



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De politieke rol van de (burgerlijke) rechter revisited. Over de grenzen van de rechtsvormende taak en Alkema's institutionele moment in de rechterlijke beslissing

Uzman, J.; Stolker, C.J.J.M.; Barkhuysen, T.; Emmerik, M.L.; Loof, J.P.

Citation

Uzman, J., & Stolker, C. J. J. M. (2009). De politieke rol van de (burgerlijke) rechter revisited. Over de grenzen van de rechtsvormende taak en Alkema's institutionele moment in de rechterlijke beslissing. In T. Barkhuysen, M. L. Emmerik, & J. P. Loof (Eds.), *Geschakeld recht - Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. Evert Alkema* (pp. 475-496). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/69573>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/69573>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

*Jerfi Uzman & Carel Stolker****1 Rechtsvorming en het institutionele moment van Alkema**

Vraagt men aankomende studenten in de Rechtsgeleerdheid naar de reden voor hun studiekeuze, dan zal het antwoord vermoedelijk zelden luiden: 'vanwege de schier onbeperkte mogelijkheden tot rechtsvorming'. Toch noemde Martens rechtsvorming, bij zijn afscheid als president van de Hoge Raad, het meest fascinerend van het werk van de cassatierechter.¹ Rechtsvorming, aldus de voormalige Straatsburgse rechter, vraagt bij uitstek om creativiteit en het vermogen tot dóór-denken. Wat rechtsvorming zo interessant maakt is de spanning die erbij rijst. De spanning tussen 'rechterlijke voortvarendheid' en rechterlijke terughoudendheid: tussen *judicial activism* en *judicial restraint*. Rechtsvorming confronteert de rechter onherroepelijk met de grenzen van zijn rechterlijke taak. Het betreft doorgaans immers het domein van de wetgever, of, ontdaan van juristentaal: 'van de politiek'.

Zoals Koopmans niet lang geleden echter opmerkte, valt deze grens tussen het politieke en het rechterlijke bereik nauwelijks te markeren.² De rechter doet soms, enkel door het uitoefenen van zijn functie, aan 'politiek'. Niet door in één van de honderdvijftig blauwe Kamerzetels plaats te nemen uiteraard, maar door richting te geven aan de samenleving.³ Rechtsvorming is daar een prominent voorbeeld van. Maar ook een rechterlijke uitspraak die een betrekkelijk mechanische toepassing

■ Mr. J. Uzman is als NWO-promovendus verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Prof. mr. C.J.J.M. Stolker is decaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Met dank aan Sanne van der Horst, student-assistente bij de afdeling staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden, voor haar waardevolle hulp bij de zoektocht naar rechtspraak.

1 S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', rede van 31 maart 2000, verschenen in *NJB* 2000, p. 747 e.v.

2 T. Koopmans, *Courts and political institutions*, Cambridge 2003, p.1. Zie voorts o.m. de door Koopmans bewerkte vierde druk van G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer 1999; J.B.M. Vranken, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht (algemeen deel)*, Zwolle 1995; Martens 2000, p. 747 e.v.

3 Uitvoeriger C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de burgerlijke rechter' in: M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek – Nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle 1993, p. 57 met een verwijzing naar John Bell, *Policy arguments in judicial decisions*, Oxford 1983, p. 6.

van het recht betreft, kan het actuele politieke debat doorkruisen. In dergelijke gevallen heeft de rechter op te passen, want zijn plaatsbepaling ten opzichte van de andere staatsmachten is dan in het geding.

Evert Alkema, eveneens een gewezen Straatsburger, doelde daarop toen hij in 2000 – hetzelfde jaar als de rede van Martens – aandacht vroeg voor een tweetal verweven momenten die elke rechterlijke uitspraak typeren: de beslissing omtrent het voorgelegde geschil en, wat hij noemde, het ‘institutionele moment’.⁴ Dat institutionele moment betreft de positie van de rechter ten opzichte van andere statelijke actoren. Het kan daarbij gaan om het bestuur of de wetgever, maar ook om andere rechters. Door deze beide momenten van elkaar te onderscheiden, trachtte Alkema het verschil te onderstrepen tussen het recht dat de horizontale verhouding tussen partijen bepaalt en het recht dat van toepassing is op de positie van de rechter zelf in het geding. Alkema pleitte voor een nadere uitwerking van theorieën inzake publiekrechtelijke rechtsvorming, waarbij de nadruk zou dienen te liggen op de aspecten die de positionering van de rechter zelf betreffen.

In deze bijdrage willen we ingaan op één aspect van dat institutionele moment, namelijk de genoemde afbakening tussen het domein van de rechter en dat van de wetgever. Niet het feit dat de rechter een politieke rol vervult, maar het grijze gebied tussen politiek en rechter staat ons daarbij voor ogen. Niet elke gevoelige zaak is er immers een voor de rechter net zomin als elke gevoelige zaak er (dus) een voor de politiek is. De vraag is hoe in dat grijze gebied enig reliëf kan worden aangebracht. Hoe beslist de rechter eigenlijk dat toewijzing van een vordering de grenzen van zijn institutionele taak overschrijdt? In een bijdrage aan een bundel die nog dateert uit de periode dat één van ons zijn dagen als puber sleet op het schoolplein, trachtte de ander deze vraag onder ogen te zien.⁵ Hij kwam tot de slotsom dat het vruchteloos is te zoeken naar een allesomvattende omschrijving van het begrip ‘politieke kwestie’ en dat het adagium dat de rechter zich niet in heeft te laten met politiek, een lege huls is (zij het dat – Nieuwenhuis heeft dat ooit opgemerkt – een lege huls in elk geval nog ‘richting’ geeft). In plaats daarvan trachtte hij aan de rechtspraak van de Hoge Raad gezichtspunten te ontleen die een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of een zaak zich leent voor de rechter, danwel of zij (voorlopig) aan de wetgever dient te worden gelaten. In deze bijdrage, vijftien jaar later, bezien wij hoe de rechtspraak van de Hoge Raad zich sindsdien heeft ontwikkeld: de politieke rol van de rechter *revisited*, kortom.⁶

4 E.A. Alkema, ‘Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen’, *NJB* 2000 pp. 1053-1058.

5 Stolker 1993, pp. 53-83.

6 De studie uit 1993 beperkte zich tot de politieke rol van de burgerlijke rechter. In deze bijdrage hanteren we een wat bredere afbakening. We zullen bezien hoe de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de rechtsvormende taak zich heeft ontwikkeld tussen 1993 en 2008. Naast de rechtspraak van de civiele kamer, zullen hier dus ook arresten van de belastingkamer en – wat minder prominent – de strafkamer figureren. Wel hebben we ons, mede gelet op de beperkte tijd die ons ter beschikking stond bij het schrijven van deze bijdrage, beperkt tot rechtspraak van de Hoge Raad.

2 Twaalf gezichtspunten

Het idee dat sommige kwesties de institutionele taak van de rechter te buiten gaan is niet nieuw en evenmin Nederlands. Zo erkent de Amerikaanse rechtspraak sinds de negentiende eeuw dat sommige kwesties *nonjusticiable* zijn.⁷ Daarvan kan onder meer sprake zijn als de zaak onvoldoende aanknopingspunten voor een rechterlijke beslissing biedt: de *judicially manageable standards*. Bij de vraag of van dergelijke *standards* sprake is, spelen onder meer praktische overwegingen (*practical desiderata*) een rol. Dergelijke overwegingen betreffen bijvoorbeeld de rechtszekerheid, de mogelijkheid om heldere regels te formuleren, de vraag of bij de te bieden remedie keuzes dienen te worden gemaakt die beter aan de wetgever of het bestuur kunnen worden overgelaten. In dat laatste geval kan een rol spelen of het maken van die keuze de rechter dwingt deze keuze in een reeks vervolgbeslissingen te verfijnen.⁸ Vergelijkbare vuistregels hanteert ook de Nederlandse rechter bij de afbakening van zijn eigen domein ten opzichte van de wetgever. Stolker kwam in 1993 tot een twaalfal gezichtspunten die de rechter tot terughoudendheid konden aanzetten.⁹ Het ging daarbij om *topoi* en niet om criteria: zij zouden richting geven en niet meer dan dat.¹⁰ Op basis van een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad vond hij de volgende gezichtspunten:

- 1 toewijzing van de vordering komt in strijd met het stelsel 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;
- 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;

Een overweging die noopt tot het verbreden van de reikwijdte van onze studie naar, met name de belastingkamer, is het feit dat juist die kamer verantwoordelijk is geweest voor enkele baanbrekende arresten. We zijn er bij het schrijven van deze bijdrage van uitgegaan dat in elk geval de verschillende kamers van de Hoge Raad de grenzen van hun rechtsvormende taak, zoveel mogelijk op een uniforme wijze trachten te bepalen.

7 De bekendste exponent is zonder twijfel de *political question*, die in *Luther v. Borden*, 48 U.S. 7 *How* 1, (1949) in expliciete vorm het licht zag. Zie voor een greep uit de rijkelijk beschikbare literatuur o.m.: L. Henkin, ‘Is There A Political Question Doctrine?’, *Yale Law Journal* 1976, p. 597 en R.D. Rotunda, ‘The Political Question Doctrine in the United States’, in: P.P.T. Bovend’Eert (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer 2004, pp. 1-38. Zie voorts de bijdrage van Koopmans in Rood 1993 (zie voetnoot 3).

8 Vgl. bijvoorbeeld het arrest *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973) van het *Supreme Court*. Zie nader het heldere betoog van Richard Fallon, ‘Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning’, *Harvard Law Review* 2006, pp. 1274-1332, i.h.b. pp. 1285-1292.

