This is a postprint of:

Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters
J.B.M. Vranken

Nederlands Juristenblad, 2000, vol. 75, nr. 1, pp. 1-5

For citation:

Please use the reference above

Link to the postprint file:

http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=12954

More information about this publication:

http://repository.uvt.nl/id/ir-uvt-nl:oai:wo.uvt.nl:84282

NJB salon, vrijdag 18 februari 2000

TOEVAL OF BELEID?
OVER RECHTSVORMING DOOR DE HOOGSTE RECHTERS

De brede erkenning van rechterlijke rechtsvorming

De hoogste rechterlijke colleges in Nederland - Hoge Raad, Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State en Centrale Raad van Beroep[1] - hebben een rechtsvormende taak. Ook lagere colleges zijn van rechtsvorming niet uitgesloten, maar dit aspect van hun taak is minder omvangrijk en treedt in het algemeen ook minder op de voorgrond. De rechtsvormende taak van de hoogste rechterlijke colleges wordt tegenwoordig openlijk erkend. Voor de Hoge Raad is de erkenning per 1 juli 1988[2] zelfs wettelijk verankerd: art. 101a RO staat toe om in zaken waarin geen vragen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling aan de orde zijn, het cassatieberoep zonder motivering te verwerpen.[3]

De situatie in Nederland[4] spoort met wat vrijwel overal elders wordt geleerd. 'There

---

[1]Terzijde laat ik het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en het College van Beroep studiefinanciering.

[2]Zie over de situatie vóórdien de bijdragen in de bundel De Hoge Raad der Nederlanden, 1988, uitgegeven ter gelegenheid van het 150-jarig bestaan van de Hoge Raad. Eén van de ondertitels luidt: De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer.

[3]Enkele cijfers: in 1998 is bijna 18% van de civiele zaken op deze manier afgedaan, een stijging van 5% vergeleken met 1996 en 1997. Voor strafzaken waarin cassatiemiddelen zijn ingediend, is het percentage 101a-beslissingen in 1998 gedaald tot 32%. In de jaren daarvoor schommelde het rond de 40%. De fiscale cijfers zijn resp. 23,5% voor 1998 en ongeveer 20% voor 1996 en 1997. Bron: Toelichting op de Jaarcijfers 1997 en 1998 van de Hoge Raad der Nederlanden, 1999, resp. p. 41, 52 en 58.

[4]De Afdeling Bestuursgeschillen van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep ontberen een met art. 101a RO vergelijkbare wettelijke grondslag, maar beide colleges refereren in hun uitspraken soms uitdrukkelijk aan hun rechtsvormende taak. Zie over rechterlijke rechtsvorming in het bestuursrecht, met verwijzing naar jurisprudentie, onder meer de dissertatie van R. de Lange, Publiekrechtelijke rechtsvinding, 1991, alsook M. Scheltema, Wie

should be no difficulty in accepting that Supreme Courts do, and must, pursue the .... development of the private law', aldus de slotconclusie van een studie naar de rol van Supreme Courts in zo'n veertig rechtsstelsels.[5] Wetgeving - beter is het te spreken van regelgeving, want er bestaan veel rechtsregels van niet-statelijke origine, terwijl ook veel niet geschreven regels, beginselen en waarden van belang zijn[6] -, regelgeving en rechtspraak worden meer en meer in 'con currentie' met elkaar gezien. Ze zijn partners in law business. Beide kunnen niet zonder elkaar. Een bekend voorbeeld dicht bij huis is het nieuwe BW in Nederland. In de parlementaire stukken is de taakverdeling met zoveel woorden uitgesproken. Bepaalde kwesties heeft de wetgever welbewust overgelaten aan rechtsvorming door de rechter. Hierbij gaat het niet alleen om de invulling van open normen - dat zou weinig verrassend zijn -, maar ook om hele leerstukken als precontractuele aansprakelijkheid, de onrechtmatige overheidsdaad en de derdenwerking van overeenkomsten.

Het 'partnership' is niet voor ieder land hetzelfde. Zelfs binnen een land bestaan soms grote verschillen tussen de diverse colleges. In Nederland is dit niet anders. De Hoge Raad is een cassatiehof dat zich alleen bezighoudt met rechtsvragen, de beide

---

stelt de wet: de wetgever of de rechter?, in: P. van Dijk (red.), De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme, 1989, p. 85-94; M. Scheltema, Hoe groot is de rechterlijke vrijheid? Enige opmerkingen vanuit het bestuur, in: Van de Griend e.a. (red.), Rechtsvinding, 1996, p. 21-27; A.R. Neerhof, De bestuursrechter en zijn beleid. Rechtsvorming in de vorm van scherpe jurisprudentieregels?, Trema 1996, p. 388-397, alsook zijn dissertatie, Het geschil voorbij, 1994, met name p. 31-51 en p. 215-230.

