

6 De Hoge Raad in rechtsvergelijkend perspectief / van rechtseenheid naar rechtsvorming*

Prof. mr. E.H. Hondius

I Inleiding

In deze bundel staat centraal de plaats van de Hoge Raad in ons huidig staatsbestel. Mij is gevraagd in kort bestek enige rechtsvergelijkende aspecten van dit thema te behandelen en wel met betrekking tot het civiele recht. Van deze taak kan men zich op tweeërlei wijze kwijten. Het meest voor de hand is wellicht de beschrijving van de ontwikkeling van een aantal civielrechtelijke leerstukken in Nederland en enkele andere landen. Een dergelijke beschrijving zou een veelvoud van de mij toegemeten plaatsruimte vergen; bovendien heeft Schoordijk in zijn bijdrage deze aanpak reeds gekozen. Ik heb daarom voor een tweede weg gekozen. Achtereenvolgens zal ik een viertal algemene aspecten van het wijzen van ar-
resten rechtsvergelijkend bekijken. Aan de orde komen: de benoeming van de raadsheren (onder IV), het bereik van de cassatierechter (onder V), het beslag van de cassatierechter kwantitatief gezien (onder VI) en het beslag van de cassatierechter kwalitatief gezien (onder VII). Bij de laatste drie onderwerpen beperk ik mij tot het terrein van de Civiele kamer.

Ik zal de vier deelthema's vanuit het volgende perspectief bezien. Naar mijn mening is in de afgelopen decennia de taak van de Hoge Raad van accent veranderd. Lag de klemtoon enige decennia terug nog op het bewaren van de rechtseenheid, thans kan naar mijn overtuiging beter de rechtsvormende betekenis van de cassatierechtspraak voorop worden gesteld. Deze accentverandering, waar ik enige aandacht aan wil schenken onder II (Nederland) en III (buitenland), heeft consequenties voor de vier door mij behandelde deelterreinen. Onder VIII zal ik enkele conclusies uit mijn onderzoek trekken.

De literatuur over het hier behandelde onderwerp is zeer uitgebreid.

* Met dank aan P.A.M. Meijknecht.

Een handzame samenvatting van hedendaagse ideeën over de taak van de hoogste rechter vinden we in het themanummer van de *Revue internationale de droit comparé* 1978/1 onder redactie van A. Tunc.¹ Hierbij dient in het oog te worden gehouden dat de meeste bijdragen aan dat themanummer zijn geschreven door presidenten en leden van hoogste rechtscolleges. Dit verklaart wellicht de nogal conservatieve kijk op de taak van deze colleges. Bovendien moet worden bedacht dat sinds 1978 in verscheidene landen het aantal bij de hoogste rechter binnenkomende zaken explosief is gegroeid.² Voor wat de situatie in ons land betreft heb ik vooral gebruik gemaakt van recente publikaties in het *Nederlands Juristenblad*³ en in *Trema*.⁴

II Van rechtseenheid naar rechtsvorming: Nederland

Nog voordat de feestelijkheden rond het honderdvijftigjarig bestaan zijn losgebarsten, mag de Hoge Raad zich al in de aandacht van juridisch Ne-

1. Met bijdragen van A. Tunc, *Synthèse*, blz. 5-83, Lord Wilberforce, *La Chambre des Lords*, blz. 85-96, E.N. Griswold, *La Cour Suprême des Etats-Unis*, blz. 97-110, R.A. Frank, *La Cour Suprême de Californie*, blz. 111-119, M.E. Barham, *La Cour Suprême de Louisiane*, blz. 121-138, B. Laskin, *La Cour Suprême du Canada*, blz. 139-147, L. Tremblay, *La Cour d'appel du Québec*, blz. 149-154, S. Dando, *La Cour suprême du Japon*, blz. 155-170, G. Dufwa, *La Cour suprême de Suède*, blz. 171-182, R. Ryssdal, *La Cour Suprême de Norvège*, blz. 183-192, P. Bellet, *France/La Cour de Cassation*, blz. 193-215, S. Grevisse, *France/Le Conseil d'Etat*, blz. 217-227, J.P. Calon, *France/La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat: une comparaison*, blz. 229-245, J. Rutsaert, A. Meeüs, *La Cour de Cassation de Belgique*, blz. 247-274, G.J. Wiarda, *Le Hoge Raad des Pays-Bas*, blz. 275-291, V. Sgroi, *Cour de Cassation d'Italie*, blz. 293-309, H. Salger et al., *La Cour Fédérale de Justice de la République Fédérale d'Allemagne*, blz. 311-344, P. Cavin, *Le Tribunal Fédéral Suisse*, blz. 345-362, A. Touffait, *La Cour de Justice des Communautés Européennes*, blz. 363-372, L.N. Smirnov, *La Cour Suprême de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques*, blz. 373-397, K. Piasecki, Z. Wasilkowska, *La Cour Suprême de la République Populaire de Pologne*, blz. 399-424, V. Gozze Guzetić, *Le Tribunal Fédéral Yougoslave*, blz. 425-431, A. Tunc, *Conclusions: La Cour Suprême Idéale*, blz. 433-471, A. Touffait, *Conclusions d'un praticien*, blz. 473-486.

