

De verhouding tussen rechter en wetgever

De verhouding tussen rechter en wetgever
Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid

ISBN: 978-94-6240-052-8

Dit boek is een uitgave van:
Wolf Legal Publishers
Postbus 313
5060 AH Oisterwijk
www.wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission of the publisher.

© 2013

***Vereniging voor Wetgeving en
Wetgevingsbeleid***

**De verhouding
tussen rechter en wetgever**

Met preadviezen van
S.A.M. Verstraelen
Mr. dr. E. Mak
Prof. mr. J.C.A. de Poorter

Redactie
Mr. H.R. Schouten

Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid

opgericht 27 september 1989

Bestuur

Rob van Gestel (voorzitter)

Hedi Schouten (secretaris)

Wanda Weeber (adjunct secretaris)

Thomas van der Sanden (penningmeester)

mw. mr. H. Dekker, mw. mr. J.E. Biesheuvel-Vermeijden, dhr. mr. G.J.A.

Hamilton, dhr. mr. drs. J.K. Beetstra, dhr. mr. dr. J.T.K. Bos, dhr. mr. H.J.H.L.

Kortes, dhr. mr. drs. P.J.P.M. van Lochem, dhr. mr. G.P.I.M. Wuisman,

dhr. mr. J.A.P. Veringa

Contributie

€ 30,- voor gewone leden en € 25,- voor collectieve leden

Inhoud

RECHTERLIJK OVERGANGSRECHT ALS BRUG TUSSEN WETGEVER EN RECHTER

S.A.M. Verstraelen	1
1. Inleiding	1
2. Actief optreden en legitimiteit	3
3. Temporele werking	7
3.1 Terugwerkende kracht – effect ex tunc	7
3.2 Onmiddellijk werking – effect ex nunc	13
3.3 Uitgestelde werking – effect pro futuro	15
3.4 Criteria voor toepassing	16
4. Rechterlijk overgangsrecht als brug tussen rechter en wetgever	23
4.1 Ontzien van de wetgever	23
4.2 Termijn voor de wetgever	26
4.3 Rechter en wetgever dichterbij elkaar	29
4.4 Betere rechtspraak	30
4.5 Duidelijkere regelgeving	35
5. Valkuil	36
6. Wetgever heeft steeds laatste woord	42
7. Slotopmerkingen	45

RECHTER EN WETGEVER IN EEN GLOBALISERENDE CONTEXT: IEDER VOOR ZICH OF SAMEN STERK?

Mr. dr. E. Mak	47
1. Inleiding	47
2. Rechtsvorming en globalisering	51
3. De nieuwe rollen van rechter en wetgever	56
4. Democratische legitimiteit van transnationale rechtsvorming	61
5. Samenwerking tussen rechter en wetgever?	66
6. Conclusie	72

**RECHTERLIJKE UITSPRAKEN EN HUN GEVOLGEN VOOR DE SAMENLEVING.
IN HOEVERRE KAN EN MOET DE RECHTER HIERMEE REKENING HOUDEN?**

Prof. mr. J.C.A. de Poorter	73
1. 'Bridging the gap between law and society'	73
2. Het toenemend belang van rechtsvorming door de (bestuurs)rechter	76
3. 'Consequence-based' argumenteren: wat wordt er eigenlijk mee bedoeld?	80
4. Maatschappelijke effecten van bestuursrechtelijke uitspraken: enkele voorbeelden	82
5. Consequence-based argumenteren en de rechterlijke gebondenheid aan het recht	86
6. De gerichtheid op het rechtssysteem: de toekomst met de rug tegemoet	91
7. Praktische en procesrechtelijke belemmeringen	92
7.1 De casusgerichtheid van de rechterlijke rechtsvorming	93
7.2 Over de factor tijd en het gebrek aan andersoortige dan juridische kennis	94
8. Meer zicht op de maatschappelijke consequenties van de rechterlijke rechtsvorming	96
8.1 Ex ante evaluatie door de rechter: leren van de wetgever?	96
8.2 Genereren van kennis vooraf: introductie van de amicus curiae	100
8.3 Rekenschap afleggen in de motivering van de uitspraak	105
8.4 Genereren van kennis achteraf: onderzoek ex post naar maatschappelijke gevolgen van rechtsvormende uitspraken	108
9. Tot besluit	110

Rechterlijk overgangsrecht als brug tussen wetgever en rechter

Sarah Verstraelen*

1. INLEIDING

Het is een open deur intrappen, maar *overgangsrecht* ziet op de overgang van 'oud' naar 'nieuw' recht.¹ Daar waar het wettelijk overgangsrecht reeds heel wat aandacht heeft gekregen², wordt rechterlijk overgangsrecht – toch zeker in België en Nederland – eerder stiefmoederlijk behandeld. Reden hiervoor kan gevonden worden in een van de meest problematische aspecten van het rechterlijk overgangsrecht, namelijk de onvoorwaardelijke erkenning dat ook de rechter recht kan vormen. Zwart overweegt treffend dat de aanvaarding van de rechtspraak als zelfstandige bron van recht een *conditio sine qua non* is voor het bestaan van rechterlijk overgangsrecht.³ Bovendien vormt ook de beslissing omtrent de temporele werking zelf, een actief optreden van de rechter (2.).

Centraal in dit preadvies staat de vraag in hoeverre rechterlijk overgangsrecht een bijdrage kan leveren aan een betere verhouding tussen de rechter en de wetgever. Het concept rechterlijk overgangsrecht wordt hier opgevat als de maatregelen die de rechter neemt om de overgang naar een (nieuwe) jurisprudentiële rechtsnorm te regelen, met andere woorden

* Sarah Verstraelen is onderzoeker aan de Faculteit Rechten van de Universiteit Antwerpen.

¹ W. van den Bergh, 'Prospective Overruling', *Ars Aequi* 1975, p. 298; F.P. Zwart, 'Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht', *NJB* 1997, p. 108; M.J. Jacobs, 'Overgangsrecht in Nederlandse en Europese regelgeving', in: *Tijd voor verandering. Over overgangsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 22.

² Monografieën omtrent het onderwerp zie onder meer G. Knigge, *Verandering van wetgeving: beschouwingen over de artt. 4 A.B. en 1 Sr* (dissertatie Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984; P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen; Kluwer 1999; M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*. Proefschrift, Tilburg: Universiteit Tilburg 2009.

³ F.P. Zwart, 'Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht', *NJB* 1997, p. 109.

betreft het de temporele werking van de rechterlijke uitspraak.⁴ Vooraleer dieper ingegaan kan worden op de centrale vraag, is het van belang de drie mogelijke temporele werkingen van een rechterlijke beslissing te definiëren, m.n. de retroactieve, onmiddellijke en uitgestelde werking, alsook hun voor- en nadelen te analyseren (3.). Hierbij wordt niet principieel een onderscheid gemaakt tussen gewone rechtscolleges, inclusief de hoogste zijnde de Hoge Raad en het Hof van Cassatie, de bestuursrechters, inclusief de Raad van State in beide landen, en het Belgische Grondwettelijk Hof. Daar waar nuttig of nodig zullen de specifieke eigenheden van deze rechtscolleges behandeld worden.

In deze bijdrage wordt aangetoond dat rechterlijk overgangsrecht in vijf verschillende aspecten kan bijdragen tot een betere verhouding tussen de wetgever en de rechter. Door de terugwerkende kracht van de uitspraak te beperken, dient de wetgever niet retroactief op te treden (4.1). Bovendien wordt bij de toepassing van de uitgestelde werking een zekere termijn toegekend aan de wetgever om de on(grond)wettigheid te verhelpen (4.2). Voorts doet de onmiddellijke werking van een rechterlijke uitspraak ook de gelijkenis tussen rechter en wetgever – soms te sterk – toenemen (4.3). Door de tweeledige redenering die het nadenken over de temporele werking van de uitspraak doet ontstaan, verbetert daarnaast de kwaliteit van de rechtspraak (4.4). Tot slot wordt ingegaan op het vermoeden dat de angst voor mogelijke temporele beperkingen van de rechterlijke beslissing, de wetgever zal aanzetten tot het produceren van duidelijkere regelgeving (4.5).

Aan de temporele beperking van een rechterlijke uitspraak is evenwel ook een belangrijke valkuil verbonden: het is van cruciaal belang dat de rechter de nodige aandacht besteedt aan de voor hem liggende concrete casus. De legitimiteit van het rechtsvormend optreden door de rechter is immers gelegen in diens geschilbeslechtende functie (5.).

Vooraleer een aantal slotbemerkingen te formuleren (7.), wordt kort stilgestaan bij de belangrijke vaststelling dat het actief optreden van de rechter geen afbreuk doet aan het feit dat de wetgever steeds het laatste woord heeft (6.).

⁴ Zie tevens O.A. Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht, Deventer: Kluwer 2001, p.78-79

2. ACTIEF OPTREDEN EN LEGITIMITEIT

Dat de rechter actief optreedt, kan niet langer ontkend worden. De declaratoire opvatting dat de rechter niet meer doet dan de wet toepassen en het recht weergeven zoals het altijd al geweest is, is reeds geruime tijd achterhaald.⁵ Dat de rechter meer kan en zelfs moet zijn dan een “*bouche de la loi*”, werd bovendien wettelijk verankerd in artikel 13 van de Nederlandse Wet algemene bepalingen en het gelijkaardig artikel 5 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek (Ger.W.) die het verbod van rechtsweigering door de rechter, zelfs in geval van stilzwijgen, duisterheid of onvolledigheid van de wet vastleggen.⁶ Wetsinterpretaties, ommekeren in de rechtspraak, de opvulling van lacunes in de regelgeving en vernietigingen van on(grond)-wettige normen, demonstreren de rechtsvormende rol van de rechter.

Van groot belang hierbij is het veelvuldig gebruik door de wetgever van open, en vooral van onbepaalde normen. De invulling van onbepaalde normen is telkens afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval en van de waardering daarvan door de rechter. Men spreekt van evaluatieve normen die een waarde-oordeel inhouden. “Redelijkheid”, “billijkheid”, “zorgvuldigheid”, “goede zeden”, “goede trouw”, “openbare orde” en “goed koopmansgebruik” zijn hier voorbeelden van.⁷ De wetgever laat de invulling van een open norm bijgevolg over aan de discretionaire bevoegdheid van het bestuur of de rechter.⁸ Opgemerkt dient te worden dat met het gebruik van onbepaalde normen, de wetgever steeds vaker *welbewust* een stuk regelgevende bevoegdheid delegeert aan de rech-

⁵ M.V. Polak, ‘Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht’, RM Themis 1984, p. 231.

⁶ Artikel 5 Ger.W. geeft een omschrijving van het begrip rechtsweigering. De daadwerkelijke bestraffing ervan vindt men terug in artikel 258 van het Strafwetboek (Sw.).

⁷ H. Crombag, J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen, Een theorie over rechterlijke beslissingen, Groningen: Tjeenk Willink 1977, p. 117; R. Kruihof, ‘Naar een ‘Gouvernement des juges’ in het Belgische verbintenissenrecht’, in: Hulde aan Prof. Dr. R. Kruihof, Antwerpen: Maklu 1992, p. 49-50; P. Popelier, De wet juridisch bekeken, Brugge: die Keure 2004, p. 250-252; H. Gribnau en A. Lubbers, ‘The temporal effect of Dutch tax court decisions’, in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), The Effects of Judicial Decisions in Time, Cambridge: Intersentia 2013, p. 186-187.

⁸ G.J. Wiarda en T. Koopmans, 3 typen van rechtsvinding, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 50 e.v.; L.G.M. Stevens, ‘Durf te vertrouwen op open normen’, Weekblad Fiscaal Recht 2007, p. 1090-1095.

terlijke macht.⁹ Naast dit gebruik van open normen, neemt ook het aantal Europese en internationale rechtsbronnen waarbinnen de rechter zijn weg dient te vinden steeds toe. De doorwerking van deze instrumenten berust in grote mate bij de rechter die de afdwinging hiervan mogelijk maakt.

Het voorgaande doet niet zelden vragen rijzen omtrent de legitimiteit van dergelijk actief rechterlijk optreden. Toch kan niet betoogd worden dat de rechter hiermee een inbreuk maakt op de scheiding der machten en aldus het domein van de wetgever betreedt. De belangrijkste reden hiervoor ligt in het concept van de *rule of law*¹⁰ en de eigenlijke finaliteit van het rechtspreken, m.n. de beslechting van de concrete rechtsvraag.¹¹ Dit geldt niet enkel voor de gewone hoven en rechtbanken, maar ook voor de Nederlandse administratieve rechterbanken, de Belgische Raad van State en het Belgische Grondwettelijk Hof. Hoewel deze rechtscolleges bij de beoordeling van regelgeving een uitspraak *erga omnes* kunnen doen, kan ook hier de finaliteit van het rechterlijk optreden duidelijk omschreven worden, namelijk het verwijderen van de aangevochten on(grond)wettige norm uit de rechtsorde. De mogelijkheid tot rechtsvorming is steeds beperkt tot die zaken die aanhangig gemaakt worden, en rechters zijn gebonden aan de door partijen opgeworpen middelen.¹²

⁹ I. Verougstraete, 'De rechter en de macht' in M. Storme (red.), *Recht en Macht*, Brussel; Paleis der Academiën 1990, p. 190; R. Kruithof, 'Naar een 'Gouvernement des juges' in het Belgische verbintenissenrecht', in: Hulde aan Prof. Dr. R. Kruithof, Antwerpen: Maklu1992, p. 41; O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 487; A.O. Lubbers, 'De belastingrechter als wetgever-plaatsvervanger: hoe kan hij zijn beslissing motiveren?', in: H. Gribnau (red.), *Principieel belastingrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p.120-121; P. Schollen, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge: die Keure 2011, p. 34; H. Gribnau en A. Lubbers, 'The temporal effect of Dutch tax court decisions', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 187.

¹⁰ S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 751; H. Gribnau en A. Lubbers, 'The temporal effect of Dutch tax court decisions', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 187.

¹¹ R.J. Traynor, 'Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility', *Hastings Law Journal* 1976-1977, p. 536.

¹² J. Rivero, 'Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle', *AJDA* 1968, p. 17; A.G.L. Nicol, 'Prospective overruling: a new device for English courts?', *Modern Law Review* 1976, p. 555; M.V. Polak, 'Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht', *RM Themis* 1984, p. 236; G.J. Wiarda, bewerkt door T. Koopmans, 3 typen van rechtsvinding, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 30-33.

Aan het Belgische Hof van Cassatie en de Nederlandse Hoge Raad worden bovendien twee niet eenvoudige, en soms tegenstrijdige opdrachten toegewezen: enerzijds dienen zij de rechtseenheid en rechtszekerheid te waarborgen door erover te waken dat de feitenrechters het recht correct en uniform toepassen, anderzijds dienen zij tevens een harmonieuze en evenwichtige evolutie van het recht te bewerkstelligen.¹³ Rechtsvragen die voorgelegd worden aan deze twee rechtscolleges behoeven geen concrete beslechting in feite, doch enkel een beoordeling in rechte waardoor een uitspraak op een meer algemeen niveau omtrent de toepassing van een rechtsregel, evenzeer legitiem is.

Bij de beslechting van het geschil, mag de rechter zich niet laten leiden door zijn persoonlijke overtuigingen en verlangens van levensbeschouwelijke, politieke, sociale of economische aard.¹⁴ Hiermee komen ook de vereisten van onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter op de voorgrond. Het is net in de inhoudelijke overeenstemming met de maatschappelijke opvattingen, dat de rechtspraak haar democratische legitimiteit vindt.¹⁵ Bovendien mag dit niet leiden tot een onthouding van de rechter om recht te spreken wanneer de meningen binnen de maatschappij verdeeld zijn. Naast het feit dat hiermee het verbod van rechtsweigeren wordt overschreden, leidt deze terughoudendheid ertoe leiden dat de rechter zijn forfait geeft op het ogenblik dat zijn hulp het meest nodig is.¹⁶ Dit brengt ons bij het laatste punt aangaande de legitimiteit van de rechter, namelijk de motiveringsverplichting. Binnen het concept van deliberatieve

¹³ Voor België zie Hof van Cassatie, Jaarverslag 2008, p. 21; Jaarverslag 2009, p. 17; Jaarverslag 2010, p. 12; Jaarverslag 2011, p. 10; Jaarverslag 2012, p. 11; http://justitie.belgium.be/nl/rechterlijke_orde/hoven_en_rechtbanken/hof_van_cassatie/documenten/jaarverslagen/; S. Velu, 'La modulation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de cassation: de la dynamite juridique?', in: A. Bossuyt, B. Deconinck en E. Dirix (red.), *Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent: Larcier 2011, p. 144; ook voor Nederland zie <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/cassatierechtspraak/Pages/default.aspx>; J.M. Smits, 'Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie' in: *Tijd en onzekerheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 14; H. Gribnau en A. Lubbers, 'The temporal effect of Dutch tax court decisions', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 184.

¹⁴ W.J. Ganshof Van Der Meersch, *Overwegingen omtrent de kunst recht te spreken en de uitoefening van het rechterlijk ambt*, Brussel: Établissements Émile Bruylant 1973, p. 7-8.

¹⁵ O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 242.

¹⁶ W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen: Standaard 1973, p. 150.

democratie worden beslissingen als legitiem beschouwd, en dus zonder enig dwang aanvaard, wanneer ze het resultaat zijn van een publiek, redelijk debat tussen vrije en gelijke burgers die door de collectieve beslissing getroffen worden.¹⁷ Indien de rechter binnen dit concept de nodige democratische legitimiteit wil behalen, zijn openheid en duidelijkheid cruciaal. Hiermee wordt onder meer bedoeld op de vereisten van openbaarheid, op de mogelijkheid tot tussenkomst in procedures om eigen standpunten te laten gelden, en vooral op de vereiste van een afdoende motivering. Enkel indien blijkt dat alle redelijke belangen in overweging werden genomen, zullen burgers de rechterlijke, al dan niet recht creërende, uitspraak aanvaarden.

Bij dit rechtsvormend optreden en de legitimiteit ervan wordt kort stilgestaan¹⁸ omdat beslissingen omtrent de temporele werking van rechterlijke beslissingen bij uitstek een actief optreden van de rechter zijn. Bijgevolg wordt ook de legitimiteit van de rechter om rechterlijk overgangsrecht te creëren, niet zelden in vraag gesteld.

Laat me dit nader uitleggen. Hiervoor werd reeds benadrukt dat het actief optreden een *conditio sine qua non* is voor het bestaan van rechterlijk overgangsrecht. Niet enkel het vormen van de nieuwe jurisprudentiële regel, maar evenzeer de beslissing op welke feiten en toestanden deze nieuwe regel al dan niet van toepassing zal zijn, is een actief optreden. Zo bepaalt bijvoorbeeld artikel 8:72 Awb in de derde paragraaf dat de bestuursrechter kan bepalen dat ondanks de vernietiging van een besluit, de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven.¹⁹

¹⁷ P. Popelier, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen: Intersentia 2001, p. 92-93; V. Verlinden, *De hoeders van de wet*, Brugge, Brugge: die Keure 2010, p. 21-22; zie ook J. Parkinson, *Deliberating in the Real World. Problems of Legitimacy in Deliberative Democracy*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 3 en 21.

¹⁸ Voor een meer uitvoerige behandeling van de verhouding tussen wetgever en rechter in het licht van de trias politica, verwijs ik graag naar de bijdrage van Prof. Mak in deze bundel.

¹⁹ Ik ben het dan ook niet eens met Sillen die stelt dat artikel 8:72, derde lid, Awb de rechter niet de bevoegdheid geeft de temporele werking van zijn uitspraken te beperken. Indien de rechter beslist alle ontstane rechtsgevolgen te behouden, komt dit de facto neer op een vernietiging met onmiddellijke werking. J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving*, Deventer: Kluwer 2010, p. 223 e.v.

Dit alles wordt nog duidelijker wanneer we kijken naar de temporele werking van arresten van de Belgische Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak en het Belgische Grondwettelijk Hof. Zij beschikken over de bevoegdheid om de verdere toepassing van een on(grond)wettig bevonden norm op te leggen. Hierbij wordt duidelijk dat de rechter niet langer louter een *législateur négatif* is door de norm te doen verdwijnen, het Hof treedt *de facto* op als een *législateur positif*.²⁰

3. TEMPORELE WERKING

Welke temporele werkingen kan een rechterlijke uitspraak hebben en wat zijn telkens de voor- en nadelen van deze werkingen? Het antwoord op deze vragen is essentieel om de invloed van het rechterlijk overgangsrecht op de verhouding tussen wetgever en rechter te kunnen analyseren. Aanknepend bij het wettelijk overgangsrecht, kunnen drie elementaire temporele werkingen onderscheiden worden: retroactieve, onmiddellijke en uitgestelde werking. Voor het bepalen van de temporele werking van een rechterlijke uitspraak, zijn twee ogenblikken van belang: de datum waarop het rechtsfeit waaraan de nieuwe jurisprudentiële regel rechtsgevolgen verbindt, zich voordoet, en de datum van de uitspraak van het arrest.²¹

3.1 Terugwerkende kracht – effect *ex tunc*

Een rechterlijke uitspraak heeft een retroactieve werking wanneer de nieuwe rechtspraak toegepast wordt op, en aldus rechtsgevolgen verbindt aan, rechtsfeiten en rechtstoestanden die ontstaan zijn voor de datum van de uitspraak (zgn. anterieure feiten).²² De gehele Belgische en Neder-

²⁰ Zie C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Brussel: Bruylant 2006, 537 p.; G. Rosoux, 'Le maintien des "effets" des dispositions annulées par la Cour d'arbitrage: théorie et pratique', in: *Liber amicorum Paul Martens: l'humanisme dans la résolution des conflits: utopie ou réalité?*, Brussel: Larcier 2007, p. 444; A.R. Brewer-Carias (red.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, 933 p.

²¹ Het betreft hier een formeel-technische benadering om de verschillende vormen van overgangsrecht te duiden. Zie uitvoerig P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen: Kluwer 1999, p. 31-36; M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*. Proefschrift, Tilburg: Universiteit Tilburg 2009, 22-27.

²² P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen: Kluwer 1999, p. 32; O.A.

landse rechtspraak wordt gekenmerkt door een effect *ex tunc*.

Vooreerst hebben vonnissen en arresten van gewone hoven en rechtbanken, inclusief uitspraken van de Nederlandse Hoge Raad en het Belgische Hof van Cassatie, terugwerkende kracht.²³ Lange tijd werd aangenomen dat deze temporele werking het gevolg was van de hiervoor vermelde declaratoire theorie. De nieuwe rechtsregel wordt in die opvatting toegepast alsof het altijd al recht is geweest; “*For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law...*”.²⁴ Op deze manier wordt een overgangsrechtelijk gevolg wordt gekoppeld aan een situatie waar een daadwerkelijke overgang zich niet voordoet; het ‘oude’ recht wordt immers simpelweg als onbestaande beschouwd.²⁵ De declaratoire theorie en het temporele effect *ex tunc* hebben eenzelfde uitwerking, maar vertrekken vanuit verschillende inzichten.

Waarom worden uitspraken van gewone rechters dan nog steeds gekenmerkt door de temporele terugwerkende kracht? Reden hiervoor is dat de rechtsfeiten die ter beoordeling aan de rechter voorliggen, zich noodzakelijkerwijze steeds hebben afgespeeld voor de uitspraak.²⁶ Hier schuilt ook meteen het meest problematische aspect van het effect *ex tunc*. We komen hier zo dadelijk op terug.

Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht, Deventer: Kluwer 2001, p. 392; M.R.T. Pauwels, Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen. Proefschrift, Tilburg: Universiteit Tilburg 2009, p. 28.

²³ W. van den Bergh, ‘Prospective Overruling’, *Ars Aequi* 1975, p. 298; Conclusie A-G Mr. Franx bij HR 16 mei 1986, NJ 1986, nr. 723, p. 2736-2737; E. Dirix, ‘Rechterlijk overgangsrecht’, *RW* 2008-09, 1755.

²⁴ W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, Londen: A. Miller 1796, volume I, sectie III, p. 69-70; O.A. Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht, Deventer: Kluwer 2001, 59.

²⁵ M.V. Polak, ‘Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht’, *RM Themis* 1984, p. 232; O.A. Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht, Deventer: Kluwer 2001, p. 60-61.

²⁶ J. Rivero, ‘Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle’, *AJDA* 1968, p. 15; W. van den Bergh, ‘Prospective Overruling’, *Ars Aequi* 1975, p. 299; R.J. Traynor, ‘Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility’, *Hastings Law Journal* 1976-1977, p. 536; F. Ost, ‘L’heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles’, in: F. Ost en M. Van Hoecke (red.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Brussel: Bruylant 1998, p. 93; W.V. Schaefer, ‘Prospective rulings: two perspectives’, *Supreme Court Review* 1982, p. 2; E. Dirix, ‘Rechterlijk overgangsrecht’, *RW* 2008-09, p. 1755.

In België en Nederland hebben ook rechterlijke beslissingen omtrent de geldigheid van regelgevende normen, een terugwerkende kracht hebben. Zo kennen uitspraken van Nederlandse bestuursrechters aangaande de vernietiging van besluiten, een retroactieve werking.²⁷ Artikel 8:72 Awb stelt expliciet dat de vernietiging van een besluit of een gedeelte van een besluit de vernietiging van de rechtsgevolgen van dat besluit of van het vernietigde gedeelte daarvan meebrengt.²⁸ Ook arresten van de Belgische Raad van State en het Belgisch Grondwettelijk Hof hebben een effect *ex tunc*. De terugwerkende kracht voor uitspraken van grondwettelijk hoven is niet vanzelfsprekend. Binnen de Europese Unie hebben de beslissingen van amper zes grondwettelijke hoven terugwerkende kracht. De overige lidstaten opteerden voor een onmiddellijke werking van de uitspraken van hun grondwettelijk hof.²⁹ De uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, en beslissingen van het Europese Hof van Justitie, hebben dan weer wel een effect *ex tunc*.³⁰

Bij de terugwerkende kracht wordt de opvatting aangaande wat rechtmatig is, als hoogste goed beschouwd. De rechter wijzigt een oude jurisprudentiële norm omdat hij deze niet langer als juist beschouwt, hij vernietigt een regel omdat deze on(grond)wettig is; het streven naar legaliteit primeert. Een wetsinterpretatie of een jurisprudentiële regel die als foutief wordt aangezien, wordt uit de rechtsorde verwijderd alsof de regel nooit bestaan heeft. Enige bedenking is hier al onmiddellijk op zijn plaats: niet elke rechtsregel is vanaf het ogenblik dat deze gehanteerd wordt, als foutief te beschouwen. Gewijzigde maatschappelijke omstandigheden kun-

²⁷ J.H. van Kreveld, 'Temporele werking van bestuursrechtspraak', NTB 2008, p. 204.

²⁸ Art. 8:72, § 3, Awb.

²⁹ Zie F. Hufen, 'The restriction of the Effects of Judgments in Cases of Ascertainment of their Unconstitutionality', German Federal Ministry of Finance 2008, p. 8, raadpleegbaar op http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/Summary.pdf?__blob=publicationFile&v=3

³⁰ HvJ EU 2 februari 1988, nr. C-24/86 (Blaizot), para. 27; HvJ EU 3 oktober 2002, nr. C-347/00 (Barreira Pérez), para. 44; HvJ EU 17 februari 2005, nr. C-453/02 (Finanzamt Gladbeck), para. 41; HvJ EU 6 maart 2007, nr. C-292/04 (Meilicke), para. 34; EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74 (Marckx/België), para. 58; P. Popelier, 'The European Court of Human Rights' Approach to Retrospective Judicial Reversals', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 269-284; S. Verstraelen, 'The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity', *German Law Journal* 2013, p. 1693 e.v.

nen ertoe leiden dat een bepaalde norm pas na verloop van tijd als foutief beschouwd kan worden.³¹ Een voorbeeld hiervan dat zich zowel in België als in Nederland heeft afgespeeld, betreft de evolutie naar de erkenning van de gelijkheid tussen man en vrouw in het IPR aangaande het huwelijksgoederenrecht; zowel de Hoge Raad, als het Hof van Cassatie oordeelde dat niet langer de nationale wet van de man het toepasselijke recht uitmaakte, maar dat de nationale wet van de eerste gemeenschappelijke woonplaats bepalend was voor het huwelijksvermogen.³²

De terugwerkende kracht heeft als voordeel dat ook de procespartijen kunnen profiteren van de procedure die ze doorlopen hebben en waar ze aldus tijd, geld en moeite in gestoken hebben.

Dat de terugwerkende kracht daarentegen een ernstige inbreuk op de rechtszekerheid uitmaakt, kan niet betwist worden. Opdat mensen in de mogelijkheid zouden zijn om de toepasselijke regels te volgen en eerbiedigen, dienen deze natuurlijk kenbaar te zijn.³³ Door het opleggen van een nieuwe norm wordt het vertrouwen van burgers in de eerdere rechtspraak geschaad, alsook worden gewekte verwachtingen gefnuikt.³⁴ Bentham vergelijkt deze manier van rechtsvorming met de manier waarop regels aan honden worden aangeleerd: *“when your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it”*.³⁵ Partijen worden geconfronteerd met een norm waarvan ze het bestaan op het ogenblik van de rechtsfeiten simpelweg niet hadden kunnen kennen. Een voorbeeld hiervan is een wijzigende jurisprudentie in strafzaken waarmee verdachten worden geconfronteerd nadat ze de hen verweten gedraging hebben verricht.³⁶ Zelfs indien er sprake is van onenigheid binnen de rechtsleer omtrent de toepassing van een regel, dan nog kunnen burgers

³¹ P. Popelier, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 106 en 370.

³² HR 10 december 1976, NJ 1977, nr. 275; Cass. 9 september 1993, AR 9426; M.V. Polak, ‘Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht’, RM Themis 1984, p. 240.

³³ M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*. Proefschrift, Tilburg: Universiteit Tilburg 2009, p. 87 e.v.

³⁴ W. van den Bergh, ‘Prospective Overruling’, *Ars Aequi* 1975, p. 299.

³⁵ Geciteerd in M.L. Friedland, ‘Prospective and retrospective judicial lawmaking’, *Toronto Law Journal* 1974, p. 170; O.C. Snyder, ‘Retrospective operation of overruling decisions’, *Illinois Law Review* 1940-1941, p. 121.

³⁶ M.S. Groenhuijsen, ‘Enkele aspecten van rechterlijk overgangsrecht en ‘prospective overruling’ in het straf(proces)recht’, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen: liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 191.

niet weten wanneer en op welke manier het rechtscollege de regel zal aanpassen. De eerdere uitspraak van het (hoogste) rechtscollege vormt het geldend recht, ongeacht of hierover de meningen sterk verdeeld zijn.³⁷ Dat het gezag van de uitspraken van de hoogste rechtscolleges bovendien verder reikt dan de concrete casus, leidt ertoe dat vaak heel wat rechtsbetrekkingen door de terugwerkende regel geraakt worden. Sommige auteurs pleiten er dan ook voor deze terugwerkende kracht als algemeen uitgangspunt af te wijzen, mede gelet op de rechtsscheppende taak van de rechter.³⁸

Het voorgaande is evenzeer van toepassing wanneer de rechter in een vernietigingsarrest uitspraak doet over een betwiste norm. Door de terugwerkende kracht verdwijnt de norm *ab initio* uit de rechtsorde. Het is natuurlijk louter een fictie dat deze norm niet bestaan heeft, en vaak zal de norm de basis geweest zijn voor verdere beslissingen en toepassingen. Dit is zo bij administratieve individuele besluiten, bijvoorbeeld een benoeming op basis waarvan iemand nadien bevorderd wordt, maar dit is zeker het geval wanneer de betwiste norm een wet in materiële zin uitmaakt en aldus op een onbeperkt aantal situaties toegepast werd.

Zowel in Nederland, als in België werd voorzien in de mogelijkheid om de terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest te beperken. Hiervoor werd reeds gewezen op artikel 8:72, derde lid, Awb dat aan de bestuursrechter de mogelijkheid toekent om te bepalen welke rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand zullen blijven.³⁹ Artikel 8, tweede lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof⁴⁰ stelt dat indien het Hof het nodig oordeelt, het bij wege van algemene beschikking die gevol-

³⁷ Zie Conclusie A-G Mr. Franx bij HR 16 mei 1986, NJ 1986, nr. 723, p. 2740; S. Velu, 'La modulation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de cassation: de la dynamite juridique?', in: A. Bossuyt, B. Deconinck en E. Dirix (red.), *Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent: Larcier 2011, p. 166.

³⁸ Kamerstukken I 1958/89, 4080, nr. 7, p. 4; M.V. Polak, 'Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht', RM Themis 1984, p. 250; Conclusie A-G Mr. Franx bij HR 16 mei 1986, NJ 1986, nr. 723, p. 2736-2737; A.O. Lubbers en R.W.J. van der Struijk, 'Fiscaal overgangsbeleid van de belastingrechter', *Fiscaal Ondernemingsrecht* 2009, p. 171.

³⁹ Zie recentelijk: ABRvS 13 februari 2013, zaaknr. 201113461/1/A3; ABRvS 27 februari 2013, zaaknr. 201210879/1/V2; ABRvS 7 maart 2013, zaaknr. 201205096/1/V4.

⁴⁰ Bijzondere wet 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, Belgisch Staatsblad 7 januari 1989 (hierna bijzondere wet Grondwettelijk Hof).

gen van de vernietigde bepalingen kan aanwijzen welke als gehandhaafd moeten worden beschouwd of voorlopig gehandhaafd moeten worden voor de termijn die het Hof vaststelt. Voor de Raad van State geldt een gelijkaardige bepaling, neergelegd in artikel 14ter RvS-wet⁴¹. Indien de rechter oordeelt dat alle reeds ontstane rechtsgevolgen van een norm in stand dienen te blijven, komt dit *de facto* neer op de toekenning van een onmiddellijke werking. Beide Belgische rechtscolleges hebben een expliciete wettelijke basis om zelfs een effect *pro futuro* aan hun arresten te geven. Hierdoor wordt het mogelijk om de norm, hoewel deze on(grond)wettig werd bevonden, alsnog verder toe te passen.⁴²

Voor gewone hoven en rechtbanken bestaat geen expliciet wettelijke grondslag die de rechtscolleges de mogelijkheid geeft om de werking in de tijd van hun uitspraak te moduleren. Deze afwezigheid is echter geen struikelblok. De mogelijkheid voor de rechter om de temporele werking van zijn uitspraak te regelen, moet als inherent aan zijn rechtsprekende functie beschouwd worden.⁴³ Dit geldt zeker voor de hoogste rechtscolleges. Hiervoor werd benadrukt dat deze rechtscolleges de taak hebben om twee tegenstrijdige taken te behartigen: enerzijds het streven naar rechtszekerheid en rechtseenheid, anderzijds het stimuleren van de rechtsontwikkeling. Door de terugwerkende kracht van uitspraken te beperken, kunnen deze twee opdrachten enigszins verzoend worden.

⁴¹ In artikel 14ter werd enkel toegevoegd dat een handhaving uitsluitend mogelijk is wanneer een verordeningbepaling werd vernietigd, en aldus niet wanneer de vernietigde norm een individuele bestuurshandeling betreft. Art. 14ter gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State, Belgisch Staatsblad 21 maart 1973 (hierna RvS-wet). Zie uitvoerig S. Verstraelen, 'Artikel 14ter RvS-wet als alternatief voor legislatieve validatie? Of hoe het ene probleem door het andere vervangen wordt', TBP 2012, p. 102-13.

⁴² Opgemerkt moet worden dat de vernietiging van de norm niet uitgesteld wordt. Zodra vaststaat dat het beroep gegrond is, vernietigen de beide rechtscolleges de betwiste norm. Het vernietigingsarrest zal als basis dienen voor de latere gevolgen die zullen ontstaan. S. Lust en P. Popelier, 'Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid: de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming', RW 2001-02, p. 1213; P. Popelier, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 371.