9 Stolker 1993, pp. 60-83.

10 Vgl. nader omtrent het karakter van gezichtspunten de verhelderende inleiding van C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag 2005, pp. 101-105.

- 6 toewijzing dwingt de rechter tot een keuze in een kwestie waarover nog onvoldoende maatschappelijke consensus bestaat;
- 7 toewijzing leidt tot een maatschappelijke breuk en rechtsonzekerheid;
- 8 toewijzing doorkruist wetgeving-in-voorbereiding;
- 9 toewijzing leidt tot problemen van overgangsrechtelijke aard;
- 10 toewijzing leidt tot de noodzaak vormvoorschriften vast te stellen;
- 11 toewijzing heeft ernstige financiële consequenties;
- 12 toewijzing leidt tot een stroom aan procedures.

Sinds 1993 heeft de rechtsontwikkeling uiteraard niet stilgestaan. Waar Stolker de Hoge Raad vijftien jaar geleden voorstelde om nader te motiveren waarom een kwestie al dan niet buiten zijn rechtsvormende taak viel, kan inmiddels worden geconcludeerd dat de raad daaraan in de meeste, zij het niet in alle, gevallen in zekere mate gevolg heeft gegeven.¹¹ Wat men ook vindt van de weigering van de Hoge Raad in het welbekende arrest *Arbeidskostenforfait* om uiteindelijk rechtsherstel te verlenen omdat dit, naar het oordeel van de Hoge Raad de rechterlijke taak te boven ging, diens poging om tot een afweging te komen tussen het belang van de eiser bij effectieve rechtsbescherming en het belang van de samenleving bij democratisch gelegitimeerde besluitvorming niet worden ontkend.¹² Zijn argumentatie was in elk geval principiëler dan die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat enkele jaren later op een klacht over een soortgelijke zaak moest beslissen.¹³ Toch zijn er ook gevallen waarin de Hoge Raad – veelal impliciet – tot het oordeel komt dat rechtsvorming wel mogelijk en wenselijk is, zonder de gezichtspunten te noemen die daarbij een rol hebben gespeeld.¹⁴ Het gaat daarbij om de hiervoor genoemde vuistregels, maar ook om redenen die de rechter juist nopen tot een fermere rol. Op die situatie komen wij hierna nog terug. Maar voordat wij aan mogelijke nieuwe gezichtspunten toekomen, eerst de bespreking van de reeds genoemde gezichtspunten.

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

Stolker begon zijn *Hall of Fame* met de vaststelling dat wanneer toewijzing van een vordering het stelsel van de wet op losse schroeven zou zetten, hierin een aanwijzing zou kunnen worden gevonden dat rechterlijke terughoudendheid op zijn

11 De Werd wijst er op dat er nog altijd zaken zijn waarin de vraag naar het waarom van rechterlijk absterneren met een 'dáárom' lijkt te worden beantwoord. Vgl. M.F.J.M. de Werd, 'De constitutionele taak van de rechter', in: P.P.T. Bovend'Eert (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer, 2004, pp.69-126, i.h.b. pp. 101-102.
 12 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*).
 13 EHRM 29 januari 2002, *NJCM-Bulletin* 2002, pp. 1020-1032. Barkhuysen wijst er in zijn annotatie bij de desbetreffende uitspraak op dat de beschouwingen van het Straatsburgse Hof inzake de staatsrechtelijke positie van de Nederlandse rechter onder artikel 13 EVRM ronduit teleurstellend zijn na de principiële motivering op nationaal niveau. Zie ook Martens 2000, pp. 171-181.
 14 Zie voor een soortgelijke vaststelling: De Werd 2004, p. 104 en C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', *Trema* 2005, pp. 250-252.

plaats is. Daarbij noemde hij het fictieve voorbeeld dat de rechter één van de gulden regels van het faillissementsrecht, de *paritas creditorum*, zou doorbreken. Het stelsel van het burgerlijk recht zou dan op losse schroeven worden gezet en daarmee dient de rechter voorzichtig te zijn. Hoewel strijd met het stelsel van de wet en strijd met een duidelijke regel in de wet (zie punt 2) naar onze mening twee belangrijke gezichtspunten zijn, die – mede vanuit democratisch oogpunt – zwaar wegen, zijn zij niet absoluut, zoals Stolker ook destijds trouwens al opmerkte. Het relatieve gewicht van het gezichtspunt wordt treffend geïllustreerd doordat de Hoge Raad, enige jaren later een uitzondering op de *paritas creditorum* aannam.¹⁵ Weliswaar ging het om de situatie dat er onverschuldigd was betaald *tijdens* het faillissement, en niet ervóór zoals in het fictieve voorbeeld, duidelijk is wel dat de Raad afwijkt van het wettelijk stelsel dat immers hen die onverschuldigd hebben betaald behandelt als concurrente crediteuren. De rechtsvormende taak als zodanig noemt hij echter niet. Wellicht dat hij er, gelet op het onderscheid dat hij expliciet maakt tussen de betaling *voor* en *tijdens* het faillissement, van is uitgegaan dat hier sprake is van rechtsontwikkeling en niet van rechtsvorming.¹⁶ Toch wordt inmiddels gesproken van een breuklijn in het faillissementsrecht, die tot grote onzekerheid heeft geleid (zie punt 7) en bovendien een stroom procedures tot gevolg heeft gehad (punten 5 en 12).¹⁷

Een voorbeeld waarin de Raad oordeelt dat de grenzen van de rechtsvormende taak wel bereikt zijn, en dat net als *Ontvanger/Hamm* hierna nog vaker zal opduiken, betreft de zaak waarin de Hoge Raad zich moest uitspreken over de vraag of affectieschade en shockschade voor vergoeding in aanmerking komen. De casus is een vreselijke, waarin een moeder op schokkende wijze geconfronteerd wordt met het verminkte lichaam van haar overreden dochtertje. Annotator Vranken stelt vast dat de Hoge Raad openlijk worstelt met de grenzen van zijn rechtsvormende taak. De Raad toont sympathie voor de moeder, komt haar ook ten dele tegemoet, maar kan niet meegaan in haar vordering tot vergoeding van affectieschade. Hoewel het stelsel zoals het voorligt wellicht niet meer geheel tegemoet komt aan de maatschappelijke behoefte, meent de Hoge Raad dat een wijziging van dat stelsel van de wetgever moet komen. Aanvaarding van het concept affectieschade zou wezenlijk afwijken van het wettelijk stelsel.¹⁸ Ook al is het aannemelijk dat de moeder valt in de categorie van personen die het meest in aanmerking zouden komen voor toekenning van een dergelijke vergoeding, dan nog kan de rechter daarin niet

15 HR 5 september 1997, *JOR* 1997/102 (*Ontvanger/Hamm*). Zie tevens HR 8 juni 2007, *JOR* 2007/221 (*Van der Werff/BLG*), voorzien van een annotatie van Steneker die de lijn in *Ontvanger/Hamm* duidelijk te ver vond gaan en liever had gezien dat de Hoge Raad het had gelaten bij een suggestie aan de wetgever het wettelijk stelsel te bezien.
 16 Voor het onderscheid raadplege men Kortmann 2005, pp. 250-251 (zie noot 14).
 17 Vgl. daarover bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, 'De erfenis van *Ontvanger/Hamm*', *WPNR* 2001, pp. 927-937.
 18 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240. Zie tevens G.E. van Maanen, 'Het shockschade-arrest van 22 februari 2002', *NJB* 2002, p. 23.

de vrijheid vinden om haar, vooruitlopend op een eventueel door de wetgever door te voeren wijziging van de wet op dit punt, een vergoeding toe te kennen.

Een indicatie van het belang van het wettelijk stelsel voor de rechtsvormende taak betreft voorts het arrest *Arbeidskostenforfait*.¹⁹ Hierin expliciteerde de Raad dat hij welwillend is om in gevallen waarin een wettelijke regeling in strijd met rechtstreeks werkend verdragsrecht buiten toepassing gelaten dient te worden, in een rechtstekort te voorzien wanneer hij aan kan sluiten bij – onder meer – het stelsel van de wet. Ook op dit arrest zullen wij nog nader ingaan (zie punt 3). Onze conclusie is daarom, niettegenstaande *Ontvanger/Hamm*, dat het stelsel van de wet veelvuldig een rol speelt bij de afbakening van de rechtsvormende taak.²⁰ Het gezichtspunt is, hoewel een rangorde niet voor de hand ligt, van groot belang.

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

Rechtsvorming tégen een duidelijke regel in de wet in klinkt vanuit democratisch oogpunt, onlogisch maar is niet onmogelijk. Daarbij kunnen twee gevallen onderscheiden worden. Ten eerste kan het natuurlijk zo zijn dat verdragsrecht dwingt tot een nieuwe lezing, of tot het buiten toepassing laten, van de wettelijke bepaling. Artikel 94 Gw legt de rechter deze plicht op.²¹ Men kan natuurlijk redeneren dat in een dergelijk geval niet werkelijk van rechtsvorming in strijd met een wettelijke regeling sprake is, omdat deze nu juist buiten werking is gesteld door de verdragsbepaling. Men zou ook kunnen redeneren dat geen sprake is van rechtsvorming omdat het recht er in de meeste gevallen ‘al was’ in de vorm van het verdragsrecht dat, in plaats van de wettelijke regeling, rechtstreeks wordt toegepast. Dergelijke redeneringen doen er echter niet aan af dat de nationale bepaling door de rechter opzij wordt gezet en wordt vervangen door een, veelal vage internationaalrechtelijke, norm hetgeen allerlei vragen oproept over het toekomstige rechtsregime.²² Op dit punt

19 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170.

