

Prof. mr. J.C.A de Poorter

STAATS- EN BESTUURSRECHT WETENSCHAP

Legitimiteit en rechtsvorming door de hoogste algemene bestuursrechter

*Over het belang van rationalisatie, participatie en
transparantie in de rechterlijke rechtsvorming*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

VOORWOORD

Dit boek gaat over rechtsvorming door de rechter, meer in het bijzonder de hoogste algemene bestuursrechter, en gaat daarmee in de kern over de onderlinge verhoudingen tussen de staatsmachten in onze democratische rechtsstaat. Die democratisch-rechtsstatelijke verhoudingen blijken geen rustig bezit. In de debatten over de rol van de rechter die in ons parlement – het hart van onze democratie – en daarbuiten worden gevoerd, wordt de rechter er soms van beschuldigd te zeer op de stoel van de politiek te zitten, terwijl hij op andere momenten juist weer de kritiek krijgt veel te weinig te doen. Het onderwerp van de rechterlijke rechtsvorming is weliswaar niet nieuw, maar we zien wel dat door allerlei ontwikkelingen op het niveau van wetgever en bestuur de rechtsorde sterker afhankelijk is geraakt van de rechter en zijn vermogen om recht te doen.

Dit boek is een zoektocht naar het antwoord op de vraag wat ervoor nodig is om de rechter dat op een verantwoorde wijze te laten doen. Ik ben daarbij minder geïnteresseerd in de vraag of de rechter wel aan rechtsvorming mag doen – het is een gegeven dat hij dat doet en dat daaraan ook een maatschappelijke behoefte bestaat. In hoofdstuk 2 ga ik op die vraag nog wel in, maar ik kom tot de conclusie dat er geen harde grenzen zijn te trekken tussen wat tot het domein van de rechter behoort en wat tot het domein van de politiek. Waar die scheidslijn ligt, is afhankelijk van verschillende juridische en niet-juridische factoren, waarvan het soortelijk gewicht per tijdsgewricht en per deelterrein van het recht kunnen wisselen. Mij gaat het in dit boek vooral om de vraag dat als we aannemen dat de rechter een belangrijke(r) rol speelt in de rechtsvorming, hoe we dan de legitimiteit van de rechterlijke oordeelsvorming in die gevallen kunnen optimaliseren. Die zoektocht vindt plaats langs een drietal lijnen: participatie, rationalisatie en transparantie.

Dit boek vormt welbeschouwd de synthese van mijn eerdere werk over de rechtsvormende taak van de rechter. Dat werk heeft echter een impuls gekregen door de sectorplansubsidie die wij van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap mochten ontvangen voor het onderzoeksprogramma 'Methods of judicial lawmaking in a multi-level legal order', waaraan ik met mijn Tilburgse collega Rob van Gestel leiding mocht geven. In het kader van dat onderzoeksprogramma is er ook een samenwerking tot stand gekomen met onze collega's van Vanderbilt Law School uit Nashville in de VS. Dat had onder meer als reden dat het fenomeen van public interest litigation, het beroep op de rechter om daarmee een bepaalde politieke of maatschappelijke verandering teweeg te brengen, zijn wortels heeft in de burgerrechtenbeweging in de VS in de jaren 50 en 60 van de vorige eeuw. Waar destijds juist vanuit 'progressieve hoek' veel vertrouwen in de rechter werd gesteld om tegenwicht te bieden aan de politiek, zien we op dit moment dat juist vanuit diezelfde hoek grote bedenkingen ontstaan bij de wijze waarop de US Supreme Court de laatste tijd aan het

recht inhoud geeft. Hoewel de positie van de rechter in de VS een veel politiekere is dan in Nederland, kunnen wij toch veel leren van de ervaringen met en de gedachtevorming over de rol van de rechter in relatie tot wetgever en bestuur. Dat is de reden dat ik me ook in dit boek met regelmaat een uitstapje naar de VS permitteer.

Dit boek verschijnt in de reeks 'Staats- en Bestuursrecht Wetenschap'. Ik ben de redactie veel dank verschuldigd voor de wijze waarop zij een eerdere versie van het manuscript van commentaar hebben voorzien.

Literatuur en jurisprudentie zijn verwerkt tot omstreeks 1 maart 2023.

J.C.A. de Poorter, staatsraad in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar bestuursrecht aan Tilburg University

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 Het wankle evenwicht tussen rechtspraak en politiek / 1
- 1.2 De rechtsvormende taak van de rechter / 3
- 1.3 De samenleving lijkt meer en anders van de rechter te verlangen / 4
- 1.4 Rechterlijke rechtsvorming in een veranderende context: de complexe en meelagige rechtsorde / 5
- 1.5 Focus van het boek: rechtsvorming door de hoogste algemene bestuursrechter / 7
- 1.6 Terminologie / 10
- 1.7 Doel en academische en maatschappelijke relevantie / 12
- 1.8 Opzet van het boek / 13

HOOFDSTUK 2

De positie van de rechter in de rechtsstaat / 15

- 2.1 Het debat over de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter / 15
- 2.2 Spanning tussen rechtspraak en politiek: enkele geruchtmakende uitspraken / 17
- 2.3 Discussie over de rol van de rechter: van dikastocratie tot hoeder van de rechtsstaat / 19
- 2.4 Verklaringen voor een actievere opstelling van de rechter? / 20
 - 2.4.1 Veranderingen in het functioneren van de wetgever / 20
 - 2.4.2 De Europeanisering en internationalisering van onze rechtsorde / 23
- 2.5 Zijn er aan rechterlijke toetsing onttrokken politieke kwesties? / 24
- 2.6 Een constitutionele dialoog tussen rechtspraak en politiek? / 26
- 2.7 Is de trias politica nog een geschikt denkraam in de meergelaagde rechtsorde? / 29
- 2.8 Ordening van mechanismen van rechtsvorming in een meergelaagde rechtsorde / 32

HOOFDSTUK 3

De legitimiteit van de rechterlijke rechtsvorming / 35

- 3.1 Input- en outputlegitimiteit / 35
- 3.2 Drie funderende waarden voor constitutionele legitimiteit: voice, rights en expertise / 37
- 3.3 Legitimiteit en het bovenindividuele karakter van de rechterlijke rechtsvorming / 39