⁴³ N. Molfessis, *Les revirements de Jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Parijs: LexisNexis 2005, p. 38; S. Velu, 'La modulation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de cassation: de la dynamite juridique?', in: A. Bossuyt, B. Deconinck en E. Dirix (red.), *Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent: Larcier 2011, p. 153.

Tot slot wordt algemeen aangenomen dat de terugwerkende kracht definitief verkregen rechten en definitief beslechte gedingen niet kan raken.⁴⁴ Het Belgische Grondwettelijk Hof vormt op deze regel een belangrijke uitzondering. Wanneer het Hof een ongrondwettige norm vernietigt, ontstaat de mogelijkheid om een vordering tot intrekking in te stellen voor beslissingen van strafgerichten⁴⁵ en burgerlijke gerechten⁴⁶ indien de ongrondwettige norm ten grondslag lag aan de beslissing. Dit geldt evenzeer voor arresten van de Raad van State.⁴⁷ Bovendien wordt het mogelijk om een tweede voorziening in Cassatie in te stellen⁴⁸, alsook worden de termijnen om beroep in te stellen tegen handelingen en verordeningen van de verschillende bestuursorganen opnieuw geopend⁴⁹.

3.2 Onmiddellijk werking – effect *ex nunc*

Een jurisprudentiële regel heeft onmiddellijke werking indien de regel van toepassing is op rechtsfeiten die zich voordoen na de datum van de uitspraak (zgn. posterieure feiten).⁵⁰ Uit deze definitie blijkt dat een jurisprudentiële regel die onmiddellijke werking heeft, niet van toepassing is op hangende zaken, noch op toekomstige gedingen waarbij anterieure rechtsfeiten betwist worden.⁵¹ Deze rechtstoestanden bestonden immers reeds voor het ontstaan van de nieuwe norm. Bijgevolg zou de toepassing van de nieuwe regel op die feiten, een terugwerkende kracht inhouden

⁴⁴ A.O. Lubbers en R.W.J. van der Struijk, 'Fiscaal overgangsbeleid van de belastingrechter', *Fiscaal Ondernemingsrecht* 2009, 172; J.M. Smits, 'Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie' in: *Tijd en onzekerheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 18-19.

⁴⁵ Art. 10-14 RvS-wet.

⁴⁶ Art. 16 Rv-wet.

⁴⁷ Art. 17 RvS-wet.

⁴⁸ Art. 15 RvS-wet.

⁴⁹ Art. 18 RvS-wet.

⁵⁰ P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen: Kluwer 1999, p. 32; O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 393; M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*. Proefschrift, Tilburg: Universiteit Tilburg 2009, p. 28.

⁵¹ M.V. Polak, 'Omgaan en overgaan. Recente rechtspraak inzake rechterlijk overgangsrecht', *WPNR* 1986, p. 316; O.A. Haazen, 'terugwerkende kracht in beweging?', *WPNR* 1998, p. 749; A.O. Lubbers, 'De 'beslissing met uitgestelde werking' als tegemoetkoming bij rechtsdwaling in het belastingrecht', *Weekblad Fiscaal Recht* 2007, p. 1085-1086. Contra E. Dirix, 'Rechterlijk overgangsrecht', *RW* 2008-09, p. 1759; B.J. van Ettehoven, 'Rede van de voorzitter. It Ain't Over 'till It's Over', in: *Tijd voor verandering. Over overgangsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013, p. 10.

zoals hiervoor gedefinieerd.⁵²

De onmiddellijke werking geldt als algemene regel voor heel wat grondwettelijke hoven binnen Europa. De evolutie naar een effect *ex nunc* wordt duidelijk wanneer we kijken naar het Franse voorbeeld. Beslissingen van de Franse *Conseil d'État* worden gekenmerkt door een terugwerkende kracht. Van deze algemene regel heeft dit rechtscollege voor de eerste keer afgeweken in het arrest *Association AC!* dat dateert van 2004.⁵³ Toen evenwel in 2009 bij de *Conseil Constitutionnel* de *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) werd geïnstalleerd, werd geopteerd voor een onmiddellijke werking van deze uitspraken, zonder dat hieraan enige discussie voorafging.⁵⁴

Het voordeel van deze onmiddellijke werking is duidelijk: er wordt gestreefd naar een evenwicht tussen rechtszekerheid, voor wat betreft de anterieure rechtsfeiten, en legaliteit, voor wat betreft de posterieure rechtsfeiten. Burgers kunnen hun gedrag afstemmen op de nieuwe rechtsregel.

Problematisch bij het effect *ex nunc* is evenwel de situatie van de zgn. *case in point*, i.e. de verzoekende partij. Door de onmiddellijke werking wordt het geschil dat aanleiding gaf tot de ommekeer of nieuwe wetsinterpretatie, uitgesloten van het toepassingsgebied van deze nieuwe regel, een nieuwe regel die een betere regel behoort te zijn dan de voorgaande.⁵⁵ Alexander stelt dat de ontwikkeling van de rechtspraak afhankelijk is van de bereidheid van een procespartij de betreffende vraag wederom aan de rechter voor te leggen, met alle risico's vandien. Aldus valt het moeilijk hem de resulterende beloning te onthouden en hem naar huis te sturen met een op de oude leest geschoeide uitspraak.⁵⁶ In deze context

⁵² O.A. Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht, Deventer: Kluwer 2001, p. 393-397.

⁵³ Conseil d'État 11 mei 2004, nr. 255886, Association AC! et autres.

⁵⁴ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Journal officiel 11 décembre 2009, p. 21379; F.-X. Millet, 'Temporal effects of judicial decisions', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), The Effects of Judicial Decisions in Time, Cambridge: Intersentia 2013, p. 114.

⁵⁵ J. Rivero, 'Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle', AJDA 1968, p. 16.

⁵⁶ W.H. Heemskerk, HR 27 november 1981, nr. 503, NJ 1982, p. 1733; W. Alexander, 'Beperking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken', RM Themis 1986, p. 499; F.P. Zwart, 'Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht', NJB 1997, p. 111; M. Arden, 'Prospective overruling', Law Quarterly Review 2004, p. 7-8; R.P.C. Cornelisse, 'Hoge Raad gaat om; rechtszekerheid en prospective overruling', NTFR

kunnen ook de artikelen 6 en 13 EVRM van belang zijn. Deze waarborgen immers het recht op een eerlijk proces en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel. Leiden deze artikelen er niet toe dat de partij ook een voordeel uit zijn procedure moet kunnen halen? Over de positie van de verzoekende partij bij een temporele beperking *ex nunc* deed het Hof nog geen uitspraak. Gelet op het belang dat het Hof hecht aan het herstel van de schending van fundamentele rechten en vrijheden, zou een uitsluiting van de terugwerkende kracht van dergelijk herstel desalniettemin problematisch kunnen zijn.⁵⁷

3.3 Uitgestelde werking – effect *pro futuro*

Een jurisprudentiële regel heeft uitgestelde werking wanneer de regel van toepassing is op rechtsfeiten die zich voordoen na verloop van een termijn die door de rechter wordt bepaald.⁵⁸ Voor het Belgische Grondwettelijk Hof en de Belgische Raad van State verwijst men naar een voorlopige handhaving van de gevolgen van de ongrondwettige norm.⁵⁹ De techniek van de uitgestelde werking vormt nergens de basisregel, maar vindt niettemin toch veelvuldig toepassing bij rechtscolleges die afwijken van de principiële retroactieve of onmiddellijke werking van hun uitspraken.

Bij uitgestelde werking helt de balans duidelijk over naar het rechtszekerheidsbeginsel. De oude regel blijft nog een bepaalde termijn van toepassing; aan de gewekte verwachtingen en het vertrouwen van de burgers wordt hierdoor niet geraakt. Vooral wanneer regelgeving vernietigd wordt, en aldus uit de rechtsorde verdwijnt, wordt door de (hoogste) rechtscolleges niet uitzonderlijk een termijn vooropgesteld.⁶⁰

Het toekennen van deze termijn is evenwel problematisch aangezien een on(grond)wettige norm of een voorbijgestreefde jurisprudentiële regel als-

2003, p. 2; G.J. Ghatan, 'The incentive problem with prospective overruling: a critique of the practice', *Real Property Trust and Estate Law Journal* 2010-11, p. 192 e.v.

⁵⁷ Zie uitvoerig, P. Popelier, 'The European Court of Human Rights' Approach to Retrospective Judicial Reversals', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 269-284.

⁵⁸ P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen: Kluwer 1999, p. 32; O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 399; M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*. Proefschrift, Tilburg: Universiteit Tilburg 2009, p. 28.

⁵⁹ Artikel 8, tweede lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof; artikel 14ter RvS-wet.

⁶⁰ Zie infra 4.2 Termijn voor de wetgever.

nog voor een bepaalde tijd toegepast kan worden. Dit brengt ons bij de kwestie die ook bij de onmiddellijke werking als problematisch wordt ervaren, m.n. de positie van de partijen in de concrete zaak, alsook in andere hangende gedingen. Indien een uitspraak uitgestelde werking heeft, kunnen zij hiervan niet profiteren.

In de Nederlandse literatuur wordt niet zelden de term *prospective overruling* gehanteerd.⁶¹ Deze term is ontstaan in de Verenigde Staten. Friedmann omschrijft de techniek van *prospective overruling* als “*the overruling of a well-established precedent limited to future situations, and excluding application to situations which have arisen before the decision and are therefore presumed to be governed by reliance on the overruled principle.*”⁶² Deze techniek omvat bijgevolg, overeenkomstig de hierboven gegeven definities, rechterlijke uitspraken met onmiddellijke werking, maar mogelijks ook uitspraken met uitgestelde werking.

3.4 Criteria voor toepassing

In België en Nederland maakt de terugwerkende kracht de principiële temporele werking uit voor elke rechterlijke uitspraak. De vraag rijst nu wanneer de rechter van deze terugwerkende kracht kan of moet afwijken om de nefaste gevolgen die hiermee gepaard gaan te voorkomen. Het moge duidelijk zijn dat de rechter steeds een grondige belangenafweging zal moeten maken.

De Belgische en Nederlandse regelgeving die ziet op de bevoegdheid van de rechters om regelgeving te vernietigen, stelt geen criteria voorop. Meer nog, de Belgische regelgeving op het Grondwettelijk Hof en de Raad van State oordeelt dat deze rechtscolleges de temporele werking van hun uitspraken mogen moduleren, *zo de rechter dit nodig oordeelt.*⁶³ Aldus

⁶¹ Zie onder meer W. van den Bergh, ‘Prospective Overruling’, *Ars Aequi* 1975, p. 302; M.V. Polak, ‘Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht’, *RM Themis* 1984, p. 259; W. Alexander, ‘Beperking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken’, *RM Themis* 1986, p. 493; Conclusie A-G Mr. Franx bij HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, nr. 723, p. 2739; J.M. Smits, ‘Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie’ in: *Tijd en onzekerheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 21.

⁶² W. Friedmann, ‘Limits of judicial lawmaking and prospective overruling’, *Modern Law Review* 1966, p. 602; zie tevens C.S. Rogers, ‘Perspectives on Prospective Overruling’, *UMKC Law Review* 1968, p. 36.

⁶³ Artikel 8, tweede lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof; artikel 14ter RvS-wet.

beschikken deze twee rechtscolleges over een volstrekt discretionaire bevoegdheid aangaande de temporele werking van hun uitspraken.

Deze vaststelling geldt eigenlijk evenzeer voor de temporele werking van gewone hoven en rechtbanken, en vooral van het Hof van Cassatie en de Hoge Raad. De mogelijkheid om de retroactieve werking van hun uitspraak te beperken is inherent aan de rechtsprekende bevoegdheid, en bij gebrek aan enige regelgevende richtlijn hieromtrent, kunnen zij de temporele werking naar eigen goeddunken regelen. Opdat dit optreden evenwel legitiem zou zijn, is een omstandige motivering van cruciaal belang.

Bijgevolg zou men kunnen aannemen dat bij gebrek aan enige sturing ter zake door de wetgever, de criteria voor de beperking van de terugwerkende kracht terug te vinden zijn in de rechtspraak. Het Hof van Justitie hanteert consequent dezelfde criteria opdat de terugwerkende kracht van een arrest beperkt zou worden. In prejudiciële vragen omtrent de uitlegging van het EU-recht⁶⁴, vereist het Hof dat de lidstaat te goeder trouw heeft gehandeld, en aldus rechtmatig kon geloven dat de nationale norm in overeenstemming was met het EU-recht, en verlangt het Hof dat de lidstaat aantoonde dat zonder de beperking van de terugwerkende kracht, ernstige economische gevolgen zouden teweeggebracht worden.⁶⁵ Voor vernietigingsarresten⁶⁶ en arresten omtrent de geldigheid van EU-handelingen⁶⁷, hanteert het Hof een ruimer criterium en volstaat het dat de uitspraak van het Hof van Justitie de rechtszekerheid zou schaden.⁶⁸

⁶⁴ Artikel 267, eerste lid, a) VWEU.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 16 juli 1990, nr. C-163/90 (Legros); HvJ EU 28 september 1994, nr. C-57/93 (Anna Adriaantje Vroege); HvJ EU 9 maart 2000, nr. C-437/97 (Evangelischer Krankenhausverein Wien); HvJ EU 10 januari 2006, nr. C-402/03 (Bilka); HvJ EU 21 oktober 2010, nr. C-242/09 (Albron); S. Verstraelen, 'The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity', *German Law Journal* 2013, p. 1715-1717.

⁶⁶ Artikel 263 en 264 VWEU.

⁶⁷ Artikel 267, eerste lid, b) VWEU.

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 29 juni 1988, nr. C-300/86 (Van Landschoot); HvJ EU 27 september 1988, nr. C-51/87 (Commissie/Raad); HvJ EU 28 mei 1998, nr. C-22/96 (Parlement/Raad); HvJ EU 11 september 2003, nr. C-445/00 (Oostenrijk/Raad); HvJ EU 3 september 2008, nr. C-402/05 (Kadi and Al Barakaat); HvJ EU 22 december 2008, nr. C-333/07 (Société Régie Networks); HvJ EU 3 september 2009, nr. C-166/07 (Parlement/Raad); HvJ EU 1 maart 2011, nr. C-236/09 (Test-Achats); zie S. Verstraelen, 'The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity', *German Law Journal* 2013, p. 1698 en 1714.

Het gebruik van het criterium van de rechtszekerheid, is echter weinigzeggend. Hiervoor werd benadrukt dat wanneer een jurisprudentiële norm terugwerkende kracht heeft, deze temporele werking steeds de rechtszekerheid zal schaden. De rechtszekerheid kan aldus in elke rechterlijke uitspraak ter beperking van de terugwerkende kracht ingeroepen worden.

Ook binnen de rechtspraak van de Belgische Raad van State en het Belgische Grondwettelijk Hof, zijn voornamelijk alomvattende overwegingen terug te vinden. Aangehaalde redenen om de terugwerkende kracht van een vernietiging te beperken zijn, naast de bescherming van de rechtszekerheid, onder meer het vermijden van administratieve en financiële problemen, het verzekeren van de continuïteit van bepaalde diensten en het vrijwaren van de doelstelling van de wet.⁶⁹ Het toekennen van een termijn *pro futuro* wordt vaak verantwoord door de overweging dat de wetgever op die manier de nodige tijd krijgt om aan de on(grond)wettigheid te verhelpen waardoor een legislatieve lacune vermeden wordt.⁷⁰ Frequent worden ook de *buitensporige gevolgen* van de terugwerkende kracht aangehaald om een uitgestelde of onmiddellijke werking te rechtvaardigen. Dit laatste argument wordt eveneens gekenmerkt door een ruim toepassingsgebied.⁷¹ Hoewel al deze argumenten legitieme redenen zijn om de terugwerkende kracht van een vernietiging te rechtvaardigen, schuilt het probleem echter in de vaak beknopte motivering die vooral het Grondwettelijk Hof hanteert; van een daadwerkelijke belangenafweging wordt zelden blijk gegeven, het Hof volstaat meestal met de eenvoudige verwijzing naar een van deze argumenten. Opmerkelijk, de Hongaarse wet op het Grondwettelijk Hof vermeldt expliciet drie rechtvaardigingsgronden opdat

⁶⁹ Zie bijvoorbeeld GwH 15 oktober 1987, nr. 40; GwH 21 maart 1991, nr. 4/91; GwH 15 januari 1992, nr. 2/92; GwH 27 januari 1993, nr. 6/93; GwH 11 juni 2003, nr. 78/2003; GwH 14 juli 2004, nr. 132/2004; GwH 15 maart 2007, nr. 39/2007; GwH 13 januari 2011, nr. 4/2011; GwH 8 december 2011, nr. 184/2011; GwH 24 mei 2012, nr. 67/2012; RvS 24 juni 2004, nr. 132.989; RvS 8 november 2006, nr. 164.522; RvS 16 september 2009, nr. 196.106; RvS 19 november 2009, nr. 198.039; RvS 4 juni 2010, nr. 204.782; RvS 21 juni 2011, nr. 214.028.

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld GwH 11 februari 1993, nr. 10/93; GwH 16 juni 2004, nr. 106/2004; GwH 30 juni 2004, nr. 114/2004; GwH 23 maart 2005, nr. 62/2005; GwH 8 november 2006, nr. 163/2006; GwH 13 maart 2008, nr. 49/2008; GwH 27 januari 2011, nr. 8/2011; GwH 12 juli 2012, nr. 88/2012; RvS 21 mei 2001, nr. 96.807; RvS 6 juli 2006, nr. 161.063.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld GwH 8 juni 1988, nr. 58; GwH 2 februari 1989, nr. 2/89; GwH 28 maart 2002, nr. 56/2002; GwH 28 november 2007, nr. 146/2007; RvS 2 mei 2002, nr. 106.318; RvS 8 november 2006, nr. 164.521.

het Grondwettelijk Hof kan afwijken van de onmiddellijke werking van een uitspraak: de bescherming van de Grondwet, het belang van de rechtszekerheid en het bijzonder belangrijk belang van de partij die de procedure opstartte.⁷² Deze wettelijke basis leidt echter niet tot een uitvoerige belangenafweging door het Hongaarse Grondwettelijk Hof. Doorgaans volstaat het met een algemene verwijzing naar deze wettelijke bepaling om de temporele modulering te verantwoorden.⁷³

De rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie is in dit opzicht verwaarloosbaar. In amper twee arresten beperkte het Hof de terugwerkende kracht van zijn uitspraak. De eerste zaak betrof de hiervoor reeds vermelde problematiek van het IPR waarbij voor de bepaling van het toepasselijke recht op het huwelijksvermogen, niet langer het nationale recht van de man doorslaggevend is, maar wel de eerste echtelijke verblijfplaats van de echtgenoten.⁷⁴ Het Hof oordeelde dat in het concrete geval de nationale wet van de man evenwel bepalend bleef, aangezien het desbetreffende koppel ruim veertig jaar eerder was getrouwd. Het Hof besteedde aan deze vaststelling slechts een beperkte en onduidelijke overweging.⁷⁵ Ongeveer een maand later sprak het Hof zich uit over de temporele werking van zijn arrest, dit in de nasleep van het arrest *Marckx* van het EHRM.⁷⁶ Aangezien het EHRM de terugwerkende kracht van dat arrest had beperkt, implementeerde het Hof van Cassatie louter deze temporele regel

⁷² Sectie 45(4) van de Hongaarse wet op het Grondwettelijk Hof, Act CLI of 2011 on the Constitutional Court.

⁷³ T. Drinóczy, 'Temporal effects of decisions of the Hungarian Constitutional Court', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 95-96.

⁷⁴ Cass. 9 september 1993, AR 9426. Zie uitvoerig N. Coipel, 'Conflit transitoire international, régime matrimonial légal et conflit mobile', RTDF 1994, p. 480-493; M. Liénard-Ligny, 'Effets patrimoniaux du mariage et conflits de lois dans le temps en droit international privé', JLMB 1994, p. 399-403; N. Watté, 'Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps', RCJB 1994, p. 676-732; P. Popelier, 'Het verval van het recht op planschadevergoeding. Van wettelijk naar rechterlijk overgangsrecht', CDPK 2001, p. 462-463; F. Ost en S. Van Drooghenbroeck, 'Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions Belges', Rev.Dr.ULB 2002, p. 17-22; S. Verstraelen, 'The interplay of temporal effects of judicial decisions within the Belgian legal order', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 46-47.

⁷⁵ Cass. 9 september 1993, AR 9426.

⁷⁶ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74 (*Marckx/België*); Cass. 21 oktober 1993, AR 9616.

in zijn eigen uitspraak omtrent opgevallene nalatenschappen.⁷⁷

De Hoge Raad daarentegen heeft zich reeds meermaals expliciet uitgesproken aangaande het rechterlijk overgangsrecht.⁷⁸ Hierbij kan verwezen worden naar het gekende arrest Boon-Van Loon waar de Raad oordeelde dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met het belang van de rechtszekerheid eraan in de weg staan dat vorderingen die de partijen niet meer konden verwachten, alsnog geldend gemaakt worden.⁷⁹ Bijzondere aandacht dient gevestigd te worden op de Antiliaanse zaak waarin de Hoge Raad op 10 mei 1996 uitspraak deed.⁸⁰ In deze zaak werd voor de Hoge Raad een cassatieberoep ingesteld tegen een uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba. Het betrof *in casu* de problematiek inzake de ongelijke verloning van leerkrachten louter op basis van hun huwelijksstatus. De Hoge Raad had in een arrest van 7 mei 1993 geoordeeld dat het toekennen van een hoger loon enkel omdat een persoon getrouwd is, een ongelijke behandeling betrof. Het Gemeenschappelijk Hof had de terugwerkende kracht van deze uitspraak evenwel beperkt; aanspraken op een te weinig betaald salaris voor een periode daterend van voor 7 mei 1993, konden niet geldig gemaakt worden. Aangehaalde redenen door het Hof zijn, duidelijk geïnspireerd door het arrest Boon-Van Loon, de redelijkheid en billijkheid in verband met het beginsel van rechtszekerheid. Het Hof stelt bovendien vast dat een uitzondering op deze onmiddellijk werking mogelijk is, bijvoorbeeld wanneer de werknemer reeds voor het arrest van de Hoge Raad zijn aanspraken aan de werkgever heeft kenbaar gemaakt.⁸¹ Het is specifiek de overgangsrechtelijke bepaling die door de eiser voor de Hoge Raad be-

⁷⁷ P. Popelier, 'Het verval van het recht op planschadevergoeding. Van wettelijk naar rechterlijk overgangsrecht', CDPK 2001, p. 463; F. Ost en S. Van Drooghenbroeck, 'Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions Belges', Rev.Dr.ULB 2002, p. 14-16; S. Verstraelen, 'The interplay of temporal effects of judicial decisions within the Belgian legal order', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 47-48.

⁷⁸ HR 27 maart 1981, NJ 1981, nr. 335, Haagse Italianen; HR 18 december 1981, NJ 1982, nr. 570; HR 16 mei 1986, NJ 1986, nr. 723; HR 6 januari 1998, NJ 1998, nr. 367, Pikmeer II; HR 27 februari 2001, NJ 2001, nr. 499.

⁷⁹ HR 27 november 1981, NJ 1982, nr. 503, p. 1727; M.V. Polak, 'Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht', RM Themis 1984, p. 242.

⁸⁰ HR 10 mei 1996, NJ 1996, nr. 643.

⁸¹ HR 10 mei 1996, NJ 1996, nr. 643, p. 3671-3672.

twist wordt. Niet enkel de conclusie van advocaat-generaal Vranken, maar ook de overwegingen van de Hoge Raad geven blijk van een duidelijke belangenafweging; het arrest van de Hoge Raad kon gezien worden als het eindpunt van de lange discussie over de ongelijke beloning van gehuwde en ongehuwde werknemers.⁸² Vele werkgevers hadden geen reserveringen gepleegd om – met terugwerkende kracht – hun werknemers een hoger loon toe te kennen.⁸³ Daarnaast hadden ook de werknemers hun leven niet ingericht naar het hogere salaris. Bijgevolg werd de door het Hof opgelegde temporele werking als rechtmatig beschouwd.⁸⁴

In de rechtsleer zijn reeds heel wat pogingen ondernomen om een lijst van criteria voorop te stellen waaraan voldaan moet zijn opdat de rechter de terugwerkende kracht kan uitsluiten. Aangehaalde criteria zijn onder meer de aard van het rechtsgebied en de rechtsverhouding, de aard van de nieuwe regel, het vertrouwen van burgers in de oude regel, de goede trouw van dit vertrouwen, de voorzienbaarheid van de nieuwe norm, het doel van de nieuwe norm, de gelijkheid tussen burgers en partijen, de gevolgen voor de (gerechtelijke) administratie, de financiële impact, de gevolgen voor (een groot aantal) derden, de gevolgen voor andere (hangende) gedingen en de mogelijkheid tot beloning van de partijen in het geding.⁸⁵ Ook de catalogus die Pauwels uitwerkte met maar liefst een

⁸² HR 10 mei 1996, NJ 1996, nr. 643, p. 3677.

⁸³ Conclusie A-G Vranken bij HR 10 mei 1996, NJ 1996, nr. 643, p. 3675.

⁸⁴ HR 10 mei 1996, NJ 1996, nr. 643, p. 3677.

⁸⁵ W. Friedmann, 'Limits of judicial lawmaking and prospective overruling', *Modern Law Review* 1966, p. 604; J. Rivero, 'Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle', *AJDA* 1968, p. 17; M.L. Friedland, 'Prospective and retrospective judicial lawmaking', *Toronto Law Journal* 1974, p. 173; M.V. Polak, 'Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht', *RM Themis* 1984, p. 256; J. Stone, *Precedent and law*, Sydney: Butterworths 1985, p. 189; M.V. Polak, 'Omgaan en overgaan. Recente rechtspraak inzake rechterlijk overgangsrecht', *WPNR* 1986, p. 318; W. Alexander, 'Bepanking van de terugwerkende kracht van rechterlijke uitspraken', *RM Themis* 1986, p. 502; Conclusie A-G Mr. Franx bij HR 16 mei 1986, NJ 1986, nr. 723, p. 2736-2741; J.M. Smits, 'Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie' in: *Tijd en onzekerheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 24-26; R.P.C. Cornelisse, 'Hoge Raad gaat om; rechtszekerheid en prospective overruling', *NTRF* 2003, p. 2; M.S. Groenhuijsen, 'Enkele aspecten van rechterlijk overgangsrecht en 'prospective overruling' in het straf(proces)recht', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen: liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 198; H. Vording en A.O. Lubbers, 'The ECJ, retrospectivity and the Member States' tax revenues', *British Tax Review* 2006, p. 105; A.O. Lubbers, 'De 'beslissing met uitgestelde werking' als tegemoetkoming

zestiental omstandigheden die relevant zijn voor de afweging die de (fiscale) wetgever dient te maken bij het bepalen van overgangsrecht, kunnen evenzeer in een situatie van rechterlijk overgangsrecht van tel zijn.⁸⁶ Een exhaustieve lijst van criteria is niet mogelijk. Er zal immers van geval tot geval beoordeeld moeten worden of de terugwerkende kracht van de uitspraak beperkt dient te worden.⁸⁷ Het bepalen van de temporele werking van een arrest is bijgevolg geen automatisme, is geen eenvoudige optelsom van criteria die leidt tot een zeker resultaat. Deze vaststelling neemt niet weg dat op termijn de rechter ernaar zal moeten streven meer algemene criteria of richtlijnen inzake het rechterlijk overgangsrecht te formuleren. Daarnaast, en m.i. nog belangrijker, zal de rechter steeds moeten aantonen dat een gedegen belangenafweging gemaakt werd. Zo kan het niet zijn dat bij baanbrekende uitspraken, geen enkele verwijzing naar de temporele werking wordt gemaakt. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een onvoorzienbare uitbreiding van aansprakelijkheid. Dat de rechter beslist de terugwerkende kracht van de vernieuwende uitspraak niet te beperken is niet problematisch, dat hij daarentegen niet verantwoordt waarom hij dat doet, wel.⁸⁸ Evenmin volstaat een eenvoudige verwijzing naar de rechtszekerheid of naar de mogelijke financiële gevolgen van een beslissing om de terugwerkende kracht te beperken, zoals bij het Grondwettelijk Hof vaak het geval is. Hiervoor werd reeds benadrukt dat de legitimiteit van dit rechtsvormend optreden in belangrijke mate schuilt in de motivering ervan.

bij rechtsdwaling in het belastingrecht, Weekblad Fiscaal Recht 2007, p. 1086; J.H. van Kreveld, 'Temporele werking van bestuursrechtspraak', NTB 2008, p. 204; A.O. Lubbers en R.W.J. van der Struijk, 'Fiscaal overgangsbeleid van de belastingrechter', Fiscaal Ondernemingsrecht 2009, p. 174 en 176; F.C.M.A. Michiels, 'Commentaar bij Awb', in: J.B.J.M. ten Berge en P.C. Gilhuis (red.), Algemene wet bestuursrecht: commentaar op de algemene wet bestuursrecht, de wet openbaarheid van bestuur en invoeringswetgeving, 's Gravenhage: VGA 2010, p. 203.

⁸⁶ M.R.T. Pauwels, Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen. Proefschrift, Tilburg: Universiteit Tilburg 2009, p. 209-322.

⁸⁷ M. Adams, 'De retroactieve werking van wijzigingen in de rechtspraak', in: M. Storme (red.), Retroactiviteit van rechtsregels, Leuven: Jura Falconis 1998, 37-38; N. Molfessis, Les revirements de Jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, Parijs: LexisNexis 2005, p. 39-40; E. Dirix, 'Rechterlijk overgangsrecht', RW 2008-09, p. 1759.

⁸⁸ J.M. Smits, 'Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie' in: Tijd en onzekerheid, Deventer: Kluwer 2000, p. 19-20; Contra B.J. van Ettehoven, 'Rede van de voorzitter. It Ain't Over 'till It's Over' in Tijd voor verandering. Over overgangsrecht, Den Haag; Boom Juridische uitgevers 2013, p. 13-14.

4. RECHTERLIJK OVERGANGSRECHT ALS BRUG TUSSEN RECHTER EN WETGEVER

4.1 Ontzien van de wetgever

Hiervoor werd benadrukt dat de terugwerkende kracht van hetzij een nieuwe jurisprudentiële regel, hetzij een vernietiging van een regelgevende norm, verregaande gevolgen met zich kan meebrengen. Indien de rechter niet zelf in de nodige overgang- of opvangsmaatregelen voorziet, zal het de regelgever zijn die moet ingrijpen. Het grootste probleem schuilt hierin dat de regelgever op dat ogenblik zich vaak genoodzaakt zal zien om een norm met terugwerkende kracht aan te nemen.⁸⁹ Dat het verbod van terugwerkende kracht voor regelgeving geen absolute, maar relatieve werking heeft, neemt niet weg dat wetgeving met terugwerkende kracht vaak als problematisch wordt beschouwd.⁹⁰ Bovendien zal het regelgevend optreden binnen afzienbare termijn moeten gebeuren om aan de vereisten van rechtszekerheid tegemoet te komen. Hierbij kan verwezen worden naar de Duitse praktijk. Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* kan beslissen de norm niet te vernietigen, maar louter 'onverenigbaar met de Grondwet' te verklaren waardoor de norm niet uit de rechtsorde verdwijnt, maar simpelweg niet langer toepassing kan vinden.⁹¹ Bijgevolg dient de wetgever de onregelmatigheid met terugwerkende kracht te verhelpen zodat de nieuwe bepaling ook in hangende zaken toepassing kan vinden.⁹²

In een arrest van 27 februari 2006 oordeelde het Hof van Cassatie dat het Koninklijk Besluit van 13 januari 1983 betreffende de cumulatie van bepaalde vergoedingen voor beroepsziekten en pensioenen, op grond van

⁸⁹ Zie H. Gribnau en A. Lubbers, 'The temporal effect of Dutch tax court decisions', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 191-192 en 195.

⁹⁰ Art. 2 Belgisch Burgerlijk Wetboek (BW); artikel 4 Nederlandse Wet algemene bepalingen. Zie hieromtrent uitvoerig P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen; Kluwer 1999, p. 43-47; M.R.T. Pauwels, *Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*. Proefschrift, Tilburg: Universiteit Tilburg 2009, p. 96-98.

⁹¹ Artikel 79 Duitse Bundesverfassungsgerichts-Gesetz; W. Heun, *The Constitution of Germany*, Oxford: Hart 2011, p. 177.

⁹² H. Schmitz en P. Stammer, 'Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilswirkungen', *Archiv des öffentlichen Rechts* 2011, p. 485.

artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet gelaten worden.⁹³ Reden hiertoe was louter van formele aard: het aannemen van het KB werd niet voorafgegaan door een advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State zonder verduidelijking van de bijzondere omstandigheden van deze hoogdringendheid.⁹⁴ De wetgever wenste te vermijden dat met terugwerkende kracht van het arrest de toepassing van de cumulatiereregeling, zoals deze reeds 23 jaar van kracht was, werd uitgeschakeld. Aan de wettelijke bepalingen, die enkel de toepassing van de cumulatiereregeling zoals deze reeds bestond, bevestigden, verleende de wetgever terugwerkende kracht tot de datum van inwerkingtreding van het KB van 13 januari 1983. Aangenomen wordt dat terugwerkende kracht verantwoord is wanneer ze onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, zoals bijvoorbeeld de goede werking en de continuïteit van de openbare dienst. *In casu* was er geen sprake van rechtsonzekerheid door de terugwerkende kracht, de wettelijk norm bevestigde louter de reeds bestaande toepassing. Daarnaast wenste de wetgever administratieve en budgettaire moeilijkheden vermijden die de terugwerkende kracht van de beslissing had doen ontstaan.⁹⁵ Om deze redenen achtte het Grondwettelijk Hof de terugwerkende bepalingen, waartegen een beroep tot vernietiging bij het Hof aanhangig werd gemaakt, niet problematisch.⁹⁶ Eenzelfde redenering is terug te vinden in het arrest nr. 186/2009 van het Grondwettelijk Hof.⁹⁷ Deze zaak betrof een ommekeer van het Hof van Cassatie inzake de vaststelling van de belastingschuld van de aanvullende belasting op de personenbelasting door gemeenten. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de vaststelling van het tarief van de aanvullende belasting niet langer mogelijk was wanneer de overeenstemmende belastbare periode reeds was beëindigd.⁹⁸ Hierdoor trad het Hof de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof aangaande deze problematiek bij. Talrijke gemeenten hadden evenwel voor de aanslagjaren 2001 tot 2007 een reglement aan-

⁹³ Artikel 159 Belgische Grondwet bepaalt: "De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zoverre zij met de wetten overeenstemmen."

⁹⁴ Cass. 27 februari 2006, AR S050033F.

⁹⁵ Memorie van toelichting wetsontwerp houdende diverse bepalingen, Parl.St. Kamer 2005-2006, nr. 2518/1, p. 179-181.

⁹⁶ GwH 17 april 2008, nr. 64/2008.

⁹⁷ GwH 26 november 2009, nr. 186/2009. Zie ook GwH 17 december 2009, nr. 199/2009.

