

Taken van de Hoge Raad en zijn Parket in 2025

J.B.M. Vranken*

1 Het jaar 2025

Het is 4 juni 2025, ruim tien jaar na invoering van de voorstellen van de commissie Normstellende taak van de Hoge Raad, ook wel naar haar voorzitter de commissie Hammerstein genoemd. De invoering is bepaald niet geruisloos of zonder slag of stoot gegaan.¹ Vandaag maken wij de balans op of de invoering gebracht heeft wat toen verwacht, gehoopt of gevreesd werd. Het doet mij plezier dat de heer Hammerstein ook aanwezig is. Terecht dat hij eerst gevraagd is de bijdrage over het civiele recht te verzorgen. Wie zou dat beter kunnen dan hij? Hij heeft er echter de voorkeur aan gegeven de evaluatie aan anderen over te laten. De eer is mij te beurt gevallen. Ik dank de organisatoren daarvoor zeer hartelijk: met zo veel jeugdig talent in de zaal, ligt het niet meteen voor de hand iemand te vragen die al jaren tot de pensionado's behoort.

Ik heb besloten niet veel terug te kijken. Of zoals de dichter Valéry zo mooi schreef: ik zal de toekomst niet achteruit tegemoet treden. Ik richt mij op het heden van 2025 en op de nabije toekomst. Dat biedt veel interessants, omdat sinds het rapport Hammerstein veel is gebeurd en nog veel meer staat te gebeuren. De voorstellen in het rapport waren gebaseerd op een analyse van de situatie van begin 21^e eeuw. Ze beoogden een antwoord te zijn op de problemen en uitdagingen die toen geconstateerd werden. Intussen echter is de tijd niet stil blijven staan. Er hebben zich nieuwe vragen, vergezichten, problemen en uitdagingen aangediend. Voor een deel zijn die uitgelokt of bevorderd door dat wat de commissie Hammerstein heeft losgemaakt. Veranderingen hebben immers ook altijd hun eigen, niet helemaal te voorspellen dynamiek; de vrees daarvoor is, zoals wij allemaal weten, vaak

* Hoogleraar methodologie van het privaatrecht, Universiteit van Tilburg. Ik dank Fred Hammerstein, Ivo Giesen en Rob van Gestel voor hun bereidheid eerdere versies van het artikel te lezen en te helpen verbeteren. Missers en andere onvolkomenheden zijn alleen mijn verantwoording.

¹ Met name enkele cassatieadvocaten hebben zich meer of minder sterk verzet tegen het voorstel van de commissie tot een selectie aan de poort. Een belangrijk element van dit verzet was de vrees dat selectie aan de poort ten koste zou gaan van de rechtsbescherming. Vergelijk onder meer H.A. Groen, 'Selectie aan de poort', *Trema* 2008, p. 340-347; B. van der Wiel, 'Selecteren in plaats van afserveren? Het voorstel van de commissie-Hammerstein tot invoering van een selectiekamer bij de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2009, p. 855-859, met reactie van Hammerstein in *Ars Aequi* 2010, p. 112-114, en een naschrift van Van der Wiel, p. 115-116; P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Wat moet de Hoge Raad?' in: J.F. de Groot en H.M. Slaghekke (red.), *Frank en Vrij (Thunissen-bundel)*, 2009, p. 9-29; J. van Duijvendijk-Brand, 'Waartoe is de Hoge Raad op aarde?', *NJB* 2010, p. 553-560. In de bundel A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad, BWKJ 25*, Deventer: Kluwer, 2009 staan verschillende voor het onderwerp van belang zijnde bijdragen. Zo ook in de bundels N.J.H. Huls (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: BJu 2009 (verslag van het eerste symposium in november 2008 over het rapport van de commissie Hammerstein) en G.J.M. Corstens e.a., *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: BJu 2009. Zie voorts B.F. Keulen, 'Cassatie op een breekpunt?', *RM Themis* 2009, p. 201-213 met veel verwijzingen, ook naar eerdere literatuur, want het onderwerp stond in het verleden al regelmatig op de agenda.

sterker dan de behoefte aan hervorming. Dat is ook hier het geval geweest.² Voor een ander deel is sprake van min of meer autonome ontwikkelingen, die zich waarschijnlijk ook zonder het rapport Hammerstein hadden aangediend.

De onmiskenbare verdienste van het rapport is echter geweest – en ik stel dat nu al voorop – dat het bewerkstelligd heeft dat men steeds is blijven nadenken over de kerntaken van de Hoge Raad en welke invloed nieuwe ontwikkelingen daarop hebben c.q. hoe de Hoge Raad daarop moet anticiperen dan wel inspelen. En voorts dat de Hoge Raad dit gedaan heeft en nog steeds doet in een sfeer van openheid en overleg met belanghebbenden en belangstellenden die, vergeleken met de tijd van vóór het rapport, ongekend is.

2 Vijf ontwikkelingen

Ter wille van de overzichtelijkheid rubriceer ik de door mij te bespreken ontwikkelingen in vijf categorieën, precies een handvol. Dat wordt voor sommige ontwikkelingen hier en daar wringen – waar moeten ze ingepast worden? – maar ik hecht aan het getal vijf omdat het nauw aansluit bij de vorm van het onlangs betrokken nieuwe gebouw van de Hoge Raad, gelegen in de Rechtstraat aan het Haagse Grondwetpad. Het gebouw wordt in de volksmond al de handschoen genoemd en dat is symbolisch voor de opstelling van de Hoge Raad. Geen kazerne van waaruit op geregelde tijden beslissingen van soms groot maatschappelijk belang naar buiten rollen, maar – en ik citeer nu voor een deel architectentaal - vingers die als tentakels naar alle kanten reiken om te proeven wat in het grotere geheel de plaats en verantwoordelijkheid van de Hoge Raad voor rechtsvorming en rechtsbescherming zou kunnen of moeten zijn.

De rode draad in mijn betoog wordt gevormd door het begrip “constitutionele dialoog”.³ In het kader van de herziening van de Grondwet is er de afgelopen jaren veel aandacht voor geweest. Vooralsnog is voldoende te weten dat de kern ervan, kort gezegd, is dat rechtsvorming meer en meer plaatsvindt in netwerken van rechtsontwikkeling die niet noodzakelijk institutioneel, grondwettelijk, hiërarchisch of in een systeem van checks and balances verankerd zijn, maar vaak los-vast gevormd zijn met het oog op concrete onderwerpen.

² Met name C.A.J.M. Kortmann heeft in de tijd dat het rapport Hammerstein verscheen bestreden dat de Hoge Raad een rechtsvormende taak zou hebben. Zie C.A.J.M. Kortmann ‘De rechtsvormende taak van de Hoge Raad’, in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuizen, *Raad en daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37. Anderen die in die tijd kritisch stonden tegenover de in het rapport bepleite (sterkere nadruk op de) rechtsvormende taak van de Hoge Raad zijn onder meer T.Hartlief, ‘Den Haag, let op Uw Saek’, *NJB* 2009, p. 1073; C. Schutte, ‘De `rechtsvormende taak` van de rechter? Een kritische noot’, *Ars Aequi* 2009, p. 676-680; P.P.T Bovend´eert, ‘Wetgever, rechter en rechtsvorming’, *RM Themis* 2009, p. 145-153.

³ Vroeger werd in dit verband wel eens uitdagend gesproken over POR, Periodiek Overleg Rechtsvormers. Ik doel op I. Giesen en H. Schelhaas, ‘Samenwerken bij rechtsvorming’, in: Keukens en Van den Nieuwenhuizen 2008, p. 131-154.

De reikwijdte ervan is heel breed.⁴ Het is begonnen met rechtspraak: afspraken en afstemming tussen rechterlijke colleges over taakverdeling en over de interpretatie van bepaalde rechten, bijvoorbeeld in Nederland tussen Hoge Raad, Raad van State en Centrale Raad van Beroep. In Europees verband is onder meer⁵ te denken aan de afstemming tussen het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verder: EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU), en de onderlinge verhouding na toetreding van de Europese Unie (EU) tot het EVRM zo'n 15 jaar geleden. Inmiddels is het begrip constitutionele dialoog veel ruimer getrokken en omvat het behalve rechtspraak ook de wetgever, maatschappelijke groeperingen, NGO's, bestuursorganen met regelgevende bevoegdheden, zoals veel toezichthouders, en daarmee ook alle netwerken waarin deze met elkaar of met andere groepen formeel of informeel verbonden zijn.

