

MONOGRAFIEËN BW

A3 Rechtsvorming in het privaatrecht

Prof. mr. I. Giesen

 Wolters Kluwer

Deventer – 2020

VOORWOORD

*“Nothing is stable.
Nothing absolute.
All is fluid and changeable.
There is an endless becoming.”*

Benjamin Cardozo (1921, p. 28)

Het thema van dit boek – rechtsvorming in het privaatrecht – wordt hierna benaderd vanuit de *relatie* tussen twee instituties: de (privaatrechtelijke) wetgever en de civiele rechter. Hoe past de civiele rechter het privaatrecht – of ruimer en beter: wet- en regelgeving en normstelling van privaatrechtelijke aard – toe? Wanneer kan hij daarvan afzien, als dat al mogelijk is? Hoe vrij is hij in de toepassing van die al dan niet wettelijke normen? Het gaat dus in de kern om de bekende, traditionele vragen van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming, de positie van de rechter daarbij, en om het rechtsvindingsdebat. Dat betekent ook dat in dit deel geen zelfstandige beschouwingen zullen worden gewijd aan de institutionele basis en grondbeginselen van ‘de wetgever’ en ‘de civiele rechter’ als twee aparte instituten. Hierna volgt dus geen beschrijving en plaatsbepaling van de rechter/de rechterlijke macht of van de wet en de wetgever in ons (constitutioneel) bestel. Dit boek gaat wel over rechtsvinding door de civiele rechter in de context van de bestaande (privaatrechtelijke) wet- en regelgeving en andere vormen van normstelling (zoals zelfregulering); mijn terrein is dus ruimer dan enkel het Burgerlijk Wetboek waarop de boekenreeks ‘Monografieën BW’ in eerste instantie ziet. Over dit thema is uiteraard al veel gezegd en geschreven en dat alles kan niet in de beperkte opzet van dit deel van de Monografieën-reeks terugkomen. Ik heb daarom keuzes gemaakt in wat wel en niet besproken wordt.

Het eerste idee voor de opzet van deze monografie stamt van vele jaren terug. Het (starten van het) werk aan de uitvoering ervan werd ‘opgehouden’ doordat in overleg met de uitgever en redactie van de serie besloten werd om eerst de *Asser Procesrecht/Giesen* te schrijven. Nadat die klus geklaard was, ben ik in 2016 gestart met het schrijven van deze monografie. De pauze in het denken over het thema van dit boek bleek de oorspronkelijke opzet niet wezenlijk geschaad te hebben, hetgeen meteen duidelijk maakt hoe tijdloos dit thema is, en dus kon van daaruit alsnog van start worden gegaan. Dezelfde pauze bleek bovendien niet onvoordelig te zijn geweest voor mijn denken over de verhouding wetgever-rechter, omdat enkele van de mogelijke thema’s die wellicht (meer) aandacht zouden verdienen inderdaad (zeer) belangrijke thema’s bleken te zijn geworden (denk

aan: interdisciplinariteit, Europese invloeden). Ook kon ik profiteren van het werk aan het genoemde *Asser Procesrecht*-deel, dat deels met deze monografie bleek te overlappen.

Gegeven dit alles is deze monografie opgebouwd uit drie delen. Deel I betreft de inleiding en afbakening, in Deel II staat de rechtsvinding in Nederland centraal, en in het meer opiniërende Deel III behandel ik, enigszins lossier ten opzichte van de stand van het geldende recht, enkele belangrijke (toekomstige) ontwikkelingen en thema's op het terrein van de verhouding tussen rechter en wetgever.

Als algemene disclaimer vooraf meld ik dat ik in het navolgende zeer regelmatig heb geput uit eigen eerder werk, deels met anderen geschreven; ik verwijs daarnaar op de betreffende plaatsen. Ik ben veel dank verschuldigd aan Harriët Schelhaas (voor onze fijne, vroegere samenwerking op het vlak van de privaatrechtelijke rechtsvorming voor *Ars Aequi*), aan Steven Bartels, Willem van Boom, Chris Jansen, Bart Krans en Siewert Lindenberg (voor hun kritisch meedenken) en vooral aan Jan Vranken (voor het meelesen en meedenken in allerlei fasen van het totstandkomingsproces van dit boek). Uiteraard ben ik alleen zelf verantwoordelijk voor resterende omissies, fouten, verschrijvingen en andere onvolkomenheden. Ik houd mij aanbevolen deze onvolkomenheden van u te vernemen (I.Giesen@uu.nl).

Literatuur en rechtspraak die verschenen is voor 1 januari 2020, is waar nodig verwerkt; met nadien verschenen materiaal kon, op een enkele uitzondering na, geen rekening meer worden gehouden.

Utrecht, 29 januari 2020

Ivo Giesen

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XI

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / XV

DEEL I – INLEIDING EN AFBAKENING

HOOFDSTUK 1

Inleidende beschouwingen / 3

- 1 Inleiding / 3
- 2 Nadere afbakening: gemaakte keuzes / 5
- 3 Rechtsvinding in de trias politica; taak en doel van de civiele rechtspraak / 9
- 4 Terminologie: rechtsvinding *versus* rechtsvorming / 12
- 5 Doel en mogelijke meerwaarde van dit boek / 14
- 6 Gehanteerde methode en aanpak / 16
- 7 Maatschappelijk belang / 18

DEEL II – RECHTSVINDING EN RECHTSVORMING IN NEDERLAND

HOOFDSTUK 2

De hoofdrolspelers: context, dialoog en samenwerking / 21

- 8 Inleiding en afbakening van dit deel / 21
- 9 De wetgever / 23
- 10 De wetgever verhoudt zich nadrukkelijk tot de rechter / 24
- 11 De rechter / 26
- 12 De rechter en het vinden (en vormen) van algemene regels / 29
- 13 De doctrine / 30
- 14 Een vorm van ‘dialoog’ met de doctrine? / 31
- 15 De invloed van de praktijk, met name de (cassatie)balie / 34
- 16 Procespartijen en betrokken derden: ‘amicus curiae’ / 36
- 17 Betrokken derden: zelfregulerende private actoren / 38
- 18 Samenwerking tussen deze hoofdrolspelers? / 40
- 19 Minder samenwerking als er beweging (nodig) is? / 42
- 20 Meer samenwerking nodig en mogelijk? / 44
- 21 Nogmaals: een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR) / 46
- 22 Het POR in de praktijk gebracht / 46