⁹⁸ Cass. 14 maart 2008, AR F070067.

genomen dat het tarief van de genoemde belasting vaststelt, terwijl de overeenstemmende belastbare periode wel reeds was beëindigd. Om te vermijden dat deze gemeenten de onwettige aanvullende belastingen op de personenbelasting zouden moeten terugbetalen, en alzo in financiële problemen zouden geraken, bekrachtigde de wetgever deze onrechtmatige heffingen. Hierdoor verkregen zij kracht van wet en werd een beroep bij de Raad van State – voor de heffingen van 2007 – uitgesloten.⁹⁹ Dit retroactief ingrijpen van de wetgever is al meer problematisch, zeker vanuit het standpunt van artikel 6 EVRM, dan het voorgaande voorbeeld, aangezien het ingrijpt in hangende en toekomstige geschillen.¹⁰⁰ Toch oordeelde het Grondwettelijk Hof ook in deze zaak dat de bestreden retroactieve bepaling onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang en dat zij op uitzonderlijke omstandigheden berust en beantwoordt aan dwingende motieven van algemeen belang.¹⁰¹

Dat de terugwerkende kracht soms wel zeer problematisch is, blijkt uit het loodsensarrest van het Belgische Hof van Cassatie. Het Hof van Cassatie oordeelde in 1983 dat niet langer de kapitein, als aansteller van de loods, aansprakelijk was voor diens fouten, doch wel de Belgische Staat aangezien de loods als een orgaan van deze laatste werd beschouwd.¹⁰² Deze ommekeer lag in verlengde van de rechtspraak van het Hof betreffende de mogelijke aansprakelijkheid van de Belgische Staat voor overheidsorganen.¹⁰³ De terugwerkende kracht van de uitspraak in combinatie met

⁹⁹ Memorie van toelichting wetsvoorstel ter bekrachtiging van de vestiging van sommige aanvullende gemeentebelastingen en de aanvullende agglomeratiebelasting op de personenbelasting voor elk van de aanslagjaren 2001 tot 2007 en tot wijziging, met ingang van aanslagjaar 2009, van artikel 468 van het Wetboek van de inkomstenbelasting 1992, Parl.St. Kamer 2007-2008, nr. 1276/1, p. 3-7.

¹⁰⁰ W. Vandenbruwaene, 'Retroactief ingrijpen na een ommekeer in de rechtspraak', RW 2009-10, p. 1439-1431.

¹⁰¹ GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.9.3.

¹⁰² Cass. 15 december 1983, Arr.Cass. 1983-84, p. 443-448; Pas. 1984, I, p. 418-434, concl. Liekendael.

¹⁰³ A. Van Oevelen, 'De wet van 30 augustus 1988 tot wijziging van de wet van 3 november 1967 betreffende het loodsens van zeevaartuigen: te verregaande aansprakelijkheidsvrijstellingen en een ongehoord verre retroactiviteit', RW 1988-1989, p. 947-948; F. Ost, 'L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles', in: F. Ost en M. Van Hoecke (red.), Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?, Brussel: Bruylant 1998, p. 108.

de dertigjarige verjaringstermijn van dergelijke aansprakelijkheidsvorderingen, leidde tot een overvloed aan procedures. Het totaal bedrag van de vorderingen tot schadeloosstelling die tegen de Belgische Staat werden ingediend, werd geraamd op 3,5 miljard Belgische frank, zo'n 87 miljoen euro. De Belgische wetgever besloot de wet betreffende het loodsen van zeevaartuigen zo te wijzigen dat de toepasselijkheid van de artikelen 1382 e.v. BW t.a.v. de Belgische Staat werden uitgeschakeld, en dit met terugwerkende kracht voor een periode van dertig jaar.¹⁰⁴ Noch het Grondwettelijk Hof¹⁰⁵, noch het Hof van Cassatie¹⁰⁶ zag enige graten in deze retroactieve wet. Uiteindelijk oordeelde het EHRM dat de retroactieve wet daadwerkelijk een inbreuk maakte op het eigendomsrecht zoals gewaarborgd in art. 1 eerste aanvullend protocol EVRM.¹⁰⁷ De beperking van de terugwerkende kracht van de rechterlijke beslissing, al dan niet met uitzondering voor hangende geschillen, had dit alles kunnen voorkomen.

4.2 Termijn voor de wetgever

De uitgestelde werking van rechterlijke uitspraken is van essentieel belang voor een goede verhouding tussen de wetgever en de rechter. Deze techniek kent een ruime toepassing door het Belgische Grondwettelijk Hof. Statistieken tonen aan dat het Hof in 78 van de 317 vernietigingsarresten de terugwerkende kracht van de uitspraak beperkt. In maar liefst 42 van deze handavingsarresten legde het Hof een termijn op waarbinnen de regelgever diende op te treden.¹⁰⁸

Door de toekenning van de termijn wordt vermeden dat een juridisch vacuüm ontstaat en wordt aan de regelgever de nodige tijd verschaft om op te treden en de ongrondwettigheid te verhelpen op een manier die hij zelf passend acht.¹⁰⁹

Het Grondwettelijk Hof, evenals de Raad van State overigens, is volledig

¹⁰⁴ Wet 30 augustus 1988 houdende wijziging van de wet van 3 november 1976 betreffende het loodsen van zeevaartuigen, Belgisch Staatsblad 17 september 1988.

¹⁰⁵ GwH 5 juli 1990, nr. 25/90; GwH 22 november 1990, nr. 36/90.

¹⁰⁶ Cass. 19 april 1991, Arr.Cass. 1991, p. 847-851.

¹⁰⁷ EHRM 20 november 1995, nr. 17849/91 (Pressos Compania Naviera a.o./Belgium); Zie uitvoerig F. Blancquaert, 'Het fenomeen retroactiviteit: een "gevaarlijke" fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!', *Jura Falc.* 1996-97, p. 14-40.

¹⁰⁸ Deze telling omvat alle handavingsarresten uitgesproken van 1985 t.e.m. 2012. Zie jaarverslagen te consulteren op www.const-court.be

¹⁰⁹ Parl. St. Senaat 1981-82, nr. 246/2, p. 116; R. Moerenhout, 'Art. 8 Bijz.W. 6 januari 1989', in: *Publiek Procesrecht*, Antwerpen: Kluwer, losbl., afl. 1999, p. 25.

vrij in het bepalen van de termijn. Ook hier blijkt hoe belangrijk het is dat de rechter de gevolgen van zijn uitspraak op een behoorlijke manier kan inschatten: dient de regelgever een volledig nieuwe regelgeving te ontwerpen om aan de uitspraak van het Hof te voldoen of volstaat de simpele toevoeging van de uitgesloten categorie? De wetgever moet de nodige tijd hebben om een goede regelgeving te kunnen ontwerpen, maar door de toekenning van een te lange termijn ontstaat het risico dat de wetgever het zoeken naar een oplossing op de lange baan schuift.

Het Belgische Grondwettelijk Hof kent aan de wetgever gemiddeld een termijn van 9 maanden toe.¹¹⁰ De Oostenrijkse *Bundesverfassungsgesetze* bepaalt zelf expliciet dat de uitgestelde werking van een uitspraak van het *Verfassungsgerichtshof* de termijn van 18 maanden niet kan overschrijden.¹¹¹ Dergelijke expliciete wettelijke limitering van de uitgestelde werking biedt evenwel geen meerwaarde. Recentelijk achtte het Grondwettelijk Hof de ongelijke behandeling van arbeiders en bedienden ongrondwettig.¹¹² Het onderscheid tussen beide vormen van werknemers wordt reeds decennia betwist, maar van een eenheidsstatuut was, politiek gezien, nog lang geen sprake.¹¹³ Het Hof kende de regelgever dan ook een termijn van twee jaar toe om de ongrondwettigheid te verhelpen.¹¹⁴ Deze termijn is lang, zeker aangezien gedurende die periode de discriminatoire arbeidsregels nog verder werden toegepast. Gelet op de politieke gevoeligheid van het onderwerp, kan evenwel niet verdedigd worden dat het Hof zijn bevoegdheid heeft overschreden door een tweejarige termijn op te leggen.

De voorlopige handhaving is bijgevolg een belangrijke stimulans voor een regelgevend optreden, maar verplicht de regelgever hier geenszins toe. Treedt deze niet op binnen de vooropgestelde periode, dan zal weliswaar alsnog een juridisch vacuüm ontstaan. De gevolgen van de vernietigde norm die ontstaan zijn voor het verstrijken van de termijn, kunnen echter

¹¹⁰ Zie jaarverslagen te consulteren op www.const-court.be.

¹¹¹ Artikel 140 (5) Österreichische Bundesverfassungsgesetze.

¹¹² GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011.

¹¹³ Zie tevens GwH 8 juli 1993, nr. 56/93; GwH 21 juni 2001, nr. 84/2001.

¹¹⁴ Deze handhavingsmaatregel werd overigens in een prejudicieel arrest opgelegd. GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011, zie S. Verstraelen, 'Toen barstte de bom: het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid', RW 2011-12, p. 1230-1241.

niet langer betwist worden.¹¹⁵ Uitspraken van de hoogste rechtscolleges benadrukken niet zelden op welke manier de regelgever dient op te treden om de on(grond)wettigheid te verhelpen. Deze richtlijnen zijn evenwel geen bevelen¹¹⁶; het staat de regelgever vrij om naar eigen goeddunken op te treden.¹¹⁷ Dit is een mooi voorbeeld van samenwerking tussen rechter en wetgever.

Gewone rechters kennen uitzonderlijk een uitgestelde werking toe aan hun uitspraken.¹¹⁸ Een voorbeeld hiervan kan gevonden worden in de uitspraak van het College van Beroep voor bedrijfsleven van 19 mei 2004. Hoewel dit rechtscollege een bestuursrechter is, betreft het in deze zaak niet de temporele werking van een vernietiging, maar van een vernieuwde wetsinterpretatie. Het College oordeelde dat “het de jurisprudentie van toerekening van primaire besluiten als het onderhavige aan het bedrijfslichaam in de toekomst niet zal blijven voortzetten. Nu het College zulks lange tijd wel heeft gedaan is naar zijn oordeel een overgangstermijn nodig teneinde de bedrijfslichamen in staat te stellen zo nodig hun verordeningen en/of besluitvorming aan te passen aan de komende jurisprudentie. Het College zal met betrekking tot na 1 januari 2005 genomen primaire besluiten zijn jurisprudentie op dit punt wijzigen”.¹¹⁹ Een tweetal jaren later paste het College deze overgangsrechtelijke bepaling toe op een concreet geschil. De voorliggende besluiten dateerden van voor 1 januari 2005 waardoor deze op basis van de oude wetsinterpretatie nog toegerekend werden aan de verweerder.¹²⁰ Indien de gewone rechter dergelijke termijn oplegt, heeft dit vaak als doel de burgers of administraties de kans te geven zich aan te passen. Dit neemt evenwel niet weg dat ook de wetgever hierdoor enige tijd krijgt om op te treden.

¹¹⁵ H. Simonart, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Brussel: Story Scientia, 1988, p. 215. K. Muylle, 'Les conséquences du maintien des effets de la norme annulée par la Cour d'arbitrage', in: H. Dumont, P. Jadoul en S. Van Drooghenbroeck (red.), *La protection juridictionnel du citoyen face à l'administration*, Brussel: la charte 2007, p. 540-541.

¹¹⁶ Parl. St. Senaat 1981-82, nr. 246/2, p. 117.

¹¹⁷ Zie hieromtrent uitvoerig C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Brussel: Bruylant 2006, 537 p.

¹¹⁸ Zie tevens HR 13 november 1991, BNB 1992/109, nr. 27563, p. 663-671.

¹¹⁹ CBB 19 mei 2004, AWB 02/1634.

¹²⁰ CBB 10 februari 2006, LJN AV2085.

Wanneer de rechter oordeelt dat hij in de volgende uitspraak aangaande het onderwerp een nieuwe jurisprudentiële regel zal toepassen, moet aangenomen worden dat deze uitspraak onmiddellijke werking heeft. Bijgevolg wordt de nieuwe norm toegepast op situaties die ontstaan na de rechterlijke uitspraak. Indien de wetgever het niet eens is met de nieuwe norm, zal hij met gepaste spoed een regelgevende norm moeten aannemen. Burgers zullen hun gedrag immers afstemmen op de 'aangekondigde' jurisprudentiële regel.

Dit brengt ons bij de zogenaamde waarschuwingsarresten. Overwegingen die bepalen dat "het niet uitgesloten is dat de Raad in toekomstige gedingen van zijn rechtspraak zal terugkomen"¹²¹ of dat "het niet uitgesloten is dat een uitblijven van de in het vooruitzicht gestelde wettelijk maatregel te eniger tijd tot een andere afweging zal leiden"¹²², kunnen best vermeden worden. Er bestaat immers geen zekerheid of de rechter daadwerkelijk zijn rechtspraak gaat wijzigen, noch over het ogenblik waarop, en bovendien is er geen duidelijkheid over de exacte reikwijdte van de nieuwe norm. De burger kan en behoort zich niet aan te passen aan deze waarschuwing en ook de wetgever kan hierop, gelet op de beperkte informatie, moeilijk reageren.

Opgemerkt moet worden dat, zoals uit de voorgaande voorbeelden ook blijkt (2.1), de wetgever doorgaans optreedt om de overgang van de oude naar de nieuwe regel te vergemakkelijken, en niet zozeer om de nieuwe jurisprudentiële regel te vervangen. Dit mag niet verbazen. Hiervoor werd reeds benadrukt dat nieuwe jurisprudentiële regels een concretisering zijn van maatschappelijke evoluties en tegemoetkomen aan de noden in de samenleving. Het is bovendien mede in de erkenning van de maatschappelijke opvattingen dat het rechterlijk actief optreden zijn legitimiteit vindt.

4.3 Rechter en wetgever dichter bij elkaar

Een actief optreden van de rechter is vereist om binnen de steeds veranderende maatschappij de nodige wijzigingen door te voeren¹²³; "*the judi-*

¹²¹ CRvB 22 januari 1985, AB 1985, nr. 569; geciteerd door M.V. Polak, 'Omgaan en overgaan. Recente rechtspraak inzake rechterlijk overgangsrecht', WPNR 1986, p. 317.

¹²² HR 10 januari 1990, nr. 26 246; geciteerd door P. Wattel, 'Conditional prospective non-
overruling, alsmede judgment-driven legislation', NJB 1990, p. 528.

¹²³ B.H. Levy, 'Realist Jurisprudence and Prospective Overruling', University of Pennsylvania Law Review 1960, p. 1-2.

cial branch does indeed play a vital part in the evolution of the law” zo oordeelt Friedmann¹²⁴. Hiervoor werd reeds opgemerkt dat sommige auteurs, gelet op de vernieuwende uitspraken die de rechter soms doet, pleiten voor de onmiddellijke werking als algemene temporele werking van overgangsrecht. Op deze manier komen rechter en wetgever evenwel te dicht bij elkaar te staan. De primaire taak van de gewone hoven en rechtbanken ligt immers nog steeds bij de geschilbeslechting, waardoor het niet mogelijk is om afstand te doen van de terugwerkende kracht. Hierna (5.) zal benadrukt worden hoe belangrijk de beslechting van het concrete geschil is.

Wat het Belgische Grondwettelijk Hof betreft, werd de vernietiging *ex nunc*, met aldus onmiddellijke werking, als alternatief afgewezen omdat deze de draagwijdte van een opheffing had, dewelke echter als een daad van wetgeving beschouwd werd.¹²⁵ Deze overweging is echter weinig overtuigend aangezien het Belgische Grondwettelijk Hof door de vernietiging met terugwerkende kracht zelfs verder kan gaan dan de Belgische wetgever. Bovendien werd door de mogelijkheid tot handhaving aan het Hof toch de mogelijkheid toegekend om een onmiddellijke werking aan zijn arresten toe te kennen. Een bevoegdheid waar het Hof overigens regelmatig gebruik van maakt.

Binnen Europa hebben de uitspraken van het merendeel van de grondwettelijke hoven een onmiddellijke werking.¹²⁶ Door de uitsluiting van de terugwerkende kracht, wordt de gelijkenis met de wetgever natuurlijk groot. Dit is niet enkel zo wanneer de vernietiging van een norm onmiddellijke werking heeft, maar dit is zeker het geval wanneer de uitspraak uitgestelde werking heeft; op die manier oordeelt het Hof immers dat een ongrondwettig bevonden norm, alsnog verdere toepassing dient te vinden.

4.4 Betere rechtspraak

Een rechterlijke uitspraak kan aldus opgesplitst worden in twee delen:

¹²⁴ W. Friedmann, ‘Limits of judicial lawmaking and prospective overruling’, *Modern Law Review* 1966, p. 595.

¹²⁵ Parl. St. Senaat 1981-82, nr. 246/2, p. 82; Parl. St. Senaat 1983-84, nr. 579/3, p. 5; J. Velaers, *Het Arbitragehof*, Antwerpen: Maklu 1985, p. 102.

¹²⁶ Zie F. Hufen, *The restriction of the Effects of Judgments in Cases of Ascertainment of their Unconstitutionality*, German Federal Ministry of Finance 2008, p. 8, raadpleegbaar op http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/Summary.pdf?__blob=publicationFile&v=3

enerzijds de daadwerkelijke beslissing ten gronde, eventueel de vorming van een nieuwe jurisprudentiële regel of een beslissing tot vernietiging, en anderzijds de temporele werking van deze uitspraak.¹²⁷ Deze tweeledige redenering leidt ertoe dat de rechter meer open en vrij is in de eerste stap, met name in de beoordeling van de rechtsvraag ten gronde. De rechter kan zich uitsluitend richten op de inhoudelijke beantwoording van de voorliggende vraag: is deze norm strijdig met de hogere rechtsnormen? Voldoet deze jurisprudentie nog aan de huidige maatschappelijke opvattingen? Moet die interpretatie niet gewijzigd worden nu een nieuwe wet werd aangenomen?

Het is pas in de tweede stap dat hij de gevolgen van zijn beslissing moet inschatten en mogelijks kan beperken.¹²⁸ Nog al te vaak wordt een rechterlijke beslissing opgebouwd met het oog op de mogelijke gevolgen hiervan. De rechterlijke redenering in twee stappen, dient ook als dusdanig in de uitspraak weergegeven te worden; eerst een motivering omtrent de beslechting van de rechtsvraag, vervolgens een duidelijke belangenafweging waarom deze uitspraak net wel of net niet terugwerkende kracht behoort te krijgen.

Een voorbeeld kan het voorgaande verduidelijken. Hoewel het Belgisch Grondwettelijk Hof een handhavingsbevoegdheid werd toegekend voor vernietigingsarresten, is hierin niet wettelijk voorzien voor wat betreft prejudiciële vragen.¹²⁹ Toch hebben ook prejudiciële arresten een ruimere werking dan louter *inter partes*, waardoor het Grondwettelijk Hof ook in deze procedure rekening moet houden met de gevolgen van de uitspraak voor derden.¹³⁰ Het Hof ontwikkelde een aantal technieken om dit gebrek

¹²⁷ Zie ook M.S. Groenhuijsen, 'Enkele aspecten van rechterlijk overgangsrecht en 'prospective overruling' in het straf(proces)recht', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen: liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 196-197.

¹²⁸ Zie ook B.H. Levy, 'Realist Jurisprudence and Prospective Overruling', *University of Pennsylvania Law Review* 1960, p. 28.

¹²⁹ Het Grondwettelijk Hof oordeelde evenwel in arrest nr. 125/2011 dat het ook in prejudiciële arresten over eenzelfde handhavingbevoegdheid zoals voorgeschreven in artikel 8, tweede lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof. GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011; S. Verstraelen, 'Toen barstte de bom: het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid', *RW* 2011-12, p. 1230-1241.

¹³⁰ Artikel 28 bijzonder wet Grondwettelijk Hof bepaalt dat het rechtscollege dat de prejudiciële vraag gesteld heeft en elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet, zich voor de oplossing van het geschil naar het arrest van het Hof moeten voegen. Artikel 26, § 2, tweede lid, 2° van dezelfde wet stelt evenwel dat indien

aan handhavingsbevoegdheid op te vangen.¹³¹ Een van deze technieken paste het toe in nasleep van het – hiervoor reeds aangehaalde – arrest *Marckx* van het EHRM. In dit arrest oordeelde het EHRM dat de Belgische regeling inzake erfopvolging voor natuurlijke kinderen, onder meer artikel 756 BW, strijdig was met de artikelen 8 en 14 EVRM. Gelet op het beginsel van rechtszekerheid, stelde het Straatsburgse Hof de Belgische Staat vrij van de heropening van erfenissen die waren opengevallen voor de datum van de uitspraak, i.e. 13 juli 1979.¹³² In 1991 diende het Grondwettelijk Hof antwoord te geven op een prejudiciële vraag over art. 756 BW. Het Grondwettelijk Hof oordeelde op zijn beurt dat art. 756 BW ongrondwettig was ‘inzoverre het toepasselijk is op nalatenschappen opengevallen vanaf 13 juli 1979’.¹³³ Het moge echter duidelijk zijn dat art. 756 BW ook ongrondwettig was voor nalatenschappen die voor die datum waren opengevallen.¹³⁴ Indien het Hof de temporele werking van dit prejudicieel arrest had kunnen moduleren, had het in de eerste stap zonder meer kunnen oordelen dat artikel 756 BW het gelijkheidsbeginsel schond, en in de tweede stap de retroactieve werking van deze vaststelling kunnen milderden tot 13 juli 1979. De verantwoording van deze beperking zou eenvoudigweg gelegen hebben in de opvolging van Europese rechtspraak. Vele auteurs pleitten dan ook voor de uitbreiding van artikel 8, tweede lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof tot prejudiciële procedures.¹³⁵ Door

reeds uitspraak werd gedaan op een vraag of beroep met een identiek onderwerp, de rechter niet verplicht is op een prejudiciële vraag te stellen. Dat het prejudicieel arrest ruimer werkt, blijkt ook uit artikel 4, tweede lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof. Dit artikel voorziet in een nieuwe termijn van zes maanden om een beroep tot vernietiging in te stellen wanneer het Hof in een prejudicieel arrest tot de ongrondwettigheid van de norm heeft besloten.

¹³¹ Zie uitvoerig P. Popelier, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 382-383.

¹³² EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74 (*Marckx/België*), para. 58.

¹³³ Arbitragehof 4 juli 1991, nr. 18/91; Arbitragehof 1 december 1993, nr. 83/93.

¹³⁴ S. Verstraelen, ‘Toen barstte de bom: het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid’, *RW* 2011-12, p. 1232-1233.

¹³⁵ Advies van de heer J. Mertens de Wilmars bij ontwerp van wet houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *Parl.St. Senaat* 1981-82, nr. 246/2, p. 376; Amendement nr. 46 (Vandenberghe) bij ontwerp van bijzondere wet tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *Parl.St. Senaat* 2001-02, nr. 2-897/4, p. 11-12; *Parl.St. Senaat* 2002-03, nr. 2-897/6, p. 175-176; A. Alen, ‘De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever’, in: A. Alen, E. Dirix, W. Pintens en P. Senaevae (red.), *Vigilantibus ius scriptum: feestbundel voor*

de tweeledige formulering kunnen zij duidelijker en correcter zijn in de beantwoording van de prejudiciële vraag ten gronde. Bij gebrek aan enig wettelijk optreden hiertoe, eigende het Grondwettelijk Hof in het arrest nr. 125/2011 omtrent de gelijkheid tussen arbeiders en bedienden, zichzelf dan maar deze bevoegdheid toe.¹³⁶

De hantering van deze dubbele redenering, zal ook bij de hoogste gewone rechtscollages tot betere rechtspraak leiden. Hiervoor werd reeds benadrukt dat de Hoge Raad en het Hof van Cassatie een tweevoudige opdracht hebben: enerzijds de ontwikkeling van het recht stimuleren en zorgen voor een rechtskader dat aangepast is aan de maatschappelijke omstandigheden, anderzijds het verzekeren van rechtseenheid en rechtszekerheid.¹³⁷ Het rechterlijk overgangsrecht, en meer bepaald de tweeledige redenering, kunnen hierbij een belangrijk hulpmiddel zijn en beide opdrachten enigszins verzoenen. In eerste instantie kan de rechter zich enkel en alleen richten op de taak van rechtsontwikkeling; is de bestaande norm nog aangepast aan de huidige opvattingen, en indien dit niet het geval is, op welke manier moet de norm dan aangepast worden? In tweede instantie kan de rechter dan het belang van de rechtszekerheid ter harte nemen. Bijgevolg kan de rechter nagaan wat de gevolgen van de nieuwe norm en de terugwerkende kracht ervan zijn, of deze temporele werking moet beperkt worden, en hoe het voorliggende geschil beslecht moet worden. Antwoord op al deze vragen moet in de motivering van de beslissing terug te vinden zijn.

Hugo Vandenberghe, Brugge: Die Keure 2007, p. 12; P. Van Ommeslaghe en J. Verbist, Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 1627/1, p. 40-41.

¹³⁶ GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011.

¹³⁷ Voor België zie Hof van Cassatie, Jaarverslag 2008, p. 21; Jaarverslag 2009, p. 17; Jaarverslag 2010, p. 12; Jaarverslag 2011, p. 10; Jaarverslag 2012, p. 11; http://justitie.belgium.be/nl/rechterlijke_orde/hoven_en_rechtbanken/hof_van_cassatie/documenten/jaarverslagen/; F. Ost, 'L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles', in: F. Ost en M. Van Hoecke (red.), Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?, Brussel: Bruylant 1998, p. 99; S. Velu, 'La modulation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de cassation: de la dynamite juridique?', in: A. Bossuyt, B. Deconinck en E. Dirix (red.), Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete, Gent: Larcier 2011, p. 144; ook voor Nederland zie <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/cassatierechtspraak/Pages/default.aspx>; J.M. Smits, 'Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie' in: Tijd en onzekerheid, Deventer: Kluwer 2000, p. 14.

Tot slot moet de aandacht gevestigd worden op de uitsluiting van aansprakelijkheid die een handhavingsmaatregel in de Belgische rechtsorde met zich meebrengt. Het Belgische Hof van Cassatie bevestigde reeds dat de Belgische staat aansprakelijk gesteld kan worden voor fouten van de uitvoerende¹³⁸ en wetgevende¹³⁹ macht. De vernietiging van een norm door het Grondwettelijk Hof of de Raad van State kan aldus de aansprakelijkheid van de Belgische Staat in het gedrang brengen.¹⁴⁰

Een handhavingsbeslissing maakt een aansprakelijkheidsvordering echter onmogelijk voor de schade opgelopen in de door het rechtscollege vastgestelde periode waarin de handhaving geldt. De handhavingsbeslissing geeft een geldige grondslag aan de gevolgen van de vernietigde norm; het toelaten van aansprakelijkheidsvorderingen zou het nuttig effect van de handhaving teniet doen.¹⁴¹

¹³⁸ Cass. 5 november 1920, Pas. 1920, I, p. 193.

¹³⁹ Cass. 1 juni 2006, AR C050494N; Cass. 28 september 2006, TBP 2007, afl. 9, p. 546-553, noot E. Maes; A. Alen, 'De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever', in: W. Pintens, A. Alen, E. Dirix en P. Senaeve (red.), *Vigilantibus ius scriptum: feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, Die Keure, 2007, p. 1-15; P. Van Ommeslaghe en J. Verbist, *Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht*, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 1627/1, p. 25 e.v.

¹⁴⁰ Zie uitvoerig: G. Maes, 'Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht', NJW 2004, p. 398-399; Concl. Adv.Gen. J.F. Leclercq bij Cass. 28 september 2006, AR C020570F; E. Maes, 'Het Hof van Cassatie over de fout van overheidsorganen: streng, strenger, strengst...' (noot onder Cass 28 september 2006), TBP 2007, p. 550; A. Wirtgen, 'Recente ontwikkelingen inzake overheidsaansprakelijkheid', in: P.D.G. Caboor, J. Debièvre, G. Laenen, K. Muylle, I. Verheven en A. Wirtgen (red.), *Rechtsbescherming*, Brugge: die keure 2008, p. 146-148; P. Van Ommeslaghe en J. Verbist, *Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht*, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 1627/1, p. 30; A. Alen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet', in: P. Martens, M. Bossuyt, C. Courtoy, M.-F. Rigaux en B. Renaud (red.), *Liber amicorum Michel Melchior*, Limal: Anthemis 2010, p. 859; W. Verrijdt, 'De plicht tot uitvoering van arresten van het Grondwettelijk Hof door de wetgever', in: A. Alen en S. Sottiaux (red.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 2*, Brugge: die Keure 2010, p. 324; P. Popelier, 'De zorgvuldige wetgever en de gekwalificeerde fout: een overvloedig respect voor de beleidsvrijheid van de wetgever' (noot onder Cass. 10 september 2010), RW 2010-11, p. 1727; H. Bocken en I. Boone, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge: die Keure 2011, p. 149; B. Dubuisson en S. van Drooghenbroeck, 'Responsabilité de l'État législateur: la dernière pièce du puzzle?', JT 2011, p. 801-808.

¹⁴¹ Zie A. Van Oevelen en P. Popelier, 'De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving', in: *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent: Mys&Breesch 1997, p. 126; P. Popelier, 'Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever', RW 2006-07, p. 258-259; K. Muylle, 'Wat kan een rechtspracticus

Ook hier kan aangenomen worden dat deze uitsluiting van aansprakelijkheid zal leiden tot betere rechtspraak. De rechter hoeft zich immers geen zorgen te maken over de mogelijke vorderingen tot schadevergoeding wanneer hij de terugwerkende kracht van zijn uitspraak beperkt.

4.5 Duidelijkere regelgeving

Enkele auteurs betogen, vooral in het domein van het fiscaal recht, dat indien de wetgever een onduidelijke tekst heeft ontworpen, hij hier zelf de gevolgen van dient te dragen.¹⁴² Wanneer bijgevolg de – niet onaanvaardbare – interpretatie van een wetsbepaling zoals deze gevolgd werd door de belastingplichtigen, niet overeenkomt met de uitkomst van het rechtsvindingsproces door de Hoge Raad, mag dit geen nefaste gevolgen hebben voor de belastingplichtigen. De interpretatie zoals ze wordt vooropgesteld door de Hoge Raad kan dan ook enkel maar een onmiddellijke of uitgestelde werking hebben.¹⁴³ Bijgevolg zou een constante rechtspraak met een temporele werking in het voordeel van de belastingplichtigen, de wetgever ertoe aanzetten zelf duidelijkere regelgeving te maken.

Moet de Hoge Raad zijn interpretatie dan ook steeds laten terugwerken wanneer deze voor de belastingplichtigen voordeliger is dan de interpretatie die zij zelf voorstonden? Een positief antwoord zou er inderdaad toe leiden dat de regelgever zorgvuldiger tewerk zal gaan bij het uitwerken van de normen. Hiervoor werd echter benadrukt dat de regelgever steeds vaker gebruik maakt van open normen. Dat de regelgever in de parlemen-

aanvangen met een arrest van het Grondwettelijk Hof?', in: P.D.G. Caboor, J. Debièvre, G. Laenen, K. Muylle, I. Verheven en A. Wirtgen (red.), *Rechtsbescherming*, Brugge: die keure 2008, p. 194-195; P. Van Ommeslaghe en J. Verbist, *Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht*, Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 1627/1, p. 36; A. Alen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet', in: P. Martens, M. Bossuyt, C. Courtoy, M.-F. Rigaux en B. Renaud (red.), *Liber amicorum Michel Melchior*, Limal: Anthemis 2010, p. 865.

¹⁴² R.P.C. Cornelisse, 'Hoge Raad gaat om; rechtszekerheid en prospective overruling', *NTRF* 2003, p. 2; J.L.M. Gribnau, 'Wat maakt u zo bijzonder? Herendiensten en rechterlijk overgangsrecht', *Weekblad Fiscaal Recht* 2007, p. 1073-1074; A.O. Lubbers, 'De 'beslissing met uitgestelde werking' als tegemoetkoming bij rechtsdwaling in het belastingrecht', *Weekblad Fiscaal Recht* 2007, p. 1083.

¹⁴³ J.L.M. Gribnau, 'Wat maakt u zo bijzonder? Herendiensten en rechterlijk overgangsrecht', *Weekblad Fiscaal Recht* 2007, p. 1073-1074; A.O. Lubbers, 'De 'beslissing met uitgestelde werking' als tegemoetkoming bij rechtsdwaling in het belastingrecht', *Weekblad Fiscaal Recht* 2007, p. 1083.

taire voorbereiding de rechter enige richtlijnen omtrent de invulling hiervan dient te verschaffen, spreekt voor zich. Toch kan moeilijk verdedigd worden dat door de terugwerkende kracht van een voor de regelgever nadelige norm, de regelgever telkenmaal 'gestraft' moet worden voor het vertrouwen dat hij stelt in de rechtsvinding door de rechter.

Bovendien gaat voorgaande redenering op in het fiscaal recht, sociale zekerheidsrecht en strafrecht waar de burger tegenover de overheid in het algemeen, administratie en openbaar ministerie in het bijzonder, komt te staan. Anders is het wanneer het onderwerp bijvoorbeeld een louter burgerrechtelijke situatie betreft waarbij twee of vaak zelfs meerdere burgers of bedrijven, betrokken zijn. Het zal niet eenvoudig te bepalen zijn wie door de nieuwe jurisprudentiële regel bevoordeeld wordt, en zelfs wanneer dit wel te onderscheiden valt, zal het voordeel van de rechtsontwikkeling steeds moeten afgewogen worden tegen het gewettigd vertrouwen dat de andere partijen hadden in de voormalig geldende norm.

5. VALKUIL

Hiervoor werd benadrukt hoe het actief optreden van de rechter, en het rechterlijk overgangsrecht in het bijzonder, kunnen bijdragen aan een betere verhouding tussen de wetgever en de rechter. Bij dit streven naar verbetering mag evenwel de positie van het concrete voorliggende geding, de zgn. *case in point*, nimmer uit het oog verloren worden. De principiële opdracht van de rechter is immers geschilbeslechting, het actief optreden van de rechter wordt ook maar als legitiem aangezien wanneer het gebeurt binnen dit streven naar de beslechting van een concrete rechtsvraag.

Hiervoor werd aangetoond dat de onmiddellijke of uitgestelde werking van rechtspraak, de wetgever in grote mate ontziet en hem tijd geeft om, voor zover dit vereist is, regelgevend op te treden. Door *prospective overruling* lijkt de nadruk van het rechterlijk optreden te verschuiven naar de rechtsvormende taak. Zo overweegt rechter Nicholls: "*Prospective overruling robs a ruling of its essential authenticity as a judicial act. ... A court decision which takes the form of a 'pure' prospective overruling does not decide the dispute between the parties according to what the court declares is the present state of the law*"¹⁴⁴

¹⁴⁴ Lord Nicholls of Birkenhead, House of Lords 30 juni 2005, National Westminster Bank v. Spectrum Plus Limited, overweging 28, via <http://www.publications.parliament.uk/pa/>

Dat het voorliggende geschil beslecht zou worden op basis van verouderde en voor onjuist gehouden rechtsregels, is evenmin voor de rechter een aantrekkelijke bezigheid.¹⁴⁵ Deze situatie is zeer onbevredigend; de partij in het concrete geding procedeerde louter *pour la beauté du droit*.¹⁴⁶ Uit het voorgaande volgt dat de stimulans om procedures op te starten sterk zal verminderen. Aangezien mensen niet geneigd zijn voor een ander de kastanjes uit het vuur te halen, zou de rechtsontwikkeling sterk leiden onder een frequente toepassing van de techniek van zuivere *prospective overruling*.¹⁴⁷ Het is duidelijk dat er steeds een belangenconflict zal zijn tussen de partij die overeenkomstig de bestaande norm handelde en aldus streeft voor de toepassing van de oude opvatting, en de partij die streefde naar een ommekeer in de rechtspraak. Het is moeilijk verdedigbaar dat diegenen die de regel van de Hoge Raad plichtsbewust gevolgd hebben, hiervoor gestraft moeten worden.¹⁴⁸ Zwart stelt evenwel vast dat in het algemeen het belang van deze volgzame partij moet wijken voor de zgn. 'profijrtregel'; de partij die de juiste opvatting tot inzet van de procedure maakte, mag verwachten dat deze juiste opvatting ten aanzien van haar wordt toegepast.¹⁴⁹

Een mogelijke oplossing ter erkenning van de profijrtregel, is de uitsluiting van het concrete geschil van de overgangsmaatregel, waardoor het niet langer een zuivere *prospective overruling* betreft, maar er sprake is van een gematigde *prospective overruling*.¹⁵⁰ Bijgevolg zal voor die specifieke

Id200506/ldjudgmt/jd050630/nat-1.htm

¹⁴⁵ J. de Boer, 'Ongelijke 'overruling'', NJB 1992, p. 855.