In dit artikel zal ik deze brede insteek toespitsen op wat vanuit de Hoge Raad gezien relevant is. Dat komt neer op een schets van vijf netwerken van rechtsontwikkeling waarin de Hoge Raad opereert of in de toekomst kan of zal opereren. Het ene netwerk is verder uitgewerkt dan het andere, maar bij geen enkel is al een eindpunt bereikt, zo dit ooit mogelijk is.

2.1 Rechtspraak en wetgeving

Bekend en vertrouwd is de relatie van wetgeving en rechtspraak als min of meer partners in rechtsvorming.⁶ Maar het is allemaal nog vooral vanuit ieders eigen positie gedacht zo lang die relatie niet meer inhoudt dan dat de Hoge Raad soms adviezen geeft, in jaarverslagen wijst op

knelpunten waarvan het wenselijk zou zijn dat de wetgever ingrijpt, of in rechterlijke uitspraken de wetgever op termijn stelt, in die zin dat als deze niet binnen zekere tijd met een regeling komt, de rechter rechtsvormend zal optreden.

Actiever en explicieter wordt het proces als overleg wordt gevoerd over wie wat doet. Wanneer kan de wetgever kwesties endosseren aan de rechtspraak en, indien dat gebeurt, is het dan een open mandaat of een verwijzing binnen bepaalde aangegeven grenzen? Is er een terugkoppeling? Wanneer kan de Hoge Raad besluiten dat bepaalde zaken zijn rechtsvormende taak te boven gaan? Wat dit laatste betreft, lijkt het er in de praktijk op dat bijvoorbeeld niet de ethische geladenheid van een onderwerp de Hoge Raad op de rem doet staan, maar vooral de breedte van de problematiek: het concrete geval raakt slechts een

⁴ Onder meer M.R. Ferrarese, 'When National Actors Become Transnational: Transjudicial dialogue between Democracy and Constitutionalism', *Global Jurist Frontiers*, 2009, p. 1-31, met veel verdere verwijzingen.

⁵ Zie ook hierna onder 2.3 en 2.4 voor een nog breder veld.

⁶ Partners in the business of law, heb ik dat lang geleden eens genoemd. Het is ook de ondertitel van de in noot 2 genoemde bijdrage van Bovend'eert, zij het bij hem voorzien van een vraagteken.

enkel aspect en kan niet goed beslist worden zonder het geheel onder ogen te zien. Soms is de wetgever daar al mee bezig. Indien de contouren van de nieuwe regeling al redelijk vaststaan, kan anticiperende interpretatie uitkomst bieden. Zo niet dan kan onder meer⁷ gedacht worden aan een vorm van samenwerking die 'creeping legislation' of ook wel een open methode van coördinatie⁸ wordt genoemd. Een voorbeeld is de problematiek van derden die schadevergoeding vorderen wegens aan naasten overkomen ongevallen, medische missers of strafbare handelingen, waarbij deze naasten (partner, ouder, kind) hetzij zijn overleden hetzij ernstig gewond zijn geraakt. Het lukt de wetgever maar niet om dit onderwerp geregeld te krijgen. De Hoge Raad wordt er regelmatig mee geconfronteerd, maar moet meer dan eens neen verkopen. Op den duur is dit niet houdbaar.⁹

Creeping legislation houdt in dat de problematiek stukje bij beetje wordt gereguleerd in een bewust samenspel van rechterlijke uitspraken met ervaringen in de schadepraktijk, kennis vanuit andere disciplines over, ruim gezegd, emotionele schade, en een wetgever die begint met een of meer hoofdlijnen en vervolgens die hoofdlijnen langzaam uitbreidt of bijstelt, mede op basis van wat rechtspraak, praktijk en nieuwe ontwikkelingen laten zien. Het is zeer wel mogelijk dat men na verloop van tijd uitkomt op iets dat men in het begin niet voor ogen had. Uiteindelijk zal het waarschijnlijk een mix van verschillende soorten regels opleveren, waaronder mogelijk 'soft law' in de vorm van Gedragscodes of Richtlijnen. Het past bij de huidige (2025) ontwikkeling van een nieuw privaatrecht dat niet langer bestaat uit een codificatie oude stijl met daar omheen rechtspraak, zoals dat tot voor kort veelal het geval was, maar uit een gelaagde structuur van Europese, nationale, statelijke en niet-statelijke regels en concretisering daarvan in rechtspraak en codes of andere vormen van soft law, met eventueel publiekrechtelijke elementen van toezicht, certificering en controle. Het nieuwe privaatrecht is niet meer te modelleren als een exclusief schema van wetgeving

⁷ De Hoge Raad acht zich zelf niet bevoegd om de formele of lagere wetgever te bevelen wetgeving tot stand te brengen, aan te passen of in te trekken Zie HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 691 (*Waterpakt/Staat*) en HR 9 april 2010, *NJ* 2010, 388, m.o. Alkema (*Staat/Clara Wichmann*) resp. HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 (*Faunabescherming/Fryslân*). Koopmans keerde zich in zijn noot onder Waterpakt tegen de nogal categorisch geformuleerde stellingname van de Hoge Raad op dit punt. In deze zin ook R Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. RU), Deventer: Kluwer 2009 en R. Schutgens, 'Onrechtmatige wetgeving', *Ars Aequi* 2009, p. 850-854. Zie verder over deze kwestie de noot van Alkema onder Clara Wichmann, nr. 7, met verwijzing naar rechtspraak van het EHRM.

⁸ Vrij naar K.P. Berger, *The creeping codification of the lex mercatoria*, Den Haag/Boston: Kluwer Law International 1999. In Europa wordt meestal de term open methode van coördinatie gebruikt. Hierover onder meer, met verdere verwijzingen, L. Senden m.m.v.A. Tahtah, 'Reguleringsintensiteit en reguleringsinstrumentarium in het Europese gemeenschapsrecht. Over de relatie tussen wetgeving, soft law en de open methode van coördinatie', *S.E.W.* 2008, p. 43-57; W. van Gerven en S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010, nr. 57.

⁹ Vergelijk HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385 (*Bakkum/Achmea*); HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*); HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387 (*Rijnstate/R*) en HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Kleijnen/Reaal*), alle met mijn noot.

en rechtspraak¹⁰, maar kenmerkt zich door een veelheid en diversiteit van actoren, soorten regels, en procedures op nationaal, Europees en transnationaal niveau.¹¹ Het staat ver af van wat bijvoorbeeld in de Principles of European Contract Law of in de Draft Common Frame of Reference gebeurd is.¹²

Het is jammer dat deze nieuwe, dynamische en wederkerige verhouding van wetgever en rechtspraak niet is opgenomen in de nieuwe Grondwet. Men is er niet in geslaagd het eens te worden over het juridisch kader waarin een dergelijke samenwerking gestalte kan krijgen zonder de constitutionele eisen en waarborgen geweld aan te doen. Zo'n kader is natuurlijk essentieel, want om in termen van Hart's *Concept of Law* te spreken: het gaat om nieuwe 'rules of recognition'. Misschien was het ook een brug te ver om deze dynamische verhouding in wederkerigheid nu al grondwettelijk vorm te geven, gelet op het prille stadium van ontwikkeling waarin ze zich bevindt. Maar dat tegelijk hiermee ook de veel bescheidener stap tot erkenning in enigerlei mate¹³ van een rechtsvormende taak van de rechtspraak naast de wetgever het niet heeft gered, is ronduit een gemiste kans.

2.2 Rechtspraak en zelfregulering

Het tweede netwerk van rechtsontwikkeling waarin de Hoge Raad zich bevindt is dit. De rechtspraak krijgt in toenemende mate te maken met codes, richtlijnen, protocollen e.d. waar bedrijven of instellingen of gehele sectoren zich aan binden in hun contacten met cliënten, bijvoorbeeld om zich ten aanzien van de kwaliteit van hun dienstverlening te onderscheiden

¹⁰ Al betoogd in Asser/Vranken, *Algemeen deel. Een vervolg* ***, Deventer: Kluwer 2005, p. 79-103, maar toen nog zonder Europese en internationale dimensie.

