceerd).
- Pres. Rb. Roermond 23 oktober 1997, *KG* 1998, 30.
- Rb. Dordrecht 19 november 1997, rolnr. 15359 HAZA 2090/97 (ongepubliceerd).
- Pres. Rb. Zwolle 7 augustus 1998, *KG* 1998, 240.
- Vزر. Rb. Zwolle 1 februari 2002, *LJN* AD8785.
- Vزر. Rb. Rotterdam 19 september 2002, *KG* 2002, 272.
- Ktr. Rb. Zwolle 2 februari 2005, *LJN* AS6771, *JAR* 2005, 58.
- Rb. Utrecht 6 februari 2008, *LJN* BC3672.
- Rb. Utrecht 13 augustus 2008, *LJN* BD9991.
- Rb. Utrecht 26 augustus 2008, *LJN* BJ6157.
- Ktr. Rb. Rotterdam 2 september 2008, *LJN* BF1948.
- Vزر. Rb. Maastricht 6 mei 2009, *LJN* BI3776.

AFKORTINGEN

Zonder nadere verklaring zijn in deze scriptie de afkortingen gebruikt die voorkomen in *Leidraad voor juridische auteurs. Voetnoten, bronvermeldingen, literatuurlijsten en afkortingen in Nederlandstalige publicaties*, Deventer: Kluwer 2007.

Daarnaast worden de volgende afkortingen gebezigd:

CGK	Christelijke Gereformeerde Kerken
DKO	Dordtse Kerkorde
GKN	Gereformeerde Kerken in Nederland
K.d.ö.R.	Körperschaft des öffentlichen Rechts
NHK	Nederlandse Hervormde Kerk
PKN	Protestantse Kerk in Nederland