- 3.4 Representatie, rationalisatie en transparantie in de rechterlijke rechtsvorming / 40
- 3.5 Participatie, rationalisatie en transparantie en de implementatie in de rechterlijke praktijk / 42

HOOFDSTUK 4

Meer beleid in de rechterlijke rechtsvorming / 45

- 4.1 Inleiding / 45
- 4.2 Rechtsvorming als zelfstandige functie van de rechterlijke procedure / 46
- 4.2.1 Individuele rechtsbescherming en de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechter / 46
- 4.2.2 De 'maatwerkparadox' / 47
- 4.3 Belemmeringen voor rechterlijke rechtsvorming / 48
- 4.3.1 De casusgerichtheid van de rechterlijke activiteit / 48
- 4.3.2 Het op individuele gevalsbehandeling gerichte procesrecht / 49
- 4.3.3 Institutionele factoren / 56
- 4.4 De hoogste (bestuurs)rechters gaan bewuster om met hun rechtsvormende taak / 59
- 4.4.1 Conclusies door de advocaten-generaal / 60
- 4.4.2 Overzichtsuitspraken / 61
- 4.4.3 Amici curiae / 62
- 4.4.4 Klankbordgroep rechtsvorming bestuursrecht / 63
- 4.5 Een verdere stimulering van de rechtsvormende taak: concentratie en versneling / 64
- 4.5.1 Een direct beroep tegen algemeen verbindende voorschriften / 65
- 4.5.2 Ruimere mogelijkheden voor een bundeling van belangen / 67
- 4.5.3 Prorogatie op initiatief van het bestuursorgaan: een nieuw art. 7:1b Awb / 69
- 4.5.4 Een prejudiciële procedure in het bestuursrecht / 72
- 4.5.5 Hoger beroep in het belang der wet / 76
- 4.6 Een gezamenlijke verantwoordelijkheid en de constitutionele dialoog tussen wetgever en rechter / 78
- 4.6.1 Terugkoppeling aan de wetgever / 79
- 4.6.2 Rondetafelgesprek van Partners in de Rechtsvorming (RPR) / 80
- 4.7 Tot slot / 83

HOOFDSTUK 5

Rationalisatie van de rechterlijke rechtsvorming / 85

- 5.1 Leren van de wetgever / 85
- 5.2 De rechter wordt op twee manieren met de behoefte aan rationalisatie geconfronteerd / 86
- 5.2.1 De rechterlijke toetsing van de feitelijke grondslag van wetgeving / 86
- 5.2.2 Wanneer de rechter zelf nieuw recht creëert / 89
- 5.3 Welke rol kunnen bovenindividuele feiten spelen in de rechterlijke rechtsvorming? / 92
- 5.3.1 De moeizame sprong vanuit de feiten naar de normatieve wereld van het recht / 92

- 5.3.2 Gebrek aan bewijs over het soortelijk gewicht van botsende bovenindividuele belangen / 93
- 5.3.3 Soms dicteert bewijs van bovenindividuele feiten de rechterlijke beslissing wel direct / 94
- 5.4 Hoe rechters een expliciete overweging over bovenindividuele feiten vaak vermijden / 95
 - 5.4.1 Een margin of appreciation / 95
 - 5.4.2 De keuze voor een principiële getoonzette redeneertrant / 96
 - 5.4.3 Verhullend argumenteren / 96
- 5.5 Het vergaren van bewijs van bovenindividuele feiten / 97
 - 5.5.1 Inleiding / 97
 - 5.5.2 Hoe komen rechters aan kennis over bovenindividuele feiten? / 98
 - 5.5.3 Ambtshalve en zonder betrokkenheid van partijen onderzoek doen naar bovenindividuele feiten? / 101
- 5.6 Het waarden van bewijs van bovenindividuele feiten / 103
 - 5.6.1 Inleiding / 103
 - 5.6.2 Rechterlijke toetsing van de betrouwbaarheid van bewijs van bovenindividuele feiten / 104
- 5.7 De gereedschapskist van de rechter en bewijs van bovenindividuele feiten / 107
 - 5.7.1 De amicus curiae / 107
 - 5.7.2 Onafhankelijk deskundigenadvies / 111
 - 5.7.3 Een lekenrechter met bijzondere deskundigheid / 114
 - 5.7.4 Uitspraakbevoegdheden: monitorverplichting in combinatie met een wijzigings- of aanpassingsplicht / 116
- 5.8 Tot besluit: legitimiteit en de rationalisering van de rechterlijke rechtsvorming / 119
 - 5.8.1 Bewijs van bovenindividuele feiten is geen panacee ... / 119
 - 5.8.2 Onderscheid tussen het positief en negatief gebruik van bewijs van bovenindividuele feiten / 120

HOOFDSTUK 6

Participatie / 121

- 6.1 Inleiding / 121
- 6.2 Democratische eigenschappen van de rechterlijke procedure / 123
- 6.3 De rechter als toezichthouder op democratische spelregels bij vaststelling wetgeving / 125
 - 6.3.1 Departementarisatie en het loslaten van het wetgevingsprimaat / 125
 - 6.3.2 Een wettelijke regeling over het tot stand brengen van regelgeving / 126
 - 6.3.3 De rechter als bewaker van de wettelijke democratische spelregels / 129
- 6.4 Het democratisch gehalte van de rechterlijke procedure zelf / 130
 - 6.4.1 Public interest litigation als een uiting van directe democratie / 130
 - 6.4.2 Het belang van massa en representativiteit / 133
 - 6.4.3 Evenwichtige belangenvertegenwoordiging in de procedure / 138

HOOFDSTUK 7

Transparantie en de motivering van rechterlijke beslissingen / 141

- 7.1 Rechtsvorming en het belang van transparantie / 141
- 7.2 Rechtsvorming zet de motivering onder druk / 141
- 7.3 Een motiveringsplicht in twee dimensies: over de breedte en diepte van de motivering / 143
- 7.4 De motiveringsstijl: over juridische en consequentialistische motiveringen / 144
- 7.5 De vorm van de motivering / 145
- 7.6 Een brede motivering of een zaak-voor-zaakbenadering? / 145
- 7.7 Geen lijnen, maar stippen / 148
- 7.8 Consequentialistisch en discursief motiveren en de impact op de legitimiteit van de beslissing / 150
 - 7.8.1 Inleiding / 150
 - 7.8.2 Het belang van consequentialistisch motiveren voor de legitimiteit van het rechterlijk oordeel / 150
 - 7.8.3 Discursieve motivering en een gedifferentieerde motiveringsplicht / 152
- 7.9 Over het belang van intern tegendenken en de mogelijkheid van dissenting opinions / 156
 - 7.9.1 Intern tegendenken en het belang van social trust / 156
 - 7.9.2 Dissenting opinions? / 158