20 Zo bijvoorbeeld tevens: HR 17 december 1999, *AB* 2000/89 (*Groningen/Raatgever*); HR 14 juli 2000, *LJN* AA6513; HR 1 december 2000, *NJ* 2001/390 (*Gezamenlijke curatele*), waarin de AG overweegt dat het buiten toepassing laten van de in artikel 1:383 BW besloten liggende regel dat slechts één curator kan worden benoemd juist geen problemen met de rechtsvormende taak oplevert, omdat een dergelijke maatregel goed is in te passen in het wettelijk stelsel. Voorts: HR 5 september 2003, *LJN* AI5682.

21 Waarbij tegenwoordig uiteraard uit HvJEG 5 februari 1963, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*), en HvJEG 15 juli 1964, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa/E.N.E.L.*) wordt afgeleid dat het communautaire recht deze verplichting uit eigen kracht oplegt en daarvoor niet artikel 94 Gw behoeft.

22 Een zeer merkwaardig voorbeeld betreft HR 27 mei 2005, *NJ* 2005/485 (*Ontvankelijkheid verzoek gezamenlijk ouderlijk gezag*), waarin de Hoge Raad de in de artikelen 1252 jo 1253c en 253e BW besloten liggende eis dat een verzoek tot gezamenlijk ouderlijk gezag ook *gezamenlijk* dient te worden gedaan, al verdragsconform interpreterend verwrong tot de situatie dat ook een eenhoofdig verzoek ontvankelijk moest worden geacht. Interessant is bovendien dat, zoals annotator De Boer reeds opmerkte, die uitleg steunde op een interpretatie van de artikelen 6 en 8 EVRM die verder ging dan op basis van de Straatsburgse rechtspraak noodzakelijk was geweest. Bovendien had de wetgever zich deze kwestie reeds aangetrokken, wat voor De Boer een goede reden was om de kwestie in dit geval ook aan de wetgever over te laten (zie punt 8).

heeft de rechter echter weinig keus: artikel 94 dwingt hem om de bepaling buiten toepassing te laten, voorzover dit althans een redelijke oplossing van het voorgelegde geschil zou zijn.²³ Is dus verdragsrecht aan de orde, dan speelt het feit dat de wettelijke bepaling in de weg staat aan toewijzing van de vordering geen noemenswaardige rol (zie hierna).

Anders ligt het wanneer dat niet het geval is. De wettelijke regeling is dan een indicator voor rechterlijke terughoudendheid. Zo weigerde de strafrechter het begrip ‘stiefkind’ in artikel 249 Sr extensief uit te leggen in de zit dat daaronder niet alleen situaties begrepen moeten worden waarin de van ontucht verdachte dader gehuwd was (geweest) met de ouder van het kind, maar ook situaties waarin die dader samenwoonde met de desbetreffende ouder.²⁴ De Raad wees daarbij op de duidelijke bedoeling van de wetgever, ook al was het zeer wel mogelijk dat de regeling inmiddels was verouderd. Men bedenke echter dat het hier om het strafrecht ging, waar extensieve uitleg, vanuit het oogpunt van legaliteit, doorgaans gevoelig ligt.²⁵ Wellicht van groter belang was de constatering van de Raad dat extensieve interpretatie zou leiden tot een situatie waarin nadere keuzes dienden te worden gemaakt omtrent de verschillende samenlevingsvormen waarop het artikel dan wel of niet van toepassing zou zijn (zie punt 3). Hoewel het bestaan van een duidelijke wettelijke regeling niet van doorslaggevend belang is, speelt zij ontegenzeggelijk wel een rol, veelal in combinatie met één of meer andere gezichtspunten.²⁶

Ad 3: Toewijzing dwingt de rechter tot het maken van een keuzes

Sinds het arrest inzake het optierecht Nederlanderschap, dat in vrijwel elke publicatie omtrent de rechtsvormende taak figureert, expliciteert de Raad dat het aan de wetgever is om keuzes van rechtspolitieke aard te maken.²⁷ Een dergelijke keuze gaat de rechtsvormende taak te buiten. Dit gezichtspunt is duidelijk niet louter van praktische aard, maar wordt tevens ingegeven door staatsrechtelijke overwegingen:

23 Zie voor een nuancering echter onder punt 13.

24 HR 7 januari 1997, *NJ* 1997/361 (*Ontucht met stiefkind*).

25 Van een uitbreiding van strafbaarheid was in dit geval, in materiële zin, overigens geen sprake: de HR wijst er op dat er een alternatief is. De artikelen 248ter en 249 Sr bieden voldoende aanknopingspunten om een dergelijk geval onder het bereik van de strafwet te brengen. Dat de HR in het strafrecht bovendien lang niet altijd terughoudend is met rechtsvorming, illustreert HR 20 november 2001, *NJ* 2003/632 (*Mensenroof*). In deze zaak werd artikel 278 Sr, dat strikt genomen uitsluitend ziet op de uitvoer van mensen, nu juist wél extensief uitgelegd. De HR overwoog dat, in het licht van gewijzigde maatschappelijke omstandigheden, daaronder ook de *invoer* moest worden begrepen.

26 Vgl. bijvoorbeeld ook HR 17 december 1999, *AB* 2000/89 (*Groningen/Raatgever*), waar de grens tussen de wettelijke bepaling aan de ene kant, en het stelsel en doel van de bepaling aan de andere kant niet goed te onderscheiden is. Zie voorts HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/577 (*parlementaire immuniteit*).

27 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230. De Lange merkt in zijn dissertatie op dat men deze argumentatie voor het eerst expliciet aantreft in dit arrest: R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle 1991, p. 194. Het ontbrak ons aan tijd om zijn stelling middels rechtshistorisch onderzoek te verifiëren, maar gelet op de grote aandacht die het arrest in de literatuur heeft gekregen komt zijn stelling ons alleszins plausibel voor.

wanneer de maatschappij voor een tweesprong staat (een driesprong, een zevensprong en alles ertussenin mag uiteraard ook), dient de beslissing welke kant op te gaan te komen van de wetgever, die daarvoor immers de geschikte democratische legitimatie bezit.²⁸ Deze is in de meeste gevallen bovendien beter in staat dan de rechter om de gevolgen van een dergelijke keuze te overzien.

Logisch dus, dat de Raad – wanneer hij verschillende wegen identificeert om een doel te bereiken – in elk geval tijdelijk naar de wetgever verwijst om deze een *terme de grâce* te gunnen. Met enige voorzichtigheid mag men dan ook wel stellen dat het hier een favoriet gezichtspunt betreft: zeer frequent duikt de keuzeformule, zoals de vuistregel inmiddels heet, op in 's Raads rechtspraak. Toch roept de toepassing ervan ook vragen op, met name wanneer rechtstreeks werkend verdragsrecht aan de orde is. De literatuur omtrent dergelijke kwesties is altijd zeer verdeeld geweest. Sommigen onderschrijven de noodzaak de rechter verre te houden van al te politieke keuzes.²⁹ Anderen benadrukken, onder verwijzing naar de individuele rechtsbescherming, op de plicht van de rechter om schendingen van verdragsrecht, voorzover ook maar enigszins mogelijk, te voorkomen.³⁰

Gedeeltelijk tegemoet komend aan de kritiek vanuit de literatuur, formuleerde de belastingkamer in 1999 een nieuw afwegingskader voor gevallen waarin de rechter geconfronteerd wordt met een verdragsverplichting enerzijds en verschillende opties om aan die verdragsverplichting tegemoet te komen anderzijds. De Raad overwoog als volgt:

'Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied. Niet uitgesloten is echter dat de afweging anders moet uitvallen ingeval de wetgever ermee

28 Vgl. voor een theorie omtrent de meest 'geschikte' instantie om een dergelijke keuze te maken, de studie van Rijpkema, *Rechtensrecht*, Den Haag 2001. Deze relativeert overigens de democratische legitimatie van de wetgever en verplaatst het leerstuk van de rechtsvormende taak naar de vraag welk orgaan, rechter of wetgever, beter in staat is om het recht in het concrete geval richting te geven.

29 In deze zin uitte zich bijvoorbeeld de vice-president van de Raad van State, Tjeenk Willink. Vgl. H.D. Tjeenk Willink, 'Wetgever, rechter en bestuur: de ene kan niet zonder de andere', in: E.A.G. van der Ouderaa (red.), *Schurende Machten*, Nijmegen 1999.

30 Zie onder meer: J. De Boer, 'De broedende kip in EVRM-zaken', *NJB* 1995, pp. 1027-1034; R.H. Happé, *Schuivende machten* (oratie UvT), Deventer 1999, p. 49; Martens 2000 (zie voetnoot 1), T. Barkhuysen, 'Abstineren door de Hoge Raad in verband met de grenzen van zijn rechtsvormende taak kan door de Straatsburgse beugel', *NJCM-Bulletin* 2002, pp. 1020-1032; F.M.C. Vlemminx, *De autonome rechtstreekse werking van het EVRM*, Deventer, 2002.

bekend is dat een bepaalde wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling in de zin van voormelde verdragsbepalingen leidt, maar nalaat zelf een regeling te treffen die de discriminatie opheft.³¹

Verskillende elementen in de argumentatie van de Raad vallen op. Ten eerste legt hij aan de beslissing om de kwestie aan de wetgever te laten twee redenen ten grondslag: het relatief praktische argument dat zijn mogelijkheden op rechtsvormend terrein, in vergelijking met de wetgever, beperkt zijn, én het feit dat naar zijn mening terughoudendheid staatsrechtelijk gewenst is. Daarmee onderscheidt deze vuistregel zich van de meeste andere gezichtspunten in de zin dat die andere gezichtspunten nu juist betrekking hebben op die praktische mogelijkheden van de rechter. Enerzijds 'herbergt' de keuzeformule dus andere gezichtspunten in zich, anderzijds wordt er een ingrediënt aan toegevoegd: staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid, met andere woorden, het respecteren van de prerogatieven van de wetgever. Het is de vraag hoeveel gewicht dit laatste 'semi-gezichtspunt' in de schaal legt, in verhouding tot de praktischere elementen.

