

Rechtsvorming door de rechter?

Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, (1689-1755) schrijft in de Inleiding tot *De l'Esprit des Lois* dat hij vervuld van bewondering raakte toen hij zag wat al die grote mannen in Frankrijk, Engeland en Duitsland vóór hem geschreven hadden, maar toch niet de moed verloor en Correggio nazegt: 'Ed io anche son pittore', met andere woorden: 'Ook ik ben een schilder.' Correggio riep deze woorden uit toen hij het schilderij *Sint Caecilia* van Rafaël zag dat hem ertoe aanzette met zijn leermeester te rivaliseren.¹ Ik beroep mij daarom ook maar op de woorden van deze schilder, die als Antonio Allegri is geboren, nu zovelen vóór mij over het onderwerp van deze verhandeling, rechtsvorming door de rechter, hebben geschreven.

De rechter is, om met een bekend en nooit te veronachtzamen doch in het heden enigszins vervaagd gegeven te beginnen, onderdeel van een van de drie machten: de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht. Deze moeten vooral gescheiden worden gedacht en georganiseerd, wil de kans op het ontstaan van een dictatuur zo klein mogelijk worden gehouden. De filosoof John Locke (1632-1704) onderscheidt in de tweede helft van de zeventiende eeuw de wetgevende en uitvoerende macht. De wetgevende of hoogste autoriteit 'is bound to dispense justice and decide the rights of the subject by promulgated standing laws, and known authorised judges'.² Hij poneert vervolgens met nadruk dat de wetgevende macht 'neither must nor can transfer the power of making laws to anybody else, or place it anywhere but where the people have'.³ Montesquieu onderscheidt halverwege de achttiende eeuw in het hoofdstuk van *De l'Esprit des Lois*, dat is gewijd aan de Engelse staatsinrichting, min of meer duidelijk drie machten. In iedere staat zijn, aldus deze schrijver, verschillende soorten macht: de wetgevende macht, de macht die uitvoert wat onder het volkenrecht valt, en de macht die uitvoert wat onder het burgerlijk recht valt. De eerste macht houdt in dat de vorst of magistraat wetten uitvaardigt, die gelden voor een bepaalde periode of voor altijd, en dat hij reeds bestaande wetten wijzigt of intrekt. Op grond van de tweede macht sluit hij vrede of verklaart hij de oorlog, stuurt of ontvangt hij gezanten, zorgt hij voor de veiligheid en voorkomt hij vijandelijke invasies. De derde macht geeft de vorst of magistraat de bevoegdheid om misdaden te straffen en over geschillen tussen burgers te oordelen. Die derde macht duidt Montesquieu aan als de rechtsprekende en de tweede simpelweg als de uitvoerende macht van de staat.⁴ Hij waarschuwt tegen samenvoeging van de wetgevende en de uitvoerende macht in dezelfde persoon of in hetzelfde bestuursorgaan, want in zo'n geval valt te vrezen voor uitvaardiging van tirannieke wetten die op tirannieke wijze zullen worden toegepast. Hij waarschuwt ook tegen het niet scheiden van de rechtsprekende macht van de wetgevende en uitvoerende macht. Bij een samenvoeging van rechtsprekende en wetgevende macht zou de macht over leven en dood en de vrijheid van de burgers aan willekeur zijn overgeleverd, want de rechter zou dan tevens wetgever zijn. Bij een samenvoeging van rechtsprekende en uitvoerende macht zou de rechter de kracht van een onderdrukker krijgen.⁵ Met betrekking tot de gerechtelijke uitspraak stelt hij dat deze een zodanig vaste omschrijving moet hebben dat ze nooit iets anders is dan wat letterlijk in de wet kan worden teruggevonden. Zou een uitspraak de individuele mening van de rechter weergeven, dan zou men in een samenleving verkeren waarin men niet precies weet welke verplichtingen men aangaat.⁶ Deze noties zijn tegen het einde van de achttiende eeuw populair geworden – wellicht zelfs alledaags – en om dat te demonstreren hoeft men niet alleen naar de Verenigde Staten te verwijzen maar kan men ook de literatuur in eigen land raadplegen. Zo betoogt de

¹ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Gèneve 1748; vertaling van Jeanne Holierhoek (*Over de geest van de wetten*), Amsterdam 2006, p. 37.

² John Locke, *Two Treatises of Civil Government*, uitgave Londen/New York: Everyman's Library 1970, p. 185-186.

³ John Locke (supra noot 2), p. 190.

⁴ Montesquieu (supra noot 1), p. 219.

⁵ Montesquieu (supra noot 1), p. 220.

⁶ Montesquieu (supra noot 1), p. 221.

tamelijk onbekende jurist Bernardus Albertus van Houten⁷ aan het einde van de achttiende eeuw dat de rechter niet een meester maar een slaaf, een dienaar van de wet is.⁸

Slaverny beneemt eenen vrygeschapen mensch het vermogen, om naar zyn goeddunken te handelen: De wil van zynen meester is zyn regel: Het is even zoo met den regter geleege; geen regter, wiens geweeten van zyne pligten niet onkundig gelaaten is, zal dit ontkennen: Heeft hy den post op zich genoomen, dan verpligt het natuurregt hem zoo zeer de wetten tot zyn eenig rigtsnoer te houden, als de dwang eenen slaav noodzaakt, den wil van zynen meester te gehoorzaamen.⁹

De wetten zijn het

rigtsnoer, naar 't welk onze burgerlyke geschillen moeten worden uitgeweezen: zy doen ons staat maaken op de veiligheid onzes levens: zy verzekeren ons onze vryheid, terwyl zy het doen van alles, wat met de wetten bestaanbaar is, in onze magt laten: onze goederen, eigendommen, bezittingen doen zy de onze blyven: zy vergewissen het regt het welk wy op malkanderen verkrygen mogten; wordt 'er iets tegen het een of ander van dat alles ondernoomen, zy doen dat met alle magt tegengaan: is 'er iets misdaan, zy straffen het in den daader op eene behoorlyke wyze; zy doen den verongelyker de schade beteren, vergoeden, herstellen aan hem die schade leedt, die verongelykt wierdt: zy zyn des geschikt ter bevordering, ter verzekering van het onderling welwezen.¹⁰

Zoals vermeld zijn deze passages geschreven aan het einde van de achttiende eeuw, het tijdperk waarin in vele landen tot codificatie van gedeelten van het recht wordt besloten met als resultaat – onder meer – de *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* (1756), het *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) (1794), de *Code civil* voor Frankrijk (1804) – maar voor Frankrijk ook de *Code de procédure civile* (1806), de *Code de commerce* (1807), de *Code d'instruction criminelle* (1808, ingevoerd 1810/1811), de *Code pénal* (1810/1811) en de *Code pénal militaire* (1791/1793) – en het *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB) (1812) voor Oostenrijk. Met de invoering van een codificatie gaat veelal de overtuiging gepaard dat met de optekening dat gedeelte van het recht uitputtend is geregeld en worden andere bronnen veelal (formeel) afgeschaft. Aldus bijvoorbeeld bij de invoering van het *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland* in 1809:

Bij de invoering van dit Wetboek zullen zijn afgeschaft het Roomsche Regt, mitsgaders alle Wetten en Ordonnantiën, tot het Burgerlijk Regt betrekking hebbende, en welke tot nu toe in het Koninkrijk, of eenig gedeelte van hetzelfde in vigueur zijn geweest, het zij dezelve zijn bekend geweest onder de benaming van Plakkaten, Publicatiën, Ordonnantiën, Landregt, Reglementen, Keuren, Statuten, Octrooijen, Costumen, of onder welke benaming zulks zoude mogen zijn; zonder dat aan eenige van dezelve, voor het vervolg, eenige kracht van Wet zal mogen worden toegekend, ten zij dezelve uitdrukkelijk bij dit Wetboek zijn uitgezonderd.¹¹

Daarmee komt in die tijd soms ook de opvatting in zicht dat de rechtspraak geen bron van recht is. De commissie-Cras, op 28 september 1798 benoemd en bestaande uit twaalf leden,

⁷ Bernardus Albertus van Houten, *Verhandeling over den Pligt der Regters in Holland en West-Friesland, om alleen naar den inhoud der wetten vonnis te vellen*, Amsterdam 1794.

⁸ P.C. Kop, 'The duty of judges in Holland and West-Friesland to pass judgement solely according to the content of the laws', in: J.G.B. Pikkemaat (red), *The Old Library of the Supreme Court of the Netherlands*, Hilversum 2008, p. 69 e.v.

⁹ Van Houten (supra noot 7), p. 28.

¹⁰ Van Houten (supra noot 7), p. 8.

¹¹ Art. I.3 van het *BESLUIT, vaststellende de Pointen, welke bij dadelijke invoering van het Wetboek Napoleon zullen worden nagekomen*. Gegeven den 24sten van Sprokkelmaand 1809.

vertegenwoordigers van de voormalige soevereine gewesten Holland, Zeeland, Utrecht, Gelderland, Overijssel, Friesland en Groningen en het voormalige generaliteitsland Brabant,¹² belast met het ontwerpen van een Algemeen Burgerlijk en een Lijfstraffelijk Wetboek, worstelt al eerder met het probleem ‘recht’ versus ‘wet’. De voorgestelde artikelen, gewijd aan de uitlegging der wetten, houden voor zover op dit punt relevant – te weten: *uitlegging van den wetgever zelve* – in:

Wanneer door geene regels van uitlegging, de waare meening der wet kan doorgrond worden, dan schiet er niets over, dan van den wetgever zelve, eene oorspronkelijke, wettelijke, en authentique uitlegging te vrage.