¹¹ Onder meer G.-P. Callies en Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*, 2010; J. Smits, *Rechtstoerisme: Burgerlijk Wetboek en Grondwet voorbij de Staat*, Oratie UvT 2010; H. Micklitz, 'The Visible Hand of European Private Law', *EUI Working Paper LAW*. No. 2008-1; R. Michaels, 'The True Lex Mercatoria: Law beyond the State', te vinden op <http://ssrn.com/abstract=1259979>; R. Michaels en N.Jansen, 'Private Law Beyond The State: Europeanization, Globalization, Privatization', *EUI Working Paper* 2007, te vinden op <http://ssrn.com/abstract=955267>.

¹² Beide continueren de oude traditie van het exclusieve schema van wetgeving en rechtspraak, zij het niet meer op nationaal, maar op Europees niveau. Zie voor een helder en goed overzicht van wat de DCFR beoogde en inhield, bijvoorbeeld R. Zimmermann, 'The Present State of European Private Law', *American Journal of Comparative Law* 2009, p. 479-512. Kritisch hierover in een vergelijking van de Europese en Amerikaanse situatie, onder meer C. Saiman, 'Public Law, Private Law, and Legal Science', *American Journal of Comparative Law* 2008, p. 691-702: zijn conclusie is dat Europese privatisten in hun zoektocht naar Principles iets willen vinden dat ofwel niet bestaat ofwel niet belangrijk is.

¹³ De principiële erkenning van een rechtsvormende taak van met name de Hoge Raad is te onbepaald en zegt daarom nog niet veel. De discussies die regelmatig over dit onderwerp de kop opsteken, gaan als ik goed zie in essentie steeds over de grenzen, beperkingen en voorwaarden van rechterlijke rechtsvorming. Dat is wat ik in de tekst bedoel met "in enigerlei mate". Elders heb ik dit geprobeerd nader te concretiseren (Staatsrechtconferentie, najaar 2010).

van anderen dan wel om juist gezamenlijk verantwoordelijkheid te nemen voor kwaliteit (en 'free riders' af te houden). De vraag is steeds welke juridische status ze hebben.¹⁴

Daar gaat het mij echter vandaag niet om. Er is een andere kant en die is dat uit het grote aantal codes, e.d. blijkt dat het "maatschappelijk veld" er kennelijk in slaagt zich te organiseren en tot overleg en afspraken te komen. De idee van constitutionele dialoog houdt in deze situatie in dat de Hoge Raad hierop actief inspeelt door de nadere invulling van zijn beslissingen aan het maatschappelijk veld zelf over te laten. Hij doet dat nu ook al, maar bijna altijd stilzwijgend en mede daardoor onbegrepen want de commentaren in de literatuur zijn vaak dat de Hoge Raad te vaag blijft, geen scherpe regels geeft, en daardoor zijn leidinggevende taak verwaarloost. Hij zou dit kunnen ondervangen door met zoveel woorden te overwegen dat hij het algemeen houdt zodat het maatschappelijk veld tot nadere invulling komt, of, als daar reden voor is, door het maatschappelijk veld expliciet op te roepen deze nadere invulling tot stand te brengen.¹⁵ Dit is geen delegatie van rechtsprekende bevoegdheid, maar het bevorderen van zelf- of co-regulering, een algemeen geaccepteerde en aanbevolen manier van regulering ook bij nationale wetgevers en in Europa.¹⁶ De Hoge Raad hoeft niet de temperatuur van het badwater te bepalen. Dat kunnen betrokkenen zelf veel beter. Dat tot uitdrukking brengen is pas echt leiding geven aan de rechtsvorming: weten wie wat moet doen of wie dat op welk niveau het beste kan doen.

De taak van de Hoge Raad bij zo'n werkverdeling is om de nadere invulling te toetsen als daarover problemen ontstaan of de nadere invulling te helpen uitwerken als daar aanleiding voor is. Een bekend voorbeeld uit het verleden was de vraag of de kantonrechtर्सformule voor ontbinding van arbeidsovereenkomsten wegens gewichtige redenen in essentie ook kon worden toegepast bij kennelijk onredelijk ontslag. Ik kan mij nog goed de ontzetting van sommigen herinneren dat de Hoge Raad dat toen niet heeft toegestaan.¹⁷ Mijn idee is dat de Hoge Raad daar in beginsel precies gedaan heeft wat hij moet doen, te weten zich niet keren tegen pogingen tot zelfregulering als zodanig

¹⁴ Toegesplitst op het privaatrecht onder meer I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', *Handelingen NJV 2007-1*, p. 67-168, en uitgebreider in zijn monografie *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Mon. privaatrecht, Deventer: Kluwer 2007; F. Cafaggi (ed.), *Reframing Self-regulation in European Private Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2006. Zie ook, deels op het privaatrecht betrekking hebbend, Z. van Heesen-Laclé & A. Meuwese, 'The Legal Framework for Self-regulation in the Netherlands', *Utrecht Law Review* 2007 (www.utrechtlawreview.org).

¹⁵ Zie bijv. mijn artikel 'Het paard en de dierenarts', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: BJu 2003, p. 31-40 (39-40); K.H.D.M. Dijkhoff, W.M.T. Keukens, S. Reynaers, 'De Hoge Raad en zelfregulering in het privaatrecht', in: Keukens en Van den Nieuwenhuizen 2008, p. 117-130 (126-130)

¹⁶ Een overzicht vanaf het begin bieden o.m. L. Senden, 'Soft law, Self-regulation and Co-regulation in European Law: Why do they meet?', *EJCL* 2005 (www.ejcl.org/91) en heel kort, maar met vermelding van de relevante bronnen, Van Gerven en Lierman 2010, nr. 67. Zie ook A. Meuwese en L. Senden, 'European Impact Assessment', in: Jonathan Verschuuren (ed.), *The Impact of Legislation. A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, 2009, p. 137-174 (137-141), met veel verwijzingen.

¹⁷ HR 12 februari 2010, RvdW 2010, 298, LJN BK4472 (*Rutten/Breed*).

(rechtersregelingen in dat geval), integendeel juist oproepen dat te doen, maar wel toetsen of de gekozen invulling door de beugel kan. In dat geval zei de Hoge Raad dat dit niet kon en verplichtte hij de rechters dus om opnieuw en, wat hem betreft, beter na te denken. Zo moet het.¹⁸ Corrigeren waar de zelfregulering verkeerd dreigt te lopen, lees: in dit geval de rechtspositie van werknemers, hun rechtsbescherming, zou aantasten. Wel kan het dienstig zijn als de Hoge Raad aanwijzingen geeft over de contouren van de nieuwe invulling of enkele aspecten ervan. Daarvoor zal soms, net als in de verhouding tot de wetgever (het eerste netwerk), overleg nodig kunnen zijn om te weten te komen waar behoefte aan is, wat kan of wat het beste hanteerbaar zal blijken. Het overleg kan tevoren plaatsvinden, maar ook aan de hand van een conceptbeslissing.

2.3 De Hoge Raad als constitutioneel rechter

Een derde, omvangrijk netwerk is te vinden op het terrein van grondwetstoetsing. De aanvaarding in 2013 van het initiatiefvoorstel Halsema inzake de toetsing van wetten van de klassieke grondrechten heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad, deels via prejudiciële vragen, een taak heeft gekregen als constitutioneel rechter. Die taak is inhoudelijk een heel andere gebleken dan optreden als hoogste rechter in civiele zaken, en ook een heel andere dan de toetsing aan het EVRM en aan het EU-verdrag waar hij al eerder mee te maken had. Daarbij kán hij niet alleen, maar móet hij varen op het kompas dat het EHRM en het HvJ EU hem aanreiken met hun bindende uitspraken. Nu, als constitutionele rechter bij de toetsing aan de grondrechten van Hoofdstuk 1 Gw, staat hij er in beginsel zelf voor.

