
De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht

C.J.J.M. Stolker

I DE RECHTER ALS WETGEVER/PLAATSVERVANGER

Het lijkt zo eenvoudig: de wetgever schrijft de wet voor en de rechter spreekt recht. Elk van beiden heeft zijn eigen taak. Maar bij nader inzien blijkt het allemaal lastiger te zijn. De rechter is geen *être inanimé* en ook niet *lui-même sa règle*, maar iets daartussen in. *Être inanimé* is hij al nooit geweest. Snijders, vice-president van de Hoge Raad, heeft het zelf gezegd: die spookt in de literatuur "uitsluitend rond in de vorm van een gemeenplaats waartegen men vrij zijn pijlen kan richten."¹

Twee voorbeelden uit het civiele aansprakelijkheidsrecht.² Van de vijftienjarige Pascale wordt bloed afgenomen. Nadat op het wondje een pleister is geplakt, wordt haar gezegd dat zij kan opstaan. Dat doet ze, maar ze valt flauw, komt daarbij met haar gezicht op de vloer terecht en beschadigt haar gebit. De vader van Pascale stelt het ziekenhuis aansprakelijk: dat had voor opvang moeten zorgen. Het is zo'n alledaagse casus: een meisje dat flauwvalt. Toch misstaat Pascale al-lerminst aan het begin van deze bijdrage. Want stel dat de rechter het ziekenhuis inderdaad aansprakelijk houdt,³ dan wordt daarmee toch in beginsel een gedragsnorm opgelegd die geldt voor alle ziekenhuizen waar bij patiënten bloed wordt afgenomen. Zo schrijft – nogal pathetisch gezegd – de rechter aan de Nederlandse ziekenhuizen de wet voor.

Het tweede voorbeeld doet in civiele kringen op dit moment veel stof opwaaien. Een automobilist, mevrouw Vrerink, rijdt een voetganger aan, mevrouw Van Dui-

¹ W. Snijders, in: *De rechter als dictator?*, RAIO-bundel, Lochem 1987: 141.

² Er zijn oneindig veel voorbeelden te geven, maar ik koos voor deze, ook niet-civilisten aansprekende zaken.

³ De uitslag in dit concrete geval is nu even van minder belang (de rechtbank achtte het ziekenhuis aansprakelijk, het Hof niet, de P-G weer wel en de HR laat het arrest van het Hof in stand), HR 6 november 1981, NJ 1982, 567; prikpatientje.

ven. De straatverlichting brandde, het wegdek was nat door de regen; “het was ‘nacht’ in de zin der Wegenverkeerswetgeving”, stelde het Hof poëtisch vast. De wederzijdse schuld staat vast als 1:4 in het nadeel van de voetganger. De HR doet een opmerkelijk gedetailleerde uitspraak. In het kort: hoe de wederzijdse schuld ook ligt, de automobilist is, behoudens overmacht, ten minste voor 50% van de schade aansprakelijk.⁴ Dit is een regel, zonder duidelijke wettelijke grondslag, die ons verkeersaansprakelijkheidsrecht in de toekomst in hoge mate zal bepalen. Nu zijn er drie klassieke bezwaren tegen een te ruime taakopvatting van de rechter. In de eerste plaats is er het grondwettelijke argument dat in een democratie regering en parlement de wetten maken. Dat parlement is gekozen door en verantwoording verschuldigd aan het volk. Rechters zijn dat niet.⁵ Het tweede bezwaar is, dat het juridisch proces ongeschikt is tot wetgeven. De rechter krijgt een toevallige zaak voor zich, is afhankelijk van wat partijen hem vragen, moet vrij snel beslissen en is niet in staat om uitvoerig feitelijk onderzoek te doen.⁶ Het derde bezwaar is dat van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken. Terugwerkende kracht van regelgeving is elke jurist een gruwel, maar ze is merkwaardig genoeg inherent aan vonnissen. Natuurlijk kan de rechter zelf voor iets van overgangsrecht zorgen, maar dat gebeurt toch maar zelden. In het burgerlijk recht kennen we het befaamde arrest Boon/Van Loon, waarin de datum waarop het arrest werd gewezen als beslissend werd aangemerkt: huwelijksgeenschappen van voor en van na het arrest.⁷ Een variant daarop is de *prospective overruling*: omgaan voor de toekomst.⁸ In het belastingrecht lijkt dat vaker voor te komen.⁹

Al deze argumenten – en er zijn er veel meer¹⁰ – krijgen een extra lading als de rechter moet beslissen over zogenaamde politieke kwesties. Velen zijn het erover

4 HR 28 februari 1992, RvdW 1992, 72.

5 T. Koopmans benadrukt vooral het aspect van de verantwoording, preadvies voor de NJV 1992: 82/3.

6 Zie daarover uitvoeriger, in een vergelijking van de mogelijkheden van respectievelijk de wetgever en de rechter, J.M. Polak, *De rechter als dictator?*, RAIO-bundel, Lochem 1987: 22 e.v. Idem, tezamen met M.V. Polak, *Netherlands International Law Review*, 1986: 404.

7 HR 17 november 1981, NJ 1982, 503. Zie over deze problematiek nader M.V. Polak, *RM Themis*, 1984: 228 e.v.

8 Zie daarover kritisch de noot van Heemskerk onder Boon/Van Loon.

9 Zie bijvoorbeeld HR 18 december 1991, BNB 1992, 181. De HR overwoog daar: “Aan het vertrouwen dat belanghebbende mocht koesteren dat het door haar toegepaste stelsel met goed koopmansgebruik in overeenstemming was, wordt op redelijke wijze tegemoet gekomen, indien haar wordt toegestaan dit stelsel te blijven volgen met betrekking tot vorderingen die voortvloeien uit kredietovereenkomsten die vóór 1 januari 1993 tot stand zijn gekomen.” Vgl. bijv. ook HR 13 november 1991, BNB 1992, 109.

10 Polak (1987: 26) wijst bijv. op de symboolfunctie van de wet; op het feit dat de wet het van het vonnis wint uit een oogpunt van presentatie en voorlichting, en dat de rechter de naleving van zijn regelgeving niet in het oog kan houden en kan ingrijpen als het fout gaat.

eens: het is niet goed als de rechter zich in een *politieke* rol laat drukken. In het slot van zijn afscheidsrede zei de oud-president van de HR, Feber, het aldus:

“Door de rechter ... hoe dan ook in de politieke sfeer te betrekken, snijdt men in eigen vlees, en ondermijnt men het gezag, de imago, van een instantie tot welke *ieder* zich in vertrouwen moet kunnen wenden, vandaag *deze*, morgen *gene*. Men miskent dan het wezen van het rechterschap als de derde, onafhankelijke, macht in de staat.”¹¹

Niettegenstaande al deze bedenkingen tegen de rechter als wetgever/plaatsvervanger, valt er natuurlijk ook wel iets goeds te zeggen. Regelgeving door de rechter heeft ook voordelen. Barendrecht heeft er in zijn preadvies veel vertrouwen in. Hij wijst erop dat rechterlijke rechtsvorming de mogelijkheid van een geleidelijke ontwikkeling biedt. Het zou een goede methode van meting van de stand van de maatschappelijke discussie zijn:

“Deze methode kan vooral ook zijn diensten bewijzen op momenten dat die discussie nog onvoldoende is uitgekristalliseerd. Het is dan vaak politiek onmogelijk om tot wetgeving te komen. Dat wordt wel gezien als onmacht van de politiek, maar men kan het ook beschouwen als een zinnige taakverdeling. De rechter kan tastend en zoekend op zoek gaan naar de juiste norm. Zijn voorlopige beslissing kan als katalysator dienen voor de maatschappelijke discussie. De wetgever kan van deze kennis profiteren en een betere meting verrichten wanneer de discussie verder is gevorderd.”¹²

Bij de totstandkoming van het nieuwe BW bleek de wetgever inderdaad bepaalde controversiële onderwerpen liever aan de rechter over te laten, denk aan de ‘gegaste uien-problematiek’, de ‘afgebroken onderhandelingen’ of de onrechtmatige overheidsdaad.

De vraag die ik te beantwoorden kreeg, was die naar de politieke rol van de burgerlijke rechter. Als de rechter zich beter niet met politieke kwesties kan inlaten, dan ligt het voor de hand om op zoek te gaan naar het wezen van een politieke kwestie. Wanneer is een kwestie een politieke?

2 WAT IS POLITIEK?

Politiek kan worden verstaan als het wetgevende *proces* en als het *produkt* van wetgeving. Zien we politiek als proces, dan gaat het om een beleidsactiviteit

¹¹ G.H.A. Feber, Afscheidsrede, *NJB*, 1970: 414.

¹² J.M. Barendrecht, preadvies voor de *NJV* 1992: 137. Ik ben zelf iets minder enthousiast. Wel is het zo dat bijvoorbeeld de euthanasierechtspraak een ondersteuning vormt voor het optimisme van Barendrecht.

waarmee men poogt sociaal-politieke doeleinden te realiseren.¹³ De Engelse auteur Bell spreekt over politiek als "an exercise of power giving direction to society."¹⁴ Waar een rechtsautoriteit (de wetgever of de rechter) keuzes maakt, daar geeft hij richting aan de samenleving en bedrijft hij politiek. Het zal dan wel moeten gaan om beslissingen die uitstijgen boven het pure conflict tussen twee individuen: de uitspraak van de rechter moet *toekomstige* zaken kunnen beïnvloeden. Dan is er politiek als produkt: de wetten en regelgeving die voortvloeien uit het politieke proces. Daarnaast heeft politiek nog andere betekenissen, soms zelfs met een pejoratieve connotatie: waarin politiek als synoniem van konkelen wordt gezien. Ook spreken we wel van partijpolitiek of van landspolitiek. Of mensen beschouwen die zaken als politieke zaken waarover in de samenleving een diep verschil van mening bestaat, of waarin ideële vragen centraal staan. In die zin zijn er natuurlijk kwesties die we met recht politiek mogen noemen. Ik geef er een: de Stichting Verbiedt de Kruisraketten tegen de Staat.¹⁵ Inzet was de omstrede plaatsing van de kruisraketten. Aan de rechter werd ondermeer gevraagd om dat onrechtmatig te verklaren. A-G Mok vond dat geen zaak voor de rechter: "De beoordeling of de door de NAVO gehuldigde afschrikingsstrategie een effectief en redelijk middel is om de vrede te bewaren, is van politieke aard en is daarom niet aan de rechter."¹⁶ Andere voorbeelden zijn nog wel eens te vinden in het personen- en familierecht, zoals de zaak waarin aan de rechter werd verzocht om het huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken.¹⁷

Politieke vragen worden aan de burgerlijke rechter misschien vaker voorgelegd dan we vaak geneigd zijn te denken. Denk aan het stakingsrecht, aan de ontslagbescherming, het 'krakersrecht', transseksualiteit.¹⁸ Of denk aan art. 6:168 BW, dat bepaalt dat de rechter een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, kan afwijzen omdat die gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. Zo'n afweging kan de rechter gemakkelijk in politiek vaarwater brengen. Het zijn verder ook de open normen in ons BW die de rechter kunnen dwingen om politiek te bedrijven. Het wemelt

13 J.J.H. Bruggink, *Op zoek naar het recht*, Groningen 1990: 150 e.v. Zie uitvoerig het preadvies van M.G. Rood voor de NJV 1975: 10 e.v.

14 John Bell, *Policy arguments in judicial decisions*, Oxford 1983: 6 e.v.

15 HR 10 november 1989, NJ 1991, 248 (P.H. Kooijmans).

16 NJ 1991, 1026, rk. De HR achtte de plaatsing van kernwapens op Nederlands territorium niet strijdig met het internationale recht.

17 HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 129; de uitspraken van Hof en rechtbank zijn gepubliceerd in NJ 1989, 871.