2. In zijn afscheidsrede 'De Hoge Raad in de toekomst', *Trema* 1987, blz. 186-193 vermeldt Ch.M.J.A. Moons dat het aantal ingekomen zaken bij de Hoge Raad gerekend van 1976 tot 1985 is toegenomen met 230% (Civiele kamer), 289% (Strafkamer) respectievelijk 208% (Belastingkamer); zie voorts de cijfers vermeld in de memorie van antwoord Eerste Kamer bij wetsvoorstel 19 953. In Frankrijk is in de periode 1976-1986 het aantal binnengekomen civiele zaken ruim verdubbeld: van 11 245 tot 23 349.

3. T. Koopmans, Hogere voorziening naar rechterlijk goedvinden, *NJB* 1985, blz. 1417-1421; H.J. Sniijders, Hogere voorziening naar behoefte, *NJB* 1986, blz. 513-517.

4. Zie in het bijzonder de themanummers in de jaargang 1987 over het RA10-congres 'De rechter als dictator?', waarvan ook een gelijknamige congresbundel is verschenen (*Lochem* 1987).

derland verheugen. Eind vorig jaar verscheen een boek waarin Van Koppen en Ten Kate de doopceel lichten van alle tot nog toe benoemde raadsheren.⁵ Nog recenter is de dissertatie van Bruinsma, waarin het rechtsprekingsproces in de Hoge Raad en het aanpalende Haagse circuit grondig is geanalyseerd.⁶ Wat tot dusver ontbreekt, is een Nederlandse versie van *The Brethren*, de bekende journalistieke reconstructie van de procesgang in het Amerikaanse *Supreme Court*.⁷

In laatstgenoemd boek wordt uitgebreid ingegaan op de denkbeelden van de verschillende individuele rechters. Meer in het algemeen bestaat er in de *common law*-landen⁸ een uitvoerige biografische belangstelling voor leden van de rechterlijke macht, in het bijzonder leden van de hoogste rechtscolleges.⁹ Nu in ons land de politieke betekenis van de Hoge Raad minder groot is dan in andere landen, terwijl de individuele raadsheren anderzijds in geringere mate gelegenheid krijgen zich bijvoorbeeld via eigen 'opinions' tegenover de anderen te profileren,¹⁰ zal de belangstelling voor een boek over de 'Pleiners'¹¹ eveneens minder aansprekend zijn.

5. P.J. van Koppen, J. ten Kate, *Tot raadsheer benoemd/Anderhalve eeuw benoemingen in de Hoge Raad der Nederlanden*, Arnhem 1987.

6. J.F. Bruinsma, *Cassatie-rechtspraak in civiele zaken/een rechtssociologisch verslag*, diss., Utrecht, Zwolle 1988. Deze studie werd geïnspireerd door A. Paterson, *The Law Lords*, Londen 1982. In de *common law*-landen zijn het soms leden van de hoogste rechtscolleges die de lezer een kijk achter de schermen gunnen: zie J. Pickles, *Straight from the bench/Is justice just?*, Londen 1987 en W.H. Rehnquist, *The Supreme Court/How it was, how it is*, New York 1987.

7. B. Woodward, S. Armstrong, *The Brethren/Inside the Supreme Court*, New York 1979.

8. Deze landen worden hier gemakshalve over één kam geschoren. Juist op het punt van de rechterlijke macht bestaan er ook belangrijke verschillen: zie D. Pannick, *Judges*, Oxford 1987.

9. Zie bijvoorbeeld R. Kent Newmyer, *Supreme Court Justice Joseph Story*, Chapel Hill 1986. J. Steamer, *Chief Justice/Leadership and the Supreme Court*, Columbia 1987, vergeleekt vijftien Chief Justices van het Amerikaanse Supreme Court. Meer op juridische analyses gericht zijn J.L. Jowell en J.P.W.B. McAuslan (red.), *Lord Denning: The Judge and the Law*, Londen 1984 en H. Schwartz (red.), *The Burger Years/Rights and wrongs in the Supreme Court 1969-1986*, New York 1986. Interessant zijn voorts de vele autobiografieën van rechters als de juist genoemde Lord Denning en William O. Douglas.

10. Zie over de invloed van persoonskenmerken op rechterlijke uitspraken J. ten Kate en P.J. van Koppen, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, diss. Rotterdam, Arnhem 1984. De poging van Van Maarseveen om de individuele leden van een kamer van de Hoge Raad meer onder de aandacht te brengen kon niet op ieders instemming bogen – zie de discussie in *NJB* 1988, blz. 819-821.