Toch is dit laatste maar gedeeltelijk waar. De grondrechten van Hoofdstuk 1 Gw zijn voor een belangrijk deel niet principiële afwijkend van het al langer bestaande EVRM en evenmin van het Handvest van de Grondrechten van de EU. Er zijn wel verschillen, op onderdelen ook stevige verschillen, maar wil men niet dat er in Nederland en andere EU-landen met grondwetstoetsing drie verschillende regimes gaan heersen – en wie zou dat willen?¹⁹ – dan kunnen de rechterlijke colleges niet los van elkaar opereren. Dat is evident. Er zal gezocht moeten worden naar vormen van samenwerking om de uitleg en toepassing van de grond- en mensenrechten op elkaar af te stemmen.

In de discussie over en naar aanleiding van de institutionele aspecten van de toetreding van de EU tot het EVRM uit 2010 is de plicht om hierover met elkaar te overleggen voor het EHRM en het HvJ EU met zoveel woorden uitgesproken. Het gebeurt al. Beide hoven verwijzen regelmatig naar elkaar rechtspraak en nemen soms ook standpunten

¹⁸ Al kan het natuurlijk zijn dat de Hoge Raad te veel verschil ziet tussen kennelijk onredelijk ontslag en ontbinding wegens gewichtige redenen. Dan zou de discussie om te beginnen daarover moeten gaan.

¹⁹ Scherp onder woorden gebracht door bijv. G. van der Schyff, 'Waarom het wetsvoorstel Halsema tekortschiet. Mythes rondom het verdragargument', *NJB* 2009, p. 2408-2414.

van elkaar over.²⁰ Voor nationale constitutionele rechters en ook voor internationale organisaties die met mensenrechten van doen hebben, zoals de WTO, de Verenigde Naties met bijvoorbeeld het Internationale Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK, geratificeerd door bijna 200 staten), en zelfs de internationale arbitrage-instituten op het terrein van de intellectuele eigendom, is dit niet anders. Ook zij ontkomen er niet aan van elkaars beslissingen en van die van het EHRM en het HvJ EU – derhalve horizontaal, verticaal en diagonaal - kennis te nemen.²¹ Als geheel levert dit een omvangrijk netwerk van rechtsontwikkeling op, nationaal tussen HR, RvSt en CRvB als hoogste rechters in Nederland (want alle drie krijgen met constitutionele toetsingsvragen te maken), en internationaal tussen de genoemde instanties. In feite is het een internationale bezigheid geworden: toetsing aan Hoofdstuk 1 van de Nederlandse Grondwet positioneert de Hoge Raad mede als internationale rechter. Dat vergt onnoemelijk veel overleg, informatie-uitwisseling en afstemming. Geen wonder dat regelmatig stemmen opgaan om een apart constitutioneel hof in het leven te roepen, want, zo is de redenering, is de taak niet zo omvangrijk en tegelijk zo specifiek geworden dat zij niet meer zonder een eigen organisatie en zonder specifiek deskundige rechters kan worden vervuld?

In het 14^e Protocol bij het EVRM van juni 2010 zijn maatregelen genomen om de grote achterstand – op dat moment 120.000 zaken – weg te werken en weggewerkt te houden. Vertrekpunt was het gegeven dat in ruim 90% van alle aangebrachte zaken de niet-ontvankelijkheid wordt uitgesproken, hetzij omdat de zaken onzinnig²² of anderszins kansloos zijn of omdat zij zogeheten kloonzaken (repetitive cases) vormen, dit wil zeggen: afstuiten op gevestigde rechtspraak. Het 14^e protocol introduceerde²³ de alleensprekende rechter om de niet-ontvankelijkheid uit te spreken, creëerde een mogelijkheid om kloonzaken door een comité van drie rechters af te laten doen, en formuleerde als nieuwe ontvankelijkheidshorde de eis dat de klager een “significant nadeel” moet hebben geleden.

²⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides>, nr. 1 en 24. Voordien gebeurde het trouwens ook al. Vergelijk o.m. het verslag van een studiemiddag over dit onderwerp, *Tijdschrift voor Mensenrechten* (voorheen NJCM) 2010, p. 124-128, waarin de noodzaak van interdependentie volmondig onderschreven werd; S. Prechal, ‘Ius Commune: de bijdrage van het Europees recht in negen voorbeelden’, *Ars Aequi* 2008, p. 413-420 (420).

²¹ Het Belgische Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld houdt naar vaste rechtspraak rekening met de internationale bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen, aldus P. Popelier, ‘Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten’, *Rechtskundig Weekblad* 2009-10, p. 50.

²² Een voorbeeld uit die tijd was de klacht dat de Staat er niet voor had gezorgd dat betrokkene een fatsoenlijke huwelijkskandidaat kon vinden.

²³ Zie hierover bijv. L. Caflish, ‘The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond’, *Human Rights Law Review* 2006, p. 403-415; C. Paraskeva, ‘Reforming The European Court of Human Rights: An Ongoing Challenge’, *Nordic Journal of International Law*, 2007, p. 185-216; M. Kuijer, ‘Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, luctor et emergo?’, *Ars Aequi* 2008, p. 424-434; A. Mowbray, ‘Crisis Measures of Institutional reform for the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review*, 2009, p. 647-656. Zie ook het Lord Woolf-rapport, *Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights*, december 2005, o.m. hoofdstuk IIA over de verbetering van de relatie van het Hof met de nationale staten, en de reactie daarop van het EHRM zelf, april 2007.

De gedachte achter deze maatregelen is dus vergelijkbaar met die van de commissie Hammerstein: nadruk op zaken die er toe doen. Ook de uitwerking lijkt er op doordat het EHRM niet gekozen heeft voor een (positief) verlostelsel (zie daarover de bijdrage van Asser, elders in deze bundel), maar voor een selectie aan de poort. Alleen heeft in Nederland het criterium “significant nadeel” zo veel bezwaren opgeroepen bij met name de civiele cassatiebalie²⁴ dat het voor het civiele recht niet is gehandhaafd. Een echt gemis is dit niet, want de eis was en is vooral relevant voor de strafsector. Maar ook daar is het op bezwaren gestuit.²⁵

Een ander, voor mijn betoog belangrijk onderdeel van het 14^e Protocol was het streven om nauwere contact met nationale instanties te onderhouden. Dat omvatte naast een systematische toets van bestaande en nieuwe nationale regelgeving aan het EVRM en, al veel langer gewenst, het zoeken naar effectievere nationale rechtsmiddelen bij de afhandeling van klachten over schending van het EVRM, vooral een verbetering van de kennis over het EVRM, onder meer door een betere scholing en beter toegankelijke verspreiding van informatie. Nog sprekender zouden de nauwere contacten zijn indien de nationale hoogste (constitutionele) rechters rechtstreeks zouden worden ingeschakeld bij het wegwerken en weggewerkt houden van de achterstanden bij het EHRM. Men zou kunnen denken aan nevenzittingskamers van het EHRM, bezet door drie rechters van hoogste nationale rechtscolleges en/of constitutionele hoven²⁶, die in wisselende samenstellingen, na de eerste ontvankelijkheidsschifting de grote bulk eenvoudigere zaken zouden afwerken. Het EHRM zou zich dan tot de echt belangrijke zaken kunnen beperken. Groot voordeel van een dergelijke taakverdeling zou zijn dat de kennis van nationaal hoogste rechterlijke (constitutionele) instanties van de rechtspraak van het EHRM door deze actieve betrokkenheid meer wordt verhoogd dan bij een passieve kennisoverdracht het geval zal zijn. Een ander voordeel is dat rechters uit verschillende landen met elkaar moeten samenwerken en daardoor op een heel natuurlijke manier elkaars manier van denken leren ervaren.

2.4 De Hoge Raad als Europese en internationale rechter

Het vierde netwerk vloeit voort uit de Europeanisering en internationalisering van het recht en de taken van de Hoge Raad daarbij. Natuurlijk is de nationale rechter deels ook Europese rechter waar het gaat om regelgeving en rechtspraak van Europese herkomst, met inbegrip van die van het EVRM. Opvallend is echter dat de rechtspraak nog steeds weinig kijkt hoe

²⁴ Korthedshalve verwijs ik naar de literatuur vermeld in het eerste deel van noot 1.

²⁵ Zie de bijdrage van Franken aan deze bundel.