HOOFDSTUK 8

Conclusies / 163

- 8.1 Rechterlijke rechtsvorming als zelfstandige functie van de bestuursrechtspraak / 163
- 8.2 Naar een twee-sporen Awb-procesrecht: individuele en bovenindividuele-geschillenbeslechting / 164
- 8.3 Vertrouwen in de rechtspraak en de legitimiteit van de rechterlijke rechtsvorming / 165
- 8.4 Methodologie van rechterlijke rechtsvorming: participatie en rationalisatie / 167
 - 8.4.1 Participatie / 167
 - 8.4.2 Rationalisatie / 168
- 8.5 Verantwoording afleggen in de uitspraak: transparantie / 170
- 8.6 Een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor rechtsvorming: het belang van dialoog in de trias / 172

Jurisprudentieregister / 175

Trefwoordenregister / 179

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Het wankele evenwicht tussen rechtspraak en politiek

De verhouding tussen rechtspraak en politiek is in onze democratische rechtsstaat even wezenlijk als kwetsbaar. De rechter heeft tot taak om te toetsen of de overheid in zijn handelen binnen de grenzen van het recht is gebleven. In een systeem van checks and balances, macht en tegenmacht, heeft de rechter per definitie een machtskritische functie om individuele vrijheden, rechtszekerheid en betrouwbaarheid van overheidshandelen te garanderen. Doet hij dit met een zekere mate van terughoudendheid om zo de handelingsvrijheid van het bestuur te waarborgen op momenten dat (een deel van) de samenleving verwacht dat hij ingrijpt, dan verliest hij gezag en vertrouwen. Geeft hij wél thuis, dan loopt hij het risico het verwijt te krijgen een daadkrachtig bestuur in de weg te staan of politiek te bedrijven.¹ Dit tekent de kwetsbaarheid van het evenwicht tussen de politieke en de rechterlijke macht.

Die kwetsbaarheid kwam heel duidelijk aan het licht toen in het najaar van 2019 in de Tweede Kamer werd gedebatteerd naar aanleiding van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 29 mei 2019 over het Programma Aanpak Stikstof (PAS).² Het PAS vormde de juridische grondslag voor het verlenen van toestemming voor activiteiten die stikstof uitstoten. Daarmee bood het PAS enerzijds ruimte voor het verlenen van vergunningen voor veehouderijen of de aanleg van wegen; anderzijds bevatte het PAS tegelijkertijd maatregelen om de nadelige gevolgen van stikstof op natuurgebieden te verminderen. Het PAS liep daarbij vooruit op toekomstige positieve gevolgen van maatregelen voor beschermde natuurgebieden en geeft daarbij vooraf toestemming aan nieuwe activiteiten. Juist dat werd door de ABRvS, nadat zij antwoord had gekregen op de daarover in 2017 gestelde prejudiciële vragen aan het HvJ EU, niet in overeenstemming geoordeeld met de voorwaarden uit de Europese Habitatrictlijn. De maatschappelijke gevolgen waren groot. Het 'land zat op slot' door het afgekeurde PAS en we verkeerden in een heuse 'stikstofcrisis'. De rechterlijke uitspraak gaf Kamerlid Thierry Baudet in het politieke debat over de stikstofproblematiek op 14 november 2019 aanleiding de conclusie te trekken dat 'Nederland is verworden tot een dikastocratie' en dat 'door toedoen van de rechter de rechtsstaat wordt ondergraven en de democratie ondermijnd'. Hij kreeg uiteindelijk steun voor een onderzoek naar de 'rechtersstaat' van onder andere PVV, VVD, CDA, SGP, Denk en SP.³ De geluiden over 'activistische rechters' resoneren overigens ook in

1 H.D. Tjeenk Willink, *Groter denken, kleiner doen*, Amsterdam: Prometheus 2018, p. 83.

2 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ECLI:NL:RVS:2019:1604.

3 Zie bijvoorbeeld hierover in het NRC van 20 december 2019 'Help, de rechter grijpt de macht'.

de media.⁴ De aanleiding voor deze bezorgdheid bij politici over de rol van de rechtspraak wordt niet alleen ingegeven door de uitspraak van de ABRvS in de stikstofzaak, maar wordt ook gevoed door andere rechterlijke beslissingen. Dat kunnen beslissingen zijn van de bestuursrechter,⁵ maar ook uitspraken van de burgerlijke rechter op het terrein van de rechtsbescherming tegen de overheid trekken de aandacht. Zo wilde een Kamermeerderheid niet dat er IS'ers terugkeren uit Syrië, maar zette de rechtbank een streep door dat beleid.⁶ In een andere zaak haalde de Hoge Raad (hierna: HR) het door de regering vastgestelde Tabaks- en rookwarenbesluit onderuit, voor zover daarin een uitzondering op het rookverbod is opgenomen voor rookruimtes in horeca-inrichtingen.⁷ Ook de SyRI-zaak past in deze categorie. Dat betrof een zaak waarin de rechter de Systeem Risico Indicatie niet in overeenstemming oordeelde met art. 8 EVRM.⁸ Ook de maatregelen die zijn getroffen ter bestrijding van de COVID-pandemie, zoals de avondklokmaatregel, waren voorwerp van rechterlijke procedures.⁹ En ten slotte is daar de Urgenda-zaak, waarin de rechter de Staat der Nederlanden opdraagt haast te maken met de reductie van de CO₂-uitstoot in de strijd tegen klimaatverandering.¹⁰