HOOFDSTUK 3

De 'tool kit' van de rechter: interpretatiemethoden / 49

- 23 De methoden van interpretatie en hun rangorde / 49
- 24 De grammaticale (taalkundige) uitleg / 51
- 25 De systematische uitleg / 51
- 26 De wetshistorische uitleg / 52
- 27 De rechtshistorische uitleg / 56
- 28 De teleologische uitleg / 57
- 29 De anticiperende uitleg / 58
- 30 De dynamisch-evolutieve uitleg / 59
- 31 De redelijke en praktische uitleg / 60
- 32 De analogie en de a contrario-redenering / 61
- 33 Rechtsbeginselen / 62
- 34 Rechtsvergelijking / 63
- 35 Precedenten / 64
- 36 De Unieconforme uitleg / 67
- 37 De belangenafweging / 68
- 38 De vergelijkingsmethode / 69
- 39 Multidisciplinaire uitleg / 70
- 40 Afronding / 71

HOOFDSTUK 4

Kiezen en motiveren / 73

- 41 De balans: rechtspreken is kiezen en recht is een discursieve grootheid / 73
- 42 De verantwoording: motivering / 74
- 43 Discursief motiveren en 'dissenting opinions' / 77
- 44 Omgaan door de Hoge Raad / 78
- 45 Receptie van dit model (van 'keuze' en 'motivering') in de rechtspraak / 81
- 46 Psychologie en motivering / 83
- 47 Verschil in motiveringsstijlen en de mogelijke impact daarvan / 84

HOOFDSTUK 5

Rechtsvinding buiten het algemene vermogensrecht / 87

- 48 Toepassingsverschillen per rechtsgebied? / 87
- 49 Procesrechtelijke rechtsvinding (hoofdlijnen) / 88
- 50 Procesrechtelijke rechtsvinding (deelregels) / 89
- 51 Procesrechtelijke rechtsvinding: verantwoording / 90
- 52 Rechtsvinding in Europa / 91
- 53 Rechtsvinding inzake het EU-recht / 92
- 54 Rechtsvinding inzake het EVRM / 93
- 55 Afrondend / 95

DEEL III – DE RECHTSVINDINGSTHEMA'S VAN VANDAAG EN MORGEN

HOOFDSTUK 6

Rechtsvorming vandaag en morgen / 99

- 56 Inleiding / 99
- 57 Ontwikkelingen in de rechtsvinding sinds het begin van deze eeuw? / 99
- 58 Minder toeval, meer beleid in de rechtsvorming? / 100
- 59 Minder toeval, meer beleid in de rechtsvorming (2) / 104
- 60 Alternatieve regelgeving en rechtsvorming / 105
- 61 Prejudiciële vragen en rechtsvorming / 107
- 62 Meergelaagdheid in het vermogensrecht / 108
- 63 Een constitutioneel hof? / 110
- 64 Afronding / 111

Wetsartikelenregister / 113

Jurisprudentieregister / 117

Trefwoordenregister / 123

Monografieën BW / 129

DEEL I – INLEIDING EN AFBAKENING

HOOFDSTUK 1

Inleidende beschouwingen

1 Inleiding

Het thema van dit boek – rechtsvorming in het privaatrecht en rechter – wordt hierna benaderd vanuit de relatie tussen twee instituties: de (privaatrechtelijke) wetgever en de civiele rechter, en daarmee vanuit de verhouding tussen twee van de drie staatsmachten binnen de 'trias politica', specifiek waar het gaat om (de toepassing van) het privaatrecht: hoe vormt de civiele rechter het privaatrecht – of ruimer en beter: wet- en regelgeving en normstelling van privaatrechtelijke aard – en hoe past hij dit toe? Hoe vrij is hij in de toepassing van die wetten, regels en normen? Welke belemmeringen zijn er? De hoofdvraag luidt: hoe is heden ten dage de verhouding tussen de civiele rechter en de privaatrechtelijke wet- en regelgever bij de uitleg, ontwikkeling en toepassing van privaatrechtelijke wet- en regelgeving (en dan met name het BW) en bij andere vormen van normstelling (zoals zelfregulering)?

Het gaat dus in de kern om de bekende, traditionele vragen van rechtsvinding en rechtsvorming, gegeven de verhouding tussen wetgever, rechter en andere mogelijke rechtsvormers, om de positie van de rechter en om het privaatrechtelijke rechtsvindingsdebat in de huidige tijd van meergelaagdheid van regelgeving.

Dat betekent dat ik, behoudens hetgeen ik in nr. [3] bespreek, geen zelfstandige beschouwingen zal wijden aan de institutionele basis en grondbeginselen van die twee aparte instituten. Hierna volgt dus geen uitvoerige beschrijving en plaatsbepaling van de rechter/de rechterlijke macht of van de wet/wetgever in ons constitutionele bestel. Voor dergelijke beschouwingen verwijs ik naar de (staatsrechtelijke) literatuur, waaronder E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1988, p. 211 e.v.; T. Koopmans, 'De constitutionele kant van rechtsvinding', in: Van de Griend/De Waard 1996, p. 1-8; J.C.A. de Poorter (red.), *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Bju 2014; Smith 2007, p. 21 e.v.; W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen NJV), Deventer: Kluwer 2011, m.n. p. 58 e.v. Zie ook Schollen 2007, nrs. 7 e.v., voor België, en voor Duitsland F. Kruse, *Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, Tübingen: MohrSiebeck 2019.

Wel komt de vraag naar nut en noodzaak van een constitutioneel hof nog aan de orde, zie nr. [63].

Dit boek gaat aldus over rechtsvinding door de civiele rechter in de context van de bestaande privaatrechtelijke wet- en regelgeving en andere vormen van normstelling (zelfregulering, etc.).

Met privaatrechtelijke wet- en regelgeving doel ik in beginsel op privaatrecht in de ruime zin van het woord, van Boek 1 BW tot Boek 8 BW, inclusief het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en andere privaatrechtelijke wetgeving (met dien verstande dat heel veel

nadruk zal liggen op het geschreven en ongeschreven vermogensrecht en de bestaande rechtspraak daarover), privaatrecht van niet-Nederlandse origine (denk: EU- en EVRM-recht) en privaatrecht van private origine (private regelgeving; zelfregulering). Het hier bestreken terrein is derhalve ruimer dan enkel het Burgerlijk Wetboek waarop de boekenreeks 'Monografieën BW' in eerste instantie ziet.

