

# Rome, Luxemburg, Den Haag: de prejudiciële procedure als rechtsvormend instrument

Elsemieke Daalder & Ruben de Graaff\*

Sinds 1 juli 2012 bestaat de mogelijkheid om aan de Hoge Raad prejudiciële vragen te stellen. Hij zal dit instrument kunnen gebruiken om zijn positie als rechtsvormer te versterken. De Hoge Raad is niet de eerste rechter die over dit middel beschikt. De prejudiciële procedure kent belangrijke voorgangers op Europees niveau, die in deze bijdrage worden belicht.



## I Inleiding

Bij rechtsvorming door de rechter denkt men vaak direct aan de *common law*, het rechtssysteem van Engeland en Amerika waarin het civiele

recht door de rechter wordt 'gevonden'. Ook op het continent bestaat echter een sterke traditie van rechtsvorming door de rechter.

Tegenwoordig hebben de Hoge Raad en zijn collega's in de ons omringende landen een uitgesproken rechtsvormende taak. Recent heeft de Hoge Raad daartoe een nieuw instrument verkregen, te weten de prejudiciële procedure

Tegenwoordig hebben de Hoge Raad en zijn collega's in de ons omringende landen zelfs een uitgesproken rechtsvormende taak.<sup>1</sup>

Recent heeft de Hoge Raad daartoe een nieuw instrument verkregen, te weten de prejudiciële procedure. Lagere civiele rechters kunnen sinds 1 juli 2012 prejudiciële vragen voorleggen aan de civiele kamer van de Hoge Raad. Deze prejudiciële procedure is geen moderne uitvinding. Zij heeft een lange reis gemaakt – van het zuiden van Europa naar het noorden, van de Romeinse keizertijd naar de 21e eeuw.

De Romeinse keizer kende ten tijde van het principaat reeds een uitgebreide praktijk van de beantwoording van vragen over het recht, die zowel door overheidsfunctionarissen als door burgers aan hem konden worden voorgelegd

## II Rome

Voor de historische wortels van de prejudiciële procedure moeten we terugkeren naar het keizerlijk hof in Rome.<sup>2</sup> De Romeinse keizer kende ten tijde van het principaat

\* Mr.dr.s. E.S. Daalder is als promovenda verbonden aan de afdeling Rechtsgeschiedenis van de Universiteit Leiden. Mr. R. de Graaff is als promovendus verbonden aan de afdeling Burgerlijk recht van de Universiteit Leiden, en is tevens redacteur van *Ars Aequi*.

1 Zie daarover de eerdere bijdrage aan deze Rode Draad van G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming', *AA* 2015, p. 61-67 (AA20150061).

2 Vgl. L.C. Winkel, 'Das Vorabentscheidungsverfahren beim Europäischen Gerichtshof und dessen historische Vorbilder', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2007, p. 231-237, i.h.b. sub 3.

3 Toen Augustus na de slag bij Actium in 31 v.Chr. alleenheerser van het Romeinse rijk werd, probeerde hij het Republikeinse staatsbestel zoveel mogelijk in stand te laten en dichtte hij zichzelf een positie binnen haar constitutie toe. Zie W.J. Zwalve, *Beknopte Geschiedenis van het Romeinse Recht*, Den Haag: BJu 2004, p. 50-52 en W. Kunkel & M. Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, Keulen: Böhlau 2001, p. 63 e.v.

4 D. 1,4,1 pr (Ulpianus): *Quod principi placuit, legis habet vigorem*. Vgl. Gai. *Inst.* 1,5.

5 Gai. *Inst.* 1,5. Zie ook Zwalve 2004, p. 64-68 en Kunkel & Schermaier 2001, p. 167-171.

6 Waarover J.H.A. Lokin, 'Mandata principis' (Rode draad 'Historische Wortels van het Recht'), *AA* 2013, p. 957-964 (AA20130957). Zie in het bijzonder over de rechtskracht van deze vorm van keizerlijke wetgeving p. 958-959.

- 7 Zie bijvoorbeeld voor de Severische periode J.-P. Coriat, *Le Prince Législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit imperial à la fin du principat*, Rome: École Française de Rome (BEFAR 294) 1997, p. 113 e.v.
- 8 De bekende historicus Fergus Millar spreekt over een systeem 'petition and response', F. Millar, *The Emperor in the Roman World*, Londen: Duckworth 1992, p. 6 e.v.
- 9 M. Kaser & K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München: C.H. Beck 1996, §67.
- 10 Het Nederlandse recht kent geen 'Doctrine of Precedent'. Zie O.A. Haazen, 'Precedent in the Netherlands', in: J.H.M. van Erp & L.P.W. van Vliet (red.), *Netherlands Reports to the Seventeenth International Congress of Comparative Law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 33-52.
- 11 Fronto, *ad. M. Caes.* 1,6,2-3: *In iis rebus et causis, quae a privatis iudicibus iudicantur, nullum inest periculum, quia sententiae eorum intra caesarum demum terminos valent; tuis autem decretis, imperator, exempla publice valitura in perpetuum sanciantur. (...) tu, ubi quid in singulos decernis, ibi universa exemplo adstringis.*
- 12 De zogeheten *Decretorum Libri Tres*, waarover C. Sanfilippo, *Pauli Decretorum Libri Tres*, Milaan: Giuffrè 1938. Zie daarnaast ook M. Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milaan: Giuffrè 2012 en V. Wankel, *Appello ad principem: Urteilsstil und Urteilstechnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen*, München: C.H. Beck 2007.
- 13 Het ging hierbij vaak om 'billijkheidsbeslissingen', waarbij de keizer het geldende recht buiten toepassing liet en op basis van de billijkheid of gelijksoortige begrippen een beslissing nam. Zie bijvoorbeeld D. 4,4,38 *pr.* en D. 28,5,93(92).
- 14 Zie bijvoorbeeld D. 16,2,24, D. 14,5,8 en D. 22,1,16 *pr.* Zie ook het decreet van Marcus Aurelius in D. 28,4,3, dat wordt aangehaald door Papinianus in D. 34,9,12 en 34,9,16,2.
- 15 Winkel 2007, p. 233. Deze prejudiciële procedure wordt in de literatuur aangeduid als *consultatio ante sententiam*, waarover W. Litewski, 'Consultatio ante sententiam', *ZSS* 1969, p. 227-257.
- 16 Zie over de totstandkoming van rescripten en de rol van de keizerlijke kanselarij hierin T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, Oxford: Clarendon Press 1994.

reeds een uitgebreide praktijk van de beantwoording van vragen over het recht, die zowel door overheidsfunctionarissen als door burgers aan hem konden worden voorgelegd.