Deze rechterlijke uitspraken vormden de aanleiding voor de hiervoor weergegeven kritische uitlatingen over de rol van de rechter. Op zichzelf is kritiek op en ergernis over rechterlijke beslissingen die politiek niet zo goed uitkomen, niet nieuw. Maar, zoals de Raad van State in zijn jaarverslag over 2019 opmerkt, een kritische reflectie op rechterlijke uitspraken is wezenlijk anders dan het principieel ter discussie stellen van de rechter als instituut.¹¹ Waar dat laatste gebeurt, is voorzichtigheid op zijn plaats. Wat er kan gebeuren als vanuit het hart van de vertegenwoordigende democratie de rechterlijke institutie als zodanig wordt aangevallen, zien we als we kijken naar andere Europese landen als Polen en Hongarije. Tegelijkertijd wil dat niet zeggen dat het functioneren van de rechterlijke instituties niet ook aan een kritische reflectie moet kunnen worden onderworpen. Blijkbaar is er iets aan de hand als politici en sommige academici de vraag stellen of de rechter nog wel blijft binnen de taken en bevoegdheden die hem zijn toebedeeld en het beeld ontstaat dat rechters zonder al te veel zelfbeheersing zitten te wroeten in politiek beleid. Wat is hier precies aan de hand? Welke ontwikkelingen voltrekken zich in de verhouding tussen rechtspraak en politiek en hoe moeten we die ontwikkelingen waarderen in het licht van de constitutionele context waarbinnen wetgever, bestuur en rechter werken en van de functie die zij daarin geacht worden te vervullen? In de kern is dat waarover dit boek

4 Zie bijvoorbeeld de column van Marin Sommer 'Met het Urgenda-arrest doet de Hoge Raad aan juridisch activisme' in *de Volkskrant* van 3 januari 2020.

5 Ik noem nog de uitspraken van verschillende rechtbanken en uiteindelijk de ABRvS over de nareismaatregel, die onderdeel vormt van het asielakkoord dat het kabinet in augustus 2022 sloot om de crisis in de opvang van migranten op korte termijn op te lossen.

6 Rb. Den Haag 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909. Het vonnis hield geen stand in hoger beroep: Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208.

7 HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449.

8 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

9 Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100 en Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285.

10 Zie Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, in hoger beroep bevestigd, zij het gedeeltelijk op andere gronden, door Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591. Het vonnis van het gerechtshof is recent bekrachtigd in cassatie: HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

11 Raad van State, *Evenwicht in de rechtsstaat. Een beschouwing*, Jaarverslag 2019.

gaat: de plaats en de taak van de rechtspraak op het terrein van de rechtsbescherming tegen de overheid.

1.2 De rechtsvormende taak van de rechter

Hoewel de feitelijke en juridische context van de hiervoor genoemde rechterlijke uitspraken sterk verschillen, hebben ze gemeenschappelijk dat de rechter in die zaken aan rechtsvorming doet. Op zichzelf is dat niet nieuw. Rechters worden met regelmaat geconfronteerd met vragen die hen dwingen aan rechtsvorming te doen en waarbij ze in zekere zin ook 'beleidskeuzes' dienen te maken.

Toch is het beeld van de rechterlijke activiteit nog steeds sterk gestoeld op de aan Montesquieu ontleende idee van de rechter als 'la bouche de la loi'. Het proces van rechtsvinding door de rechter is klassiek opgebouwd uit een drietal elementen: feit, regel en beslissing. De beslissing volgt uit de confrontatie van het voorliggende feitencomplex met de daarop toegesneden rechtsregel. In lang niet alle gevallen verloopt deze confrontatie echter als een syllogistische redenering, waarbij de rechter door subsumptie van de vastgestelde feiten onder de regel zonder meer tot zijn beslissing komt. De juridische werkelijkheid is vaak veel grilliger dan het klassieke beeld doet vermoeden. In de rechtspraak wordt dan ook erkend dat rechters aan rechtsvorming doen en zelfs een *rechtsvormende taak* hebben. Niet voor niets overwegen bijvoorbeeld de ABRvS en de Hoge Raad zo nu en dan dat een bepaalde beslissing de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan, daarmee erkennend dat ze wel menen een rechtsvormende taak te hebben.¹² Overigens is het opvallend dat dit type overweging steevast in een negatieve zin wordt gebruikt, in de zin dat een beslissing de rechtsvormende taak te buiten gaat, maar dat we andersom nooit een overweging tegenkomen waarin een rechter motiveert waarom hij met een bepaalde beslissing binnen de grenzen van zijn rechtsvormende taak is gebleven.

Het roept wel de vraag op wat we dan precies onder die rechtsvormende taak moeten verstaan, mede in het licht van het klassieke beeld dat de taak van de rechter er slechts uit bestaat de wet toe te passen in het concrete geval. Voor Kortmann is er in dit verband een verschil tussen rechtsvorming en rechtsontwikkeling.¹³ Bij rechtsontwikkeling gaat het om het uitbreiden, verfijnen, verklaren of bijsturen van iets dat al bestaat, terwijl rechtsvorming ziet op iets creëren dat nog niet bestond. Het eerste mag de rechter wel, het tweede is hem volgens Kortmann niet toegestaan. Daarmee lijkt Kortmann aansluiting te zoeken bij de gedachte die ook aan art. 11 en art. 12 Wet algemene bepalingen ten grondslag lijkt te liggen: "*De regter moet volgens de wet regt spreken (...)*" en "*Geen regter mag bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen (...)*." Toch komt het onderscheid dat Kortmann maakt – zo ben ik met Giesen eens – neer op gegoochel

12 Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ3202 en HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2614.