11. De term is binnenkort, na de verhuizing van de Hoge Raad naar het Lange Voorhout, alweer obsoleet.

Ook het aantal schandalen waarbij raadsheren betrokken zijn, is zo gering dat de journalistieke pers nauwelijks geïnteresseerd lijkt.¹²

Dat de belangstelling voor het *instituut* Hoge Raad evenwel groeit, dient onder meer te worden toegeschreven aan de toegenomen betekenis van de Hoge Raad voor de ontwikkeling van het recht. Dat deze betekenis is toegenomen, behoeft nauwelijks adstructie. In het juridisch onderwijs worden de 'kraak- en staakjurisprudentie', euthanasie en abortus als belangrijkste voorbeelden van een teruggred van de wetgever en een daarvoor in de plaats treden van de 'wetgever-plaatsvervanger'¹³ genoemd.

In de literatuur over de Hoge Raad wordt genoemde ontwikkeling nog onvoldoende onderkend. Traditioneel wordt de rechtseenheid als belangrijkste doel van het cassatie-instituut genoemd; ook in de toelichtingen op de wetgeving te dezer zake vindt men de rechtseenheid als leidende gedachte genoemd.¹⁴ De bijdrage aan de rechtsvorming wordt niet ontkend, maar evenmin uitdrukkelijk genoemd. Exemplarisch is G.J. Wiarda:

'L'objet de la décision de cassation est de veiller à ce que, dans les décisions judiciaires, les formes requises soient observées et d'assurer une application uniforme du droit dans tout le pays'.¹⁵

Veel explicieter is Wiarda's opvolger Dubbink:

'Wat is de strekking van de cassatie? Historisch gezien had de wetgever twee doelstellingen voor ogen, toen hij de cassatie invoerde; ten eerste dat er in het gehele land eenheid van wetstoepassing zou zijn, ten tweede dat de hoogste rechter een zekere controle op het peil van de rechtspraak zou uitoefenen. In de loop der jaren is aan het eerste doel een verlengstuk gekomen: er is een soort communis opinio, dat de cassatie niet alleen de eenheid van wets- en (later) rechtstoepassing moet bewerkstelligen maar ook moet dienen voor de voortgaande ontwikkeling van het recht'.¹⁶

Pas de laatste jaren plaatsen schrijvers over dit onderwerp de rechtsvor-

12. Een uitzondering moet worden gemaakt voor de belangstelling voor het doen en laten van Hoge Raadsheren gedurende de Tweede Wereldoorlog. Zie hierover P.E. Mazel, In naam van het recht: de Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog, Arnhem 1984. Voorts lijkt onder juristen de belangstelling voor biografieën van juristen eveneens toe te nemen. Zie T.J. Veen, Inleiding, in: Zestig juristen/Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap, Zwolle 1987, blz. 1 e.v.

13. De term is ontleend aan M.J.P. Verburgh, zie noot 25 hierna.

14. Zie voor literatuurverwijzingen mijn diss. Standaardvoorwaarden, Deventer 1978, blz. 499-523.

15. G.J. Wiarda, Le Hoge Raad des Pays-Bas, Revue internationale de droit compare 1978, blz. 275, 277.

16. C.W. Dubbink, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1978, 2, blz. 11.

ming centraal.¹⁷ In recente wetgeving, zoals art. 101a Rv, voorgesteld bij wetsontwerp 19 953,¹⁸ worden de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling naast elkaar gesteld.

Dat deze accentverschuiving niet zoveel aandacht heeft gekregen, is mede toe te schrijven aan het feit dat vaak meer in het algemeen over de verhouding wetgever-rechter wordt gesproken, zonder dat daarbij in het bijzonder aan de Hoge Raad wordt gedacht.¹⁹

III Van rechtseenheid naar rechtsvorming: buitenland

Er is weinig aanleiding te denken dat de ontwikkeling van rechtseenheid naar rechtsvorming in andere Europees-continentale stelsels heel anders dan in Nederland verloopt. Ik sluit nu even de *common law*-stelsels uit – daarover dadelijk meer. Maar ook in de ons omringende landen lijkt het wel of in de literatuur het besef van de toenemende betekenis van de rechtspraak van de cassatie- en revisierechter slechts langzaam doordringt. Zo wordt in het themanummer van de *Revue internationale de droit comparé* de taak van het Belgische Hof van Cassatie als volgt omschreven:

‘La Cour de cassation a pour tâche de maintenir l’unité de la jurisprudence. Elle ne le fait pas, en principe, par la force contraignante de ses arrêts, mais par son autorité morale’.²⁰

Hierbij moet men bedenken dat deze regels zijn geschreven door een oud-president van het Hof van Cassatie. Bij nadere beschouwing blijken veel publikaties over de taak van de hoogste rechtscolleges in de Europees-continentale rechtsstelsels te zijn geschreven door raadsheren en vooral presidenten en oud-presidenten. Ik sluit niet uit dat deze hun schreden op

17. Impliciet T. Koopmans, NJB 1985, blz. 1417; expliciet H.J. Snijders, NJB 1986, blz. 513. Snijders, t.a.p., noemt nog een derde functie van het cassatie-instituut, de rechtsbescherming.