Ook al was de keizer staatsrechtelijk gezien misschien slechts een 'eerste ondergelijken' (*primus inter pares*),<sup>3</sup> de facto verenigde hij in zijn persoon de functie van wetgever, uitvoerder en hoogste rechter. Om die reden stelden de Romeinse juristen dan ook 'dat wat de keizer ook maar besliste, kracht van wet had'.<sup>4</sup> De keizer kon zijn wetgevende beslissingen, de zogeheten *constitutiones principis* of 'keizerconstituties', op verschillende manieren vormgeven.<sup>5</sup> Om te beginnen kon hij ervoor kiezen om, net als een moderne wetgever, een algemeen verbindend voorschrift voor het gehele rijk uit te vaardigen. Een dergelijke wet in de klassieke zin van het woord noemde men een *edictum*, een edict. Daarnaast had hij de mogelijkheid om specifieke richtlijnen uit te vaardigen voor de vele verschillende bestuurders die het Romeinse rijk kende (in het bijzonder de gouverneurs van de provincies), de zogeheten *mandata*.<sup>6</sup> Beide soorten keizerconstituties hadden, net als moderne wetgeving, een algemeen karakter: zij golden voor de gehele bevolking of voor een onderdeel hiervan. Deze twee middelen werden opvallend genoeg maar weinig door de keizer gebruikt.<sup>7</sup> Hij gaf de voorkeur aan rechtsvorming op basis van beslissingen in individuele gevallen<sup>8</sup> en gedroeg zich in dit opzicht meer als een moderne rechter dan als een moderne wetgever. Hij had hiervoor twee andere soorten keizerconstituties tot zijn beschikking: rescripten (*rescripta*) en decreten (*decreta*).

## De keizer gaf de voorkeur aan rechtsvorming op basis van beslissingen in individuele gevallen en gedroeg zich in dit opzicht meer als een moderne rechter dan als een moderne wetgever

Decreten waren de beslissingen die door de keizer als hoogste rechter in het rijk in individuele rechtszaken werden genomen. Het kon hierbij zowel gaan om zaken in eerste aanleg als om zaken in appel.<sup>9</sup> De keizerlijke decreten kunnen worden vergeleken met

de arresten van de Hoge Raad, zij het dat er één belangrijk verschil bestond. De arresten van de Hoge Raad werken in beginsel alleen tussen partijen en hebben geen kracht van wet,<sup>10</sup> terwijl de uitspraken van de Romeinse keizer werden beschouwd als daden van wetgeving en golden voor alle inwoners van het rijk. De redenaar Marcus Cornelius Fronto (2e eeuw n.Chr.) verwoordt het mooi in zijn correspondentie met keizer Marcus Aurelius:

'In die zaken en gevallen, waarin door normale rechters wordt geoordeeld, bestaat er geen enkel gevaar, omdat hun uitspraken slechts binnen de grenzen van die zaken van kracht zijn. De precedentes die u in uw decreten scheidt, o keizer, hebben echter publieke gelding tot in de eeuwigheid. (...) U, wanneer u uitspraak doet in individuele zaken, bindt iedereen met dit precedent.'<sup>11</sup>

Gezien het feit dat dergelijke beslissingen waren gebaseerd op een specifiek feitencomplex, kan men zich afvragen in hoeverre zij zich leenden voor algemene toepassing in de rechtspraktijk. Uit de enige aan ons overgeleverde verzameling van decreten, uitgesproken door keizer Septimius Severus (193-211) en opgetekend door de jurist Julius Paulus,<sup>12</sup> blijkt dat de formulering van de keizerlijke beslissingen varieerde. Sommige uitspraken waren zeer specifiek en boden een unieke oplossing voor een geïsoleerd geval,<sup>13</sup> terwijl andere uitspraken veel algemener waren geformuleerd en om die reden ook in andere geschillen konden worden toegepast.<sup>14</sup> Hetzelfde fenomeen doet zich nog steeds voor bij de uitspraken van de Hoge Raad.

## Lagere rechters konden de keizer om advies vragen over een bepaalde juridische kwestie. Het keizerlijk antwoord op een dergelijke vraag noemde men een rescript

Het was echter lang niet altijd mogelijk om een zaak persoonlijk aan de keizer voor te leggen. Er bestond in dit geval wel een andere mogelijkheid om de mening van de keizer over een bepaalde rechtsvraag te krijgen. Lagere rechters konden de keizer om advies vragen over een bepaalde juridische kwestie.<sup>15</sup> Het keizerlijk antwoord op een dergelijke vraag noemde men een rescript.<sup>16</sup> Dit keizerlijk advies bond niet

alleen de lagere rechter bij wie de procedure aanhangig was,<sup>17</sup> maar had tevens kracht van wet.<sup>18</sup>

Een mooi voorbeeld van een dergelijk geval vinden we in D. 49,14,48 *pr.*<sup>19</sup> Het betreft een zeer gecompliceerde zaak van testamentair erfrecht over de uitkering van een geheim fidei-commis, dat wil zeggen een fidei-commis ten behoeve van een persoon die niet bevoegd was om zaken bij testament te verkrijgen (*incapax*). Er zal op deze plaats van een verdere inhoudelijke behandeling worden afgezien.<sup>20</sup> Van belang is dat de door de keizer aangestelde rechters in deze zaak, de *procuratores caesaris*, zich tijdens de procedure genoodzaakt zagen om de vraag aan de keizer voor te leggen of en onder welke omstandigheden het geheime fidei-commis moest worden uitgekeerd. De keizers antwoordden als volgt:

‘(...) Nadat de keizers (*i.e.* Septimius Severus en Caracalla) door de procuratoren waren geconsulteerd, schreven zij in een rescript dat het fidei-commis moest worden uitgekeerd, als niet werd bewezen dat de wil (van de erfater) was veranderd. (...)’<sup>21</sup>

## De keizers gaven geen concreet oordeel over de zaak, maar formuleerden slechts een beoordelingskader dat vervolgens door de lagere rechters kon worden gebruikt bij hun beoordeling van het geval

De formulering van het keizerlijke rescript is opvallend. De keizers gaven geen concreet oordeel over de zaak, maar formuleerden slechts een beoordelingskader dat vervolgens door de lagere rechters kon worden gebruikt bij hun beoordeling van het geval. De grote overeenkomsten met de moderne prejudiciële procedure kunnen de lezer moeilijk ontgaan. Eén belangrijk verschil moet echter worden benadrukt. Naast de lagere rechters konden ook privépersonen, die in een procedure verwickeld waren of dreigden te raken, een prejudiciële vraag aan de keizer stellen door middel van een verzoekschrift (een zogeheten *libellus*).<sup>22</sup> Zijn rescriptenpraktijk was in die zin vele malen breder dan die van het Hof van Justitie of de Hoge Raad tegenwoordig.