¹⁴⁶ W. Friedmann, 'Limits of judicial lawmaking and prospective overruling', *Modern Law Review* 1966, p. 605; noot W.H. Heemskerk, HR 27 november 1981, NJ 1982, nr. 503, p. 1733; R.P.C. Cornelisse, 'Hoge Raad gaat om; rechtszekerheid en prospective overruling', NTFR 2003, p. 2; E. Dirix, 'Rechterlijk overgangsrecht', RW 2008-09, p. 1759.

¹⁴⁷ W. Friedmann, 'Limits of judicial lawmaking and prospective overruling', *Modern Law Review* 1966, p. 604-605; Noot BW, HR 18 december 1981, NJ 1982, nr. 570, p. 1996; M.V. Polak, 'Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht', RM Themis 1984, p. 257; B. Juratowitch, 'The Temporal Effect of Judgments in the United Kingdom', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 173.

¹⁴⁸ O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 461.

¹⁴⁹ F.P. Zwart, 'Enkele opmerkingen over rechterlijk overgangsrecht', NJB 1997, p. 111.

¹⁵⁰ R.P.C. Cornelisse, 'Hoge Raad gaat om; rechtszekerheid en prospective overruling', NTFR 2003, p. 1.

zaak de terugwerkende kracht van de uitspraak ten volle spelen.¹⁵¹ Zo stelt Cornelisse dat een belastingplichtige die het voortouw neemt om na te gaan of de Hoge Raad wenst terug te komen op een eerder jurisprudentiële regel, hij hiervan de vruchten moet kunnen plukken en aldus een gematigde *prospective overruling* gepast is.¹⁵² Een voorbeeld van deze techniek vinden we tevens in een arrest van de Hoge Raad. Op 27 februari 2001 oordeelde de Raad dat het niet langer mogelijk was om rechtsmiddelen anoniem aan te wenden. Aangezien de verdachte in de voorliggende zaak niet bekend kon zijn met de gewijzigde opvatting, werd zijn beroep alsnog ontvangen.¹⁵³

Een belangrijke kritiek op de toepassing van de gematigde *prospective overruling* schuilt in de mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel. Vooreerst wordt immers een onderscheid gemaakt tussen de zaak waar het Hof als eerste de nieuwe jurisprudentiële norm formuleerde en andere hangende gedingen. De ongelijke behandeling berust hier louter op de toevallige omstandigheid in welke zaak als eerste een beslissing ten gronde wordt geformuleerd.¹⁵⁴ De uitsluiting van de *case in point* van de temporele werking kan dan ook enkel indien alle hangende gedingen waar de toepassing van dezelfde jurisprudentiële norm wordt gevraagd, van het voordeel van de terugwerkende kracht kunnen genieten.

Daarnaast wordt er ook een onderscheid gemaakt tussen de partijen die reeds een procedure opgestart hadden en de zogenaamde 'thuisblijvers'.¹⁵⁵ Toch kan hier moeilijk verdedigd worden dat dit onderscheid onge-

¹⁵¹ M.V. Polak, 'Algemene beginselen van rechterlijk overgangsrecht', RM Themis 1984, p. 257

¹⁵² R.P.C. Cornelisse, 'Hoge Raad gaat om; rechtszekerheid en prospective overruling', NTFR 2003, p. 2

¹⁵³ HR 27 februari 2001, NJ 2001, nr. 499, p. 3702; zie uitvoerig M.S. Groenhuijsen, 'Enkele aspecten van rechterlijk overgangsrecht en 'prospective overruling' in het straf(proces) recht', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen: liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 196-197.

¹⁵⁴ O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 462-463; B. Juratowitch, 'The Temporal Effect of Judgments in the United Kingdom', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 174.

¹⁵⁵ J. de Boer, 'Ongelijke 'overruling'', NJB 1992, p. 855-856; O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 462; B. Juratowitch, 'The Temporal Effect of Judgments in the United Kingdom', in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 174; Zie ook Parl.St. Kamer 2007-2008, nr. 1276/1, p. 3-7; GwH 26 november 2009, nr. 186/2009, B.9.3.

rechtvaardigd gemaakt wordt. In hoeverre kunnen partijen die reeds tijd, moeite en geld staken in een gerechtelijke procedure vergeleken worden met zij die dit niet gedaan hebben? Indien de nieuwe regel ook retroactief voor alle thuisblijvers dient te gelden, zal de *prospective overruling* niet veel voordeel meer hebben. Bovendien zou dergelijke temporele toepassing de stimulans om gerechtelijke stappen te ondernemen nog verder verminderen: zelfs als je niets doet, krijg je immers toch het voordeel van andermans inspanningen.

Ook wanneer, zelfs *erga omnes*, de vernietiging van een norm gevorderd wordt, moet het nodige belang gehecht worden aan de positie van de eisende partij. Indien de verzoekende partij niet uitgesloten wordt van de handhavingsmaatregel, leidt deze louter een pyrrusoverwinning; het rechtscollège vernietigt immers de norm, en geeft bijgevolg de verzoekende partij gelijk, maar door de handhaving zal deze norm alsnog toepassing vinden in de concrete zaak. De Oostenrijkse Grondwet stelt expliciet dat indien het *Verfassungsgerichtshof* de temporele werking van zijn vernietigingsarrest moduleert, de *case in point* hiervan uitgesloten dient te worden: zij krijgt steeds het voordeel van de ongrondwettigverklaring.¹⁵⁶ Hoewel deze term op het eerste gezicht duidelijk is, wordt ze door het *Verfassungsgerichtshof* niet zelden ruim geïnterpreteerd zodat ook de zgn. *mass complaints* hieronder vallen. Dit alles in weerwil van de, doorgaans fiscale, administratie die de terugwerkende kracht van een voor hen nadelige beslissing zo veel als mogelijk wenst te beperken.¹⁵⁷ Ook het Europese Hof van Justitie sluit de voorliggende zaak, alsook alle andere hangende zaken uit van de maatregel waarmee het de terugwerkende kracht van een prejudicieel arrest omtrent de uitlegging van de verdragen beperkt. In vernietigingsprocedures of prejudiciële arresten omtrent de geldigheid van een uniehandeling, maakt het Hof daarentegen geen uitzondering voor de *case in point*, noch voor andere hangende zaken.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Art. 140 (7) Österreichische Bundesverfassungsgesetze.

¹⁵⁷ Zie uitvoerig M. Stelzer, 'Pro-futuro' and Retroactive Effects of Rescissory Judgements in Austria' in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 69-70

¹⁵⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 29 juni 1988, nr. C-300/86 (Van Landschoot); HvJ EU 27 september 1988, nr. C-51/87 (Commissie/Raad); HvJ EU 28 mei 1998, nr. C-22/96 (Parlement/Raad); HvJ EU 11 september 2003, nr. C-445/00 (Oostenrijk/Raad); HvJ EU 3 september 2008, nr. C-402/05 (Kadi and Al Barakaat); HvJ EU 22 december

Binnen de Belgische rechtsorde wordt aangenomen dat noch het Grondwettelijk Hof, noch de Raad van State een uitzondering op de handhavingsmaatregel kunnen toestaan voor verzoekende partijen. Reden hiervoor is de verplichting voor beide rechtscolleges om “bij wege van algemene beschikking” uitspraak te doen.¹⁵⁹ Door deze beperking wenste de wetgever willekeur te vermijden door te voorkomen dat de rechter de rechtsgeldigheid van sommige individuele rechterlijke beslissingen of bestuurshandelingen zou handhaven.¹⁶⁰ Hierdoor zou hij immers zelf het gelijkheidsbeginsel schenden.¹⁶¹ Hiervoor werd echter reeds opgemerkt dat verzoekende partijen, die heel wat inspanningen leverden en waar in de gegeven zaak al discussie was over de (grond)wettigheid van de norm, moeilijk vergelijkbaar zijn met burgers die niet optraden en de toepassing van de norm zonder meer aanvaardden.¹⁶²

Recentelijk oordeelde het Grondwettelijk Hof dat “wanneer de Raad van State dat nodig acht rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, kan hij niettemin van de handhaving van de gevolgen van de nietig verklaarde verordening de rechtzoekenden uitsluiten die tijdig een beroep tot nietigverklaring tegen die verordening hebben ingediend, en dit met inachtneming van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie”.¹⁶³ Toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen of (een van) beide rechtscolleges van deze mogelijkheid gebruik zullen maken.¹⁶⁴

2008, nr. C-333/07 (*Société Régie Networks*); HvJ EU 3 september 2009, nr. C-166/07 (*Parlement/Raad*); HvJ EU 1 maart 2011, nr. C-236/09 (*Test-Achats*); zie S. Verstraelen, ‘The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity’, *German Law Journal* 2013, p. 1703 en 1714-1715.

¹⁵⁹ Verslag namens de Commissie voor de Binnenlandse Zaken, de Algemene Zaken en het Openbaar Ambt, Parl.St. Kamer 1995-96, nr. 644/4, p. 6; S. Lust, *Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge: die keure 2000, p. 243-244; A. Wirtgen, ‘Bespreking van technieken van pragmatisch en billijk conflictbeheer door de Raad van State’, in: G. Debersaques, M. Van Damme, S. De Clerq en G. Laenen (red.), *Rechtsbescherming door de Raad van State: 15 jaar procedurele vernieuwing*, Brugge: die keure 2004, p. 288-289.

¹⁶⁰ Parl. St. Senaat 1983-84, nr. 579/3, p. 29; J. Velaers, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen: Maklu 1990, p. 320.

¹⁶¹ Parl. St. Senaat 1988-89, nr. 483/2, p. 49.

¹⁶² S. Verstraelen, ‘Eerste gewin is kattengespin. De onzekere toekomst van artikel 14ter RvS-wet’ (noot onder GwH 9 februari 2012, nr. 18/2012), TBP 2012, p. 360.

¹⁶³ GwH 9 februari 2012, nr. 18/2012, B.9.3. zie uitvoerig S. Verstraelen, ‘Eerste gewin is kattengespin. De onzekere toekomst van artikel 14ter RvS-wet’ (noot onder GwH 9 februari 2012, nr. 18/2012), TBP 2012, p. 359.

¹⁶⁴ Artikel 8, tweede lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof en artikel 14ter RvS-wet zijn

Toch moet opgemerkt worden dat dit 'beloningsargument' niet steeds speelt, of niet steeds doorslaggevend is. Zo is het bijvoorbeeld niet steeds eenvoudig uit te maken in wiens voordeel de nieuwe norm nu speelt. Dit is zeker het geval wanneer meer dan twee partijen betrokken zijn. Wat te denken wanneer de nadelen van de oude, bij uitstek fiscale regel bijvoorbeeld reeds werden doorverrekend aan de consument?¹⁶⁵ Haazen werpt overigens terecht op dat een ommekeer in de rechtspraak niet zelden te danken is aan de proceslustige verliezers.¹⁶⁶ Tot slot zijn er ook partijen voor wie een zuivere *prospective overruling* volstaat. Het betreft hier de zgn. *repeat players*, waarbij te denken valt aan overheidsinstanties, belangenorganisaties en verzekeringsmaatschappijen. Dat zij niet in het concrete geschil van de nieuwe jurisprudentiële regel kunnen genieten, weerhoudt hen er niet van om toch te streven naar de ontwikkeling hiervan door middel van gerechtelijke procedures. Zij zullen immers later, in andere procedures, de vruchten van deze nieuwe norm kunnen plukken.¹⁶⁷ De vraag of de *case in point*, alsook andere hangende gedingen, het voordeel van een nieuwe jurisprudentiële regel, dan wel van de vernietiging moeten genieten, kent dan ook geen eenduidig antwoord. De rechter zal deze vraag telkens moeten beoordelen gelet op de bijzondere omstandigheden van het voorliggende geval. De hiervoor opgeworpen criteria (3.3.4) kunnen als uitgangspunt dienen. Opnieuw moet beklemtoond worden dat een duidelijke belangenafweging cruciaal is; waarom weegt de beperking van de gevolgen van de terugwerkende kracht van de uitspraak op tegen de beslechting van het concrete geding overeenkomstig die nieuwe regel? De problematiek rond de *case in point* leunt sterk aan bij het vraagstuk omtrent de legitimiteit van de rechter en de plaats van diens rechtsvor-

immers bijna woordelijke kopieën. De uitspraak van het Grondwettelijk Hof betreffende de toepassing van de handhavingsbevoegdheid door de Raad van State, heeft aldus ook gevolgen voor de toepassing van deze bevoegdheid door het Hof zelf. Enkel in het kader van de procedure van artikel 4, tweede lid, bijzondere wet Grondwettelijk Hof, maakte het Hof in twee vernietigingsarresten toch een individuele uitzondering op de handhavingsmaatregel. Zie GwH 9 juli 1992, nr. 56/92; GwH 30 oktober 2008, nr. 140/2008.

¹⁶⁵ R.P.C. Cornelisse, 'Hoge Raad gaat om; rechtszekerheid en prospective overruling', NTFR 2003, p. 3; J.H. van Kreveld, 'Temporele werking van bestuursrechtspraak', NTB 2008, p. 211.

¹⁶⁶ O.A. Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht, Deventer: Kluwer 2001, p. 461.

¹⁶⁷ O.A. Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht, Deventer: Kluwer 2001, p. 472-473; M. Arden, 'Prospective overruling', Law Quarterly Review 2004, p. 10.

mend optreden binnen de scheiding der machten. Belangrijkste reden waarom de toepassing van de techniek van *prospective overruling* tanend is in de US, en met de toepassing van deze techniek zelfs nog geen start werd genomen in England, is net het gebrek aan concrete geschilbeslechting bij de toepassing van een zuivere *prospective overruling*.¹⁶⁸ Hiervoor werd benadrukt dat de rechtvaardiging van het actief rechterlijk optreden net gelegen is binnen diens geschilbeslechtende functie. Toch leidt dit niet tot de vaststelling dat een zuivere *prospective overruling* nooit gelegitimeerd kan worden. De rechter maakt geen inbreuk op de scheiding der machten zolang zijn beslissing in overeenstemming is met de maatschappelijke opvattingen, aan deze beslissing een afdoende belangenafweging vooraf ging en deze afweging ook duidelijk blijkt uit de motivering van zijn uitspraak.

6. WETGEVER HEEFT STEEDS LAATSTE WOORD

Sta mij toe dit vierde hoofdstuk eerder kort en bondig te benaderen zodat het belang hiervan niet verloren gaat. De regelgever behoudt steeds het laatste woord.¹⁶⁹ Rechtsvorming door de rechter, inclusief het overgangsrecht, is legitiem in die mate dat het kadert in de geschilbeslechtende rol van de rechter. Voor de uitwerking van rechtshervormingen bestaat er inderdaad een “*give and take between courts and legislators*”.¹⁷⁰ Het is echter de primaire taak van de wetgever om door middel van regelgevend optreden sturing te geven aan de maatschappij.

Een vaak gehoorde kritiek op het rechtsvormend optreden door de rechter is immers dat deze laatste niet over dezelfde mogelijkheden beschikt om de regel uit te werken en de gevolgen hiervan in te schatten als de wetge-

¹⁶⁸ J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving*, Deventer: Kluwer 2010, p. 197; B. Juratowitch, ‘The Temporal Effect of Judgments in the United Kingdom’, in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 161.

¹⁶⁹ R.J. Traynor, ‘Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility’, *Hastings Law Journal* 1976-1977, p. 537-538; E. Dirix, ‘Rechterlijk overgangsrecht’, *RW* 2008-09, p. 1757; H. Gribnau en A. Lubbers, ‘The temporal effect of Dutch tax court decisions’, in: P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule en B. Vanlerberghe (red.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 189.

¹⁷⁰ W. Friedmann, ‘Limits of judicial lawmaking and prospective overruling’, *Modern Law Review* 1966, p. 601.

ver. Dit kan inderdaad moeilijk ontkend worden. De wetgever kan studies laten uitvoeren, adviezen aanvragen en hij beschikt over een heel team van competente medewerkers die de materie grondig behoren te kennen.¹⁷¹ De rechter daarentegen is steeds aangewezen op de informatie die partijen hem overhandigen. Het is dan ook cruciaal dat partijen tevens omtrent de mogelijke gevolgen van de uitspraak en specifiek de gevolgen van de terugwerkende kracht van deze uitspraak, alle relevante bewijsstukken en argumenten aan de rechter overhandigen. Meer nog, gelet op de soms verregaande gevolgen van een temporele beperking en de vereiste van tegenspraak, kan het zelfs gepast zijn dat de rechter hieromtrent de debatten heropent.¹⁷²

Is de regelgever het niet eens met de nieuwe jurisprudentiële norm, kan hij door middel van een regelgevend optreden zelf de koers bepalen die hij wil varen. Dit geldt ook wanneer een regelgevende norm vernietigd wordt. Dat de rechter enige sturing geeft omtrent de mogelijkheid om de on(grond)wettigheid te verhelpen, doet hieraan geen afbreuk. Hiervoor werd echter reeds opgemerkt dat de mening van de wetgever niet steeds diametraal tegenover deze van de rechter zal staan.

Van cruciaal belang is dan ook een tijdige opvolging van de rechtspraak van de (hoogste) rechtscolleges door de wetgever. Benadrukt werd dat de terugwerkende kracht van rechtspraak soms een snel optreden van de regelgever vereist om de nefaste gevolgen te beperken.

Daarnaast wordt van de rechter verwacht dat zijn uitspraken duidelijk zijn zodat de wetgever de richting die de rechter uit wil gaan, kan inschatten en op basis hiervan kan oordelen of regelgevend ingrijpen vereist is. Een betere motivering leidt aldus tot een betere verhouding tussen beide staatsmachten.

¹⁷¹ R.J. Traynor, 'Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility', *Hastings Law Journal* 1976-1977, p. 537; A.O. Lubbers, 'Fiscaal overgangsbeleid', p. 30, http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDgQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.wetenschapsagenda.leidenuniv.nl%2Fcontent_docs%2Fforaties_2004%2Fforatie_lubbers.pdf&ei=ZJsnUoLmH6Oh0QXqrYDwBA&usg=AFQjCNEiuTdZizug7UDxRpY1Yuli7iQDiQ&sig2=DQkVrWB6_4H89CE4QWj3GA&bv m=bv.51495398,d.d2k

¹⁷² Zie o.a. Zie RvS 18 maart 2011, nr. 212.127; RvS 27 oktober 2011, nr. 216.047; RvS 28 februari 2012, nr. 218.227; RvS 28 juni 2012, nr. 220.085; RvS 9 oktober 2012, nr. 220.914.

Tot slot kan men zich de vraag stellen of de mogelijkheid voor de rechter om de temporele werking van zijn uitspraak te regelen, wettelijk verankerd dient te worden. Van Ettekovén stelt dat “zodra er meer ervaring is opgedaan, zodra er meer helderheid is ontstaan over de relevante criteria, dan kan mogelijk gedacht worden aan wettelijke regels voor rechterlijk overgangsrecht”.¹⁷³ Het bepalen van de temporele werking van een rechterlijke uitspraak moet als inherent aan de rechtsprekende functie gezien worden.¹⁷⁴ Bijgevolg kan de wetgever deze bevoegdheid wettelijk verankeren, maar dit is geen vereiste opdat de rechter zich hierover kan uitspreken. Indien de wetgever deze mogelijkheid wenst te reguleren, zal hij zeer voorzichtig te werk moeten gaan bij de formulering hiervan. Het bepalen van de temporele werking van een uitspraak is telkens dermate verknocht met het concrete geval, dat het niet opportuun is om de criteria hiervoor wettelijk te verankeren. Er zullen immers steeds omstandigheden zijn die de wetgever niet heeft kunnen voorzien. Een ruime algemene formulering, iets in de zin van ‘de rechter heeft de bevoegdheid om de temporele werking van zijn uitspraak te regelen’, brengt op zijn beurt ook niets bij. Iets anders is het gesteld voor wat betreft het objectief contentieux waar de rechter de mogelijkheid heeft om de normen *erga omnes* te vernietigen. Opgemerkt werd immers dat, in tegenstelling tot uitspraken van gewone rechtbanken, vernietigingsarresten eerder uitzonderlijk terugwerkende kracht kennen. Het is aldus aan de wetgever om duidelijk te bepalen wat de algemene temporele werking van een vernietigingsarrest is. Daarnaast kan de wetgever eventueel verduidelijken of de rechter van deze algemene norm kan afwijken en in welke mate. Ook hier zal een te strikt wettelijk voorschrift niet automatisch leiden tot een strikte rechtspraak. Oordeelt de rechter dat een temporele beperking buiten de wettelijke voorzieningen om vereist is, dan zal hij hiertoe besluiten. Hierbij kan gedacht worden aan de beperking van de terugwerkende kracht door het Belgisch Grondwettelijk Hof in prejudiciële arresten, aan de uitbreiding van de bevoegd-

¹⁷³ B.J. van Ettekovén, ‘Rede van de voorzitter. It Ain’t Over ‘till It’s Over’ in *Tijd voor verandering. Over overgangsrecht*, Den Haag; Boom Juridische uitgevers 2013, p. 14; zie ook noot BW, HR 18 december 1981, NJ 1982, nr. 570, p. 1997.

¹⁷⁴ N. Molfessis, *Les revirements de Jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Parijs: LexisNexis 2005, p. 38; S. Velu, ‘La modulation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de cassation: de la dynamite juridique?’, in: A. Bossuyt, B. Deconinck en E. Dirix (red.), *Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent: Larcier 2011, p. 153.

heid toegekend in vernietigingsprocedures naar prejudiciële arresten door het Europese Hof van Justitie, en aan de initieel jurisprudentiële creatie van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* om normen niet te vernietigen, maar louter ongrondwettig te verklaren. Dit alles zonder dat daartoe enige regelgevende grondslag was.

7. SLOTOPMERKINGEN

Rechter en wetgever werken samen om het bestaande normenstelsel aan te passen aan de noden van de maatschappij. Binnen zijn taak als geschilbeslechter, is het dan ook verantwoord dat de rechter actief optreedt. Hiervoor werd aangetoond dat het rechterlijk overgangsrecht daadwerkelijk een brug kan vormen tussen de wetgever en de rechter. Door een overgangsrechtelijke bepaling dient de wetgever niet retroactief op te treden en wordt soms aan de wetgever zelfs een termijn toegekend om naar eigen goeddunken de (on(grond)wettige) regel aan te passen. Bovendien zorgt de opsplitsing tussen een beslissing omtrent de rechtmatigheid van de norm, en een beslissing omtrent de gevolgen van deze vaststelling, tot betere en duidelijkere rechtspraak.

Bij de bepaling van de temporele werking van een rechterlijke uitspraak mag evenwel niet enkel rekening gehouden worden met de belangen van de regelgever; ook de voorliggende zaken moeten immers beslecht worden. Toch kan niet op voorhand geoordeeld worden dat steeds het individuele belang van de verzoeker zal of moet primeren en bijgevolg elke nieuwe jurisprudentiële regel of elke vernietiging ook toegepast moet worden in het voorliggende geschil. De rechter zal in elke concrete situatie een uitvoerige belangenafweging moeten maken. Hiervoor werd gewezen op de hoeveelheid criteria die de rechter mee in overweging zal moeten nemen. Enkel een gefundeerde en uitvoerig gemotiveerde beslissing in de ene of de andere zin zal volstaan.

Rechter en wetgever in een globaliserende context: ieder voor zich of samen sterk?

Elaine Mak*

Onder invloed van de globalisering van het recht zijn de rollen van de nationale wetgever en rechter veranderd. Zij dienen hun positie te bepalen ten opzichte van rechtsprekende en regelgevende organen op het Europese en internationale niveau en in andere nationale rechtssystemen. Het waarborgen van rechtseenheid en rechtsbescherming is ingewikkelder geworden met de proliferatie van regels en regelgevende en rechtsprekende organen in de transnationale juridische context. Ook rechtsvorming, in de zin van de ontwikkeling van het recht, is complexer geworden. Dit preadvies brengt de transnationale context van rechtsvorming in kaart en analyseert de aspecten van legitimiteit van de rechtsvorming in deze context. Vervolgens worden de voorwaarden en mogelijkheden voor samenwerking tussen rechter en wetgever bestudeerd. Geconcludeerd wordt dat samenwerking tussen rechter en wetgever zinvol kan zijn om de nationale rechtsvorming sterker te positioneren in de transnationale context. In het licht van het Triasmodel dient de afbakening van de autonomie en inhoudelijke oordeelsvorming van rechter en wetgever gewaarborgd te blijven. Samenwerking kan echter verder ontwikkeld worden ten aanzien van het delen van kennis en ervaringen betreffende internationaal en Europees recht en rechtsvergelijking.

1. INLEIDING

In Nederland wordt sinds lange tijd geaccepteerd dat de rechter niet enkel de rol heeft van *'la bouche qui prononce les paroles de la loi'*, zoals het klassieke model van de Trias politica van Montesquieu voorschrijft.¹ Een

* Dr. Elaine Mak is universitair hoofddocent Rechtstheorie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Erasmus School of Law. Contact: mak@law.eur.nl.

¹ Ch.-L. de Secondat Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Parijs: Garnier, 1973 (oorspr. uitgave 1748). Over de heersende opvatting in Nederland, zie J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, *Algemeen Deel****, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, nr. 184; W.D.H.

afbakening van de taken van de rechter is te vinden in de Wet Algemene Bepalingen. De rechter is volgens deze wet niet bevoegd om de innerlijke waarde of billijkheid van de wet te beoordelen (art. 11 Wet AB). Rechterlijke uitspraken mogen niet de vorm hebben van een algemene verordening of maatregel (art. 12 Wet AB). De rechter mag niet weigeren om recht te spreken vanwege het stilzwijgen, de onduidelijkheid of de onvolledigheid van de wet (art. 13 Wet AB). De praktijk laat echter zien dat een strikte afbakening van rechtspraak ten opzichte van wetgeving in Nederland niet houdbaar is gebleken. De rechter heeft ook een rechtsvormende rol, dat wil zeggen een rol bij de vaststelling van nieuwe rechtsregels. Hij draagt bij aan de ontwikkeling van het recht door rechtsregels te interpreteren ten behoeve van de toepassing op concrete gevallen.² Jan Vranken heeft beargumenteerd dat het verbod van constitutionele toetsing van wetten in formele zin (art. 120 Gw) een uitzondering is, eerder dan een regel. Zonder het grote belang ervan te ontkennen, stelt hij dat het een 'qua omvang betrekkelijk beperkte uitzondering vormt op de algemeen geldende hiërarchie van rechtsregels, inhoudende dat lagere regels niet in strijd mogen zijn met hogere en dat de rechter dit zo nodig ambtshalve toetst'.³

Bij het interpreteren van rechtsregels in de beschikbare discretionaire ruimte dient de rechter rekening te houden met de wetgever.⁴ Wetgeving is altijd rechtsvormend van aard, in de zin dat nieuwe algemeen verbindende regels worden vastgesteld. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen rechtsregels die in de samenleving bestaande normen vastleggen (codificatie) en rechtsregels die bepaalde normatieve ontwikkelingen in de samenleving beogen te stimuleren (modificatie).⁵ Rechtspraak

Asser, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad: enkele inleidende opmerkingen', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), Raad en Daad: over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2008, p. 10, en literatuurverwijzingen aldaar; J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst, Den Haag: Raad van State, 2011, p. 61.

² De termen 'rechtsvorming' en 'rechtsontwikkeling' worden doorgaans als synoniemen gebruikt. Zie Vranken (n. 1), nr. 64.

³ Ibid., nr. 77.

⁴ Ibid., nr. 184. Zie tevens I. Giesen en H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming', in: Keukens en Van den Nieuwenhuijzen (n. 1), p. 132; G.J. Wiarda, bewerkt door T. Koopmans, Drie typen van rechtsvinding, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999.

⁵ T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), Honderd jaar

is niet altijd rechtsvormend van aard. De primaire taak van de rechter is immers de beslechting van geschillen en, in verband daarmee, het bewaken van de rechtseenheid en het realiseren van rechtsbescherming in individuele gevallen. In de rechtspraak is rechtsvorming zichtbaar in rechterlijke uitspraken waarvan de betekenis verder reikt dan het concrete geval. Het betreft beslissingen waarin 'nieuwe regels worden ontwikkeld, bestaande regels worden aangescherpt en ... leemten worden opgevuld'.⁶ Rechterlijke rechtsvorming kan tot uitdrukking komen in een brede motivering van de beslissing, dat wil zeggen de toepasbaarheid op een groot aantal toekomstige gevallen, of in de diepte van de beslissing, dat wil zeggen de inpassing in een geheel van feiten en rechtsgronden waarover consensus bestaat.⁷

Hoe verhouden de rechtsvormende rollen van rechter en wetgever zich tot elkaar in de huidige juridische en maatschappelijke context? In de samenleving is het gezag van de rechter en de politiek minder vanzelfsprekend dan voorheen nu normering van bovenaf kritischer wordt gevolgd.⁸ De toegenomen maatschappelijke aandacht voor inzichten uit de sociale wetenschappen en de economie heeft er bovendien toe geleid dat andere eisen worden gesteld aan rechtspraak en beleidsvorming. De organisatie van de overheid wordt in dit verband opnieuw geëvalueerd in het licht van de uitgangspunten van het New Public Management.⁹ De

rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging, 1870-1970, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1970, pp. 221-235.

⁶ Vranken (n. 1), nr. 69.

⁷ C.R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1999. De theorie van Sunstein is het uitgangspunt geweest voor analyses van de motiveringspraktijken van de hoogste rechters in Nederland. Zie M. Loth e.a., 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in', *NJB* 2007, pp. 317-325, hier pp. 320-321; J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Den Haag: Raad van State 2009, pp. 27 e.v.

⁸ T. van der Meer, 'Vertrouwen in de rechtspraak: empirische bevindingen', *Rechtstreeks* 2004, nr. 1. Zie tevens A. Hol en E. Mak, 'Van legaliteit naar pragmatisme: over rechterlijke rede, emotie en intuïtie', *Rechtstreeks* 2010, nr. 4, pp. 23-39.

⁹ Zie in algemene zin N. Smit en S. van Thiel, 'De zakelijke overheid: publieke en bedrijfsmatige waarden in publiek-private samenwerking', *Bestuurskunde* 2002, p. 226-234. Zie met betrekking tot de rechtspraak E. Mak, *De rechtspraak in balans*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007; G.Y. Ng, *Quality of Judicial Organisation and Checks and Balances*, Antwerpen: Intersentia, 2007.

processen van beleidsvorming en rechterlijke oordeelsvorming worden geacht onder meer rechtspsychologische inzichten te incorporeren.¹⁰

In dit preadvies bekijken wij een derde verandering die grote invloed heeft op de rechtsvormende rollen van de rechter en wetgever en op de verhouding tussen beide. Het betreft de tendens van globalisering van de nationale rechtsorde. De rol van de nationale rechter en wetgever is complexer geworden na de toetreding van Nederland tot de Europese Unie (EU), het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en talloze internationale verdragen. In het bijzonder dwingt de toenemende invloed van het EU-recht en het EVRM, inclusief de jurisprudentie van de Europese hoven in Luxemburg en Straatsburg, de rechter en wetgever om zich te beraden op hun positie als nationale rechtsvormende instanties.¹¹

Dit preadvies behandelt de vraag hoe de rollen van de nationale rechter en wetgever zich tot elkaar verhouden in het licht van de toegenomen globalisering van het recht. Welke invloed heeft de interactie met rechtsprekende en regelgevende actoren in de internationale en Europese context op de rechtsvorming in de nationale rechtsorde? Op welke wijze kunnen de rechter en wetgever vormgeven aan hun respectieve rollen, en eventueel samenwerken? De analyse vangt aan met een schets van de invloed van globalisering op de rechtsvorming (par. 2). Vervolgens worden de nieuwe rollen van rechter en wetgever bestudeerd (par. 3) en komt

¹⁰ K. Rozemond, 'Slapende rechters, dwalende rechtspsychologen en het hypothetische karakter van feitelijke oordelen', R&R 2010, pp. 35-52; E. Rassin, *Waarom ik altijd gelijk heb. Over tunnelvisie*, Schiedam: Scriptum 2007.

¹¹ Uit de overvloed aan literatuur over de rol van de nationale rechter in de Europese context kunnen genoemd worden: A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet en J. H. H. Weiler (red.), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Oxford: Hart Publishing, 1998; M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford: Hart Publishing, 2006; G. Martinico en O. Pollicino (red.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen: Europa Law Publishing, 2010; H. van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2011; J.H. Gerards en J.W.A. Fleuren, *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case Law: A Comparative Analysis*, Antwerpen: Intersentia, te verschijnen in 2014. Empirisch onderzoek naar de kennis, ervaring en houding van nationale rechters betreffende het EU-recht is gedaan door T. Nowak e.a., *National Judges as European Union Judges. Knowledge, Experience and Attitudes of Lower Court Judges in Germany and the Netherlands*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2012.

de democratische legitimiteit van de rechtsvorming in de transnationale context aan bod (par. 4). Op basis van deze analyse worden het nut en de mogelijkheden voor samenwerking tussen rechter en wetgever besproken (par. 5). Het betoog sluit af met een korte conclusie (par. 6).

2. RECHTSVORMING EN GLOBALISERING

Rechterlijke rechtsvorming komt vooral voor op het niveau van de hoogste nationale rechtspraak. De Hoge Raad oordeelt als cassatierechter over rechtsvragen in zaken op het gebied van het privaatrecht, strafrecht en belastingrecht. De Wet op de rechterlijke organisatie bedeeft aan de Hoge Raad de taken toe van bewaking van de rechtseenheid, rechtsbescherming en rechtsvorming (art. 81 lid 1 Wet RO).¹² Bij de eerste twee taken gaat het om de rechtsvinding in concrete zaken. Rechtsvinding is echter nauw verbonden met rechtsvorming. Dit blijkt duidelijk uit de kwestie van precedentwerking van rechterlijke uitspraken. De erkenning van de betekenis van rechterlijke uitspraken voor toekomstige rechterlijke oordeelsvorming impliceert de erkenning van deze rechterlijke uitspraken als bron van recht.¹³

Aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zijn, eveneens in een driedelig onderscheid, als taken toebedeeld: 1) de beslechting van geschillen; 2) het bijdragen aan het rechtsstatelijke evenwicht; 3) het bijdragen aan de rechtsvorming en de rechtseenheid.¹⁴ Het verschil met de Hoge Raad bestaat in de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak als volwaardige beroepsinstantie, in plaats van cassatierechter. Die functie van beroepsrechter komt tot uitdrukking in de rol van geschilbeslechter. Het bijdragen aan het rechtsstatelijk evenwicht vertaalt zich in de rol van rechtsbescherming van burgers tegen de overheid.

¹² In de vorm van een a contrario-redenering: 'Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, ...' (art. 81 lid 1 Wet RO). De cassatiegronden zijn, zoals bekend, verzuim van vormen en schending van het recht (art. 79 lid 1 Wet RO). Zie tevens J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei. Kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie: een analyse en denkrichtingen voor de toekomst*, Zwolle: Tjeenk Willink 1998, pp. 3-23.

¹³ Zie Vranken (n. 1), nr. 183.

¹⁴ De Poorter en De Graaf (n. 1), pp. 41-69.

De taken van de hoogste rechters komen grotendeels overeen, maar zijn net anders gedifferentieerd. In het vervolg van dit betoog is het onderscheid tussen de drie taken van het bewaken van rechtseenheid, rechtsbescherming en rechtsontwikkeling leidend.