18. Verkorte uitspraak Hoge Raad.

19. Dat is in die zin correct dat ook andere colleges belangrijke bijdragen aan de rechtsvorming leveren. Er zijn zelfs hof-arresten die jarenlang als precedent opgang maken, bij wijze van voorbeeld noem ik Hof Amsterdam 13 april 1972, NJ 1972, 192 (Industriebond NVV/RSV), dat tot de arresten van de HR van 30 mei 1986, NJ 1986, 688 en 7 november 1986, NJ 1987, 226, de dienst uitmaakte in stakingsland. Dit neemt niet weg dat de belangrijkste bijdragen aan de rechtsontwikkeling in laatste instantie van de Hoge Raad plegen te komen.

20. J. Rutsaert, A. Meeüs, La Cour de Cassation de Belgique, *Revue internationale de droit comparé* 1978, blz. 247, 249.

het pad van de rechtsvorming niet te breed willen uitmeten.²¹ Daarbij komt dat deze schrijvers als uitgangspunt veelal de wet kiezen. Welnu, de wet loopt op het punt van de machtscheiding ter zake van de regelgeving noodzakelijkerwijs steeds achter. Het is zelfs de vraag of een wetgever erin kan slagen deze afbakening in vaste regels vast te leggen. De poging van Meijers om dit te doen in de Inleidende Titel van het Nieuw BW kan als mislukt worden beschouwd.²²

De doctrine is minder terughoudend. In zijn samenvattende beschouwing over de ideale cassatierechter schrijft Tunc:

'La mission essentielle unanimement reconnue a une cour suprême est de veiller à la bonne application des règles juridiques par les juridictions inférieures et, par la-même, d'assurer au droit unité, clarté, certitude'.²³

Hij voegt daar echter aan toe:

'Indissociable de cette mission est celle, moins souvent mentionnée, mais que personne sans doute n'oserait nier, de moderniser le droit — c'est-à-dire de l'adapter aux nouvelles conditions sociales et aux aspirations contemporaines — dans des limites à la fois assez claires et difficiles à exprimer'.²⁴

In 1977 heeft Verburgh in ons land voor de Hoge Raad het epitheton wetgever-plaatsvervanger geïntroduceerd.²⁵ Dit duidt erop dat de Hoge Raad zich regelmatig geroepen acht om algemene regels te geven, wat in de leer van de machtscheiding eigenlijk niet past.²⁶ Vaak wordt gesuggereerd dat ons recht zich hiermee in de richting van *common law*-stelsels ontwikkelt. Deze suggestie is ten dele juist. Men dient echter te bedenken dat een volledige gelijkshakeling met de wijze van rechtsvorming in *common law*-stelsels niet voor de hand ligt.

Het uitgangspunt van de *common law*-stelsels is dat het de rechter is die het recht vormt; wetgeving wordt gezien als uitzondering en dienovereen-

21. De doctrine heeft er al moeite genoeg mee om het rechtersrecht als recht te kwalificeren. Zie *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri Capitant XXXI, Paris 1982 en voor een recent overzicht in het Duits-talig gebied F. Bydlinski, *Hauptpositionen zum Richterrecht*, *Juristen-Zeitung* 1985, blz. 149-163, met verdere verwijzingen.

22. Zie hierover I. Kisch, *Het eerste zevental/Aantekeningen bij de art. 1-7 Inleidende Titel van het Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek*, *RM Themis* 1955, blz. 137 v. Curiositeitshalve merk ik op dat het nieuwe BW van Paraguay (1985) wel de verhouding rechter-wetgever beoogt te regelen, zie M. Baus, *RabelsZ* 1987, blz. 440-453.

23. A. Tunc, *Conclusions: La Cour Suprême idéale*, *Revue internationale de droit comparé* 1978, blz. 433, 435-436.

24. Tunc, blz. 436, met verdere verwijzingen.

25. M.J.P. Verburgh, *Stellingen voor het Wiarda-symposium*, *NJB* 1977, blz. 507.

26. Zie over deze ontwikkeling J.M. Polak, *Algemene inleiding*, in: *De rechter als dictator?*, *RAIO-congresbundel*, Lochem 1987, blz. 11-43.

komstig restrictief geïnterpreteerd. Bij wijze van voorbeeld verwijs ik naar de mooie analyse van de ontwikkeling van 'tort law' in de Verenigde Staten door White.²⁷ Deze auteur beschrijft onder andere hoe de president van het Californische *Supreme Court* Traynor zich de twee concurrenten van de rechter als rechtsvormer — jury en wetgever — van het lijf probeert te houden.²⁸ Een Europees-continentale benadering zou veeleer de wetgever als rechtsvormer zien, met rechter — en mogelijk bestuur — als zijn concurrenten.