Ook bij die 'praktischere elementen' vallen vraagtekens te plaatsen. Uit de hiervoor weergegeven overweging van de Raad lijkt af te leiden dat bijvoorbeeld het stelsel van de wet als het ware tegenover de keuzevrijheid wordt geplaatst: de Hoge Raad voorziet wel in het rechtstekort wanneer de oplossing van het geschil past in het stelsel van de wet, maar niet als er verschillende oplossingen mogelijk zijn. Uiteraard kunnen zich echter ook verschillende oplossingen voordoen die zich alle naadloos laten inpassen in het wettelijk stelsel, net zo goed als zich verschillende oplossingen kunnen voordoen die zich geen van alle laten inpassen. Dient nu in dat eerste geval (wanneer zich verschillende oplossingen aandienen die allemaal passen in het wettelijk stelsel) steeds te worden afgezien van rechtsvorming, uitsluitend omdat dat staatsrechtelijk gewenst is? Ons dunkt dat een en ander afhankelijk is van de aanwezigheid van andere gezichtspunten. Het lijkt ons dat de inpasbaarheid van een oplossing in het stelsel van de wet, een zelfstandig gezichtspunt blijft, dat echter als een preliminaire voorwaarde functioneert voor de vraag of de rechter moet afzien van rechtsvorming wanneer hij daarbij een keuze moet maken tussen verschillende opties: uitsluitend wanneer dat een keuze betreft uit opties die zich alle laten inpassen in het bestaande wettelijk stelsel, is in zuivere zin sprake van deze vuistregel.

Een tweede observatie betreft de ontwikkeling die de keuzeformule heeft door-gemaakt sinds 1993. In oudere rechtspraak overwoog de Hoge Raad veelal dat in het midden kon blijven of er sprake was van een verdragsbreuk, nu het toewijzen van de vordering de rechtsvormende taak toch te buiten zou gaan.³² De verschillende

31 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*), r.o. 3.15.

32 In dit verband kan bijvoorbeeld gewezen worden op het eerder aangehaalde arrest *Optierecht Nederlandschap* (zie voetnoot 27). Zie voorts o.m. HR 16 november 1990, *NJ* 1991/475 en HR 4 november 1994, *NJ* 1995/249 (in beide zaken stond de ontkenning van het vaderschap door de moeder centraal). Vgl. bovendien HR 27 oktober 1994, *NJ* 1995/467 (*Advies omtrent brieven van*

opties om tot een verdragsconforme regeling te komen leidden de Raad er bovendien toe dat hij het een ieder verbindende karakter van de verdragsbepaling ontkende. Men sprak in dit kader ook wel van de leer van de relatieve rechtstreekse werking.³³ Na kritiek uit de literatuur, gedeeltelijk ingegeven door de artikelen 6 en 13 EVRM, haalde de Raad op dat punt bakzeil.³⁴ Sinds *Arbeidskostenforfait* laat hij gewoonlijk niet meer in het midden of sprake is van een verdragsschending en komt de vraag of het bieden van rechtsherstel de rechterlijke taak te buiten gaat pas op nadat hij getoetst heeft of sprake is van een verdragsschending.³⁵ Daarmee heeft eiser in elk geval door een rechter kunnen laten vaststellen dat hij in een fundamenteel recht geschonden is. Zoals hiervoor werd aangegeven gaat volgens sommigen ook deze lijn niet ver genoeg. Zo is het de vraag of, met name artikel 13 EVRM niet gewoon van de rechter eist dat hij rechtsherstel biedt.³⁶ De rechtspraak inzake de rechtsvormende taak op dit punt heeft sinds *Arbeidskostenforfait* echter geen wijziging meer ondergaan.³⁷

Onze derde observatie betreft de vaststelling van Stolker, vijftien jaar geleden, dat de rechter het recht in eigen hand neemt wanneer de wetgever te lang in gebreke blijft. Royer zei het in een interview in 1995 erg beeldend. Doelend op de wetgever liet hij optekenen:

'De kip is aan het broeden en nu mag de kip even niet gestoord worden. Een goede lezer kan er uit afleiden: als de kip ophoudt met broeden zou de Hoge Raad zich wel eens minder terughoudend kunnen opstellen.'³⁸

wetting) en HR 24 februari 1995, NJ 1995/468 (*Brieven van wetgeving II*).

33 Zie daaromtrent nader de dissertaties van Brouwer en Fleuren: J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland* (diss. Groningen), Zwolle 1992, pp. 278-279; J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag 2004, pp. 362-364. Vgl. tevens Martens 2000 (zie voetnoot 1).

34 Een prominente criticaster betreft De Boer 1995 (zie voetnoot 30).

35 Zie de aangehaalde bijdragen van Fleuren 1992 en Martens 2000 in voetnoot 33.

36 Zie daaromtrent nader Martens 2000 (zie voetnoot 1), Barkhuysen 2002 en Vlemminx 2002 (beiden voetnoot 30). Zie voorts J. Uzman, 'Nothing is certain but death and taxes: biedt de Human Rights Act de Britten effectieve rechtsbescherming?', *NJCM-Bulletin* 2008 (te verschijnen in nr. 33/7).

37 Wel lijkt de belastingkamer inmiddels voorzichtiger geworden te constateren dat van een, met het EVRM strijdige, situatie sprake is. In plaats daarvan is zij, met een beroep op de *margin of appreciation* die het EHRM de verdragspartijen doorgaans gunst, terughoudender gaan toetsen. Zie in dat kader HR 12 juli 2002, *BNB* 2002/400; HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310, en HR 10 augustus 2007, *BNB* 2008/88. Zie voorts Happé en Gribnau die menen dat de HR te terughoudend is ten opzichte van de wetgever: R. Happé & H. Gribnau, 'The Netherlands – National Report: Constitutional Limits to Taxation in a Democratic State: The Dutch Experience', *Michigan State Journal of International Law* 2007, pp. 417-459. Vgl. tevens N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de margin of appreciation', *NJCM-Bulletin* 2007, pp. 125-140, die menen dat een grote *margin of appreciation* door het Straatsburgse Hof niet noodzakelijkerwijs dient te leiden tot een grote mate van terughoudendheid van de Nederlandse rechter ten opzichte van het bestuur en de wetgever.

38 Vgl. *NJB* 1995, p. 886. Het citaat vormde overigens de opmaat voor het hier al meerdere malen aangehaalde vlamvande betoog van De Boer, getiteld 'De broedende kip in EVRM-zaken', *NJB* 1995, pp. 1027-1034.

Daaruit is wel afgeleid dat het abtineren van de rechter een kwestie is van staatsrechtelijke hoffelijkheid en niet van het ontbreken van de bevoegdheid rechtsvormend op te treden.³⁹ Dat moge zo zijn, na enkele uitspraken van de Centrale Raad in de jaren tachtig (die veel stof deden opwaaien) is het op dat punt stil geworden.⁴⁰ De Hoge Raad laat doorgaans weliswaar een waarschuwend vingertje zien, maar bij ons weten heeft hij nooit uitdrukkelijk overwogen dat een termijn wat hem betreft lang genoeg heeft geduurd.

De vuistregel dat de rechter behoedzaamheid past wanneer toewijzing van de vordering hem dwingt tot het maken van keuzes is er, kortom, een van een bijzondere aard en gewicht. Hij is nog even actueel als hij was in 1993.⁴¹ Bijzonder, omdat staatsrechtelijke en praktische overwegingen bij de vraag of rechtsvorming voor de hand ligt, in elkaar grijpen en over en weer invloed op elkaar uitoefenen. Bovendien wordt met name bij dit gezichtspunt, de invloed van het internationale en het communautaire recht duidelijk. Wanneer eiser zijn vordering mede doet steunen op rechtstreeks werkend verdragsrecht, zien we de Hoge Raad worstelen met zijn eigen rol: rechtsbescherming bieden zoals, onder meer, de artikelen 6 en 13 van hem vragen, en zich daarbij een loyale staatsinstelling betonen, door een schending van het verdragsrecht te voorkomen? Of toch inzetten op een goede staatsrechtelijke verhouding met de wetgever? Een goede buur is beter dan een verre vriend. Met het arrest *Arbeidskostenforfait* heeft de Raad een afwegingskader geïntroduceerd waarnaar hij sindsdien regelmatig verwijst.⁴² Zoals we hebben gezien roept ook dit model vragen op. De belangrijkste hebben wij trouwens nog niet genoemd: is de aanwezigheid van verdragsrecht niet een indicator dat niet van rechtsvorming *kan* worden afgezien? Wij laten deze vraag hier nog even rusten (zie punt 13).

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

De vorige vuistregel rechtvaardigde een wat uitgebreidere bespreking. Dat noopt ons om op dit punt betrekkelijk summier te zijn. Inherent aan rechterlijke geschillenbeslechting is dat zij bijna per definitie betrekking heeft op slechts een gedeelte van een maatschappelijk issue. De rechter is als een klusjesman die werkt aan een gedeelte van een huis. Besluit hij een balk te verwijderen, dan dient hij zich ervan te vergewissen dat dit niet tot gevolg heeft dat een deel van het huis instort. Ook de rechtsorde vervalt op een bepaald terrein tot chaos wanneer een norm die onder-

39 Zie daaromtrent nader de voetnoten 67 en 68 bij Martens 2000 (vgl. wederom voetnoot 1).

40 Zie CRvB 14 mei 1987, *AB* 1987/543; CRvB 7 december 1988, *AB* 1989/10, en CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989/67.