Het bewaken van de rechtseenheid en het garanderen van rechtsbescherming kunnen elk een motief vormen voor rechterlijke rechtsvorming. De verbinding is als volgt:

- Ten behoeve van de rechtseenheid zal de rechter zijn beslissing dienen te passen in het systeem van wettelijke regels, verdragen en de bestaande jurisprudentie. In dit verband kan de rechter in concrete zaken overgaan tot rechtsvorming.¹⁵ In een systeem met meerdere hoogste rechters, zoals dat in Nederland bestaat, dienen deze rechterlijke colleges tevens met elkaar rekening te houden om de rechtseenheid op overlappende competentiegebieden te bewaken.¹⁶

- Ten aanzien van de rechtsbescherming is rechtsvorming verbonden met de aard van het recht dat in een concrete zaak centraal staat. Het waarborgen van rechtsbescherming kan van de rechter vragen om een rechtsvormende beslissing te nemen.¹⁷ Een voorbeeld wordt gevormd door zaken op het gebied van de fundamentele rechten. In dit soort zaken komt relatief veel rechtsvorming voor vanwege: 1) het ingrijpende karakter van de zaken; 2) het relatief 'open' karakter van bepalingen in verdragen en in de Grondwet betreffende de bescherming van fundamentele rechten; en 3) de zware eisen die aan de motivering van de rechterlijke beslissing worden gesteld.¹⁸

Door de jaren heen is in het Nederlandse rechtssysteem meer ruimte voor de rechter ontstaan om rechtsvormend op te treden. De oorzaak hiervan ligt in een verandering in de invulling van de rol van de formele wetgever. In de eerste plaats heeft wetgeving steeds vaker de vorm van kaderwetgeving. Bestuursorganen hebben hiermee meer ruimte gekregen om regulerend

¹⁵ Vranken (n. 1), nr. 243.

¹⁶ De Poorter & Van Roosmalen (n. 7), p. 33.

¹⁷ Vranken (n. 1), nr. 244.

¹⁸ Zie in dit verband ook De Poorter & Van Roosmalen (n. 7), p. 35.

op te treden. In dit verband is controle op het handelen van het bestuur gewenst. De lagere regelgeving, opgesteld om invulling te geven aan kaderwetten, en bestuurlijke besluiten in individuele gevallen zijn met regelmaat onderwerp van rechterlijke toetsing door de bestuursrechter. In de tweede plaats komen in wetten in formele zin steeds vaker open normen voor, waarvan de toepassing rechterlijke interpretatie vereist.¹⁹

De invulling van de rechtsvormende rol van de nationale rechter verdient momenteel nadere reflectie in het licht van. De globalisering van de rechtsorde zorgt in dit verband voor druk op de rechter. In de verhouding tot de politiek hebben internationale mensenrechtenverdragen, waaronder het EVRM, de rechter meer armslag gegeven om bestuurlijk handelen en wetgeving te toetsen.²⁰ In combinatie met de bevoegdheid van het EHRM om de staat te veroordelen wegens de schending van EVRM-rechten in individuele gevallen en de invloed van transnationale consensus over de betekenis van mensenrechten is de positie van de nationale rechter ten opzichte van de politieke machten verstevigd. Deze ontwikkeling van de controlerende macht van de rechter ten opzichte van de politieke machten wordt wel aangeduid als '*judicial empowerment*'.²¹ Met deze toegenomen invloed heeft de rechter een grotere maatschappelijke verantwoordelijkheid gekregen. Ook is hij in een grotere spanningsverhouding komen te staan ten opzichte van de uitvoerende en de wetgevende macht.

Deze ontwikkeling is niet alleen in Nederland zichtbaar, maar bijvoorbeeld ook in het Verenigd Koninkrijk. Het beginsel van de '*sovereignty of Parliament*', dat het primaat van de wetgever bevestigt, is nog steeds leidend. De Human Rights Act 1998 heeft echter de rechten uit het EVRM in de Britse rechtsorde geïncorporeerd en aan de rechter de bevoegdheid toegekend om een '*declaration of incompatibility*' uit te spreken in geval

¹⁹ H.S. Taekema, A.M.P. Gaakeer en M.A. Loth, *Recht in Context: Een inleiding tot de rechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013, pp. 59-61. Zie tevens Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu uitgevers, 2002, pp. 174-176.

²⁰ E. Mak, 'Report on the Netherlands and Luxembourg', in: Martinico en Pollicino (n. 11).

²¹ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2004; E. Benvenisti en G.W. Downs, 'Going Global to Preserve Domestic Accountability: The New Role of National Courts', in: S. Muller en S. Richards (red.), *Highest Courts and Globalisation*, Den Haag: Hague Academic Press, 2010, pp. 163-186.

van non-conformiteit van wettelijke regels met bepalingen van de Human Rights Act (art. 4 HRA 1998). Op papier heeft de wetgever nog steeds het laatste woord over de geldende regels in het Britse systeem.²² In de praktijk is echter gebleken dat van een rechterlijke verklaring van incompatibiliteit grote druk uitgaat om de non-conforme wetgeving aan te passen.²³

De verhouding van de nationale rechter en wetgever tot de Europese context draagt een inherente spanning in zich. De verdeling van bevoegdheden over nationale organen en Europese organen, in het bijzonder de Europese hoven, heeft geleid tot fragmentatie van bevoegdheden. Daarnaast is sprake van een proliferatie en overlap van rechtsnormen, bijvoorbeeld op het gebied van de bescherming van fundamentele rechten. Deze fragmentatie van bevoegdheden en overlap van rechtsnormen leveren complicaties op voor de waarborg van rechtseenheid en de rechtsbescherming alsmede voor de rechtsontwikkeling in de nationale rechtsorde. De posities van de nationale rechter en wetgever zijn in dit verband op twee manieren kwetsbaar geworden. In de eerste plaats is de democratische basis van geldende rechtsnormen op het nationale niveau minder duidelijk dan in het klassieke model van de nationale rechtsstaat. De aanvaardbaarheid van regelgeving en rechtspraak komt hiermee, vooral in controversiële gevallen, makkelijker in het geding.²⁴ In de tweede plaats is in de nationale Trias politica een meer gespannen verhouding tussen rechtspraak en politiek ontstaan door de ontwikkeling van '*judicial empowerment*'.

Recente maatschappelijke en politieke discussies in Nederland kunnen tegen deze achtergrond worden begrepen. Er is kritiek geuit op het EHRM vanwege de vermeende activistische benadering van het hof en een gebrek aan democratische legitimiteit.²⁵ Deze kritiek heeft de legitimiteit

²² T. Bingham, *The Rule of Law*, London: Allen Lane, 2010, p. 164.

²³ Dit blijkt uit onderzoek van het Britse Department of Constitutional Affairs met betrekking tot de verklaringen van incompatibiliteit en de daaropvolgende wetswijzigingen. Gegevens beschikbaar op webarchives.nationalarchives.gov.uk, geraadpleegd september 2013.

²⁴ R.H. Fallon Jr., 'Legitimacy and the Constitution', *Harvard Law Review* 2005, pp. 1789-1853.

²⁵ J. Gerards, 'Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?', *NJB* 2011, pp. 608-612, en literatuurverwijzingen aldaar.

van rechterlijke uitspraken met effect in de nationale rechtsorde ter discussie gesteld. Ook de positie van de nationale rechter wordt door deze kritiek geraakt. De VVD bracht als regeringspartij plannen naar buiten om de beoordeling van het 'een ieder verbindende' karakter van verdragsbepalingen weg te halen bij de rechter.²⁶ In september 2012 volgde een wetsvoorstel van het toenmalige Tweede Kamerlid Joost Taverne (VVD), dat nog verder ging en beoogde om de rechter de huidige mogelijkheid tot toetsing van formele wetten aan verdragen (artikel 94 Gw) te ontnemen.²⁷ Deze politieke kritiek op de rechtspraak past in een bredere tendens van verminderde acceptatie door wetgever en bestuur van de tegenkracht die de rechter in het Triasmodel behoort te bieden.²⁸

Een beperking van de bevoegdheid van de rechter biedt echter niet zonder meer een oplossing. Ook de positie van de wetgever staat onder druk in de context van globalisering van het recht. Twijfels zijn bijvoorbeeld geuit ten aanzien van de parlementaire actie en expertise in het kader van de toetsing van de grondwettigheid van verdragen. De grondwettelijke goedkeuringsprocedure lijkt te weinig houvast te bieden voor het waarborgen van een adequate parlementaire toetsing van verdragen.²⁹ Zowel het daadwerkelijk plaatsvinden van toetsing als de inhoudelijke deskundigheid van het parlement lijkt problematisch. Hierdoor kan het voorkomen dat verdragsbepalingen van kracht worden die strijdig zijn met de Grondwet.³⁰ De vraag is of de wetgever voldoende is toegerust om met deze situatie om te gaan en, zo niet, in hoeverre hiervoor een oplossing gevonden kan worden.

De geschetste ontwikkelingen roepen vragen op betreffende de constitutionele legitimiteit van de rechtspraak en de verhouding van de rechter ten opzichte van de wetgever. Zijn de rechter en wetgever in staat om op legitieme en effectieve wijze bij te dragen aan de rechtsvorming in de geglobaliseerde rechtsorde? En liggen er in dit verband mogelijkheden in samenwerking tussen rechter en wetgever?

²⁶ www.publiekrechtenspolitiek.nl/wordt-de-wet-weer-onschendbaar, geraadpleegd september 2013.

²⁷ Wetsvoorstel-Taverne, Kamerstukken II, 2011-2012, nr. 33 359 (R 1986).

²⁸ Zie infra, par. 5.

²⁹ Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag, 11 november 2010, p. 113.

³⁰ Ibid.

3. DE NIEUWE ROLLEN VAN RECHTER EN WETGEVER

De rollen van de nationale rechter en wetgever dienen opnieuw te worden afgebakend in de transnationale context. Rechtsvorming behoort in deze context tevens tot de bevoegdheid van internationale publiekrechtelijke organisaties (Verenigde Naties) en Europese juridische regimes (EU, Raad van Europa). Daarnaast heeft de betere beschikbaarheid van transnationale rechtsbronnen en de deelname in professionele netwerken bij de rechter en de wetgever het besef doen groeien dat de rechtsontwikkeling in andere nationale rechtssystemen inspiratie kan bieden voor de omgang met nationale rechtsvragen. Informatie en inzichten opgedaan in het kader van deze informele uitwisseling kunnen van invloed zijn op de rechtsvorming in rechtspraak en wetgeving.

Concreet staan de nationale staatsmachten voor twee uitdagingen. Op het inhoudelijke vlak dienen zij om te gaan met bronnen van internationaal, Europees en buitenlands recht. Die bronnen zijn deels bindend en deels een inhoudelijk ijkpunt, voor de wetgever bij het ontwerp van nieuwe wetgeving, voor de rechter bij de rechtsvorming in concrete zaken. Op het institutionele vlak dienen de rechter en de wetgever hun positie te bepalen ten opzichte van de rechtsvormende instanties in de transnationale context. Het betreft dan de keuzes die de wetgever maakt bij beleidsvorming en de rechter bij de invulling van zijn discretionaire ruimte bij de interpretatie van rechtsnormen. Die inhoudelijke en institutionele aspecten van de rechtsvorming zullen nu nader worden bekeken.

Voor de rechter, allereerst, betekent het toegenomen belang van de transnationale juridische context dat de uitspraken van bovennationale rechtsprekende actoren consequenties hebben voor de rechtsvorming door de nationale rechter. De Nederlandse rechter heeft in dit verband, zoals reeds opgemerkt, in het bijzonder te maken met het HvJ EU en het EHRM en, in iets mindere mate, met internationale rechters.³¹ Daarnaast

³¹ Het Benelux-Gerechtshof, dat bevoegd is tot de beantwoording van prejudiciële vragen over de interpretatie van de gemeenschappelijke rechtsregels tussen België, Nederland en Luxemburg op vooral het gebied van het intellectuele eigendomsrecht, zal vanwege zijn relatief beperkte impact in de Nederlandse rechtsorde in de analyse buiten beschouwing blijven. Zie voor meer informatie www.courbeneluxhof.be, geraadpleegd augustus 2013.

heeft de interactie tussen de Europese rechters en internationale publiekrechtelijke organen, zoals de VN-Veiligheidsraad,³² indirecte invloed op de rechtsvorming in de Nederlandse rechtspraak. Tot slot kan de informele uitwisseling met rechters uit andere nationale rechtsordes effecten hebben op de inhoud van de nationale rechtsvorming. Het betreft de uitwisseling van kennis en ervaringen in het kader van de interpretatie van internationaal en Europees recht en de mogelijke inspiratie die door de rechter kan worden opgedaan uit nationale wetten en jurisprudentie in andere democratische rechtsstaten.³³

Ten aanzien van de wetgeving, ten tweede, is in de context van de EU met het Verdrag van Lissabon een sterkere positie in de Europese beleidsvorming en wetgeving gecreëerd voor het Europese Parlement en voor de parlementen in de lidstaten. Het met dit verdrag ingevoerde systeem, waarin de co-decisieprocedure de standaard is geworden, is bestempeld als een model van semi-parlementaire democratie.³⁴ Het Europese Parlement heeft in dit model een gelijkwaardige machtspositie verworven ten opzichte van de Raad en Commissie.³⁵ Als gevolg van de verschuiving van wetgevende bevoegdheden naar het Europese niveau neemt de invloed van de nationale wetgever op de rechtsvorming af. In dit verband wordt gesproken van een ontwikkeling van 'deparlementarisatie'.³⁶

De interactie tussen de nationale en Europese actoren levert vragen op ten aanzien van de rechtsvorming, in het bijzonder betreffende de rechtspraak. Wie is er uiteindelijk bevoegd om zich bindend uit te spreken over de interpretatie van rechtsnormen? De legitimatie van rechtsvormende beslissingen van de nationale, Europese en internationale rechters in de nationale samenleving hangt samen met de aanvaardbaarheid in het

³² Zaak C-402/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008] ECR I-06351; zaak T-315/01 *Kadi v Council and Commission* [2005] ECR II-03649.

³³ E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, Oxford: Hart Publishing, te verschijnen in november 2013.

³⁴ P. Dann, 'The Political Institutions', in: A. von Bogdandy en J. Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 271.

³⁵ *Ibid.*, pp. 250-251.

³⁶ R. van Gestel, 'The "Deparlementarisation" of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature', *Utrecht Law Review* 2013, nr. 2, pp. 106-122.

licht van nationale constitutionele beginselen.³⁷ De nationale rechter is verplicht om de Europese rechtspraak te volgen. Het constitutionele recht biedt de rechter echter de ruimte om zijn bevoegdheid af te bakenen ten opzichte van de bevoegdheid van de Europese hoven. Het Duitse Bundesverfassungsgericht is hierin meer uitgesproken geweest dan de hoogste rechters in Nederland. In de *Solange*-beslissingen sprak het Duitse federale constitutionele hof zich uit over de hiërarchie tussen het EU-recht en het Duitse constitutionele recht ter bescherming van fundamentele rechten en nam het nationale constitutionele recht daarbij als uitgangspunt.³⁸

Hoe dient bij de toepassing van het recht in individuele gevallen te worden omgegaan met elkaar overlappende rechtsnormen, zoals de catalogi van fundamentele rechten in de nationale Grondwet, het EVRM en het Handvest van Fundamentele Rechten van de EU? Complicaties die zich in de praktijk voordoen, betreffen vooral de uniforme interpretatie van rechtsregels en in dat verband de verdeling van rechtsvormende bevoegdheden. De rechter is gebonden aan de bovennationale rechtsregels, maar beschikt ook hier over discretionaire ruimte bij de interpretatie van deze regels in concrete gevallen. Zo kan de nationale rechter bepalen dat een regel van EU-recht een '*acte clair*' is, daarmee de betekenis ervan vaststellend in het licht van de geldende EU-regelgeving en de beschikbare jurisprudentie van het HvJ EU en van rechters in andere lidstaten.³⁹ Ook kan de rechter uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) nader interpreteren ten behoeve van de nationale context.⁴⁰

Raadsheren in de Hoge Raad hebben opgemerkt dat de jurisprudentie van het HvJ EU inconsistent is, waardoor de toepassing hiervan in concrete zaken veel gepuzzel oplevert. Zij zijn bovendien kritisch over de door het Europese Hof geformuleerde CILFIT-criteria, op basis waarvan bepaald

³⁷ Staatscommissie Grondwet (n. 29).

³⁸ BVerfG 29 mei 1974, *Solange I* [1974] 2 CMLR 540, 37 BVerfGE 271; BVerfG 22 oktober 1986, *Solange II* [1987] 3 CMLR 225, [1986] 73 BVerfGE 339.

³⁹ Zie *infra*.

⁴⁰ Een voorbeeld is de jurisprudentie van de Hoge Raad naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM in de zaak *Salduz t. Turkije*, EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02. Zie HR 30 June 2009, NJ 2009, 349, 350 en 351.

kan worden of een vraag van EU-recht een '*acte clair*' is.⁴¹ Volgens de raadsheren wordt met de vaststelling van deze criteria niet voorkomen dat nationale rechters in EU-lidstaten verschillende benaderingen aanhouden ten aanzien van de indiening van prejudiciële vragen bij het Hof. De uniforme interpretatie van het EU-recht blijft hiermee onvoldoende gewaarborgd. Een geïnterviewde raadsheer gaf als voorbeeld twee zaken die gelijktijdig voor de Nederlandse en de Belgische rechter dienden en waarin de vraag aan de orde was of de organisatie van peepshows voor belastingtechnische doeleinden gedefinieerd kan worden als het aanbieden van theater of bioscoopvoorstellingen. De Hoge Raad meende dat het EU-recht op dit punt voldoende duidelijk was en besliste de zaak zonder navraag te doen bij het Europese Hof.⁴² De Belgische rechter dacht daar anders over en diende wel een prejudiciële vraag in.⁴³ De beoordeling van de rechtsvraag door de Nederlandse en Europese rechters liep uiteindelijk wel gelijk op. Beide oordeelden dat het private of collectieve karakter van de aangeboden diensten doorslaggevend is voor de juridische kwalificatie.

Naast de interactie met de Europese hoven in het kader van de supranationale rechtsorde van de EU en het bovennationale EVRM-regime is een informeel circuit van transnationale rechtsvorming ontstaan. Steeds vaker vindt uitwisseling van kennis en ervaringen plaats tussen nationale rechters in democratische rechtsstaten. Dit betreft bijeenkomsten in netwerken of bezoeken tussen hoogste rechters. Ook bestuderen rechters jurisprudentie uit andere systemen, welke door databases en vertalingen steeds beter beschikbaar is geworden.⁴⁴

Als beweegredenen voor rechtsvergelijkende exercities noemen rechters verschillende motieven, die op zichzelf of in combinatie een rol kunnen spelen.⁴⁵ In zaken waarin een groot maatschappelijk belang in het geding is, wordt buitenlandse rechtspraak ter inspiratie bestudeerd. Dit betreft onder meer zaken die morele kwesties aansnijden die in meerdere

⁴¹ Zaak 283-81 Srl CILFIT en Lanificio di Gavardo SpA t. Ministerie van Volksgezondheid [1982] ECR 03415.

⁴² HR 5 december 2008, LJN BB0678.

⁴³ Zaak C-3/09 Erotic Center BVBA t. België [2010] ECR I-02361.

⁴⁴ Mak (n. 33), hoofdstuk 4.

⁴⁵ Ibid., hoofdstuk 5.

landen onderwerp zijn van maatschappelijke discussie. Voorbeelden zijn de juridische toelaatbaarheid van euthanasie, 'wrongful life'-claims en de erkenning van het homohuwelijk. In sommige gevallen zien rechters rechtsvergelijking als nuttig om meer inzicht te krijgen in een juridisch vraagstuk of om aan hun collega's in het buitenland een maatstaf te kunnen ontleen voor de beoordeling van de zaak die voor hen ligt. Rechtsvergelijking met gezaghebbende rechters in het buitenland wordt geacht bij te dragen aan de kwaliteit van de eigen oordeelsvorming. Tot slot beogen rechters met de bestudering van rechtsvergelijkende bronnen inzicht te krijgen in de ontwikkeling van het recht in andere rechtssystemen en in Europees of internationaal verband. Met die kennis kunnen zij dan een standpunt bepalen ten aanzien van de rechtsontwikkeling in het nationale rechtssysteem en concrete invulling geven aan de nagestreefde harmonisatie van rechtsregels op specifiek gebieden.

Een voorbeeld van de laatste situatie is te vinden in de toepassing van verdragen waarvan de uitleg niet valt onder de jurisdictie van een internationaal of supranationaal hof. Dan is het waarborgen van rechtseenheid tussen de deelnemende staten in het verdragsregime een taak van de nationale rechters in deze staten. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor op het gebied van het internationale handelsrecht. Bij de toepassing van het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR-verdrag) verwijst de Hoge Raad soms naar de Duitse jurisprudentie over de uitleg van bepalingen van dit verdrag.⁴⁶

Ook deze uitwisseling met betrekking tot niet-bindende bronnen uit andere nationale rechtssystemen roept vragen op in het constitutionele perspectief. In de positivistische rechtsbronnenleer is het gebruik van niet-bindende bronnen van buitenlands recht door de rechter problematisch. Ons constitutionele recht staat het gebruik van niet-bindend buitenlands recht als dragend argument voor rechterlijke beslissingen niet toe. Welke rol kunnen deze niet-bindende bronnen dan wel spelen? Ten aanzien van de wetgeving kent het constitutionele recht geen obstakels voor het gebruik van rechtsvergelijking bij het ontwerp van nieuwe rechtsregels. In

⁴⁶ Hoge Raad, Jaarverslag 2009-2010, www.rechtspraak.nl, geraadpleegd september 2013, pp. 20-21.

het licht van de democratische legitimatie van wetten rijst echter de vraag in hoeverre inspiratie uit buitenlandse rechtsbronnen en ervaringen een rol mag spelen bij de vaststelling van bindende regels voor de Nederlandse rechtsorde.

De schets van de institutionele aspecten van wetgeving en rechterlijke rechtsvorming in de geglobaliseerde context maakt duidelijk dat de aanvaardbaarheid van het normerende handelen van wetgever en rechter vanuit een nieuw perspectief beoordeeld moet worden. Hoe dit perspectief eruit ziet, wordt duidelijk uit een nadere analyse van de legitimiteit van de hedendaagse processen van rechtsvorming.

4. DEMOCRATISCHE LEGITIMITEIT VAN TRANSNATIONALE RECHTSVORMING

In de transnationale context lijkt de democratische legitimiteit van rechtsvorming niet zozeer meer verbonden te zijn aan het formele gezag van rechtsbronnen. Een belangrijke rol komt toe aan de overtuigingskracht van juridische en extra-juridische argumenten in het proces van rechtsvorming. Die verschuiving van het formele gezag van bronnen naar de overtuigingskracht van argumenten komt tot uitdrukking in de benadering van rechter en wetgever bij de invulling van hun rechtsvormende taken.

Betreffende de wetgeving is democratische legitimatie in beginsel gegeven met de goedkeuring van wetten door het parlement. De legitimiteit van de wetgeving is in de transnationale context afhankelijk van de waarborg dat: 1) wetten en goedgekeurde verdragen overeenstemmen met de Grondwet en ongeschreven constitutionele beginselen; 2) wetten overeenstemmen met in Nederland van kracht zijnde normen van internationaal en Europees recht.⁴⁷ De wetgever heeft binnen de grenzen van dit juridische kader de mogelijkheid om regels te ontwikkelen betreffende de positie van de nationale rechtsorde ten opzichte van de internationale en Europese regimes. Tevens staat het de wetgever vrij om een eigen lijn te bepalen

⁴⁷ Staatscommissie Grondwet (n. 29), pp. 97 e.v.; WRR (n. 19), pp. 264-270. Zie tevens L.F.M. Besselink en R.A. Wessel, *Ontwikkelingen in de internationale rechtsorde en Nederlands constitutioneel recht: een 'neo-monistische' benadering*, Deventer: Kluwer, 2009.

ten opzichte van andere democratische rechtsstaten en zijn positie kiezen in de transnationale rechtsontwikkeling waarin zij alle deelnemen. Discussies over de beleidskeuzes die in dit verband tot uitdrukking komen in wetgeving kunnen plaatsvinden in politieke en maatschappelijke fora.

De vaststelling van het gezag van bronnen voor rechterlijke oordeelsvorming is in de transnationale context complexer dan het positivistische onderscheid tussen bronnen die wel en bronnen die niet door de nationale bevoegde autoriteiten zijn goedgekeurd als bindende bronnen in het nationale rechtssysteem. Analyses van rechterlijke interpretatie laten zien dat het gezag dat in de rechtspraktijk wordt toegekend aan rechtsbronnen verband houdt met de ontwikkeling van het gebruik van die bronnen. In een informeel en geleidelijk proces krijgt een specifieke bron een meer of minder bindend karakter op basis van de frequentie waarmee die bron wordt gebruikt in de oordeelsvorming in concrete zaken.⁴⁸

De onderliggende vraag die dan speelt, is of het gebruik van specifieke rechtsbronnen in rechterlijke oordeelsvorming mogelijk en nuttig wordt geacht. Rechters hangen op dit punt verschillende benaderingen aan. Justice Aharon Barak, de voormalige President van het Supreme Court of Israel, spreekt van de '*judicial philosophy*' van de rechter. Hij bedoelt daarmee een georganiseerde denkwijze over de manier waarop de rechter te werk dient te gaan in moeilijke zaken of, met andere woorden, de overwegingen die de rechter in acht neemt bij het gebruikmaken van zijn interpretatieruimte.⁴⁹ Deze rechterlijke benadering omvat de overtuigingen van de rechter met betrekking tot de rol van de rechtspraak in het nationale politieke systeem waarin de rechter functioneert.⁵⁰ Wij kunnen een hoofdonderscheiding maken tussen twee opvattingen van rechters: een 'localistische' en een 'globalistische' visie op rechterlijke oordeelsvorming.

⁴⁸ M. Adams, 'Globaliserende rechtspraak: democratisch omstreden?', *Ars Aequi* 2012, pp. 531 e.v., hier p. 534. Zie tevens F. Schauer, 'Authority and Authorities', *Virginia Law Review* 2008, p. 1931 e.v.

⁴⁹ A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 118. Zie tevens R. Dworkin, *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing, 1998 (oorspr. uitgave 1986).

⁵⁰ C.L. Eisengruber, *The Next Justice: Repairing the Supreme Court Appointments Process*, Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 99.

'Localistische' rechters nemen een sceptische houding aan betreffende het gebruik van buitenlands recht. Sommigen stellen dat rechters niet bevoegd zijn om gebruik te maken van bronnen die niet formeel erkend zijn als bron voor de rechterlijke oordeelsvorming in de eigen rechtsorde. Een uitgesproken voorstander van deze opvatting is de Amerikaanse Supreme Court Justice Antonin Scalia. Hij meent dat het gebruik van buitenlandse bronnen in de motivering van rechterlijke beslissingen niet louter van ondersteunende aard kan zijn. Wanneer het Supreme Court in een concreet geval erkent dat een bepaalde interpretatie van het nationale recht steun vindt in buitenlandse rechtsbronnen, dan verleent het Hof daarmee volgens Justice Scalia gezag aan die bronnen. Dat is in strijd met de positivistische rechtsbronnenleer.⁵¹

Andere localistische rechters zijn gematigder. Hun scepsis betreft het nut van rechtsvergelijking in het licht van de culturele verschillen tussen rechtssystemen. Deze rechters menen dat buitenlands recht wellicht waarde kan hebben voor de verheldering van concepten of als bron van inspiratie. Zij stellen echter dat de inspanning en tijd gemoeid met het doen van rechtsvergelijkend onderzoek in de meeste zaken niet opweegt tegen het beperkte nut voor de rechterlijke beslissing. Bovendien kan het doen van extra onderzoek vertraging opleveren en daarmee een risico vormen voor het doen van uitspraak binnen een redelijke termijn.

Tegenover de localistische opvatting staat een 'globalistische' visie op rechterlijke oordeelsvorming. Rechters die deze opvatting aanhouden zoeken naar de mogelijkheden om in verschillende bronnen inspiratie te vinden voor de beantwoording van rechtsvragen. De aandacht voor buitenlands recht past in deze visie op rechterlijke oordeelsvorming. Rechters leggen niet meer de nadruk op het formele gezag van rechtsregels, maar op de inhoudelijke waarde van wetten, verdragen, jurisprudentie en feitelijke ontwikkelingen als bron van informatie en argumenten voor de oordeelsvorming in zaken in de eigen rechtsorde.

⁵¹ N. Dorsen, 'The Relevance of Foreign Legal Materials in US Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer', *International Journal of Constitutional Law* 2005, p. 519 e.v.; A. Scalia, onder redactie van A. Gutmann, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press, 1997.

Rechtvaarders geven aan dat de bestudering van buitenlandse bronnen in beginsel niet leidt tot het overnemen van oplossingen uit andere rechtssystemen. Het nut van de rechtsvergelijking is voor globalistische rechtvaarders driedig. Zij waarderen de mogelijkheid om kennis te nemen van: 1) voorbeelden van conceptuele verfijning; 2) argumenten voor een specifieke interpretatie van rechtsregels; en 3) feitelijke inzichten over bijvoorbeeld het effect van een bepaalde rechterlijke uitspraak op de samenleving.

Justice Barak is het prototype van de globalistische rechter. In een lezing over de veranderende rol van de rechter in het licht van internationale invloeden op nationale rechtsordes stelde hij:

When a national jurist—a judge, a professor of law, or an attorney—is confronted with the need to understand a legal phenomenon—for example, ‘what is law?’; ‘what is a right?’; ‘what is a legal person?’; ‘what is the relationship between morality and law?’—that jurist is certainly permitted, and it is even desirable, to examine the understanding of legal phenomena and legal concepts beyond his national framework. These are all universal aspects which cross national boundaries, and in order to understand them, it is worthwhile to turn to all thought which has been developed on the subject, be its geographical origin as it may. So did our forefathers through the years. And so did Holmes, Cardozo (judges), Roscoe Pound, Hohfeld, Fuller, Llewellyn (professors), and many others. They did not shut themselves inside of their national borders. The entire world was before them.⁵²

Justice Barak betoogt dat een globalistische visie van alle tijden is. In vergelijking met de door hem genoemde Amerikaanse rechtvaarders en wetenschappers, functioneren hedendaagse rechtvaarders echter in een wezenlijk andere context. De hedendaagse steun voor de globalistische opvatting is voor een groot deel te verklaren vanuit de invloed van

⁵² A. Barak, ‘Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia’, Law Symposium: International Influences on National Legal Systems, Haifa, 29 januari 2006, www.fulbright.org.il/fileadmin/fulbright/editor/images/news/Documents_for_news/Barak_50th_symposium_speech.doc, geraadpleegd september 2013.

bovennationaal recht op de rechtsontwikkeling in nationale rechtsordes. Justice Stephen Breyer, rechter in het Supreme Court van de Verenigde Staten, heeft betoogd dat het verschil tussen de status van internationaal recht en rechtsvergelijkende bronnen in rechterlijke oordeelsvorming steeds meer vervaagt. In een lezing voor de American Society of International Law memoreerde hij op welke wijze internationaal recht en rechtsvergelijking in zijn rechterlijke werk een rol speelden. Het betrof bijvoorbeeld de kennisname van relevante bronnen voor de oordeelsvorming in concrete rechtszaken en de uitwisseling met rechters uit andere rechtsordes over institutionele vraagstukken. Breyer stelde vervolgens:

For one thing, my description blurs the differences between what my law professors used to call comparative law and public international law. That refusal to distinguish (at least for present purposes) may simply reflect reality. The commercial law of various States, for example, has become close to a single, unified body of law, in part through the work of uniform state law commissioners, in part through a pattern of similar judicial responses to similar problems, in part because of the work of intermediate judicial institutions such as federal bankruptcy courts, in part because the interstate nature of commercial contracts means that judges in different states apply each other's law. Formally speaking, state law is state law. But practically speaking, much of that law is national, if not international in scope. Analogous developments internationally, including the development of regional or specialised international legal bodies, also tend to produce cross-country results that resemble each other more and more, exhibiting common, if not universal, principles in various legal areas.⁵³

Deze observatie van Justice Breyer maakt duidelijk dat het gebruik van buitenlands recht niet meer beperkt is tot een uitwisseling van gezichtspunten tussen van elkaar gescheiden rechtsordes met eigen regels en tradities. In de geglobaliseerde context bestaat inhoudelijke overlap tussen regels en groeien tradities van rechtsvorming naar elkaar toe. Het gebruik van buitenlandse bronnen kan daarmee voor rechters niet alleen als inspiratie dienen, maar in een meer bepaalde rol in de

⁵³ S. Breyer, 'The Supreme Court and the New International Law', American Society of International Law, Washington, D.C., 4 april 2003.

rechtsvorming ook het uitgangspunt zijn voor de harmonisatie tussen rechtssystemen.⁵⁴

5. SAMENWERKING TUSSEN RECHTER EN WETGEVER?

Uit de analyse van de inhoud van rechtsvorming kwam naar voren dat in de geglobaliseerde juridische context meer noodzaak en gelegenheid is voor uitwisseling tussen rechtsordes. De wetgever en rechter dienen hun positie te bepalen ten opzichte van internationale en Europese rechtsvormende actoren en zij kunnen inspiratie opdoen uit buitenlands recht. De rechtsvorming krijgt er dimensies bij in de zin dat zowel de wetgever als de rechter: 1) de eigen positie nader definieert ten opzichte van transnationale actoren; en 2) een bijdrage levert aan de rechtsontwikkeling over de grenzen van de nationale rechtsstaat heen.

De vraag rijst hoe de verhouding tussen de nationale Triasorganen in deze context vorm kan krijgen. In het bijzonder kan bekeken worden of samenwerking nuttig en mogelijk is voor een sterkere positionering van de nationale rechtsvorming ten opzichte van de transnationale rechtsontwikkeling. Door samen te werken kunnen de rechter en wetgever meer leiderschap ontwikkelen ten opzichte van transnationale regelgevers en rechtsprekende instanties. Afstemming tussen rechter en wetgever biedt kansen om de rollen van de nationale staatsmachten te optimaliseren.

Een voorwaarde voor samenwerking tussen wetgever en rechter is dat deze niet ten koste gaat van de '*checks and balances*' voorzien in het model van de Trias politica. Het Triasmodel stelt daarmee grenzen aan de samenwerking tussen wetgever en rechter. Van belang is dat de rechter nog steeds als tegenkracht zal moeten kunnen blijven optreden ten opzichte van de wetgever.⁵⁵

⁵⁴ Zie V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press, 2009. Zij onderscheidt drie houdingen van rechters ten aanzien van de transnationale rechtsontwikkeling: weerstand ('resistance'), streven naar convergentie ('convergence') en betrokkenheid ('engagement').

⁵⁵ H.D. Tjeenk Willink, 'Welkomstwoord', in: Raad van State, Verslag van het symposium van de Raad van State op 29 september 2011: Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst, Den Haag: Raad van State 2012, p. 8; A. Brenninkmeijer, 'Unitas politica', NJB 2012, p. 192 e.v.

Een aandachtspunt in dit verband is de tendens dat de tegenkracht die de rechter in het Triasmodel biedt steeds minder wordt geaccepteerd door wetgever en bestuur. Recente politieke initiatieven lijken als doelstelling te hebben om de toegang tot de rechter te beperken en procedurele obstakels voor de realisatie van overheidsbeleid te verminderen.⁵⁶ Als voorbeeld kan gedacht worden aan het hierboven genoemde wetsvoorstel-Taverne⁵⁷ en aan het wetsvoorstel betreffende de verhoging van griffierechten.⁵⁸ De politieke druk betreft, naast de beperking van de controlerende functie op het overheidshandelen, ook de rechtspositie van rechterlijke ambtenaren en andere toetsende instanties, bijvoorbeeld door inmenging van de politiek in benoemingen.⁵⁹

Deze tendens maakt duidelijk dat er belang blijft bij een formele institutionele afbakening van de wetgevende en rechtsprekende functies. Ook de hervorming van de Raad van State, gericht op het creëren van een meer zichtbare scheiding tussen wetgeving en rechtspraak, wijst in die richting.⁶⁰ De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtspraak dienen gewaarborgd te blijven. Transparantie van de interactie tussen wetgever en rechter is van belang. Binnen de grenzen van deze constitutionele afbakening tussen wetgever en rechter kan verder worden gezocht naar mogelijkheden tot samenwerking.