Daarover is uiteraard al veel gezegd en geschreven, en dat alles kan niet in de beperkte opzet van dit deel van de Monografieën-reeks terugkomen. Ik heb daarom eigen keuzes gemaakt in wat wel en niet besproken wordt, keuzes die hierna in nr. [2], en verder daar waar relevant, zullen worden toegelicht.

Sprekend over 'de (civiele) rechter' bedoel ik vooral, en richt ik mij met name op, de Hoge Raad, als eerst aangewezen onder de rechterlijke rechtsvormers in Nederland, maar mijn beschouwingen kunnen ook betrekking hebben op (civiele) feitenrechters en hun verhouding tot de wet, inclusief de rechter in kort geding. Ook zij doen aan rechtsvinding en rechtsvorming, zie bijvoorbeeld H.B. Krans, 'Rechtsvorming van onderaf', *NTBR* 2017, p. 173-175; (de oratie van) M. de Werd, *De derde staatsmacht*, <https://europeancourts.blogspot.com/2019/06/de-derde-staatsmacht-over-kracht-en.html>, en als voorbeeld de twee feitelijk instanties in de *Urgenda*-zaak (Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196 en Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591; *AB* 2018/417). Terughoudender daarover nog: J.B.M. Vranken en I. Giesen, 'Inleiding en verantwoording', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Bju 2003, p. 5. Specifiek over de Ondernemingskamer in dit verband: C.D.J. Bulten & C.J.H. Jansen, 'Rechterlijk activisme: waar liggen de grenzen van rechtsvorming door de Ondernemingskamer?', *Ondernemingsrecht* 2015/20.

Dit boek gaat dus niet over rechtsvinding en -vorming, voor zover al aanwezig, door andere overheidsrechters (zoals buurrechters, spreekuurrechters, inlooprechters, etc.), of door arbiters, bindend adviseurs, mediators, etc. Zie bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, 'ADR en de gevolgen voor rechterlijke rechtsvorming: een verwaarloosde samenhang', in: E.-J. Broers & B. van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Bju 2001, p. 241 e.v. Dit boek draait wel om de overheidsrechter die geschillen moet beslechten (los van de vraag of daarmee ook het onderliggende conflict opgelost wordt) en bij die geschilbeslechting aan rechtsvinding toekomt. Dat de civiele overheidsrechter ook kan bijdragen aan conflictoplossing (tijdens de comparitie bijvoorbeeld) en dat zulks gestimuleerd wordt (denk aan het centraal stellen van de mondelinge behandeling), staat buiten kijf, maar dat is niet het thema van dit boek (zie daartoe bijvoorbeeld J.M. Barendrecht, 'Het goede gesprek', *TREMA* 2008, p. 201 e.v.). Ik realiseer mij uiteraard dat succesvol comparerende en conflictoplossende feitenrechters in zoverre de rechtsvorming beïnvloeden, dat zij tegengaan dat geschillen in drie instanties worden uitgevochten en dan bij de Hoge Raad tot een baanbrekend arrest leiden.

Het is inmiddels overigens zeer wel denkbaar (hoewel dat lastig feitelijk vast is te stellen) dat de directe bijdrage van feitenrechters aan de rechtsvinding afneemt en verder afnemen zal, omdat de invoering van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad de feitenrechters sinds juli 2012 de mogelijkheid biedt om nieuwe rechtsvragen, die typisch een rechtsvindingselement in zich bergen, meteen aan de Hoge Raad voor te leggen. In een dergelijk geval is het dus de Hoge Raad die de rechtsvorming ter hand neemt, en niet de feitenrechter. Die wet is succesvol gebleken (zie nader Giesen e.a. 2016), zodat het voorgaande een reëel punt vormt; het is mijns inziens overigens geen slechte ontwikkeling, omdat partijen op deze wijze meteen antwoord krijgen van de hoogste rechter doch ook omdat de feitenrechter een rechtsvormende rol behoudt door de vragen voor te leggen (vgl. daarover in Europees verband: C. Mak e.a., 'De verwijzende rechter', *NJB* 2017/1329). Daarbij dient uiteraard bedacht te worden dat (het antwoord op) een rechtsvraag soms baat erbij heeft nog wat te mogen 'rijpen' (vgl. T. Hartlief, 'Snel antwoord op een belangrijke rechtsvraag, beter recht?', *TPR* 2011, p. 1335 e.v., m.n. p. 1352), en de beantwoording daarvan kan profiteren van het partijdebat in twee instanties. De vraag was dan nog niet 'beslisrijp'; in die gevallen is de feitenrechter (nog steeds) aan zet.

Uiteraard komen ook de supranationale hogere rechters (EHRM en HvJ EU) hierna nog aan bod, zie nrs. [52]-[54]. In de huidige meerlagige rechtsorde is dat onvermijdelijk, zie o.a. *Asser/Procesrecht Giesen 1* 2015/62, en nr. [62].

Deze monografie bestaat uit drie delen. Deel I, nrs. [1]-[7], betreft de inleiding en afbakening. In Deel II staat in vier hoofdstukken (het debat over) de rechtsvinding in Nederland (en Europa) centraal (nrs. [8]-[55]), en in het meer opiniërende Deel III behandel ik enkele specifieke rechtsvindingsthema's en (toekomstige) ontwikkelingen (nrs. [56]-[64]).

2 Nadere afbakening: gemaakte keuzes

In dit boek zal de focus liggen op de periode vanaf de invoering van de boeken 3, 5 en 6 BW in 1992. Het is interessant te zien hoe de rechter omgaat met de uitleg van het (sindsdien nieuwe) BW en de rechtsvindings(on)mogelijkheden die daaraan gekoppeld zijn.

Zie in verband met de invoering van het nieuwe BW vooral C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer: Kluwer 1992, en daarin met name de bijdrage van J.H.A. Lokin ('De plaats van Meijers in de legistische traditie', op p. 5-39), alsmede Hartkamp 1992.