IV De benoeming van raadsheren

Wie het kort geleden verschenen boek van Van Koppen en Ten Kate over de benoeming van raadsheren in de Hoge Raad doorneemt, zal het opvallen dat de accent-verschuiving van rechtseenheid naar rechtsvorming nog zo goed als geen gevolgen voor het benoemingsbeleid heeft gehad. Gevolg van de afnemende betekenis van de handhaving van de rechtseenheid is dat geharrewar over de representatie van de diverse provincies en zuilen van onze samenleving — in de vorige eeuw regelmatig leidend tot doorbreking van de adviezen van de Hoge Raad — thans niet meer lijkt voor te komen. Het vervolg van deze ontwikkeling zou dan eigenlijk moeten zijn, dat met het oog op de rechtspolitieke betekenis van de rechtsvorming raadsheren-in-spe aan een politieke test zouden worden onderworpen.

De verhoren van Reagan-kandidaat Bork voor een zetel in het Amerikaanse *Supreme Court* liggen nog zo vers in het geheugen, dat een ieder zich kan voorstellen hoever zo'n politieke test kan gaan.²⁹ Maar ook dicht bij huis heeft de (partij)politiek haar intree bij de benoeming van hoogste rechters gedaan. Bij wijze van voorbeeld noem ik de Duitse Bondsrepubliek. In 1986 diende daar de SPD een wetsvoorstel in dat ertoe dient te leiden dat alle rechters in de *Oberste Gerichte* voortaan met een tweederde meerderheid worden gekozen.³⁰ Ingevolge het huidige *Richterwahlgesetz* van 1950 worden de bijna 500 rechters van vier van de vijf hoogste rechtscolleges (*Bundesgerichtshof*, *Bundesarbeitsgericht*, *Bundessozialgericht* en *Bundesverwaltungsgericht*, alleen voor het *Bundesverfassungsgericht* geldt een afwijkende regeling) met eenvoudige meerderheid gekozen door

27. G.E. White, *Tort Law in America/An Intellectual History*, New York/Oxford 1980.

28. White, o.c. (vorige noot), blz. 183 e.v.

29. Zie over het pre-Bork tijdperk L.H. Tribe, *God Save This Honorable Court/How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, New York 1985 en N.D. McFeeley, *Appointment of judges/The Johnson presidency*, Austin 1987.

30. Wetsvoorstel van 7 mei 1986, BT-Drucksache 10/5446.

een commissie van 22 leden, elf uit de Bondsdag en elf uit de verschillende *Länder*.

Aanleiding voor de SPD om een verandering in deze regeling voor te stellen was een incident. Op 30 januari 1986 moesten twaalf nieuwe rechters worden gekozen. Elf van de twaalf kandidaten bleken dichtbij CDU/CSU te staan. Op kwaliteit was volgens de SPD niet gelet. Boos verlieten de SPD-afgevaardigden de *Richterwahlausschuss* op het moment van de stemming.

In de Duitse pers werd fijntjes opgemerkt dat de SPD Butter op het Haupt had. De belangrijkste SPD-woordvoerder Gunther, toen nog minister van Justitie in de deelstaat Hessen, heeft in zijn lange carrière als lid van de *Richterwahlausschuss* nog nooit een ander dan trouwe SPD-ers of de daarmee gelieerde OTV-leden voorgedragen als rechter. En de CDU/CSU hoeft zich niet al te zeer op te winden over het weglopen van de SPD-afgevaardigden. Toen in 1975 de toenmalige socialistisch-liberale coalitie een SPD-lid voortrok, hadden de CDU/CSU-leden zelf de vergadering verlaten toen het op stemmen aankwam.

Een politisering zoals die zich in Duitsland heeft voltrokken, zal menig- een afstoten. De enige weg waarlangs deze ontwikkeling – wellicht – kan worden vermeden is die van het Franse stelsel, waarin de benoeming tot raadsheer de bekroning van een carrière in de magistratuur is.³¹ Dit stelsel wijkt geheel af van het Nederlandse, waarin juist ook juristen van buiten de rechterlijke macht tot raadsheer in de Hoge Raad plegen te worden benoemd. Dit stelsel wordt door velen als zeer doeltreffend beschouwd. Onze conclusie moet dan ook zijn dat ons benoemingsstelsel geen wijziging behoeft. Wel zal in de toekomst wellicht meer expliciet dan thans aandacht moeten worden geschonken aan de rechtsvormende kwaliteiten van kandidaten.

V Het bereik van de cassatierechter

Er zijn de afgelopen decennia bibliotheken vol geschreven over de toegang tot het recht.³² De toegang tot de cassatierechter krijgt in dit kader evenwel nauwelijks aandacht. Dat is wel begrijpelijk, waar immers in de *access*

31. Zie voor een lichtvoetige beschrijving van het Franse carrière-stelsel D. Soulez Larivière, *Les juges dans la balance*, Parijs 1987. Dit stelsel is overigens evenmin als enig ander stelsel geheel immuun voor politisering. Iedere keer verschijnen er tegen de verkiezingstijd in de Franse pers wel beschuldigingen over het voortrekken bij bevorderingen van partijgenoten, zie bijvoorbeeld *Le Monde* van 11 februari 1988, blz. 11.