41 Uit de omvangrijke stapel noemen wij er (enigszins willekeurig) drie, voor elke kamer één: HR 7 januari 1997, *NJ* 1997/361 (*Ontucht met stiefkind*); HR 5 september 1997, *RvdW* 1997/159c (*Duo-moeders*); HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*).

42 Zo treft men hem o.m. aan in HR 14 juli 2000, *LJN* AA6513, in HR 24 november 2000, *LJN* AA8448, en in HR 14 juni 2002, *LJN* ZC8146

deel is van een omvattende regeling plotsklaps vervangen wordt door een nieuwe norm. Het ligt dan ook voor de hand dat dit gezichtspunt samenhang vertoont met het eerste gezichtspunt: rechtsvorming dient te passen in het stelsel van de wettelijke regeling.

Vaak vinden we het gezichtspunt als zodanig echter niet terug, althans niet expliciet. Wellicht dat een verwijzing naar het stelsel van de wet in een aantal gevallen mede ingegeven is door de gedachte dat de werking van andere regels die in de procedure niet aan de orde zijn, kan worden gefrustreerd. In een kwestie waarin het ging om een vordering tot ontkenning van vaderschap die niet binnen de voorgeschreven termijn was ingediend, overwoog de Hoge Raad dat de oplossing van het geschil – een nieuwe interpretatie van artikel 1:203 BW – binnen aanvaardbare grenzen blijft, omdat het om een relatief eenvoudige maatregel gaat die, zo lijkt de Raad te impliceren, vermoedelijk geen consequenties heeft voor het BW als zodanig.⁴³ Daarbij speelde wellicht ook een rol dat alle partijen in de procedure, de moeder van het kind, de wettelijke vader en de biologische vader, prijs stelden op de verzochte ontkenning.

Ad 5 (en 10): Toewijzing dwingt de rechter zijn uitspraak nader vorm te geven en eventueel te voorzien in vormvoorschriften

De vraag of toewijzing van de vordering de rechter in de toekomst dwingt tot het nader vormgeven van zijn uitspraak, speelt een grote rol bij de vraag of van rechtsvorming dient te worden afgezien. Dit gezichtspunt hangt nauw samen met de, onder punt 3 genoemde, vuistregel dat de rechter terughoudend dient te zijn wanneer toewijzing van de vordering met zich brengt dat keuzes moeten worden gemaakt, en de hierna (in punt 12) nog te behandelen vuistregel dat de uitspraak geen aanleiding dient te geven tot een grotere werkdruk bij de gerechten door een stroom van procedures te produceren. Het tweede geval, dat de rechter gedwongen wordt vormvoorschriften te formuleren (bijvoorbeeld omdat hij een rechtsvormende rol aanneemt met betrekking tot materie die eveneens vormvoorschriften bevat), is van minder belang. In beide gevallen – het nader vormgeven van de uitspraak en het stellen van vormvoorschriften – betreft het een taak waarvoor de rechter relatief ongeschikt is, zo werd in 1993 al geconcludeerd.⁴⁴

De rechtspraak sinds 1993 kent enige gevallen waarin de vordering moest worden afgewezen vanwege het vermoeden dat toewijzing zou leiden tot het nader moeten vormgeven van de gemaakte keuze. Zo overwoog de Hoge Raad met betrekking tot de vraag of de ene vrouw het kind van haar, eveneens vrouwelijke, partner kon adopteren (het zogenaamde duo-moederschap), dat deze kwestie zijn rechtsvormende

43 HR 24 oktober 1997, NJ 1999/96. Zie ook HR 5 september 1997 RvdW 1997/159c (*Duo-moeders*), waarin de HR in r.o. 3.2 opmerkt dat de rechtspolitieke keuzes die de Hoge Raad te maken heeft (punt 3), die bij toewijzing van de vordering een reeks nieuwe vragen oproepen (punt 5), niet los kunnen worden gezien van het *afstammingsrecht in het algemeen* (curs. CJJMS & JU).

44 Zie naast de analyse van Stolker tevens de, hiervoor al aangehaalde, studie van Rijkema uit 2001 (vgl. voetnoot 28).

taak te buiten ging, niet alleen omdat van hem gevraagd werd een rechtspolitieke keuze te maken, maar tevens omdat deze keuze een reeks deelvragen met zich zou brengen.⁴⁵

Een tweede voorbeeld betreft de arresten inzake de restitutie van kennelijk onverschuldigde betalingen gedaan tijdens een faillissement.⁴⁶ Annotator Steneker merkt onder *Van der Werff/BLG*, één van de vervolgarresten op *Ontvanger/Hamm*, het volgende op:

‘Een dergelijke vergaande vorm van rechtsvorming vergt een afweging in abstracto van de vraag of het bestaande wettelijk stelsel wijziging behoeft. Bovendien leidt het creëren van een dergelijke nieuwe categorie vorderingen in faillissement onontkoombaar tot de vraag aan welke vereisten een vordering dan moet voldoen om tot die categorie te behoren. De schier onophoudelijke stroom jurisprudentie (waaronder het onderhavige arrest) en literatuur die sinds *Ontvanger/Hamm* q.q. zijn verschenen, illustreren dit.’

De hiervoor genoemde arresten zijn zeker niet de enige waarin de Hoge Raad gewag maakt van de hobbelige weg die hij voor zich ziet wanneer hij het pad van de rechtsvorming inslaat.⁴⁷ Wij kunnen dus constateren dat althans het gezichtspunt dat terughoudendheid geboden is wanneer nadere vormgeving van de nieuwe regeling vereist is, nog altijd springlevend is.

Ad 6: De rechter kan nog onvoldoende consensus ontwaren in de publieke opinie
In de meeste westerse democratieën wordt er van uitgegaan dat de wetgever recht dient te vormen conform de in de samenleving heersende rechtsopvattingen.⁴⁸ Daarmee is met name het parlement de belangrijkste kenbron van de in de maatschappij gedeelde waarden. Anders dan de rechter is het parlement op die taak ook toegerust.⁴⁹ In beginsel gaat de rechter er dan ook van uit dat een wettelijke regeling het bestaan van maatschappelijke consensus veronderstelt en dat omgekeerd, het *ontbreken* van een wettelijke regeling, bijvoorbeeld omdat daarover geen overeenstemming kan worden bereikt in het parlement, veronderstelt dat er geen gedeelde rechtsopvattingen ten aanzien van het desbetreffende punt bestaan.⁵⁰ Het betreft hier een fictie. Wanneer de rechter voldoende aanknopingspunten heeft om te veronderstellen dat de wettelijke regeling niet (langer) aansluit bij de in de samenleving levende rechtsopvattingen, dan kan hij dat vermoeden loslaten. Het punt is

45 HR 5 september 1997 RvdW 1997/159c.

46 Zie o.m. HR 5 september 1997, JOR 1997/102 (*Ontvanger/Hamm*), en HR 8 juni 2007, JOR 2007/221 (*Van der Werff/BLG*).

47 Zie bijvoorbeeld tevens HR 30 september 1992, NJ 1994/495 (*Griffierechten*); HR 4 november 1994, NJ 1995/249 (*Ontkenning vaderschap staande huwelijk*) en HR 7 januari 1997, NJ 1997/361 (*Ontucht met stiefkind*).

48 Vgl. o.m. Rijkema 2001, p. 120 (zie voetnoot 28).

49 Vgl. Rijkema 2001, pp. 55-58.

50 Zie overigens de conclusie van AG Keus bij HR 8 oktober 2004, NJ 2005/117 (*Van Pelt c.s./Martinair*), onderdeel 2.21.

natuurlijk dat hij in dat geval zeker van zijn zaak moet zijn. En de vraag is hoe hij aan die zekerheid komt. Stolker meende vijftien jaar geleden dat het in veel gevallen gaat om natte-vingerwerk. Terughoudendheid ligt daarom op dit punt voor de hand

Men treft dit gezichtspunt in expliciete vorm niet vaak in de rechtspraak aan. Een uitzondering is de vordering van een schoonmaakster die stelde dat haar ontslag vanwege haar vijfenzestigjarige leeftijd discriminatoir was.⁵¹ De Raad stelde voorop dat het te ver ging te menen dat de regel dat een dienstbetrekking eindigt bij het bereiken van de vijfenzestigjarige leeftijd niet langer in overeenstemming was met de rechtsopvatting in brede lagen van de bevolking en wees de klacht van de hand. Daarbij speelde overigens een rol dat de wetgever de kwestie inmiddels aan zich had getrokken en dat terughoudendheid (ook) daarom geboden was (zie punt 8). De kwestie herhaalde zich tien jaar later met een soortgelijke vordering van piloten van Martinair, die krachtens de CAO op hun zesenvijftigste verplicht met pensioen werden gestuurd.⁵² Ook hier achtte de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank niet onbegrijpelijk dat terughoudendheid moest worden betracht nu, gelet op de wettelijke regeling, sprake was van een breed gedeelde rechtsopvatting dat verkeersvliegers achter in de vijftig met vervroegd pensioen gaan.