[5]Yessiou-Faltsi (ed.), The Role of the Supreme Courts at the National and International Level, 1998 (uitgegeven door Sakkoulas Publications in Thessaloniki, Griekenland). Vergelijk voor België recent B. Bouckaert, De rol van de rechter en wetgever voor de rechtsontwikkeling in België en Nederland, 1999. Interessant en diepgravend over de situatie in Engeland en de Verenigde Staten is R.A. Katzmann (ed.), Judges and Legislators. Toward Institutional Comity, 1988.

[6]In zijn nabeschouwing bij G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 1999, p. 143-148 bespreekt Koopmans dit verschijnsel onder het hoofdje 'juridisch pluralisme'.

andere moeten hun rechtsvormende taak uitoefenen als hoogste feitelijke rechters in tweede en soms zelfs in eerste aanleg. Dat werkt door in hun taakopvatting en dus ook in hun taakvervulling. Rechtsvergelijkend blijkt dat colleges die zich uitsluitend richten op rechtsvragen en bovendien de toevloed van zaken kunnen indammen door bijvoorbeeld een verlofstelsel, de meeste ruimte hebben voor rechtsvorming.[7] Toch wil dit niet zeggen dat ze dan ook het meest aan rechtsvorming doen. Dat hangt mede af van andere factoren, zoals de eigen aard van de rechtsgebieden waarop de rechtspraak betrekking heeft. Het civiele recht, het strafrecht en het bestuursrecht stellen ten dele andere eisen en leggen andere beperkingen op aan de mate waarin en de voorwaarden waaronder rechters hun rechtsvormende taak kunnen uitoefenen. Om één trefwoord in dit verband te noemen: de legaliteitseis die in het strafrecht en het bestuursrecht wél, maar in het civiele recht niet of nauwelijks geldt. Ook procesrechtelijk zijn er verschillen die doorwerken in de (on)mogelijkheden tot rechterlijke rechtsvorming. Uitermate belangrijk zijn voorts de redenen die aanleiding zijn voor het 'partnership'. Ze verschillen per land en vaak ook per rechtsgebied. In algemene zin variëren ze van een tekortschietende regelgeving tot een welbewuste verdeling van taken vanwege complexiteit, ontbreken van consensus, te lange duur, de vrees voor onhanteerbare gedetailleerdheid c.q. het liever stap voor stap benaderen en afbakenen van problemen. Van betrekkelijk recent dateert de omstandigheid dat tegenwoordig sprake is van een omvangrijk juridisch pluralisme van nationale, Europese en internationale regels en van geschreven en ongeschreven recht. Hieruit vloeien veel afstemmings- en toetsingsproblemen voort, die alleen in concreto, dit wil zeggen door de rechter, beslist kunnen worden.

Consequenties

De rechtsvormende taak van de hoogste rechterlijke colleges heeft verschillende consequenties:

-er is behoefte aan meer aandacht voor rechterlijk overgangsrecht

-er is behoefte aan meer inzicht in de betekenis van precedenten. Onder meer is de vraag tussen welke colleges precedentwerking aanvaard dient te worden (alleen van hoog tot laag of ook van gelijke rang?) en hoe ermee moet worden omgegaan.

-de druk op de motivering van rechterlijke beslissingen neemt toe.

---

[7]Vergelijk het in noot 5 genoemde boek van Yessiuo-Faltsi, 1998, passim.