18 De vraag was of de vermelding van het geslacht in de geboorteakte achteraf kon worden gewijzigd, HR 13 december 1973, NJ 1975, 130 en HR 3 januari 1975, NJ 1975, 187. Zie nader Polak, 1987: 17 e.v.

in ons nieuwe wetboek van die open normen: redelijkheid en billijkheid, verkeersopvattingen, maatschappelijke betamelijkheid, onaanvaardbaar, enzovoort. In zoverre is ons BW – trouwens het oude zowel als het nieuwe¹⁹ – een lusthof voor de autonome rechtsvinder.²⁰ De rechter heeft een grote vrijheid, zolang hij maar binnen het systeem van het wetboek blijft. Ook al gaat het – zoals Wiarda schrijft – om de duiding van een in beginsel heteronoom gegeven, zoals dat is neergelegd in de wettekst, in de wetsgeschiedenis, in de rechtsgeschiedenis, in de wetssystematiek, en in de beginselen waardoor de wetgever zich heeft laten leiden.

Een van de meest ruime omschrijvingen van politiek lijkt me die van Bell in zijn boek *Policy arguments in judicial decisions*. Ik noemde die omschrijving al: “giving direction to society.” Soms, bijvoorbeeld in het aansprakelijkheidsrecht, vloeit de politiek in die betekenis de rechter als het ware ongemerkt uit de pen. Denk aan de zaak van het prikpatiëntje: de uitspraak dat het ziekenhuis onzorgvuldig handelt door geen opvang paraat te hebben, is een uitspraak waarin richting wordt gegeven aan de samenleving.²¹ In die zin is het een politieke uitspraak. Toch doet de rechter niet veel meer dan, binnen de maatschappelijke context, een invulling geven aan een open norm. In het aansprakelijkheidsrecht zijn daarvan heel veel voorbeelden te geven.

Soms wordt er meer gedaan dan invulling geven aan een open norm en rukt de rechter aan de kettingen die hem binden aan het systeem van het burgerlijk recht. Een sprekend voorbeeld daarvan vond ik onder het oude BW de jurisprudentie van de HR inzake vernietigde overheidsbeschikkingen, waar in feite het schuldvereiste uit het traditionele rijtje van vijf vereisten voor aansprakelijkheid werd geëcarteerd.²²

In beide gevallen bedrijft de rechter politiek in de betekenis van Bell: er wordt richting gegeven aan de samenleving. Meteen wordt dan ook duidelijk dat men eigenlijk *niets zegt* als men het woord politiek laat vallen in de buurt van een civilist. Alles is politiek, sprak Kuitert al, en als dat zo is, dan kan de civilist achteloos voorbijgaan aan het klassieke probleem van de trias politica: dat van de rechter op de stoel van de wetgever.

Nu zou men kunnen zeggen dat politiek op die manier veel te ruim wordt opgevat. Bij politieke zaken zijn we geneigd aan kruisraketten, stakingszaken, euthanasie

19 W. Snijders wijst daarop nog eens nadrukkelijk, in: *De rechter als dictator?*, 1987: 140/1.

20 In de rechtsvindingsliteratuur wordt wel het onderscheid gemaakt tussen heteronome en autonome rechtsvinding. Zie nader G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle 1988. Zie ook de bijdrage van Ch.J. Langereis in deze bundel.

21 Nogmaals: in werkelijkheid was de beslissing uiteindelijk een andere.

22 Te beginnen met HR 26 september 1986, NJ 1987, 253; Hoffmann-La Roche; thans dogmatisch onder te brengen onder art. 6:162 lid 3. Zie kritisch een artikel samen met J. Spier in de bundel *Recht Vooruit*, Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW, Deventer 1988: 167 e.v. Recent: HR 31 mei 1991, RvdW 1991, 143; Van Gog/Nederweert.

of abortus, sommige vragen van personen- en familierecht te denken; kortom aan vragen waar politieke partijen een issue van maken.²³ Drion verstond onder politieke vragen, die vragen die in de samenleving op een gegeven moment als 'controversieel' worden beschouwd.²⁴ Daarvan lijkt geen sprake in zo'n doorsnee civiele zaak als die van het prikpatiëntje. Maar dat is toch schijn: het gaat in die zaak ook om een afweging tussen enerzijds de kans op letselschade bij een patiënt en anderzijds om de kosten om die letselschade te voorkomen (preventiekosten). Immers, het al dan niet bestaan van een mogelijkheid om schade te voorkomen (extra personeel bijvoorbeeld), bepaalt in belangrijke mate het antwoord op de vraag of het ziekenhuis onrechtmatig heeft gehandeld. En wie het over preventiekosten heeft, die heeft het uiteindelijk over de kosten van de gezondheidszorg: bij uitstek een politiek en controversieel issue.

Maar, zo zal men tegenwerpen, het moet toch gaan om vragen over hoe onze samenleving eruit behoort te zien. Bloembergen schreef het in zijn noot onder het fluorideringsarrest: zaken zijn ook politiek "omdat er essentiële waarden in het geding zijn."²⁵ En inderdaad, de vraag of twee mannen of twee vrouwen met elkaar kunnen trouwen, is onmiskenbaar een politieke vraag binnen het burgerlijk recht. Toch lijkt me de vraag: essentiële waarden of niet? als onderscheidend element, laat staan als criterium, te vaag en daarom slecht werkbaar.²⁶ Ook in de zaak van Pascale komt een essentiële waarde aan de orde, namelijk de lichamelijke integriteit van het meisje afgewogen tegen financiële bezwaarlijkheid om lichamelijk letsel te voorkomen.

3 EEN ANDERE BENADERING

Met de mededeling dat de rechter zich niet met politiek moet bezighouden, komen we niet veel verder. Ik zou daarom het probleem van de politieke rol van de rechter eens van een heel andere kant willen benaderen. Als het dan vrij vruchteloos is om politieke zaken zodanig te omschrijven dat er een grens ontstaat tussen enerzijds het terrein van de wetgever en anderzijds dat van de rechter, laten we ons dan eens in de jurisprudentie storten en kijken in welke zaken de rechter zelf vond dat hij voor een vraag werd geplaatst die beter door de wetgever kon worden beantwoord. We zijn dan af van het woord politiek en richten ons volledig op de vraag van welke zaken de rechter wenst te abtineren, en waarom. Wat

23 De term was van Koopmans; zie nader zijn bijdrage in deze bundel.

24 Controversieel, en ofwel de overheid aangaan, ofwel juist controversieel zijn terzake van de vraag of zij de overheid aangaan; *Geschriften van H. Drion*, Deventer 1982: 378.

25 A.R. Bloembergen, onder HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386.

26 Zie ook J. Leijten, *Wie komt daar uit zijn hokje?*, over civiele rechtspraak en haar grenzen, *RM Themis*, 1974: 698 e.v., die aan de hand van een aantal criteria van Justice Brennan probeert te komen tot een omschrijving van wat een *political question* is. Uitvoerig ook Koopmans in deze bundel.

zou het mooi zijn als we een catalogus van gezichtspunten konden vinden, aan de hand waarvan een rechter vervolgens kan nagaan of een bepaalde zaak er een voor hem, of een voor de wetgever is.

Ik heb mij bij mijn onderzoek laten leiden door Snijders, die waarschuwde voor het gevaar dat men zich in de discussie over grenzen van de rechterlijke bevoegdheid concentreert op een theoretische discussie over die grenzen, in plaats van op de praktische moeilijkheden waarom het bij een redelijke afgrenzing in de eerste plaats gaat.²⁷ Ik ben dus op zoek gegaan naar gevallen waarin de rechter tot de slotsom komt dat hij een bepaalde kwestie moet 'laten' aan de wetgever. Daarbij heb ik me, vanwege de tijd die ik voor dit onderzoek beschikbaar had, vooral geconcentreerd op rechtspraak van de HR. In een aantal zaken heeft de HR geoordeeld, *niet* dat bepaalde zaken te politiek waren, maar dat de kwestie buiten de rechtsvormende taak van de rechter valt.

Nu vormen zaken waarin de rechter terughoudend is en een vraag doorschuift naar de wetgever maar een kant van de medaille. Het beeld op de andere kant is veel lastiger te onderscheiden: zaken waarin de rechter blijkbaar van mening was dat zij voor hem waren en niet voor de wetgever. Want de Nederlandse rechter zal, anders dan bijvoorbeeld zijn Angelsaksische collega, nooit iets overwegen in de trant van: "ik heb nog wel even gearzeld, maar ik ben tot de conclusie gekomen dat de voorliggende vraag inderdaad door mij beantwoord moet worden." En toch zijn ook die zaken van groot belang om vast te kunnen stellen waar de taakuitoefening van de rechter overloopt in die van de wetgever. Ik kan niet anders dan erkennen dat de keuze van die gevallen arbitrair, lapidair en persoonlijk is.

Op zoek naar een catalogus ben ik ook te rade gegaan bij dat interessante fenomeen binnen de rechtsvinding van de laatste twintig jaren, dat van de *anticipatie*. Vooral civilisten hebben te maken gehad met vragen van anticipatie: moet de rechter bij de beslechting van een geschil rekening houden met het nog niet van kracht zijnde nieuwe BW, of moet hij het nieuwe BW laten voor wat het is en de zaak gewoon naar oud recht beslechten? Rechtsvinding door anticipatie is tot een leerstuk uitgegroeid. Men heeft lijnen proberen te trekken uit tal van zaken waarin de rechter nu eens wel, dan weer niet en soms een beetje wilde anticiperen op het nieuwe recht. Lijnen trekken om enig houvast te vinden, is precies wat ook ik wilde doen. Sommige vuistregels uit het anticipatieleerstuk bleken ook bij mijn onderwerp behulpzaam te kunnen zijn. Nu eens geen vuistregels om er achter te komen of de rechter mag anticiperen of niet, maar vuistregels om hier-

²⁷ Snijders, 1987: 146.

achter te komen: is dit een zaak voor de rechter of voor de wetgever?²⁸ Waar vindt de rechter de grenzen van zijn rechtsvormende taak? Daarom nu een aantal *topoi*.

4 WIE IS AAN ZET? TWAALF GEZICHTSPUNTEN

1 Toewijzing zou in strijd komen met het stelsel van de wet

Toewijzen kan in strijd komen met het stelsel van de wet. Met dit gezichtspunt zou ik willen beginnen. Zou een uitspraak van de rechter het stelsel waarop het burgerlijk recht (of delen daarvan) is gefundeerd op losse schroeven zetten, dan zal hij daarin een aanwijzing vinden dat hij terughoudend moet zijn. Ik geef een voorbeeld: Jansen maakt f 2.000 over naar een ander. Per ongeluk vult hij een verkeerd gironummer in en het geld komt op de rekening terecht van een willekeurige derde. Nu wordt die derde een dag later failliet verklaard. De curator is blij met iedere gulden aan activa en dus helemaal met f 2.000. Jansen weet niet wat hem overkomt en vordert voor de rechter zijn geld terug. Hoe zuur ook, terugbetaling van die f 2.000 komt in strijd met een van de gulden regels van ons faillissementsrecht, de *paritas creditorum*. Zou de rechter niettemin oordelen dat Jansen zijn geld terug moet krijgen, dan zet hij daarmee een deel van ons burgerlijk recht op losse schroeven.

Een voorbeeld waarin de HR terughoudendheid betrachtte, betrof een nogal weinig opwindend civielrechtelijk geschil. De vraag was of conservatoir derdenbeslag ten dienste staat aan een erfgenaam jegens een medeërfgenaar die een aan inbreng onderworpen voordeel zou hebben genoten, of die tot de boedel behorende goederen dreigt weg te maken. In de heersende leer heeft hij die mogelijkheid tot conservatoir beslag niet. Het gaat namelijk niet om bewaring van een recht uit een geldvordering, maar om afgifte van een geldsom. De HR voelt mee met de erfgenaam, maar daarmee houdt het ook op:

“Het is stellig wenselijk ook ten aanzien van dergelijke vorderingen tot afgifte bewaring van recht door middel van beslag mogelijk te maken, maar in de ter zake in het huidige recht bestaande leemte kan slechts door wetswijziging worden voorzien.”²⁹

Ik verklaar deze niet nader gemotiveerde terughoudendheid aldus, dat toewijzing in strijd zou komen met het systeem van het beslagrecht.