Ik wijs nu reeds op P. Abas, 'De Hoge Raad als wetgever', *TREMA* 2008, p. 193 e.v., die aangeeft dat de Hoge Raad 'als rechtsvormer' niet is stilgevallen na de invoering van het BW. Zo ook T. Hartlief, 'Waarin een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018/1237, p. 1776 (er is weinig te bespeuren van 'heilig ontzag voor de wettekst en toelichting') en C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Kluwer 2016, p. 165. Dat lijkt me een juiste gedachte, die aansluit bij de voorspelling daaromtrent van Hartkamp 1992, p. 21-25 en p. 30 (geen grond voor de vrees voor hernieuwd legisme).

Het ontstaan en waar mogelijk gebruik van de methode van de anticiperende interpretatie in de periode rondom de totstandkoming van het nieuwe vermogensrecht, duidde er wellicht al op dat de rechter zichzelf een behoorlijke mate van vrijheid wilde (blijven) toedichten. Zie ook T. Hartlief, 'Waarin een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018/1237, p. 1776. Vooruitlopend op hetgeen over anticipatie aan de orde wordt gesteld (in nr. [29]), moet dus ook worden nagegaan wat de wetgever zelf vindt van de verhouding tot de rechter. Zie daarover nrs. [3] en [9]-[10].

Noodzakelijkerwijs blijft daardoor veel interessant historisch materiaal over rechtsvinding en de verhouding wetgever-rechter in Nederland van voor die tijd, buiten beschouwing.

Zie daarover echter reeds Pontier 1998, p. 53 e.v.; F.W. Grosheide, *Recht op de man*, Amstelveen: deLex 2008, p. 62-88; (uitvoerig rechtsvergelijkend) Vogenauer 2001, p. 430-663, alsmede C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, en C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Wolters Kluwer 2016. Jansen beschrijft o.a. (in het eerste boek) hoe het debat is verlopen over (steeds vrijere) rechtsvinding tussen de beoefenaren van het privaatrecht in Nederland in de negentiende en begin twintigste eeuw (in het tweede boek) tot aan 1992. Een voorbeeld van dat debat biedt bijvoorbeeld M.H. Bregstein, 'De betrekkelijke waarde der wet', in: *Verzameld werk*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1960, p. 1-34, en H.J. Hamaker, 'Wet en rechter', in: *Verspreide geschriften van H.J. Hamaker. VII. Algemeene rechtsgeleerdheid*, Haarlem: De erven F. Bohn 1913, p. 199-230. Vgl. ook nog G. Corstens & J.W. Fokkens, 'De Hoge raad en het parket', *NJB* 2013/2120, alsmede H.C.F. Schoordijk, 'De methode van rechtsvinding en haar geschiedenis', *TPR* 2003-2, p. 613-641, en Schoordijk 1988.

Hoe de rechtsvinding in Nederland in de toekomst zal gaan uitzien, laat zich uiteraard lastig voorspellen. Ik probeer dat dan ook niet, maar een enkele hint voor de nabije toekomst wordt wel gegeven in nr. [57] e.v.

Een belangrijk vertrekpunt is verder dat de civiele rechter, en dan met name de Hoge Raad, aan rechtsvinding en zeker ook aan rechtsvorming doet en dat ook mag doen, en dat hij zo de rechtsontwikkeling stuurt en beïnvloedt. Dit uitgangspunt wordt hierna niet meer in twijfel getrokken; het wordt overigens ook vrij algemeen erkend.

Zie bijvoorbeeld Feteris 2016, p. 17 en 18; Wiarda/Koopmans 1999, p. 131; P. Rijkema, *Rechtersrecht*, Den Haag: Bju 2001, p. 11; J.B.M. Vranken en I. Giesen, 'Inleiding en verantwoording', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Bju 2003, p. 6; Asser 2005, p. 223; Vranken, *NJB* 2009/806, p. 1085-1086; A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *AA* 2009, p. 672 e.v.; Timmerman 2009, p. 27; F.B. Bakels, 'Rechtspraak in een veranderende samenleving', *AA* 2010, p. 431; Hartlief 2015, p. 916; (rechtsvergelijkend) Hesselink 2001, p. 12. Voor de VS, zie o.a. Cardozo 1921, p. 115 en 166; Posner 2008, p. 15 en 81 (de rechter is een 'occasional legislator'), en Posner 2013, p. 121, en voor België M. Adams, *Recht en democratie ter discussie*, Leuven: UP Leuven 2006, o.a. p. 129 en 132; E. Dirix, 'Rechterlijk overgangsrecht', *RW* 2008-09, nr. 42, juni 2009, p. 1760. Zie voor Engeland reeds (de derde druk van) M. Zander, *The Law-Making Process* (3rd ed.), London: Weidenfeld 1989, p. 347, en voor Duitsland o.a. Heinze 2016, p. 256; Maultzsch 2010, p. 1-4; Fischer, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Tübingen: MohrSiebeck 2007, p. 561 ("Heute herrscht im Grundsatz Einigkeit darüber."). Ook in de EU wordt rechtsvorming door de rechter erkend, zie Schulze/Seif 2003, p. 1. Nog scherper ("Elke rechter heeft de plicht om van een bestaande lijn af te wijken als dat de gerechtigheid in het concrete geval dient.") is H. Tjeenk Willink, *Groter denken, kleiner doen* (4^e druk), Amsterdam: Prometheus 2019, p. 93. Dat rechtsvinding onvermijdelijk is, beoogde ook al Asser/Scholten* 1974, p. 1-3: "Iedere wet, ook de beste geredigeerde, heeft behoefte aan uitlegging." (zie p. 3).

De erkenning van de rechtsvormende functie van de (hoogste) rechter dateert in Nederland van ongeveer het derde kwart van de vorige eeuw, zie nader Martens 2000, p. 747-748. Barendrecht 1998, p. 16, noemt specifiek 1988 (het jaar waarin de Hoge Raad 150 jaar bestond). C. Fischer, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Tübingen: MohrSiebeck 2007, p. 561, noemt voor Duitsland het jaar 1973.