Vervolgens wordt bepaald:

Daar echter de onmogelijkheid van het verstaan der wet alle toerekening belet, en alle terugwerkende kracht verbiedt, heeft deze authentique uitlegging enkel de kracht van eene nieuwe wet, en werkt alleen voor het toekomstende.¹³

Deze bepalingen zijn nooit wet geworden, evenmin als de andere voorstellen van de commissie-Cras. De bepalingen doen echter in de verte denken aan een desbetreffend betoog van Robespierre (1758-1794), alhoewel meteen moet worden toegegeven dat de overgang van Cras naar Robespierre wellicht wat fors is. De laatste is sowieso van mening dat de rechter alleen maar de wet hoeft toe te passen: jurisprudentie is niet iets anders dan de wet – *Le mot de jurisprudence des tribunaux doit être effacé de notre langue; dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence n’est autre chose que la loi*.¹⁴ Robespierre stelt in een in 1790 gehouden betoog dat een instantie van Cassatie onderdeel van de wetgevende macht zou moeten zijn. Rechtbanken worden immers ingesteld om geschillen tussen burgers te beslechten: dat nu is de taak van de rechterlijke macht; vanaf dat moment geldt het gezag van het hof van cassatie – *là finit le pouvoir judiciaire; là commence l’autorité de la Cour de cassation*. Een toezichthouder – *une surveillance* – is derhalve noodzakelijk, die de rechtbanken zonodig terugvoert naar de wetgevende beginselen – *qui ramène les tribunaux aux principes de législation*. Zo’n orgaan behoort niet tot de rechterlijke macht want daarop moet het juist toezicht houden. Behoort het tot de uitvoerende macht? Neen, want dan zou dit orgaan boven de wet staan – *il deviendrait maître de la loi*. Neen, dit recht van toezicht behoort tot de wetgevende macht, volgens alle beginselen die wij zelf hebben vastgesteld en erkend – *Ce droit de surveillance est donc une dépendance du pouvoir législatif. En effet, selon les principes authentiquement reconnus, c’est au législateur à interpréter la loi qu’il a faite: dans l’ancien régime même ce principe était consacré*. Robespierre overtuigt uiteindelijk niet. Merlin en Tronchet leggen met meer succes de nadruk op de oordelende taak van de cassatierechter en zoals er geen twee wetgevende machten zijn, noch twee uitvoerende machten, zo moeten er ook niet meer rechterlijke machten zijn dan één.¹⁵ Uiteindelijk wordt bij decreet van 27 november/1 december 1790 een compromis geformuleerd en wordt in art. 1 een *Tribunal de cassation* ingesteld (*Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif*) met in art. 3 een strikte taakopdracht. Deze houdt in vernietiging in het geval van vormfouten en in het geval een oordeel een uitdrukkelijke overtreding van de tekst

¹² E.W.A. Henssen, *Twee eeuwen advocatuur in Nederland 1798-1998*, Deventer 1998, p. 11.

¹³ *Bronnen van de Nederlandse Codificatie sinds 1798 I. Stukken van algemene aard: de gedrukte ontwerpen van 1804 en hun voorgeschiedenis*, verzameld door H. Aa, uitgegeven door J.Th. de Smidt en A.H. Huussen Jr., Utrecht 1968, p. 380. Vooruitlopend op hetgeen hierna kort ter sprake komt, zij hier reeds opgemerkt dat het probleem van de terugwerkende kracht uiteraard ook speelt als de rechtsvormende kracht van vonnissen wordt erkend.

¹⁴ Zie J. Roels, ‘Aux sources historiques des fondements du pouvoir judiciaire, l’Assemblée constituante française de 1789-1791’, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XLIII 1975, p. 57.

¹⁵ Ontleend aan een door J.H.A. Lokin op 23 december 2008 voor de Hoge Raad gehouden lezing. Zie ook J.H.A. Lokin, ‘Cassatie en de machtenscheiding: een Europese discussie’, in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht – Opstellen aangeboden aan Mr. W.E. Haak*, Deventer 2004, p. 132 e.v., met name p. 137-140.

van de wet is, en met de strikte verplichting de zaak terug te verwijzen naar de feitenrechter en niet ten gronde recht te doen.

Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ... Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires. Après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître ainsi qu'il sera fixé ci-après.

De *Constituante* heeft ook het *référé obligatoire* ingesteld, hetgeen inhoudt dat het Tribunal de cassation, wanneer dezelfde zaak hem voor de tweede keer wordt voorgelegd, niet mag beslissen dan nadat het de interpretatie van het wetgevend lichaam heeft gevraagd en verkregen.¹⁶ De *Constituante* is daarbij wellicht nog van de stelling uitgegaan dat het interpreteren van wetten overgelaten moet worden aan degene wiens taak het is ze uit te vaardigen (*eius est interpretari leges cuius est condere*),¹⁷ hetgeen de overtuiging inhoudt dat de rechter alleen de wet mocht toepassen en dat het interpreteren van wetten – rechtsvorming? – aan de wetgever is voorbehouden. Het blijkt echter uit de bij gelegenheid van de presentatie van het project van de Code Civil in 1800 van Portalis afkomstige *Discours préliminaire* dat zo'n idee allang niet meer gemeengoed is. Portalis stelt dat de functie van de wet bestaat uit het in grote lijnen vastleggen van de algemene grondregels van het recht – *l'office de la loi est de fixer, par grandes vues, les maximes générales du droit*. In de wet moeten voor uitwerking vatbare principes zijn neergelegd. Het afdalen in het detail van de vragen, die kunnen opkomen op elk gebied, hoort daar niet bij. Het is aan de magistraat of de rechtsgeleerde, die doordrongen is van de algemene geest van de wetten – *l'esprit général des lois* –, om de toepassing ervan nader te regelen. Een wetboek kan niet volledig zijn. Alles te voorzien is volstrekt onmogelijk: de maatschappij heeft dermate onderscheiden behoeften, het verkeer tussen de mensen is zo levendig, hun belangen zijn dermate gevarieerd, hun betrekkingen zijn van zulk een omvang, dat het voor de wetgever onmogelijk is op alles te anticiperen. Een Code is nog niet voltooid of duizend onverwachte vragen zullen aan de rechter worden gesteld, hoe volledig die Code ook scheen te zijn. Wanneer de wetten eenmaal zijn geredigeerd, blijven zij immers zoals zij zijn opgeschreven. De mensen zijn daarentegen altijd in beweging en elk moment worden er nieuwe feiten, resultaten, combinaties, enz. geproduceerd.¹⁸ Bij gebreke van een precieze tekst met betrekking tot iedere materie zal een oude, voortdurende en onbetwist gevestigde gewoonte dan wel een reeks van gelijkkluidende beslissingen of een geaccepteerde opinie of spreuk (*maxime*) de plaats van de wet innemen.¹⁹

Met deze opvatting vertolkt Portalis een (toen) traditioneel standpunt, waarvan de verschillende elementen wortelen in de Europese rechtsgeschiedenis. Men hoeft alleen al maar te denken aan de digestentekst 1.3.10, die luidt *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri*, hetgeen betekent 'noch wetten noch senaatsbesluiten kunnen zo worden geredigeerd dat alle gevallen die zich ook kunnen voordoen erdoor omvat worden, maar voldoende is dat de meest voorkomende gevallen erdoor bestreken worden', en de vele Middeleeuwse én latere commentaren op deze tekst.

¹⁶ D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, bewerkt door E. Korthals Altes & H.A. Groen (Asser-serie procesrecht), Deventer 2005 (vierde druk), p. 9-10 e.v.

¹⁷ Zie *Codex Iustinianus* 1.14.12 3-5, met name 1.14.12.3, tweede zin: Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet. Iustinianus wilde derhalve niet dat een andere instantie dan de keizer zelf de wetten zou uitleggen.

¹⁸ *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement par Portalis*, in P.A. Fenet, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil I*, Parijs 1827, p. 463 e.v.: L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

¹⁹ Portalis (supra noot 18): (...) à défaut de texte précis sur chaque matière un usage ancien, constant et bien établi; une suite de décisions semblables; une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi.

Op 21 maart 1804 is de invoering van de Code civil een feit. In 1804 krijgt het *Tribunal de cassation* een nieuwe naam: de *Cour de cassation*.²⁰ Bij wet van 16 september 1807 wordt het *référé obligatoire* van de wetgevende macht overgebracht naar de uitvoerende macht. De *Cour de cassation* kan nu de *Conseil d'Etat* om een authentieke interpretatie verzoeken als een zaak na de eerste vernietiging opnieuw voor haar komt en de gronden van het tweede beroep identiek zijn met die van het eerste. Zij mag echter ook ten tweede male zelf uitspraak doen met verenigde kamers. Is opnieuw gecasseerd en volgt daarna een derde beroep op dezelfde gronden, dan moet het bindende oordeel van de *Conseil d'Etat* worden ingewonnen.²¹ Bij wet van 30 juli 1828 wordt de uitlegging van de wet geheel aan de rechter toevertrouwd. Een wet van 1 april 1837 bepaalt dat de *Cour de cassation* op het tweede cassatieberoep uitspraak doet met verenigde kamers. 'Leidde dit tot vernietiging en verwijzing, dan was het hof aan de beslissing omtrent het rechtspunt gebonden. Door deze wet heeft het cassatiehof als *Cour régulatrice* de taak gekregen de eenvormige wetgeving aan te vullen met een eenvormige rechtspraak. Binnen een halve eeuw hebben zijn arresten rechte niet, maar feitelijk wel hetzelfde gezag verworven als de oude *arrêts de règlement*.'²² De ideologie blijft echter een andere, zoals blijkt uit het navolgende.