13 C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad en daad*, Nijmegen: AAL 2008, p. 32-33.

met woorden, omdat de grens tussen iets scheppen en iets uitbreiden heel dun, zo niet onbestaanbaar is.¹⁴

Hoe je het ook wendt of keert, rechters doen aan rechtsvorming en hebben daarin ook een eigen verantwoordelijkheid in de zin dat de bijdrage van de rechter aan de ontwikkeling van het recht in een moderne maatschappij onmisbaar is geworden. In lang niet alle gevallen is er een duidelijke, zonder meer op het concrete geschil toegesneden rechtsregel voorhanden en dient de rechter recht te vormen. In die gevallen veronderstelt de rechterlijke beslissing een zeker creatief element. Dit creatieve – Wiarda spreekt van: autonome¹⁵ – element in de rechtspraak is in bepaalde gevallen prominenter aanwezig dan in andere. Dit creatieve element doet zich voor in alle gevallen waarin de rechter het voorliggende geval niet blindelings kan identificeren met een in een positiefrechtelijke regel gearticuleerde achtergrond. Van Gerven en Lierman spreken in dit verband, onder verwijzing naar Claes,¹⁶ van een – naast feit, regel en beslissing – vierde concept in de beschrijving van de rechterlijke oordeelsvorming.¹⁷ Gebaseerd op het werk van Dworkin wijzen zij erop dat niet de rechtsregel als zodanig centraal staat in het rechterlijke rechtsvindingsproces, maar een onderling gedragspatroon waarvan de regel *hic et nunc* een articulatie is.¹⁸ Dit gedragspatroon vormt als het ware de verbinding tussen de feiten enerzijds en de rechtsregel anderzijds. In ‘gemakkelijke gevallen’ herkent de rechter de feiten als deel uitmakend van een hem bekend geval overstijgend handelingspatroon, waardoor hij de regel die een articulatie is van dat patroon moeiteloos toepasselijk acht op de voorliggende feiten. Er zijn echter ook met regelmaat gevallen – de moeilijke gevallen – waarin rechtspraak kiezen is. In die gevallen zullen bepaalde waarden en belangen van buiten het recht in zijn oordeelsvorming een rol spelen, al worden die argumenten vaak vermomd als ‘interpretatie’.

1.3 De samenleving lijkt meer en anders van de rechter te verlangen

Wat de hiervoor genoemde zaken wellicht bijzonder maakt, is dat de maatschappelijke impact van de door de rechter gemaakte keuzes heel groot is. Dat verklaart wellicht ook de politieke gevoeligheid ervan. Dat de rechter in die zaken in een positie is komen te verkeren dat hij als het ware het voortouw diende te nemen in de oplossing van bepaalde maatschappelijke vraagstukken is echter niet zijn eigen vrije keuze. De samenleving, of althans een deel van de samenleving, lijkt dat in toenemende mate van hem te verlangen. De zaken die ik hiervoor heb genoemd, geven alle uitdrukking aan een fenomeen dat we uit de Angelsaksische rechtsstelsels kennen als public interest litigation. Public interest litigation kan worden omschreven als het inzetten van juridische procedures door private actoren met de bedoeling om een bepaalde politieke of maatschappelijke verandering teweeg te brengen. Daarbij kan het gaan om bestuursrechtelijke procedures, maar ook om

14 I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht (Monografieën BW nr. A3)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 5.

15 G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 1999.

16 E. Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht, Een grondslagen-theoretische benadering*, Universitaire Pers Leuven 2003, p. 127-136.

17 W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel (veertig jaar later), Beginselen van Belgisch Privaatrecht I*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 262.

18 R. Dworkin, *Law's Empire*, Londen, Cambridge MA: Belknap Press of Harvard University Press 1986, hoofdstuk 2.

civielrechtelijke procedures. Kenmerkend aan deze procedures is dat ze toekomstgericht zijn, belangen betreffen die breder zijn dan de puur private belangen van de bij het geding betrokken partijen, de nadruk leggen op ideële aspecten en ze doorgaans worden geïnitieerd door of met de steun van maatschappelijke belangengroeperingen die zich bezighouden met het bevorderen van maatschappelijke belangen.¹⁹

Public interest litigation is in wezen een verzoek uit de samenleving om rechterlijk activisme, een vraag om het voortouw te nemen in de rechtsontwikkeling. En het lijkt aannemelijk dat de rol van de actieve burger in onze participatiesamenleving deze ontwikkeling in de toekomst eerder zal stimuleren dan afremmen.²⁰ Daar kan van alles van worden gevonden en dat gebeurt ook. In de nieuwjaarsrede van 2023 zegt de voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak daarover dat 'de gang naar de rechter soms geen middel meer lijkt om recht te halen, maar een poging om de eigen mening tot norm te maken'.²¹ Hij voegt daaraan toe: "*Niet zelden gaat het dan om het uitvechten van wat in de kern een maatschappelijke discussie is.*" Dat laatste is inderdaad wat we steeds vaker lijken te zien: maatschappelijke geschillen worden ter beslechting aan de rechter voorgelegd. Of dat per se verkeerd is, is echter nog maar de vraag. In de rechtswetenschappelijke literatuur wordt daar heel verschillend over gedacht, zoals ik hierna zal laten zien. Volgens sommigen kunnen groepen van burgers die zich tot de rechter wenden om verandering te brengen in de onwenselijk geachte politieke status quo ook worden gezien als een uiting van tegendemocratie en als een bewijs dat de checks and balances in de democratische rechtsstaat werken. In elk geval lijkt het een ontwikkeling die niet los kan worden gezien van het functioneren van de andere staatsmachten binnen de democratische rechtsstaat.

1.4 Rechterlijke rechtsvorming in een veranderende context: de complexe en meerlagige rechtsorde

Het lijkt nauwelijks nog in geschil dat de rechter aan rechtsvorming doet en dat (een deel van) de samenleving dat ook van hem verlangt. Tegelijk lijkt de manier waarop en de mate waarin hij dat doet meer dan eens wrevel op te wekken, getuige ook de politieke onrust die in de Tweede Kamer is ontstaan over de beweerdelijk activistische rechtspraak. Maar wat is nu precies het probleem?

In de kern lijkt het hier te gaan om de vraag wie het laatste woord behoort te hebben in gevallen waarin zich een confrontatie voordoet tussen het domein van de politiek en dat van de rechter: is dat de rechtspraak of de politiek? Er zijn talloze juridisch-technische vragen zonder enige morele dan wel politieke lading, waarover de politiek niet zal aarzelen die tot het domein van de rechter te rekenen. Denk aan kwesties op het terrein van het bestuursprocesrecht, zoals de vraag of een rechtbankuitspraak gezag van gewijsde krijgt

¹⁹ Zie in die zin L.F.H. Enneking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation', *NJB* 2014/1136 onder verwijzing naar A. Chayes, 'The role of the judge in public law litigation', *Harvard Law Review* vol. 89 (1976), p. 1281-1316.

²⁰ Zie ook L.F.H. Enneking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation', *NJB* 2014/1136.