Er wordt over dit alles echter nog wel anders gedacht, zie bijvoorbeeld P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming', *RM Themis* 2009, p. 145-153; C. Schutte, 'De 'rechtsvormende taak' van de rechter? Een kritische noot', *AA* 2009, p. 676 e.v.; en C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat*, Deventer: Kluwer 2009, en idem, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad en daad*, Nijmegen: AAL 2008, p. 31-37. Die (minderheids)opvatting stoelt hierop dat de Hoge Raad de bevoegdheid tot rechtsvorming zou ontberen. Uzman 2013, p. 157-163, bespreekt dit uitvoerig. Als dit waar zou zijn, *quod non*, aldus o.a. M. Bruning, 'Over redelijke wets-toepassing en hanteerbaarheid van het Nederlandse privaatrecht', in: De Graaff e.a. 2016, p. 83; A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *AA* 2009, p. 674; P. Rijkema, *Rechtersrecht*, Den Haag: Bju 2001, p. 19, zou dat ook stevig indruisen tegen de al jaren bestaande, andersluidende praktijk. Het *Jaarverslag 2018* van de Hoge Raad bevestigt dit wat mij betreft, waar in de Inleiding (o.a.) gesteld wordt dat het bijdragen aan de rechtsontwikkeling 'tegenwoordig de kerntaak' van de Hoge Raad is.

In dezelfde lijn: als de rechter bij rechtsvorming gehouden zou zijn de zgn. algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming te volgen (vgl. R. Ortle, 'Het Hangmat-arrest en de algemene beginselen van behoorlijke rechtsvorming', in: R. Ortle e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: WLP 2016, p. 299 e.v.), dan miskent men in feite dat de rechter rechtsvormend mag optreden; die extra eis beperkt immers die bevoegdheid en miskent zo de (ver)ander(d)e functie en rol die de rechter heeft te vervullen ten opzichte van de wetgever als die rechter als rechtsvormer optreedt. Zie ook, met veel nuances, over deze bevoegdheidsvraag Groenewegen 2006, p. 219-221. Zie verder nog over dit (soms semantische) debat P. Kop, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad?', *NJB* 2011/796, p. 1040 e.v.

Ook in het bestuursrecht wordt de rechtsvormende taak van de rechter inmiddels breed erkend, zie bijvoorbeeld De Poorter 2018, p. 870, en geaccentueerd (zie A.T. Marseille e.a., *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag: Bju 2007, p. 3). Zie ook J.E.M. Polak, 'Rechtsvorming bij en de dialoog met de bestuursrechter', *NJB* 2014/4, p. 15 e.v. (die benadrukt dat de

rechtsvormende taak in het bestuursrecht beperkter is dan elders). Dezelfde erkenning zien we overigens ook in andere landen, zie hierboven en in het algemeen ook nog M. Feteris, 'Development of the Law by Supreme Courts in Europe', *Utrecht Law Review*, Volume 13, Issue 1, 2017, p. 156.

Enkele vragen van rechtsvorming bij en door het Hof van Justitie van de EU en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bespreek ik in nrs. [52]-[54].

Interessanter is dan ook de vraag waarom rechterlijke rechtsvorming gewenst is, en in welke mate. Gewenst is rechtsvorming vooral om het recht bij de tijd te (kunnen) houden, om in te kunnen spelen op de maatschappelijke actualiteit, om flexibel te kunnen zijn, zodat onrecht vermeden kan worden.

Ter toelichting veroorloof ik mij om slechts drie woorden (en een vindplaats) te gebruiken: de Zutphense juffrouw (HR 10 juni 1910, W. 9038).

Voor België: Schollen 2007, nr. 171.

Hoeveel ruimte er dan voor rechtsvorming nodig is, is lastiger en niet in zijn algemeenheid bij voorbaat te zeggen. Dat ligt heel algemeen eraan hoeveel flexibiliteit nodig is.

Vgl. o.a. G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd', *AA* 2015, p. 61 e.v., m.n. p. 67. Giesen/Schelhaas 2006, p. 159, wijzen erop dat er algemene onenigheid bestaat over de (gewenste) reikwijdte van rechtsvorming door de Hoge Raad. Een belangrijk meningsverschil betreft daarbij de vraag of en in hoeverre de hoogste rechter zich primair of louter over het specifieke geschil zoals dat voorligt, zou mogen uitspreken, dan wel of hij ook verder mag gaan of zou moeten gaan, en uitspraken zou moeten doen die bewust de grenzen van het geschil overstijgen. Zie tegen die laatste insteek Sieburgh 2005, p. 911.

Ik heb ooit een poging gewaagd om het (verplicht moeten) aanhaken bij een bestaand individueel *geschil* als het om rechtsvorming gaat, te doorbreken, zie I. Giesen, 'De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen', *WPNR* 6494/2002, p. 447 e.v., met reacties en naschriften in *WPNR* 6498/2002 en 6507/2002, en ook nadien aandacht gevraagd voor de problemen die de gerichtheid op individuele zaken met zich brengt, zie I. Giesen, 'Golvende rechtsontwikkeling', *AV&S* 2006, p. 1, alsmede Giesen 2011. Zie (in verband met strafrechtelijke prejudiciële vragen) ook G. Knigge, 'Rechter zonder zaak', *RM Themis* 2015, p. 93-94.

Een in verband met de omvang van dit deel noodzakelijke inperking is dat ik niet in zal gaan op de vraag hoe onze cassatierechtspraak precies functioneert, gegeven het gebruik en de valkuilen van cassatietechniek.

Ook het instrument 'cassatie in het belang der wet' komt als zodanig niet specifiek aan bod. Zie nader over e.e.a. Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015; W.D.H. Asser, *Civiele cassatie* (3^e druk), Nijmegen: AAL 2018; W.D.H. Asser, 'Cassatie in civiele zaken', in: A. de Moor van Vught e.a., *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Den Haag: Bju 2007; F.B. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015, m.n. p. 927-930; (rechtsvergelijkend) M. Loth & M. Kooijman, 'Cassatie in variaties', in: De Graaff e.a. 2016, p. 257 e.v.; L. Timmerman, 'vier cassaties in het belang der wet', in: De Graaff e.a. 2016, p. 321 e.v.; B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Dat betekent dat ook het debat over de feitelijke bepaaldheid van rechtspraak, inclusief de invloed van het stelsel van burgerlijk procesrecht daarop en het onderscheid 'feit' en 'recht', hierna niet zal worden besproken.

Zie daarover o.a. Asser/Vranken** 1995/7 e.v.; H.J. Snijders, 'Rechtsvinding door de burgerlijke rechter in (dood)gewone zaken', *TREMA* 1997, vooral p. 43-47; Pontier 1998, p. 23 e.v.; Smith 2007, m.n. p. 59 e.v.; Hartendorp 2008, p. 105 e.v.; Schlag 2018, p. 20 ('procedural posture'), en Van Gerven/Lierman 2010, p. 215 e.v. Voor Duitsland bespreekt Hergenröder 1995 uitvoerig de (on)mogelijkheden van procesrechtstelsels voor de rechtsvinding. Zie tevens Maultzsch 2010.