²⁶ De bestaande comités van drie rechters, maar dan in andere samenstelling en met iets meer bevoegdheden dan alleen de kloonzaken. Vergelijk het wat de samenstelling betreft met het Benelux Gerechtshof.

andere Europese landen omgaan met dit Europese recht.²⁷ Ik vermoed dat dit wél, althans vaker zou worden gedaan, als de rechtswetenschap zich er meer op zou toeleggen hierover informatie aan te reiken. Dat gebeurt tot nu toe maar mondjesmaat. Zelfs op een terrein dat vervuld is van Europese richtlijnen, het vennootschapsrecht, ziet men zelden pan-Europese benaderingen. Bruno de Witte constateerde al in 2008 al dat er geen Europese gemeenschap van wetenschappers op dit rechtsgebied is ontstaan. Taalbarrières en verschillen in opleiding en culturele achtergrond zijn daarvoor kennelijk te groot, vermoedt hij.²⁸ Toch staat vast dat de implementatie van richtlijnen en de rechtspraak van het HvJ EU daarover²⁹ - sedert medio jaren tachtig van de vorige eeuw in toenemende mate ook in het consumentenrecht – niet overal gelijk zijn. Eenzelfde verschijnsel doet zich voor in het civiele procesrecht en in het personen- en familierecht onder invloed van de rechtspraak van het EHRM. Het hof heeft art. 6 EVRM, resp. artt. 8 en 12 EVRM heel breed toegepast. Daarvan zou een unificerende werking op de nationale rechtstelsels moeten uitgaan. Voor een groot deel is dit ook wel zo, denk ik, maar het lukt toch niet helemaal. Ik ken echter geen studie waarin overeenkomsten en verschillen in de diverse Europese rechtstelsels bij de doorwerking van deze rechtspraak van het EHRM structureel in kaart zijn gebracht.

Rechtsvergelijking, want daarover hebben wij het hier, is nóg meer geboden op terreinen waar geen Europese of internationale hoogste rechter bestaat. Wat Europa betreft, speelt dit bijvoorbeeld in het privaatrecht bij grote delen van het vermogensrecht: eerst de Europese principes over contractenrecht (PECL) en onrechtmatige daad (PETL), daarna de Draft Common Frame of Reference en later de Optional European Contract Law.³⁰ Wil er iets terecht komen van de beoogde convergentie, dan zal de rechtspraak er mee aan de slag moeten. Zonder rechtspraak lukt het zeker niet, zo liet de architect van het huidige BW in Nederland, Wouter Snijders, ruim 20 jaar geleden al optekenen.³¹ Mét rechtspraak lukt het misschien, want zo lang er geen hoogste Europees rechtcollege is, zal het op nationaal niveau moeten gebeuren, bijvoorbeeld wanneer partijen in hun contract hebben gekozen

²⁷ Meer in het algemeen geldt dat in de meeste landen rechters niet echt vaak naar buitenlandse rechtspraak verwijzen. Vergelijk onder meer J. M. Smits, 'Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems', in: M. Reimann and R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 514-538; M.M. Siems, 'The Adjudication of the German federal Supreme Court (BGH) in the Last 55 Years – a Quantitative and Comparative Approach', *Oxford University Comparative Law Forum* 2007, te vinden op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfr?abstract_id=1019803.

²⁸ B. de Witte, 'European Union Law: A Unified "Academic Discipline"?', *EUI Working Papers* 2008-34 RSCAS (<http://cadmus.eui.eu/dspace/handle/1814/10028>).

²⁹ De verschillen treden op, alleen al omdat over uitleg in de diverse Europese landen en door het HvJ EU niet hetzelfde wordt gedacht. Vergelijk voor een grondige studie S. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd I en II*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001.

³⁰ Het resultaat van het werk van een groep van 18 experts die tot taak hadden gekregen het overeenkomstenrecht in de Europese Unie te verbeteren met het oog op de daarin nagestreefde versterking van de grensoverschrijdende handel en de bescherming van consumenten (Commission Decision 2010/233/EU).

³¹ W. Snijders, 'Building a European Contract Law; Five Fallacies and Two Castles in Spain', *Ius Commune Lectures on European Private Law*, 2003, met name p. 12 en 13.

voor de Optional European Contract Law. Het evidente nadeel hiervan is echter dat dan gemakkelijk interpretatieverschillen zullen ontstaan. Deze hoeven niet onoverkomelijk te zijn, maar het vergt wel veel inspanning om afstemming te bereiken.

Een aardig voorbeeld ter illustratie ontleen ik aan de afscheidsrede van Jan Brinkhof over het Europese octrooirecht.³² Op dat rechtsgebied ontbrak, voordat onlangs het European Patents Court werd opgericht, een Europese hoogste rechter. De beoordeling van de geldigheid en inbreukwesties gebeurde door de nationale rechters. De beoogde eenvormigheid van uitleg en toepassing van het Europees Octrooiverdrag zou niet bereikt worden als iedere nationale rechter vanuit zijn eigen kleur zou opereren en als het Europese Octroobureau en met name zijn Boards of Appeal dat nog weer anders zou doen. De even eenvoudige als vanzelfsprekende gedachte is toen geweest om de nationale rechters regelmatig bijeen te laten komen om onderling en met het bureau van gedachten te wisselen over vragen van uitleg en toepassing, en ook elkaars uitspraken te lezen en van commentaar te voorzien. Advocaten en overige betrokkenen bij de octrooiverlening moesten hetzelfde doen. In die setting kan dan een sfeer ontstaan waarin men zich met het oog op de gewenste eenvormigheid iets van elkaars uitspraken aantrekt. Dat veronderstelt een, in ieder geval gedeeltelijk, ander dan nationaal perspectief en ook een loslaten van vaak vanzelfsprekende en nauwelijks nog bewuste nationale eigenheden, bijvoorbeeld bij vragen van uitleg en bij de aanpak van zaken. Brinkhof beschouwt dit als een voordeel van het niet hebben van een hoogste Europees rechtscollege.

Zo ver is het in het commune privaatrecht nog niet, maar het inzicht dat iets dergelijks ook daar nodig is, wil er iets van coherentie ontstaan, is er wel en al lang. Er gebeurt ook al het een en ander, alleen is nog steeds veel minder intensief en inhoudelijk dan bij het octrooirecht. Er moet meer. Niet alles hoeft identiek te zijn, maar wel zal men ten minste kennis moeten nemen van elkaars beslissingen en proberen die te doorgronden. Rechtsvergelijking, minder descriptief dan nu, maar vooral analyserend en evaluerend. Kijken wat het beste is. Dat vereist meer dan louter een vergelijking met elkaar. Wat nodig is, is een beoordeling vanuit het perspectief van een Europees privaatrecht dat moet functioneren binnen de dynamiek van een Europese Unie die streeft naar een gemeenschappelijke markt. Nationale oplossingen, hoe goed ook in de eigen context, passen daarbij niet zonder meer. Onmiskenbaar is dat in zo'n netwerk van rechtsontwikkeling de rechtsvergelijking soms min of meer normatieve betekenis krijgt. Ik had mij dat tot voor kort nooit gerealiseerd, ook niet toen ik het jaren geleden las in de bestseller van Jan Smits, *Omstreden rechtswetenschap*.³³ Ik dacht altijd: dit kan niet waar

³² J. Brinkhof, *De Europese uitdaging voor rechtspraak, rechtswetenschap en onderwijs*, Afscheidsrede Utrecht, 2010.

³³ J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische*

zijn, maar in de huidige constellatie van Europeanisering en internationalisering is het feitelijk niet ver weg meer.

Niettemin is, daarnaast, de gedachte van Wouter Snijders en anderen om voor geschillen van Europees privaatrecht Europese rechtscolleges in eerste aanleg en in appel in het leven te roepen, de moeite waard. Hij stelt voor deze colleges te bemensen met nationale (hoogste) rechters uit verschillende landen en om partijen ruime mogelijkheden te geven tot 'leap frogging', bijvoorbeeld om van een nationale of Europese lagere instantie in beroep te gaan bij een Europees resp. nationaal appelhof. De voordelen zijn evident en liggen in lijn met wat ik onder 2.3 aan het slot schreef over nevenzittingskamers van het EHRM: actief omgaan met Europees privaatrecht in een Europese omgeving met deels andersdenkende collega's uit andere landen. Het leereffect dat daarvan uitgaat, en dat uiteraard teruggekoppeld wordt naar het eigen rechtstelsel als de rechter daar weer werkzaam is, is veel groter en wordt veel sneller bereikt dan door scholing, uitwisselingsprogramma's en jaarlijkse conferenties.