Overigens moeten we niet vergeten dat de HR in het arrest Quint/Te Poel een extra dimensie gaf aan de civielrechtelijke rechtsvinding door te bepalen dat “in gevallen

28 Bij het afronden van mijn schriftelijke versie kon ik ook iets van gezichtspunten ontlenuen aan de preadviezen rond het toetsingsrecht. Ook daar kwam de vraag aan de orde wanneer de rechter al dan niet terughoudend moet zijn; T. Koopmans & J.M. Barendrecht, preadviezen voor de NJV 1992.

29 HR 9 november 1990, NJ 1992, 212.

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 wèl in de wet geregelde gevallen.³⁰ Wiarda geeft een voorbeeld van de toepassing van deze rechtsvindingsregel. Het ging om de voogdijvoorziening over Nederlandse kinderen na een in het buitenland uitgesproken echtscheiding. In dat geval werd een leemte in de wet aangevuld.³¹ Maar men realiseerde zich dat de rechter dan toch *per definitie* blijft binnen het stelsel van de wet.

Soms ook gaat het niet om een duidelijke wettekst, maar om duidelijke rechtspraak die noopt tot terughoudendheid. In 1988 werd de HR een vraag voorgelegd die wij in het gewone spraakgebruik niet politiek zouden noemen, maar die wel enig zicht geeft op de afbakening van taken tussen de wetgever en de rechter.³² Voor een faillissement zijn ten minste twee schuldeisers nodig. De vraag was of dat er ook één mocht zijn. De HR verwees naar de vaste rechtspraak; en ook A-G Van Soest en reeds eerder A-G Franx en annotator Van der Grinten vonden een dergelijke verandering toch veeleer een taak voor de wetgever. Van der Grinten was categorisch: "Ik verwacht niet, dat de HR zal terugkomen op zijn rechtspraak. Ik zou dit ook niet willen bepleiten. In een rechtsstelsel als het onze, is het in het algemeen niet de taak van de rechter, doch de taak van de wetgever om het stelsel te wijzigen."³³ Van der Grinten wees nadrukkelijk op een verandering van het "stelsel", maar voegde daar ook "in het algemeen" aan toe.

Het stelsel van de wet levert geen 'absoluut gezichtspunt' op. Daarnaast kunnen ook andere gezichtspunten op terughoudendheid wijzen. Zo wees Franx op de verschillende keuzes die hier kunnen worden gemaakt (zie hierna onder 3). Ook recente en duidelijke uitspraken van de wetgever over een bepaalde kwestie kunnen reden tot terughoudendheid zijn.³⁴

2 Toewijzing komt in strijd met een duidelijke regel in de wet

Ondanks alle open normen, mogen we niet vergeten dat de wet ook nog wel eens zonnklaar is. Ook dan zal de rechter terughoudend zijn. Allesbeslissend is de tekst van de wet natuurlijk niet. Heel duidelijk bleek dat uit het arrest Marings boerderij.³⁵

Maring had een brandverzekering van f 350.000 afgesloten voor zijn boerderij. In de polis werd niet vermeld of de waarde van de boerderij op het moment van de brand zou worden vergoed, of de herbouwwaarde (ook wel de nieuwbouwwaarde). Op een kwade dag werd de boerderij grotendeels verwoest. De schade bedroeg

³⁰ HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

³¹ HR 17 mei 1962, NJ 1964, 416.

³² HR 22 juli 1988, NJ 1988, 912; eerder reeds kwam diezelfde vraag aan de orde in HR 22 maart 1985, NJ 1985, 548.

³³ Van der Grinten onder HR 22 maart 1985, NJ 1985, 548.

³⁴ Zie HR 27 juni 1986, NJ 1987, 2; kosteloze dienstverlening door een notaris.

³⁵ HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339; brandverzekering.

f 215.000 als men uitging van de waarde ten tijde van de brand en f 310.000 als men uitging van de herbouwwaarde.

De verzekeraar koos voor het eerste, Maring had een kennelijke voorkeur voor het tweede. De verzekeraar beriep zich op art. 288 en 289 K. waarin het verboden werd verzekeringsovereenkomsten te sluiten tegen een bedrag dat driekwart van de herbouwkosten te boven ging. De ratio achter deze bepaling was duidelijk: de verzekerde mocht er door de brand niet beter op worden, want dan zou hij in de verleiding kunnen komen de brand zelf te veroorzaken.

De HR oordeelde in een vrij uitvoerig gemotiveerd arrest dat ondanks de duidelijke woorden van de wet, Maring toch in het gelijk moest worden gesteld. De wettekst was, aldus de HR, in onbruik geraakt. Dus, hoewel een duidelijke wettekst een sterke aanwijzing biedt om terughoudend te zijn, is zij nog niet allesbeslissend. En vanzelfsprekend wordt toewijzing gemakkelijker naarmate een regel minder apert is.

Er is nog een ander voorbeeld. Ingevolge art. 1:235 lid 1 BW kon aan een minderjarige die achttien was geworden, op zijn verzoek door de kantonrechter handlichting worden verleend. De minderjarige kan dan zelfstandig het beheer voeren over inkomsten en uitgaven en overeenkomsten aangaan. Nu bepaalde lid 2 van het artikel dat de handlichting niet wordt verleend als de ouders daartegen bezwaar maken. De HR bleek aan dat laatste niet zwaar te tillen:

“...dat, mede gelet op de huidige maatschappelijke opvattingen omtrent de positie van minderjarigen die achttien jaar of ouder zijn, niet kan worden aangenomen dat een door de rechter ... onredelijk geachte weigering van de ouders, hem zou beletten van zijn in art. 235 lid 1 genoemde bevoegdheid gebruik te maken.”³⁶

Annotator Luijten bromt:

“Het respect voor de wet neemt niet toe, als men voor de gehandhaafde tekst: ‘Zij kan niet worden verleend tegen de wil van de ouders...’ dient te lezen: ‘Zij kan ook worden verleend tegen de wil van de ouders, indien hun weigering onredelijk is’.”³⁷

Zoals vaker bij Luijten, een uitdrukkelijk pleidooi voor terughoudendheid. Wat kunnen de argumenten van de HR zijn geweest om zo royaal met de tekst van de wet om te springen? Eén argument wordt genoemd: de huidige maatschappelijke opvattingen. (Zie onder 6.) Andere argumenten blijven ongenoemd, maar zullen naar ik meen hebben meegeteld: toewijzing dwong de HR niet tot het maken van nadere keuzes (zie onder 3) of tot het nader vorm geven (zie onder 4).

³⁶ HR 13 maart 1987, NJ 1988, 190.

³⁷ In zijn co-referaat bij de voordracht waaruit deze bijdrage voortvloeit, merkte J.L. de Wijckersloot niet ten onrechte op dat de uitspraak ook kan worden gezien als een toepassing van ‘misbruik van recht’. In dat geval is de uitspraak van de HR natuurlijk veel minder opzienbarend.

3 *Toewijzing dwingt de rechter tot het maken van een nadere keuze uit verschillende mogelijkheden*

Soms worden mannen achtergesteld bij vrouwen. Buitenlandse vrouwen die trouwden met Nederlandse mannen verkregen de Nederlandse nationaliteit, maar omgekeerd was dat niet zo. Dat, zo werd betoogd, is in strijd met art. 26 IVBP. Nu is het met ongelijkheid zo, dat je altijd twee kanten opkunt: je kunt de mannen in een gelijke positie met de vrouwen brengen, of de vrouwen in een gelijke positie met de mannen. Dat leidt ertoe, aldus de HR

“dat het in de wet [op het Nederlanderschap; cs] neergelegde verschil in behandeling, gezien de aard van het recht, in redelijkheid ook op een 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 ... geval is het aan de wetgever, te bepalen op welke wijze het best aan het beginsel van art. 26 Verdrag kan worden voldaan.”³⁸

Behalve de keuze om het voor buitenlandse vrouwen aantrekkelijke regime af te schaffen, waren er inderdaad nog andere mogelijkheden. Een van die mogelijkheden, namelijk een versoepelde naturalisatieregeling voor mannen en voor vrouwen, was op dat moment aanhangig bij de Eerste Kamer. Het maken van een keuze valt niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter. Wel laat de HR met zijn verwijzing naar ‘de aard van de daarbij betrokken belangen’ nog enige ruimte.³⁹

Net zo ging het, toen de HR moest oordelen over de volgende kwestie. Een samenwonend stel wilde dat hun tweeling door de vader zou worden erkend, maar de naam van de moeder zou krijgen. Er was één probleem, namelijk dat zoiets in strijd was met art. 1:5 BW. A-G Moltmaker vreesde in zijn conclusie dat de gevolgen bij terzijdestelling van art. 5 niet te overzien zouden zijn, ook al was art. 5 zijns inziens in strijd met het verdragenrecht (art. 8 en 14 EVRM, art. 26 IVBP).

Nadat de HR had vastgesteld dat art. 1:5 BW in strijd was met het IVBP, oordeelde het college dat ook hier een keuze mogelijk is uit tal van oplossingen. Bij de vraag, zo vervolgde de HR,

“welk stelsel [van naamkeuze] de voorkeur verdient [zijn] uiteenlopende belangen van praktische en meer principiële aard betrokken, die zowel het bestuur als de onderlinge verhouding tussen de burgers raken en met het oog waarop ook uitwerking in administratieve uitvoeringsmaatregelen vereist zal zijn.”⁴⁰

Daarop wees de HR het verzoek van het samenwonende stel af met een overweging die werd overgenomen uit het zojuist besproken arrest van 1985: het valt buiten

38 HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230.

39 Zie Van der Grinten in zijn noot onder het arrest.

40 HR 23 september 1988, NJ 1989, 740.

de rechtsvormende taak van de rechter en het is aan de wetgever om te bepalen op welke wijze het best aan het beginsel van art. 26 kan worden voldaan. Beide uitspraken van de HR liggen voor de hand. Niettemin zal het wel eens vaker voorkomen dat een rechter, nadat hij een vordering gegrond heeft verklaard, voor een keuze komt te staan. Heel opmerkelijk zijn in dat verband de zogenaamde 'voorjaarsbeschikkingen' van de HR. De vraag was of, tegen de achtergrond van de art. 8 en 14 EVRM, de ouderlijke macht kan toekomen aan ouders die weliswaar tot hun minderjarige kinderen in familierechtelijke betrekking staan, doch niet of niet meer met elkaar zijn gehuwd.⁴¹ Men denke aan natuurlijke kinderen van ongehuwde ouders of aan wettige kinderen van gescheiden ouders. De rechtbank was nog van oordeel

“dat het tot de taak van de wetgever behoort en niet tot de taak van de rechter om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden de juridische relatie tussen ongehuwde ouders en hun kinderen op dezelfde wijze moet worden geregeld als de relatie tussen gehuwden en hun kinderen.”

De HR vond deze kwestie niettemin een kolfje naar zijn hand en geeft een opmerkelijk gedetailleerde regeling om die ouderlijke macht mogelijk te maken. Hij had natuurlijk eenvoudiger kunnen abtineren. De Vries merkte op dat de HR wel “een hele kolom in Rechtspraak van de Week nodig heeft voor de voorzieningen om de toepassing van de ouderlijke macht mogelijk te maken.”⁴² Het kost daarom ook veel moeite om deze uitspraak in mijn catalogus van vuistregels onder te brengen (zie ook hierna).

Nog een – ditmaal vermogensrechtelijk – voorbeeld betrof de vraag of in een faillissement de failliet moest worden gehoord over het vaststellen van het salaris van de curator. De failliet beriep zich daarbij op art. 6 EVRM. De HR overwoog dat regelgeving op dit punt zijn rechtsvormende taak te buiten ging, met name “nu hier verschillende mogelijkheden openstaan, [en] elk van deze mogelijkheden nadere regelgeving zou eisen...”⁴³

Overigens is het goed mogelijk dat bij lang treuzelen van de wetgever, de rechter uiteindelijk het recht in eigen hand neemt. Zo heeft bijvoorbeeld de Centrale Raad van Beroep in een aantal gevallen er de voorkeur aan gegeven de wetgever enige tijd te laten om te komen tot een wetswijziging. Maar, zo blijkt uit de rechtspraak van het college, op een gegeven moment is het op.⁴⁴ Minder terughoudend is hier Barendrecht. Hij wijst op het voorlopige en soms zelfs experimentele karakter

41 HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585-587.

42 L. de Vries, De HR als pseudo-wetgever, *NJB*, 1986: 1117. Kritisch is ook Luijten in zijn *NJ-noot*.

43 HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213.

44 Zie daarover A.F.M. Brenninkmeijer, De taak van de rechter in het sociale zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht, *Sociaal Recht*, 1988: 36 e.v.

van rechterlijke rechtsvorming: "Indien de wetgever, nadat de rechterlijke oplossing in de praktijk is toegepast, deze rechterlijke oplossing niet langer wenst te aanvaarden, kan hij deze altijd door een andere vervangen."⁴⁵ Zijn benadering heeft iets weg van wat in het fiscale recht gewoner is dan in het civiele recht: de rechter en de wetgever, in een vlotte partij, aan weerszijden van het net.