De inbedding van de rechtsvinding in een breder civielprocesrechtelijk kader door Vranken in diens (eerste) *Algemeen Deel* is vrijwel direct tot onze standaardkennis gaan behoren. Ik zal datzelfde hier niet trachten te herhalen, want dat zou ook enkel een (waarschijnlijk snel weer achterhaalde) update van het besproken procesrecht opleveren. Ik merk wel nog op dat het debat over de vraag hoe actief de civiele rechter kan en mag/moet zijn, zie *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/496 e.v., hierbij een belangrijke factor (en mogelijk beperking) is voor de rechter (hoeveel feiten komen boven tafel?).

Terzijde, in het kader van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad zoals ingevoegd in art. 392 e.v. Rv – hetgeen een duidelijke wettelijke uitbreiding van de rechtsvormende speelruimte van de Hoge Raad vormt – speelt het onderscheid tussen rechtsvragen, feitelijke vragen en gemengde vragen ook nog een rol, zie nader Giesen e.a. 2016, p. 132-139.

Ook merk ik hier alvast op dat de Hoge Raad tegenwoordig vaker zelf de kern van het geschil voorop lijkt te stellen, zie nr. [58] waar ik dat 'casusdominantie' in plaats van 'casusgerichtheid' noem.

Ik vertrek in dit boek wel vanuit de breed erkende notie dat er in het kader van de rechtsvinding altijd een stevige wisselwerking plaatsvindt tussen de toe te passen norm en de aanwezige (vastgestelde) feiten, ook (zelfs) op het niveau van de Hoge Raad.

Zie nader A. Hammerstein, 'Beklemd tussen feit en recht', *TCR* 2015, p. 152: 'De feiten zijn altijd belangrijk. Ook in cassatie gaat het vooral over de feiten'. Vgl. ook Smith 1998; Schoordijk 1988, p. 58; en W.E. Haak, 'Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid?', *NJB* 2000, p. 713, en nr. [8]. De feiten bepalen welke normen van toepassing kunnen zijn, en daarmee welke beslissingen zich kunnen aandienen; die drie elementen zijn geen losse stappen, maar van elkaar afhankelijk en op elkaar betrokken. Zie o.a. H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen*, Deventer: Kluwer 1972, p. 8-11; Asser/Vranken** 1995/106-115; Schlag 2018, p. 20-21, en ook nog Posner 2013, p. 7: 'legal decisions are fact-driven, not theory-driven'.

Die drie stappen, en het 'Hin- und Herwandern' daartussen, zijn overigens ook weer afhankelijk van de 'Vorverständnis' bij degene die interpreteert: tekst en interpreteerder zijn verbonden. Ik werk dat hier niet uit, anderen deden dat beter dan (hier) voor mij mogelijk is, zoals Kramer 2010, p. 306-317, en J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1978, m.n. p. 112 e.v., met verdere verwijzingen naar vooral Duitse literatuur. Vgl. ook H.J. Snijders, 'Door labyrinten en Gnossiennes', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 271-276.

Los van deze vorm van wisselwerking tussen feit en norm treedt de Hoge Raad overigens soms 'gewoon' op als ware hij feitenrechter. Zie bijvoorbeeld het tweede *Srebrenica*-arrest (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223) waarin hij onderbouwt waarom hij dat doet, in r.o. 4.7.8:

"Voor het hof hebben beide partijen de argumenten aangevoerd op grond waarvan naar hun mening wel, respectievelijk geen causaal verband bestaat tussen het niet bieden van de keuze aan de mannelijke vluchtelingen om op de compound te mogen blijven, en het doden van deze mannen door de Bosnische Serven. (...) Geen van beide partijen heeft geklaagd dat het hof bepaalde feiten of omstandigheden ten onrechte niet in zijn beoordeling heeft betrokken.

Een en ander brengt mee dat de Hoge Raad zelf het causaal verband kan beoordelen op basis van de door het hof vastgestelde feiten en omstandigheden. *Hoewel daarvoor mede een feitelijke waarderings* nodig is, ziet de Hoge Raad – met name gelet op *de lange tijd die inmiddels is verstreken* sinds de gebeurtenissen rond Srebrenica in 1995 en de lange duur van de procedure (vanaf juni 2007) tot nu toe – aanleiding om met inachtneming van de art. 420-421 Rv zelf de zaak op het punt van de causaliteit af te doen." (mijn curs., IG)

Omdat de feiten zoals vastgesteld, bepalend zijn voor de uitleg en invulling van de norm, is ook de thematiek van de waarheidsvinding direct te verbinden met het debat over rechtsvinding. Ik ga daar echter niet apart op in, zie nader R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011; *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/71 e.v.; en *Asser/Procesrecht Giesen 1* 2015/77 e.v., met verdere verwijzingen, maar wijs wel nog erop dat als de kwalificatie van de feiten niet met zekerheid kan geschieden, het uiteindelijke, daarop gebaseerde oordeel ook geen 'zekerheid' vormt (Hartendorp 2008, p. 20). De rechtsvinding in de alledaagse praktijk, die vooral ook veel feitenvinding met zich brengt, staat hier dus ook niet centraal, zie nader nr. [8], alsmede uitvoerig Hartendorp 2008.

Daarbij aanhakend: ik ga niet in op het onderscheid tussen 'makkelijke' en 'moeilijke' gevallen; dat leidt tot afbakeningskwesaties (definitiedebatten) die ik niet interessant vind. Voor de liefhebber, zie o.a. Van Gerven/Lierman 2010, p. 263-266, met vele verwijzingen, ook naar de Nederlandse literatuur.

Dit alles laat onverlet dat de Hoge Raad soms zelf als feitenrechter opereren moet (daar is ook een wettelijke basis voor, bijv. in art. 77 RO) en dan dus bijvoorbeeld ook zelf een comparitie of bewijslevering kan gelasten, zie HR 19 januari 2007, NJ 2007/64 en HR 22 februari 2008, NJ 2008/125 (*Zwitsers testament*), alsmede het net besproken tweede *Srebrenica*-arrest (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223).