Het voorgaande betreft de positie van de Hoge Raad in het netwerk van Europeanisering van het recht. Wat betreft de internationalisering is het beeld complexer en diffuser. Op veel terreinen is er geen regulering van bovenaf, maar moeten betrokkenen zelf, bijvoorbeeld internationale organisaties, NGO's, multinationals, brancheorganisaties en organisaties die voor de belangen van bepaalde groeperingen opkomen, de handen ineenslaan om tot standaardisering en regulering te komen. Daarbij blijkt de waarde die wordt gehecht aan rechtspraak. Sinds met name het laatste decennium van de vorige eeuw zijn veel internationale rechtscolleges³⁴ opgericht. De onderlinge competentie van deze rechtscolleges is echter niet altijd even duidelijk. Evenmin is duidelijk welke taken daarnaast kunnen of zullen toevallen aan nationale hoogste rechters. Hier volsta ik met één voorbeeld: de beoordeling van de aansprakelijkheid van multinationals voor schendingen van mensenrechten in ontwikkelingslanden door de eigen nationale rechter van de zetel van de multinational³⁵. Het aantal procedures hierover is aan het toenemen in de verschillende landen. Aardig in dit verband is de verbinding met zelfregulering, hierboven onder 2.2

discipline, Den Haag: BJu 2009. Zie ook het pleidooi van Hondius, *Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa*, KNAW 2000, deel 64, nr. 4.
³⁴ In de ruime betekenis die Lavranos hieraan geeft, te weten "all kinds of international courts, (arbitral) tribunals and quasi-judicial bodies, established on a permanent, semi-permanent or ad hoc basis" in zijn 'On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals', *EUI working paper* 2009-14 (<http://ssrn.com/abstract=1418518>). Wat in de tekst aan feitelijkheden volgt, is grotendeels hieraan ontleend.

³⁵ In 2010 is in Nederland voor het eerst iets dergelijks gebeurd toen een procedure werd gestart tegen Shell voor diens betrokkenheid bij wat in Nigeria gebeurde bij de oliewinning. Daarover in die tijd onder meer L.F.H. Enneking, 'Aansprakelijkheid via "foreign direct liability claims"', *NJB* 2010, p. 400-406, de preadviezen van de NJV van dat jaar en het proefschrift een jaar later van M-J van der Heijden, *Transnational corporations and human rights liabilities: linking standards of international public law to Dutch litigation procedures*, 2011.

vermeld. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid zijn onder meer allerlei 'codes of conduct' van belang waar multinationals zich vaak aan gecommitteerd hebben en die meestal verklaringen en/of beloften inhouden bij hun werkzaamheden zich niet schuldig te maken aan schendingen van mensenrechten. Als dergelijke schendingen dan toch gebeuren, kan dat, afhankelijk van de formulering en de kracht van de codes, de multinational verplichten daarover verantwoording af te leggen en eventueel om tijdig maatregelen te nemen op straffe van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

Met een terzijde sluit ik dit vierde netwerk van de Hoge Raad als Europese en internationale rechter af: als er één argument is voor de legitimatie van de rechtsvormende taak van hoogste nationale rechtscolleges dan is het in toenemende mate hun positie in de Europeanisering en internationalisering. Op dat niveau ontbreekt een *trias politica*, zoals wij die meestal nationaal kennen, maar bestaan andere 'checks and balances'. Hierbij blijkt rechtspraak steeds opnieuw van groot belang te zijn, zowel voor de beslechting van geschillen als voor de verdere ontwikkeling van het recht.³⁶ Door het ontbreken van een Europees of internationaal hof zullen de nationale hoogste rechtscolleges ermee worden geconfronteerd, of ze het willen en of ze het leuk vinden of niet. Dat vergt, als gezegd, minst genomen onderlinge afstemming, kennisneming en bespreking van elkaars rechtspraak en benaderingswijzen, uitwisseling van rechters en studenten, en ook landenoverstijgend onderwijs, zoals gebeurt in de bachelors en masters European en International Law. Er is behoefte aan juristen die meer Europees en meer internationaal denken, ook op het terrein van het privaatrecht. Dit gaat veel verder dan het bestuderen van de invloed van Europa op het nationale privaatrecht.

2.5 Rechtspraak en samenleving

Het vijfde en laatste netwerk van rechtsontwikkeling voor de Hoge Raad is, kort en algemeen gezegd, de relatie van de rechtspraak met de samenleving: de duim in de metafoor van de handschoen. Het is een heel breed palet aan onderwerpen dat hiermee wordt aangesneden, maar die niet allemaal primair op het bord van de Hoge Raad liggen. Voor hem zijn vooral inhoudelijke thema's relevant, bijvoorbeeld hoe hij in het licht van de vier hierboven genoemde netwerken, mede leiding geeft aan de rechtsvorming in Nederland, Europa en internationaal, welke eisen dit stelt aan de aanpak van zaken, aan de motivering, en aan de feitelijke grondslag van beslissingen: is er behoefte aan niet-juridische kennis over het aan de orde zijnde probleem, en zo ja, kan hij die wel beoordelen? Hoe invloedrijk zijn taak op deze terreinen is, volgt hieruit dat wanneer hij bijvoorbeeld over een meer Europese aanpak of over het raadplegen van niet-juridische kennis principieel een positieve beslissing zou

³⁶ M. Scheltema, *Het recht van de toekomst. De gevolgen van de internationalisering van het recht*, Oratie G.J. Wiarda leerstoel, 2004.

geven, deze niet alleen doorwerkt bij de lagere rechtspraak en bij rechtshulpverleners in ruime zin, maar naar mijn stellige verwachting ook de rechtswetenschap en het juridisch onderwijs op de kop zet. Meer Europees en meer multidisciplinair zullen dan sleutelwoorden worden. Ik ga er in de paragraaf over Consequenties kort op door.

Het vijfde netwerk omvat ook thema's die veeleer met management te maken hebben, zoals het omgaan met de media (rechtspraak moet ook "verkocht" worden), twitterende en bloggende rechters, intercollegiale toetsing in raadkamer op vooringenomenheid en tunnelvisie, klantvriendelijkheid en, algemeen, bevorderen dat het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak behouden blijft en waar mogelijk nog groeit, bijvoorbeeld door de burgers er meer bij te betrekken. De Hoge Raad is hiervoor niet primair verantwoordelijk, reden om er in dit artikel niet verder op in te gaan.

Ik maak in dit verband nog slechts één opmerking, en die is dat de Hoge Raad sinds kort eindelijk ook een eigen onderzoeksbudget heeft, net als de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en andere hoge colleges. Ik vind dat zeer verheugend. Jammer dat het zo lang geduurd heeft. De Raad kan nu onderzoek uitzetten en anderen inschakelen bij het nadenken over nieuwe ontwikkelingen in plaats van te moeten teren op de schaarse vrije tijd van raadsheren die dat allemaal naast hun 100% aanstelling moeten doen. Dit laatste was tot voor kort gebruikelijk, bijvoorbeeld voor degenen die het rapport Hammerstein geschreven hebben en al evenzeer voor al die raadsheren die daarover in symposia, studiedagen e.d. van gedachten hebben gewisseld. Met een eigen budget voor onderzoek is het daarnaast mogelijk om voorwerk te laten verrichten over, laten wij zeggen, de koers van de eigen rechtspraak of over problemen waar de Hoge Raad regelmatig tegenaan loopt en die vragen om een overkoepelende of andere zienswijze. Het Wetenschappelijk Bureau bij de Hoge Raad zoals het nu bestaat, is gericht op individuele zaken en blijkt daarbij van onschatbare waarde te zijn. Het kan echter de lange termijnzaak er niet óók nog bij hebben.

3 Consequenties

Tot zover de hoofdmoot van dit artikel, de korte schets op hoofdlijnen van de vijf netwerken van rechtsontwikkeling waarin de Hoge Raad opereert. Natuurlijk zijn er ook consequenties, maar daarover slechts een enkel woord.