De consequentie die in de NJB Salon centraal zal staan, is dat het niet strookt met het belang van rechterlijke rechtsvorming indien het in overwegende mate van toevallige factoren afhangt of de rechterlijke colleges eraan toekomen. Toegespitst op het civiele recht is het in de eerste plaats toevallig of een zaak tot de Hoge Raad doordringt. Daarvoor is nodig dat er partijen zijn die de kosten en moeite ervoor over hebben tot in hoogste instantie door te procederen. In de tweede plaats moeten in de lagere instanties zowel de juiste juridische ankers zijn uitgeworpen als de feiten zodanig zijn gepresenteerd dat rechtsvorming mogelijk is. Is het een of het ander om welke reden ook niet gebeurd, dan is er in cassatie meestal weinig meer aan te verhelpen en loopt de mogelijke rechtsvorming daarop stuk. In derde plaats moet de Hoge Raad bereid zijn een rechtsvormende beslissing te nemen. De Hoge Raad heeft een grote mate van vrijheid om rechtsvormend op te treden, maar hij benut die vrijheid zeker niet altijd. Onduidelijk is waarom hij het de ene keer wél en de andere keer niet doet. Nooit motiveert hij waarom hij in een concreet geval rechtsvorming nodig en ook verantwoord acht in zijn verhouding tot de regelgeving. Ook het omgekeerde motiveert hij niet, behalve in die gevallen waarin hij uitspreekt dat en waarom volgens hem de gewenste beslissing zijn rechtsvormende taak te boven gaat. Daarmee is echter nog niets gezegd over al die andere gevallen waarin rechtsvorming zijn taak niet te boven zou gaan, maar hij er desondanks, zonder enige toelichting, van afziet.

Een nieuwe benadering

In strafzaken en bestuurszaken zullen ten dele andere toevalsfactoren gelden - tijdens de NJB Salon zal hierop nader worden ingegaan -, maar dat doet aan het principe niet af. Vandaar de vraag: is een stelsel van rechterlijke rechtsvorming op basis van toevalligheden nog wel verdedigbaar? Waarom wachten met het oplossen van problemen tot zich een geval voordoet waarbij iemand bereid is zich de kosten en moeite te getroosten om mede voor anderen duidelijkheid te krijgen over een omstreden rechtskwestie? Moet de rechtspraak van de hoogste rechters niet heel anders worden georganiseerd opdat hun rechtsvormende taak beter uit de verf kan komen? Met name omdat zo sterk wordt benadrukt dat rechtsvorming door de rechter onmisbaar is naast regelgeving en soms zelfs daar boven te verkiezen, lijkt een bevestigend antwoord geïndiceerd. Ook Wiarda merkte in zijn preadvies voor de NJV van 1978 al op dat 'controversiële rechtsvragen van actuele betekenis niet in voldoende mate tot de Hoge Raad doordringen.'[8]

---

[8]G.J. Wiarda, Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd

Wil men minder afhankelijk zijn van toevalligheden, dan moet men opteren voor een benadering waarin stelselmatig, welbewust en pro-actief wordt ingespeeld op de behoefte aan en de mogelijkheden tot rechterlijke rechtsvorming. Om de gedachten te bepalen en om de discussie aan te zwengelen, noem ik enkele manieren waarop deze benadering vorm zou kunnen worden gegeven. De volgorde is willekeurig.

A. Cassatie in het belang van het recht.

Als cassatie in het belang der wet bestaat het instrument in verschillende landen van de Europese Unie. In Nederland geldt het alleen voor de Hoge Raad, niet voor de bestuursrechtelijke colleges. Het wordt nauwelijks gebruikt.[9] Onlangs is in de Tweede Kamer een motie ingediend met de strekking het instrument in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling nieuw leven in te blazen. Het antwoord van de minister, opgesteld in overleg met de PG bij de Hoge Raad, is zeer afhoudend. Cassatie in het belang der wet zou zich niet lenen voor regelmatig gebruik. Het Tweede Kamerlid Van Oven heeft deze opstelling onlangs in de kolommen van dit blad met klem bestreden. Ik verwijs daarnaar.[10] Hier beperk ik mij tot één argument dat de PG bij de Hoge Raad in het jaarverslag aanvoert.[11] Hij schrijft dat het niet gewenst is de Hoge Raad in een rechtskwestie te betrekken als de contouren en de daarbij op het spel staande belangen nog niet voldoende zijn uitgekristalliseerd. Zijns inziens is het beter af te wachten of in de nabije toekomst het partijbelang niet sterk genoeg zal blijken om de vraag in het kader van een gewone cassatie aan de orde te stellen. Ik meen dat dit een visie is die zich moeilijk verdraagt met het belang dat in onze hedendaagse samenleving aan rechterlijke rechtsvorming

---

en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?, preadvies NJV 1978, p. 120.