In de negentiende eeuw is in ieder geval in Frankrijk en in Nederland het overheersende idee dat uitspraken van de rechter geen bron van recht vormen. In Frankrijk wijst men op art. 5 van de Code civil, dat bepaalt: *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*, hetgeen in de Nederlandse vertaling van de Code civil uit 1810 als volgt luidt: Geen regter vermag bij wege van algemeene dispositie en reglement regt te spreken in zaken, die aan zijne beslissing onderworpen zijn.²³ Deze norm is afgeleid van het ten tijde van de revolutie uitgevaardigde verbod aan de parlementen, rechterlijke colleges, een uitspraak bij wijze van *arrêt de règlement* te doen. De rechterlijke uitspraak die voor een ieder geldt, een *arrêt de règlement*, heeft dezelfde kracht als de wet zelf. Van oorsprong is een *arrêt de règlement* een uitspraak van de koning als rechter-wetgever, een vonnis dat alle rechtsgenoten voortaan bindt. Oorspronkelijk is de koning opperste wetgever en rechter in één: de machten zijn nog niet gescheiden noch worden zij onderscheiden. De uitspraak van de koning als rechter/wetgever bindt allen. Die bevoegdheid hebben de parlementen tot 1790 bezeten. Zij konden een vonnis vellen dat bindend was voor de bevolking van het ressort van het parlement en ook voor de lagere rechters. De norm van art. 5 Code civil in combinatie gelezen met art. 1351 van de Code civil, *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* (Een vonnis, het welk kracht van gewijsde bekomen heeft, werkt niet verder, dan ten opzichte van dat geen, het welk het onderwerp van het rechtsgeding heeft uitgemaakt. Het is noodig, dat de zaak, welke geëischt wordt, dezelfde zij; dat de eisch op de zelfde oorzaak van schuld berust; dat de eisch tusschen de zelfde partijen plaats hebbe, en gedaan worde in de zelfde betrekking, door en tegen de zelfde personen.),²⁴ geeft (mede) aanleiding tot de opvatting dat de rechtspraak geen bron van recht was.

Wanneer men eenmaal gewend is geraakt aan de Code civil, ontwikkelt zich een vorm van wetenschapsbeoefening – en daarmee een houding ten opzichte van de wet – die later als de exegetische school – *l'école de l'exégèse* – wordt getypeerd. Het is volgens deze richting de taak van de wetenschapsman zich te richten op de exegese van de wetstekst. In de collegezaal wordt door de hoogleraar gezegd dat hij het burgerlijk recht niet kent, maar dat hij slechts onderwijs geeft in de Code Napoléon – *je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon*²⁵ –, waarbij aangetekend zij dat de Code civil van 1807 tot 1814 de Code Napoleon werd genoemd. In België schrijft de Gentse hoogleraar F. Laurent (1810-1887) dat de Codes niets meer overlaten aan het arbitrium van de interpretator; deze heeft niet meer tot opdracht het recht

²⁰ Bij besluit van 18 mei 1804 (28 floréal an XII).

²¹ Veegens (supra noot 16), p. 11.

²² Veegens (supra noot 16), p. 12.

²³ *Wetboek Napoleon*, vertaald naar de officiële uitgave, te Amsterdam, bij Johannes Allart, MDCCCX.

²⁴ Ibidem.

²⁵ F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif I*, Parijs 1919 (tweede druk), p. 30.

te maken: het recht is gemaakt. Geen onzekerheid meer: het recht is neergeschreven in authentieke teksten – *le droit est fait. Plus d'incertitude: le droit est écrit dans des textes authentiques*.²⁶ In de exegetische rechtsschool wordt de rechter gezien als subsumptieautomaat. Leemten in de wet zijn slechts schijnbaar aanwezig, zogenaamde onduidelijkheden wachten op aan andere wetsteksten ontleende verduidelijking. In het negentiende-eeuwse Frankrijk spelen bij dit alles, evenals in die tijd in Nederland, constitutionele uitgangspunten een zeer belangrijke rol: bij aanvaarding van de theorie van de machtscheiding als dogma ligt de bevoegdheid om rechtsnormen te produceren uitsluitend bij de wetgevende macht. De rechter is aan de wet onderworpen. Hij mag in het concrete geval alleen maar uitspreken wat de wetgever op een abstract niveau al heeft bepaald. De wet is voor de rechter de enige bron van recht. De wet moet dus ook volledig zijn.

Dit wellicht wat overtrokken en eenzijdige beeld van de Franse negentiende-eeuwse rechtsontwikkeling – wanneer wordt gewezen op Franse juristen op wie de geschriften van Von Savigny invloed hebben gehad, ontstaat een ander beeld – is geschapen door juristen als Gényn (1861-1959), Saleilles (1855-1912) en Ehrlich (1862-1922) en wel in de periode dat in de laatste decaden van de negentiende eeuw en de eerste decaden van de twintigste eeuw het afscheid van de exegetische school in gang is. In de Duitse landen ontstaat in de negentiende eeuw onder de invloed van Von Savigny (1779-1861) en Puchta (1798-1846) de idee dat de rechtswetenschap bron van recht is. De stand der juristen (de specialisten) representeert het volk wat betreft het vertechniseerde bewustzijn van het recht.

Art. 12 van de Nederlandse Wet algemene bepalingen (Wet AB) is geënt op art. 5 Code civil: 'Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn'. Deze bepaling gaf in Nederland aanleiding tot dezelfde gedachtegang als in Frankrijk: de jurisprudentie is geen bron van recht. Vooreerst zij er echter op gewezen dat de navolgende citaten uit de geschriften van Opzoomer, Diephuis en Land niet uitsluiten dat er ook juristen waren die de rechtspraak wel degelijk als bron van recht beschouwden; zo bijvoorbeeld Den Tex die de gewoonte en de wet als eerste en tweede bron van recht beschrijft om dan vervolgens in wezen te stellen dat rechterlijke uitspraken door de kracht van hun herhaling de betekenis van bron van recht kunnen verkrijgen.²⁷ Maar de niet zozeer op de praktijk gerichte juristen doch meer theoretisch en didactisch georiënteerde hoogleraren bepalen uiteindelijk het beeld van een aanzienlijk deel van de Nederlandse negentiende eeuw. De Utrechtse theoloog, hoogleraar in de filosofie en jurist Opzoomer acht het overnemen van het Franse verbod van het *arrêt de règlement* een zegen.

Bij ons bestond zulk een misbruik der hoven niet. Toch nam men dit verbod op, en verhoedde daardoor eene verkeerde regtsgewoonte, die, al was zij bij ons nog niet geweest, toch ook bij ons zonder dit artikel nog kon ontstaan. Te gelijk is hierdoor gewaakt tegen het toekennen van een verbindend gezag ook voor de toekomst aan eene reeks van gewijsden, vooral als zij door den Hoogen Raad waren gewezen. Immers als de regter geene uitspraak mag doen als algemeene verordening, dan kan de uitspraak, die hij doet, ook nimmer als algemeene verordening gelden. Hoe dikwijls dus de beslissing in denzelfde zin gedaan zij, de regter is daardoor volstrekt niet verbonden, om, als hij zijne dwaling inziet, bij de oude beslissing te volharden. De regtsgeleerdheid, die zich alleen op

²⁶ F. Laurent, *Cours élémentaire de droit civil*, 1878, p. 9; vgl. E. van Dievoet, *Het burgerlijk recht in België en in Nederland van 1800 tot 1940 – De rechtsbronnen*, Antwerpen/'s-Gravenhage 1943, p. 93.

²⁷ C.A. den Tex, *Encyclopaedia Jurisprudentiae*, Amsterdam 1839, *Accedit eorum, qui in civitate Juris vindicandi et tuendi curam susceperunt, opera in iure excolendo, quae rerum perpetuo similiter iudicatorum auctoritate et disputatione fori continentur, quae pariter prodit quid tamquam ius in vita commune et in foro receptum sit*; vgl. B.M. Telders, 'Het B.W. en de rechtspraak van 1838 tot heden, in het bijzonder de standaardarresten van den hoogen raad (arrêts de règlement)', in: Scholten & Meijers (red.), *Gedenckboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p. 197 e.v.

gewijsden grondt, althans dezen als het voornaamste bewijsmiddel des regts aanvoert, is daarmede wettelijk verworpen.²⁸

Opzoomer is echter nooit van mening geweest dat alle recht in de wet kan worden gevonden:

Waar de wet duister is, daar moet de regter naar de regels der uitlegkunde te werk gaan, die voor duistere woorden gelden; hij zal dus bij twijfel die opvatting omhelzen, die met de geschiedenis van de woorden der wetsbepaling of met de redelijkheid, die toch aan de geheele wetgeving ten grondslag ligt, het best overeenkomt. Is de wet onvolledig, of zwijgt zij geheel, dan moet hij in burgerlijke zaken uitspraak doen volgens het systeem der geheele wet, en die beslissing aannemen, die met logische noodzakelijkheid uit dat stelsel voortvloeit; kan hij ook dezen weg niet betreden, dan moet hij zijne toevlugt nemen tot hetgeen door rede en billijkheid wordt aanbevolen. Moge de woorden der den regter verlaten, nimmer verlaat hem het regtsbewustzijn, dat zeker ten naauwste zal samenhangen met de wet onder welke het geworden en ontwikkeld is. Er werd regt gesproken vóór er wetten waren, en het maken van wetten heeft de oude bron der natuur niet verstoort.²⁹

Ook voor de Groningse hoogleraar in het burgerlijk recht Diephuis geldt dat de beslissingen van de rechter een bijzonder karakter hebben en slechts betrekking hebben op een bepaalde zaak.