- a. de manier van motiveren. Met name in uitspraken waar veel rechtsvergelijking te pas komt en de Hoge Raad dus mede als Europese of internationale rechter opereert, kan het niveau van argumentatie meestal niet gezocht worden in een precieze analyse van regels en hun ontstaansgeschiedenis of plaats in het systeem, maar op het veel algemenere niveau van beginselen, belangen, policies, aanwijzingen en relevante gezichtspunten. Diezelfde meer algemene insteek geldt uit de aard van de zaak ook bij de toetsing aan de grondrechten, bij prejudiciële vragen (zie daarover de bijdrage van

Giesen, elders in deze bundel) en in de relatie met zelfregulering: bij dit laatste reikt de Hoge Raad vooral kaders aan waarbinnen betrokkenen zelf aan de slag kunnen. De roep om scherpe normen klinkt in deze context als achterhaald.

- b. bij het voorgaande past dat de Hoge Raad cassatiemiddelen niet altijd meer per onderdeel of subonderdeel langsloopt, maar zich meer dan eerder richt en kan richten op de kern van het juridisch probleem dat aan de orde is gesteld. De cassatiebalie is hierin ook opgeleid en werkt in dit opzicht filterend. Wel blijft zij natuurlijk een eigen verantwoordelijkheid en speelruimte houden: er moet immers ook iets geprobeerd kunnen worden. Hetzelfde geldt bij de filtering van zaken aan de poort, omdat wat naar huidig recht kansloos is, dat morgen misschien niet is. Degene die iets dergelijks wil bepleiten, mag daarin juist met het oog op rechtsvorming, het bevorderen van de rechtsontwikkeling, niet worden afgeremd.
- c. de nadruk op rechtsvorming betekent dat soms ook behoefte is aan andersoortige dan juridische kennis van de problematiek. In de huidige opleiding worden de studenten al enigermate met multidisciplinair onderzoek vertrouwd gemaakt. Juristen kunnen het zich niet meer permitteren dit links te laten liggen. Juridische problemen dienen zich in de werkelijkheid niet aan volgens de vakjescode van het juridisch curriculum, maar snijden er dwars doorheen en reiken ook voorbij juridisch disciplinaire grenzen. Voor een universiteit is het nodig studenten op deze complexiteit voor te bereiden. Het minste is dat zij een gevoeligheid ontwikkelen voor de relevantie van kennis en vaardigheden van andere disciplines en wanneer deze nodig is. In de beroepsopleidingen is het tegenwoordig terecht een hot issue, zeker in het strafrecht, maar in civiele zaken bij het beoordelen van het civiele getuigenbewijs en deskundigenbericht niet minder.³⁷
- d. een andere consequentie heeft betrekking op de criteria van art. 80a en 81 RO. Bij de selectie van zaken die er in cassatie toe doen en bij de vraag of art. 81 RO kan worden gehanteerd, moet ook rekening worden gehouden met de taken van de Hoge Raad in de hierboven geschetste netwerken van rechtsontwikkeling. Een zaak die nationaal rechtelijk misschien niet interessant meer is, kan dit wel zijn bijvoorbeeld uit een oogpunt van Europese convergentie. Daarom heeft het rapport Hammerstein, als ik goed zie, slechts enige tijd de gewenste verlichting gebracht. Er is veel bijgekomen wat tot dan sluimerend was. De Hoge Raad moet er wel op ingaan, wil hij zich zelf niet wegzetten als onbeduidend en onbetekenend.

³⁷ J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009, p. 1082-1093; Rapport van de Evaluatiecommissie Rechtswetenschappelijk Onderzoek 2009 (commissie Koers), *Kwaliteit & Diversiteit*, Amsterdam 2010, onder meer p. 32-33, waarin de omslag van mono- naar multidisciplinair onderzoek als een van de ontwikkelingen is gesignaleerd.

4 Digitalisering

Het beeld van de netwerken dat ik heb geschetst, impliceert dat nogal wat moet worden afgestemd, overlegd, opgezocht, uitgewisseld en vergeleken. Kan dat wel? Zo veel moge duidelijk zijn dat het zonder digitalisering zeker niet lukt. Ik ben niet een digibeet die denkt dat met een enkele druk op de knop alles binnen handbereik ligt, zo is het niet, maar het gaat wel snel. Om een indruk te geven: hadden wij in 2010 fase 'Web 2.0', nu in 2025 zit de fase van 'Web 4.0' en wellicht al wel 'Web 5.0' er aan te komen, wordt mij verteld. Daarmee dienen zich voor rechtspraak en wetenschap ongekende mogelijkheden aan voor het opslaan, terugvinden, gebruiken en verwerken van informatie in grote databestanden.³⁸

In fase Web 2.0 kon men weliswaar al veel informatie op het net zetten en, anders dan eerder, ook uitwisselen, bijvoorbeeld met Wikipedia, sociale netwerken als Facebook, Skype, foto's en filmpjes op YouTube, en discussiefora, maar het gevolg was een enorme hoeveelheid gegevens die steeds moeilijker toegankelijk werden. Alles stond naast elkaar en alles was even relevant. Het medium onderscheidde niet. Dit werd pas anders in de derde fase, toen de stap is gezet van informatie naar kennis. De inzet daarvan was en is het beheersbaar maken en houden van de stromen data. Geen miljoen hits als men iets intikt op de zoekmachine, maar gerichte informatie die betrokkene nodig heeft. Om dat te bereiken zijn de gegevens zodanig opgeslagen en gestructureerd dat de computer betekenis kan geven aan teksten of tekstdelen. Kort en onvolledig: in het semantisch web zijn met het oog daarop onder meer metadata en steekwoorden ('tags') ontwikkeld. Het 'recommender' systeem voegt daaraan informatie over de gebruiker toe, ontleend aan wat die in het verleden heeft gevraagd aan het web. Deze data worden door het intelligente systeem zelf, eigener beweging geproduceerd omdat het een beeld heeft van wat de gebruiker mogelijk nodig heeft. Door die combinatie van metadata, steekwoorden en gebruikersinformatie is het web geen verzameling van sites meer, maar van data die als maatwerk aan de specifieke gebruiker worden gepresenteerd op het moment dat hij dat wil en op basis van zijn persoonlijke voorkeuren. De zoekmachine kent hem, zoekt en selecteert voor hem.

Dit betekent voor het recht onder meer het volgende, in vogelvlucht en met de aantekening dat volgens de deskundigen nog steeds verbetering hard nodig is, maar ook dat het razend snel gaat, zodat moeilijk te voorspellen is waar wij zullen uitkomen.

- a. hulp voor de Hoge Raad bij de Europeanisering en internationalisering van het recht. Men kan gericht zoeken en hoeft niet altijd meer gehele rechtspraaksites van buitenlandse colleges of van instituten als Global Law na te lopen. Voorwaarde is

³⁸ Voor dit en het hierna volgende heb ik mij vooral gebaseerd op V. Kashyap, C. Bussler, M. Moran, *The Semantic Web. Semantics for Data and Services on the Web*, 2008; T. Bogers, *Recommender Systems for Social Bookmarking*, diss. Tilburg 2009; M. van Opijnen, 'Rechtspraak en digitale rechtsbronnen: nieuwe kansen, nieuwe plichten', *Rechtstreeks* 2010-1; en op gesprekken met collega Antal van den Bosch, Tilburg Centre for Creative Computing.