²¹ Zie voor de nieuwjaarsrede 2023 van de Voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak: Nieuwjaarsrede Henk Naves | Nieuws | Raad voor de rechtspraak.

als en voor zover tegen de daarin uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen gronden niet in hoger beroep zijn gekomen.²² Maar soms is de grens tussen het politieke domein en dat van de rechter minder duidelijk te trekken. Dat is het geval in zaken als die over kwesties als de stikstofproblematiek, de kinderopvangtoeslag, de klimaatverandering en de fraudebestrijding in het sociale domein. In die gevallen dringt zich ten volle de vraag op wie het laatste woord behoort te hebben. Achter die vraag gaat een andere, meer principiële problematiek schuil die te maken heeft met een beoordeling van de constitutionele verhoudingen tussen wetgever, bestuur en rechter, en die haar grond vindt in het verschil in legitimatie tussen deze staatsmachten. Rechters zijn niet rechtstreeks gekozen, opereren in onafhankelijkheid en behoeven voor hun functioneren geen verantwoording af te leggen. Een redenering is dat nu de rechter in de uitoefening van zijn rechtsvormende taak niet meer uitsluitend kan steunen op de democratische grondslag van de wet daarmee de democratische legitimatie van het recht dreigt verloren te gaan.²³ Door het 'democratisch deficit' van de rechterlijke macht past de rechter terughoudendheid en dient het primaat in de rechtsvorming te berusten bij de politiek. Deze gedachtegang leunt erg sterk op de gelijkstelling van democratische legitimatie met legitimatie via een stelsel van electorale representatie in combinatie met een bepaalde invulling van het legaliteitsvereiste, waarbij het bestuur zijn gezag aan de democratisch gelegitimeerde wet ontleent. De vraag is echter of deze gedachtegang nog past in de veranderende context waarin de rechter zijn werk verricht: onze complexe en meergelaagde rechtsorde.

In de eerste plaats is het zo dat binnen de huidige natiestaat de democratische legitimatie van regelgeving vaak al helemaal niet zo overtuigend is. Denk in dit verband aan de omvangrijke delegatie en sub-delegatie aan niet direct democratisch gelegitimeerde organen, waarbij het al lang niet meer enkel gaat om technische uitvoeringskwesties.²⁴ Daar komt nog bij dat de algemene regels die door regering en parlement gezamenlijk in een wet worden neergelegd daarmee niet automatisch ook recht, in de zin van gerechtigheid, zijn. Dat heeft er onder meer mee te maken dat politici regelgeving steeds meer als een instrument ten behoeve van daadkrachtig bestuur beschouwen, maar ook dat de constitutionele kennis van regelgevers – parlement en regering voorop – aan erosie onderhevig lijkt.²⁵ In de eenentwintigste eeuw vindt rechtsvorming bovendien plaats in een complexe, meergelaagde context. Het functioneren van de nationale rechtsstatelijke instituties wordt beïnvloed door tendensen van globalisering en privatisering. Mak wijst erop dat de groeiende verwevenheid van de nationale rechtsorde met die van de Europese Unie en met de internationale rechtsorde maakt dat nationale rechtsregels opgesteld door de Nederlandse wetgever en door bestuursorganen zijn vervlochten met Europese en

22 ABRvS 6 augustus 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI0801.

23 Zie hierover ook M. Scheltema, 'Is de rechter niet democratischer dan wij denken?', in: J.W. Duyvendak e.a. (red.), *Macht en verantwoordelijkheid, Essays voor Kees Schuyt*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 331.

24 R.A.J. van Gestel, 'The deparliamentarisation of legislation: framework laws and the primacy of the legislature', *Utrecht Law Review* (9) 2013, afl. 2, p. 106-122.

25 H.D. Tjeenk Willink, Toespraak op het symposium 'Toegang tot de rechter' ter gelegenheid van het afscheid van mr. G.J.M. Corstens als President van de Hoge Raad der Nederlanden op dinsdag 28 oktober 2014, in: R. Kuiper & V. Timmerman (red.), *Toegang tot de rechter*, Den Haag: Boom juridisch 2015.

internationale rechtsregels van supranationale instellingen.²⁶ Daarnaast vindt regulering ook steeds vaker plaats door middel van soft law-instrumenten (denk aan certificering, aanbevelingen en gedragscodes) en zijn private actoren betrokken bij regulering, zoals multinationals, banken en ngo's.

Als gevolg van dit soort ontwikkelingen lijkt het proces van rechtsvorming niet langer te kunnen worden geplaatst in een hiërarchisch model met een centraal bestuurspunt. Veeleer is sprake van een proces van co-actoren in een complex patroon van rechtsvorming. De globalisering van onze rechtsorde maakt dat de hiërarchie in rechtsbronnen waar juristen vertrouwd mee zijn, vervagen. Het primaat van nationale wetgeving is niet meer vanzelfsprekend in een rechtsorde waarin veel rechtsregels een Europese of internationale oorsprong hebben en waarin meer ruimte is ontstaan voor andere vormen van regulering. Dit betekent ook dat de legitimatie van rechtsvormend handelen in deze context in mindere mate dan voorheen kan steunen op het uitgangspunt van electoraal-representatieve democratie; de klassieke volksvertegenwoordiging zoals die in de natiestaat is georganiseerd, ontbreekt immers of is op zijn minst van een andere orde op het supranationale niveau en buiten de sfeer van overheidsregulering.²⁷

Dit betekent misschien ook wel dat de vraag rijst naar de zeggingskracht van de doctrine van de trias politica die vooral door staatsrechtgeleerden onmiddellijk wordt ingeroepen als de moeder aller constitutionele argumenten om te benadrukken dat de rechter niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten.²⁸ Had Ackerman een punt toen hij zei dat de realiteit van de complexe, meergelaagde rechtsorde niet kan worden gevangen in een systeem van drie simpele boxen?²⁹ En als dit zo is, wat betekent dit dan voor het functioneren van de rechter in die veranderende maatschappelijke en rechtsstatelijke context? Dat zijn vragen waar in dit boek nader op wordt ingegaan.