3 Rechtsvinding in de trias politica; taak en doel van de civiele rechtspraak

Om de verhouding wetgever-rechter inzichtelijk te kunnen maken, zal hier eerst een enkel woord gewijd worden aan de context waarin die verhouding tussen wetgever en rechter functioneert. Ik doe dat vanuit de basisnoties inzake de 'trias politica'.

Zie hierover ook het debat dat gevoerd is na de *Urgenda*-uitspraak in eerste en tweede aanleg (Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196 en Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591; AB 2018/417), waarover ook nog nr. [7] hierna, de conclusie van Langemeijer en Wissink in de *Urgenda*-zaak (ECLI:NL:PHR 2019:887, m.n. nrs. 5.20-5.28) en bijvoorbeeld R. van Gestel & M. Loth, 'Voorbij de trias politica', AA 2019, 647 e.v.

Zie voor België bijvoorbeeld Schollen 2007, nrs. 7 e.v., die aldaar ook de overgang tussen 'machtenscheiding' en 'evenwicht van machten' laat zien (vgl. nr. [2]), alsmede M. Adams, *Recht en democratie ter discussie*, Leuven: UP Leuven 2006, p. 105 e.v.

In dit verband mag niet vergeten worden dat de rechtsontwikkeling ook 'gestuurd' kan worden of 'afkomstig' kan zijn van 'de markt' en bracheorganisaties, ofwel 'zelfregulerende private actoren' of private regelgevers; het gaat dan om zelfregulering of alternatieve regelgeving. Zie uitvoeriger hierna nr. [17].

Relevante verschillen tussen wetgever en rechter, beide onderdelen van deze trias (het bestuur blijft hier buiten beeld), zijn bijvoorbeeld de democratische legitimatie – die de direct verkozen wetgever uiteraard heeft – versus het ontbreken van dat specifieke type legitimatie als het om de niet-verkozen rechter gaat. Een tweede verschil is dat – algemeen gesproken – wetgeving een zekere, ingebakken (procedurele) starheid kent, terwijl de rechter, als zich eenmaal een zaak heeft aangediend, vrij flexibel kan opereren. Een derde verschil betreft dat de wetgever het initiatief kan nemen om tot nieuw recht te komen, hetgeen de rechter niet kan; deze dient te wachten op de zaak zoals die zich aandient, ook als het om een prejudiciële vraag van een feitenrechter gaat.

Wat er zij van deze verschillen, de kernvraag – gegeven het uitgangspunt dat de rechter het recht moet interpreteren en ook mag rechtsvormen – betreft natuurlijk de vraag hoe

ver de rechtsvormende taak van de rechter reikt ten opzichte van de andere rechtsvormer, de wetgever. Die vraag kan vanuit twee kanten benaderd worden.

Zo kan ten eerste de vraag gesteld worden wat de wetgever van die verhouding tot de rechter vindt. Daarbij geldt dat de stelling dat de wetgever de uitsluitend verantwoordelijke actor zou zijn voor de rechtsvorming, achterhaald is. Veeleer is sprake van een gedeelde verantwoordelijkheid of volgens sommigen zelfs van een goeddeels naar de rechter verschoven taak.

Zie hierover en over het navolgende Giesen/Schelhaas 2006. Zie ook Asser 2005, p. 224. Zie verder nr. [2], en nrs. [9]-[10] en [16] hierna. Wel ligt de regie en (daarmee ook de) eindverantwoordelijkheid mijns inziens ook nu nog steeds in eerste instantie bij de wetgever, vgl. I. Giesen, '(Zelf) Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een ReL?', *NTBR* 2018/19, p. 135 e.v., ook al laat de wetgever het wel regelmatig afweten. Sieburgh noemt in dit verband de Wet bescherming bedrijfsgeheimen, zie C.H. Sieburgh, 'Van geen inbreuk op een recht naar inbreuk op geen recht', *RM Themis* 2019/1, p. 42, en Hartlief noemt de Wet afwikkeling massaschade in een collectieve actie (WAMCA), zie T. Hartlief, 'Massaschaderecht in ontwikkeling', *TPR* 2019-2, p. 465 (noot 54).

Tot waar de macht van de rechter precies reikt, staat ter discussie. Staat het hem bijvoorbeeld vrij tegen bestaande wettelijke bepalingen in te gaan, en de (ratio der) wet opzij te zetten? Algemeen wordt erkend dat de rechtsvormende bewegingen van de Hoge Raad noodzakelijk en onvermijdelijk zijn, maar ook gevaren met zich brengen, vooral als een en ander resulteert in *contra legem*-jurisprudentie, rechtspraak die tegen de wet in gaat.

Echter, omdat de wetgever (vrijwel) altijd kan ingrijpen en dan het laatste woord heeft, is het interessant(er) – en dat gebeurt dan ook vrijwel standaard – om deze verhouding juist, en dat is dan de andere kant van de medaille, vanuit de (civiele) rechter te bezien. Zie nader nr. [11], alsmede nrs. [18]-[22]. Het thema van de verhouding tussen wetgever en rechter gaat daarmee dus vooral om rechterlijke rechtsvinding. Wat kan de civiele rechter in Nederland zich veroorloven ten opzichte van de wetgever als het om het vinden, en meer bepaald de vorming, van het privaatrecht gaat? Hoe ver kan en mag hij gaan, en hoe ver gaat hij in feite?

Zie ook al nr. [2]; Hartlief 2015, p. 916, en Stolker 1993. Is de grens daar gelegen, waar de wetgever 'stop' zegt en de rechter terugfluit, of moet de rechter zelf al (eerder) een grens in acht nemen (omdat handelen diens rechtsvormende taak te buiten zou gaan)? Of moet men die grens in onderlinge samenwerking bepalen en hoe doet men dat dan (vgl. nrs. [10] en [18])?