32. Zie met name de vele geschriften van M. Cappelletti en in het bijzonder de onder zijn redactie tot stand gekomen serie *Access to Justice*, Alphen aan den Rijn/Milano 1978-1979.

to justice discussie de zorg voor de individuele justitiabele veelal centraal staat. Alleen waar groepen rechtzoekenden in het vizier worden genomen, pleegt ook de rechtsvorming – en daarmee de toegang tot de hoogste rechter – enige aandacht te krijgen.

Recentelijk is in onze contreien de discussie over alternatieven voor de rechtsgang voor de overheidsrechter nieuw leven ingeblazen. Aan de ene kant wordt gesteld dat buitengerechtelijke geschillenbemiddeling en -beslechting, bijvoorbeeld via de geschillencommissies van de Stichting Consumentenklachten, een zorgelijke zaak is.³³ Anderzijds is verdedigd dat juist de informele afdoening van geschillen een groot rechtsgoed is.³⁴ Hoewel mijn sympathie naar laatstgenoemde visie gaat, moet ik erkennen dat juist het punt van de rechtsvorming vaak voor de overheidsrechter pleit. Alleen langs deze weg kan immers worden bereikt dat de cassatierechter de ontwikkeling van alle rechtsonderdelen in de hand houdt. Laat men de beslechting van bepaalde conflicten, bijvoorbeeld in de sfeer van het gezondheidsrecht of de internationale handel, geheel aan zelfregulering over, dan gaat daarmee in de praktijk de invloed van de hoogste rechter gewoonlijk zo goed als verloren.³⁵

In verschillende landen hebben wetgevers en rechters oog gehad voor het hier geschetste probleem. Het ligt voor de hand dat in het bijzonder in de *common law*-landen het vraagstuk aandacht heeft gekregen. In die mate zelfs dat de arbitrage zich in het Verenigd Koninkrijk niet dan met moeite enigszins heeft weten te bevrijden van de als drukkend ervaren bemoeienis van de zijde van de overheidsrechter. In enkele Scandinavische landen is men erin geslaagd de beslechting van consumentengeschillen door geschillencommissies te verbinden met overheidsrechtspraak.³⁶

Dit is typisch een probleem dat bij een gerichtheid op de rechtseenheid als taak van de cassatierechter minder op de voorgrond zal treden. De opkomst van tal van particuliere rechtsgangen staat immers niet aan rechtseenheid in de weg. In tegendeel: omdat de particuliere rechtspraak veelal aanzienlijk minder gedeconcentreerd is dan die van de overheidsrechter, is eenheid van functionele rechtsgebieden hierbij zelfs beter gewaarborgd. Het is meer op het niveau van vergelijking van functionele rechtsgebieden

33. In deze zin B. Demeulenaere, De beslechting van consumentengeschillen naar Belgisch recht, diss., Gent, Antwerpen 1986.

34. E. Blankenburg en Y. Taniguchi, Informal alternatives to and within formal procedures, General report presented at the eighth International Congress on Procedural Law, Utrecht 24-27 August 1987.

35. Gewoonlijk: niet steeds. Raadsheren in de HR maken deel uit van verschillende buitengerechtelijke geschillencommissies en tuchtcolleges, zoals de Geschillencommissie bankbedrijf en de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf.

36. Dat is met name in Denemarken het geval.

dat van rechtsverscheidenheid gesproken kan worden. Ook hier is de betekenis echter kennelijk zo gering dat bij recente beleidsvoornemens in ons land de overheid er nauwelijks iets aan gelegen lijkt te zijn dat overheidsrechtspraak wordt vervangen door particuliere rechtspraak.³⁷ Wanneer bedoelde beleidsmakers zich meer bewust zouden zijn van de rechtsvormende betekenis van de rechtspraak van de Hoge Raad, zou wellicht minder gemakkelijk terrein aan de particulieren worden prijsgegeven dan wel een tussenweg worden gezocht.