[B]epalingen te maken van meer algemeene strekking, en die voor verschillende gevallen gelden zullen, ligt niet op zijnen weg, maar buiten zijne bevoegdheid, al betreffen ze ook zaken, waarover hij beslissen kan, en al beperkt hij hare werking ook binnen den kring, waarin hem de regtsmagt is opgedragen. Het is hem zelfs uitdrukkelijk verboden in art. 12 A.B.; hij mag over zaken, waarover hem de beslissing opgedragen is, geene beschikking geven bij wijze van algemene verordening of reglementaire bepaling.³⁰

Doch ook Diephuis raakt aan het probleem dat de wet de rechter soms geen handvat biedt om te beslissen; dan moet de rechter toch recht spreken. De bepaling van art. 11 Wet AB is

voor hem slechts een verbod om zich los te achten en af te wijken van de wet, niet om regt te spreken, waar deze zwijgt, of hem geen duidelijken en voldoende regel aanbiedt. Integendeel mag hij zich in geen geval onttrekken aan eene beslissing, die van hem wordt en kan worden gevraagd.³¹

Land, eveneens hoogleraar te Groningen, is op het punt van het verbod van een *arrêt de règlement* ook volstrekt duidelijk.

De rechter is dan ook niet gebonden aan een uitspraak, die hij vroeger gegeven heeft over een soortgelijk geval als waarover thans zijne beslissing gevraagd wordt. Evenmin heeft hij zich te gedragen naar de uitspraken van andere rechters, ook niet van hooger rang. Zelfs tegenover de rechtspraak van den Hoogen Raad blijft de rechter vrij; het is trouwens mogelijk, dat de Hooge Raad een vroeger aangenomen leer gaat verlaten. De rechter zal ongetwijfeld ook licht mogen zoeken in de rechtspraak, maar dit is dan eenvoudig zoo op te vatten, dat hij de door andere rechters gebruikte gronden kan aannemen, wanneer hij zich van de deugdelijkheid daarvan overtuigd heeft.³²

²⁸ C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk*, Amsterdam 1857 (tweede druk), p. 59.

²⁹ Opzoomer (supra noot 28), p. 60-61.

³⁰ G. Diephuis, *Het Nederlands Burgerlijk Regt*, Deel I, Groningen 1869, p. 86-87.

³¹ Diephuis (supra noot 30), p. 95.

³² Land, *Inleiding tot de Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem 1899, p. 179-178.

Uit dit citaat moge blijken dat het Engelse beginsel van het *stare decisis*³³ in het Hollandse rechtsdenken van die tijd nog geen wortel had geschoten. Maar Land is toch ook al bezig met het relativeren van zijn uitgangspunten. Hij vermeldt dat onder interpretatie ook wel wordt verstaan het vormen van nieuw recht, zij het dan ook in aansluiting aan de wet. Het als recht aannemen van hetgeen toch niet in de wet is opgesloten, acht Land niet toelaatbaar. Hij stelt dat dit verschilt van het Romeinse recht, maar daar was interpretatie uiting van een gemeenschappelijke rechtsovertuiging.³⁴

In de twintigste eeuw zijn de opvattingen op dit punt veranderd. Doch het zij vooropgesteld dat de stroming die de rechterlijke activiteit beperkt zag tot uitlegging der wet in de negentiende eeuw wellicht wel overheersend was, maar dat er ook altijd een onderstroom is geweest die – minder dogmatisch – de rechter een grotere vrijheid toekende. Vanaf zo'n twee decaden voor de eeuwwisseling wordt het zichtbaar dat het voorheen eenvormige beeld van de rechterlijke activiteit zal kantelen. Het is hier niet de plaats om deze omwenteling geheel in beeld te brengen. Ik noem slechts enkele momenten en geschriften – uit de vele die men op dit vlak zou kunnen kiezen – om dit een en ander te demonstreren.³⁵ Men kijkt naar art. 1 van het in 1912 ingevoerde Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) dat de jurisprudentie gezag toekent.

La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, il défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire de solutions consacrées pas la doctrine et la jurisprudence.

De rechter moet volgens dit artikel bij leemten in de wet zelf recht zoeken en hij moet daarbij – om het levendig te houden citeer ik nu de Duitse tekst van dit wetboek – *bewährter Lehre und Ueberlieferung folgen*. Men kijkt naar de Angelsakse traditie waar de rechter formeel gebonden was aan voorgaande beslissingen (*stare decisis/judge made law*). Men ziet daarnaast in dat de niet-gebondenheid van de rechter aan de eigen en voorgaande beslissingen langzamerhand meer theorie dan praktijk was en men acht die theorie langzamerhand onjuist. Scholten formuleert al in het Algemeen Deel dat van gebondenheid in den zin van strikte onderwerping aan iedere uitspraak geen sprake kan zijn.

We kennen gezag toe aan de beslissing van den rechter als erkenning van een *regel*. Immers alleen daarin ligt haar autoriteit buiten het geval. Nu kan de rechtspraak deze verkrijgen door herhaling, door opeenvolging van een reeks uitspraken. Dan is het de traditie, waarvoor we ons buigen, de traditie die zich uit in een 'constante', een 'vaststaande jurisprudentie'. Het kan ook zijn, dat gezag wordt toegekend aan een enkel arrest. Dit kan gevolg zijn van de formulering der uitspraak; – hoe algemeener deze luidt, hoe meer zij is losgemaakt van de feiten van het geval, hoe verder zij draagt –; ook van het klemmen van het betoog, van den nadruk, waarmee het is neergeschreven. Wij onderscheiden gelegenheidsarresten, beslissingen waarin de samenhang met het geval nog groot is, en standaardarresten, die naar den opzet van den H.R. zelf klaarblijkelijk de strekking hebben van een bepaalde opvatting kond te doen.³⁶

Ook volgens Telders wordt de rechtspraak steeds belangrijker en komt ondanks het verbod van het doen van uitspraken bij wijze van arrêt de règlement het begrip standaardarrest in zwang. Daarmee komen kwesties als rechtszekerheid en vertrouwen op het blijvend-zijn van de

³³ Voluit: *stare decisis et non quieta movere*.

³⁴ Land (supra noot 32), p. 18.

³⁵ Zie bijvoorbeeld het vorgenoemde artikel van Telders (supra noot 27) en I. Henri Hijmans, 'Het B.W. en het recht der werkelijkheid in 1838 en heden', in: Scholten & Meijers (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle 1938, p. 169 e.v.

³⁶ Scholten, *Algemeen Deel* (mr. C.Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), Zwolle 1934 (tweede druk), 120. Zie voor de huidige opvatting J.B.M. Vranken, *Algemeen deel II* (mr. C.Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht), Zwolle 1995, nr. 189.

beslissing aan de orde. Telders merkt op dat de rechter, interpreterend en aanvullend, dit laatste zij door de wetgever bedoeld of niet, op het geldende recht bevruchtend kan inwerken, mits hij, waar hij wetsaanvullend te werk gaat, de eerbied voor de wet niet uit het oog verliest. De rechtspraak evenwel die contra legem nieuw recht tracht te funderen, vermag zelden of nooit een wetswijziging overbodig te maken, en dient bovendien nog uiterst voorzichtig te zijn, dat zij niet, ondoordacht te werk gaand, de noodzakelijkheid van een wetswijziging eer oproept dan bezweert.³⁷

Scholten stelt dat een uitspraak van de Hoge Raad zeker geen onvoorwaardelijk gezag heeft.

Er bestaat een gevaar, dat onze rechtspraak zich te veel voor den H.R. buigt. Er zit gemakzucht in dat aanvaarden van rechtspraak. En ook in de theorie wordt mijns inziens dat gezag een enkele maal te hoog gesteld. Ook dit zal soms moeten wijken, als het tot niet te aanvaarden resultaten leidt. Het 'breken' van een jurisprudentie bewijst het.³⁸

Hij voegt aan zijn betoog toe dat het kan zijn dat in de rechtspraak een regel is ontstaan die van een zodanige betekenis is dat verandering daarvan alleen door de wetgeving, het hoogste gezag, kan geschieden. Dan is de mogelijkheid van 'omgaan' voor de Hoge Raad zelf zelfs afgesneden.