Uit het voorgaande blijkt dat de Romeinse keizer ten tijde van het principaat in feite

precies dezelfde middelen tot zijn beschikking had als de Hoge Raad (en tot op zekere hoogte het Hof van Justitie in Luxemburg), te weten ‘gewone’ uitspraken en prejudiciële beslissingen. Hoe gebruikte de keizer deze twee instrumenten om het recht te vormen? Niet alleen in de geschriften van de juristen die ten tijde van het principaat leefden, maar ook in het later hieruit samengestelde *Corpus Iuris Civilis*, in het bijzonder de *Codex Justinianus*, zijn vele malen meer rescripten dan decreten opgenomen.<sup>23</sup> Hieruit volgt dat de juristen in de oudheid een grotere interesse hadden in rescripten dan in decreten van de keizer. Dit mag ook geen verbazing wekken, aangezien rescripten zich nu eenmaal beter leenden voor het uitvaardigen van algemene rechtsregels dan decreten. Zij waren gebaseerd op concrete rechtsvragen en gaven de keizer de mogelijkheid om bij de beantwoording hiervan concrete, in de praktijk toepasbare rechtsregels te formuleren. Aangezien ook het aantal andersoortige keizerconstituties (*edicta* en *mandata*) dat naast rescripten en decreten aan ons is overgeleverd beperkt is,<sup>24</sup> kan worden gesteld dat de rescriptenprocedure de kern van de keizerlijke rechtsvorming vormde.<sup>25</sup>

## Na de oudheid werd de keizerlijke rescriptenpraktijk overgenomen door niemand minder dan de paus

Na de oudheid werd de keizerlijke rescriptenpraktijk overgenomen door niemand minder dan de paus.<sup>26</sup> Als het hoofd van de katholieke kerk regeerde hij in de Middeleeuwen over West-Europa, zoals eens de Romeinse keizers dat hadden gedaan.<sup>27</sup> Hij bediende zich bij de vorming van het canonieke recht dan ook van gelijksoortige instrumenten als de keizer, in het bijzonder het rescript. De twee belangrijkste verzamelingen van pauselijke wetgeving, de *Liber Extra* (X.), uitgevaardigd door paus Gregorius IX in 1234 en de aanvulling hierop, de *Liber Sextus* (VI<sup>o</sup>), uitgevaardigd door Bonifacius VIII in 1298, bestaan voor het merendeel uit prejudiciële beslissingen, net als de hierboven genoemde *Codex Justinianus*.<sup>28</sup> Samen vormden zij het hart van de codificatie van het canonieke recht, het *Corpus Iuris Canonici*, dat tot 1918 van kracht is geweest.

17 Winkel 2007, p. 233 en Kaser & Hackl 1996, §67.III. De bevoegdheid om vragen te stellen was niet beperkt tot rechters, maar strekte zich uit tot alle keizerlijke ambtenaren. Meestal gingen beide functies echter hand in hand, aangezien vrijwel alle keizerlijke ambtenaren ook jurisdictie in verschillende soorten geschillen hadden. Zie bijvoorbeeld Tac. *Ann.* 12,60 en verder P.A. Brunt, ‘Procuratorial jurisdiction’, *Latomus* 1966, p. 461-487.

18 Gai. *Inst.* 1,5.

19 Zie verder bijvoorbeeld D. 4,1,7 *pr* en D. 4,4,11,2.

20 Zie hiervoor H. Ankum, ‘Paulus D. 49,14,18 *pr.*: De beslissing in hoger beroep van keizer Septimius Severus over de nalatenschap van Statius Florus’, in: B.C.M. Jacobs (red.), *Een rijk gerecht: opstellen aangeboden aan prof. mr. P.L. Neve*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1998, p. 1 e.v., die ook de overeenkomsten tussen dit geval en de prejudiciële procedure in Luxemburg opmerkt (p. 15, noot 68).

21 Paulus, libro secundo decretorum. (...) *Consulti imperatores a procuratoribus rescripserant, si non probaretur mutata voluntatem esse, praestandum fideicommissum.* (...).

22 In een dergelijk geval werd de lagere rechter alleen door het rescript gebonden als het feitencomplex zoals dit door de verzoekende partij was voorgesteld, overeenkwam met het daadwerkelijke feitencomplex, zie Winkel 2007, p. 233, Kaser & Hackl 1996, §67.III en J.M. Kelly, *Princeps Iudex. Eine Untersuchung zur Entwicklung und zu den Grundlagen der kaiserlichen Gerichtsbarkeit*, Weimar: Böhlau Nachfolger 1957, p. 90.

23 In het bijzonder voor de Severische dynastie, zie Coriat 1997, p. 113 e.v. Zo komt hij tot een verhouding van 444 rescripten tegenover 60 decreten tijdens de regeerperiode van Septimius Severus. Zie tevens W. Kunkel, ‘Die Funktion des Konsiliums in der magistratischen Straffjustiz und im Kaisergericht (II)’, *ZSS* 1968, p. 328, noot 171.

24 Vgl. Coriat 1997, p. 113 e.v.

25 Zie in die zin ook Honoré 1994, p. 3 e.v. en Kunkel & Schermaier 2001, 169-170.

26 Winkel 2007, p. 234.

27 In de Middeleeuwen betoegden de pausen zelfs dat zij de rechtmatige opvolgers van de Romeinse keizers waren. Zij baseerden zich hierbij op een document, waarin de zogeheten ‘schenking van Constantijn’ (*donatio constantini*) was vastgelegd. Volgens de tekst van het document zou de Romeinse keizer Constantijn

(ca. 275-337) de wereldlijke macht over Rome en het westen van het Romeinse rijk aan paus Sylvester I hebben geschonken. Pas in de 15e eeuw werd door Lorenzo Valla (ca. 1407-1457) aangetoond dat het om een vervalsing uit de 8e eeuw ging. Zie over de rol van de *donatio I.S. Robinson, The Papacy 1073-1198. Continuity and Innovation*, Cambridge: Cambridge University Press 1990, p. 22 e.v. en 309 e.v. en meest recent J. Fried, *'Donation of Constantine' and 'Constitutum Constantini': the misinterpretation of a fiction and its original meaning*, Berlijn: De Gruyter 2007.

28 Naast de pauselijke rescripten komen we in de codificaties van Gregorius IX en Bonifacius VIII ook rechterlijke beslissingen van de paus in bij hem aangebrachte geschillen tegen. Beide soorten beslissingen werden (enigszins verwarrend) aangeduid als *'decretales'*. Zie voor deze term bijvoorbeeld C. Duggan, *New Catholic Encyclopedia*, deel 4, p. 707-709 en Robinson 1999, p. 199 e.v.

29 Het Franse parlement stemde tegen de ratificatie van het Verdrag tot oprichting van een Europese Defensiegemeenschap (EDG), een defensieorganisatie die zou worden opgevolgd door een Europese Politieke Gemeenschap (EPG), waarin ook de EGKS zou worden geïntegreerd. Zie over deze beslissende episode L.J. van Middelaar, *De passage naar Europa. Geschiedenis van een begin* (diss. UvA Amsterdam), Groningen: Historische Uitgeverij 2009, p. 204-214.

30 Zie M. Rasmussen, 'From *Costa v ENEL* to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution', in: M. Maduro e.a. (red.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford: Hart 2010, p. 82.