4 *Er bestaat een duidelijke samenhang met andere bestaande regels die in de procedure niet aan de orde zijn*

Dit is een regel die kan worden afgeleid uit het anticipatie-leerstuk.⁴⁶ Daar geldt als vuistregel dat als een nieuw BW-artikel moet worden gezien in samenhang met of tegen de achtergrond van een of meer andere nieuw BW-bepalingen, de rechter terughoudend moet zijn met anticiperen.⁴⁷

Een van de bezwaren die aan de rechter als pseudo-wetgever kleven is, dat hem veelal slechts een gedeelte van een meer omvattend probleem wordt voorgelegd. Op zichzelf is dat nog geen reden om een vordering af te wijzen, maar bijvoorbeeld in het personen- en familierecht blijkt hoe oplettend de rechter moet zijn. Terughoudendheid ligt vaak in de rede. Zo verzocht een moeder de rechter haar in de gelegenheid te stellen om staande het huwelijk het vaderschap van haar wettige echtgenoot te ontkennen. Dat is evenwel in strijd met art. 1:198 BW, dat op zijn beurt wellicht weer in strijd is met het art. 8 EVRM. Maar ook al zou er strijd zijn met het verdragenrecht, het valt buiten de rechtsvormende taak van de rechter om voor dit probleem een oplossing te vinden. En dan vervolgt de HR:

"Daarbij dient te worden bedacht dat, zo de mogelijkheid van ontkenning van het vaderschap door de moeder staande huwelijk zou worden geopend, terstond de vraag zou rijzen welke andere beperkingen hier dan zouden dienen te gelden, wil het in het algemeen bestaande, aan de huidige regeling mede ten grondslag liggende belang van het kind bij zekerheid omtrent de afstamming van zijn wettige ouders niet in het gedrang komen. Dergelijke beperkingen zijn dan ook eveneens opgenomen in het bij de Staten-Generaal aanhangige wetsvoorstel Herziening afstammingsrecht..."⁴⁸

Een ander voorbeeld was de zaak waarin de vraag aan de orde was of een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht mogelijk moest zijn.⁴⁹ Het Hof, in het voetspoor van de rechtbank, vond dat geen vraag voor een rechter:

45 Preadvies voor de NJV 1992: 138. Vgl. ook Snijders, 1987: 139 e.v.

46 A.M.J. van Buchem-Spapens, Mon. nieuw BW, A-23, 1986: 48/49.

47 Van Buchem-Spapens, 1986: 48.

48 HR 16 november 1990, NJ 1991, 475.

49 Rb. Rotterdam 5 december 1988 en Hof Den Haag 2 juni 1989, NJ 1989, 871. De HR verwierp het cassatieberoep: HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 129.

“het [is] niet de taak van de rechter ... een dergelijk verzoek te honoreren vanwege de verregaande consequenties die opheffing van het huwelijksverbod zou hebben. Het zou er immers toe leiden dat, buiten de democratische besluitvorming om, eens en voor al wijziging zou worden gebracht in een complexe materie, die gebaseerd is op een in de gehele westerse wereld hecht verankerd, reeds eeuwen bestaand en door velen nog steeds als hoogst vanzelfsprekend beschouwd beginsel dat alleen tussen een man en een vrouw een huwelijk mogelijk is. Hetgeen appellante verlangt is in ons staatsbestel dan ook bij uitstek het terrein van de wetgever.”

Wat die verregaande consequenties betreft, hadden Hof en rechtbank het oog op bijvoorbeeld het afstammingsrecht, het erfrecht en adoptie.

5 Toewijzing dwingt de rechter zijn uitspraak nader vorm te geven

Deze regel houdt verband met het voorafgaande en ook zij kan worden ontleend aan het anticipatie-leerstuk. Daar geldt als een van de vuistregels dat het feit dat op een bepaald terrein nadere regelgeving is vereist, zich in het algemeen verzet tegen anticipatie.⁵⁰ Zoals hiervoor al bleek, komt het nogal eens voor dat de rechter bij toewijzing gedwongen wordt een keuze te maken uit soms totaal verschillende oplossingen. En daar blijft het dan niet bij, want elk van die oplossingen vergt weer nadere regelgeving. Zie de voorbeelden onder 3 genoemd.

Ik geef een voorbeeld dat ik ook al eerder noemde. Het ging om de vraag of in een geval van faillissement de gefailleerde gehoord moet worden met betrekking tot de vaststelling van het salaris van de curator in het faillissement.⁵¹ De HR oordeelde dat noch in het systeem van de wet noch in zijn geschiedenis steun kan worden gevonden voor het horen van de gefailleerde. Maar nu was ook een beroep gedaan op art. 6 EVRM: art. 85 Fw stelt geen beroep open. De HR liet die vraag uitdrukkelijk in het midden en beargumenteerde dat als volgt:

“Het gaat immers de rechtsvormende taak van de rechter te buiten om voor een en ander een oplossing uit te denken, nu hier verschillende mogelijkheden openstaan, elk van deze mogelijkheden nadere regelgeving zou eisen en het aan de wetgever is om voor de onderhavige kwestie een oplossing te kiezen, die in het stelsel van de Faillissementswet kan worden ingepast.”

Ook hier, net zoals in het geval van het naamrecht: op zichzelf is er een schending van het verdrag, maar het is niet aan de rechter die aanspraak te honoreren. Terughoudend zijn, luidt het parool. Luijten wijst er in zijn noot onder de uitspraak terecht op: “een bepaling uit ons familierecht uitschakelen op grond van veronderstelde strijd met verdragsbepalingen betekent enkel een nieuw wit vak

⁵⁰ Van Buchem-Spapens, 1986: 51.

⁵¹ Het betrof een voordracht tot cassatie in het belang der wet, HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213.

[vlak; CS] in ons wetboek creëren." Maar des te opmerkelijker zijn dan de beschikkingen van de HR inzake de ouderlijke macht, waar juist wel heel uitvoerig vorm werd gegeven aan een toewijzing (zie onder 3). Snijders heeft er nog eens op gewezen dat de HR wellicht terughoudender zou zijn geweest als er niet een recente, afgeronde wettelijke regeling van de ouderlijke macht ter beschikking had gestaan, die het bovendien mogelijk maakte om de gevolgen van de uitspraken precies te overzien.⁵²

Ik geef nog een voorbeeld van een geval waarin de rechter terughoudender had kunnen (of misschien zelfs moeten) zijn, juist omdat een toewijzing de rechter zou dwingen zijn uitspraak nader vorm te geven. Een van de klassiekers uit het burgerlijk recht is de fiduciaire eigendomsoverdracht. Het handelsverkeer heeft eigenlijk altijd behoefte gehad aan – wat wij naar nieuw BW zouden noemen – een bezitloos pandrecht: de mogelijkheid om zekerheid te bedingen door een pandrecht te vestigen op roerende zaken van de debiteur. Art. 1198 BW eiste evenwel dat in dat geval de zaken uit de macht van de pandgever (de debiteur dus) moesten worden gehaald. Maar daar had men wat op gevonden.

Heineken's Bierbrouwerij verstreekte aan Pieter Bos, koffiehuishouder te Sneek, als lening een bedrag van f 6.000. Beide partijen kwamen overeen dat Bos, tot zekerheid voor het hem uitgeleende geld, aan Heineken zijn gehele roerende café-inventaris verkocht. Verpanding was niet mogelijk, omdat de caféhouder dan de inventaris buiten zijn macht had moeten brengen (art. 1198 BW). Pitlo schetst het dilemma: "Men zou voor de onaantrekkelijke keuze hebben gestaan: óf een café zonder bier, óf een café met bier, maar zonder tapkast, stoelen en glaswerk."⁵³ De praktijk vond uit deze impasse een uitweg. De caféhouder droeg zijn inventaris aan Heineken in zekerheidseigendom over door middel van een levering *constituto possessorio* met de afspraak dat de brouwerij zich slechts in geval van wanbetaling of faillissement als eigenaar zou laten gelden. Bij beëindiging van de schuld evenwel zou de inventaris weer *brevi manu* aan de caféhouder worden teruggeleverd. De HR ging met deze constructie akkoord.⁵⁴

Juridisch Nederland en haar studenten hebben het geweten: het leerstuk van de fiduciaire eigendomsoverdracht was geboren. Het zou veel te ver voeren hierop in te gaan, maar vast staat wel dat een alternatief voor het verbod van art. 1198 BW eigenlijk nauwelijks door de rechter te behappen was. In een serie van arresten heeft de HR tal van (deel)vragen moeten beantwoorden rond de fiducia. Het leerstuk is achteraf gezien misschien toch een voorbeeld van een geval waar terughoudendheid de rechter had gepast.

Terughoudend was de HR wel in een tweetal arresten die gingen over de vraag of bij transseksualiteit de geboorteakte alsnog kan worden gewijzigd: de rechter

52 W. Snijders, Systematiek en uitleg van het Nieuw BR, *NTBR*, 1992: 86.

53 Pitlo/Brahn, *Zakenrecht*, 1987: 468.

54 HR 25 januari 1929, NJ 1929, 616.

is niet in staat om zo'n wijziging van de akte van de nodige waarborgen te voorzien en met uitsluiting of beperking van terugwerkende kracht vorm te geven.⁵⁵ Ik kom daarop nog terug.

Er is in dit verband nog iets anders. Voor de rechter is het vaak lastig om te bepalen 'hoe ver' hij in de vormgeving van zijn beslissing moet gaan. Moet hij zich beperken tot het concrete geval dat aan hem is voorgelegd, of moet hij – en dat geldt met name voor de HR – een meer algemeen geldende regel geven? In dat laatste geval schuift de rechter dan onmiskenbaar op in de richting van de wetgever. Daar staat tegenover dat de rechtszekerheid met meer algemeen luidende beslissingen vaak gediend is. Een drietal recente arresten zullen die discussie zonder twijfel doen opklaaren.

Zo ging de HR in het milieu-arrest Van Wijngaarden/Staat ver door een vrij algemeen geldende, harde datum te stellen: 1 januari 1975.⁵⁶ Ver ging ook het arrest Ingrid Kolkman, waar de HR in feite een leeftijdsgrens stelde (van 14 jaar). A-G Hartkamp had nog in zijn conclusie aanbevolen geen "strakke leeftijdsgrenzen" te stellen. Dat leek hem "eerder een taak voor de wetgever dan voor de rechter." Nóg verder ging de HR in het arrest IZA/Vrerink,⁵⁷ waarin hij – kort gezegd – oordeelde dat, behoudens overmacht (dat mag men niet vergeten!), een automobilist in ieder geval voor 50% aansprakelijk is voor de schade die een voetganger of een fietser lijdt bij een verkeersongeluk.