Het is het gezag der rechtspraak, dat de leer vestigde, dat bekentenis en verstek bij echtscheiding zonder nader bewijs toewijzing der vordering met zich brengen en dat daardoor langs indirecten weg de echtscheiding bij onderlinge toestemming invoerde. Verandering van dien regel grijpt te zeer in, raakt aan zóó teere vragen, waarover zóó sterk verschil van meening bestaat, dat zij slechts mag geschieden door het hoogste gezag, den wetgever, bij wien de verschillende stroomingen in één bedding moeten samenvloeien.³⁹

Wat betreft de nieuwste rechtsontwikkeling lijkt mij deze opvatting van Scholten in het algemeen beschouwd tamelijk verouderd. Uitzonderingen daargelaten ontwikkelt de Hoge Raad thans, indien nodig, langzaam en voorzichtig regels van overgangsrecht in het geval van verandering van standaardjurisprudentie, in geval hij, zoals dat heet, omgaat.⁴⁰

De nationale wetgever heeft groot en in veel gevallen overwegend gezag, dat zal niemand ontkennen. Maar de grens van dat gezag is, kort samengevat, problematischer dan in de negentiende eeuw, alleen al vanwege de tegenwoordig spelende problematiek van de Europese regelgeving, vanwege de beïnvloeding van het, kort gezegd, continentale rechtsdenken door het Engels-Amerikaanse denken over recht en rechtsvinding, vanwege het recht dat uit de interpretatie van een aantal direct werkende verdragen voortvloeit, e.t.q. Waar ligt de grens? Heeft art. 12 van de Wet AB thans elk gezag verloren? In de zin dat de bepaling volkomen achterhaald is geformuleerd uiteraard wel. De Hoge Raad geeft immers als het ware permanent *arrêts de réglements*, en als hij dat niet zelf in de formulering laat doorschemeren, maakt de wetenschap dat er wel van. In de zin dat het primaat van de algemene regelgeving niet bij de Hoge Raad – of, meer in het algemeen, bij de rechterlijk macht – ligt uiteraard niet. De Hoge Raad ontwikkelt recht naar aanleiding van een casus, wetgeving door een democratisch gelegitimeerd en politiek orgaan is een andere activiteit. De verhouding tussen deze twee activiteiten moet voortdurend opnieuw worden bepaald, maar vast staat langzamerhand wel dat de Hoge Raad aan rechtsontwikkeling doet, recht ontwikkelt, daarmee recht vormt en recht vindt. Een ieder mag de termen definiëren zoals hij wil, maar laat deze bezigheid niet uitmonden in alleen maar een semantisch gevecht. Kelsen schreef al dat er een kwantitatief maar geen kwalitatief verschil is tussen de interpretatie van de rechter en die van de wetgever. Interpretatie

³⁷ Telders (supra noot 27), 209.

³⁸ Scholten (supra noot 36), p. 121. Vgl. Vranken, *Algemeen deel II* (supra noot 36), nr. 188.

³⁹ Scholten (supra noot 36), p. 122-123.

⁴⁰ Zo bijvoorbeeld in het arrest *Boon-Van Loon*, HR 27 november 1981, *NJ* 1982/503. Vgl. Veegens (supra noot 16), nr. 187, en Vranken, *Algemeen deel II* (supra noot 36), nr. 255.

is onvermijdelijk vanwege de hiërarchische structuur van de rechtsnormen en vanwege de algemeenheid van de (juridische) taal. Op grond van die onvermijdelijke interpretatie is het ideaal van rechtszekerheid een illusie. De rechter en de wetgever houden zich bezig met rechtstoepassende interpretatie, die gebaseerd is op een bepaalde keuze. Hun interpretatie komt gezag toe, omdat zij afgedwongen kan worden. De rechtswetenschap kan slechts aangeven wat de interpretatiemogelijkheden van een bepaalde juridische norm zijn. Zij kan niet met overheidsgezag een bepaalde keuze maken en blijft uit dien hoofde altijd een secundaire rechtsbron.⁴¹ De negentiende-eeuwse, voornamelijk Duitse opvatting van de rechtswetenschap als bron van recht omdat recht vinden uiteindelijk alleen maar een kwestie van techniek is, is hiermee afgedaan. Het rechtsdenken van Kelsen maakt in die zin en in die landen, waar de wetenschap als voornaamste bron van recht wordt gezien, het recht weer onderhorig aan de democratie.

Martens heeft in de rede die hij hield ter gelegenheid van zijn afscheid als president van de Hoge Raad, 31 maart 2000, de zaken op een rijtje gezet.⁴² Natuurlijk doet de Hoge Raad aan rechtsvorming, stelt hij, en de Raad heeft dat altijd gedaan; denk aan het arrest *Lindenbaum/Cohen* uit 1919⁴³ en aan de schepping van de fiduciaire eigendom, een geheel nieuw zekerheidsrecht, in 1929. Maar, en hier haalt Martens Veegens aan, het instituut van de cassatie berust op het axioma dat alle recht in de wet is te vinden en vermoedelijk heeft de Hoge Raad daarom de term ‘rechtsvorming’ lange tijd vermeden en overigens verdoezeld dat hij daaraan deed door nagenoeg nimmer uitdrukkelijk naar zijn vroegere arresten te verwijzen hetgeen hij thans wel doet – en wel vanaf omstreeks de jaren tachtig. In het arrest *Quint/Te Poel*⁴⁴ is tamelijk openlijk aan rechtsvorming gedaan, doch zonder het woord ‘rechtsvorming’ te bezigen, door te oordelen dat ‘in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen’.⁴⁵ De term ‘rechtsvorming’ komt volgens Martens het eerst voor in een arrest van 1984.⁴⁶ De tijd brak aan dat telkens en veel meer dan vroeger een beroep werd gedaan op de rechtsvormende taak van de rechter en wel wegens de toenemende juridificering van de samenleving, het periodiek onvermogen van ‘de politiek’ om het eens te worden over wettelijke regeling van kapitale, kwellende kwesties als abortus, stakingsrecht, of euthanasie – zulke maatschappelijke kwesties worden daarmee noodzakelijkerwijs doorgeschoven naar de rechter – en het internationale recht, zoals het recht van de Europese Unie en van het Europees verdrag van de rechten van de mens (EVRM). Martens gaat vervolgens in op de regelgeving van de Hoge Raad omtrent de grenzen van de door hemzelf te geven regels, met name op een door de derde

⁴¹ Vgl. T.J.M. Mertens, ‘Rechtspositivisme als rechtspolitiek? Een rechtsfilosofische kanttekening’, *NJB* 2009, p. 2065 e.v.

⁴² S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *NJB* 2000, p. 747 e.v.

⁴³ Van Maanen heeft in twee opstellen over de historische achtergronden van de onrechtmatige daad het nieuwe en tegelijkertijd het traditionele van de ontwikkelingen op het terrein van de onrechtmatige daad laten zien. De ontwikkeling van het recht levert nieuw recht op, dat valt niet te ontkennen, en is tegelijkertijd gebed in het oude recht. Zie G.E. van Maanen, ‘... om te doen ophouden de menigvuldige twistgedingen ...’ – *Opmerkingen omtrent de historische achtergronden van de onrechtmatige daad*, *Ars Aequi Cahiers*, Rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis; deel 2; Nijmegen 1995 en *De Zutphensen juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, *Ars Aequi Cahiers*, Rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis; deel 3; Nijmegen 1995.

⁴⁴ HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548.

⁴⁵ Van Maanen heeft in een artikel over de ongerechtvaardigde verrijking opnieuw het oude en het nieuwe element laten zien van een rechtsontwikkeling die uitmondt in de befaamde formule van de Hoge Raad in *Quint/Te Poel* dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen. Zie G.E. van Maanen, ‘De mythe van Quint/Te Poel. Een herwaardering van Diephuis en Opzoomer en de ontmaskering van een overgewaardeerde uitspraak’, in: *Groninger Opmerkingen en mededelingen. Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische Grondslag XXV*, 2008, p. 33 e.v.

⁴⁶ HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230: Aan art. 94 Gw in verband met art. 26 IVBPR kan geen grond worden ontleend om, ter voorkoming van een verschillende behandeling van mannen en vrouwen, aan mannen eenzelfde recht toe te kennen als de wet slechts aan vrouwen toekent, in geval dat het in de wet neergelegde verschil in behandeling, gezien de aard van het recht, in redelijkheid ook op andere wijze kan worden weggenomen en op dit punt een keuze moet worden gemaakt die, mede in aanmerking genomen de aard van de daarbij betrokken belangen, niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter valt. In dat – zich hier voordoende – geval is het aan de wetgever, te bepalen op welke wijze het best aan het beginsel van art. 26 IVBPR kan worden voldaan.

kamer van de Hoge Raad, de belastingkamer, gewezen arrest, waarbij de vraag speelt of een bepaalde regel van intern belastingrecht verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel van – onder meer – art. 11 EVRM en zo neen, wat de rechter daaraan kan doen.⁴⁷ Tot slot gaat Martens nog in op de mogelijke betekenis van de door de Hoge Raad meer dan eens gebezigde woorden ‘de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen’, die fungeren als stopbord voor verdere rechtsvorming door de rechter. Hij acht niet aannemelijk dat de Hoge Raad daarbij het oog heeft op de bewering dat de rechter niet democratisch gelegitimeerd is. Die bewering is immers zinloos.

Zeker de legitimatie van de rechter ligt niet daarin dat hij is verkozen. Maar grondslag van ons staatsbestel is niet enkel de representatieve democratie, doch ook en vooral the rule of law: Nederland is een rechtsstaat. De rechtsstaat is onbestaanbaar zonder rechtsprekende macht die is geroepen tot ‘overeenkomstig de wet’ rechtspreken en daarmee (...) tevens tot rechtsvorming. De legitimatie van de rechtsprekende macht is dus anders van aard, maar daarom niet minder dan die van de beide andere machten van de trias politica.⁴⁸

Deze opvatting over de Hoge Raad als rechtsvormer is natuurlijk niet verwonderlijk voor de president van een college dat al in 1988 een symposium organiseert over de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer.⁴⁹

Ook voor Vranken is rechtsvorming door de Hoge Raad geen enkel punt. Hij besteedt daaraan in 1995 al uitvoerig aandacht in het nieuwe *Algemeen deel II*⁵⁰ en bevestigt zulks in het evenzo door hem geschreven *Algemeen deel III*, waarin hij onder meer betoogt dat in de meeste westerse landen tegenwoordig openlijk wordt aanvaard dat de rechters, met name de hoogste rechters op nationaal niveau en op inter- en supranationaal niveau, een rechtsvormende taak hebben. Ofschoon de manier waarop en de mate waarin ze hun taak vervullen, verschillen – voegt Vranken toe – is het feit dat ze rechtsvormend bezig zijn niet meer in discussie.⁵¹

Vranken stelt in een artikel over het rapport-Hammerstein⁵² nog een keer dat de Hoge Raad eerst en vooral recht dient te doen in individuele gevallen en dat rechtsvorming niet meer is dan een bijproduct van deze primaire opdracht.⁵³ Hij wijst op de technieken waarvan de Hoge Raad gebruikt maakt om aan rechtsvorming te doen: de nadruk op een overweging van een hof door het gebruik van de zinsnede, ‘terecht bestrijdt het middel niet ...’, de uitdrukkelijke aankondiging van rechtsvorming door te overwegen dat bij de beoordeling van de middelen het volgende moet worden vooropgesteld, de overweging ten overvloede, e.t.q. Het rapport-Hammerstein gaat over versterking van de cassatierechtspraak, hetgeen Vranken aangrijpt als een pleidooi voor de versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad.