31 Frankrijk wilde bijvoorbeeld geen permanent gemeenschappelijk Hof van Justitie, maar een niet-permanent hof van arbitrage, dat voornamelijk uit technische experts zou moeten bestaan. Zie A. Boerger-De Smedt, 'Negotiating the Foundations of European Law, 1950-1957: The Legal History of the Treaties of Paris and Rome', *Contemporary European History* 2012, p. 349.

32 Frankrijk vroeg om opname van de overzeese gebieden in de interne markt, eiste uitstel van de overgangperiode waarbinnen de interne markt tot stand zou worden gebracht, wilde meer sociale harmonisatie en verlangde uitzonderingen voor eigen exportsubsidies en importheffingen. Zie Van Middelaar 2009, p. 218-219.

### III Luxemburg

Deze imperiale en pauselijke traditie werd overgenomen door het Hof van Justitie in Luxemburg. Op 25 maart 1957 werd in Rome, de zetel van de Romeinse keizers en de paus, het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG) door Frankrijk, West-Duitsland, Italië en de Benelux-landen ondertekend. De inhoud was ingrijpend, maar de vorm voorzichtig. Het ambitieuze plan voor een Europees leger was in 1954 gesneuveld in de Franse *Assemblée Nationale* en daarmee stond het voornemen om een Europese Politieke Gemeenschap op te richten op losse schroeven.<sup>29</sup> De regeringsleiders waren het erover eens dat een nieuw project slechts gericht zou moeten zijn op economische integratie, wilde het kans van slagen hebben.<sup>30</sup>

### De imperiale en pauselijke traditie werd overgenomen door het Hof van Justitie van de Europese Unie

Vanaf medio 1956 werd over het Verdrag onderhandeld, onder leiding van Paul-Henri Spaak, de Belgische minister van Buitenlandse Zaken. Opnieuw lag Frankrijk dwars, zowel op institutioneel<sup>31</sup> als op sociaal-economisch gebied.<sup>32</sup> Deze impasse werd pas doorbroken toen bondskanselier Adenauer de Franse premier Mollet begin november 1956 in Parijs bezocht. Europa werd op dat moment beheerst door een gevoel van dreiging: Brits-Franse troepen bestookten Egyptische doelen in de strijd om het Suezkanaal, het Russische leger trok Boedapest binnen om een eind te maken aan de Hongaarse opstand, de Russische premier Boelganin dreigde vervolgens met een nucleaire aanval op Londen en Parijs, terwijl de Amerikanen speculeerden tegen de Britse pond – en dit alles binnen enkele dagen. Tijdens het bezoek van Adenauer raakte Mollet ervan overtuigd dat West-Europa zich moest verenigen. De heren bereikten een compromis: in ruil voor uitstel van de invoering van de interne markt staakte Frankrijk het verzet op institutioneel en sociaal-economisch gebied.<sup>33</sup>

Vervolgens werd de verdragstekst door een juridisch comité (*Groupe de rédaction*) opgesteld. Men was het er inmiddels over eens dat er een Europese rechter moest

komen. Maar hoe moest deze rechter eruit zien? Welke bevoegdheden moest hij krijgen? De *Groupe de rédaction* heeft twee opties overwogen.<sup>34</sup> De eerste mogelijkheid was het creëren van een Europees constitutioneel gerechtshof met exclusieve rechtsmacht in elk geschil over gemeenschapsrecht. Op verzoek van partijen zou het hof direct en finaal kunnen beslissen, zonder afhankelijk te zijn van de medewerking van nationale rechters. Een dergelijk federaal hof, dat gelijkenis vertoonde met het Amerikaanse Hooggerechtshof, werd vooral gesteund door de Duitse delegatie, maar politiek onhaalbaar geacht.

### Men was het erover eens dat er een Europese rechter moest komen. Maar hoe moest deze rechter eruit zien? Welke bevoegdheden moest hij krijgen?

Een tweede mogelijkheid was het invoeren van een prejudiciële procedure. De Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) kende al een Hof dat bevoegd was in een prejudiciële procedure een uitspraak te doen. De bevoegdheden van dit Hof waren echter beperkt: het Hof mocht zich alleen uitspreken 'over de geldigheid van besluiten van de Hoge Autoriteit en van de Raad, indien een geschil dat aan een nationale rechter is voorgelegd, deze geldigheid in het geding brengt'.<sup>35</sup>

Hoe moest de uniforme uitleg van het toekomstige gemeenschapsrecht nu worden gegarandeerd? Nicola Catalano, die Italië vertegenwoordigde en later rechter zou worden in het Hof van Justitie, kwam met een voorstel. Net als bij de Italiaanse *Corte Costituzionale* zou de prejudiciële procedure moeten openstaan voor *alle* vragen over de *interpretatie* van het gemeenschapsrecht. Na twee maanden overleg lag de definitieve tekst van artikel 177 EEG-Verdrag<sup>36</sup> op tafel, waarin het Hof van Justitie de bevoegdheid kreeg bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over onder meer 'de uitlegging van dit Verdrag' en 'de geldigheid en uitlegging van de door de instellingen van de Gemeenschap verrichte handelingen'. Het belangrijkste rechtsvormende instrument van het Hof van Justitie was, dankzij Catalano, geboren:

'Thus it is Mr Catalano to whom we owe the idea for one of the most spectacular innovations of the Treaties of Rome by comparison with the Treaty of Paris, namely the reference for a preliminary ruling by way of interpretation. (...) Was he able to foresee at that time the exceptional judicial evolution which would be made possible on that basis? At all events we can only recognize that, without that procedure, the greatest judgments of our Court would never have seen the light of day.'<sup>37</sup>

Twee baanbrekende uitspraken illustreren het belang van de prejudiciële procedure voor de ontwikkeling van het Europese recht. In 1963 oordeelde het Hof van Justitie in *Van Gend en Loos* dat 'de Gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt' en dat de bepalingen van het EEG-Verdrag – onder voorwaarden – directe werking hebben en dus rechtstreeks door personen kunnen worden ingeroepen voor de nationale rechter. Het Hof ondersteunde dit oordeel onder meer door te wijzen op zijn taak via de prejudiciële procedure 'de eenheid in de uitlegging van het Verdrag door de nationale gerechten te verzekeren'.<sup>38</sup> Doordat burgers het Europese recht vanaf dat moment in nationale procedures konden invoeren, werden nationale rechters gestimuleerd over de uitleg daarvan prejudiciële vragen te stellen. Het invoeren van het Europese recht werd bovendien aantrekkelijk gemaakt doordat het Hof in 1964 in *Costa/E.N.E.L.* oordeelde dat het Europese recht 'op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet'.<sup>39</sup>

Sindsdien is de prejudiciële procedure van groot belang gebleken voor de ontwikkeling van het Europese recht – zowel in kwantitatief als in kwalitatief opzicht. In 2014 ging het bijvoorbeeld om 428 nieuwe prejudiciële procedures, op een totaal van 622 aangebrachte zaken (69%).<sup>40</sup> Ook inhoudelijk zijn bijna alle belangrijke uitspraken het gevolg van een door een nationale rechter opgeworpen vraag – met uitzondering van zaken op het gebied van bijvoorbeeld Europees bestuursrecht, intellectuele eigendom en mededingingsrecht, die eerst voor het Gerecht komen en pas daarna het Hof van Justitie bereiken.