Biesheuvel wijst erop dat, anders dan in het al eerdergenoemde milieu-arrest ('1 januari 1975') en – zo voeg ik daaraan toe – anders dan in het arrest Ingrid Kolkman, de HR geen motivering geeft voor die 50%. Biesheuvel lijkt geen tegenstander van de rechter als wetgever/plaatsvervanger, maar is kritisch op het punt van de motivering:

"het motiveringsbeginsel dient meer in zijn constitutionele waarde te worden hersteld: als de Hoge Raad zijn beslissingen niet kan motiveren, overschrijdt hij de grenzen van zijn rechtsvormende taak. Rechtsvorming door rechtspraak moet een randverschijnsel blijven."⁵⁸

Ik ben het eens op het punt van het belang van de motivering. De publieke acceptatie van het verkeersaansprakelijkheidsarrest lijkt dan ook niet zo groot te zijn: "men" spreekt al over het "anti-automobilistenarrest". Toch is het maar de vraag of een uitvoeriger motivering door de HR van zijn arrest veel verschil zou maken. Hier wint, zoals Polak het eerder heeft gezegd, "de wet het van de rechterlijke uitspraak uit een oogpunt van presentatie en voorlichting."⁵⁹ Maar de wens

55 HR 3 januari 1975, NJ 1975, 187 (zie thans art. 1:29a e.v. BW).

56 HR 24 april 1992, RvdW 1992, 121.

57 HR 28 februari 1992, RvdW 1992, 72.

58 M.B.W. Biesheuvel, Randverschijnsel, *NJB*, 1992: 615.

59 Polak, 1987: 26.

van Biesheuvel dat rechterlijke rechtsvorming een randverschijnsel moet blijven, kan, althans wat het burgerlijk recht betreft, slechts als onwerkelijk worden bestempeld.

6 *Er bestaat geen of nog geen consensus; de publieke opinie*

Wat nu als aan de rechter wordt gevraagd te oordelen over een kwestie waarover de meningen sterk uiteenlopen? Men denke aan de deskundigen (parlement, juristen, verzekeraars, artsen, al naar het geval), maar ook aan de gewone burger. Moet dat tot terughoudendheid leiden?

Van Gerven onderscheidt drie situatietypes als het gaat om de rol van de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht.⁶⁰ Het eerste type wordt gekenmerkt door een grote behoefte aan orde en door afwezigheid van belangrijke onderliggende waardeoordelen. Deze regels gaan, aldus Van Gerven, uit van de wetgever en van de uitvoerende macht. De rechter moet de regel 'zonder verdere discussie' toepassen; denk aan het verkeersrecht.

Het tweede type kenmerkt zich door de aanwezigheid van belangrijke, maar voor het ogenblik niet of nauwelijks betwiste waardeoordelen, die overigens wel een verdere uitwerking en ontwikkeling vergen. Het is de wetgever die bij wet algemene rechtsregels uitvaardigt die voldoende interpretatieruimte laten, zodat het voor de uitvoerende of de rechterlijke macht mogelijk blijft aan de wettelijk vastgestelde waardeprioriteiten een soepele uitvoering te geven. De regels dienen een 'open structuur' te bezitten, die ruimte laat aan een 'gestadige ontwikkeling'. Van Gerven wijst erop dat de rechter in dit situatietype een veel creatievere taak heeft dan in het vorige.

"De rechter moet in deze constellatie niet alleen de feitenkwesties beslechten, hij moet ook bij de wet vastgestelde waardeprioriteiten ontwikkelen of aanpassen in het licht van de veranderde attitudes en verwachtingen van de maatschappij waarin hij leeft. Dit kan meebrengen dat hij beslissingen moet nemen omtrent de onderliggende waardeoordelen, zij het in deze hypothese binnen de contouren van de door de wetgever of de regering vastgestelde opties."⁶¹

Het derde situatietype wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van belangrijke waardeconflicten die voor het eerst of als gevolg van het ter discussie stellen van gevestigde waarden zijn ontstaan. Als zich een situatie van dit derde type voordoet, dan moet het formuleren van algemene regels, waarbij de ene fundamentele waarde boven een andere wordt verkozen, zoveel mogelijk worden uitgesteld. De rechter zal, in afwachting van een algemeen geldende wettelijke regel, een oplossing moeten vinden die zo dicht mogelijk bij het concrete geval blijft. De rechter

⁶⁰ Van Gerven, in: W. van Gerven & J.C.M. Leyten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle/Antwerpen 1977: 20 e.v.

⁶¹ Idem: 22.

doet er, in andere woorden, goed aan de vastgestelde prioriteit vooralsnog zo beperkt mogelijk te houden en derhalve een niet te abstracte regel te formuleren.

“Zou het stilzitten van de eigenlijke wetgever evenwel al te lang duren en bijv. te wijten zijn aan een verregaande inefficiëntie van die wetgever, dat staat het het hoogste gerechtshof m.i. vrij om, naar het voorbeeld van de eigenlijke wetgever en aan de hand van de grootst mogelijke consensus in de samenleving, toch een algemene regel te formuleren met een hoge(re) graad van abstractie.”⁶²

Ik besteedde, zij het in het kort, nogal wat aandacht aan Van Gerven omdat zijn indeling misschien kan helpen. Hoe terughoudend moet de rechter zijn als hij moet oordelen over een kwestie waarover geen of nauwelijks consensus bestaat? Vaak zal het in civiele zaken gaan om de beoordeling van maatschappelijk gedrag, om gevallen van het tweede type. En vaak ook zullen de opvattingen over wat *recht* is, uiteenlopen. Maar dat moet op zichzelf voor een rechter geen argument tot terughoudendheid zijn. Als we een volksraadpleging zouden houden over de zaak van het prikpatiëntje of over IZA/Vrerink, dan zou de uitkomst heel wel fifty-fifty kunnen zijn. Toch is het geen beslissend argument, die verdeelde publieke opinie, hooguit een *bijkomende* reden om in een bepaalde zaak terughoudend te zijn.

Interessanter wordt het als de rechter moet oordelen over een kwestie met belangrijke (zoals Van Gerven het noemt) waardeconflicten, de type-drie-gevallen. Ik noem maar wat voorbeelden: de vraag of draagmoederschapscontracten afdwingbaar zijn; of mensen van het gelijke geslacht kunnen huwen, of homoseksuelen kinderen mogen adopteren. Het zal zeker niet zo zijn dat het enkele feit dat de samenleving verdeeld is, *automatisch* tot terughoudendheid van de rechter moet leiden. Afhankelijk van de overige gezichtspunten zal de rechter nu eens terughoudend zijn en dan weer het voortouw nemen. Wat Van Gerven leert is, dat de rechter weliswaar het voortouw kan nemen en toewijzen, maar dat hij ervoor moet waken een al te abstracte regel te formuleren, een regel dus met een al te ruim bereik. Een voorbeeld van dat voorzichtig voorwaarts gaan, is wellicht de jurisprudentie over euthanasie. Daar staat wel tegenover dat een meer abstracte, algemeen geldende regel een grotere rechtszekerheid biedt.⁶³

Verwijzingen naar het al dan niet bestaan van een brede overeenstemming, komen niet zo vaak voor. Een (nogal slap) voorbeeld van terughoudendheid van de HR, is een arrest over de toelaatbaarheid van zogenaamde pakketvergoedingen in het kader van overname van alle aandelen van een NV.⁶⁴ Het betrof hier een sterk

62 Idem: 23.

63 Denk bijvoorbeeld aan de arresten Van Wijngaarden/Staat en IZA/Vrerink.

64 HR 24 september 1976, NJ 1978, 135. De kwestie was of de bestuurder van een NV onrechtmatig handelde jegens andere aandeelhouders als hij voor hemzelf en zijn familieleden zogenaamde pakketvergoedingen bedong in het kader van de overname van alle aandelen

omstreden vraagstuk. Het Hof had zich tegen de toelaatbaarheid van pakketvergoedingen uitgesproken. De HR overwoog evenwel dat

“een zo algemene regel als die waarop het Hof zijn beslissing heeft gebaseerd ... geen grondslag vindt in enig bij of krachtens de wet gegeven voorschrift, terwijl ook niet gesproken kan worden van het bestaan van een duidelijke rechtsopvatting dienaangaande, die het aannemen van een niet in de wet verankerde gedragsregel van zo ingrijpende aard zou kunnen rechtvaardigen.”

Dat bijvoorbeeld een wetsvoorstel in brede kring met instemming is ontvangen is overigens niet beslissend. Ik geef een voorbeeld. Het ging om de vraag of de echtgenote van verzoeker bekwaam is om te getuigen (het ging om een voorlopig getuigenverhoor⁶⁵). Art. 1947 BW hield een verbod tot getuigen in. Het cassatiemiddel probeerde de HR te laten anticiperen op het nieuwe bewijsrecht dat het verbod liet vallen. Het sloot daarbij aan op het gunstige onthaal dat het laten vallen van het verbod in brede kring van de rechtspraktijk had gekregen.⁶⁶ Maar de HR wilde daar niet aan:

“Nu een duidelijke wettelijke regeling omtrent de onbekwaamheid van de echtgenoot om te getuigen bestaat, is er geen plaats deze terzijde te schuiven op de enkele grond dat in een ontwerp van wet een andere regeling is getroffen. Daaraan doet niet af, dat ... dit ontwerp in brede kring met instemming is ontvangen.”

Een zwaarwegend argument voor de HR is kennelijk geweest het feit dat de wet zelf duidelijk was (zie gezichtspunt 2). In zijn terughoudendheid volgde het college zo zijn A-G Van Soest die het in nog algemenere woorden had gezegd: “...waar geldend en komend recht tegenover elkaar staan, is het de wetgever, niet de rechter, die beslist, wanneer het oude recht door het nieuwe wordt vervangen.” Soms wordt het argument van instemming in brede kring wél gehanteerd om het voortouw te nemen. Een voorbeeld zijn weer de lentebeslikkingen van de HR,⁶⁷ waarbij het ging om de vraag of ouders die niet met elkaar waren gehuwd toch de ouderlijke macht over hun kind kunnen krijgen. Ondanks duidelijke strijd met art. 1:161 BW, beantwoordde de HR die vraag bevestigend met een beroep op art. 8 EVRM (zie ook elders in dit artikel). Hij beriep zich, kennelijk ter rechtvaardiging van zijn daadkracht, uitdrukkelijk op de ‘hedendaagse opvattingen’. Een vraag die nog niet is beantwoord, is *hoe* de rechter erachter moet komen hoe de maatschappelijke opvattingen luiden. De burgerlijke rechter wordt steeds

van die NV. Immers die overige aandeelhouders verkregen daardoor voor hún aandelen een lagere prijs.

⁶⁵ HR 27 april 1984, NJ 1984, 513.

⁶⁶ De Rb. Haarlem, 13 juli 1982, NJ 1983, 178, had al vooruitgelopen op die nieuwe wetgeving.

⁶⁷ HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585-7.

voor de taak gesteld acht te slaan op de publieke opinie: wat de maatschappelijke betamelijkheid vergt, hoe de verkeersopvattingen luiden of wat redelijk en billijk is. De rechter moet (althans mede) te rade gaan bij het Nederlandse volk. Heel uitdrukkelijk staat het in art. 3:13 BW: "Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen ..." Een Amerikaan zal zich dan afvragen hoe die Nederlandse rechter erachter komt wat 'men' vindt, zonder gebruik te maken van bijvoorbeeld juryrechtspraak.⁶⁸

Hier wreekt zich een van de handicaps van de rechterlijke rechtsvorming, dat de rechter zich niet zo breed kan oriënteren als voor veel regelgeving noodzakelijk is. Polak wijst daarop:

"Op bijna alle terreinen van regelgeving zijn in ons land belangenorganisaties en adviescolleges werkzaam. Hoewel we wel eens mopperen over de vele tijd die de raadpleging van die instanties vergt, zijn we het erover eens dat de regelgeving niet zonder die raadpleging kan. Daardoor kunnen we aan de weet komen, welke behoeften en wensen er bestaan. (...) De rechter kan geen hearings houden en op onderzoek uitgaan. Hij kan alleen van het zogenaamde deskundigenbericht gebruik maken. Maar dat is, zoals alle middelen van onze stelsels van procesrecht, voor een dergelijk gebruik niet geschikt. Waar haalt hij zijn kennis vandaan?"⁶⁹

Maar moeilijk is het, zeker als het om opvattingen van het Nederlandse volk gaat. In het zuiden van ons land heeft men plezier in een spelletje waarbij "de deelnemers onder een vooraf gedode en geprepareerde gans doorrijden en daarbij proberen de kop van de hals te trekken" (het zogenaamde 'gawstrekke'⁷⁰). Gelukkig waren er ook mensen die daar anders over dachten: in kort geding eiste de afdeling Sittard van de dierenbescherming een verbod. De vraag was of het gawstrekke nog betamelijk in de zin van art. 1401 BW kon worden genoemd. Het Hof Den Bosch vond van niet: het oordeelde dat onder de meerderheid van het Nederlandse volk als norm leeft dat men het dier, voorzover dit in het kader van zijn dienstbaarheid aan de mens mogelijk is, met respect dient te behandelen. A-G Franx is het met het Hof eens, maar de HR wees een verbod af. Zijn uitspraak is, althans in mijn ogen, buitengewoon lastig te snappen, terwijl bovendien veel 'in het midden kan blijven'. Uiteindelijk oordeelde de HR dan toch (in een nogal kreupele overweging die nogal wat tekstuele wijzigingen lijkt te verraden):

"In elk geval kan immers niet worden gezegd dat thans reeds een ongeschreven, door de burgerlijke rechter te handhaven rechtsnorm bestaat volgens welke aan het dier

68 Zie mijn bijdrage in: *Als een goed huisvader* (Nieuwenhuis-bundel), Deventer 1992: 35 e.v.

69 Polak, 1987: 25.

70 HR 2 januari 1987, NJ 1987, 458.

een 'respect' toekomt waarmede niet is te rijmen dat het na zijn dood tot object van een publieke vermakelijkheid wordt gemaakt."