In de Belgische rechtswetenschap wordt de hoogste rechter wel eens de supplerende wetgever (bij ons de wetgever-plaatsvervanger) genoemd, waarbij men echter, aldus de auteurs

⁴⁷ HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170; *BNB* 1999/271C; *AA* 1999, p. 668 e.v., r.o. 3.18: Naar uit het hiervoor overwogene volgt, doet zich hier niet de situatie voor waarin duidelijk is hoe de rechter in het door de discriminerende regeling veroorzaakte rechtstekort zou moeten voorzien, maar zijn ter opheffing van de discriminatie verschillende oplossingen denkbaar en is de keuze daaruit mede afhankelijk van algemene overwegingen van overheidsbeleid. Dit brengt mee dat de rechter niet aanstonds zelf in het rechtstekort behoort te voorzien, maar zulks vooralsnog aan de wetgever dient over te laten. (...) De Hoge Raad gaat ervan uit dat de regering met de nodige spoed een wetsontwerp zal indienen dat recht doet aan de op de Nederlandse Staat rustende verdragsverplichtingen op dit punt.

⁴⁸ Martens (supra noot 42), p. 751; zie over de *rule of law* ook de huidige president van de Hoge Raad G.J.M. Corstens in *The rule of law*, Toespraak ter gelegenheid van 25 jaar Grotius Academie, Beurs van Berlage, Amsterdam 3 november 2010, te vinden op de site van de Hoge Raad.

⁴⁹ Zie *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle 1988. Zie ook het verslag van het op 30 september 1988 gehouden symposium van de hand van J. de Boer *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel* in *NJB* 1988, p. 1580 e.v.

⁵⁰ Vranken, *Algemeen deel II* (supra noot 36), nr. 184 e.v.

⁵¹ J.B.M. Vranken, *Algemeen deel III*, Deventer 2005, nr. 9.

⁵² Rapport van de commissie normstellende rol van de Hoge Raad. Versterking van de cassatierechtspraak 2008. Voorzitter van de commissie was A. Hammerstein.

⁵³ Vranken, ‘Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand’, *NJB* 2009, p. 1085.

van het Belgische Algemeen deel, voor ogen moet houden dat er evenveel hoogste rechters zijn als er onderscheiden, naast elkaar functionerende rechtsordes bestaan. Zij wijden uitvoerig aandacht aan het probleem van meer wetgebonden naar meer inventieve rechtsvinding.⁵⁴

En dan gebeurt er iets vreemds: rechtsvorming door de rechter blijkt, ondanks de door Vranken gestipuleerde opvatting dat zulks geen punt meer is, voor de staatsrechtsgeleerde Kortmann toch wel een punt. Juist als gedacht wordt dat een in de negentiende eeuw heersende ideologie en de naweeën daarvan in de eerste helft van de twintigste eeuw voorgoed voorbij zijn, keert Kortmann, die daarin vrijwel alleen staat, zich pal tegen de rechtsvormende taak van de rechter.⁵⁵ In een artikel in *Trema*, zoals bekend het blad voor de rechterlijke macht, betoogt hij dat rechtsvorming door de Hoge Raad niet op enige wettelijke grondslag berust en dat de Hoge Raad zich deze taak zelf heeft aangemeten. De Raad moet zichzelf echter als alleen rechtstoepasser en rechtsvinder moet blijven zien, met andere woorden als rechtsontwikkelaar. Rechtsontwikkeling heeft, aldus Kortmann, betrekking op het uitbreiden, verfijnen, verklaren of bijsturen van iets, dat reeds bestaat. Rechtsvorming is iets anders, te weten creëren van iets dat nog niet bestond. De door de rechter zichzelf toegekende bevoegdheid tot rechtsvorming is echter niet onbeperkt. Het is de rechter zelf die, al rechtsvormend, grenzen aan die bevoegdheid stelt. Hij haalt Martens aan waar deze zegt: We hebben hier dus van doen met rechterlijke rechtsvorming op het stuk van rechterlijke rechtsvorming.⁵⁶ Kortmann meldt op afkeurende toon dat Martens zelfs stelt dat de rechter van nature een rechtsvormende taak heeft. Als positivist én als onderdaan is Kortmann echter niet dol op taken of bevoegdheden die van nature of uit de aard der zaak aan overheidsinstellingen zouden toekomen.

Overheden, welke dan ook, moeten hun taken en bevoegdheden aan het, bij voorkeur geschreven, recht ontleen, niet aan de natuur of de bovennatuur, al dan niet geschapen of geleid door een opperwezen. Uit positiefrechtelijk oogpunt moet dan ook als eerste gevraagd worden op welke regel de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak doet steunen. Verder betekent het bezitten van een taak nog niet dat men daartoe bevoegdheden bezit. Vervolgens rijst (...) de vraag naar de grenzen van die taak.⁵⁷

Hij vraagt zich bij wijze van conclusie af of het niet beter zou zijn als de rechter de gehele idee van de rechtsvormende taak zou laten varen en zich op klassieke wijze zou presenteren als rechtstoepasser en rechtsvinder. Dat is een veiliger en meer bescheiden positie van de rechtspraak dan die van een plaatsvervangend wetgever. Kortmann meldt in zijn afscheidsrede opnieuw en nu enigszins schrill dat de Hoge Raad zichzelf een rechtsvormende taak heeft aangemeten,⁵⁸ daarbij toegejuicht en gesteund door o.a. Tilburgse juristen.⁵⁹ De Hoge Raad spreekt, aldus Kortmann, expliciet over zijn rechtvormende taak of die van de rechter. In landen als Duitsland en Frankrijk doet een rechter dit zeker niet. Die rechtsvormende taak is niet in de Grondwet of de wet te vinden, integendeel, de Wet algemene bepalingen suggereert op zijn minst dat de rechter niet aan rechtsvorming mag doen. De Hoge Raad deze rechtsvormende taak zelf heeft bedacht en als hij

⁵⁴ Walter van Gerven & Steven Lierman, *Algemeen Deel - Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing* (eerste deel van de reeks Beginselen van Belgisch Privaatrecht), Mechelen 2010, nr. 44 en 79 e.v.

⁵⁵ C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de hoge raad', *Trema* 2005, p. 250 e.v.; *De rechtsvormende taak van de Hoge Raad, in Raad en Daad – Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31 e.v.; *Staatsrecht en raison d'Etat* (afscheidscollege op 27 februari 2009), Deventer 2009; Kortmann in AA november 2009 (jrg. 58), p. 765 e.v.; dit laatste korte artikel is een reactie op A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', AA oktober 2009 (jrg. 58), p. 672-675 en G. Schutte, 'De "rechtsvormende taak" van de rechter? Een kritische noot. Discussie over de wenselijkheid van rechterlijke oordeelsvorming: een gepasseerd station?', AA oktober 2009 (jrg. 58), p. 676-680.

⁵⁶ Kortmann, *Trema* (supra noot 55), p. 252. Martens (supra noot 42), p. 750.

⁵⁷ Kortmann, *ibidem*.

⁵⁸ In dit college refereert Kortmann niet expressis verbis aan de afscheidsrede van Martens.

⁵⁹ Hoewel Kortmann niet vermeldt welke Tilburgse juristen hij bedoelt, neem ik aan dat hij doelt op (wellicht onder anderen) Vranken en Barendrecht.

niet rechtsvormend wil opereren beroept hij zich nogal eens ‘op de traditionele plaats van de rechter in het staatsbestel’. Kortmann vindt dit laatste interessant: de rechtsvormende taak past kennelijk niet bij die traditionele plaats.

Kennelijk hinkt de rechter op twee gedachten: hij mag en moet tegenwoordig recht vormen. Dat is modern, bij de tijd, verleent macht en aanzien en het staat chic. Wordt dat echter te riskant of lastig, dan valt hij terug op de ‘traditionele plaats’. Want uitvoerende overheidsinstellingen horen zichzelf geen bevoegdheden of taken toe te kennen of aan te meten. Die moeten geschapen worden door de grondwetgever of de wetgever.⁶⁰

Bij dit betoog van Kortmann passen direct twee opmerkingen. Zoals Vranken met recht opmerkt,⁶¹ geeft Kortmann bij de stelling met betrekking tot de rechtsvorming door de rechter in Frankrijk en Duitsland geen enkele bronvermelding. Vranken weerspreekt deze stelling met uitvoerige bronnen-opgave ten aanzien van rechtsvorming door het Cour de cassation en ‘richterliche Rechtsfortbildung’ in Duitsland.⁶² Ten tweede zij erop gewezen dat Martens in zijn afscheidsrede al uitvoerig heeft betoogd dat de rechtsvormende taak van de rechter wel door de wetgever is bedoeld.⁶³ Het zij Kortmann toegegeven dat het woord ‘rechtsvorming’ niet letterlijk in de Grondwet voorkomt. De vraag is of dat in dezen ertoe doet. De opmerking over de tegenspraak die in de Wet AB besloten zou liggen, is niet overtuigend gelet op de ouderdom van deze wet en de sinds haar ontstaan gewijzigde inzichten met betrekking tot rechtsontwikkeling en rechtsvorming.