**Twee facetten van de prejudiciële procedure springen in het oog. Ten eerste hebben individuen, anders dan bij de Romeinse rescriptenprocedure, geen directe toegang tot het Hof**

Twee facetten van de prejudiciële procedure springen in het oog. Ten eerste hebben individuen, anders dan bij de Romeinse rescriptenprocedure, geen directe toegang tot het Hof. Ook al is de hoogste nationale rechter gehouden zich met een vraag van uitleg tot Luxemburg te wenden,<sup>41</sup> de partijen in de nationale procedure en het Hof zijn afhankelijk van diens bereidwilligheid.<sup>42</sup> In de eerste jaren, toen het bouwwerk van het Europese recht werd opgetrokken, moedigde het Hof van Justitie rechters dan ook aan gebruik te maken van de prejudiciële procedure.<sup>43</sup> Verzoeken werden welwillend bekeken,<sup>44</sup> waarbij het Hof zo nu en dan de vrijheid nam de vraag te herformuleren.<sup>45</sup> Later werden voorzichtig grenzen aangegeven. Niet elke vraag hoefde te worden gesteld, omdat correcte toepassing van het Europese recht voldoende duidelijk is (*acte clair*) of een vergelijkbaar geval al eens door het Hof is beslist (*acte éclairé*).<sup>46</sup> Niet elke vraag hoefde ook te worden beantwoord. Het Hof kan weigeren een beslissing te geven,<sup>47</sup> bijvoorbeeld omdat de rechtsvraag<sup>48</sup> of de feiten<sup>49</sup> onvoldoende duidelijk zijn.<sup>50</sup>

**Een tweede belangrijke karakteristiek van de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie is het feit dat het de nationale rechter is die het Europese recht uiteindelijk toepast op het concrete geval**

Een tweede belangrijke karakteristiek van de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie is het feit dat het de nationale rechter is die het Europese recht uiteindelijk toepast op het concrete geval. Het Hof heeft ook herhaaldelijk verklaard niet bevoegd te zijn de feiten te onderzoeken<sup>51</sup> en dus geheel afhankelijk te zijn van de feiten zoals die door de nationale rechter worden gepresenteerd.<sup>52</sup> Na door de partijen in het geding, de lidstaten, de Europese Commissie en eventueel door andere relevante EU-instellingen te zijn geïnformeerd,<sup>53</sup> geeft het Hof antwoord op de vraag. Net als bij een prejudiciële vraag door een rechter aan de Romeinse keizer is het uitgangspunt dat het Hof van Justitie het

33 Zie over deze beslissende wending uitgebreid Van Middelaar 2009, p. 215-223.

34 Zie Boerger-De Smedt 2012, p. 352.

35 Art. 41 EGKS-Verdrag.

36 Het huidige art. 267 VWEU.

37 Address in commemoration of Nicola Catalano, a former Member of the Court, delivered by Lord Mackenzie Stuart, President of the Court, formal sitting of 18 October 1984, opgenomen in: *Synopsis of the work of the Court of Justice of the European Communities in 1984 and 1985 and record of formal sittings in 1984 and 1985*, Luxemburg: 1986, p. 137-138. Zie <http://aei.pitt.edu/4778/1/4778.pdf>.

38 HvJ EEG 5 februari 1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos/Nederlandse Administratie der Belastingen*).

39 HvJ EEG 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*).

40 *Gerechtelijke statistieken 2014* (Hof van Justitie van de Europese Unie, Perscommuniqué nr. 27/15, 3 maart 2015), zie <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-03/cp150027nl.pdf>.

41 Zie art. 267 VWEU.

42 Het is bekend dat op dit vlak grote verschillen bestaan tussen de verschillende lidstaten, die niet slechts kunnen worden verklaard door een verschil in bevolkingsomvang. Zie M. Broberg & N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice* (second edition), Oxford: Oxford University Press 2014, p. 34-59.

43 Vgl. P. Craig & G. De Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials* (fifth edition), Oxford: Oxford University Press 2011, p. 463.

44 Vgl. HvJ EEG 1 december 1965, 16/65, ECLI:EU:C:1965:117 (*Schwarze*), waarin het Hof overwoog dat 'het de taak van het Hof is bedoelde rechter rechtstreeks van voorlichting te dienen zonder hem eerst te noodzaken zijn toevlucht te nemen tot zuiver dilatoire formaliteiten welke met de eigen aard der in artikel 177 geregelde procedures onverenigbaar zijn'.

45 Vgl. HvJ EEG 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*), waarin het Hof overwoog dat het 'de interpretatie-vraagstukken, waarvan het op grond van artikel 177 kennis kan nemen, uit de voorgelegde vragen kan afzonderen'. Zie voor meer voorbeelden Broberg & Fenger 2014, p. 412 e.v.

46 HvJ EEG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT*), r.o. 8-21.

47 HvJ EEG 11 maart 1980, C-104/79, ECLI:EU:C:1980:73 (*Foglia I*), r.o. 11; HvJ EEG 16

- december 1981, ECLI:EU:C:1981:302 (*Foglia II*), r.o. 14 e.v.
- 48 HvJ EG 21 januari 2003, C-318/00, ECLI:EU:C:2003:41 (*Bacardi-Martini*).
- 49 HvJ EEG 26 januari 1993, C-320-322/90, ECLI:EU:C:1993:26 (*Telemarsicabruzzo/Circostel*).
- 50 Zie voor meer voorbeelden Craig & De Búrca 2011, p. 467-470.
- 51 Zie HvJ EEG 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*); HvJ EEG 15 december 1976, C-35/76, ECLI:EU:C:1976:180 (*Simmmenthal*), r.o. 7-8; HvJ EEG 16 maart 1978, C-117/77, ECLI:EU:C:1978:72 (*Pierik*), r.o. 6-7.
- 52 Zie HvJ EG 16 september 1999, C-435/97, ECLI:EU:C:1999:418 (*WWF*).
- 53 Zie art. 96 van de 'Rules of Procedure' van het Hof van Justitie. Anderen dan partijen (*amici curiae*) worden hier niet genoemd en kunnen in beginsel geen schriftelijke opmerkingen indienen. Zie Broberg & Fenger 2014, p. 352-353.
- 54 Er dient sprake te zijn van dusdanige concurrentie met kleine persbedrijven, die geen vergelijkbare prijzen kunnen bieden, dat een verplaatsing van de vraag wordt veroorzaakt.
- 55 HvJ EG 26 juni 1997, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 (*Familiapress*), r.o. 18, en 28-29.
- 56 Vgl. Tridimas, die spreekt van 'outcome cases': T. Tridimas, 'Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction', *International Journal of Constitutional Law* 2011, p. 737-756. Zie voor meer voorbeelden G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford: Hart 2012, p. 225-228.
- 57 Zie J.H. Gerards, 'De Brighton-verklaring en de toekomstbestendigheid van het EHRM', *NTM/NJCM-Bull.* 2013, p. 620.
- 58 Na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon leest art. 6 lid 2 VEU als volgt: 'De Unie treedt toe tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Die toetreding wijzigt de bevoegdheden van de Unie, zoals bepaald in de Verdragen, niet.'
- 59 *Advies 2/13 van het Hof van Justitie (voltallige zitting)*, 18 december 2014, punt 197-198.
- 60 Het EHRM is terughoudend met het toetsen van handelingen van EU-instellingen. Het EHRM gaat ervan uit dat de EU zelf in voldoende mate mensenrechtenbescherming biedt. Deze veronderstelling kan worden weerlegd als het in een individueel geval duidelijk is dat het stelsel van de rechtsbescherming tekort-

juridische kader formuleert, aan de hand waarvan de nationale rechter het concrete geval moet beoordelen.