Is het gawstrekke maatschappelijk onbetamelijk of niet? Het zal vaak vooral natte vingerwerk zijn waarbij de rechter toch in hoge mate bij zichzelf te rade gaat. Soms zal naderende wetgeving een indicatie kunnen geven van wat maatschappelijk 'leeft'.

Een voorbeeld van een hele serie uitspraken waarvan men mag betwijfelen of zij aansluiten bij wat de Nederlanders als juist ervaren, vormt de reeds genoemde jurisprudentie waarin de eigen schuld van kinderen en andere zwakken in het verkeer wordt weggepoetst; hoezeer ik het ook met de uitspraken van de HR eens ben. Maar zelfs al zou het Nederlandse volk in meerderheid tegen zijn, het is natuurlijk niet zo dat het oordeel van het Nederlandse volk *beslissend* is. Dat geldt zeker waar belangen moeten worden gewogen, hetgeen bij uitstek een bezigheid is van zowel de wetgever als de rechter.

Maar omgekeerd mag men ook geen genoegen nemen met 'de rechter als dictator', waarbij het Nederlandse volk wordt versmald tot de Nederlandse rechterlijke macht. Het is Wiarda die erop wijst, dat de in het Nederlandse volk levende rechts-overtuigingen of de verkeersopvattingen, de algemene rechtsbeginselen niet meer dan gezichtspunten zijn.

"Hun aantrekkingskracht ligt, dunkt mij, vooral in de omstandigheid dat zij zowel een objectieve als een subjectieve inslag en nooit meer dan relatieve betekenis hebben. Objectief, omdat zij berusten op hetgeen in een bepaalde tijd door allen, althans de meesten of de 'verstandigsten' [een verwijzing naar Aristoteles; cs], voor waar wordt aangezien en dus een zekere consensus vooronderstellen; subjectief omdat er nooit een absolute geldigheid aan kan worden toegeschreven en de rechter er dus naar eigen inzicht uitzonderingen op kan maken."⁷¹

7 Toewijzing leidt tot een duidelijke breuk met het geldende recht; rechtsonzekerheid

Ook deze regel kan men terugvinden als een vuistregel inzake de anticipatie: bij nieuw BW-bepalingen die tot een breuk met het geldende recht leiden, dient anticipatie met grote terughoudendheid te worden toegepast.⁷²

Al heel lang maakt de overheid in het kader van de ruimtelijke ordening gebruik van het privaatrecht. Soms kan zij daarmee hetzelfde bereiken als met het publiekrecht, soms duidelijk méér. Ondanks veel gemopper heeft de rechter de overheid in die privaatrechtelijke weg gesauveerd: dat gebeurde in de zogenaamde twee-wegenleer. In het arrest Kunst- en Antiekstudio/Lelystad kwam de kwestie

⁷¹ Wiarda, 1988: 114.

⁷² Van Buchem-Spapens, 1986: 49.

van de twee-wegenleer en ruimtelijke ordening weer aan bod.⁷³ Het was nogal onzeker wat er zou gebeuren, maar de HR blijkt de overheid, althans op het punt van de ruimtelijke ordening, goedgezind. Een van de argumenten was de maatschappelijke breuk die zou ontstaan met het verleden. Er zijn immers in Nederland vele tienduizenden van dat soort privaatrechtelijke contracten afgesloten. De HR overwoog dat een andere opvatting

“tot het resultaat [zou] leiden dat een algemeen gebruikelijke, reeds tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk opeens door de rechter als ontoelaatbaar zou worden bestempeld, hetgeen met het oog op de zekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerend goed uitermate bezwaarlijk zou zijn.”

Een ander voorbeeld is het arrest inzake pensioenverrekening bij echtscheiding in geval van 'koude uitsluiting'.⁷⁴ De HR wees erop dat het terzijde stellen van de uitsluitingsregel ingrijpende gevolgen zou hebben:

“Dit zou ertoe leiden dat – zonder ander wettelijk aanknopingspunt dan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ... – in een belangrijke groep van gevallen op het tussen partijen overeengekomen huwelijksgoederenregime frequent en stelselmatig een ingrijpende inbreuk zou worden gemaakt.”

Rechtvaardigheid en rechtszekerheid staan vaak op gespannen voet met elkaar.⁷⁵ Veranderingen in de regelgeving kunnen leiden tot rechtsonzekerheid. Naarmate de burger en het bedrijfsleven meer gelegenheid hebben om zich op veranderingen in te stellen, neemt de mate van rechtsonzekerheid natuurlijk af. Nu is het probleem van rechterlijke uitspraken dat zij bijna per definitie onverwacht komen. Bovendien ontberen zij regels van overgangsrecht. Vandaar dat de HR in het zojuist besproken arrest terughoudend was. Toewijzing zou tot grote rechtsonzekerheid leiden.⁷⁶

Een ander voorbeeld. In het begin van de jaren '70 werd de HR tot twee keer toe – in het belang der wet – geroepen zich uit te spreken over de vraag of, in gevallen van transseksualiteit, ook in de geboorteakte het geslacht van de transseksueel kon worden gewijzigd. Het Amsterdamse Hof had daarmee geen moeite gehad: de oorspronkelijke vaststelling van het geslacht moest achteraf als een misslag worden gezien. De HR was het daarmee oneens en beriep zich ondermeer op de “rechtszekerheid, die de registers van de Burgerlijke Stand beogen te bieden, en

73 HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691.

74 HR 5 oktober 1990, NJ 1991, 576.

75 Ofschoon ook het honoreren van rechtszekerheid een eis van gerechtigheid kan zijn G.E. Langemeijer wees daarop: *Recht en rechtsbeschouwing in de tweede helft van de twintigste eeuw*, in: *Vooruitzichten van de rechtswetenschap*, Deventer 1964: 26; Rood (1975: 21) spreekt van een 'schitterende paradox'.

76 Soms kan de rechtsonzekerheid hierin bestaan dat toewijzing talrijke nieuwe vragen oproept.

met name aan de bewijskracht ... die de geboorteakte heeft..."⁷⁷ Alleen de wetgever, zo oordeelde de HR, is bij machte om aanvulling van de registers van de burgerlijke stand mogelijk te maken "onder de nodige waarborgen en met uitsluiting en beperking van terugwerkende kracht." Want vooral het ontbreken van waarborgen en het probleem van de terugwerkende kracht en de rechtsonzekerheid die daardoor zou ontstaan, vormden een probleem. Zo zou bijvoorbeeld de transseksueel achteraf met iemand van hetzelfde geslacht getrouwd kunnen zijn geweest. In een nieuwe regeling heeft de wetgever vervolgens de art. 1:29a e.v. ontworpen, waarin aan beide bezwaren tegemoet kon worden gekomen. In zijn noot onder het tweede arrest toonde Luytjen zich tevreden: een voor de rechtszekerheid 'zeer bevredigend oordeel'.

8 Toewijzing doorkruist wetgeving-in-de-maak

Als een rechter moet oordelen over een kwestie waarover wetgeving in de maak is, dan kan hij vaak twee kanten op. Hij kan terughoudend zijn, omdat de wetgever de zaak nu eenmaal naar zich toe heeft getrokken en hij daarbij geen storende factor wil zijn. Maar hij kan ook, vooruitlopend op die nieuwe wetgeving, toewijzen. Een klassiek voorbeeld is het arrest Lindenbaum/Cohen.⁷⁸

Het ligt voor de hand dat de rechter terughoudend is als hij het risico loopt met zijn rechtspraak het wetgevingsproces te doorkruisen. Dat risico loopt hij natuurlijk sterker wanneer de wetgeving nog door de Tweede Kamer moet worden aangenomen⁷⁹ en minder sterk als het voorstel al bij de Eerste Kamer ligt. Hij loopt het risico ook sterker als de opvattingen, binnen het Nederlandse volk of in het parlement, verdeeld zijn, dan wanneer een voorstel met brede instemming is begroet.

Er is één uitspraak waarin de HR wel heel duidelijk tegen aankomende wetgeving ingaat: de uitspraak van april 1992 inzake art. 21 Interimwet Bodemsanering.⁸⁰ Voorwerp van geschil is al enige tijd de vraag of het relativiteitsvereiste een vereiste is voor de verhaalsaansprakelijkheid.⁸¹ De HR vond in het arrest Staat/Van Amersfoort van wel.⁸² De staat vond van niet, omdat het relativiteitsvereiste zijn verhaalsmogelijkheden nogal beperkt. In een nieuw art. 47 lid 5 Wet bodem-

77 HR 3 januari 1975, NJ 1975, 187.

78 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161.

79 Vgl. HR 16 november 1990, NJ 1991, 475 over het wetsvoorstel Herziening afstammingsrecht, waarvan – aldus de HR – onzeker is of bepaalde beperkingen "bij de verdere parlementaire behandeling zullen worden gehandhaafd, aangevuld of prijsgegeven..."

80 HR 24 april 1992, RvdW 1992, 121; Van Wijngaarden/Staat. Een in essentie gelijk arrest betrof Akzo Resins/Staat.

81 Zie daarover Th. Drupsteen, Relativiteit per 1 januari 1975, *NJB*, 1992: 786 e.v. en nog uitvoeriger G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, diss. RU Leiden, Deventer 1992: 212.

82 HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462.

bescherming wordt het vereiste daarom geschrapt. De HR ging daar dus recht tegen in, maar wel in overeenstemming met zijn eerdere jurisprudentie. Anderzijds is het niet zo dat als er op een bepaald punt wetgeving aan zit te komen, dat automatisch tot *geringe* terughoudendheid zal leiden. Er kunnen immers allerlei andere gezichtspunten zijn die hiertoe dwingen: vooroplopen door de rechter kan tot rechtsonzekerheid leiden of tot overgangsrechtelijke problemen, tot additionele regelgeving nopen, enzovoort. Nadrukkelijk terughoudend was de HR in het arrest De Consumentenbond/Smilde over de collectieve actiebevoegdheid van belangenorganisaties.

“Het betreft hier een materie die de wetgever zich heeft aangetrokken ... reeds door de Tweede Kamer is aangenomen en thans bij de Eerste Kamer aanhangig is. Het zou in verband met de aard van deze materie niet opportuun zijn het wetgevend proces in dit stadium te doorkruisen met een beslissing als door De Consumentenbond gewenst. (...) Ook verder bevat het wetsvoorstel een gedetailleerde en in de parlementaire stukken uitvoerig besproken regeling waarop moeilijk door de rechter vooruitgelopen kan worden.”