[9]Den Hartog Jager, Cassatie in het belang der wet, 1994. Hij heeft berekend dat in de jaren zeventig en tachtig gemiddeld drie cassaties in het belang der wet zijn ingesteld. In 1997 en 1998 is in geen enkel van de 39 resp. 35 verzochte gevallen een vordering ingesteld: zie a.w. (nt. 3), 1999, p. 72. Blijkens het in de vorige noot genoemde preadvies NJV 1978 bedroeg in de periode daarvoor het gemiddelde nog 7 per jaar.

[10]G.J.W. van Oven, Cassatie in het belang der wet, NJB 1999, p. 1974-1975.

[11]A.w (nt. 3), 1999, p. 67/ 68.

wordt gehecht, bijvoorbeeld in het geval dat omtrent een bepaalde kwestie in de literatuur en praktijk grote onzekerheid bestaat dan wel daarover in de lagere rechtspraak sterk verschillend wordt geoordeeld. Wiarda bepleitte in zijn preadvies voor de NJV van 1978 eveneens een aanmerkelijke verruiming van cassatie in het belang der wet.[12] Ik zou er een voorstander van zijn indien de vraag of cassatie in het belang der wet zinvol is, niet (alleen) aan de PG over te laten, maar aan de Hoge Raad zelf toe te delen. Te denken is aan een systeem zoals bij een verlofstelsel, waarin de Hoge Raad beslist, eventueel (de werklast moet beperkt worden gehouden) na een conclusie van het OM. Daarbij zou bijvoorbeeld de ook wel in andere landen met een verlofstelsel gevolgde 'rule of four' van het Amerikaanse Supreme Court kunnen worden gehanteerd: indien de grootst mogelijke minderheid van de Hoge Raad een zaak wil horen, wordt het verzoek tot cassatie in het belang der wet gehonoreerd. Het nadeel dat de procedure tot cassatie in het belang der wet geen contradictoir karakter kent, kan gemakkelijk worden opgevangen, bijvoorbeeld door advocaten bij de Hoge Raad in te schakelen. Deze suggestie is al eerder gedaan, onder meer door de oudpresidenten van de Hoge Raad Wiarda en Dubbink.[13]

B. Een variant is ambtshalve cassatie

Ambtshalve cassatie zou de Hoge Raad de gelegenheid kunnen bieden een bepaald omstreden punt zonder een daarop gericht cassatiemiddel te beslissen. Een aardig voorbeeld op het terrein van het strafrecht is HR 26 oktober 1999, gepubliceerd in NJB 1999, p. 2033/ 2034 (nr. 164). Het is evenwel de vraag of dit zich nog wel kan herhalen na de inwerkingtreding binnenkort van de wet die de verdachte verplicht door tussenkomst van een advocaat één of meer cassatiemiddelen in te dienen. Ook zonder die beperking werd er overigens al niet veel gebruik van gemaakt.[14] In het civiele recht is ambtshalve cassatie niet mogelijk. Wel gebeurt het meer dan eens dat de Hoge Raad op basis van een welwillende uitleg van de cassatiemiddelen een rechtskwestie aan de orde acht die bij een striktere lezing niet erin besloten ligt. Een

---

[12] A.w. (nt. 8), 1978, p. 99-103.

[13] A.w. (nt. 8), 1978, p. 102-103 resp. Verslag van de vergadering (Handelingen NJV deel 2), 1979, p. 15-16.

[14] In strafzaken is in 1996-1998 tussen de 15% en 20% van de gevallen ambtshalve gecasseerd, maar dat was, voor zover ik heb kunnen achterhalen, slechts zelden uit rechtsvormende overwegingen. Zie a.w. (nt. 3), 1999, p. 52.

grens zal zijn of de wederpartij er redelijkerwijs haar zegje over heeft of had kunnen doen, omdat anders sprake zal zijn van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing.

C. Prejudiciële vragen van lagere rechters aan het hoogste rechtscollege

Men zou dit kunnen doen op eenzelfde manier als thans geldt wanneer nationale rechters prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie EG (en in Nederland, België en Luxemburg aan het Benelux Gerechtshof). Op die manier kan men bewerkstelligen dat in het concrete geval al vrij spoedig in de procedure omtrent een omstreden rechtskwestie duidelijkheid wordt verkregen zonder dat men het gehele traject hoeft af te leggen. Voorts is een voordeel dat door de manier waarop vragen worden gesteld op een iets abstracter nivo geantwoord kan worden. Dat draagt extra bij aan de rechtsvormende betekenis van zo'n uitspraak en maakt deze minder afhankelijk van de wijze waarop de feiten in het concrete geval precies liggen, zijn gepresenteerd of zijn komen vast te staan. De precieze toetsing aan de omstandigheden in concreto vindt naderhand plaats door de rechter die de vragen heeft gesteld.