Het arrest *Familiapress* is illustratief. In deze zaak, waarin een Oostenrijks verbod op de verkoop van uit andere lidstaten afkomstige tijdschriften met prijsvragen centraal stond, oordeelt het Hof eerst 'dat het behoud van de pluriformiteit van de pers een dwingende eis kan vormen, die een beperking van het vrij verkeer van goederen rechtvaardigt'. Vervolgens noemt het Hof enkele voorwaarden waaraan moet zijn voldaan, wil een verbod gerechtvaardigd zijn.<sup>54</sup> Het is ten slotte aan de nationale rechter om te beoordelen of, in het licht van de omstandigheden van het geval en 'op basis van een onderzoek van de betrokken nationale persmarkt' aan deze voorwaarden is voldaan.<sup>55</sup>

Zoals in elk rechtssysteem is deze scheiding tussen recht en feit niet onprobleematisch. Het Hof van Justitie bepaalt immers zelf of het om een rechtsvraag of een feitelijke vraag gaat. Soms geeft het Hof zó gedetailleerd antwoord dat er voor de nationale rechter weinig ruimte overblijft.<sup>56</sup> Het maakt de prejudiciële procedure tot een machtig rechtsvormend instrument, waarmee het Hof zichzelf een essentiële rol heeft toebedeeld bij de interpretatie en ontwikkeling van het Europese recht.

## Het succes van de prejudiciële procedure heeft andere gerechtelijke instanties en wetgevers geïnspireerd

Het succes van de prejudiciële procedure heeft andere gerechtelijke instanties en wetgevers geïnspireerd. Met Protocol 16 bij het EVRM is inmiddels een adviesprocedure in het leven geroepen, die hoogste rechters van staten die het protocol hebben geratificeerd in staat stelt om een vraag van uitleg aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in Straatsburg te stellen. Deze procedure lijkt op de prejudiciële procedure in Luxemburg, met dien verstande dat het EHRM de mogelijkheid heeft zaken te selecteren en het advies niet bindend is. De procedure moet het EHRM in staat stellen een meer constitutionele rol te spelen, waarbij hij sneller op actuele grondrechtendiscussies zou kunnen inspelen dan nu het geval is.<sup>57</sup>

Het Hof van Justitie beschouwt het EHRM echter als een ongewenste kaper op de kust. Halverwege december 2014 adviseerde het Hof van Justitie negatief over de verenigbaarheid van het ontwerpakkkoord inzake de toetreding van de EU tot het EVRM. Die toetreding is vanaf eind 2009 een verdragsverplichting (art. 6 lid 2 VEU).<sup>58</sup> Het was de bedoeling eventuele mensenrechtenschendingen door EU-instellingen onder extern toezicht van het EHRM te plaatsen. Volgens het Hof brengt het ontwerpakkkoord in de huidige vorm de autonomie van het EU-recht in gevaar. Steen des aanstoots is onder meer Protocol 16, dat

'afbreuk zou kunnen doen aan de autonomie en de doeltreffendheid van de in artikel 267 VWEU vastgestelde prejudiciële procedure, met name wanneer door het Handvest [van de Grondrechten, ESD & RdG] gewaarborgde rechten aan de orde zijn die overeenstemmen met die welke door het EVRM worden erkend'.

Volgens het Hof bestaat 'het risico (...) dat de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU, die (...) de hoeksteen vormt van het door de Verdragen ingestelde gerechtelijke systeem, wordt omzeild.'<sup>59</sup>

## Het Hof is duidelijk niet bereid de prejudiciële procedure zomaar uit handen te geven. Luxemburg wenst niet ondergeschikt te worden gemaakt aan Straatsburg

Zoals we hebben gezien, is de prejudiciële procedure door het Hof van Justitie gebruikt om de eigen positie te versterken. Het Hof is duidelijk niet bereid dit machtige instrument zomaar uit handen te geven. Ondanks de wil van de verdragspartijen wenst Luxemburg niet ondergeschikt te worden gemaakt aan Straatsburg. Daarmee gaat het negatieve advies niet alleen over de autonomie van het EU-recht, maar ook over de eigen positie van het Hof van Justitie als hoogste Europese rechter. Die wending is opvallend, aangezien de geschiedenis van de prejudiciële procedure in Luxemburg voor een belangrijk deel juist gaat over het versterken van de positie van de burger. Die burger kan zich vanwege het belang van 'de eenheid en nuttige werking van het recht van de Unie' voorlopig nog niet ten overstaan van EU-instellingen op het EVRM beroepen en toegang verkrijgen tot het Straatsburgse Hof – al dan niet via een prejudiciële procedure.<sup>60</sup>

#### IV Den Haag

Inmiddels heeft ook de Hoge Raad zich op dit strijdtoneel begeven. Zoals reeds vermeld, kunnen sinds 1 juli 2012 aan de civiele kamer van de Hoge Raad prejudiciële vragen worden gesteld op grond van artikelen 392-394 Rv.<sup>61</sup> Aanleiding voor de invoering van deze regeling was het rapport 'Versterking van de Cassatierechtspraak' van de Commissie normstellende rol van de Hoge Raad (ook wel 'commissie Hammerstein' genoemd) uit februari 2008.<sup>62</sup> Haar opdracht was gebaseerd op eerdere discussies in de wetenschap en de praktijk over de rechtsvormende taak<sup>63</sup> en de werklast van de Hoge Raad.<sup>64</sup>

### Inmiddels heeft ook de Hoge Raad zich op het strijdtoneel begeven. Zoals reeds vermeld, kunnen sinds 1 juli 2012 aan de civiele kamer van de Hoge Raad prejudiciële vragen worden gesteld op grond van artikelen 392-394 Rv

De commissie kwam met verschillende voorstellen om ervoor te zorgen dat slechts zaken die er daadwerkelijk toe doen, dat wil zeggen zaken die betrekking hebben op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling of zaken waarin een fundamenteel aspect van de rechtsbescherming in het geding is, bij de hoogste rechter terechtkomen.<sup>65</sup> In het rapport wordt een directe verbinding getrokken tussen de mogelijke invoering van de prejudiciële procedure en de rechtsvormende taak van de Hoge Raad:

'In de probleemanalyse betreffende de civiele sector komt naar voren dat een aantal rechtsvragen de Hoge Raad niet of niet tijdig bereikt. Dit staat in de weg aan een optimale vervulling van zijn rechtsvormende taak. Daardoor kan de civiele kamer in sommige opzichten buitenspel staan, hetgeen de rechtseenheid en rechtszekerheid niet ten goede komt. Een van de mogelijke remedies die in dit verband zijn voorgesteld, is het openen van de mogelijkheid voor de feitenrechter aan de Hoge Raad een rechtsvraag voor te leggen in de vorm van een prejudiciële vraag.'<sup>66</sup>

Per 1 juli 2012 is deze mogelijkheid gerealiseerd. Op grond van artikel 392 Rv kan een lagere rechter een rechtsvraag met een aanzienlijk belang voor de rechtspraak<sup>67</sup> aan de Hoge Raad voorleggen. Inmiddels zijn er verschillende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld en door hem beantwoord<sup>68</sup> of in een enkel geval doorverwezen naar Luxemburg.<sup>69</sup>

Opvallend is het feit dat de lagere rechter niet alleen ambtshalve kan verwijzen, maar dit ook op verzoek van partijen kan doen (art. 392 lid 1 aanhef Rv). In die zin klinkt 2000 jaar later het Romeinse systeem nog steeds in het Nederlandse door. Nadat de zaak door de lagere rechter is doorverwezen, moeten partijen in de gelegenheid worden gesteld om 'schriftelijke opmerkingen te maken' (art. 393 lid 1 Rv). Als het gaat om een zaak van groot belang, kan de Hoge Raad ook een mondelinge behandeling bevelen (art. 393 lid 4 Rv). Na partijen gehoord te hebben, neemt de advocaat-generaal conclusie (art. 393 lid 6 Rv). Bij het nemen van zijn beslissing kan de Hoge Raad, net als het Hof van Justitie, de vraag 'herformuleren'. Partijen worden in de gelegenheid gesteld hierop te reageren, tenzij de herformulering 'van ondergeschikte betekenis' is (art. 393 lid 7 Rv).

### Het rechtsvormende karakter van de prejudiciële procedure wordt duidelijk geïllustreerd door het feit dat de Hoge Raad zich door zogeheten *amici curiae* kan laten informeren

Het rechtsvormende karakter van de prejudiciële procedure wordt duidelijk geïllustreerd door het feit dat de Hoge Raad zich door zogeheten *amici curiae* kan laten informeren (art. 393 lid 2 Rv). Beroeps- en belangenverenigingen, maatschappelijke en niet-gouvernementele organisaties, maar ook individuen en wetenschappers kunnen de Hoge Raad nader inlichten over de problematiek die aan de orde is of over de mogelijke gevolgen van een bepaalde uitkomst voor de praktijk. Juist bij de prejudiciële procedure kan deze inbreng van groot belang zijn, aangezien de relevante feiten en betrokken belangen soms nog niet volledig in kaart zijn gebracht.<sup>70</sup> Deze inbreng is formeel geen onderdeel van de 'gewone' cassatieprocedure en van de cassatieprocedure in het belang der wet. Ook de uitkomst van deze procedures kan echter grote gevolgen hebben, die het individuele geval overstijgen. Zou de Hoge Raad in zulke situaties niet ook de mogelijkheid moeten hebben zich te laten informeren door *amici curiae*? Voor de cassatieprocedure in het belang der wet heeft de Hoge Raad deze mogelijkheid in-

komingen heeft. Zie EHRM 30 juni 2005, nr. 45036/98 (*Bosphorus / Ierland*).

61 Ook wordt overwogen het stellen van prejudiciële vragen aan de strafkamer en de belastingkamer mogelijk te maken. Zie, ten aanzien van de strafkamer, de door de Tweede Kamer aangenomen motie van Dijkhoff en Van Nispen, 26 november 2014, *Kamerstukken II*, 34000, VI, 29. Zie, ten aanzien van de belastingkamer, het interview met de president van de Hoge Raad: N. Huls, 'Bruggen bouwen. Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, Maarten Feteris', *NJB* 2015/404, p. 491.

62 [www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2007/03/27/rapport-versterking-van-de-cassatierechtspraak.html](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2007/03/27/rapport-versterking-van-de-cassatierechtspraak.html).

63 Hierbij moet in het bijzonder worden gewezen op het 'Eindrapport fundamentele herbezinning van het Nederlands burgerlijk procesrecht' (Den Haag 2006).

64 Rapport Versterking Cassatierechtspraak, p. 6.

65 Rapport Versterking Cassatierechtspraak, p. 40 e.v. Naast het voorstel tot invoering van een prejudiciële procedure bepleitte de commissie een stelsel van selectie aan de poort (gerealiseerd per 1 juli 2012 door art. 80a RO) en een ruimere toepassing van cassatie in belang der wet (art. 78 lid 1 RO).

66 Rapport Versterking Cassatierechtspraak, p. 50.

67 Vgl. art. 392 lid 1 sub a en b Rv.

68 Zie voor een overzicht [www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Pages/Prejudicielevragenaan-decivielekamerandeHogeRaad.aspx](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Pages/Prejudicielevragenaan-decivielekamerandeHogeRaad.aspx).

69 HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901, *NJ* 2014/428.

70 Vgl. J. Spier, 'Rechtsontwikkeling met beleid en kennis van zaken', in: G. van Dijk e.a. (red.), *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, Deventer: Kluwer 2013, p. 48.

71 Als er 'naar het oordeel van de Hoge Raad aanleiding bestaat', kunnen andere belanghebbenden voortaan worden uitgenodigd opmerkingen in te dienen in een cassatieprocedure in het belang der wet. Zie HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1342, r.o. 3.3.

middels wel gecreëerd.<sup>71</sup> Zowel binnen<sup>72</sup> als buiten<sup>73</sup> de Hoge Raad wordt voorgesteld haar ook in ‘gewone’ cassatieprocedures te bieden.<sup>74</sup>

## Als tegenhanger van de rechterlijke prejudiciële beslissing ontwikkelde zich tijdens de Franse revolutie het *référé législatif*

Intussen moet worden bedacht dat een dergelijke sterke positie van de hoogste rechter ook een tegenreactie kan oproepen. De geschiedenis laat zien dat zowel de burger als de wetgever niet altijd tevreden zijn met een dergelijke positie van de rechter.<sup>75</sup> Als tegenhanger van de rechterlijke prejudiciële beslissing ontwikkelde zich bijvoorbeeld om deze reden tijdens de Franse revolutie het zogeheten *référé législatif*.<sup>76</sup> Deze procedure schreef voor dat lagere rechters zich met vragen over de uitleg en interpretatie van de wet moesten wenden tot het in 1790 ingestelde *Tribunal de Cassation*. Dit tribunaal maakte echter, anders de huidige *Cour de Cassation*, onderdeel uit van de wetgevende macht.<sup>77</sup> Zo werd bewerkstelligd dat niet de rechter, maar de wetgever de inhoud van de wet vaststelde.