De vraag of maatschappelijke inzichten reeds zodanig waren gewijzigd dat een rechtsvormende taak voor de rechter zou zijn weggelegd, speelde eveneens een rol in de hiervoor al aangehaalde strafzaak omtrent ontucht met een minderjarige stiefdochter.⁵³ De Hoge Raad overwoog dat een extensieve uitleg van het begrip ‘stiefkind’ gerechtvaardigd kon zijn, wanneer zij aansloot bij gewijzigde maatschappelijke opvattingen omtrent samenlevingsvormen. Dat daarin een ingrijpende verandering was opgetreden wilde de Raad niet ontkennen, maar – zo meende hij – er was inmiddels een zodanige verscheidenheid aan opvattingen dat de Raad voor rechtspolitieke keuzes zou komen te staan bij de vraag welke kinderen wel onder ‘stiefkind’ dienden te worden verstaan en welke niet. We zien hier een bijzondere samenloop van het onderhavige gezichtspunt met vuistregel 3.

Ad 7 (en 9): Toewijzing leidt tot een maatschappelijke breuk en rechtsonzekerheid, en brengt problemen van overgangsrecht met zich mee

De omstandigheid dat een nieuwe interpretatie van het recht, of het buiten toepassing laten van een wettelijke norm, leidt tot een forse breuk met gangbaar recht, confronteert de rechter met het probleem dat burgers vaak gerechtvaardigd hebben vertrouwd op tot dan toe geldende wetgeving. Dit gegeven levert de rechter twee gezichtspunten op die hem, als van een dergelijke situatie sprake is, een dwijte geven richting het afwijzen van de vordering. Ten eerste is het enkele feit dat rechtsonzekerheid ontstaat al een reden, zij het zeker niet van doorslaggevend belang, van rechtsvorming af te zien. Een, toegegeven enigszins fragiel, voorbeeld betrof een advies van de Hoge

51 HR 13 januari 1995, NJ 1995/430 (Codfried/ISS).

52 HR 8 oktober 2004, NJ 2005/117 (Van Pelt c.s./Martinair).

53 HR 7 januari 1997, NJ 1997/361.

Raad aan de Kroon omtrent de wettiging van een nog ongeborn kind.⁵⁴ In casu was de vader van het kind overleden voordat hij de ongeborn vrucht had erkend en voordat hij zijn voornemen om te trouwen met de moeder van het kind, met wie hij dertien jaar had samengewoond, had kunnen uitvoeren. De moeder verzocht niet alleen om een zogenaamde ‘brief van wettiging’, maar wilde tevens dat de wettiging met terugwerkende kracht zou geschieden. Het toekomstige kind kon dan erfrechtelijke aanspraken laten gelden op de nalatenschap van de vader. De Raad ging niet met de moeder mee. De vraag of het ontbreken van terugwerkende kracht van de wettiging een schending vormt van het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op *family life*, kan volgens hem in het midden blijven. Het vaststellen van de gevolgen van een dergelijke onverenigbaarheid gaat zijn rechtsvormende taak te buiten. Afgezien van het feit dat een advies zich kennelijk niet leent voor rechtsvorming, motiveert de Raad niet waarom het vaststellen van dergelijke gevolgen problematisch zou zijn.⁵⁵ Annotator De Boer meent dat daarbij gedacht zal zijn aan de rechtszekerheid. En inderdaad had A-G Hartkamp zich in zijn conclusie al afgevraagd hoe het zou moeten gaan met de rechten van derden die door het toekennen van terugwerkende kracht zouden kunnen worden benadeeld. Rechtsonzekerheid is, kortom, een factor om rekening mee te houden wanneer de rechter rechtsvorming overweegt.⁵⁶

Aan het probleem van rechtsonzekerheid kan tegemoet worden gekomen. In een advies omtrent de wenselijkheid van constitutionele toetsing, refereerde de Raad in dat verband aan zogenaamde ‘temperingstechnieken’ waarmee hij de ongewenste neveneffecten van rechtsvorming zoveel mogelijk tracht te beperken.⁵⁷ Tot die technieken behoort de mogelijkheid om enigszins te spelen met de datum vanaf wanneer de rechterlijke uitspraak bepaalde effecten sorteert.⁵⁸ Bovendien kan de rechter in dat kader zelfstandig regels van overgangsrecht formuleren.⁵⁹ Daartoe is de wetgever evenwel beter in staat dan de rechter. Voor het bedenken van een ingenieus stelsel van overgangsrecht dient de rechter dus op de hoede te zijn. Het kán wel, maar liever niet. Illusterend is in dit verband de conclusie van A-G Strikwerda in een zaak die de uitbreiding van het toepassingsbereik van artikel 1:394

54 HR 27 oktober 1994, NJ 1995/467 (Advies brieven van wettiging).

55 In een later arrest dat géén advies betrof, kwam de Hoge Raad overigens tot een soortgelijke conclusie: zie HR 24 februari 1995, NJ 1995/468. In deze zaak wees de Hoge Raad in zijn motivering trouwens ook op de letterlijke tekst van artikel 1:219 BW. Een toepassing van gezichtspunt 2 derhalve.

56 Vgl. Ook HR 24 oktober 1997, NJ 1999/96 (Ontkenning vaderschap), waarin de Hoge Raad, nadat hij heeft overwogen dat zich geen rechtzekerheidsaspecten voordoen, tot de slotsom komt dat toewijzing van het gevorderde de rechtsvormende taak niet te buiten gaat.

57 Advies van 31 oktober 1991, gepubliceerd in *NJCM-Bulletin* 1992, pp. 243 e.v., vgl. §23. Zie tevens Rijkema 2001 (zie voetnoot 28) en, recentelijker: R. de Lange, ‘Constitutionele toetsing van wetgeving in Nederland’, *RegelMaat* 2006, pp. 142-152, m.n. onder §5.

58 Een lezenswaardig artikel daaromtrent, waarbij overigens uitsluitend de praktijk van het Hof van Justitie EG centraal staat, biedt T. Koopmans, ‘Retroactivity reconsidered’, *Cambridge L.J.* 1980, pp. 287-303. Zie tevens Rijkema 2001, pp. 71-73.

59 Zie voor een reeks uitspraken: J.B.M. Vranken 1995, pp. 163-164 (zie voetnoot 2).

BW betref. Dit artikel bevat, kortgezegd, een onderhoudsplicht ten aanzien van een kind voor de man die als partner van de moeder heeft ingestemd met, zoals de wetgever het klinisch uitdrukt: een daad die de verwekking van het kind tot gevolg heeft. Aan de orde was de vraag of onder 'man' onder omstandigheden ook 'vrouw' mag worden verstaan. Strikwerda meende van wel en voerde aan dat een dergelijke interpretatie de rechter niet dwong tot het stellen van nadere regels (punt 5) en dat overgangsrechtelijke complicaties evenmin aan de orde waren.⁶⁰

Ad 8: Toewijzing doorkruist wetgeving-in-voorbereiding

De vuistregel dat de rechter terughoudend is met rechtsvorming als terzake een wetsvoorstel aanhangig is ligt voor de hand.⁶¹ Toch valt er nog wel het een en ander over op te merken. Zo wees Stolker destijds op de paradox dat juist het feit dat de wetgever zich het lot van een groep burgers aantrekt, ertoe kan leiden dat de rechter een vordering van die burgers afwijst teneinde het wetgevingsproces niet te doorkruisen. Deze paradox steunt op de veronderstelling dat de rechter wél in het rechtstekort zou hebben voorzien wanneer de wetgever zich de kwestie *niet* had aangetrokken. Veelal zal een dergelijke situatie zich echter voordoen wanneer nog onvoldoende vaststaat welke richting de beoogde regeling van de wetgever op zal gaan. Staat immers onomstotelijk vast welke oplossing de wetgever voor ogen heeft, dan zou het merkwaardig zijn te spreken van een *doorkruising* van de plannen van de wetgever. Onzekerheid omtrent toekomstige wetgeving lijkt daarentegen een indicatie dat er verschillende keuzes zijn om aan een dergelijke regeling vorm te geven. In die zin bestaat hier een verband met gezichtspunt 3.

Afgezien van deze academische exercitie echter, is de conclusie gewettigd dat de rechter doorgaans terughoudend is wanneer wetgeving in voorbereiding is. Dat was zo in 1993, in 2008 is het niet anders. In sommige gevallen toetst hij daarbij of zijn oplossing in lijn is met het aanhangige wetsvoorstel in kwestie.⁶² In andere gevallen laat hij het bij de vaststelling dat de wetgever op dit punt 'nog aan het broeden is' om met het hiervoor aangehaalde citaat van Royer te spreken.⁶³

60 Zie HR 10 augustus 2001, *LJN ZC3598*, §32 van de conclusie.

61 Al zou men ook kunnen betogen dat de rechter in sommige gevallen juist dient te anticiperen op toekomstige wetgeving. Stolker wees daar ook in 1993 al op.

62 Zie bijvoorbeeld HR 24 oktober 1997, *NJ 1999/96 (Ontkenning vaderschap)*, waarin overwogen werd dat de nogal praktische oplossing van de Hoge Raad een aanhangig wetsvoorstel niet zou doorkruisen.

63 HR 3 april 1992, *NJ 1993/286 (Erkenning buiten vader om)*; HR 13 januari 1995, *NJ 1995/430 (Codfried/ISS)* HR 6 juli 1999, *NJ 1999/702 (Uitleveringsadvies en beginselen van goede procesorde)*. Een tussenvariant betreft HR 4 november 1994, *NJ 1995/249 (Ontkenning vaderschap staande huwelijk)*, waarbij de Hoge Raad in ging op de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel en concludeerde dat nog onvoldoende vaststond of de daarin gemaakte keuzes ook daadwerkelijk het Staatsblad zouden halen. Het eindresultaat van het parlementaire proces was eveneens onzeker in HR 17 december 1993, *NJ 1994/332 (Informatieverschaffing aan toezien voorged)*.