In een lezing voor het Montesquieu Instituut in 2011 maakte de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Piet-Hein Donner, in dit verband een treffende observatie ten aanzien van de veranderende eisen aan machtsverdeling die voortvloeien uit de internationalisering van recht en samenleving. Hij overwoog dat het klassieke Triasmodel als uitgangspunt niet meer volstaat:

⁵⁶ Tjeenk Willink (n. 55), p. 9.

⁵⁷ Zie supra, par. 2.

⁵⁸ Wetsvoorstel kostendekkende griffierechten, Kamerstukken II, 2011-2012, nr. 33 071.

⁵⁹ Brenninkmeijer (n. 55).

⁶⁰ Wet herstructurering Raad van State, Staatsblad 2010, 175.

Binnen een gesloten systeem is het logisch om in het belang van de vrijheid van burgers overheids machten te onderscheiden en te scheiden, om macht te beperken met tegenmacht en om draagvlak voor verplichtingen te kweken door publiek debat. Maar in een open internationaal systeem waarin meerdere landen onderling afspraken maken en gemeenschappelijk belangen behartigen, vergt de bescherming van de vrijheid van burgers andere uitgangspunten. Dan is de behartiging van nationale belangen meer gediend met eenheid van besluitvorming en niet van scheiding, slagvaardigheid en ook in zekere mate een beperkte openheid; anders laat men zich immers op voorhand in de kaarten kijken. ... De discussie gaat niet over de overdracht van nationale bevoegdheden en macht, maar over het gezamenlijk herwinnen van controle en invloed op ontwikkelingen waar de afzonderlijke landen de greep allang op hebben verloren.⁶¹

Uit deze observatie komt het nut van samenwerking tussen de staatsmachten, en wellicht zelfs een noodzaak daartoe, naar voren. Gelet op onze analyse lijkt samenwerking dan vooral gewenst en mogelijk in de vorm van inhoudelijke uitwisseling van kennis en ervaringen over internationaal en Europees recht en over rechtsvergelijkende bronnen. Een dergelijke uitwisseling zou de wetgever en rechter in staat stellen om op effectieve en legitieme wijze bij te dragen aan de rechtsvorming in de gelaagde en gefragmenteerde transnationale context.

Zowel de rechter als de wetgever dient zich te beraden op de vraag op welke wijze internationale, Europese en rechtsvergelijkende bronnen worden gebruikt in de voorbereiding van nieuwe wettelijke regels en in de rechterlijke rechtsvorming. Voor zover deze bronnen een rol hebben in de rechterlijke oordeelsvorming en in het ontwerp van wetten, hoe dienen de rechter en de wetgever dan methodisch te werk te gaan bij het gebruik ervan?

Het nut van een meer gestructureerde aanpak bleek hierboven al. In de geglobaliseerde rechtsorde doen zich, zoals beschreven,⁶² voor

⁶¹ P.H. Donner, 'De krakende pijlers van de democratische rechtsstaat', lezing Montesquieu Instituut, 25 augustus 2011, www.overheid.nl, geraadpleegd september 2013.

⁶² Zie supra, par. 3.

de wetgever complicaties voor ten aanzien van de goedkeuring van internationale verdragen. Er lijkt te weinig tijd en expertise beschikbaar te zijn in het parlement om een adequate toetsing van de grondwettigheid van verdragen uit te voeren. De rol van de wetgever kan verbeterd worden door meer gerichte parlementaire invloed te realiseren op de totstandkoming van verdragsteksten of op de formulering van voorbehouden bij specifieke verdragsbepalingen. Betere informatievoorziening over internationaal en Europees recht en rechtsvergelijkende informatie kan wellicht worden verkregen door uitwisseling met de Hoge Raad en de Raad van State. Omgekeerd krijgen de rechtsprekende instanties door uitwisseling met de wetgever meer inzicht in de bredere beleidscontext waarin wetgeving tot stand komt. Aldus opgedane inzichten kunnen behulpzaam zijn bij de rechterlijke oordeelsvorming in concrete gevallen.⁶³

Vanuit praktisch oogpunt behoeven zowel de activiteiten van de rechter als van de wetgever nog uitbreiding en structurering. Bij de Raad van State is al in een mogelijkheid tot kennisverwerving ten behoeve van zowel de wetgeving als de rechtspraak voorzien. Een verbindingsofficier is belast met het onderhouden van de contacten tussen de Raad van State en de Raad van Europa. Deze ambtenaar neemt deel aan een uitwisseling met de verbindingsofficieren uit andere lidstaten van de Raad van Europa in het kader van de Joint Council on Constitutional Justice, welke onder de Venice Commission valt. Deze Joint Council is in 2002 opgericht met het oogmerk om samenwerking tussen constitutionele hoven en vergelijkbare organen in de lidstaten van de Raad van Europa te faciliteren.⁶⁴ Onder auspiciën van de Joint Council verschijnt drie keer per jaar het *Bulletin of Constitutional Case-Law*, waarin in het Frans en Engels verslag wordt gedaan van de recente belangrijke uitspraken van de constitutionele rechters in bijna 50 landen, het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). Daarnaast publiceert de Joint Council speciale uitgaven van het *Bulletin* met achtergrondinformatie over de hoven uit verschillende landen en is

⁶³ Ook in het verband van de Raad van State is gewezen op de voordelen van kruisbestuiving tussen de Afdeling advisering en de Afdeling bestuursrechtspraak.

⁶⁴ www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Constitutional_Justice, geraadpleegd september 2013.

jurisprudentie en regelgeving raadpleegbaar via de database CODICES.⁶⁵ Met deze faciliteiten wordt uitdrukkelijk beoogd om de constitutionele rechters, zowel in 'oude' als in 'jonge' democratische rechtsstaten, te stimuleren tot uitwisseling van informatie en om hen hulp te bieden bij de beslissing over gevoelige juridische onderwerpen die wellicht ook in andere landen spelen.⁶⁶

Naast de genoemde faciliteiten biedt de Joint Council ook een platform voor directe uitwisseling tussen de deelnemende hoven. Een verbindingsofficier kan een verzoek om informatie per e-mail, inclusief relevante achtergrondinformatie bij de gestelde vraag, indienen bij de Venice Commission. Het verzoek wordt dan uitgezet bij de verbindingsofficieren in de andere deelnemende hoven, die worden geacht een antwoord op de vraag terug te sturen. De verbindingsofficieren schrijven hun reacties op persoonlijke titel. De geïnterviewde verbindingsofficier gaf aan dat vanuit de Raad van State onder meer een vraag is uitgezet bij de Joint Council on Constitutional Justice in verband met de mogelijke opname van het Nederlands als officiële taal in de Grondwet. Op deze wijze kon informatie worden vergaard over de regelgeving en achtergronden daarvan in andere landen.

Tot slot ontmoeten de verbindingsofficieren elkaar één keer per jaar in juni, afwisselend in Venetië en in de hoofdstad van een van de lidstaten van de Venice Commission. De verbindingsofficier bij de Raad van State meende dat deze bijeenkomsten van toegevoegde waarde zijn, omdat zij een mogelijkheid scheppen voor discussie over de antwoorden op uitgezette vragen en over de rol die deze antwoorden hebben gespeeld in de verdere nationale discussie. De verbindingsofficier merkte in dit verband op dat informatie ontvangen door de Raad van State zowel van nut kan zijn voor de wetgevingsadvisering als voor de bestuursrechtspraak. Het aantal uitgezette verzoeken is echter laag, waarbij waarschijnlijk meespeelt dat de Afdeling advisering en door de Afdeling bestuursrechtspraak vragen van constitutioneel recht ook kunnen voorleggen aan het interne Constitutioneel Beraad. Bovendien zetten de korte termijnen bij de wetgevingsadvisering een rem op het gebruik van de mogelijkheid om advies in te winnen via de Venice Commission.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

Een andere organisatie waarin de Raad van State deelneemt, is de Association of the Councils of State and Supreme Administrative Courts of the European Union.⁶⁷ Dit netwerk heeft een besloten Internetforum, waarop leden vragen kunnen uitzetten. Deze samenwerking omvat minder verplichtingen dan de deelname in de Venice Commission. De verbindingsofficier gaf aan dat vragen veelal gaan over het vinden van vergelijkbare zaken die zich in andere landen hebben voorgedaan en over de toepassing van het EU-recht.

Bij de Hoge Raad is de deelname aan transnationale uitwisseling in rechterlijke netwerken in ontwikkeling. Sommige geïnterviewde raadsheren en Advocaten-Generaal gaven aan dat zij nauwelijks deel nemen aan uitwisseling met Europese of buitenlandse collega's of dat zij liever thuis een boek lezen over Europees of buitenlands recht. De meerderheid van de geïnterviewden toonde echter interesse in en betrokkenheid bij transnationale uitwisseling. Een genoemd voorbeeld betrof de deelname van de President van de Hoge Raad, Geert Corstens, in het Network of the Presidents of the Supreme Judicial Courts in the European Union.⁶⁸ Ook werd gewezen op de deelname van een aantal rechters in de International Association of Judges⁶⁹ en de transnationale uitwisseling tussen rechters op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht.⁷⁰ Naast de deelname in netwerken ontvangt de Hoge Raad regelmatig delegaties van buitenlandse rechters en nemen rechters en Advocaten-Generaal deel aan conferenties, seminars en trainingen voor rechters. Een aantal rechters had gedurende twee weken meegelopen met collega's in het Cour de cassation in Frankrijk of het Bundesgerichtshof in Duitsland om te kunnen leren van de werkwijzen van deze buitenlandse hoogste rechters. Uitwisseling van kennis en ervaringen kan in dit verband wellicht nader vorm krijgen in het reguliere overleg tussen de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Sinds de jaren zeventig van de twintigste eeuw bestaat het gebruik dat een of twee raadsheren

⁶⁷ www.aca-europe.eu, geraadpleegd september 2013.

⁶⁸ www.network-presidents.eu, geraadpleegd september 2013.

⁶⁹ www.iaj-uim.org, geraadpleegd september 2013.

⁷⁰ Bijvoorbeeld in het kader van de Intellectual Property Judges Association in Venetië. Zie E. Lazega, 'Mapping Judicial Dialogue across National Borders: An Exploratory Network Study of Learning from Lobbying among European Intellectual Property Judges', *Utrecht Law Review* 2012, nr. 2, pp. 115-128.

van de Hoge Raad in de Afdeling bestuursrechtspraak plaatsnemen als verbindingsofficier.⁷¹ Ook kan inspiratie worden opgedaan uit het voorstel van Ivo Giesen en Harriët Schelhaas ten aanzien van de oprichting van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers, dat elementen in zich draagt van de Sociaal Economische Raad (SER) en de Britse Law Commission.⁷²

De praktische mogelijkheden en beperkingen van de uitwisseling met buitenlandse rechtssystemen zullen hier verder buiten beschouwing blijven.⁷³ De analyse maakt in ieder geval duidelijk dat uitwisseling van kennis en ervaring aan de rechter en de wetgever mogelijkheden biedt om van elkaar te leren en om samen de rechtseenheid, rechtsbescherming en rechtsontwikkeling in de geglobaliseerde juridische context te waarborgen en te sturen.

6. CONCLUSIE

In de geglobaliseerde juridische context wordt het recht door de doorwerking van internationaal en Europees recht en de uitwisseling tussen rechters in nationale jurisdicties in grote mate bepaald door anderen dan de nationale wetgever en rechter. De rollen van de nationale staatsmachten dienen in deze context opnieuw gedefinieerd te worden. Teneinde grip te blijven houden op de nationale rechtsvorming doen de rechter en wetgever er goed aan om mogelijkheden tot samenwerking verder uit te werken. Uitwisseling tussen rechter en wetgever kan zinvol zijn om de nationale rechtsvorming sterker te positioneren in de transnationale context. In het licht van het Triasmodel dient de afbakening van de autonomie en inhoudelijke oordeelsvorming van rechter en wetgever gewaarborgd te blijven. Samenwerking kan echter verder ontwikkeld worden ten aanzien van het delen van kennis en ervaringen betreffende internationaal en Europees recht en rechtsvergelijking.

⁷¹ Zie over dit gebruik S. Kingma, 'Raadsheer Snijders verbindingsofficier met de Raad van State', Cassatieblog, 15 november 2011, cassatieblog.nl/category/hoge-raad-algemeen, geraadpleegd september 2013.

⁷² Giesen en Schelhaas (n. 4), pp. 148-154.

⁷³ Zie M. Adams en E. Mak, 'Buitenlands recht in nationale rechtspleging: onder welke voorwaarden is dat feitelijk nuttig en mogelijk?', NJB 2011, pp. 2912-2919.

Rechterlijke uitspraken en hun gevolgen voor de samenleving. In hoeverre kan en moet de rechter hiermee rekening houden?¹

Prof. mr. J.C.A. de Poorter²

1. 'BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY'

Wat is de taak van de rechter, meer in het bijzonder van de bestuursrechter? Daarover kan verschillend worden gedacht. Men zal het er echter over eens zijn dat het tot de wezenlijke functie van de rechter behoort conflicten te beslechten aan de hand van regels.³ In de overgrote meerderheid van de gevallen is dat ook een juiste typering van wat de rechter doet. In die meerderheid van gevallen kan en moet de rechter een bij wet vastgestelde regel toepassen die duidelijk bedoeld is om het voorgelegde geval te regelen. Dit proces van rechtsvinding door de rechter – dat klassiek is opgebouwd uit een drietal elementen: feit, regel en beslissing – verloopt in veel gevallen volgens een syllogistisch patroon. De beslissing volgt uit de confrontatie van het voorliggende feitencomplex met de op dat feitencomplex toegesneden, bij wet vastgestelde regel. Toch kan de rechterlijke beslissing lang niet altijd worden gekwalificeerd als een syllogistische noodzakelijkheid. Dat geldt ook voor beslissingen van de bestuursrechter; ook rechterlijke rechtsvinding door de bestuursrechter voltrekt zich niet altijd op een wijze waarbij de rechter zonder meer door subsumptie van de vastgestelde feiten onder de regel tot zijn beslissing komt.

¹ Dit preadvies is een bewerking en aanvulling van mijn enkele weken hiervoor uitgesproken inaugurele rede aan de Universiteit van Tilburg: J.C.A. de Poorter, Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving. Over rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving daarbij te betrekken, Tilburg: Tilburg University 2013.

² Jurgen de Poorter is hoogleraar Bestuurs(proces)recht aan de Universiteit van Tilburg en raadadviseur bij de Raad van State.

³ W. Van Gerven, De taak van de rechter in een West-Europese democratie, Antwerpen - Deventer: Kluwer 1977, p.3.

Deze moeilijke gevallen doen zich bijvoorbeeld voor wanneer de voor handen zijnde wettekst onduidelijk is of slechts vage normen bevat of aan de rechter een zekere beoordelingsruimte laat. In weer andere gevallen doet het zich voor dat er zelfs niet een onmiddellijk op het voorliggende feitencomplex toegesneden wettelijke regel voorhanden is. In die gevallen krijgt de het proces van rechtsvinding in de woorden van Wiarda een meer autonoom, zo men wil: creatief, karakter.⁴ De bestuursrechter treedt in die gevallen niet louter op als wat Montesquieu noemde 'la bouche qui prononce la loi', maar veeleer als 'la bouche qui prononce le droit; een rechter die er niet voor terugdeinst om, als het moet en zonder zich te laten leiden door subjectieve overtuigingen, het bestaande recht te hervormen, of nieuw recht te creëren.⁵ Dit vormt het vertrekpunt voor mijn verhaal. Rechters die geschillen beslechten doen vaak meer dan het beslissen van het conflict van belangen van betrokken partijen. Niet zelden stijgt de betekenis van hun uitspraken uit boven het individuele geval: ze hebben dan tevens rechtsvormende waarde.

Het lijkt nauwelijks meer in geschil dat de rechter een rechtsvormende taak heeft. Dat geldt in het bijzonder voor de hoogste nationale rechters en de internationale rechterlijke colleges als het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Ofschoon, zoals Asser e.a. opmerken, de manier waarop en de mate waarin deze colleges hun rechtsvormende taak vervullen, verschilt en meer dan eens ook wrevel oproept, is het feit dát ze rechtsvormend bezig zijn niet in discussie.⁶ Sterker nog, de bijdrage van de rechter aan de ontwikkeling van het recht is in een moderne maatschappij tot op zekere hoogte onmisbaar geworden. Zoals de voormalig opperrechter van het Israelisch hooggerechtshof Aharon Barak schrijft is de rechter een 'partner in het scheppen van recht', waarbij zijn functie er uit bestaat 'de kloof te overbruggen tussen het recht en de concrete, steeds veranderende samenleving'.⁷

⁴ Zie G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

⁵ W. Van Gerven en S. Lierman, Algemeen deel. Veertig jaar later (Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht II), Mechelen: Kluwer 2010, p. 224.

⁶ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, Een nieuwe balans. Interimrapport fundamentele herziening Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: BJU 2003, p. 37-38.

⁷ Aharon Barak, The judge in a democracy', Princeton 2006.

RECHTERLIJKE UITSPRAKEN EN HUN GEVOLGEN VOOR DE SAMENLEVING. IN HOEVERRE KAN EN MOET DE RECHTER HIERMEE REKENING HOUDEN?

De vraag rijst echter hoe de rechter dat doet; is hij wel in voldoende mate in staat die kloof tussen recht en samenleving te overbruggen? Het uitgangspunt in onze democratische rechtsstaat is dat in de rechtsvorming het primaat bij wetgever en bestuur ligt, waarbij de rechter het concrete handelen toetst aan het recht. Dit uitgangspunt is in de praktijk minder herkenbaar. De redenen daarvoor zijn divers. Soms is de wetgever niet in staat om regelend op te treden en moet de rechter noodgedwongen het voortouw nemen in de rechtsontwikkeling. Denk aan bijvoorbeeld het ontslagrecht, het stakingsrecht en het vraagstuk van de euthanasie. In andere gevallen heeft het te maken met regelgeving die onvolledig of onduidelijk is. Daarnaast is de rol van de rechter ook versterkt door de toenemende doorwerking van Europees en internationaal recht. We moeten echter ook constateren dat in de huidige tijd waarin verandering van beleid en regelgeving vaak een hoge urgentie hebben vanwege de financiële gevolgen daarvan, het uitgangspunt dat regels zoveel mogelijk hun plaats vinden in de wet tot gevolg heeft, dat regels in korte tijd frequent veranderen of dat regelgeving gewoonweg niet in staat is om de maatschappelijke ontwikkelingen bij te houden. Wellicht dat mede daarom de druk op de rechter in het proces van rechtsvorming lijkt toe te nemen en daarmee ook de urgentie van de vraag of, en zo ja, hoe de rechter dan in staat is die door Barak benoemde kloof tussen recht en samenleving te dichten.

De samenleving verandert in rap tempo en het recht moet daarop inspelen. Indien men erkent dat de rol van de rechter er niet enkel uit bestaat het gegeven recht toe te passen, maar ook nieuw recht te creëren, moet de consequentie zijn dat men nadenkt over de vraag hoe de samenleving bij dat proces van rechtsvorming kan worden betrokken. De processuele vormgeving van de rechterlijke procedure is in sterke mate betrokken op het individuele geval waarin betrokken partijen vanuit hun concrete geschil inbreng leveren. Dat brengt ons bij de vraag of de rechterlijke procedure wel in voldoende mate is toegesneden op het scheppen van precedënten die vervolgens een veel ruimere werking hebben dan het voorliggende geval. De vraag die mij daarbij voor nu in het bijzonder bezighoudt is hoe en in hoeverre de rechter bij de uitoefening van zijn rechtsvormende taak rekening kan houden met de gevolgen die een rechtsvormende beslissing heeft voor de samenleving? Ik ben derhalve op zoek naar de mogelijkheden

en onmogelijkheden van 'consequence based' rechtsvorming door de rechter.

2. HET TOENEMEND BELANG VAN RECHTSVORMING DOOR DE (BESTUURS)RECHTER⁸

Het proces van rechtsvorming kent in onze democratische rechtsstaat verschillende bronnen. Traditioneel zijn dat op het terrein van het bestuursrecht wetgeving, bestuur en rechtspraak. In de loop van de tijd hebben we in die bronnen van rechtsvorming een zekere rangorde ontwikkeld, een rangorde die we plegen aan te duiden als het primaat van de wetgever. Dit concept van het primaat van de wetgever is van grote invloed geweest op het denken over de rechtsvormende taak van de rechter in de West-Europese democratieën. Welbeschouwd ligt dit concept ook ten grondslag aan de drie typen van rechtsvorming die Wiarda onderscheidt.⁹ In de heteronome variant is de rechter zelfs volledig ondergeschikt aan de wetgever. In het functioneren van de democratische rechtsstaat zijn de drie staatsmachten tegenwoordig echter meer met elkaar vergroeid dan de theorie van de trias politica impliceert. Wetgever en rechter hebben ieder hun eigen taak, maar zijn voor de effectiviteit van hun handelen wel op elkaar aangewezen. Het vertrekpunt van de redenering over de rechtsvormende taak van de rechter moet dus niet zijn een idee van machtenscheiding, maar een evenwicht van machten. Zoals Adams betoogt is een 'rechtsscheppingsprimaat' dan ook iets anders dan een 'rechtsscheppingsmonopolie'.¹⁰ Verschillende factoren werken naar mijn mening een verschuiving naar het meer autonome type van rechtsvinding van Wiarda in de hand. Anders gezegd: er lijkt in de rechtsvorming – ook op het terrein van het bestuursrecht – door verschillende ontwikkelingen steeds sterker op de rechter te worden geleund.

⁸ Deze paragraaf is mede gebaseerd op eerdere gedachten hierover in: J.C.A. de Poorter, Rechtsvorming door de bestuursrechter: over grenzen van de rechtsvormende taak, rechterlijke dialogen en de Grondwet, in: A. Kristic, A. Meuwese en G. Van der Schyff, Functie en betekenis van de Grondwet: Een dialogisch perspectief, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 129-132.

⁹ Zie G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.

¹⁰ M. Adams, 'De argumentatieve en motiveringspraktijk van hoogste rechters: rechtsvergelijkende beschouwingen', *R.W.*, 2008-2009, p. 1498-1510.

Dat zijn in de eerste plaats ontwikkelingen op het niveau van de *wetgever*. Het primaat van de wetgever is wellicht onomstreden, maar wat nu als de wetgever het primaat in bepaalde gevallen blijkbaar niet wenst te nemen of daartoe niet in staat is?¹¹ In de literatuur is veelvuldig gewezen op het gebruik van vage normen, vage begrippen of het verwijzen naar ongeschreven rechtsbeginselen, niet zelden in combinatie met kaderwetgeving die in ruime mate delegatie of subdelegatie mogelijk maakt.¹² Deze ontwikkelingen doen de normatieve waarde van de wet in formele zin afnemen en brengt de rechter in een positie waarbij hij veeleer zelf op zoek dient te gaan naar de waardeoriëntaties die in de toepassing van de wet tot uitdrukking dienen te worden gebracht. Rechterlijk activisme hangt in sterke mate samen met de veranderde functie van wetgeving. In sommige gevallen wordt daarmee gereageerd op een terugtred van de wetgever, soms echter ook – wanneer de wet in toenemende mate wordt gehanteerd als beleidsinstrument – op een teveel aan wetgeving. Overigens is het niet onmogelijk dat beide ontwikkelingen tot dezelfde of gelijksoortige grondoorzaken kunnen worden teruggebracht. Op het terrein van het bestuursrecht worden we de laatste jaren in hoog tempo geconfronteerd met nieuwe wettelijke regelingen en wijzigingen van bestaande wettelijke regelingen. Het ruimtelijk bestuursrecht lijdt in sterke mate onder een permanente veranderingsdruk. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de Wet ruimtelijke ordening, de Tracéwet, de Woningwet en de Natuurbeschermingswet. Daarnaast is er veel nieuwe wetgeving en wetsvoorstellen, waarmee wordt gereageerd op te trage en stroperige besluitvorming, met inbegrip van de rol die de rechter daarin speelt. Ik wijs in dit verband op de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen, de Crisis- en herstelwet, de Wet versnelling besluitvorming wegprojecten, de Waterwet, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de Wet aanpassing bestuursprocesrecht. Deze permanente veranderings- en vernieuwingsdruk heeft een zekere ‘vluchtigheid’ van regels tot gevolg. Als gevolg van deze voortdurende wijzigingen neemt de waarde van eerder gevormde rechtspraak sterk af en zal de bestuursrechter zich in toenemende mate geconfronteerd zien met nieuwe rechtsvragen die een

¹¹ Zie hierover ook reeds T. Koopmans, ‘De polsstok van de rechter’, in: H.J.A.M. Van Geest e.a. (red), *Regel en praktijk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 101-112.

¹² Zie bijvoorbeeld R.A.J. van Gestel, The “deparliamentarisation” of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature, *Utrecht Law Review* (...).

voor de praktijk richtinggevende uitspraak behoeven. Het gevolg is niet alleen dat de rechter vaker voor nog onbeantwoorde rechtsvragen komt te staan, ik heb de indruk dat deze ontwikkelingen ook een verandering in zijn attitude tot gevolg hebben. De onzekerheid aan de zijde van bestuur en burgers over wat het geldend recht inhoudt, maakt dat de rechter zich in zijn functie-uitoefening juist meer bewust raakt van zijn taak de rechtspraktijk voldoende handvatten te geven.

Een andere belangrijke factor is gelegen in de invloed van het *Europese en internationale recht*. Door de groeiende verwevenheid van de nationale rechtsorde met die van de Europese Unie en met de internationale rechtsorde moet de nationale rechter steeds meer worden gezien als een co-actor in een complex patroon van rechtsvorming en rechtstoepassing. Een complex patroon, waarin de constitutionele inbedding van de rechterlijke functie via andere patronen verloopt dan in de nationale rechtsorde. In het kader van de internationalisering van onze samenleving en rechtsgemeenschap hebben wij nog geen goed alternatief voor democratische besluitvorming door nationale regering en parlement weten te vinden. Dat draagt ertoe bij dat bij de internationale verankering van de rechtsstaat sterker op de rechter wordt geleund dan op vertegenwoordigende lichamen.¹³ De toenemende invloed van het Europese recht op het recht van de nationale staten heeft zijn invloed gehad op de wijze waarop procedures voor nationale (bestuurs)rechters worden gevoerd. Steeds vaker zien we dat er door partijen een beroep op wordt gedaan. Daar komt echter nog een element bij. Door het ontbreken in het Nederlandse recht van de mogelijkheid voor de rechter om wetgeving in formele zin te toetsen aan de Grondwet (neergelegd in artikel 120 van de Grondwet) heeft de toetsing aan het Europese recht de Nederlandse rechter vertrouwd gemaakt met de gedachte dat hij een nationale rechtsbron, in het bijzonder een wet in formele zin, ter zijde kan schuiven wegens strijd met hoger recht. Belangrijk daarbij is – zo merken Van Gerven en Lierman treffend op¹⁴ – dat de Europese hoven

¹³ Vgl. M. Scheltema, 'Is de rechter niet democratischer dan wij denken?', in: J.W. Duyvendak e.a. (red.), *Macht en verantwoordelijkheid, Essays voor Kees Schuyt*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 329.

¹⁴ W. van Gerven en S. Lierman, *Algemeen deel* (veertig jaar later), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht I*, p. 231.

en gerechten makkelijk een beroep doen op algemene rechtsbeginselen, waardoor de toon nog meer wordt gezet voor een, nu ook door de nationale rechter overgenomen vrijere rechtsvinding.¹⁵ Dit is des te meer zo omdat de rechtspraak van het Hof van Justitie en die van het EHRM elkaar – zeker na de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – over en weer beïnvloeden, en elkaar in de ogen van de nationale rechter versterken.

Dit brengt mij bij een ander element: ook de *bestuursrechtspraak zelf* werkt mee aan de ‘verschuiving’ naar een meer autonome vorm van rechtsvinding. In de eerste plaats blijkt de hoogste algemene bestuursrechter, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zichzelf onder meer blijktens het jaarverslag nadrukkelijk een rol toe te bedelen waar het gaat om het bewaken van de rechtseenheid en het bevorderen van de rechtsontwikkeling op de terreinen waarop zij recht spreekt.¹⁶ Daarnaast worden de hoogste bestuursrechters door de per 1 januari 2013 inwerking getreden Wet aanpassing bestuursprocesrecht voorzien van instrumenten als de mogelijkheid van een conclusie door een advocaat-generaal en de vorming van een ‘grand chamber’. Dit instrumentarium accentueert het belang van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en het bewaken van de rechtseenheid door de hoogste bestuursrechters. Dat de rechtsvormende taak van de bestuursrechter meer zichtbaar is heeft mogelijk ook met een andere omstandigheid te maken. Een belangrijke tendens in de bestuursrechtspraak de laatste jaren is het streven naar meer finale geschillenbeslechting. De behoefte aan finaliteit leidt langzaam maar zeker tot een veranderende attitude van de bestuursrechter. Waar hij zich voorheen al snel beperkte tot een min of meer uitwendige beoordeling van het bestreden besluit, daar heeft hij thans veeleer de neiging door te pakken tot de materiële kern van het geschil. Die uitwendige beoordeling resulteerde over het algemeen in een vernietiging wegens strijd met het zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel. Aan een uitleg van de achterliggende materieelrechtelijke rechtsnorm kwam hij dan

¹⁵ Denk aan de rechtspraak inzake adequate rechtsbescherming en eerlijke procesvoering: de artikelen 6 en 13 EVRM waarnaar ook het Hof van Justitie pleegde te verwijzen.

¹⁶ Zie onder meer het Jaarverslag 2008, p. 49-52. Zie ook J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend karakter door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009.

niet toe. Dat lijkt nu te veranderen, waardoor de bestuursrechter zichzelf veel eerder in de positie weet, het bestaande materiële recht uit te leggen, te hervormen en waar nodig nieuw recht te creëren.

3. 'CONSEQUENCE-BASED' ARGUMENTEREN: WAT WORDT ER EIGENLIJK MEE BEDOELD?

Rechters, in het bijzonder de hoogste nationale rechters en internationale rechterlijke colleges nemen dus niet zelden beslissingen die verstrekkende maatschappelijke gevolgen hebben. Dit wil niet zeggen dat rechters zich ook altijd bewust zijn van de consequenties die hun rechterlijke beslissingen hebben. Mijn indruk is dat rechters over het algemeen niet zo veel weten van de mogelijke effecten en van de effectiviteit van hun beslissingen. In ieder geval lezen we er in de motivering van de uitspraak vaak niet veel over terug.

Aan welke gevolgen moeten we hier nu denken? Anders gezegd: laten we nu eerst eens helder krijgen wat we bedoelen als we spreken over consequence-based argumenten? Waar het gaat om de feitelijke grondslag van de rechterlijke beslissing, moet de rechter het nu vooral doen met hetgeen partijen hem aanreiken, in bepaalde zaken – in het bijzonder op het terrein van het omgevingsrecht is dit een veelgehanteerde praktijk – aangevuld met een bericht van een door de rechter geraadpleegde deskundige. In alle gevallen betreft het echter informatie die betrokken is op de feitelijke situatie in het individuele geval. Het gaat zo gezegd om het bepalen van de gevolgen op microniveau: wat is de te verwachten geluidsbelasting van de te vergunnen milieuvergunningplichtige inrichting op de omgeving of wat zijn de effecten van de met het bestemmingsplan beoogde woningbouw voor de luchtkwaliteit? Bij het formuleren van nieuw recht is echter ook andersoortige informatie van belang. Het gaat dan om wat in navolging van Monahan en Walker 'legislative facts' kunnen worden genoemd.¹⁷ Dit zijn argumenten die veeleer de gevolgen van de rechterlijke beslissing op macroniveau betreffen. Het gaat dan om vragen als hoe groot is het probleem waarvoor de rechter zich in dit concrete geval gesteld ziet; wat betekent deze rechterlijke beslissing voor andere,

¹⁷ J. Monahan & L. Walker, *Social Science in Law. Cases and Materials*, 6th ed., 2006.

enigszins vergelijkbare gevallen; wat voor effecten, waaronder mogelijke neveneffecten heeft deze beslissing op de rechtspraak?

Deze vragen brengen mij bij een nader onderscheid dat kan worden gemaakt binnen deze categorie van legislative facts. In de literatuur wordt wel gesproken van 'judicial' en 'behavioural consequences'.¹⁸ Met 'judicial consequences' wordt bedoeld dat de rechter zijn beslissing mede baseert op de overweging wat het voor andere, min of meer vergelijkbare gevallen betekent als dit concrete geval wel of niet onder de reikwijdte van een bepaalde regel wordt gebracht. Het is een type argument dat rechters in raadkamer nog al eens plegen te hanteren om collega's ervan te overtuigen dat in dit geval de voorhanden zijnde regel juist wel of niet moet worden toegepast. In de Engelstalige literatuur wordt wel gesproken van het 'where-will-it-all-end-argument'; als we dit toestaan, dan is het hek van de dam. We zien dit heel sterk in de rechtsvorming op het terrein van het bestuursprocesrecht waar in veel gevallen het zogenoemde floodgate-argument, zij het niet expliciet, een rol lijkt te spelen. Een aardig voorbeeld vormt de zogenaamde 1 oktober-jurisprudentie, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak enige grenzen stelt aan het beroepsrecht van belangenorganisaties met een zeer ruime statutaire doelstelling.¹⁹ Het is heel waarschijnlijk dat deze rechtspraak zich vooral laat verklaren uit de behoefte om de toegang tot de rechter, die na de afschaffing van de getrapte actio popularis in het omgevingsrecht was beperkt tot belanghebbenden, niet via de achterdeur van het collectieve actierecht van artikel 1:2, derde lid, Awb alsnog voor niet-belanghebbende individuen te openen. Er zijn vele andere gevallen te noemen waarin het floodgate-argument naar alle waarschijnlijkheid eveneens een belangrijke rol heeft gespeeld. In al die gevallen rijst echter wel de vraag hoeveel de rechter werkelijk bekend was over de omvang van het veronderstelde probleem en over de mogelijke gevolgen van zijn beslissing in relatie tot dat probleem.

Die vragen rijzen ook ten aanzien van de zogenoemde 'behavioural consequences'. Waar de 'judicial consequences' naar hun aard in het

¹⁸ Zie N. McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: Clarendon Press 2005, ch. 6.

¹⁹ ABRS 1 oktober 2008, AB 2008, 348 m.nt. F.C.M.A. Michiels; ABRS 1 oktober 2008, nr. 200707921/1 en ABRS 1 oktober 2008, nr. 200709094/1.

rechtssysteem zelf besloten liggen,²⁰ daar hebben de 'behavioural consequences' betrekking op het soort gedrag dat de rechterlijke beslissing zal aan- of ontmoedigen.²¹ Dit zijn het type gevolgen die naar hun aard juist buiten het rechtssysteem zelf zijn gelegen. Ze staan daarmee als het ware ook verder af van de specifieke deskundigheid van de rechter. Toch hebben rechterlijke beslissingen niet zelden grote gevolgen voor het functioneren van de rechtspraak. Als de Hoge Raad in het voorjaar van 2012 besluit om de werkgeversaansprakelijkheid uit te breiden tot hen – zoals zzp-ers – die buiten dienstbetrekking voor een opdrachtgever werkzaamheden verrichten in de uitoefening van hun beroep of bedrijf, heeft dat verder reikende gevolgen dan uitsluitend dit concrete geval. Het roept vragen op over de omvang van de aansprakelijkheid van opdrachtgevers en over de gevolgen die dit heeft voor de verzekeringspraktijk.²² Maar ook de bestuursrechter doet uitspraken die in meer of mindere mate 'behavioural consequences' met zich brengen.