## Ook de hercodificatie van ons burgerlijk recht werd deels ingegeven door een streven naar beperking van de invloed van het rechtersrecht

Ook de hercodificatie van ons eigen burgerlijk recht werd deels ingegeven door een streven naar beperking van de invloed van het rechtersrecht. Zo stelde de minister van Justitie in zijn Nota over het Nieuwe Burgerlijk Wetboek dat:

‘De rechtspraak over het burgerlijk wetboek geeft een ontwikkeling te zien, die zich in menig opzicht van de wetstekst heeft losgemaakt en soms zelfs tegen de letter van het wetboek indruist. Deze ontwikkeling van het burgerlijk recht doet het wettenrecht wijken voor een jurisprudentierecht, dat in het algemeen door zijn casuïstisch karakter minder dan wettenrecht in staat is het ingewikkelde maatschappelijke leven op bevredigende wijze aan algemene voorschriften te helpen. In sommige gevallen, waar nog geen rechtsovertuiging bestaat, kan dit een voordeel zijn. Echter in de meerderheid der gevallen is de maatschappij meer gediend door een van te voren haar gegeven richtsnoer.’<sup>78</sup>

In het kader van het voornemen van hercodificatie werd door een lid van de Communistische Partij van Nederland (CPN), Jan Haken, zelfs een regeling voorgesteld die grote overeenkomsten vertoonde met het *référé législatif* van de Franse revolutionairen.<sup>79</sup> Telkens wanneer de rechter een lacune in de wet constateerde, diende de procureur-generaal bij de Hoge Raad ambtshalve cassatie in belang der wet in te stellen bij de Hoge Raad en deze te laten beoordelen of inderdaad sprake was van een leemte. Bleek dit volgens de Hoge Raad het geval te zijn, dan was de minister van Justitie verplicht ‘onverwijld’ een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer in te dienen om de lacune op te vullen. Ook tegenwoordig steekt het *référé législatif* nog af en toe de kop op. Zo bepleit Uzman de ontwikkeling van een zogeheten ‘constitutionele lus’, waarbij de rechter de wetgever bij tussenuitspraak in de gelegenheid stelt met mensenrechten strijdige wetgeving te repareren.<sup>80</sup>

## Hoogste rechters worden tegenwoordig geacht ‘leiderschap’ te tonen en maatschappelijke discussies sneller te beïnvloeden. De prejudiciële procedure is daarvoor bij uitstek geschikt. Deze bevoegdheid geeft macht en invloed, maar creëert ook spanning

### V Conclusie

De geschiedenis laat zien dat de prejudiciële procedure uit kan groeien tot het belangrijkste instrument voor rechtsvorming door een rechter. In kwantitatief en kwalitatief opzicht is de prejudiciële procedure in Rome en Luxemburg van doorslaggevend belang geweest voor de ontwikkeling van het Romeinse en Europese recht. Het valt te bezien of de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad op termijn eenzelfde functie zal vervullen. Het is niet verwonderlijk dat in Den Haag, maar ook in Straatsburg, een dergelijke procedure is ontworpen. Hoogste rechters worden tegenwoordig geacht ‘leiderschap’ te tonen en maatschappelijke discussies sneller te beïnvloeden. De prejudiciële procedure is daarvoor bij uitstek

72 C.E. Drion, ‘Het spanningsveld in cassatie tussen geschilbeslechting en rechtsvorming’, *NJB* 2014/1507, p. 2017.

73 Zie bijv. C.B. Bavinck, ‘Moet de Hoge Raad externe deskundigen en amici curiae inschakelen?’, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2009/4, p. 4. e.v. Volgens De Poorter zouden ook de hoogste bestuursrechters deze mogelijkheid moeten krijgen, zie J.C.A. de Poorter, ‘Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de amicus curiae in de Algemene wet bestuursrecht’, *NTB* 2015/7, p. 40-49.

74 Er wordt wel gesuggereerd dat de Hoge Raad *amici curiae* zou kunnen horen tijdens een mondelinge behandeling van de desbetreffende zaak (zie bijv. Bavinck 2009 en Drion 2014), of zou kunnen toestaan te reageren op de Conclusie van de advocaat-generaal, een mogelijkheid die partijen hebben op grond van artikel 44 lid 3 Rv (zie Drion 2014).

75 Waarover W.J. Zwolve, ‘The equity of the law: Law and Equity since Justinian’, in: E. Koops & W.J. Zwolve (edd.), *Law & Equity. Approaches in Roman Law and Common Law*, Leiden: Nijhoff 2014, p. 17 e.v., i.h.b. p. 27 e.v.

76 Winkel 2007, p. 235-237 en W.J. Zwolve & C.J.H. Jansen, *Publiciteit van Jurisprudentie*, Deventer: Kluwer 2013, p. 115-116. Zie over het *référé législatif* en de verhouding tussen rechter en wetgever M. Miersch, *Der sogenannte référé législatif: eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert*, Baden-Baden: Nomos 2000.

77 Zwolve & Jansen 2013, p. 115-116 en Winkel 2007, p. 236.

78 Parl. Gesch. BW, Algemeen Deel, p. 7.

79 Parl. Gesch. Voortgang (Inv. 3,5,6), p. 165. Zie hierover nader W.J. Zwolve, ‘Jan Haken. Over systeemconsistent “socialistisch” denken’, in: W.J. Zwolve, *De cyprussen van Daphne*, Den Haag: BJu 2014, p. 215 e.v.

80 J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, paragraaf 11.7.4.

geschikt. Het middel geeft de rechter de kans om relatief los van de feiten een algemeen beoordelingskader te geven, dat door de lagere rechter moet worden gebruikt bij de beoordeling van het concrete geval. Deze bevoegdheid geeft macht en invloed, maar creëert ook spanning. Om te beginnen kan er spanning ontstaan tussen de rechtsvormende functie en de behoefte aan individuele rechtsbescherming. Zo zullen de procespartijen er niet altijd bij gebaat zijn dat hun geschil wordt gecompliceerd door ingewikkelde, langdurige en daardoor kostbare procedures ten behoeve van de rechtsontwikkeling. Ten tweede bestaat het risico

dat de hoogste rechter wordt gevraagd 'leiderschap' te tonen, terwijl hij de maatschappelijke gevolgen van zijn uitspraak nog niet goed kan overzien. Omdat de gebruikelijke tegenspraak ontbreekt, moet de hoogste rechter zich goed laten informeren over de problematiek en over de mogelijke gevolgen van een bepaalde uitkomst voor de rechtspraktijk. Ten derde kan het instrument voor staatsrechtelijke spanningen zorgen, niet alleen tussen rechter en wetgever, maar tegenwoordig ook tussen hoogste rechters onderling, zoals het negatieve advies van het Hof van Justitie over de toetreding van de EU tot het EVRM illustreert.

---