1.5 Focus van het boek: rechtsvorming door de hoogste algemene bestuursrechter

Dit boek gaat over rechtsvorming door de rechter in het algemeen en door de bestuursrechter in het bijzonder. In dit boek wordt een fenomeen – hiervoor genoemd: public interest litigation – aan de orde gesteld dat niet beperkt is tot Nederland en binnen Nederland evenmin tot de burgerlijke rechter. Public interest litigation vindt zijn oorsprong in de Verenigde Staten waar groepen van burgers halverwege de vorige eeuw met name in het kader van de burgerrechtenbeweging de weg naar de rechter zochten om maatschappelijke veranderingen teweeg te brengen. De ervaringen die met public interest litigation zijn

26 E. Mak, 'Legitimatie van rechtsvorming in de gelaagde rechtsorde', in: J.C.A. de Poorter, *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom juridisch 2014, p. 66-67.

27 Zie in die zin E. Mak, 'Legitimatie van rechtsvorming in de gelaagde rechtsorde', in: J.C.A. de Poorter, *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom juridische 2014, p. 66-67.

28 Ik ontleen deze frase aan R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Voorbij de trias politica. Over de constitutionele betekenis van "public interest litigation"', *AA* 2019-647.

29 B. Ackerman, 'Good-bye Montesquieu', in: S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth & B. Emerson (red.), *Comparative Administrative Law: Second Edition*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017, p. 38.

opgedaan, en de vragen die dat heeft opgeroepen, hebben mij aanleiding gegeven in dit boek met enige regelmaat ook een uitstapje te maken naar Amerikaanse rechtspraak en literatuur. Die uitstapjes bieden inspiratie bij de beantwoording van de vragen die in dit boek aan de orde zijn. Bovendien is dit boek tot stand gekomen in het kader van de uitvoering van het sectorplanproject 'methods of judicial lawmaking', waarin ook intensief is samengewerkt met onze Amerikaanse partners van Vanderbilt University, juist om over en weer te leren van ervaringen rond public interest litigation en de rol van de rechter in de democratische rechtsstaat.

Het fenomeen dat groepen van burgers vaker de weg naar de rechter lijken te vinden om maatschappelijke vraagstukken aan de orde te stellen met het doel een zekere sociale verandering teweeg te brengen, openbaart zich in Nederland niet alleen in procedures voor de burgerlijke rechter maar evengoed in procedures voor de bestuursrechter. In dit boek ligt de focus vooral op de rol van de bestuursrechter en in het bijzonder die van de hoogste algemene bestuursrechter, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS). Daar zijn goede redenen voor. Waarom ik de focus primair richt op de ABRvS en minder op de andere hoogste bestuursrechters heeft ermee te maken dat ik met het werk van deze bestuursrechter nu eenmaal het meest vertrouwd ben, maar ook omdat de ABRvS van alle bestuursrechters veruit de meeste zaken afdoet en daardoor, alsook door de grote variëteit aan zaken, de rechter is die op het terrein van het bestuursrecht de duidelijkste, geprononceerde rechtsvormende taak heeft. De keuze voor een primaire focus op de hoogste algemene bestuursrechter en minder op de burgerlijke rechter wordt (ook) gerechtvaardigd doordat in de literatuur over rechterlijke rechtsvorming de rol van de bestuursrechter veelal wat onderbelicht is en het onderzoek zich van oudsher toch vooral focust op de burgerlijke rechter. Om de vragen te bestuderen die het fenomeen van public interest litigation in het juridisch discours, maar ook in het politieke en maatschappelijke debat, oproept met betrekking tot het functioneren van de rechtspraak in relatie tot de andere staatsmachten, kunnen de ogen echter niet worden gesloten voor wat er in de context van die hoogste algemene bestuursrechter gebeurt bij andere hoogste rechters, waaronder de civiele kamer van de Hoge Raad. Daarom betrek ik in dit boek hier en daar ook civielrechtelijke zaken, zoals het bekende Urgenda-arrest. Dat kan ook, omdat rechtsvorming door de burgerlijke rechter naar mijn mening niet onvergelijkbaar is met rechtsvorming door de bestuursrechters.

Bestuursrechters doen immers evengoed aan rechtsvorming. Dat zal door weinigen worden ontkend. Maar een andere vraag is of rechtsvorming door de rechter op het terrein van het bestuursrecht naar zijn aard anders is dan in het privaatrecht?³⁰ Een belangrijke karakteristiek van het bestuursrecht is het gegeven dat rechtsvorming door de bestuursrechter in beginsel steeds geschiedt via de band van een overheidsbesluit. Anders dan de burgerlijke rechter stelt de bestuursrechter de rechtsbetrekking tussen partijen in de regel niet zelf bindend vast. Het is primair het bestuursbesluit dat de rechtsverhouding tussen betrokken

30 Voor het antwoord op deze vraag is geput uit wat ik eerder hierover schreef in: J.C.A. de Poorter, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter: over grenzen van de rechtsvormende taak, rechterlijke dialogen en de Grondwet' (preadvies staatsrechtconferentie 2010), in: A. Kristic, A. Meuwese & G. Van der Schijff (red.), *Functie en betekenis van de Grondwet: Een dialogisch perspectief* (Staatsrechtconferentie 2010), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 126-129.

partijen vaststelt. De rechter beoordeelt de rechtmatigheid van dit besluit, wanneer en voor zover zijn oordeel daarover wordt gevraagd. Hier openbaart zich wel een verschil met het privaatrecht, waarvan de oorzaak met name is gelegen in de dominantie van het legaliteitsbeginsel. De legaliteitseis die in het bestuursrecht een grote rol speelt, verlangt dat het overheidsoptreden op een wettelijke grondslag berust. Deze eis heeft in zekere zin ook gevolgen voor de rechtsvorming door de bestuursrechter.