Het instrument is niet onbekend.[15] Zo is in Duitsland een lagere rechter verplicht prejudiciële vragen te stellen aan de hoogste rechter binnen zijn kolom wanneer hij wil afwijken of denkt te zullen afwijken van door de hoogste rechter gevestigde rechtspraak. De plicht bestaat alleen in gevallen waarin appèl en cassatie zijn uitgesloten, en in strafzaken wanneer het Oberlandesgericht als hoogste rechter fungeert. Ook in Frankrijk bestaat sinds 1987 in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken een prejudiciële procedure voor vragen van lagere rechters aan de Cour de Cassation resp. de Conseil d'Etat. De procedure heet 'la saisine pour avis'. Zij is niet verplicht in de zin dat de lagere rechter er door partijen niet op kan worden aangesproken prejudiciële vragen te stellen. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid. Criteria zijn dat de te stellen rechtsvraag nieuw is, een zwaarwegend probleem betreft of zich in een groot aantal gevallen voordoet. Is hieraan voldaan dan zijn Cour en Conseil verplicht te antwoorden. Jaarlijks brengen zij ieder ongeveer 20 avis uit. Het woordje 'avis' geeft overigens aan dat hun uitspraak niet bindend is voor de lagere rechter. Dat lijkt echter meer een formele dan een werkelijke beperking.

---

[15] Het hierna volgende ontleen ik aan de binnenkort te verschijnen dissertatie van M. Köhne over de rechtseenheidvoorziening, hoofdstukken 4 en 5.

D. Rechtseenheidvoorziening.

Indien, zoals meestal het geval is, in een land meer dan één hoogste rechterlijke college bestaat of indien een hoogste rechterlijk college verdeeld is in kamers, kan het gebeuren dat verschillende rechters over dezelfde of soortgelijke vragen moeten oordelen en dat daarbij uiteenlopende beslissingen worden genomen. In Nederland speelt dit vooral tussen de bestuursrechtspraak, de fiscale hierbij inbegrepen, en de civiele rechtspraak. Een dergelijke situatie roept om voorzieningen teneinde de eenheid van rechtspraak en de rechtsontwikkeling te bewaken resp. te bevorderen. In verschillende buitenlandse stelsels bestaan meer of minder uitgewerkte systemen van rechtseenheidvoorzieningen.[16]. De behoefte eraan is onmiskenbaar. In Nederland wordt een rechtseenheidvoorziening voorbereid in het kader van de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Totdat het zover is - en dat kan nog wel even duren - moeten we het doen met een even bloeiend als onzichtbaar en dus oncontroleerbaar informeel overlegcircuit tussen, voor zover hier relevant, de hoogste rechterlijke colleges.

E. Uitnodigen van experts of amici curiae.

Dergelijk personen of instanties zijn geen getuigen of deskundigen in de strikte zin van het procesrecht, maar ze kunnen hun licht laten schijnen over een bepaalde rechtsvraag en/ of voorlichting geven over een bepaalde praktijk, over bepaalde feiten of over de gevolgen van bepaalde beslissingen, opdat de rechter beter weet waarover hij beslist. In Frankrijk is de figuur in 1988 geïntroduceerd door de Cour d'Appel in Parijs. De Cour de Cassation heeft haar toegestaan en is er vervolgens ook zelf gebruik van gaan maken, voor het eerst in 1991 in een zaak over draagmoederschap.[17]

---

[16]Het in de vorige noot genoemde proefschrift van M. Köhne beschrijft en analyseert de stelsels in de Verenigde Staten, Frankrijk en Duitsland. Dat rechtseenheidvoorzieningen overigens niet altijd goed functioneren, blijkt onder meer uit mijn artikel Wrongful birth splijt Duitse Bundesverfassungsgericht, NJB 1998, p. 990-991.

[17]Zie onder meer Vincent en Guinchard, Procédure Civile, 1996, nr. 1000; Couchez, Procédure Civile, 1994, nr. 348; Vincent, Guinchard, Montagnier en Varinard, La justice et ses institutions, 1991, nr. 619 en 620. De inzet van amici curiae in de zaak van het draagmoederschap is besproken door Gobert in RTD civ. 1991, p. 489-528.