VI Beslag van de cassatierechtspraak: kwantitatief

Is reële executie van een recht op levering van onroerend goed mogelijk? Eens, in een vorige eeuw, heeft de Hoge Raad deze vraag in ontkennende zin beantwoord. Al enkele decennia wordt geleerd dat genoemd arrest niet meer van deze tijd is. Aan het wijzen van een nieuw arrest kwam de Hoge Raad echter niet toe, eenvoudig omdat niemand in cassatie ging. Pas onlangs is de Hoge Raad in de gelegenheid gesteld de uitspraak van negentig jaar geleden weg te strepen.³⁸ Wie voor de introductie van de EG-richtlijn inzake produktaansprakelijkheid het op die materie toepasselijke recht wilde kennen, had één hooguit twee arresten om zijn kennis uit te putten.³⁹

Het probleem dat ik hiermee aan de orde stel, zal duidelijk zijn. Vanuit een gezichtspunt van rechtseenheid is er vaak behoefte aan het verlossende woord van de Hoge Raad. Vanuit de invalshoek van de rechtseenheid heeft uitbreiding van het aantal arresten evenwel het nadeel dat een hogere belasting van de Hoge Raad uiteindelijk zal moeten leiden tot meer dan één Civiele kamer. Daardoor zou volgens menigeen de rechtseenheid in gevaar komen.

Zien we naar het buitenland, dan is sprake van een grote mate van variatie. In het vergelijkend overzicht van Tunc loopt het aantal in een jaar gewezen uitspraken uiteen van 50 voor de hoogste rechters van het Verenigd Koninkrijk en Zweden tot ruim 35 000 voor de Italiaanse cassatierechter.

37. Zie het rapport van de Commissie-Wiersma, de Erkennings- en subsidiëringsregeling klachtencommissies en wetsvoorstel 19 976 tot herziening van de kantongerechtsprocedure.

38. HR 3 april 1987, NJ 1988, 276, Kwartaalbericht Nieuw BW 1987, blz. 95 inzake Van der Meer/Verploegh.

39. Dit tot verwondering van buitenlandse onderzoekers; vgl. Ch. Joerges, boekbespreking, Tijdschrift voor Consumentenrecht 1988, blz. 158, 160: 'Es ist für einen ausländischen Beobachter überraschend, unverständlich und erklärungsbedürftig, dass die niederländische Rechtsprechung (im Bereich des Produkthaftungsrechts) dem Umfang nach so spärlich und der Sache nach so zurückhaltend ist'.

Daarmee is ook de grote verscheidenheid in aantallen raadsheren van de diverse hoogste rechtscolleges verklaard.

Vrijwel iedereen is het erover eens dat in ons land spoedig een keuze zal moeten worden gedaan. Enerzijds handhaving van het stelsel van een Civiele kamer vanuit de rechtseenheidgedachte en anderzijds toelating van iedereen tot de cassatierechter is uitgesloten. Zoekt men de oplossing in de sleutel van de rechtseenheid, dan ligt beperking van de toelating voor de hand. Rechtsvergelijking⁴⁰ levert voldoende inspiratie voor een redelijke beperking op; het meest aantrekkelijk lijkt momenteel invoering van een certiorari-stelsel.⁴¹ Rechtsvergelijking leert echter ook dat invoering van een meerkamerstelsel niet noodzakelijk zo rampzalig is als wel wordt voorgesteld. Een goede taakverdeling tussen de kamers kan aan het gesignaleerde bezwaar tegemoet komen.⁴² Afweging van rechtseenheid en rechtsontwikkeling dient in mijn ogen tot een keuze in laatstgemelde zin te leiden.

Vanuit de optiek van de rechtsvorming dienen zich nog andere mogelijkheden aan. Een politiek vooralsnog moeilijk te realiseren optie is aansluiting zoeken bij een andere cassatierechter en de krachten bundelen. We hebben al een Benelux Gerechtshof, maar het ziet er niet naar uit dat dit de voorloper is van een hoogste rechtscollege voor België en Nederland. Wat wel mogelijk lijkt, is een uitwisseling van rechtspraak met andere landen. Een voorbeeld hiervoor is de uitwisseling van jurisprudentie in de Scandinavische landen. Het tijdschrift *Nordiske Domssamling* publiceert driemaal per jaar een aantal interessante uitspraken van de hoogste rechters van Denemarken, Finland, Noorwegen, IJsland en Zweden. Zo zou ook naast de *Nederlandse Jurisprudentie* een *Europese Jurisprudentie* kunnen worden opgericht. Op die terreinen waar sprake is van eenvormig Europees recht, zal dit trouwens toch al noodzakelijk zijn.

VII Beslag van de cassatierechtspraak: kwalitatief

Iets geheel anders is dat het beslag van de cassatierechtspraak op de rechtsvorming van een land ook kwalitatief kan worden bemeten. Op welke wijze geeft de hoogste rechter richting aan de rechtsvinding door lagere rechtscolleges? Over de wijze van rechtsvinding zijn de laatste jaren enkele rechtsvergelijkende publikaties verschenen, die dit terrein in den brede behandelen. Ik wil in dit opstel niet een poging doen alle aspecten van het

40. Zie de eerder geciteerde NJB-publikaties van Koopmans en Snijders.

41. Aldus minister van Justitie F. Korthals Altes, Kamerstuk 20 200, hoofdstuk VI, nr. 10.

42. In deze zin ook Snijders, NJB 1986, blz. 513, 517.

onderwerp aan de orde te stellen. In plaats daarvan belicht ik een enkel punt, waarop in mijn ogen van de buitenlandse hoogste rechtscollages iets kan worden geleerd. Dat is het punt van de motivering: hoe komt de rechter tot een bepaalde uitspraak.