Corstens verhaalt⁶⁴ dat hij tegen Kortmann heeft gezegd nadat deze zijn rede had uitgesproken: Als we het nou een rechtsontwikkeling noemen, ben je dan tevreden?

Nou, zijn antwoord was in de trant van: Dan ben ik voor 90% tevreden. Dus ik denk dan dat het vooral een kwestie van semantiek is. Kijk, wat verwacht de samenleving nu eigenlijk van de rechter? De wetgever kan niet alles regelen, dat weten we allemaal. De wetgever endosseert heel vaak zaken aan de rechter. Vage wetgeving, omdat hij wel weet dat hij niet alles kan regelen. Neem termen als redelijkheid en billijkheid. Zoek jij het maar uit, zegt hij dan tegen de rechter. Wat de rechter dan doet, ja dat kun je rechtsontwikkeling noemen, je kunt het ook rechtsvorming noemen, dat maakt niet veel uit.⁶⁵

Bovend’Eert heeft het betoog van Kortmann nader uitgewerkt (dan wel verduidelijkt).⁶⁶ Hij benadrukt dat ook voor de rechter als overheidsambt het legaliteitsbeginsel geldt. De rechtspraak van de rechter moet grondwettig en wettig zijn. Het legaliteitsbeginsel in een democratische rechtsstaat veronderstelt dat een democratisch gelegitimeerde wetgever – regering en Staten-Generaal gezamenlijk – voorafgaand aan overheidsoptreden algemene, de burgers bindende, regels vaststelt. De vaststelling van ongeschreven rechtsregels, in de zin van vorming van (nieuw) recht door de rechter, voldoet niet aan dit basiselement van de rechtsstaat, tenzij de

⁶⁰ Kortmann, Afscheidscollege (supra noot 55), p. 11-12.

⁶¹ J. Vranken, Consequenties (supra noot 54), p. 1082 e.v., noot 5.

⁶² De reactie van Kortmann op Hammerstein dat hij, Kortmann, niet heeft gesteld dat in het buitenland wordt ontkend dat rechters aan rechtsvorming (kunnen) doen, maar heeft gezegd dat in ieder geval in Frankrijk en Duitsland een rechter dat niet van zichzelf zegt en dat dit in Nederland wel gebeurt, kan ik niet controleren, omdat ik niet beschik over de formidabele kennis van de Duitse en Franse jurisprudentie waarover Kortmann kennelijk wel beschikt, maar snijdt overigens geen hout. Het lijkt mij beter dat een gerecht openlijk zegt waarmee het bezig is dan dat zulks ongezegd blijft. In bijvoorbeeld Duitsland is *richterliche Rechtsfortbildung* volstrekt geaccepteerd.

⁶³ Martens (supra noot 42), p. 748 en noot 13.

⁶⁴ C. Lindo, ‘Tussen ideaal en nuchterheid – Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens’, *NJB* 2009, p. 1074 e.v.

⁶⁵ Lindo (supra noot 64), p. 1079.

⁶⁶ P.P.T. Bovend’Eert, ‘Wetgever, rechter en rechtsvorming – “Partners in the business of law?”’, *RMThemis* 2009-4, p. 145 e.v.

rechter de wet toepast en daarbij recht vormt op basis van (het stelsel van) de wet.⁶⁷ De ‘strengere leer’ van Kortmann ten aanzien van rechterlijke rechtsvorming schept heldere en duidelijke verhoudingen tussen de wetgever en de rechter, en dwingt de rechter als overheidsambt het, ook jegens hem geldende legaliteitsbeginsel in acht te nemen, aldus Bovend’Eert. Wanneer de rechter geen wettelijk houvast heeft om een rechtmatigheidsoordeel te vellen, dan ontbreekt voor hem de grondslag om te oordelen. Het moet hem mogelijk zijn nieuw recht te vormen op grond van het stelsel van de wet en in aansluiting bij wel in de wet geregelde gevallen, het criterium uit *Quint/Te Poel*.⁶⁸ De merkwaardige inconsistentie in de jurisprudentie van de Hoge Raad is dat de rechter in beginsel geen politieke afweging maakt maar binnen het stelsel van de wet oordeelt, tenzij de wetgever nalaat een regeling te treffen in de betreffende rechtskwestie. Dat staat het hem kennelijk vrij een eigen politieke afweging te maken.⁶⁹ Bovend’Eert concludeert

dat in de verhouding tussen wetgever en rechter eerstgenoemde vanuit een rechtsstatelijk perspectief gezien zonder twijfel het primaat behoort te houden op het terrein van rechtsvorming en rechtsontwikkeling. Dit primaat houdt in de verhouding tot de rechter in dat de vorming van nieuw recht buiten het stelsel van de wet voorbehouden is aan de wetgever. Niet aan de rechter maar aan de wetgever is de taak opgedragen politieke keuzes te maken bij de vorming van nieuw recht. De voornoemde bedenkingen tegen rechterlijke rechtsvorming gelden in het verlengde hiervan evenzeer, wanneer de rechter zich geroepen voelt om in een voorkomend geval in een nijpend rechtstekort te voorzien. Ook in een dergelijk geval hoort in een rechtsstaat uitgangspunt te zijn dat het primaat ten aanzien van rechtsvorming bij de wetgever ligt. De rechter moet weliswaar de ruimte hebben om een 'noodverband' te leggen, maar de wetgever zal zich vervolgens moeten inspannen om een adequate wettelijke regeling te treffen die een definitieve voorziening biedt.⁷⁰

Bovend’Eert merkt nog op dat de wetgever vanuit een rechtsstatelijk perspectief gezien en geleet op tekortkomingen van rechterlijke rechtsvorming een veel actievere houding dienst aan te nemen: Bedacht moet worden dat de positie van de rechter in het staatsbestel en het vertrouwen in de rechtspraak in het geding zijn wanneer de wetgever nalatig blijft belangrijke rechtskwesties op te lossen.⁷¹

In deze hele discussie moet, dunkt mij, worden vooropgesteld dat de termen ‘rechtsvinding’, ‘rechtsontwikkeling’ en ‘rechtsvorming’ (en daarmee verwante termen) geen volstrekt eenduidige betekenis hebben, ook niet als zij in een grondwet (zouden) staan. Zij hebben alle wel een eigen connotatie die elk in een bepaalde richting wijst. Rechtsvorming zit, in dit perspectief gezien, dicht tegen ‘rechtsschepping’ aan: het creëren van iets geheel nieuws. Maar ook dat zegt niet iets doorslaggevends over een exacte betekenis. In die zin heeft Corstens gelijk als hij concludeert dat Kortmann bezig is met een semantisch gevecht. Maar, daarmee kan het probleem dat Kortmann aansnijdt niet volledig van tafel worden geveegd, zoals overigens ook blijkt uit het hier aangehaalde artikel van Bovend’Eert. Kortmann snijdt in wezen de verhouding tussen rechtsschepping en politiek aan, tussen – in meer klassieke termen geformuleerd – wetgevende en rechtsprekende macht. Maar Kortmann doet zulks in termen en vanuit een positie die, het moet helaas worden gezegd, zeer ouderwets overkomen. Het hem door Hammerstein gemaakt verwijt dat hij teruggaat naar opvattingen uit de negentiende eeuw met alle daaraan verbonden beperkingen en bezwaren, is mijns inziens juist.

Kortmann volstaat als positivist met de vraag naar de wettelijke grondslag waaraan de rechter zijn bevoegdheid ontleent. Die vraag veronderstelt dat de rechter alleen op basis van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling aan rechtsvorming zou mogen doen en ontkent

⁶⁷ Bovend’Eert (supra noot 66), p. 147-148.

⁶⁸ Bovend’Eert (supra noot 66), p. 146.

⁶⁹ Bovend’Eert (supra noot 66), p. 151.

⁷⁰ Bovend’Eert (supra noot 66), p. 152.

⁷¹ Bovend’Eert (supra noot 66), p. 153.

dus dat een rechtsorde zich nationaal en internationaal (gelukkig) niet alleen in wettelijke bepalingen ontwikkelt, maar ook in beginselen, ongeschreven normen en in maatschappelijkem opvattingen. Niet alleen uit een oogpunt van verdragsrechtelijk erkende effectieve rechtsbescherming,⁷² maar ook vanuit de visie dat het recht zich veel breder ontwikkelt dan alleen in wetgeving is de rechtsvorming door de rechter niet alleen onvermijdelijk, doch ook essentieel. Wie dat anders wil, gaat terug naar opvattingen uit de negentiende eeuw met alle daaraan verbonden beperkingen en bezwaren.⁷³

Waarbij echter aangetekend dient te worden dat zelfs in de negentiende eeuw, zie het hierboven geciteerde van Opzoomer, hierover al genuanceerder wordt gedacht.