Ad 11: Toewijzing heeft ernstige financiële consequenties

Rechterlijke uitspraken kunnen grote financiële gevolgen hebben voor de partijen in het geschil. Soms hebben uitspraken die consequenties ook voor derden of voor de overheid. Houdt de rechter daar in zijn afweging rekening mee? In 1993 dreunde een serie uitspraken van de Centrale Raad nog na. De Raad verklaarde sociale zekerheidswetgeving voor mannen (na de wetgever overigens vergeefs even de tijd te hebben gegund) ook van toepassing op vrouwen, hetgeen de minister van Financiën even heeft moeten doen blozen.⁶⁴ De regering overwoog daarop serieus het IVBPR op te zeggen, om vervolgens weer lid te worden na het maken van een voorbehoud.⁶⁵ Een recenter voorbeeld betrof de vraag of de overheid jegens een burger aansprakelijk is voor schade die berokkend is door een TBS-gestelde tijdens onbegeleid proefverlof.⁶⁶ De klaagster, een vrouw die was gegijzeld, aangerand en geld was afgeperst, vorderde schadevergoeding. Haar vordering baseerde zij op onrechtmatige daad en, subsidiair, op het beginsel van *égalité devant les charges publiques* (onevenredige schade als gevolg van rechtmatig overheidshandelen). Rechtbank, Hof en Hoge Raad oordeelden dat de beslissing om proefverlof te verlenen niet kennelijk onverantwoord en dus niet onrechtmatig was geweest. Inherent aan het stelsel van TBS is echter dat nooit zekerheid kan worden gegeven dat het verlof geen gevaar voor anderen inhoudt. Nu proefverlof deel uitmaakt van de behandeling, vergt het belang van de TBS-gestelde dat de samenleving genoeg moet nemen met een inschatting: zijn de gevaren voor de samenleving dusdanig beperkt dat verlof verantwoord is? De vraag die de Raad te beantwoorden kreeg, was of het risico van die inschatting althans gedeeltelijk voor rekening van de samenleving als geheel dient te komen. A-G Spier, meende dat een antwoord op die vraag voorlopig een zaak voor de wetgever was.⁶⁷ Het ontbrak de rechter aan gegevens omtrent de 'wezenlijke financiële belangen' die met toewijzing van de vordering op het spel stonden. De Hoge Raad volgde de A-G echter niet en moest vervolgens een aantal twijfelachtige exercities doorlopen om (met voorbijgaan aan eerdere rechtspraak omtrent het *égalité*-beginsel) toch te concluderen dat aansprakelijkheid van de Staat niet aan de orde was.⁶⁸ Het is de vraag of het voorstel van Spier niet toch navolging had verdiend. Uit het maatschappelijke debat omtrent de risico's van TBS bleek wel een behoefte aan een vorm van overheidsaansprakelijkheid. Deze uitspraak echter, Hartlief en Tjittes wezen daarop al, maant de regering in elk geval

64 Zie de in voetnoot 40 genoemde rechtspraak. Tevens P.H. Kooijmans, 'De politieke rol van de rechter en het internationale recht' in: Rood 1993, pp. 46-47 (zie voetnoot 3).

65 Zie Kooijmans 1993 (in Rood), p. 47.

66 Vgl. HR 28 mei 2004, *NJ 2006/430 (Proefverlof TBS)*, met een zeer lezenswaardige noot van Vranken.

67 Vgl. onderdelen 3.6-3.10.3 van de conclusie.

68 Zie de annotatie van Vranken en tevens de kroniek vermogensrecht van Hartlief en Tjittes in *NJB* 2004, pp. 1579-1584.

niet daartoe stappen te ondernemen.⁶⁹ Men kan zich afvragen of de rechter hier niet meer terughoudendheid had gepast.

Mogen zulke financiële overwegingen een rol spelen in de afweging van de rechter? Barendrecht meende destijds van niet: een alerte wetgever kan dergelijke gevolgen door middel van *prospective overruling* beperken.⁷⁰ Stolker was minder optimistisch. Hij meende dat terughoudendheid de rechter wél paste. Hij rekende het gezichtspunt echter tot de vuistregels die verhoudingsgewijs van geringer gewicht zijn.⁷¹ Hoewel we het leerstuk van de rechtsvorming er tijdelijk mee verlaten, valt te wijzen op een, tijdens het schrijven van deze bijdrage, zeer actuele gebeurtenis. Op het moment dat wij deze bijdrage afronden, was Nederland in de ban van een financiële crisis die tot gevolg had dat de Staat grootschalig moest ingrijpen in het bankwezen. Zeker één bank werd de facto genationaliseerd hetgeen aanleiding gaf tot diverse juridische kwesties. Zou nu de rechter worden geconfronteerd met de eventuele nietigheid van deze overname, dan zijn de consequenties niet te overzien. Terugdraaien zou de financiële chaos vermoedelijk verergeren. In een dergelijke situatie kan men zich voorstellen dat het gezichtspunt dat toewijzing ernstige financiële gevolgen heeft, noopt tot terughoudendheid van de zijde van de rechter. Toewijzing zou immers ontwrichtend kunnen uitpakken en het bankwezen ernstig ondermijnen. Het gezichtspunt zou wellicht dan ook kunnen luiden: wanneer toewijzing leidt tot ernstige maatschappelijke ontwrichting, is terughoudendheid geboden.⁷²

Ad 12: 'Floodgate': toewijzing leidt tot een stroom procedures

Mag bij de beslissing af te zien van rechtsvorming een rol spelen dat toewijzing tot een stortvloed aan procedures zal leiden? Stolker, met verwijzing naar Engels recht, meende destijds dat het argument als zodanig maar een marginale rol te spelen heeft. De wetgever heeft immers betere mogelijkheden om de verstrekkende gevolgen van rechterlijke rechtsvorming in goede banen te leiden. Sindsdien is het argument – de dreiging van een claimcultuur – in rechtszaken met enige regelmaat gebruikt,

69 Hartlief en Tjittes 2004, p. 1579 – 1584.

70 J.M. Barendrecht, *Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter* (preadv. NJV 1991), Zwolle 1992, p. 139.

71 Zie Stolker 1993, pp. 82-83 (vgl. voetnoot 3).

72 Daarbij dient te worden aangetekend dat zich juist in deze casus een aantal communautaire aspecten voordoen. Zo betreft één van de belangrijkste kwesties, de vraag of de maatregelen van de overheid niet als staatssteun moeten worden gekwalificeerd. Zou de Nederlandse rechter tot het inzicht komen dat dat het geval is, dan heeft hij niet zonder meer de vrijheid om eventuele vorderingen van concurrenten af te wijzen, integendeel. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EG blijkt dat nationale rechters, op basis van het beginsel van gemeenschapstrouw, gehouden zijn aan de, met het gemeenschapsrecht strijdige, situatie een einde te maken. Ernstige financiële of economische gevolgen kunnen daarbij slechts onder strenge voorwaarden leiden tot een uitzondering. Of aan deze voorwaarden is voldaan is een zaak van het Hof van Justitie en niet van de nationale rechter. Vgl. bijvoorbeeld HvJEG 15 januari 1986, Zaak 52/84, (*Commissie t. België*), *Jur.* 1986, p. 89; HvJEG 17 mei 1990, C-262/88, (*Barber t. Guardian R.E.A. Group*), *Jur.* 1990, p. I-1889, §41; HvJEG 4 april 1995, C-348/93, (*Commissie t. Italië*), *Jur.* 1995, p. I-673, en HvJEG 1 april 2008, C-267/06, (*Tadao Maruko t. VDB*), *Jur.* 2008 (n.n.g.), §77.

vaak door verzekeraars in aansprakelijkheidsprocedures. A-G Spier heeft er even regelmatig op gewezen dat het *floodgate*-argument toch op zijn minst door diezelfde verzekeraars zou moeten worden onderbouwd.⁷³ In plaats van het *floodgate*-argument wordt soms gesproken van het hellend vlak ('als we daaraan beginnen, dan ...'). Heel nadrukkelijk speelde dat hellend-vlakargument in de bekende civielrechtelijke zaak *Baby Kelly*, waarin het leerstuk *wrongful life* centraal stond (meer abortussen, *defensive medicine*, meer prenataal onderzoek, claims tussen ouders en kinderen).⁷⁴ Ondanks alle opwinding, zeker ook in het maatschappelijk debat, wees de Hoge Raad de vordering toe.⁷⁵ De uitspraak was opmerkelijk: vrijwel overal was de *wrongful life*-vordering afgewezen. In Frankrijk werd ze aanvankelijk door de *Cour de Cassation* toegewezen, maar vervolgens greep de wetgever in.⁷⁶ De vordering werd in de ban gedaan, waarmee overigens werd aangetoond dat – in de woorden van Martens – bezwaren tegen rechterlijke rechtsvorming (rechterlijk activisme zo men wil) kunnen worden weerlegd met het argument dat de wetgever altijd kan ingrijpen als hem de uitkomst niet bevalt.⁷⁷ De *Baby Kelly*-zaak is echter illustratief voor het feit dat men het *floodgate*-argument als zodanig niet expliciet aantreft in de rechtspraak. Dat wil niet zeggen dat het argument geen rol speelt in de literatuur, of in de (cassatie)procedure, maar het zoeken ernaar in de rechtspraak van de Hoge Raad, is als het zoeken naar een speld in de spreekwoordelijke hooiberg.