In de eerste plaats leidt het legaliteitsvereiste ertoe dat de aard van het systeem van regels in het bestuursrecht een andere is dan in het privaatrecht. Dit vindt zijn grondslag in de gebondenheid van het bestuur aan het recht, die een principieel andere is dan voor de burger. Centraal staat daardoor in het bestuursrecht het toekennen van bevoegdheden aan het bestuur om in het kader van de behartiging van het algemeen belang besluiten te nemen en het stellen van rechtsregels die de uitoefening van die bevoegdheden normeren. Dit heeft tot gevolg dat de regeldichtheid in het bestuursrecht relatief groot is. Wettelijke normen, zowel in wetgeving in formele zin, in algemene maatregelen van bestuur, ministeriele besluiten als in decentrale regelingen en in beleid neergelegde regels bieden de bestuursrechter vaak een uitgewerkt toetsingskader. Daar zit wel een verschil met het werkkerrein van de burgerlijke rechter die het vaak moet doen met meer open normen als 'redelijkheid en billijkheid' en 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'. Dat neemt niet weg dat ook in het bestuursrecht niet zelden onduidelijkheid bestaat over de uitleg die aan een bepaalde rechtsnorm moet worden gegeven, of dat de vraag kan rijzen hoe een dergelijke norm zich verhoudt tot hoger recht, zoals met name het Europese en internationale recht.

Een tweede consequentie van de legaliteitseis is dat het bestuursorgaan de primaire rechtsvormer is en de bestuursrechter de wijze toetst waarop het bestuursorgaan met het nemen van een besluit de rechtsbetrekking tussen partijen heeft gefixeerd. Dat betekent geenszins dat de rechter in een individueel geval in zijn proces van rechtsvinding gebonden is aan de wijze waarop dat bestuursorgaan het recht heeft uitgelegd in het licht van het voorliggende feitencomplex. Integendeel, het is juist de taak van de rechter om de wijze waarop het bestuursorgaan zijn publiekrechtelijke bevoegdheid heeft uitgeoefend te toetsen aan het geldende recht. Dat neemt niet weg dat waar het bestuursorgaan door de wetgever enige beslissingsruimte is gelaten, zulks wel degelijk gevolgen kan hebben voor de indringendheid waarmee de rechter die bevoegdheidsuitoefening toetst. Hoewel zich op dat punt in de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters wel duidelijke ontwikkelingen voltrekken naar een indringender toetsing. De door het legaliteitsbeginsel gedomineerde structuur van het bestuursrecht waarbij de bevoegdheidsuitoefening door het bestuursorgaan het vertrekpunt vormt voor de rechterlijke oordeelsvorming, werkt ook op andere wijze door in de rechtsvormende taak van de bestuursrechter. Het gevolg van dit besluitenprocesrecht is dat de vordering voor de bestuursrechter dan ook niet primair strekt tot het bindend vaststellen van de rechtsbetrekking tussen partijen, maar tot vernietiging van de door het bestuursorgaan verrichte rechtsvaststelling. De beslissingsruimte die de bestuursrechter heeft, is door het retrospectieve, op het bestreden besluit gerichte karakter minder groot dan die van de burgerlijke rechter. En dat werkt ook door in de mate waarin de bestuursrechter aan rechtsvorming doet.

Dit alles betekent echter geenszins dat kan worden gezegd dat de bestuursrechter niet aan rechtsvorming doet en dat de bestuursrechter immuun is voor de vragen die rijzen over die rechtsvormende taak van de rechter. Integendeel: we zien, ook recent nog, op het terrein van het bestuursrecht genoeg voorbeelden die getuigen van rechterlijke rechtsvorming – denk aan de verschillende stikstofzaken, zaken op het terrein van het vreemdelingenrecht, zoals de nareisbeperking of de Dublinclaimanten in relatie tot Italië, denk aan de toeslagenzaken, etc. Er zijn zelfs redenen om aan te nemen dat de rechtsvormende taak van (ook) de bestuursrechter in omvang toeneemt.

1.6 Terminologie

Het is goed op deze plaats een paar opmerkingen te maken over de in dit boek gebruikte terminologie. Het boek gaat over rechterlijke rechtsvorming, maar ik realiseer me heel goed dat over de betekenis van het begrip 'rechtsvorming' door de rechter van oudsher de nodige meningsverschillen bestaan.³¹ Bovend'Eert wijst op de traditionele opvatting die in Nederland met name door Kortmann is verdedigd en waarbij rechtsvorming nadrukkelijk van rechtsvinding (of: rechtsontwikkeling) wordt onderscheiden. Met rechtsvinding of rechtsontwikkeling wordt dan bedoeld op de uitleg, het verfijnen, verklaren, bijsturen of uitbreiden van recht dat reeds bestaat. Rechtsvorming is in die opvatting dan het creëren van recht dat nog niet bestaat.³² Ik kan met dat onderscheid echter niet goed uit de voeten. De voornaamste reden daarvoor is dat het onderscheid tussen recht creëren enerzijds en recht uitleggen, verfijnen, verklaren, bijsturen en uitbreiden anderzijds in de praktijk niet valt te maken. Als de rechter het recht uitlegt, verfijnt, verklaart, bijstuurt of uitbreidt, creëert hij daarmee evenzeer nieuw recht. Met Giesen meen ik daarom dat het onderscheid dat Kortmann maakt vooral een gegoochel met termen is.³³

Wat versta ik in dit boek dan wel onder rechtsvorming door de rechter? Voor mij is rechtsvorming een species van het genus rechtsvinding of rechterlijke oordeelsvorming. Bij rechtsvinding of rechterlijke oordeelsvorming gaat het om 'het vinden van oplossingen en antwoorden op basis van rechtsnormen die min of meer precies aangeven hoe op bepaalde typen van probleemsituaties dient te worden gereageerd'.³⁴ Rechtsvorming is een vorm van rechtsvinding en met Vranken en Giesen kies ik er in dit boek voor die term te reserveren voor rechtsvinding in moeilijke gevallen. Vranken schreef terecht dat de vaststelling van de betekenis en inhoud van de toepasselijke norm of normen is de overgrote meerderheid van de gevallen geen hoogstaand, creatief juridisch vernuft, maar gewoon goed vakmanschap vereist, dat wil zeggen gevoel voor maatschappelijke verhoudingen en kennis van de wet, rechtspraak en literatuur.³⁵ In sommige gevallen echter ligt de beslissing qua juridische

31 Zie hierover ook P.P.T. Bovend'Eert, *Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak in de democratische rechtsstaat (Staats- en bestuursrecht Wetenschap)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 425.

32 Zie C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 33.

33 I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht (Monografieën BW nr. A3)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 14.

34 Zie J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen: AAL 1998.

35 J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel***, Deventer: Kluwer 1995, p. 57.