Ook vanuit privaatrechtelijke hoek heeft nooit een greep naar de macht inzake de rechtsvorming plaatsgevonden. Beekhuis bijvoorbeeld waarschuwt tegen de te grote macht van de rechter tegenover de politiek. Als de rechter steeds meer over de politiek gaat beslissen, is zulks in strijd met de beginselen van de democratie. De rechter in Den Haag is niet de geschikte man om politieke kwesties uit te maken. Deze horen thuis bij de regering of het parlement. Het gevaar bestaat ook dat hierdoor het gezag van de rechter wordt uitgehold, omdat hij in de politieke strijd betrokken zal worden. Beekhuis stelde dit naar aanleiding van het gevaar dat de rechter zich steeds vrijer tegenover de wet is gaan opstellen. Dat is in de hand gewerkt door het Nieuw BW, dat onder bepaalde omstandigheden toelaat, dat de rechter de wet opzij zet.⁷⁴ Ook Koopmans stelt voorop dat bij de beantwoording van de principiële vraag, of rechtspraak wel de plaats kan innemen van de democratisch gekozen organen bij het richting geven aan de koers van de rechtsontwikkeling, een ontkennend antwoord op deze vraag, aldus geformuleerd, voor de hand ligt.⁷⁵ Hij nuanceert vervolgens. Rechterlijk optreden kan juist ertoe strekken het democratisch besluitvormingsproces zuiver te laten verlopen. Indien wetgeving of regelgeving op decentraal niveau tot gevolg heeft dat basale rechten – dan wel grondrechten of mensenrechten – worden geschonden, ligt het op de weg van de rechter deze constitutioneel verankerde waarden te beschermen. Koopmans geeft voorbeelden, ontleend aan de Verenigde Staten maar ook ontleend aan de situatie in Frankrijk, waar in sommige gemeenten

de meerderheid in handen is van het (uiterst-rechtse) Front National: beslissingen over ‘zuivering’ van bibliotheken, beperking van bepaalde demonstraties of ongelijke behandeling van allochtonen leiden er vaak toe dat rechterlijke interventie noodzakelijk wordt.⁷⁶

Hiermee nauw verwant is de tweede relativering die Koopmans aanbrengt, te weten dat niet altijd beslissend is dat de rechter geen ‘democratische legitimatie’ zou hebben. De rechter beschikt vaak over een ander soort legitimatie, namelijk een rechtsstatelijke, wellicht in de kern hetzelfde als de door Martens genoemde *rule of law*.

Het is ter waarborging van de rechtsstaat dat de rechter mensenrechten zal toepassen in zaken waar het bv. om de rechtspositie van minderjarigen, of homoseksuelen gaat, omgeacht of een parlementaire meerderheid daar wel net zo over denkt. Die functie ontleent de rechter niet alleen aan de eigen grondwet, maar ook aan enkele hoofdregels

⁷² Zie hierover de discussie tussen Thierry Baudet enerzijds en Jit Peters en Lauri-Anne Kapper anderzijds in *NRC Handelsblad* van 13 november 2010 en 15 november 2010.

⁷³ A. Hammerstein (supra noot 55), p. 674-675.

⁷⁴ *Geschriften van J.H. Beekhuis*, Zwolle 1989, p. 23. Ik voeg hieraan toe dat de kwaliteit van de goede rechter als *ultima ratio* vrijwel nooit een doorslaggevend argument is geweest (vgl. W.J. Veraart, *Ontrechting en rechtsherstel in Nederland en Frankrijk in de jaren van bezetting en wederopbouw*, Rotterdam 2005, p. 62 en noot 54).

⁷⁵ T. Koopmans, ‘Nabeschouwing’, in: G.J. Wiarda, *3 typen van rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1999 (vierde druk), p. 133. Zie van Koopmans ook *Courts and Political Institutions - A Comparative View*, Cambridge enz. 2003.

⁷⁶ Koopmans (supra noot 75), p. 134.

van Europees recht. In dit opzicht staat de rechter sterker naar gelang zijn beslissing dichter komt bij de daadwerkelijke bescherming van individuen of groepen.⁷⁷

De derde relativering van Koopmans betreft het door politici nogal eens gebruikte beroep op de volkswil. Die volkswil is, ongeacht de uitslag van verkiezingen, nogal diffuus en geeft zelden een exacte aanwijzing over het gewenste recht.⁷⁸

Dit een en ander vormt ook een relativering van de zo vaak gebruikte slogan dat het Nederlandse parlement altijd een uitspraak van de rechter teniet kan doen door een andere norm te stellen. De europeanisering en, sterker nog, de beginnende globalisering van het recht maken zulks op een aantal punten problematisch.⁷⁹ Zo waarborgt bijvoorbeeld het Europese Hof van Justitie in Luxemburg de mogelijkheid van een beroep in rechte tegen iedere beslissing van een nationale instantie waarbij aan de justitiabele de uitoefening van hem door het Unierecht toegekende rechten wordt geweigerd.⁸⁰ Met andere woorden: de verhouding tussen politiek en rechtsvorming is veel ingewikkelder dan de door Kortmann gesuggereerde probleemstelling doet vermoeden. Maar hierbij spelen ook een rol de gewijzigde opvattingen over rechtsvinding door de rechter en, annex daaraan, nieuwe inzichten in het proces van rechtsvinding door de rechter alsmede gewijzigde opvattingen over het proces van rechtsvorming.⁸¹

De Hoge Raad zelf is uiterst behoedzaam wanneer hij zich beweegt op het snijvlak van recht en politiek. Hij is uiterst terughoudend wanneer een uitspraak wordt geleverd die ook politieke implicaties kan hebben of heeft.⁸² Een beroep op de 'traditionele plaats van de rechter in het staatsbestel' is geen loze kreet.⁸³ Dat beroep is het teken dat de Hoge Raad de ideeën, die ten grondslag liggen aan de trias politica, bij uitstek respecteert. De Hoge Raad houdt zich volgens Vranken in beginsel sowieso afzijdig wanneer de wetgever met een bepaalde problematiek bezig is, wanneer de gevolgen van rechterlijke rechtsvorming te ingrijpend zijn en wanneer over de kwestie nog te weinig consensus bestaat in de maatschappij, het parlement of tussen vakgenoten.⁸⁴ Die traditionele plaats zou echter, volgens Kortmann, meebrengen dat de Hoge Raad niet doet aan algemene regelgeving die thuishoort bij op basis van democratische uitgangspunten samengestelde volksvertegenwoordigingen (parlement, gemeenteraad, provinciale staten, enz.). Maar, we moeten ideologie en werkelijkheid niet met elkaar verwarren. Grote gedeelten van het recht bestaan uit rechtersrecht. Het lijkt mij onnodig het werk van Henri Hijmans over te doen. Nog afgezien van hetgeen hiervoor is betoogd, bestaat de link met het door de wetgever geschapen recht soms uit niet meer dan een door de wetgever zelf geformuleerde

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Vgl. Barry Friedman, *The will of the people*, New York 2009.

⁷⁹ Zie G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.) (supra noot 15); A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (serie Onderneming en recht, delen 42-I en 42-II), Deventer: Kluwer 2007, en A.L.M. Keirse & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht* (Preadviezen 2010 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer 2010.

⁸⁰ Zie Keirse (supra noot 79), p. 78-79.

⁸¹ Zie ook J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag 2009.

⁸² Zie ook, onder velen, Hammerstein (supra noot 55), p. 675, Koopmans (supra noot 75), p. 130 e.v., C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht', in: M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek. Nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle 1993, p. 53 e.v. en J. de Boer, 'De broedende kip in EVRM-zaken', *NJB* 1995, p. 1027 e.v. Stolker somt op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad twaalf gezichtspunten op aan de hand waarvan de rechter kan nagaan of een bepaalde zaak 'voor hem' is, of dat hij de zaak aan de wetgever moet laten. De Boer betoogt dat er bij strijd van Nederlandse regelgeving met het EVRM een volkenrechtelijke en, in geval van directe werking van de verdragsbepaling, een constitutionele plicht is om de strijd op te heffen; de machtscheiding op zich zelf staat aan het rechterlijk oordeel niet in de weg. Zie voorts L. Timmerman, 'Hoe kan uitvoering worden gegeven aan rechtsvorming door de rechter?', in: *De positie van de Hoge Raad* (Procesrechtelijke reeks NVVP Nr. 22), Den Haag 2009, p. 25 e.v.

⁸³ Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat* (supra noot 55), p. 11; Kortmann, *De rechtsvormende taak van de Hoge Raad* (supra noot 55), p. 250 e.v. Vgl. in dit kader de opmerking van Corstens in zijn rede van 2010 (supra noot 48) dat de rechter (zich) moet realiseren dat vaststelling van de grote lijnen van de inrichting van staat en samenleving niet aan hem maar aan de politiek is.

⁸⁴ Vranken (supra noot 36), nr. 241.

open norm, die zonder precisering door de rechter geen exacte inhoud heeft, en soms uit een enkel, eens door de wetgever gebruikt woord, zoals het woord 'onrechtmatig' in art. 1401 BW (oud). Toch zal niemand ontkennen dat de rechter hier rechtsvormend is opgetreden en zal niemand beweren dat de op dit punt ontwikkelde jurisprudentie geen recht is. Ook als de rechter verplicht is recht te doen alhoewel hem geen enkele (rechts)norm ter beschikking staat, vormt hij recht, hoe kortstondig wellicht ook.⁸⁵ Om het woord 'rechtsontwikkeling' te blijven gebruiken en om daarmee te ontkennen dat er sprake is van rechtsvorming, is verhullend en zet de hier spelende problematiek in een vals perspectief.

Peter C. Kop

⁸⁵ Bovend'Eert (supra noot 66) p. 152: De rechter moet weliswaar de ruimte hebben om een 'noodverband' te leggen, maar de wetgever zal zich vervolgens moeten inspannen om een adequate wettelijke regeling te treffen die een definitieve voorziening biedt.