Mogelijk is ook om deskundigen - juristen, maar ook anderen - uit te nodigen om, los van een concreet geval, bij wege van algemene voorlichting en achtergrondinformatie iets te vertellen over bepaalde kwesties die misschien aan de hoogste rechter zullen worden voorgelegd. In Duitsland organiseert het BGH dergelijke 'in house'-lezingen met enige regelmaat.

F. Rechtspraak bij wege van algemene uitspraak, in verschillende varianten.
Een eerste variant is dat de hoogste rechter de gelegenheid krijgt om de voor een rechtsvormende beslissing van belang zijnde rechtsvraag scherper te formuleren. Meer dan eens gebeurt het dat de zaak in dit opzicht niet goed in de steigers wordt gezet dan wel onderweg, met name in appèl, verloren gaat. De 'reddingsboei' wordt, in ieder geval door de Nederlandse Hoge Raad in civiele zaken, feitelijk al meer dan eens gebruikt, maar niet stelselmatig. Nagedacht zou kunnen worden of en hoe dit nog beter kan zonder een van de partijen in de concrete beslissing te benadelen.

Een tweede variant reikt verder: de hoogste rechter oordeelt los van een concreet geschil, maar wel op basis van een bestaande praktijk. Het is een bevoegdheid analoog aan die welke bestaat bij algemene voorwaarden op vordering van een consumentenorganisatie. Men spreekt van een abstracte toetsing, die indien verleend aan de hoogste rechters, gebonden zou moeten worden aan een verlofstelsel. De criteria zouden wederom moeten zijn dat sprake is van een moeilijke en in praktijk, literatuur of lagere rechtspraak omstreden kwestie van voldoende maatschappelijke belang.

G. Aankondigen van nieuwe rechtspraak als tijdige regelgeving uitblijft
J. de Boer heeft meer dan eens krachtig voor deze strategie gepleit.[18] Een voorbeeld op het terrein van het belastingrecht is HR 31 januari 1990, BNB 1990/ 228; NJ 1990, 403 inzake het uitblijven van een tijdige uitspraak van de inspecteur op een bezwaarschrift. Fraai is ook het strafrechtelijk arrest van HR 30 juni 1998, NJ 1998, 799 inzake de kroongetuige (r.o. 5.2.3 slot): 'Het ligt dus op de weg van de wetgever aan de bestaande onzekerheid omtrent de toelaatbaarheid van het "fenomeen van de kroongetuige" een einde te maken. Niet kan worden uitgesloten dat een eventueel

---

[18]Zie onder meer J. de Boer, De broedende kip in EVRM-zaken, NJB 1995, p. 1027-1034.

uitblijven van een wettelijke regeling te eniger tijd tot een andere afweging zal leiden bij de beoordeling van toekomstige gevallen waarin de vraag naar de toelaatbaarheid van "de kroongetuige" aan de Hoge Raad wordt voorgelegd.'

Tot slot

Ik verwacht dat wanneer de hoogste rechterlijke colleges hun rechtsvormende taak scherper gestalte geven, bijvoorbeeld op één van de hierboven genoemde wijzen, er ook een scherpere discussie zal ontstaan dan thans het geval is over de vraag wat des rechters is en wat des regelgevers is. Dat zal kunnen leiden tot andere samenwerkingsvormen tussen beide 'partners in law business' dan thans veelal gebruikelijk is: de rechters signaleren knelpunten en maken de regelgever, meestal de wetgever, daarop in hun jaarverslag of anderszins attent. Het hierboven genoemde aankondigen van nieuwe rechtspraak indien tijdige regelgeving uitblijft, is zo'n andere vorm. Denkbaar is ook dat op het terrein van het procesrecht de hoogste rechterlijke colleges, aangevuld met enkele andere deskundigen, zelf regelgevende bevoegdheden krijgen. Dat gaat sneller en beter dan wanneer men op de wetgever moet wachten. In de Verenigde Staten en in Engeland en Wales bestaan dergelijke bevoegdheden al heel lang.

Het voorgaande overziend, sluit ik niet de ogen voor het risico dat wanneer de hoogste rechterlijke colleges nadrukkelijker en beleidsmatiger in het rechtsvormingsproces worden betrokken, allerlei (politieke) invloeden kunnen gaan spelen die niet wenselijk zijn. Ik ben echter nog niet zo ver dat risico nu al c.q. op voorhand hoger in te schatten dan het belang van rechterlijke rechtsvorming voor de samenleving.

J.B.M. Vranken
december 1999