3 Naar een voorzichtige gevolgtrekking: nieuwe gezichtspunten?

Afwijzing vormt een schending van internationaal recht

Na een bespreking van de twaalf gezichtspunten dringt zich de vraag op of er in de afgelopen vijftien jaar nieuwe vuistregels bij zijn gekomen. Uit onze bespreking komt mogelijk één nieuw gezichtspunt naar voren. Wij doelen daarbij op het feit dat verdragsrecht de rechter ertoe kan nopen juist *niet* van rechtsvorming af te zien. De zojuist besproken gezichtspunten betroffen allemaal negatieve indicatoren: de rechter zou van rechtsvorming kunnen afzien als zij in strijd zou komen met de letterlijke wettekst, hem zou dwingen een nadere rechtspolitieke keuze te maken of als toewijzing zou leiden tot een stroom procedures. Maar onveranderlijk lag aan de andere kant van de weegschaal het belang van eiser. De toenemende bemoeienis van internationaal en communautair recht met de nationale rechtsorde roept de vraag op of daar niet een belang bij is gekomen: namelijk dat van de naleving van verdragsverplichtingen. De Boer wees daarop ook:

73 Zie bijvoorbeeld HR 7 december 2007, *NJ*, NJ 2007, 643, conclusie onderdeel 4.8.

74 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (met noot J.B.M. Vranken).

75 Zie voor een overzicht van het maatschappelijk debat: C.J.J.M. Stolker & M.P. Sombroek-Van Doorn, 'De *wrongful life*-vordering: schadevergoeding of euthanasie?', *NTBR* 2003, p. 496 e.v.

76 Arrest van 17 november 2000, nr. 99-13701 (*Nicolas Perruche*).

77 Martens 2000 (zie voetnoot 1).

‘Voorop staat dat men onderscheid moet maken – het is mijn indruk dat dit te weinig gebeurt – tussen EVRM/IVBPR-zaken en andere zaken waarin de taakverdeling tussen wetgever en rechter speelt, zoals bij verkeersaansprakelijkheid (...). In de laatste categorie zaken is de rechter veel vrijer in zijn rechtsvinding, of beter gezegd: in het afzien van rechtsvinding. C.J.J.M. Stolker gaf onlangs een twaalfal gezichtspunten die hierbij in aanmerking komen (...). De EVRM-zaken – nog gezweven over het communautaire recht – onderscheiden zich namelijk daardoor dat Nederland volkenrechtelijk verplicht is aan de verdragsschending een einde te maken, en de Nederlandse rechter constitutioneel verplicht mits het gaat om een ‘een ieder verbindende bepaling. Kortom, zelfs als de wetgever zich de zaak heeft aangetrokken en van die zijde spoedig een oplossing te verwachten is, is het niet vanzelfsprekend dat bij schending van het EVRM de rechter zich terugtrekt.’⁷⁸

Op zijn minst kan men zich afvragen of de rechter niet te lichtzinnig gebruik maakt van de mogelijkheid om rechtsvorming over te laten aan de wetgever. Zoals wij zagen signaleerden Happé en Gribnau op het terrein van het belastingrecht een, naar hun zin, wat te grote terughoudendheid.⁷⁹ Maar De Boer lijkt verder te gaan: volgt uit artikel 94 Gw niet de plicht dat de rechter aan de, met het verdragsrecht onverenigbare rechtstoestand een einde maakt, eventueel door het aanleggen van een noodverband? Als dat zo zou zijn, kan men hier niet meer van een gezichtspunt spreken, maar van een keiharde verplichting die de bijdrage van Stolker uit 1993 in zekere zin irrelevant maakt wanneer internationaal recht aan de orde is. In tal van kwesties is een verdragsbepaling aan de orde, hetgeen de vraag doet rijzen of de coherentie van het recht niet in het geding komt wanneer de rechter in zestig procent van de gevallen niet kan abtineren, en in veertig procent van de gevallen wel.⁸⁰ Het is bovendien de vraag of men in werkelijk alle gevallen van de rechter kan vergen dat hij zijn staatsrechtelijke positie en alle praktische overwegingen overboord gooit. Artikel 94 Gw lijkt zover niet te gaan, al is over die kwestie discussie mogelijk.⁸¹ De constitutionele plicht van de rechter om zich loyaal jegens

78 Vgl. De Boer 1995, p. 1028 (zie voetnoot 30). De verplichting voor de Nederlandse rechter om rechtsherstel te bieden wanneer fundamentele rechten in het geding zijn, ligt voorts onder meer besloten in de artikelen 6 en 13 EVRM. Zie daaromtrent o.m. Martens 2000 (voetnoot 1), Barkhuysen 2002 (voetnoot 30) en Uzman 2008 (voetnoot 36). Deze laatste concludeerde recentelijk dat de leer van de Hoge Raad, onder de huidige EHRM-rechtspraak inzake artikel 13 EVRM, in Straatsburg vermoedelijk overeind zou blijven.

79 Zie voetnoot 37.

80 De gehanteerde percentages zijn overigens volstrekt uit de lucht gegrepen. De constatering dat veel gevallen waarin de Hoge Raad de grenzen van de rechtsvormende taak bereikt acht, betrekking hebben op verdragsrecht, wordt overigens gedeeld door De Werd. Zie daaromtrent zijn preadvies uit 2004 (vgl. voetnoot 11).

81 In deze zin: Fleuren 2004, pp. 366-367 (zie voetnoot 33) Voorts A.J.Th. Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid* (diss. Utrecht), Den Haag 2002, pp. 490-491. Anders: Brouwer 1992, pp. 278-279 (zie voetnoot 33); H.R.B.M. Kummeling, ‘Internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde’ in: J.B.M.J. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle 1995, p. 382, en F.M.C. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten*, Den Haag 2002, p. 212.

het volkenrecht op te stellen is, net als zijn rechtsvormende taak, niet grenzeloos. Ons inziens is de aanwezigheid van een rechtstreeks werkende verdragsbepaling een indicator, een gezichtspunt van een bijzonder gewicht, dat klagers niet met lege handen heengezonden mogen worden. Is rechtsvorming in een dergelijk geval noodzakelijk, dan dient rechtsvorming – totdat de wetgever anders beslist – regel te zijn, en abtineren de uitzondering.⁸²

4 Tot besluit

‘In every judgment and in every court there comes a time that the judge will have to ask himself...’. In het Engels lijkt het de opmaat voor een bestseller. De nuchtere Evert Alkema sprak liever van het ‘institutionele moment’ in de rechterlijke beslissing: het moment waarop de rechter zijn positie bepaalt ten opzichte van de andere staatsmachten. In sommige gevallen houdt dat in, dat de rechter zich de vraag stelt of hij een bepaalde kwestie niet beter aan de wetgever kan laten. Stolker kwam vijftien jaar geleden tot de conclusie dat het niet zinvol was te spreken over zaken die ‘voor de politiek waren’ en zaken waarvoor dat niet gold. Hij ging daarom op zoek naar vuistregels, indicatoren die de Hoge Raad houvast kunnen bieden bij de vraag of een kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.

In deze bijdrage hebben we eerst gezien hoe de twaalf gevonden gezichtspunten er vijftien jaar later bij staan. Daarbij leerden wij dat de laatste twee gezichtspunten (financiële consequenties en een stroom aan procedures) slechts incidenteel een rol hebben gespeeld in de rechtspraak van de Hoge Raad. Toch kan men deze vuistregels niet afschrijven: in uitzonderlijke gevallen is denkbaar dat zij opduiken. Een nieuwe ster aan het firmament betrof de in 1999 geïntroduceerde keuzeformule nieuwe stijl: een toetsingsmodel waarmee de Raad het belang van het bieden van rechtsbescherming aan de eiser afweegt tegen het primaat van de democratisch gelegitimeerde wetgever. Toch blijkt dat model, naast antwoorden, ook vragen op te leveren. De belangrijkste vraag is inmiddels hoe de Nederlandse rechter, met dit model in de hand, het hoofd kan bieden aan het communautaire en het internationale recht. We hebben in dat kader een nieuwe vuistregel geformuleerd die, anders dan de eerdere twaalf, juist in de richting van een minder grote terughoudendheid ten aanzien van rechtsvorming wijst. Of echter van een dertiende gezichtspunt mag worden gesproken

82 Overigens hebben wij het dan nog niet gehad over het communautaire recht, dat immers, naar wordt aangenomen, niet krachtens de artikelen 93 en 94 Gw maar op eigen kracht doorwerkt. Het is onwaarschijnlijk dat de Nederlandse rechter de ruimte heeft van rechtsvorming af te zien wanneer hij daarmee een, met het gemeenschapsrecht strijdige situatie, zou laten voortduren. Zie in dat kader een tweetal bijdragen uit de Duitse literatuur: D. Ehlers & A. Eggert, ‘Zur Zulässigkeit einer Zeitlich begrenzten weiteren Anwendung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Rechts’, *Juristen Zeitung* 2008, pp. 585-593, en voorts Ch. Koenig & K. Schreiber, ‘Gewährung von Übergangsfristen à la Bundesverfassungsgericht durch den Europäischen Gerichtshof?’, *Die Öffentliche Verwaltung* 2008, pp. 450-454.

is voor ons nog onzeker. Wellicht moet immers van een 'harde' regel worden gesproken. Een en ander hangt af van de uitleg die men aan artikel 94 Gw geeft. Intussen blijft de verhouding tussen rechter en wetgever een ongrijpbare en vluchtige materie. Procedures die om zogenaamde politieke kwesties draaien, bevatten soms aanknopingspunten die zowel tot terughoudendheid, als tot een actievere opstelling nopen. Welke opstelling de rechter dan kiest, is niet op voorhand te zeggen. In de tussentijd blijft de rechter zijn werk doen en blijft het nog wel een tijdje vaag, die zogenaamde politieke kwesties. Voor de burger die zijn gelijk in een dergelijke procedure probeert te halen, is het als met de student die deze casus op een tentamen heeft opgelost en op het cijfer wacht: *Que Sera, Sera*.