- wel, en dat geldt ook voor de Nederlandse rechtspraak, dat de rechterlijke uitspraken op een bepaalde manier gestandaardiseerd zijn en dat kost tijd en moeite. Nog meer tijd kost het om wetenschappelijke literatuur op deze manier toegankelijk te maken.
- b. vergelijkbare hulp voor de afnemers van rechtspraak van de Hoge Raad, zoals lagere rechtspraak, advocatuur, andere rechtshulpverleners, burgers, mediators, en brancheverenigingen. Ook ondersteunt het processen als creeping legislation in die zin dat alle betrokkenen in één oogopslag kunnen zien hoe het er voor staat.
 - c. ook bij het opzetten en onderhouden van de netwerken met buitenlandse of Nederlandse colleges en het uitwisselen, bespreken en proberen te begrijpen van elkaars rechtspraak of rechtssysteem, biedt de digitalisering hulp. Men hoeft niet altijd meer af te reizen naar een ander land, maar kan meteen zijn vragen kwijt en krijgt ook snel antwoord, al moet wel goed georganiseerd worden wie tot welk netwerk wordt toegelaten.
 - d. belangrijk is dat het onderzoek van de rechtspraak van de Hoge Raad nieuwe dimensies krijgt. De tijd dat iemand met een handkopiescanner bij rechterlijke instanties langs ging om kopieën te maken, ligt ver achter ons, niet eens zozeer in tijd als wel in aanpak. Door de digitalisering kunnen in rechterlijke uitspraken bijvoorbeeld redeneer- en argumentatiepatronen worden getraceerd, in het algemeen, op bepaalde terreinen of juist bij een vergelijking van bepaalde terreinen, die voor een individueel geheugen te omvangrijk en dus niet toegankelijk zijn. Ook kan men grotere reeksen uitspraken onderzoeken, bijvoorbeeld op andere gegevens dan argumentatiepatronen. Dit vergroot het inzicht in beslissingen, maar betekent tegelijk dat de Hoge Raad en ook de individuele raadsheren kritischer gevolgd en dichter op de huid gezeten zullen worden. Het beginsel van openbaarheid van rechtspraak krijgt hiermee nieuwe dimensies.
 - e. zo is het bijvoorbeeld mogelijk om ondanks het ontbreken van een stelsel van 'dissenting opinions', verbanden te leggen tussen rechterlijke uitspraken en individuele raadsheren, waarbij hun opvattingen verbonden kunnen worden met andere gegevens uit hun persoonlijke of beroepsmatige CV, en dus ook met hun eerdere beroep. Het zou mij niet verbazen als rechters afkomstig uit de advocatuur deels andere accenten leggen dan die uit de rechtspraak zelf, de wetenschap of het openbaar bestuur. Dat is niet erg, integendeel. Uniformiteit is in de rechtspraak geen groot goed. Taak is uit te vinden hoe de verschillen elkaar kunnen versterken om tot een betere rechtspraak te komen. Nederland heeft in dit opzicht een sterke traditie doordat rechters uit alle beroepsgroepen worden gerekruteerd. Of het ook al mogelijk is om bij de selectie van raadsheren in hoven en in de Hoge Raad op basis van digitale gegevens te voorspellen wie een goed rechter zal worden, staat misschien

nog ver van ons af.³⁹ Wel valt vooralsnog de strijd tussen computer en mens bij het voorspellen van concrete rechterlijke uitspraken nog steeds in het voordeel van de mens uit, zo leert het Supreme Court Forecasting project⁴⁰, maar wij weten allemaal hoe het wereldkampioen Kasparov is gegaan in zijn partijen met schaakcomputers als Deep Blue en Deep Junior.

5 Parket

De Hoge Raad kan zijn rechtsvormend werk en de taken in de verschillende netwerken waarin hij functioneert, niet aan zonder het Parket. Ik beseft dat als ik dit zeg, het best zo zal zijn dat ik niet helemaal objectief ben, omdat ik zelf enige jaren met veel plezier en trots deel van het Parket heb mogen uitmaken. Objectiever is daarom dat de Raad van State ook een parket heeft opgericht, dat het EHRM het serieus heeft overwogen bij de toetreding van de EU, en dat in alle landen zonder parket allerlei diensten en kenniscentra zijn opgericht om de rechters behulpzaam te zijn bij hun werk. Nederland hoefde dat niet meer: het had de kennis en ervaring al op hoog niveau in huis en kon daarvan meteen profiteren. Ik wijs ook op de schitterende analyse van Walter van Gerven van zijn tijd als A-G bij het HvJ EU en de manier waarop hij op het terrein van de discriminatie het als zijn taak beschouwde welbewust de brug te slaan tussen praktijk en wetenschap en op die basis de discussie met het hof op te zoeken om verder te komen.⁴¹ Op politiek en ministerieel niveau is wel eens de vraag gerezen of drie keer een zaak grondig bestuderen zoals bij de Hoge Raad gebeurt – eenmaal het Wetenschappelijk bureau, dan het parket, en dan de kamer – niet wat veel van het goede is. Het antwoord is een overtuigd ‘neen’ als het gaat om kerntaken van de Hoge Raad. Als deze grondigheid niet meer kan bij hoogste rechtscolleges van landen wier uitspraken ook Europees en internationaal van groot belang kunnen zijn, houdt het op. Kortom, zou het parket niet bestaan of gisteren zijn afgeschaft, zoals sommigen hebben bepleit⁴², dan zou het vandaag opnieuw moeten worden opgericht.⁴³

³⁹ Maar is wel al in 2004 geprobeerd door J. J. Brudney, *Foreseeing Greatness? Measurable Performance Criteria and the Selection of Supreme Court Justices*, Ohio State University 2004, te vinden op <http://law.bepress.com/osulwps/oritzlaw/art3>.

⁴⁰ T. W. Ruger, P. T. Kim, A. D. Martin & K. M. Quinn, ‘The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking’, *Columbia Law Review* 2004, p 1150-1210.

⁴¹ W. van Gerven, ‘Politics, Ethics & The Law, Legal Practice & Scholarship’, *London School of Economics Working Papers* 19/2008, te vinden op (onder meer) <http://ssrn.com/abstract=1313904>.

⁴² Brinkhof 2010 p. 16. Afschaffing bepleit hij niet omdat de conclusies waardeloos zouden zijn, integendeel, zegt hij, maar omdat de Hoge Raad niet met het parket in debat gaat. Misschien is dat inderdaad beter, maar ik ben bevooroordeeld in deze kwestie omdat ik het zelf, als A-G, nooit vervelend heb gevonden.

⁴³ Wel met de kanttekening dat daarnaast een budget is met behulp waarvan ten behoeve van Raad en Parket samen, onderzoek kan worden gedaan naar ontwikkelingen of knelpunten die de gehele cassatierechtspraak raken en daarmee het individuele zaaksniveau overschrijden. Zie het slot van V.

6 Afronding: terug tot 2010

Ik rond af. Stel dat iemand in 2010 een dergelijk verhaal had gehouden, wat zou dan de reactie van het publiek zijn geweest, denkt u? Futuristische fantasie? Enige twijfel over de geestesgesteldheid van de spreker? Of zou de dreiging van zo veel verandering hebben doen hopen dat het zo'n vaart niet zal lopen? Al deze reacties, en nog wel meer, zijn mogelijk. Maar juristen kunnen wat hebben, dus gedachten aan verstandsverbijsteringen komen niet snel op. En futuristisch is het ook niet, want alles wat gezegd is, is met bronnen van 2010 of eerder gestaafd. Er zit daarom geen greintje fantasie bij, zeg ik de Amerikaanse schrijver Kurt Vonnegut jr. na, die veel toekomstverkenningen heeft uitgevoerd en vaak hilarisch heeft beschreven, maar hij zei er altijd bij dat hij niets zelf bedacht. Wat hij deed was gewoon kijken naar wat gebeurde en dat als een trouwe en nijvere dienaar boekstaven.

De Hoge Raad en zijn Parket zijn spinnen in netwerken van rechtsontwikkeling, nationaal, Europees en internationaal. Trefwoorden zijn afstemmen, samenwerken, openstellen. Geen 'Chinese walls', niet bang zijn voor verlies aan zelfstandigheid en onafhankelijkheid als ze zich in die netwerken begeven, maar bewust leiderschap aanvaarden waar dat binnen de grenzen van hun positie gevraagd wordt. Leiderschap is niet alleen zo veel mogelijk scherpe regels formuleren. Leiderschap is weten wat aan anderen moet worden overgelaten. Leiderschap is om samen met andere hoogste rechters Europees en internationaal te opereren. Leiderschap wordt getoond in de diepte en breedte van de motivering die in voorkomende gevallen niet strikt juridisch dogmatisch kan blijven, maar op zoek gaat naar meer feitelijke grondslag en oog heeft voor de onderliggende waarden en te maken keuzen. Leiderschap is ...

De Hoge Raad en zijn parket zijn springlevend, meer dan ooit.