Het is hier dat de optiek van de rechtsvorming een belangrijke rol speelt. Vanuit de rechtseenheid bezien, is het vooral van belang dat er een eenduidig antwoord komt van de zijde van de Hoge Raad. De rechtsvorming daarentegen is erbij gebaat als de nieuwe wet ook van een memorie van toelichting wordt voorzien. Wat zijn de argumenten voor de keuze. Onder welke omstandigheden zou wellicht aan een andere oplossing de voorkeur worden gegeven. Vanuit deze optiek verdient het aanbeveling meer dan thans met literatuur en vroegere rechtspraak in discussie te treden. Het proces van argumentatie dat anders in de parlementaire organen plaats zou vinden, speelt zich nu geheel binnenskamers af. Daarvan iets naar buiten te laten komen, ook via concurring en dissenting opinions kan daarvoor in de plaats komen. Ook rechtsvergelijkende argumenten kunnen een rol gaan spelen.⁴³

Men kan dit in discussie treden ook overdrijven. Wie kennis neemt van de Duitse rechtspraak, zal het met mij eens zijn dat de uitspraken van het Bundesgerichtshof wel erg wijdlopig kunnen zijn. Weldadig doen daarentegen de uitspraken van het Zwitserse Bundesgericht aan. Qua motivering ter overneming aanbevolen!⁴⁴

VIII Conclusie

Met de pen belijden velen dat de bijdrage aan de rechtsvorming tegenwoordig van meer betekenis is dan de bijdrage aan de rechtseenheid. Daaruit worden echter niet altijd de consequenties doorzien. Vier punten heb ik in deze beschouwing doorgenomen. Op alle vier de punten valt uit rechtsvergelijking het een en ander te leren.

Allereerst is er de benoeming van raadsheren. Uit de ervaringen in het buitenland blijkt dat een erkenning van de rechtspolitieke betekenis van de hoogste rechter ertoe kan leiden dat benoemingen een (partij)politiek accent krijgen. Dit is een ongelukkige zaak, die voor ons land geen navolging verdient. Niet ontkend kan echter worden dat de rechtsvormende kwaliteiten van kandidaten meer benadrukking behoeven (zie IV).

Wat betreft het bereik van de cassatierechtspraak moet worden geconstateerd dat de wetgever erg gemakkelijk terrein heeft prijsgegeven aan de

43. Zie over dit laatste mijn bijdrage in de bundel *Recht vooruit*, Deventer 1988.

44. In deze zin ook R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent*, diss Rotterdam, Arnhem 1986, blz. 242-247.

particuliere rechtspraak. In het algemeen is daar niets op tegen – het handhaven van de rechtseenheid wordt er zelfs door vereenvoudigd – maar de rechtsvorming lijdt er wel onder (zie V). Hele branches worden afgesneden van de wetgever-plaatsvervanger, die zijnerzijds de inbreng vanuit deze branches moet ontberen. Een oplossing in Scandinavische zin, bestaande in handhaving van de particuliere rechtsingang in eerste aanleg onder toevoeging van een cassatieprocedure voor de Hoge Raad is hier al voorgesteld, maar ten onrechte nooit serieus in overweging genomen.⁴⁵

Onder VI is aan de hand van enkele voorbeelden aangetoond dat er een tekort is aan rechtspraak van de Hoge Raad, althans op sommige gebieden. Uitbreiding van het aantal arresten is bij handhaving van het eenkamerstelsel niet mogelijk. Dat betekent dat overgegaan moet worden ofwel tot een certiorari-stelsel, waarbij de Hoge Raad zelf bepaalt op welke gebieden nieuwe rechtspraak nodig is, ofwel tot uitbreiding van het aantal Civiele kamers. Terwijl in ons land een duidelijke voorkeur voor een certiorari-stelsel lijkt te bestaan, verdient uit een gezichtspunt van rechtsvorming het alternatief van een meerkamerstelsel de voorkeur (zie VI).

De kwaliteit van de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden verhoogd door meer aandacht aan de motivering te besteden. Vanuit het perspectief van rechtseenheid is de motivering niet zo belangrijk. Voor de rechtsvorming is evenwel een duidelijke motivering van grote betekenis. Over de motivering van de cassatierechtspraak van de laatste jaren kan veel goeds worden opgemerkt. Een punt dat voor verbetering in aanmerking komt, is de expliciete vermelding van de herkomst van de gebruikte argumentatie. De Zwitserse rechtspraak kan hierbij tot voorbeeld dienen (zie VII).

45. Zie echter in deze zin het minderheidsstandpunt van de werkgroep Harmonisatie van standaardvoorwaarden in de bouw, Deventer/Alphen aan den Rijn 1983.