4. MAATSCHAPPELIJKE EFFECTEN VAN BESTUURSRECHTELIJKE UITSPRAKEN: ENKELE VOORBEELDEN

Neem de uitspraak waarin de Afdeling had te oordelen over de vraag welke eisen dienen te worden gesteld aan de openbaarmaking van NEN-normen, waarachter een brede problematiek blijkt schuil te gaan.²³

De organisaties die dergelijke standaardisatienormen ontwikkelen gaan ervan uit dat het product dat zij leveren een vorm van zelfregulering door private partijen is en geen wetgeving vormt. Om die reden zijn zij er tot op heden in geslaagd de openbaarmakingsplichten te omzeilen. De Afdeling komt tot haar oordeel op basis van een analoge toepassing van de Bekendmakingswet. Maar bestond er voldoende zicht op de maatschappelijke context waarin zij de gerezen rechtsvraag had te beantwoorden? Van Gestel en Micklitz wijzen er op dat een beperking van de copyrights van standaardisatieorganisaties, de vraag doet rijzen

²⁰ Zie N. Luhmann, *Risk A Sociological Theory*, trans. Rhodes Barret (New Brunswick – London: Aldine Transactions 2005, p. 59.

²¹ Zie hierover N. McCormick, *On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin*, *New York University Law Review* 1983, p. 239.

²² HR 23 maart 2012, LJN: BV0616.

²³ ABRS 2 februari 2011, nr. 201002804/1/H1.

wie er dan gaat betalen voor deze standaarden?²⁴ Voor een groot deel zijn zij immers afhankelijk van de opbrengsten van deze copyrights. Een beperking van de copyrightbescherming zal, aldus genoemde auteurs, noodzakelijkerwijs leiden tot een sterkere financiële betrokkenheid van de overheid bij het werk van deze organen, als we dat werk van publiek belang achten. Tegelijkertijd kan de vraag worden gesteld of het werk van dit soort organisaties inderdaad van publiek belang is. Ook nu al bewegen zij zich als private partijen op de markt en rekenen zij hun eigen tarieven voor de door hen ontwikkelde standaarden. Maar zodra zij moeten worden beschouwd als private organisaties doet dat al snel allerhande mededingingsrechtelijke vragen rijzen.²⁵ Bovendien ontstaan in het verlengde daarvan vragen omtrent aansprakelijkheden van de organisaties voor gebrekkige standaarden en van de private partijen – bedrijven en NGO's – die deze organisaties behulpzaam zijn bij het ontwikkelen ervan. Of de Afdeling zich dit heeft gerealiseerd is maar de vraag. Dat het echter wezenlijk problematiek betreft vindt bevestiging in de omstandigheid dat nagenoeg dezelfde rechtsvraag bijna gelijktijdig speelde bij de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de Europese Unie en dat soortgelijke zaken hebben gespeeld bij het Duitse Bundesverfassungsgericht en bij de US Court of Appeals of the fifth circuit. Opvallend is overigens dat naar deze uitspraken niet wordt verwezen.

Interessant is ook de uitspraak van de ABRS over de toelaatbaarheid van een blowverbod in de Algemeen Plaatselijke Verordening.²⁶

Amsterdam voert in 2005 als eerste gemeente in Nederland een zogenaamd blowverbod in de APV in. Het moet de remedie zijn tegen softdrugs gerelateerde overlast veroorzaakt door blowende jongeren. In de APV werd de burgemeester de bevoegdheid gegeven om gebieden aan te wijzen waar niet in het openbaar mag worden gebloed. Enkele

²⁴ R. Van Gestel en H. Micklitz, European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies, *Common Market Law Review*, Vol. 50, No. 1, february 2013, p. 145-182.

²⁵ Zij wijzen in dit verband op European Commission, Guidelines on the applicability of Art. 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union on horizontal co-operation agreements, O.J. 2011, C11/1, in het bijzonder par. 7.

²⁶ ABRS 13 juli 2011, AB 2011/250 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

maanden later werden de eerste blowverbodsborden geïntroduceerd op het Mercatorplein in het Amsterdamse stadsdeel de Baarsjes. De uitoefening van de bevoegdheid tot het aanwijzen van gebieden waar een blowverbod heeft te gelden leidde op 13 juli 2011 tot een geruchtmakende uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak. De Afdeling komt in haar uitspraak tot het oordeel dat deze handelingen reeds verboden zijn op grond van artikel 3 aanhef en onder C Opiumwet, en strafbaar gesteld op grond van artikel 11 lid 1 Opiumwet. Voor gemeentelijke verbodsen strafbepalingen die deze voorschriften op de Opiumwet dupliceren bestaat, ongeacht het motief dat daaraan ten grondslag ligt, naar het oordeel van de Afdeling geen ruimte. Dat achter deze rechtsvraag een brede bestuursrechtelijke en strafrechtelijke problematiek schuilgaat, blijkt uit de reacties die deze uitspraak in de literatuur heeft teweeg gebracht. Zo zou de ongewenste situatie ontstaan dat gemeenten nauwelijks in staat zijn op te treden tegen uitwassen van het drugsbeleid, hoewel die uitwassen binnen de grenzen van het gedoogbeleid kunnen vallen.²⁷ De Aanwijzing Opiumwet van het Openbaar Ministerie komt er kortgezegd op neer dat het verbod van de Opiumwet om softdrugs voorhanden te hebben, niet wordt gehandhaafd. Ten aanzien van het voorhanden hebben – als dat de hoeveelheid van 5 gram niet te boven gaat – en het gebruik ervan wordt derhalve politiesepot toegepast. Het gevolg is dus curieus, zoals Broeksteeg aangeeft: “(...) gemeenten die nu tegen de uitwassen van het gedoogbeleid aanlopen, kunnen het gebruik van softdrugs niet verbieden, omdat zulks formeel al is verboden, terwijl het gebruik daarvan materieel is gedoogd”. Andersom lijkt de Afdeling te suggereren dat gemeenten altijd nog het middel van artikel 172, lid 2 en 3 Gemeentewet tot hun beschikking hebben. Dit middel blijkt in de praktijk in die zin beperkt dat een ‘ordeverstoring’ als bedoeld in genoemde bepalingen, niet snel wordt aangenomen. In ieder geval niet als het gaat om enkele jongeren die op een bankje een joint roken. Bovendien vergt dit middel veel meer bureaucratie – het noodzakelijkerwijs opbouwen van een (bij voorkeur: individueel) dossier bijvoorbeeld – en vormt een zwaarder middel dan het (tijdelijk) blowverbod. De vraag rijst of de Afdeling de consequenties van haar beslissing voor de uitvoeringspraktijk ten volle heeft overzien toen zij op 11 juli 2011 uitspraak deed.

²⁷ Zie in die zin H. Broeksteeg in zijn noot onder deze uitspraak in JB 2011/190.

Een derde en laatste voorbeeld vormt de uitspraak van de Afdeling van 31 maart 2010 inzake de ammoniakdepositie op Natura 2000-gebied door de intensieve veehouderij.²⁸

Ingevolge artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn (HRL) wordt voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Deze bepaling van de Habitatrictlijn is geïmplementeerd door middel van een vergunningplicht in de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998). De Nbw 1998 voorziet echter in een uitzondering op deze voorafgaande beoordeling van de gevolgen van een project voor een Natura 2000-gebied als voor dat project voor afloop van de omzettingstermijn van de HRL, te weten op 10 juni 1994, toestemming is verleend. In het onderhavige geval is op 18 februari 2008 vergunning verleend door het college van gedeputeerde staten (het college) van Noord-Brabant ingevolge artikel 19d Nbw 1998 voor een bestaand vleesvarkensbedrijf. De Afdeling ziet zich voor de vraag gesteld of in dit geval sprake is van een voortzetting van bestaand gebruik en kiest daarvoor een uitleg die zij ook in navolgende uitspraken volgt. De Afdeling overweegt dat aan het bedrijf op 28 april 1998 een vergunning is verleend op grond van de Wet milieubeheer voor in totaal 1600 vleesvarkens en een ammoniakdepositie van in totaal 4800 kg NH₃ per jaar. Hieruit volgt naar het oordeel van de Afdeling dat de vergunningaanvraag in het kader van de Nbw voor een ammoniakdepositie van 4800 kg NH₃ per jaar overeenkomt met de eerder krachtens de Wet milieubeheer vergunde andere handeling. Onder bestaand gebruik moet derhalve worden verstaan hetgeen krachtens de Wet milieubeheer is vergund. Ervan uitgaande dat iedere veehouder ook altijd de hem maximaal toegestane veestapel exploiteert, is dat een begrijpelijke benadering. Nu blijkt echter in het kader van de Programmatische Aanpak Stikstof dat veel veehouders de hen vergunde maximale omvang van de veestapel niet hebben benut en dat 42 tot 51% van de vergunde stikstofdepositie

²⁸ ABRS 31 maart 2010, nr. 200903784/1/R2.

niet is gebruikt. Dat lijkt goed nieuws, maar dat is het niet. In de Programmatistische Aanpak Stikstof werken verschillende overheden samen om de *feitelijke* stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden terug te dringen. Deze operatie lijkt echter aardig in de wielen te worden gereden door de omstandigheid dat de nulmeting van de feitelijke depositie in zeker opzicht uitgaat van een schijnwerkelijkheid. De vraag is natuurlijk of de Afdeling een andere keuze had gemaakt als zij beter zicht had gehad op de maatschappelijke context en de achterliggende belangen.

Meer aandacht voor de rechtsvormende taak van de rechter lijkt derhalve een grotere behoefte aan informatie met zich te brengen over de gevolgen die de te nemen rechterlijke beslissing heeft op macroniveau. Tegelijkertijd vergt dat nogal wat van de rechter in termen van tijd, capaciteit en expertise. Ik kom daarop nog terug. Maar zelfs als de rechter wél over de benodigde informatie zou beschikken en ook de bereidheid toont deze in zijn oordeelsvorming te betrekken, rijst de prealabele vraag of het hem eigenlijk wel is toegestaan om het recht te vinden in gedeeltelijk buiten het recht gelegen argumenten.

5. CONSEQUENCE-BASED ARGUMENTEREN EN DE RECHTERLIJKE GEBONDENHEID AAN HET RECHT

Dit brengt mij bij de wezenlijke vraag hoe zich een oriëntatie op de consequenties van de uitspraak op macroniveau verhoudt tot het uitgangspunt dat de rechter in zijn functie-uitoefening gebonden is aan het recht. Het is op dit punt dat Ronald Dworkin fundamentele kritiek heeft geuit op het concept van ‘consequence-based lawmaking’, dat in het bijzonder in de agloamerikaanse literatuur reeds een lange traditie kent.²⁹ Het denken van Dworkin wordt in sterke mate bepaald door het principiële onderscheid tussen wat hij noemt ‘principle-arguments’ en ‘policy-arguments’. Een rechter, ook als hij zich geplaagd ziet voor wat Dworkin noemt ‘hard cases’, dient zijn oordeel uitsluitend te baseren op ‘principle-arguments’. Policy-arguments, overwegingen van algemeen belang met betrekking tot wat het *common good* zou vereisen mogen door

²⁹ Zie R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, p. 94-100.

de rechter in een belangenafweging in principe niet worden meegenomen, wanneer er een right door in het gedrang komt. Rechten kunnen derhalve wel uit beginselen worden afgeleid, maar niet uit policy-arguments. Bij het vinden van het recht is de rechter volgens Dworkin te allen tijde aan het recht gebonden. Het recht dus al perpetuum mobile. Daarmee ontkent hij echter dat de rechter ook zelf nieuw recht creëert; de rechter heeft zogezegd geen 'discretion'. Op dit punt bestaat er een duidelijk verschil tussen de opvattingen van Dworkin en Hart. Hoezeer ik ook bewondering heb voor het werk van Dworkin; ik kan er op dit punt niet zo goed mee uit de voeten.

Principle and policy arguments: een scherp onderscheid?

Wanneer wij nu de rechtsvinding door de rechter op het terrein van het bestuursrecht bezien, dan rijst allereerst de vraag of altijd wel zo'n scherp onderscheid tussen 'principle-arguments' en 'policy-arguments' kan worden gemaakt. Als de van toepassing zijnde wet- en regelgeving niet onmiddellijk een antwoord geeft op de voorliggende rechtsvraag, is er dan altijd een rechtsbeginsel voorhanden aan de hand waarvan de rechter tot zijn beslissing kan komen? Misschien wreekt zich hier de omstandigheid dat het werk van Dworkin in sterke mate lijkt te zijn geïnspireerd op het door fundamentele waarden en rechtsbeginselen gedomineerde constitutionele recht, meer in het bijzonder op de grondwettigheidstoetsing door de Supreme Court in de Verenigde Staten. Maar neem nu een bestuursrechtelijke zaak als die waarin de Afdeling werd geroepen te oordelen over de belanghebbendheid van de Stichting Openbare Ruimte.³⁰ De richtinggevende uitspraak die de Afdeling in die zaak doet ten aanzien van belangenorganisaties met een ruime statutaire doelstelling kan maar moeilijk worden gefundeerd in een rechtsbeginsel. Veeleer zijn het 'policy-overwegingen' die de richting van de uitspraak lijken te bepalen.

In andere gevallen zien we dat een uitspraak weliswaar wordt gesteund op een rechtsbeginsel, maar dat de aanname van dit beginsel of de reikwijdte ervan juist in belangrijke mate lijkt te worden bepaald door andersoortige – lees: policy – overwegingen. Neem de uitspraak Van Vlodrop, waarin de Afdeling haar visie ontvouwt op de figuur van het

³⁰ ABRS 1 oktober 2008, AB 2008, 348 m.nt. F.C.M.A. Michiels; ABRS 1 oktober 2008, nr. 200707921/1 en ABRS 1 oktober 2008, nr. 200709094/1.

zelfstandig appellabel schadebesluit.³¹ Voor lag de vraag of en zo ja, onder welke omstandigheden de beslissing van het bestuursorgaan over een schadeclaim die betrekking heeft op een door de bestuursrechter onrechtmatig geoordeeld en daarom vernietigd besluit, als een appellabel besluit kan worden aangemerkt. De Afdeling baseert haar uitspraak op het beginsel 'volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt gehouden is die aan de benadeelde te vergoeden'. De vraag is of hier niet wat te geforceerd een rechtsbeginsel wordt gevonden en of de aanname, maar toch zeker de reikwijdte ervan niet in hoge mate wordt bepaald door andersoortige argumenten. Ik doel dan vooral op het rechtssystematische argument en het daarmee nauw verwante proceseconomische argument van een voor de rechtspraktijk werkbare bevoegdheidsverdeling. Een ander voorbeeld vormt de zogenoemde Brummenuitspraak.³² Kern van deze beslissing is dat beroepsgronden die door de bestuursrechter in eerste aanleg uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn verworpen – terwijl het besluit op andere gronden is vernietigd – in een toekomstige beroepsprocedure niet meer opnieuw door de rechter worden beoordeeld. De Afdeling fundeert haar uitspraak in belangrijke mate op het beginsel van het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraak. De Afdeling komt met deze uitspraak terug van haar eerdere uitspraak in de zaak *Amicitia*. Niet omdat zij eerst nu het beginsel van gezag van gewijsde ontdekt, maar hoogstwaarschijnlijk omdat zij zich bij het bepalen van de reikwijdte van dat beginsel ten tijde van de Brummenuitspraak in sterkere mate heeft laten leiden door het proceseconomisch argument van het verantwoord en efficiënt procederen, dan toen zij uitspraak deed in de zaak *Amicitia*. Met andere woorden: als er al een rechtsbeginsel voorhanden is, dan lijkt de aanname en de inkleuring daarvan in bepaalde gevallen juist mede afhankelijk te zijn van policy-arguments. In die zin moeten we misschien ook MacCormick begrijpen als hij zegt dat 'principle-arguments' en 'policy-arguments' geen tegenovergestelde grootheden vormen, maar juist op elkaar betrokken zijn: "The spheres of principle and of policy are not distinct and mutually opposed, but irretrievably interlocking (...). To articulate the desirability of some general policy-goal is to state a principle. To state a

³¹ ABRS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. P.J.J. van Buuren.

³² ABRS 6 augustus 2003, AB 2003/355 m.nt. R. Widdershoven en P. Willemsen.

principle is to frame a possible policy-goal".³³

Het bestuursrecht als een systeem van subjectieve rechten?

Dit brengt mij bij een ander element dat mij voor wat betreft het bestuursrecht doet aarzelen over de houdbaarheid van Dworkin's kritiek op het concept van consequence-based lawmaking door de rechter. Overwegingen van algemeen belang mogen naar zijn oordeel in principe niet door de rechter in een belangafweging worden betrokken, indien er een subjectief recht door in het gedrang komt. In de 'rights thesis' van Dworkin is het recht te begrijpen als een systeem van subjectieve rechten dat met behulp van rechterlijke beslissingen tot een beslechting van het geschil ten gunste van de ene of de andere partij leidt. Deze benadering is in sterke mate georiënteerd op wat we zouden kunnen noemen een symmetrische rechtsverhouding. Daarin correspondeert het recht van de een rechtstreeks met een verplichting van de ander. In het Nederlandse bestuursrecht lijkt de rechtsverhouding tussen burger en bestuur echter veeleer een asymmetrisch karakter te hebben. Hier openbaart zich een verschil met het privaatrecht – een ander terrein waarop het werk van Dworkin is geïnspireerd – waarvan de oorzaak met name is gelegen in de dominantie van het legaliteitsbeginsel. Dit legaliteitsbeginsel verlangt dat het overheidsoptreden op een wettelijke grondslag berust. Het heeft onder meer tot gevolg dat de aard van het regelsysteem in het bestuursrecht een andere is dan in het privaatrecht. Dit vindt zijn grondslag in de gebondenheid van het bestuur aan het recht, die een principiële andere is dan voor de burger: de burger is vrij zijn doelen en middelen te kiezen, voor zover het recht hem dit niet verbiedt, het bestuur is onvrij, tenzij door het recht bevoegd verklaard. Centraal staat in het bestuursrecht daardoor enerzijds het toekennen van bevoegdheden aan het bestuur om in het kader van de behartiging van het algemeen belang besluiten te nemen en anderzijds het stellen van rechtsregels die de uitoefening van deze bevoegdheden normeren. Het materiële bestuursrecht lijkt als gevolg hiervan niet te kunnen worden ontrafeld als een geheel van subjectieve rechten. Het kent immers vooral abstracte, tot het bestuur gerichte rechtsplichten, die niet op onmiddellijke wijze voor de burger subjectieve rechten creëren. Nu kan men in het bestuursrecht onder omstandigheden

³³ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, p. 263 e.v.

wel spreken van ‘aanspraken’ of ‘rechten’, maar het is verwarrend deze op een lijn te stellen met de uit het privaatrecht voortvloeiende subjectieve rechten. Afgezien van bijvoorbeeld klassieke grondrechten, gaat het in het bestuursrecht vooral om secundaire rechten die uiteindelijk eerst door het te nemen besluit worden verzilverd in een subjectief recht.

Een en ander leidt ertoe dat zich de door Dworkin gesignaleerde spanning tussen individuele rechten enerzijds en overwegingen van algemeen belang anderzijds, in het proces van rechtsvorming door de bestuursrechter veel minder sterk lijkt te doen gevoelen dan bijvoorbeeld op het terrein van het burgerlijk recht. Dworkin lijkt dat zelf ook te onderkennen, waar hij schrijft: *“This is a appropriate point to notice a certain limitation of the rights thesis. It holds in standard civil cases, when the ruling assumption is that one of the parties has a right to win; but it holds only asymmetrically when that assumption cannot be made”*.³⁴

We kunnen naar mijn mening moeilijk volhouden dat de rechter zich in zijn oordeelsvorming altijd volledig kan baseren op regels, beginselen of precedentes. De verhullende wijze waarop rechters hun uitspraken veelal motiveren doet dat wellicht wel vermoeden, maar we kunnen eenvoudigweg niet ontkennen dat policy-argumenten in zijn oordeelsvorming impliciet een rol spelen. Ook aan de rechterlijke keuze ligt een afweging van verschillende alternatieve belangen en waarden ten grondslag. De vraag is voor mij dan ook niet zozeer of de rechter dat mag doen – het is min of meer een fact of life. De vraag is veeleer hoe we ervoor kunnen zorgen dat dit op transparanter en beter onderbouwde wijze gebeurt. De behoefte aan enigermate van objectivering van zijn overwegingen die inzichtelijk en daarmee controleerbaar maakt dat de rechter zijn oordeel doet steunen op die overwegingen en waardeoordelen waaromtrent een bepaalde mate van maatschappelijke consensus bestaat.³⁵ Daarvoor is het allereerst van belang te bezien welke belemmeringen de rechter daartoe thans op zijn weg vindt.

³⁴ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, p. 100.

³⁵ W. Van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij & N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink, derde druk, 1973, p. 167.

6. DE GERICHTHEID OP HET RECHTSSYSTEEM: DE TOEKOMST MET DE RUG TEGEMOET

Dit laatste brengt mij op een belangrijk punt in de methode van rechterlijke rechtsvorming: de gerichtheid op het systematisch samenhangende geheel van rechtsregels. De rechter, in het bijzonder de bestuursrechter, is voor de beslechting van het aan hem voorgelegde geschil altijd op zoek naar een eerder geformuleerde algemene regel waarbij hij in zijn oordeel meer of minder direct kan aansluiten. Hoe begrijpelijk ook, het leidt er wel toe dat rechter de toekomst als het ware met de rug tegemoet treedt. Vranken spreekt in dit verband – een andere beeldspraak gebruikend – van een rechter die moet springen met lemen voeten: een geschil of probleem dat zich aandient mag hij niet vrijelijk, met open blik tegemoet treden; hij dient het te kwalificeren in termen van het bestaande juridisch systeem.³⁶ Dat systeem biedt wel degelijk enige ruimte voor creativiteit en vernieuwing, maar de elasticiteit is in zekere zin toch ook beperkt.

Verschillende voorbeelden zijn te noemen van deze gerichtheid op het rechtssysteem. Ik wijs op de hiervoor genoemde zaak over de bekendmaking van NEN-normen.³⁷ De beantwoording van de vraag of en zo ja, op welke wijze deze normen voor het publiek toegankelijk dienen te zijn, heeft, zoals gezegd, potentieel verstrekkende gevolgen voor de praktijk van de standaardisatieorganisaties. De benadering van deze problematiek geschiedt echter niet met een geheel open blik, maar vanuit het systeem van de Bekendmakingswet. Ook wanneer wordt geconstateerd dat genoemde wet niet ziet op de in geding zijnde NEN-normen, omdat zij geen algemeen verbindende voorschriften betreffen, blijft de systematiek van de Bekendmakingswet in zekere zin leidend. De regel die de Afdeling vervolgens geeft omtrent de wijze waarop deze NEN-normen voor het publiek toegankelijk dienen te zijn, construeert zij toch weer vanuit het vertrouwde systeem en wel door een analoge toepassing van de verplichting die de Bekendmakingswet oplegt om een bijlage bij een algemeen verbindend voorschrift onder omstandigheden door terinzagelegging bekend te maken.

³⁶ J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 19.

³⁷ ABRS 2 februari 2011, nr. 201002804/1/H1.

De omstandigheid dat de rechter van nature geneigd is om bij de oplossing van het geschil op zoek te gaan naar een gegeven rechtsregel die inpasbaar is in het bestaande juridische systeem, maakt dat hij de toekomst als het ware telkens met de rug tegemoet treedt. De gerichtheid op de gegeven rechtsregels en het bestaande systeem leidt er immers toe dat de rechtsvinding – in termen van Vranken – als het ware wordt ‘gehistoriseerd’;³⁸ pas als de rechter zich volledig heeft gericht op de feiten en de normen uit het verleden, mag hij van daaruit de sprong maken naar het heden en wanneer zijn beslissing precedentwaarde krijgt: tevens naar de toekomst.³⁹ Dit leidt ertoe dat er een natuurlijke spanning bestaat tussen de intuïtief door de rechter gevolgde argumentatiewijze en een benadering waarbij de rechter zich rekenschap geeft van de consequenties van zijn uitspraak op macroniveau. Een spanning die is te karakteriseren als een spanning tussen een meer backward-looking en een meer forward-looking vorm van rechtsvinding.

7. PRAKTISCHE EN PROCESRECHTELIJKE BELEMMERINGEN

Ik keer terug naar de vraagstelling waarmee ik mijn verhaal begon: als we erkennen dat de rechter – en dat geldt ook voor de bestuursrechter – tegenwoordig meer doet dan uitsluitend het recht toepassen, dat hij ook daadwerkelijk nieuw recht creëert, dan roept dat de vraag op of de inrichting van de rechterlijke procedure in voldoende mate is toegesneden op het geven van rechterlijke beslissingen waarvan de waarde uitstijgt boven het individuele geval. Terwijl van wetgever en bestuur wordt verlangd dat zij verantwoording afleggen over de te verwachten gevolgen op macroniveau van hun beslissingen – denk aan de regulatory impact assessments – wordt van de rechter nauwelijks verlangd dat hij zich oriënteert op de gevolgen van zijn beslissingen, ook niet wanneer deze gevolgen verder reiken dan het te beslechten geschil. Hoewel het, zoals ik hiervoor heb proberen aan te geven, theoretisch denkbaar is dat de rechter zich meer systematisch oriënteert op dergelijk gevolgen van zijn beslissingen, stuit hij hierbij op vooral praktische en procesrechtelijke belemmeringen. De

³⁸ Zie J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 18-19.

³⁹ Of onder verwijzing naar D.N. MacCormick and R.S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A comparative Study*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company 1997, p. 1: “Applying the past to solve problems of present and future”.

factor tijd speelt een belangrijke rol; een rechterlijke beslissing kan veelal niet wachten totdat elk van de denkbare beslissingen op zijn gevolgen is doorgerekend. Bovendien is de informatie vaak te gering en de expertise die de rechter voorhanden heeft om die gevolgen te kunnen bepalen, veelal te beperkt. Meer in het algemeen geldt dat het procesrecht zo is ingericht dat slechts de bij het voorliggende geschil betrokken partijen, een inbreng in de procedure hebben.

7.1 De casusgerichtheid van de rechterlijke rechtsvorming

We stuiten bij het doorgronden van de belemmeringen voor meer systematische aandacht voor de macrogevolgen van rechterlijke uitspraken in de eerste plaats op een belangrijke karakteristiek van de rechterlijke rechtsvorming: de casusgerichtheid. De jurist in het algemeen, maar de rechter in het bijzonder streeft naar oplossingen die in het individuele geval het meest rechtvaardig zijn.⁴⁰ Dit tekent het proces van rechterlijke rechtsvinding. Dat proces, zo schreef Scholten ooit, verloopt veeleer inductief dan deductief, in die zin dat de rechter bij het zoeken naar de rechtsregel tot oplossing van het conflict, uitgaat van de concrete omstandigheden die hij alzijdig doorgrondt en van waaruit een inzicht ontstaat aangaande wat billijk is in het concrete geval.⁴¹ Rechterlijke rechtsvinding vertrekt met andere woorden niet vanuit de regel, maar vanuit de feiten; eerst in de gekozen beslissing ligt de regel besloten.⁴² Dat is een beeld dat ook voor de bestuursrechtspraak herkenbaar is.

Het beeld van de casusgerichtheid lijkt in het bestuursrecht enigszins te worden versterkt door de positie die de hoogste bestuursrechters in ons constitutionele bestel innemen. De hoogste bestuursrechters – de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (ik laat de belastingkamer van de Hoge Raad even buiten beschouwing) – nemen een principiële andere positie in ons rechtsbestel in dan de Hoge Raad. Zo spreken ze geen recht in derde instantie, maar in hoger beroep en in een niet gering aantal zaken zelfs in eerste en enige aanleg. Daar komt bij dat

⁴⁰ Zie J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 12.

⁴¹ P. Scholten, Algemeen deel, 2^e druk 1934, p. 11.

⁴² Vgl. ook W. van Gerven en S. Lierman, Algemeen deel (veertig jaar later), Beginselen van Belgisch Privaatrecht I, p. 263.

zij geen cassatierechter zijn, maar zich ook en vooral dienen uit te laten over vragen van feitelijke aard. Hierdoor ligt de voor de rechtsontwikkeling van belang zijnde rechtsvraag bij de hoogste bestuursrechters veelal in minder zuivere vorm ter tafel dan in het beroep in cassatie. Maar ook geldt dat de werkwijze daardoor in sterke mate is toegesneden op een snelle en finale afdoening van zaken. Dat heeft naar mijn mening tot gevolg dat de rechtsontwikkeling toch primair als een bijproduct wordt gezien van de primaire opdracht om geschillen snel en definitief te beslechten en veel minder als een zelfstandige hoofdfunctie. Het valt te bezien of en in hoeverre de per 1 januari 2013 met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht geïntroduceerde instrumenten van de grote kamer en de conclusie door een 'advocaat-generaal', als een hefboom kunnen fungeren om dat 'andere denken' – dat ik zou willen duiden als 'van uitsluitend zaaksgericht, naar meer rechtsvraag gestuurd' - institutioneel te verankeren.

De zaaksgerichte werkwijze en de mede daarmee verband houdende casusgerichtheid van de argumentatiewijze heeft gevolgen voor het vraagstuk dat ik hier bespreek. Zoals Vranken terecht opmerkt is het gevolg hiervan dat een bepaald soort argumenten niet of nauwelijks aan bod komt. Dat zijn de argumenten die het individuele geval overstijgen of in een breder verband plaatsen, de argumenten dus die ik hiervoor heb aangeduid als de 'consequence-based' argumenten.⁴³

7.2 Over de factor tijd en het gebrek aan andersoortige dan juridische kennis

Een zwaarder accent op de rechtsvormende taak van de bestuursrechter veronderstelt dat rekening wordt gehouden met de gevolgen die reiken voorbij juridisch-disciplinaire grenzen. En daar zit tegelijkertijd ook een praktisch probleem: het ontbreekt de rechter veelal aan die andersoortige expertise en veelal ontbreekt de tijd om die kennis op andere wijze te organiseren.

Het proces van consequence-based lawmaking – dat geldt op het niveau van de wetgever, maar ook voor de rechter – voltrekt zich idealiter als

⁴³ J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 12.

een drietrapsraket.⁴⁴ De eerste stap – de identificatie – bestaat er uit inzicht te krijgen in welke gevolgen of effecten van de rechterlijke beslissing überhaupt van belang zijn. Sommige effecten zijn gemakkelijk voorzienbaar, andere zijn echter naar hun aard lastig te operationaliseren. Dat laatste geldt bijvoorbeeld voor de mate waarin een beslissing van invloed is op bepaalde niet materiële waarden, zoals vertrouwen en rechtszekerheid. Vervolgens – het registreren – dient te worden vastgesteld wat de impact van de beslissing (en alternatieve beslissingen) is in termen van de geïdentificeerde gevolgen of effecten. Op dit punt ontbreekt het de rechter veelal aan gedegen informatie. De vreemdelingenkamer van de Afdeling bestuursrechtspraak erkende dat nog niet zo lang geleden expliciet door te overwegen dat de rechter bij een rechtsvormende uitspraak ‘in zoverre beperkt is dat hij zijn oordeel (...) dient te geven aan de hand van de feitelijke en juridische argumenten die door de partijen zijn aangedragen’.⁴⁵ De derde stap – de evaluatie – veronderstelt een vergelijking van alternatieven, resulterend in de keuze voor een bepaalde beslissing. In gevallen waarin de consequenties niet eendimensionaal zijn veronderstelt dat een afweging van ongelijksoortige belangen. Zeker in die gevallen roept dit lastige methodologische vragen op.

Het gebrek aan tijd en aan andersoortige dan juridische kennis leidt ertoe dat de rechter zijn rechtsvormende beslissingen thans veelal noodgedwongen baseert op heuristieken, dat wil zeggen: informele, intuïtieve en speculatieve oplossingsstrategieën. De hier beschreven belemmeringen betekenen echter nog niet dat de rechter een meer consequence-based oriëntatie maar beter achterwege kan laten; wel betekent het dat we ons moeten realiseren dat het gaat om wat wel wordt genoemd ‘an exercise in optimisation under uncertainty’.⁴⁶

⁴⁴ Zie ook P. Cserne, Policy arguments before courts: identifying and evaluating consequence-based judicial reasoning, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1625887, p. 26-28.

⁴⁵ ABRS 4 oktober 2011, nr. 201102753/1/V3.

⁴⁶ Aldus P. Cserne, Policy arguments before courts: identifying and evaluating consequence-based judicial reasoning, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1625887.

8. MEER ZICHT OP DE MAATSCHAPPELIJKE CONSEQUENTIES VAN DE RECHTERLIJKE RECHTSVORMING

Zonder de pretentie van volledigheid en zonder ze thans volledig op hun effectiviteit te kunnen toetsen, zou ik op deze plaats willen proberen een aantal scenario's te schetsen die aan een versterking van de consequence-based oriëntatie in de rechterlijke rechtsvorming zouden kunnen bijdragen. Ze verdienen het na vandaag aan nader onderzoek te worden onderworpen.

8.1 Ex ante evaluatie door de rechter: leren van de wetgever?

De vraag in hoeverre vooruitzien mogelijk is doet zich op het niveau van de wetgever reeds lange tijd voor. In de wetgevingsleer bestaat er dan ook reeds lange tijd aandacht voor de vraag in hoeverre door middel van ex ante evaluatie kan worden geanticipeerd op de effecten van voorgenomen regelgeving. In hoeverre kan de rechtspraak hiervan leren?

Ex ante evaluatie van wetgeving houdt in dat het geheel van aannames en veronderstellingen met betrekking tot de beoogde effecten van de wettelijke regeling worden geëxpliciteerd. Vervolgens worden deze gegoten in de vorm van hypothesen die met behulp van beschikbare wetenschappelijke kennis worden getoetst. Zoals Van Gestel aangeeft kan daarmee misschien nog steeds niet met grote zekerheid worden voorspeld of een wettelijke regel in de praktijk *wel* zal werken, de benadering kan echter wel waardevolle inzichten opleveren met betrekking tot de vraag of er aanwijzingen zijn dat wetgeving *niet* zal werken als beoogd.⁴⁷ Met de ex ante evaluatie wordt aldus getracht meer inzicht te geven in de wetenschappelijke houdbaarheid van de feitelijke grondslag waarop de ontwerpregelgeving is gebaseerd. Tegelijkertijd stelt de ex ante evaluatie de wetgevingspraktijk voor serieuze methodologische problemen.⁴⁸ Zo is er nog geen gedeeld referentiekader ten aanzien van de vraag hoe ex ante evaluatie idealiter moet worden vormgegeven en geldt meer in het algemeen dat nog nauwelijks methoden ontwikkeld zijn om allerlei

⁴⁷ R.A.J. Van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien* (oratie UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld: F. Leeuw, *Reconstructing Program Theories: Methods Available and Problems to be Solved*, *American Journal of Evaluation*, Vol. 24, No. 1, 2003, p. 5-20.

verschillende, economische, sociale, ecologische, politieke en andere belangen tegen elkaar af te wegen. In de wetgevingsleer bestaat er voornamelijk geen pasklaar antwoord op de vraag in hoeverre en op welke wijze alle methodologische problemen die kleven aan ex ante evaluatie overwonnen kunnen worden. Waar dat geldt voor de ex ante evaluatie aan de zijde van de wetgever, moet dat wel haast a fortiori gelden voor ex ante evaluatie door de rechter. Op het eerste gezicht lijkt de wetgever immers in termen van tijd en expertise, voor een ex ante evaluatie veel beter geëquipeerd dan de rechter.