Uiteraard geldt bij dit alles nog steeds dat de wetgever – die ook in een veranderende wereld opereren moet, vgl. J. Groen e.a., 'Wetgeven in een veranderende wereld: uitdagingen en dilemma's', *RdW* 2015 (36) 2, p. 3 e.v. – uiteindelijk de hoogste regelgevende macht in onze rechtsstaat is, zodat hij formeel altijd het laatste woord heeft. Zie nr. [10] en bijvoorbeeld Martens 2000, p. 751, en Lord Dyson, 'Are the Judges Too Powerful', in: *Justice. Continuity and Change*, Oxford: Hart 2018, p. 56. Schollen 2007, nr. 174, beschrijft dit primaat van de wetgever als 'logisch' voortvloeiend uit de aard van de bevoegdheden die verdeeld worden in een moderne staat. Dat betekent ook dat bezwaren tegen rechtsvorming door de rechter, voor zover aanwezig, steeds te weerleggen zijn door erop te wijzen dat de wetgever altijd nog kan ingrijpen en de rechter kan 'overrulen', zie Martens 2000, p. 752; Schollen 2007, nr. 178. Genuanceerder op dit punt is T. Hartlief, 'Wie is er bang voor schrijvende rechters', *NJB* 2008/1562, en zeker ook Wiarda/Koopmans 1999, p. 132, die aangeeft dat de wetgever niet altijd kan corrigeren, bijvoorbeeld niet als de gewraakte rechtspraak haar grondslag vindt in het EVRM.

De vraag wat de rechter zich kan en vooral wil veroorloven, hangt mede af van de *taakopvatting* die deze rechter erop nahoudt en het *doel* dat door de rechter nagestreefd wordt. Dat kan en zal verschillen van rechter tot rechter, maar een algemeen gedeeld startpunt kan wellicht zijn dat de rechter tot taak heeft om recht te spreken, in een individueel geschil, binnen het mede door partijen bepaalde procesrechtelijke kader, met oog voor de bredere maatschappelijke context. Het doel dat met die taakopvatting komt, is, zo meen ik, om tot een 'juiste' (of: rechtvaardige, redelijke en billijke) uitkomst te komen, waarbij ik 'juiste' in het licht van het onderwerp van dit boek zou omschreven als 'een te verantwoorden en maatschappelijk aanvaardbare inhoudelijke keuze van de rechter, gegeven de aanwijzingen en argumenten die volgen uit het toepassen van de beschikbare interpretatiemethoden'.

Zie ook nrs. [41]-[42] hierna. Schatplichtig ben ik hier aan Asser/Vranken** 1995 ('te verantwoorden') en aan Schoordijk (aanvaardbaar; ofwel 'werfkracht' in zijn terminologie), zie o.a. H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen*, Deventer: Kluwer 1972, p. 30; en H.C.F. Schoordijk, De methode van rechtsvinding en haar geschiedenis, *TPR* 2003-2, p. 632 en 641. Vergelijkbare terminologie trof ik in het *Jaarverslag 2018* van de Hoge Raad (aan het einde van de bespreking van de *Opzetclausule*-zaak, HR 13 april 2018, *NJ* 2018/463). De notie van 'aanvaardbaarheid' ligt overigens ook al besloten in de motiveringsstandaard – zie HR 4 juni 1993, *NJ* 1993/659 (*Vredo/Veenhuis*) – die ook bij rechtsvormende oordelen geldt, zie nr. [42]. Ik volg hier dus niet de WRR die voorstelde om de taakverdeling in die zin aan te passen dat de Hoge Raad aan rechtsvorming doet en dat andere rechters inzetten op snelle en effectieve geschilbeslechting, zie WRR 2002, p. 14.

Gegeven het feit dat er een keuze te maken valt, en dat het daarmee om de overtuiging van de rechter gaat, zullen ook de persoon van de rechter, diens opleiding en ervaring (o.a. Sieburgh, *NJB* 2008/3, p. 12), alsmede de tijd en plaats (of: de cultuur; zie o.a. J.M. van Dunné, 'Rechtsvinding en cultuur', *TREMA* 2008, p. 423 e.v.) en de maatschappelijke functie van rechtspraak van belang zijn. Dat is een thema dat meer rechtsvergelijkende doordenking en onderzoek verdient dan dit boekje kan bieden: wat is de invloed van het moment waarop en de plaats waar van een zekere rechter (gegeven diens persoonskenmerken) een keuze wordt gevraagd? Zou het *Urgenda*-vonnis (Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196) vijf jaar eerder mogelijk zijn geweest, toen het klimaat minder prominent op de agenda stond? Zou het in 2015 in België gewezen kunnen zijn? Zou het mogelijk zijn geweest zonder de betrokkenheid van een (bestuurlijk en inhoudelijk) zeer ervaren senior rechter aan de vooravond van zijn pensionering? Ik denk het niet; ik denk dat al die factoren relevant zijn geweest. Zie ook J.E.M. Polak, 'De menselijke factor bij de rechtsontwikkeling door rechters', *NJB* 2016, p. 387-394; Posner 2008, met name p. 7-11, doch ook diens hoofdstuk over negen theorieën inzake 'judicial behavior' (p. 19 e.v.), alsmede R.C. Hartendorp & H. Wagenaar, 'De praktische rechter', *R&R* 2004/1, p. 60 e.v., die ervoor pleiten de persoon van de rechter centraal te stellen (p. 87-88), hetgeen overigens ook al door J.M. van Dunné, *Riskante rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 1974, p. 12, gedaan was.

Met de 'persoon' en 'de overtuiging' van de rechter ('durft zij of hij haar of zijn nek uit te steken', vgl. Schoordijk 1988, p. 62) komt ook de vraag naar de invloed van diens ideologie of maatschappijvisie (diens persoonlijke overtuigingen, moraal en waarden) op de voorgrond. Zie daarover bijvoorbeeld Čapeta 2018, m.n. p. 96 e.v., die mede ingaat op de moeilijkheid om de individuele posities van verschillende rechters in een rechterlijk college te achterhalen (p. 101-104) en die oproept om daar onderzoek naar te doen (p. 107). Zij vraagt zich met name af waarom de rechters proberen te verbergen dat ideologie meespeelt, en komt dan uit bij de (fictie van de) machtenscheiding (p. 108), en bij de gedachte dat persoonlijke 'policies' niet spelen maar dat het Hof via teleologisch interpreteren (zie nr. [53]) bij meta-rechtspolitieke antwoorden (en dus niet persoonlijke voorkeuren) uitkomt (p. 109-110). Zij pleit dan ook voor meer transparantie (p. 119). Zo ook W. Wijtvlit, 'De invloed van politiek-economische voorkeuren op de besluitvorming van het Gerecht inzake EU-mededingingsrecht, AA 2020, p. 37 e.v., m.n. p. 47, die ideologie (op het Europese niveau) een beperkte rol toedicht en voor meer openheid en meer onderzoek pleit. Uit Amerikaans onderzoek lijkt inderdaad