Behalve deze uitspraak zijn er meer voorbeelden van terughoudendheid in het licht van naderende wetgeving.⁸³

Tot slot in dit verband: Heemskerk heeft in een noot gewezen op iets dat veel weg heeft van een paradox. Het niet-willen-doorkruisen van het wetgevend proces leidt tot terughoudendheid bij de rechter. Deze terughoudendheid betekent wel dat het wetgevend proces in zo'n geval “vertragend werkt op de rechtsvorming van de rechter en de rechtspraak belemmert.” En dan de paradox: als er geen wetsvoorstel is, of als er zelfs in het geheel nog geen beleidsvoornemens zijn, zou de rechter zichzelf wellicht een grotere vrijheid hebben gegund om tot een ruimere taakopvatting te komen.⁸⁴ Anders gezegd: juist het feit dat de wetgever zich het lot van mensen zoals eiser of verzoeker heeft aangetrokken, werkt tegen hem. Het ging in die zaak om de actiebevoegdheid van consumentenorganisaties, of (in dit geval) de Consumentenbond op eigen naam in rechte kan optreden ter behartiging van een algemeen belang of van een bepaalde groep. Heemskerk wijst erop dat ook zonder uitdrukkelijke anticipatie op komend recht, ontvankelijkheid van de Consumentenbond wel was aan te nemen. Er zijn tal van voorbeelden

83 Terughoudendheid blijkt bijvoorbeeld uit HR 1 juni 1990, NJ 1990, 715, over de bevoegdheid van de rechter een loonvordering te matigen, met name na nietig ontslag; HR 23 september 1988, NJ 1989, 740, over het recht van ouders op keuze van de geslachtsnaam van hun kinderen; HR 16 november 1990, NJ 1991, 475, over de ontkenning van het vaderschap staande huwelijk; en HR 5 oktober 1990, NJ 1991, 576, over pensioenverrekening na echtscheiding bij uitsluiting van huwelijksgemeenschap.

84 Noot onder HR 25 april 1986, NJ 1987, 742; De Consumentenbond/Smilde.

te geven van gevallen waarin weliswaar niet feitelijk, maar wel qua resultaat op komende wetgeving wordt geanticipeerd.⁸⁵

9 Toewijzing leidt tot problemen van overgangsrechtelijke aard

Een van de drie klassieke bezwaren tegen de rechter als wetgever is, dat rechterlijke uitspraken in beginsel terugwerkende kracht hebben. Wetten hebben dat maar zelden. Daarbij komt dat het vaak lastig anticiperen is op rechterlijke uitspraken: ze komen doorgaans onverwacht. Daarentegen is het wel mogelijk om vooraf in te spelen op nieuwe *wetgeving*. Overgangsrecht beoogt de veranderingen soepel te laten verlopen. De invoering van het nieuwe BW laat zien dat een uiterst genuanceerd systeem van overgangsrecht mogelijk is. 'Onmiddellijke werking' mag dan de hoofdregel zijn, maar waar dat onrechtvaardig uitpakt wordt aan het oude recht 'eerbiedigende werking', of aan het nieuwe 'uitgestelde werking' gegeven. Zó'n genuanceerd systeem is in de rechtspraak niet te bereiken. Een voorbeeld van overgangsrechtelijke problemen waarvoor een rechter kan komen te staan, is wederom het arrest Kunst- en Antiekstudio/Lelystad.⁸⁶ De vraag was of de Wet op de Ruimtelijke Ordening in de weg staat aan het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten waarin het gebruik van de grond wordt beperkt of verboden, ofschoon het vigerende bestemmingsplan zich daar niet tegen verzet. De HR leek weinig gecharmeerd van deze handelwijze van de overheid, maar wilde de contracten toch niet als ontoelaatbaar bestempelen (zie hiervoor). Hij wees op een probleem dat in feite van overgangsrechtelijke aard is:

"Het ligt dan ook veel meer voor de hand dat de wetgever deze materie regelt, waarbij hij ook aandacht kan besteden aan reeds bestaande voorwaarden."

Natuurlijk kan een rechter wel *iets* van overgangsrecht in zijn uitspraak opnemen, ik wees daar in het begin van mijn bijdrage op. Niettemin lijkt het topos dat toewijzing tot overgangsrechtelijke problemen leidt, een vrij hard gezichtspunt voor terughoudendheid van de rechter. Veelal zal dit gezichtspunt worden aange troffen samen met het gezichtspunt van de rechtsonzekerheid (zie onder 7).

10 Toewijzing dwingt tot het vervaardigen van vormvoorschriften

In de anticipatierechtspraak geldt als vuistregel dat nieuw BW-artikelen die vormvoorschriften inhouden niet zondermeer bij wege van anticipatie alvast

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld HR 8 april 1988, NJ 1989, 170 over de vraag of een moeder erkenning van haar kind door de vader zondermeer kan weigeren (art. 1:224). Een ander voorbeeld betreft de anticipatie op art. 6:94, inzake de vraag of de rechter desgevraagd een aanvullende schadevergoeding kan toekennen bovenop een contractueel bedongen boete, HR 24 januari 1992, NJ 1992, 230.

⁸⁶ HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691.

kunnen worden ingevoerd.⁸⁷ De HR erkende in een tweetal arresten, de zogenaamde gestolen auto-arresten,⁸⁸ de mogelijkheid van eigendomsoverdracht ondanks bezitsverlies. Daarmee liep de raad vooruit op art. 3:95 BW. Dat artikel stelt voor een dergelijke overdracht evenwel een vormvereiste, namelijk dat levering *bij akte* moet geschieden. Zo'n akte eiste de HR niet.⁸⁹ Kleyn heeft in zijn noot onder een van de arresten opgemerkt dat de HR deze eis ook niet k n stellen, omdat alleen de wetgever een dergelijke formele eis aan een reeds bestaand rechtsstelsel kan toevoegen.

Men moet Kleyn toegeven dat het stellen van formele eisen inderdaad meer iets is voor de wetgever dan voor de rechter. Maar waarom precies? Het argument kan niet alleen maar zijn dat de rechter op die manier een nader vereiste (aan de levering van goederen) stelt. Om maar een heel bekend voorbeeld te geven: ook aan het beroemde art. 2014 BW (oud) is een nader vereiste gesteld, twee zelfs: om baat en goede trouw van de verkrijger.

Hier gaat het kennelijk om de *vorm*, om het feit dat het om een in de meest letterlijke zin *formeel* vereiste gaat. Het gaat er waarschijnlijk om dat als de rechter een formeel vereiste stelt, een akte bijvoorbeeld, hij ook volledig moet zijn en zal moeten aangeven hoe die akte er moet uitzien, of het een onderhandse akte kan zijn, een authentieke of een notariële. En hij zal moeten aangeven wat er in die akte moet staan. Daarmee komen we terecht bij de rechtszekerheid. Als de rechter een vormvereiste stelt, dan moet hij het ook heel duidelijk doen en moet hij zich bovendien realiseren dat hij met zijn vormvereiste wellicht nodeloze overgangsproblemen schept. Want voor al diegenen die – toevallig – de juiste vorm hebben gekozen, geldt dat zij met succes hun auto hebben overgedragen, en voor al die anderen, die wellicht een net iets andere vorm hebben gebruikt, geldt dat zij helemaal niets hebben overgedragen. Kleyn en Olthof wijzen daarop.⁹⁰

Een tweede argument tegen het stellen van vormvoorschriften, lijkt mij in feite de regel dat de rechter terughoudend moet zijn een gedetailleerde regeling op te stellen, een regeling wellicht die zou moeten corresponderen met andere (wettelijke) regelingen (zie gezichtspunten 4 en 5).

Waar leidt dit alles toe als we het hebben over de grenzen aan de rechtsvormende taak van de wetgever? Het lijkt mij dat de omstandigheid dat toewijzing de rechter zou dwingen tot het maken van vormvoorschriften als aparte vuistregel niet nodig en ook niet wenselijk is. Ze gaat op in een tweetal andere gezichtspunten: dat mogelijke rechtsonzekerheid kan leiden tot terughoudendheid van de rechter en

87 Van Buchem-Spapens, 1986: 51/2.

88 HR 27 april 1979, NJ 1981, 139 en HR 1 februari 1980, NJ 1981, 140.

89 Voldoende is een overeenkomst tussen vervreemder en verkrijger, die tot overdracht strekt en de verkrijger in staat stelt zich jegens derden als eigenaar te legitimeren.

90 Aldus W.M. Kleyn & M.M. Olthof, *Enige beschouwingen over het nieuwe burgerlijk wetboek* (2), *WPNR*, 1981: 271.

anderzijds dat de noodzaak tot het uitdenken van een gedetailleerde regeling de rechter tot terughoudendheid kan brengen. Men bedenke daarbij dat het wel vaker voorkomt dat de rechter vormvereisten stelt, of vereisten die daar tegenaan zitten. Zie de beschikkingen inzake de ouderlijke macht. De HR oordeelde daar ondermeer dat de toewijzende beschikking moet worden ingeschreven in het voogdijregister, dat een beslissing uit hoofde van art. 1:406 BW komt te vervallen en geeft aanwijzingen over wijziging van de beschikking en over het procesrecht.⁹¹ Ook in de euthanasierechtspraak – maar dan bevinden we ons op het terrein van het strafrecht – werden in feite vormvoorschriften gegeven, voorschriften die, als ze worden nageleefd, leiden tot ontslag van rechtsvervolging. Geen topos van betekenis dus.

11 Toewijzing heeft grote financiële consequenties

Sommige rechterlijke uitspraken hebben grote financiële consequenties; voor partijen in een geschil, maar ook voor eventuele derden. Heel pregnant speelde dat in een serie uitspraken van de CRvB die besliste dat discriminerende bepalingen uit onze sociale verzekeringswetgeving in strijd waren met art. 26 IVBP, en dus onverbindend.⁹² Deze beslissing kon zulke financiële gevolgen hebben dat zelfs is overwogen het verdrag op te zeggen. Zie daarover de bijdrage van Kooijmans in deze bundel.

De vraag is nu of de grote financiële consequenties die een toewijzing kan hebben, voor de rechter een argument voor terughoudendheid kunnen zijn. Barendrecht bespreekt in het kader van het toetsingsrecht het probleem van de mogelijke financiële gevolgen van een rechterlijke uitspraak.⁹³ Hij wijst erop dat een rechterlijke uitspraak zelden aanspraken voor bepaalde groepen burgers zal creëren die voor onbepaalde tijd doorlopen. Bovendien is hij van mening dat de financiële gevolgen van rechterlijke uitspraken beperkt kunnen worden gehouden “indien de samenwerking tussen wetgever en rechter goed verloopt. Een alerte wetgever, prospective overruling en beperking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken kunnen daartoe belangrijke middelen zijn.”⁹⁴

De geruststellende woorden van Barendrecht zijn mijns inziens maar beperkt waar; men denke aan de ziekenhuizen in het geval van het prikpatiëntje; men denke ook aan de overheid in het geval van vernietigde beschikkingen, of aan de jurisprudentie van de CRvB.⁹⁵ Bovendien, de wetgever kan niet altijd alert zijn, en *prospective overruling* of beperking van terugwerkende kracht zijn zeker

91 Zie over deze beschikkingen in zeer kritische zin L. de Vries, De HR als pseudowetgever, *NJB*, 1986: 1117 e.v.

92 CRvB 5 januari 1988, RSV 1988, 104 en 198-200, met een duidelijk noot van S. Feenstra.

93 J.M. Barendrecht, preadvies voor de NJV 1992: 139 e.v.

94 Idem: 141.

95 CRvB 5 januari 1988, RSV 1988, 104 en 198-200. Zie daarover het preadvies voor de NJV van 1992 van T. Koopmans, Constitutionele toetsing: 49 e.v.

geen toverformules om de ongewenste financiële effecten van rechterlijke uitspraken te neutraliseren.