Tegelijkertijd heeft echter te gelden dat de vraagstukken waarvoor de rechter zich in zijn rechtsvormende beslissingen geplaatst ziet naar hun aard van een wat andere orde zijn dat die waarmee de wetgever in het traject van totstandkoming van nieuwe wet- en regelgeving wordt geconfronteerd. De methodologische problemen zijn daardoor wellicht groter in het proces van het ontwerpen van regelgeving ex ante, dan in het stap-voor-stap daarop aanbrengen van correcties door de rechter ex post. Dit karakteriseert tegelijkertijd ook het *janushoofd* van de rechterlijke rechtsvorming: het gaat weliswaar om vooruitkijken, maar gedeeltelijk geschiedt dit door om te zien. Dit brengt de rechter in een iets ander positie dan de wetgever. De rechter wordt immers eerst tot een rechtsvormende beslissing geroepen, wanneer zich een zaak aandient die als het ware a-typisch is. Dat wil zeggen: wanneer zich een zaak voordoet die naar alle waarschijnlijkheid eerder juist het voorstellingsvermogen van de wetgevingsjuristen te buiten ging. De rechter is hierdoor, en gecombineerd met zijn rijke kennis van verschillende, denkbare casusposities in staat om de soms expliciete, soms impliciete beleidstheorie die ten grondslag ligt aan de in concreto uit te leggen wettelijke regel, als het ware ex post te beoordelen en op basis daarvan een uitspraak te doen die ook voor toekomstige gevallen gelding heeft. Laat ik dit proberen duidelijk te maken aan de hand van het voorbeeld van de Wet kosten bestuurlijke voorprocedure.⁴⁹

⁴⁹ Ik ontleen dit voorbeeld aan R.A.J. Van Gestel en J.B.M. Vranken, *Kwaliteit van de beleidsanalytische wetgevingsadviezen van de Raad van State, getoetst aan de hand van ex post evaluaties*. Een pilotstudie, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008.

De Wet kosten bestuurlijke voorprocedures is inwerking getreden op 12 maart 2002 en voorzag in een regeling voor de vergoeding van de in bezwaar of administratief beroep gemaakte kosten. De regering heeft met deze regeling meerdere doelen voor ogen: 1) het tegengaan van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid door het uiteenlopen van de bestuursrechtelijke en civielrechtelijke jurisprudentie, 2) het voorkomen van juridisering doordat afbreuk wordt gedaan aan het karakter van de voorprocedure als verlengde besluitvorming en 3) risicoaansprakelijkheid zou tot een aanzienlijke toename van kosten van bestuursorganen leiden. Om deze redenen was in het aanvankelijke wetsvoorstel bepaald dat een vergoeding van in bezwaar of administratief beroep gemaakte kosten slechts is aangewezen, indien aan het bestreden besluit niet alleen een juridisch gebrek kleeft, maar het bestuursorgaan bovendien 'ernstige onzorgvuldigheid' kan worden verweten. Dat laatste vereiste is echter bij amendement van de leden Dittrich e.a. uit het voorstel verdwenen. Na de inwerkingtreding van artikel 7:15, tweede lid, Awb werd de bestuursrechter echter al spoedig voor de vraag gesteld of een gegrond bezwaar tegen het niet tijdig nemen van een besluit, voor wat betreft de toepassing van genoemd artikel kon worden gelijkgesteld met het 'herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid'. In de rechtspraak werd hierover verschillend geoordeeld. De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat dit het geval was, maar de Afdeling bestuursrechtspraak ontwikkelde vanaf het moment van inwerkingtreding een bestendige rechtspraak waarin die vraag ontkennend werd beantwoord. Er zijn aanwijzingen dat deze rechtspraak van de Afdeling in sterke mate werd ingegeven door de door de wetgever geuite vrees voor juridisering en de toename van de kosten voor het bestuur. Uiteindelijk blijkt uit een enkele jaren later, door de Rijksuniversiteit Groningen uitgevoerde evaluatie van de praktijk onder genoemde bepaling, dat die vrees voor juridisering en hoge bestuurlijke kosten in het algemeen ongegrond was. Inmiddels had de Afdeling zelf ook kunnen vaststellen dat het aantal zaken waarin de problematiek van artikel 7:15, tweede lid, Awb in relatie tot het niet tijdig nemen van een besluit niet bijzonder groot was. Ik ben er van overtuigd dat die wetenschap ex post uiteindelijk een rol heeft gespeeld om in ABRS 18 april 2006, AB 2006, 232 bij de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep aan te sluiten.

We zien hier dat de rechter vanuit zijn specifieke positie in staat is om de aan de wettelijke regeling ten grondslag liggende beleidstheorie ex ante, te koppelen aan een gedeeltelijk ook op eigen ervaring berustende ex post evaluatie van de werking van deze regeling in de rechtspraak. Daar komt echter nog een element bij. Waar de wetgever het recht vormt door middel van voor herhaalde toepassing vatbare algemene regels, daar verkeert de rechter in de positie dat hij verschillende varianten tot zijn beschikking heeft. Soms bestaat de neiging om waar mogelijk langs het probleem te manoeuvreren en er bij voorkeur (nog) niets over te zeggen. In andere gevallen kan de rechter als hij zich nog te onzeker voelt om in zijn overweging een ook voor opvolgende gevallen geldende algemene regel te geven, besluiten een casuïstische benadering te kiezen en verdere ontwikkelingen af te wachten. One case at the time, zoals Sunstein deze wijze van rechtsvorming pleegt te karakteriseren.⁵⁰ Als de rechter derhalve onzeker is over de maatschappelijke effecten en neveneffecten van zijn beslissing, heeft hij derhalve mogelijkheden om de, deze individuele zaak overstijgende waarde van zijn beslissing zoveel mogelijk te beperken.

Terug nu naar de vraag of en zo ja in hoeverre meer structurele aandacht voor ex ante evaluatie de mogelijkheden voor de rechter vergroot om te anticiperen op de maatschappelijke effecten van zijn rechterlijke beslissing. Laat ik vooropstellen dat we op dit punt geen overspannen verwachtingen moeten koesteren. Ondanks het zojuist aangestipte verschil in positie tussen wetgever en rechter, blijven gebrek aan tijd en aan andersoortige dan juridische expertise belangrijke knelpunten voor de rechter. Dat neemt echter niet weg dat het wel degelijk de moeite waard kan zijn om binnen de grenzen die de rechterlijke procedure daartoe naar zijn aard biedt, de mogelijkheden te bezien voor een sterkere oriëntatie op de maatschappelijke gevolgen van de rechterlijke rechtsvorming. Het gaat er dan niet zozeer om wat de rechter niet kan, maar veeleer wat de rechter wél kan. Ik denk dat in de rechtspraak een aantal stappen kunnen worden gezet die vooral te maken hebben met een betere informatievoorziening over de te verwachten maatschappelijke gevolgen van de rechterlijke uitspraak vooraf, en achteraf met het in de motivering van de uitspraak expliciteren van wat in de wetgevingsleer de beleidstheorie heeft. Beide

⁵⁰ Zie Cass. R. Sunstein, *One Case At A Time, Judicial Minimalism On The Supreme Court*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 1999.

aspecten zijn ook sterk op elkaar betrokken. Naarmate in de uitspraak duidelijker verantwoording wordt afgelegd over de redenering die is gevolg ten aanzien van de te verwachten gevolgen op macroniveau wordt daarmee aan toekomstige procespartijen nadrukkelijker de mogelijkheid geboden van falsificatie van die redenering. Daarmee wint de rechtspraak niet alleen aan transparantie, maar wordt ook bijgedragen aan een gedeeltelijke perspectiefwisseling van de rechterlijke procedure van uitsluitend zaaksgericht, naar meer rechtsvraag georiënteerd. Tegelijkertijd blijft de rechter ook dan voor zijn informatievoorziening voor een groot deel afhankelijk van hetgeen partijen hem aandragen.⁵¹ En daarin schuilt een duidelijke beperking van de rechterlijke procedure. Om tot een goede en maatschappelijk verantwoorde beslissing dient te komen, heeft de rechter in rechtsvormende zaken vaak meer informatie nodig dan partijen hem kunnen of willen verstrekken.⁵²

8.2 Genereren van kennis vooraf: introductie van de amicus curiae

De omstandigheid dat de rechterlijke procedure onvoldoende is toegesneden op het scheppen van precedentes die vervolgens een veel ruimere werking krijgen, is een algemeen probleem. Dat geldt voor nationale rechters, maar a fortiori voor internationale rechtscolleges. Op het internationale niveau bestaan er daardoor ook mechanismen die bij nationale rechters ontbreken, zoals de mogelijkheden voor staten en andere belanghebbenden om in procedures waarbij zij niet betrokken zijn, standpunten naar voren te brengen. Dit roept de vraag op of de inbreng van anderen dan betrokken partijen bij de procedures die tot rechterlijke beslissingen leiden die het individuele geval overstijgen, niet beter moet worden verzekerd.

Het Supreme Court van de Verenigde Staten maakt met enige regelmaat gebruik van het instrument van de amicus curiae.⁵³ Zelfs waar het gaat om inbreng vanuit het buitenland. Zo heeft het Supreme Court in een mededingingszaak tussen Amerikaanse partijen de visie van het Europese

⁵¹ Aldus ook de WRR in: De toekomst van de nationale rechtsstaat 2002, p. 271-272.

⁵² Zie ook: Versterking van de cassatierechtspraak, Rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad (Commissie Hammerstein), Den Haag: februari 2008, p. 48-50.

⁵³ Vgl. M. Scheltema, De toekomst van de bestuursrechtspraak, Trema 2011, nr. 9, november 2011, p. 316-321.

bedrijfsleven gevolgd, in de procedure ingebracht via de *amicus curiae* voorziening.⁵⁴ Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kent ingevolge artikel 36 EVRM de mogelijkheid van een tussenkomst door derden. Ingevolge het tweede lid van genoemde bepaling heeft de President van het Hof de bevoegdheid, in het belang van een goede rechtsbedeling, elke Hoge Verdragsluitende Partij die geen partij bij de procedure is of elke belanghebbende die niet te verzoeker is, uit te nodigen schriftelijke conclusies in te dienen of aan zittingen deel te nemen. De tussenkommende partijen zijn geenszins partijen in het geding met de bijbehorende prerogatieven en rechten. Zij treden op als vriend van het Hof, als *amicus curiae*. Ook in zaken met betrekking tot de WTO en de NAFTA is er onder omstandigheden reden om een *amicus curiae* toe te laten.⁵⁵ De inbreng van deze amici heeft het voordeel dat zij een interessante schets kan opleveren van de feitelijke en juridische context op macroniveau, waarbinnen het geschil zich afspeelt. In het Nederlandse bestuursrecht is deze figuur evenmin helemaal onbekend. Met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht is voorzien in een nieuw artikel 8:45a Awb ter uitvoering van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 en betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van art. 81 en 82 van het Verdrag. Het betreft de mogelijkheid voor de Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt om krachtens de verordening in een zaak op te treden als 'amicus curiae'.

In het kader van de versterking van de cassatierechtspraak van de Hoge Raad heeft de Commissie Hammerstein de aanbeveling gedaan ook voor het beroep in cassatie de mogelijkheid te openen om onder omstandigheden een *amicus curiae* toe te laten.⁵⁶ De Commissie Hammerstein stelt echter voor de inschakeling van amici curiae vooralsnog te beperken tot het instrument van de cassatie in het belang der wet. Dat heeft er ongetwijfeld mee te maken dat daarbij geen partijen zijn betrokken die in de gelegenheid moeten worden gesteld om zich over de briefs uit te laten. De behoefte

⁵⁴ Zie de zaak F. HOFFMAN-LAROCHE, LTD. v. EMPAGRAN S.A. van 14 juni 2004, 542 US 155.

⁵⁵ Zie M. Köhne, Informatie als rechtvaardigende factor voor rechtsvorming: de *amicus curiae*, *Ars Aequi* 55 (2006) 4, p. 252-258.

⁵⁶ Versterking van de cassatierechtspraak, Rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad (Commissie Hammerstein), Den Haag: februari 2008.

aan meer informatie dan in het door partijen opgebouwde dossier is te vinden, kan in andere cassatiezaken en in zaken voor de andere hoogste bestuursrechters echter minstens even groot zijn.⁵⁷ Daarbij moet wel meteen worden vooropgesteld dat die behoefte zich in procedures voor de hoogste bestuursrechters slechts in bijzondere gevallen zal voordoen. In de grote meerderheid van de gevallen zullen dergelijke amici curiae briefs niet nodig zijn. Of er behoefte bestaat aan een amicus curiae brief is in grote mate afhankelijk van het type rechtsvraag. Nogal eens zal de rechter in gevallen waarin de beantwoording van de voorliggende rechtsvraag een zeker rechtsvormend element kent, voldoende hebben aan de informatie die partijen hem verschaffen en daarbij kunnen varen op zijn ervaring en intuïtie. In andere gevallen heeft hij misschien wel informatie nodig die het dossier hem niet verschaft, maar die hijzelf met behulp van zijn ondersteuning of van de advocaat-generaal door middel van zijn conclusie kan achterhalen. Slechts in heel bijzondere gevallen zal hij – en in de aanloopfase hoogstwaarschijnlijk en terecht: met geleidelijkheid en terughoudendheid – informatie inwinnen bij derden.⁵⁸

De amicus curiae kan zich in verschillende varianten voordoen.⁵⁹ Hij kan bijvoorbeeld de gedaante aannemen van een onafhankelijke deskundige die vanwege zijn bijzondere expertise wordt ingeschakeld. Dat is met name het geval wanneer het om heel specifieke of technische vragen gaan. In een geval als dat van de openbaarmaking van NEN-normen zou kunnen worden gedacht aan academici of mensen uit de praktijk die zeer goed zijn ingevoerd op het specifieke werkkterrein van de normalisatieinstellingen. Daarbij kunnen ook rechtsvergelijkende inzichten naar voren worden gebracht. Om een voorbeeld te geven: in het geval van de NEN-normen speelde dezelfde rechtsvraag bijna gelijktijdig bij de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de Europese Unie en hadden soortgelijke zaken gespeeld voor het Duitse Bundesverfassungsgericht en voor de US Court of Appeals of the fifth circuit. In de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak

⁵⁷ Aldus ook: J.B.M. Vranken, Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand, NJB 2009/806, afl. 17, p. 1082-1093.

⁵⁸ J.B.M. Vranken, Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand, NJB 2009/806, afl. 17, p. 1082-1093.

⁵⁹ Zie M. Köhne, Informatie als rechtvaardigende factor voor rechtsvorming: de amicus curiae, *Ars Aequi* 55 (2006) 4, p. 255.

wordt aan die rechtspraak van andere, buitenlandse rechters niet gerefereerd, mogelijk omdat zij daarvan niet op de hoogte was. De *amicus curiae* zal in veel gevallen, zoals ook in de common lawlanden, veeleer de gedaante aannemen van een derde-belanghebbende die zich voegt in een procedure waarin hij belang heeft bij de gevolgen die de uitkomst van deze procedure zal hebben voor toekomstige gevallen. Vergelijk ook de rol die lidstaten die geen partij zijn in de procedure ingevolge artikel 36 EVRM kunnen spelen in procedures voor het EHRM. In het hiervoor genoemde geval van het in de APV opgenomen blowverbod was heel wel denkbaar geweest om de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en het Openbaar Ministerie (OM) als *amicus curiae* heel gericht te benaderen om hun zienswijze op de problematiek in abstracto naar voren te brengen. Meer in het algemeen kan worden bij 'derdebelanghebbenden' worden gedacht aan brancheorganisaties of NGO's.

De procesrechtelijke inbedding van de *amicus curiae* vraagt tegen de achtergrond van het voorgaande wel nog de nodige aandacht. Het lijkt mij – ook in de tweede variant – niet wenselijk dat de *amicus curiae* als partij tot de procedure wordt toegelaten met alle daarbij behorende processuele rechten en verplichtingen. De bevoegdheid van de *amicus curiae* dient zich naar mijn mening te beperken tot het indienen van een *amicus curiae* brief. Een vraag is vervolgens hoe de *amicus* wordt uitgenodigd tot het indienen van een brief. In de gevallen waarin de rechter bepaalde gevolgen veronderstelt, maar over de impact daarvan meer informatie wenst te verkrijgen, is het denkbaar dat hij bepaalde amici heel gericht benaderd. Het probleem is echter dat in bepaalde gevallen de rechter op voorhand niet altijd bedacht is op de macrogevolgen die zijn uitspraak voor de praktijk met zich brengt. De uitspraken over de NEN-normen, het blowverbod en de stikstofdepositie lijken daarvan voorbeelden. In die gevallen zou een bericht van de *amicus curiae* juist kunnen helpen om die gevolgen in beeld te brengen. Dan moet de *amicus curiae* daartoe echter wel worden uitgenodigd. In het dossier vindt de rechter daartoe blijkbaar geen aanleiding, waar dat achteraf wellicht toch wenselijk was geweest. Om die reden is het te overwegen om het inschakelen van de *amicus curiae* in de beginsfase te beperken tot de gevallen waarin de hoogste bestuursrechters aan de 'advocaat-generaal' een conclusie vragen. Dat zijn de zaken die er vanuit rechtsvormend perspectief toe doen. Een dergelijke

conclusie wordt genomen op verzoek van de voorzitter, respectievelijk de president van het college waar de zaak aanhangig is. Dit verzoek, met daarin de geformuleerde rechtsvraag, zou het aangrijpingspunt kunnen vormen voor het inschakelen van de *amicus curiae*. Op het moment dat het verzoek aan de advocaat-generaal wordt gericht, gaat het in afschrift aan partijen. Denkbaar is dat op datzelfde moment het verzoek op de website van het rechterlijke college wordt bekendgemaakt en dat belangstellenden worden uitgenodigd om daarop te reageren. Een methode vergelijkbaar met de internetconsultaties die plaatsvinden in verband met bepaalde ontwerpregelgeving en een methode die ook de Commissie Hammerstein voorstelde ten aanzien van de vordering tot cassatie in het belang der wet.⁶⁰ Tegelijkertijd behoudt het rechterlijke college uiteraard de vrijheid om bepaalde amici heel gericht te benaderen. Omdat het aantal conclusies dat wordt gevraagd door de hoogste bestuursrechters in de eerste jaren zeker niet heel groot zal zijn, lijkt mij deze voorgestelde werkwijze heel goed denkbaar.

Wanneer er eenmaal een *amicus curiae* brief is uitgebracht dienen partijen uiteraard in de gelegenheid te worden gesteld daarop te reageren. De rechter (en datzelfde geldt voor de advocaat-generaal) zal vervolgens de verkregen informatie moeten selecteren, waarderen en moeten inpassen in de juridische context.⁶¹ Dat eerste is de hoogste bestuursrechters wel toevertrouwd. Anders dan de Hoge Raad zijn zij als feitenrechters met dit werk vertrouwd. Het inpassen in de juridische context is lastig – ik heb daarover hiervoor het nodig gezegd – maar is wel een problematiek die zich bevindt op het juridische terrein en dat vormt voor de rechter als het ware een thuiswedstrijd. Op het punt van de waardering van de informatie verkregen door middel van de *amici curiae* briefs, zal de rechter echter soms gedwongen zijn een uitwedstrijd te spelen. Van het Supreme Court is bekend dat het in een groot aantal zaken met (empirische) onderzoeksgegevens te maken krijgt uit andere disciplines. Terecht heeft Vranken aandacht gevraagd voor de methodologische problemen die

⁶⁰ Versterking van de cassatierechtspraak, Rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad (Commissie Hammerstein), Den Haag: februari 2008.

⁶¹ Aldus ook Vranken, Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand.

dreigen wanneer de rechter zich in andere disciplines moet begeven.⁶² Ik heb voor die problemen hier en nu geen panklare oplossing. Tegelijkertijd vormen deze methodologische problemen geen reden om niet reeds nu te experimenteren met het inschakelen van amici curiae op de wijze zoals ik die hiervoor heb uiteengezet. In heel wat gevallen zal de bestuursrechter namelijk best in staat zijn om de gegevens die hem worden verstrekt op waarde te schatten, in elk geval is het alternatief dat hij van waardevolle informatie verstoken blijft.

8.3 Rekenschap afleggen in de motivering van de uitspraak

Enkele jaren geleden wierp Van Gerven, naar aanleiding van een door mijn collega Van Roosmalen en mijzelf geschreven boek over de motivering van rechtsvormende beslissingen door de Afdeling bestuursrechtspraak, de vraag op: “Hoe werkt het brein van de rechter; wat laat de rechter beslissen voor de ene of de andere juridische sluitende redenering?” En: “Mag de rechter rekening houden met ‘meta-juridische argumenten?’”⁶³ Het antwoord dat Van Gerven op deze vraag geeft spreekt mij aan. De rechter mag met deze argumenten rekening houden, maar zo voegt hij er onmiddellijk aan toe: op voorwaarde dat hij anderen bij zijn denkproces betreft, hen inzicht geeft in zijn argumentatie en daarover rekenschap aflegt. Dat doet de rechter onder meer door zijn motivering; daarin geeft hij zijn argumentatie en legt hij rekenschap aan af partijen, maar meer in het algemeen aan de juridische en algemene samenleving. De keuze die de rechter moet maken vindt ook nu reeds – zij het veelal impliciet – zijn grondslag in argumenten die noodzakelijkerwijs juridisch van aard zijn. Het is van belang dat de rechter in de motivering van zijn uitspraak de keuze tussen verschillende vanuit het recht verdedigbare oplossingen en de juridische en meta-juridische argumenten die deze oplossingen ondersteunen, inzichtelijk maakt.

Dat gebeurt nu vaak niet. Hoewel er de laatste jaren meer aandacht bestaat voor de motivering van de rechterlijke uitspraken – in het bijzonder binnen de Afdeling bestuursrechtspraak – geldt nog steeds dat rechterlijke

⁶² J.B.M. Vranken, *Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand*, NJB 2009/806, afl. 17, p. 1082-1093.

⁶³ W. Van Gerven, *Motivering bij rechtsvorming*. Verslag van het symposium van de Raad van State van 12 november 2009, Den Haag: Raad van State 2010, p. 26.

beslissingen worden gepresenteerd als het vanzelfsprekende resultaat van de uitleg van regels, beginselen en precedentes, ook wanneer dit onvoldoende inzicht verschaft in de werkelijke beweegredenen of wanneer duidelijk is dat in werkelijkheid de beslissing wordt gedragen door andere overwegingen of keuzen.⁶⁴ Vranken spreekt in dit verband van het ‘verhullend argumenteren’ door de rechter.⁶⁵ Hiervan zijn vele voorbeelden te noemen. Ik volsta met te wijzen op enkele, hiervoor reeds genoemde uitspraken. Denk aan de uitspraak inzake Van Vlodrop over het zuivere schadebesluit, waarbij uiteindelijk een rechtspolitieke keuze omtrent wenselijke competentieafbakening en proceseconomische argumenten de doorslag lijken te hebben gegeven, maar de uitspraak wordt gepresenteerd als het logische gevolg van het ook in het publiekrecht geldende beginsel dat zegt dat degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt gehouden is die aan de benadeelde te vergoeden.⁶⁶ Denk voorts aan de Brummenuitspraak over het gezag van gewijsde, waaraan impliciet vooral proceseconomische argumenten ten grondslag lijken te hebben gelegen en soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt over de uitspraak inzake de Stichting Openbare Ruimte over het beroepsrecht van belangenorganisaties.⁶⁷ De veelal andersoortige dan juridische argumenten waarop deze rechterlijke beslissingen zijn gestoeld, blijven in de motivering van de uitspraak echter onbenoemd.

Daar komt nog een element bij. De motivering van uitspraken van Nederlandse rechters kenmerken zich over het algemeen door een zekere eenzijdige gerichtheid. De uitspraak leest veelal als een pleitnota waarin naar een bepaald resultaat wordt toe geredeneerd. In plaats van een verantwoording van de argumenten die in raadkamer een rol hebben gespeeld en van het gewicht dat aan die argumenten is toegekend, horen wij veelal een opsomming ex post facto van de motieven welke naar het oordeel van de rechter, de door hem bereikte conclusies wettigen. Zoals Hamsom terecht opmerkt behoort in een juridisch moeilijke beslissing de

⁶⁴ J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, p. 41.

⁶⁵ Zie J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, vervolg, Deventer: Kluwer 2005, hoofdstuk III.

⁶⁶ ABRS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. P.J.J. van Buuren.

⁶⁷ ABRS 6 augustus 2003, AB 2003/355 m.nt. R. Widdershoven en P. Willemsen. En: ABRS 1 oktober 2008, AB 2008, 348 m.nt. F.C.M.A. Michiels; ABRS 1 oktober 2008, nr. 200707921/1 en ABRS 1 oktober 2008, nr. 200709094/1.

kritische geest te aarzelen en dat gebeurt gewoonlijk ook, hoe vastberaden hij eventueel ook in deze of gene zin concludeert.⁶⁸ De uitspraak, zo ben ik met hem eens, dient aan dat proces van wikken en wegen uitdrukking te geven. Dat verzwakt de overtuigingskracht van de motivering niet, het versterkt haar alleen maar. Zoals ik reeds eerder heb geschreven noodzaakt een meer discursieve motivering tot meer scherpzinnigheid in de oordeelsvorming en versterkt zij aldus het rechtsvormend element van de rechtspraak. Dat discursieve element komt in uitspraken van hoogste rechters in common lawlanden vaak in versterkte mate tot uitdrukking door de aldaar bestaande mogelijkheid van het formuleren van een concurring of dissenting opinion. Ook in ons land zijn er voorstanders van het invoeren van de mogelijkheid van concurring of dissenting opinions.⁶⁹ Ik ben daar voor wat betreft de hoogste bestuursrechterlijke colleges niet een heel groot voorstander van. Dat heeft er in de eerste plaats mee te maken dat belangrijke rechtsvormende zaken voortaan zullen worden behandeld door een rechtseenheidskamer bestaande uit vijf rechters uit de verschillende hoogste rechterlijke colleges. Het streven is er daarbij juist op gericht om eenheid uit te stralen en tot een voor de praktijk werkbare consensus te komen. Het openlijk van elkaar verschillen door het formuleren van een dissenting opinion staat haaks op de ratio van de grote kamer. Maar ook in rechtsvormende zaken die niet een collegeoverstijgende waarde hebben, acht ik de behoefte aan een mogelijkheid tot het formuleren van een dissenting opinion niet zo groot, als de uitspraak maar in voldoende mate tot uitdrukking brengt welke alternatieve beslissingen hebben voorgelegen en hoe de argumenten pro en contra deze mogelijke beslissingen zijn gewogen. Minder benieuwd ben ik naar de persoonlijke voorkeuren daarbij van de onderscheiden individuele rechters.

Een goede motivering impliceert derhalve niet alleen dat uitdrukking wordt gegeven aan zowel de juridische als de meta-juridische argumenten die de rechterlijke beslissing ondersteunen, maar ook aan die argumenten welke de beslissing niet ondersteunen maar in het proces van wikken en wegen wel een rol hebben gespeeld. Hoewel ik het eens ben met Adams

⁶⁸ Geciteerd in W. Van Gerven, Creatieve rechtspraak, Rechtskundig Weekblad (R.W.), 1997-98, p. 220.

⁶⁹ Zie Speelruimte voor transparantere rechtspraak (rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid), Amsterdam University Press 2013, p. 227-230.

en Broeren die aangeven dat meer onderzoek nodig is naar de relatie tussen rechterlijke motivering enerzijds en de materiële kwaliteit en de maatschappelijke rol van de rechtspraak anderzijds,⁷⁰ meen ik dat die correlatie wel degelijk bestaat. In het streven naar een betere verankering van een oriëntatie op de maatschappelijke gevolgen van de rechterlijke rechtsvorming, is een dialoog tussen rechtspraak en samenleving noodzakelijk. En die dialoog kan zich uitsluitend voltrekken, indien de rechter aangeeft met welke juridische en andersoortige argumenten hij bij zijn oordeelsvorming rekening heeft gehouden. Het gevolg hiervan zal zijn dat de rechtspraak en de wetenschap zich over die informatie zal buigen en daarmee, waar nodig in kritisch debat met de rechter zal treden. In volgende gevallen kan de rechter deze opvattingen van partijen en de opgedane wetenschappelijke inzichten bij zijn oordeelsvorming betrekken. Op die manier voltrekt zich een interactief samenspel tussen rechtspraak en samenleving dat, zoals Vranken stelt, qua structuur niet verschilt van wat er nu gebeurt, maar alleen inhoudelijk breder wordt gevoerd dan over de juridisch dogmatische aspecten.⁷¹

8.4 Genereren van kennis achteraf: onderzoek ex post naar maatschappelijke gevolgen van rechtsvormende uitspraken

De laatste opmerkingen brengen mij op de fase na de uitspraak. Voor zover er in de literatuur aandacht bestaat voor een oriëntatie op de maatschappelijke gevolgen van de rechterlijke rechtsvorming, beperkt zich die aandacht over het algemeen tot de uitspraak zelf en de fase daaraan voorafgaand. Het is eigenlijk merkwaardig dat er weinig aandacht is voor wat is noem de 'nazorg'. Nadat de uitspraak is gedaan verliest de rechter zijn beslissing uit het oog en weet over het algemeen weinig over hoe zijn uitspraak in de rechtspraak uitwerkt. Waar op het niveau van de wetgever reeds jarenlange ervaring is opgedaan met ex post evaluaties, daar ontbreekt het eigenlijk aan onderzoek ex post naar de maatschappelijke gevolgen van rechtsvormende beslissingen van de rechter.

⁷⁰ M. Adams en D. Broeren, Rechterlijke argumentatie en transparantie: een rechtsvergelijkende exercitie, in: Speelruimte voor transparantere rechtspraak (rapport van de Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid), Amsterdam University Press 2013, p. 193.

⁷¹ J.B.M. Vranken, Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand, NJB 2009/806, afl. 17, p. 1082-1093.

In zijn oratie 'Wetgeven is vooruitzien' geeft Van Gestel aan dat een deel van de methodologische problemen bij ex ante evaluatie van wetgeving kunnen worden overwonnen door het beter op elkaar afstemmen en aan elkaar koppelen van ex post en ex ante evaluatie.⁷² Deze gedachte zou naar mijn mening ook voor de rechtspraak gelding kunnen hebben. Door meer zicht te krijgen op de consequenties van rechterlijke uitspraken in relatie tot de aan de uitspraak ten grondslag liggende vooronderstellingen daaromtrent van de rechter, kan geleidelijk meer inzicht worden verkregen in wat zou kunnen worden genoemd 'best practices'. Hoe trefzeker zijn de aannames door de rechter omtrent de maatschappelijke gevolgen van zijn uitspraak geweest? Dit veronderstelt echter wel dat de hiervoor genoemde stappen wel worden gezet. Dat wil zeggen dat er meer aandacht komt voor informatievoorziening van de rechter over de macrogevolgen van zijn te nemen beslissing én dat er in de motivering verantwoording wordt afgelegd over welke, ook niet-juridische, argumenten in de oordeelsvorming een rol hebben gespeeld. Alleen onder die voorwaarden is het mogelijk ervaringen ex post te verbinden met de veronderstellingen ex ante.

Er zou door de hoogste bestuursrechters meer structureel moeten worden ingezet op het evalueren ex post van hun rechtsvormende beslissingen. Daarbij zouden we in zekere zin een voorbeeld kunnen nemen aan de functie die de Section du rapport et des études van de Franse Conseil d'Etat vervult en die informeel wel de 'service- après-vente' wordt genoemd.⁷³ Ingevolge de Code de justice administrative kan de overheid die een zaak geheel of ten dele heeft verloren, de Section du rapport et des études van de Raad van State verzoeken om opheldering te geven over de wijze waarop de gerechtelijke uitspraak moet of kan worden uitgevoerd. In dat geval wordt een rapporteur aangewezen, die de zaak onderzoekt en die probeert de nodige klaarheid te brengen. Nu gaat het er mij niet om een instrument te introduceren dat partijen behulpzaam is om de portee van de uitspraak duidelijk te maken. Die moet als het goed is uit de motivering van de uitspraak blijken. Wat echter aan deze 'service- après-vente' wél aantrekkelijk is, is dat de rechter ook na het doen van de uitspraak betrokken blijft bij de wijze waarop de uitspraak uiteindelijk in de

⁷² R.A.J. Van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien* (oratie UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 16.

⁷³ Vgl. W. Konijnenbelt, *Franse lessen*, NTB 2004, p. 42.

(juridische) samenleving doorwerkt. Ik zou er voorstander van zijn dat het wetenschappelijk bureau van bijvoorbeeld de Afdeling bestuursrechtspraak als vast onderdeel van haar werkzaamheden de uitspraken waarbij de Afdeling een wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan de rechtsontwikkeling op zijn macrogevolgen beziet en met informatie daarover ook door de samenleving (procespartijen en derden) kan worden benaderd.

Het genereren van deze gegevens ex post stelt de rechter in staat om daarmee rekening te houden bij opvolgende zaken. Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat eerdere rechtspraak op onderdelen wordt bijgesteld, of dat hij zelfs geheel terugkomt van eerdere uitspraken. Maar ook bij nieuwe rechtsvragen kan meer in abstracto de opgebouwde kennis over de doorwerking van uitspraken behulpzaam zijn. Dat betekent overigens in procesrechtelijke zin wel dat de rechter deze gegevens niet voor zichzelf kan en mag houden. Zodra de rechter dergelijke ex post gegenereerde kennis bij zijn oordeelsvorming betreft, zijn het 'op de zaak betrekking hebbende stukken' als bedoeld in artikel 8:39 Awb en dienen zij aan partijen te worden gezonden. Dat stelt partijen in de gelegenheid om zich in de procedure daarover uit te laten en kan aldus bijdragen aan het verscherpen van het debat in rechte.

9. TOT BESLUIT

In de openingsparagraaf van dit preadvies schreef ik dat als men erkent dat de rol van de rechter er niet enkel uit bestaat het gegeven recht toe te passen, maar ook nieuw recht te creëren, de consequentie daarvan moet zijn dat men nadenkt over de vraag hoe de samenleving bij dat proces van rechtsvorming kan worden betrokken. Dat gebeurt nog niet op grote schaal. Dat heeft verschillende oorzaken, zoals ik hiervoor heb proberen duidelijk te maken. Het denkproces begint er echter mee dat de rechter – en dat geldt zeker voor de hoogste bestuursrechters – hun rechtsvormende taak niet langer als een bijproduct zien van hun rechterlijke taak om geschillen te beslechten, maar als een van hun hoofdtaken die de volle aandacht verdient. In dat denkproces heeft echter ook de rechtswetenschap een belangrijke verantwoordelijkheid. Dat betekent echter dat we in de beoefening van de bestuursrechtswetenschap wel voorbij de juridisch-dogmatische grenzen moeten durven kijken en ook oog moeten hebben

RECHTERLIJKE UITSPRAKEN EN HUN GEVOLGEN VOOR DE SAMENLEVING.
IN HOEVERRE KAN EN MOET DE RECHTER HIERMEE REKENING HOUDEN?

voor de werking van het recht en derhalve ook voor de werking van de rechterlijke uitspraken. Bij de versteviging van de feitelijke grondslag van de rechterlijke uitspraak kunnen we leren van de kennis die wordt opgedaan in andere wetenschappen, maar dat stelt ons tegelijkertijd ook voor nieuwe, waaronder: methodologische problemen. Op de vraag hoe die kunnen worden overwonnen, heb ik op dit moment nog geen sluitend antwoord, maar nader onderzoek in de komende jaren kan ons helpen daarop een (begin van een) antwoord te formuleren. Daarbij kunnen we niet in de laatste plaats leren van de kennis en de ervaringen die op dit punt reeds zijn opgedaan door u, de beoefenaren van de wetgevingsleer.