Nu zou het naïef zijn te veronderstellen dat de rechter in een concreet geval niet zou denken aan de financiële consequenties die zijn uitspraak kan hebben. Soms is het zo dat hij die financiële consequenties kan beïnvloeden. In het schadevergoedingsrecht kan de rechter met het oog op de financiële positie van partijen de schadevergoedingsplicht beperken of verruimen. Niettemin geldt daar als hoofdregel: *volledige schadevergoeding*. In het gasbuisarrest heeft de HR uitgemaakt dat dat niet anders wordt door de enkele omstandigheid dat voor iemand die voor een gemaakte fout aansprakelijk is, een "grote uitgebreidheid van vergoedingsplichten zou kunnen ontstaan."⁹⁶

Maar voor de rechter nemen de mogelijkheden om te beïnvloeden af als zijn uitspraak gevolgen heeft die de relatie tussen partijen in het geschil te boven gaat. Moet hij op die grond de zaak dan maar aan de wetgever laten? Ik zou de vraag, of eventuele vergaande financiële gevolgen van een uitspraak de rechter tot terughoudendheid moeten brengen, niet zondermeer met 'neen' willen beantwoorden, of hooguit in combinatie met andere (sterkere) gezichtspunten. Zo is in het burgerlijk recht altijd een krachtig argument tegen het invoeren van nieuwe risicoaansprakelijkheden *door de rechter* geweest, dat burgers of bedrijven op zo'n nieuwe aansprakelijkheid niet hebben kunnen anticiperen door zich te verzekeren.

12 Toewijzing kan leiden tot een stroom van gerechtelijke procedures

Net zoals bij het vorige gezichtspunt (financiële consequenties) is terughoudendheid vanwege de angst voor een vloedgolf aan procedures, een echt *policy*-argument. Het gaat niet zozeer meer om de norm zelf, maar om de gevolgen. In de Amerikaanse zaak *Zepeda v. Zepeda* stelde een kind zijn biologische vader, Louis Zepeda, aansprakelijk voor het feit dat het als *bastard* was geboren. De man had, voordat hij het kind verwekte, aan de moeder van het kind toegezegd met haar te zullen trouwen. Later bleek dat Zepeda al getrouwd was. Het Appellate Court van Illinois oordeelde dat de bedrieglijke huwelijksbelofte van Louis onrechtmatig was, maar wees de vordering niettemin af.⁹⁷ Een van de argumenten voor afwijzing van de vordering was het *floodgate argument*: er lopen in Amerika vele honderdduizenden onechte kinderen rond die allemaal een procedure zouden kunnen beginnen. Toch waren die onechte kinderen voor de rechters nog niet eens het grootste probleem: want een toewijzing zou tal van anderen die het in het leven wat minder getroffen hebben, op het idee brengen tegen de ouders te gaan procederen: zoals voor "being born of a certain colour, (or) race, (or) with

96 HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84; gasbuis. Anders, in een zeer vergelijkbare Engelse zaak, Lord Denning, *Spartan Steel v. Martin & Co.*, [1973] 1 QB 27 (39).

97 *Zepeda v. Zepeda*, 190 NE2d 849 (Ill. 1963). Zie over deze uitspraak reeds H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen*, rede, Deventer 1972: 1 e.v.

... a hereditary disease ... (or) into a large and destitute family (or to) ... a parent (who) has an unsavoury reputation". Dat alles, zo oordeelde het Appellate Court, is voor de rechter niet meer te overzien; hier is de wetgever aan zet.

Wat nu te denken van het *floodgate argument* als gezichtspunt voor rechterlijke terughoudendheid? Vooraf: al eerder heb ik eens geschreven dat de rechter in *Zepeda v. Zepeda* misschien wat te voorzichtig was, met name vanwege zijn angst voor al die andere gevallen.⁹⁸ Zo is het de vraag of er in veel van die gevallen wel sprake is van een onrechtmatige daad jegens het kind.⁹⁹

In het Engelse recht lijkt over het *floodgate argument* meer te zijn nagedacht dan bij ons. In de ook bij ons befaamde *nervous shock*-zaak *McLoughlin v. O'Brian* probeert Lord Wilberforce wat meer zicht te krijgen op het argument.¹⁰⁰ Zijn speech ging natuurlijk specifiek over de uitbreiding van smartegeld tot *nervous shock*-gevallen, maar meer in abstracto komt het hierop neer. (1) Toewijzing "may lead to a proliferation of claims, and possibly fraudulent claims..."; (2) Toewijzing "would be unfair to defendants, as imposing damages out of proportion to the negligent conduct complained of"; (3) Toewijzing "would greatly increase evidentiary difficulties and tend to lengthen litigation"; (4) Toewijzing, leidend tot een uitbreiding van aansprakelijkheid, "ought only to be made by the legislature, after careful research."

De tweede bedenking besprak ik hiervoor al. De vierde bedenking van Wilberforce is in feite de conclusie. Dan blijven over de punten 1 en 3. Ik meen dat het eerste (*proliferation*) van weinig gewicht is. Als de rechter eenmaal van mening is dat de vordering van eiser gerechtvaardigd is, dan is het in beginsel toch buitengewoon onwenselijk om hem niettemin zijn gelijk te onthouden. Dan moet er toch meer aan de hand zijn, bijvoorbeeld dat de rechter zijn toewijzing omstandig zal moeten vormgeven (gezichtspunt 5), of dat toewijzing hem tot nadere keuzes dwingt (gezichtspunt 3). Bovendien zal de rechter vooraf moeilijk kunnen overzien of zijn uitspraak werkelijk tot een vloedgolf van claims zal leiden. En als die golf dan toch komt of dreigt te komen, dan kan de wetgever altijd nog ingrijpen. Dat is me liever dan het omgekeerde geval, dat de rechter wacht op de wetgever en eiser weliswaar gelijk geeft, maar het hem tegelijkertijd onthoudt.

Natuurlijk staat daartegenover dat het nog maar de vraag is of de wetgever ook werkelijk zal ingrijpen: door inhoudelijk iets te doen (een verbod op een bepaalde vordering, verkorte verjaringstermijnen, enzovoort), of in de administratieve sfeer (meer rechters, meer gerechtelijke ondersteuning, enzovoort). Maar dan zou ik toch de rechterlijke en de wetgevende macht willen vereenzelvigen in hun relatie tot de eiser in een procedure.

98 A.M. Hol & M.A. Loth (red.), *Dilemma's van aansprakelijkheid*, Zwolle 1991: 18.

99 Zie hierover de bijdrage van A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar in: *Als een goed huisvader* (Nieuwenhuis-bundel), Deventer 1992: 143/4.

100 *McLoughlin v. O'Brian*, [1982] 2 WLR 982 (1989).

Wilberforce's punt van de *increased evidentiary difficulties* spreekt mij wat meer aan. Als de rechter ziet aankomen dat toewijzing – in de toekomst – voor grote problemen rond het bewijs zal zorgen, dan mag dat een reden tot terughoudendheid zijn.¹⁰¹ De wetgever daarentegen kan mogelijk aanvullende bewijsrechtelijke regels geven. Niettemin is mijn conclusie dat het *floodgate argument* als gezichtspunt voor rechterlijke terughoudendheid nauwelijks of geen rol behoort te spelen.

5 SLOTSOM: WIE VLEUGELS HEEFT...

Dat de rechter zich niet met politiek moet bezighouden, lijkt niet meer dan een slogan. In dit artikel heb ik niet geprobeerd om de begrippen politiek of politieke kwestie af te bakenen, maar ben ik uitgegaan van de ruime opvatting van de Engelsman John Bell dat politiek “an exercise of power giving direction to society” is. Deze opvatting van wat politiek is, is evenwel zo ruim dat ze ook bijna nietszeggend is geworden.

Ik heb daarom de vraagstelling verlegd. Zoeken naar houvast binnen het begrip politieke kwestie lijkt vrij vruchteloos. Beter is het op zoek te gaan naar *gezichtspunten* (criteria zijn het niet), aan de hand waarvan de rechter kan nagaan of een bepaalde zaak ‘voor hem’ is, of dat hij de zaak moet laten aan de wetgever. Zoals vaker bij gezichtspunten – men denke aan de causaliteit, de leer van de toerekening naar redelijkheid – geven zij richting, de een meer dan de ander. Zij mogen niet als harde, allesbeslissende, regels worden gezien.

Mijn onderzoekje heeft zich beperkt tot rechtspraak van de HR. Een conclusie kan zijn dat de HR zich nooit beperkt tot de enkele mededeling dat een zaak voor hem ‘te politiek’ is. Steeds wordt, in geval van terughoudendheid, geprobeerd om aan te geven waarom een bepaalde zaak er veeleer een voor de wetgever is dan voor de rechter. Nu eens gebeurt dat summier, dan weer uitvoerig. Soms was (vanzelfsprekend) over de uitkomst twijfel mogelijk. Bij het zoeken naar nieuwe gezichtspunten bleek het ‘anticipatie-leerstuk’ overigens een vruchtbare bron te zijn.

Waarom gaan bepaalde kwesties de rechtsvormende taak van de rechter te buiten? Ik kwam tot de volgende gezichtspunten die de rechter tot terughoudendheid kunnen aanzetten; anders gezegd, die hem kunnen brengen aan de grenzen van zijn rechtsvormende taak.

- 1 toewijzing komt in strijd met het systeem van de wet;
- 2 toewijzing komt in strijd met een duidelijke regel in de wet;
- 3 toewijzing dwingt de rechter tot het maken van een nadere keuze uit verschillende mogelijkheden;

101 Een (niet-civielrechtelijk) voorbeeld is wellicht verkrachting binnen het huwelijk.

- 4 er bestaat een duidelijke samenhang met andere bestaande regels (die in de procedure niet aan de orde zijn);
- 5 toewijzing dwingt de rechter zijn uitspraak nader vorm te geven;
- 6 toewijzing dwingt tot een keuze in een kwestie waarover nog geen consensus bestaat (bij het grote publiek of bij het deskundigenpubliek: parlement, literatuur);
- 7 toewijzing leidt tot een duidelijke maatschappelijke breuk en rechtsonzekerheid;
- 8 toewijzing doorkruist wetgeving-in-de-maak;
- 9 toewijzing leidt tot overgangsrechtelijke problemen;
- 10 toewijzing dwingt tot het uitroepen van vormvoorschriften;
- 11 toewijzing heeft grote financiële consequenties;
- 12 toewijzing leidt tot een stroom aan procedures.

De eerste negen gezichtspunten hebben mijns inziens voldoende gewicht om de rechter bij zijn beslissing behulpzaam te zijn. De laatste drie zijn naar ik meen van geringer gewicht. Het is zeker zo dat sommige gezichtspunten andere ten dele overlappen. Niettemin leek het mij wenselijk, in de eerste oriëntatie die dit artikel wil zijn, tot een vergaande nuancering en uitsplitsing te komen. Ook is het misschien zo dat bepaalde gezichtspunten gemakkelijk onder een noemer kunnen worden gebracht. Zo kan een aantal *topoi* worden gezien als een uitwerking van het beginsel dat Dworkin de 'integriteit van het recht' heeft genoemd:¹⁰² de rechter heeft de opdracht het recht coherent te houden, om de eenheid te bevorderen. Waar die eenheid van het recht gevaar loopt, moet de rechter terughoudend zijn; terughoudendheid, juist ten gunste van de wetgever.¹⁰³

Verder is het zo dat het ene gezichtspunt sterker is dan het andere; het ene heeft een hoger soortelijk gewicht dan het andere. In dit artikel heb ik ze besproken en ook laten zien dat ze tegen elkaar moeten worden afgewogen. Net zoals bij de causaliteit *mutatis mutandis* het geval is, zou het al meegenomen zijn als door die gezichtspunten wat meer inzicht wordt verkregen in de vraag wanneer de rechter een bepaalde kwestie aan de wetgever overlaat, en waarom. De enkele mededeling dat een bepaalde zaak buiten de rechtsvormende taak van de rechter valt, is wat karig. Daarnaast zijn (al dan niet uitgesproken) argumenten als 'het gaat niet aan', 'dit is te politiek', 'het wordt te duur', 'waar blijven we als we daaraan gaan beginnen' of 'het is niet de taak van de rechter de wet te veranderen' te slap om een (meestal afwijzende) beslissing te kunnen dragen. Er zijn, zo heb ik met mijn lijstje willen aangeven, sterkere argumenten voorradig. Met een beeld van Anton Koolhaas: "Wie vleugels heeft, behoeft geen steunzolen."



102 R. Dworkin, *Law's empire*, Cambridge (Mass.) 1986. Zie nader P.W. Brouwer & A.M. Hol et al., *Coherence and conflict in law*, Zwolle 1992.

103 Men zie in dit verband bijvoorbeeld de gezichtspunten 1, 2, 4, 6, 7 en 8.