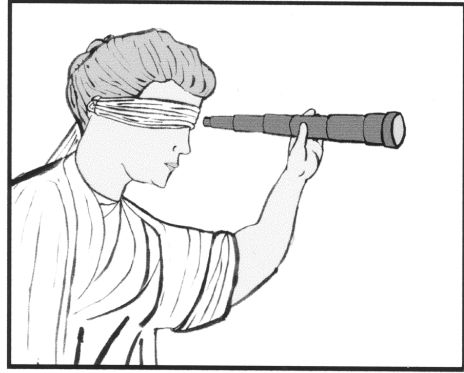


Rode draad 'Raad en Daad: Over rechtsvorming door de Hoge Raad'



Het civiele parket bij de Hoge Raad. Het juiste midden?

Prof.mr. Carla Sieburgh*

1 INLEIDING

Het civiele parket bij de Hoge Raad neemt in veel opzichten een middenpositie in. De conclusie van de procureur-generaal c.q. de advocaat-generaal verbindt het bestreden Hof-arrest met dat van de Hoge Raad, zij verbindt de door de cassatieadvocaat namens de cliënt voorgestelde middelen met het daarop door de Hoge Raad te geven antwoord, zij legt de relatie tussen de zaak van deze partij in dit concrete geval en hetgeen daarover in meer algemene zin in de wetenschap is betoogd en in de rechtspraak is beslist, zij beschouwt het veelal door het nationale recht¹ beheerste geschil mede in het licht van in relevante buitenlandse gekozen oplossingen. De conclusie dient niet alleen de concrete partijen en de cassatierechter die hun geschil beslecht, maar ook de rechtsgemeenschap.²

Wie zo'n middenpositie heeft, is in bepaalde opzichten verzekerd van succes. Het aanbod van zaken is zeker gesteld. Voor iedereen die van een uitspraak van de feitenrechter in cassatie wil, is het parket het loket waaraan je niet voorbij kan gaan voordat de Hoge Raad de zaak in behandeling neemt. De producten van het parket kennen op

hun beurt een vaste afnemer, de Hoge Raad. Hij heeft niet de keuze om nu eens wel en dan eens niet een advies van het parket te vragen. Bovendien moet de Raad het doen met het product van het parket, zij het dat hij het parket kan vragen om aanvullende informatie. Dit betekent dat het parket binnen de stroom van rechtszaken betrekkelijk onafhankelijk kan functioneren.

Het innemen van een middenpositie heeft voordelen maar vergt ook discipline. Deze plaats is alleen dan te bestendigen als steeds wordt gestreefd het 'juiste midden' te treffen.³

In deze bijdrage over het civiele parket bij de Hoge Raad komt aan de orde hoe een conclusie tot stand komt (§ 2). De inhoudelijke contouren van een conclusie (§ 3) worden onder meer bepaald door haar functie (§ 4), die mede bestaat uit het leveren van een bijdrage aan de rechtsvorming (§ 5). Een en ander heeft consequenties voor de inhoudelijke aard van conclusies (§ 6). Ter afsluiting volgt een bespiegeling over een mogelijke oriëntatie voor de conclusie in de zich reeds verwezenlijkende toekomst van europeanisering (§ 7) en een weergave van de aristotelische wet van behoud van het juiste midden (§ 8).

* Carla Sieburgh is hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij is van 2000 tot 2003 werkzaam geweest als wetenschappelijk medewerker en later als gerechtsauditeur (zie art. 108 RO) bij de civiele sectie van het parket bij de Hoge Raad. Omdat zij onvoldoende inzicht heeft in de gang van zaken bij het strafparket en het belastingparket, heeft het navolgende betrekking op de rol van het civiele parket bij de Hoge Raad. Zie voor beschouwingen over de bijzondere taken van de procureur-generaal, het strafparket en het belastingparket de bijdragen van resp. Remmelink (2 bijdragen) en Van Soest in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988. Een portret* (1988), p. 201 e.v., p. 217 e.v. en p. 229 e.v. en over het straf-

parket voorts N. Keijzer, 'Het Parket bij de Hoge Raad: van lichtschip tot vuurtoren', *MRT* 2004, p. 204 e.v.

- 1 Hieronder reken ik eveneens de in Nederland geldende regels van Europees recht.
- 2 N. Keijzer, 'Het Parket bij de Hoge Raad: van lichtschip tot vuurtoren', *MRT* 2004, p. 214. Over de middenpositie van de advocaat-generaal tussen rechtspraak en wetenschap zie A.G. Bloembergen, 'Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht' (1988), in: *Bloembergens werk* (1992), p. 522.
- 3 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Boek II, ix.

2 DE TOTSTANDKOMING VAN DE CIVIELE CONCLUSIE

Wie een zaak aanbrengt bij de Hoge Raad omdat hij niet tevreden is over de uitspraak van de lagere rechter,⁴ weet dat zijn zaak eerst door de procureur-generaal of een van de advocaten-generaal zal worden voorzien van een advies. Deze gang van zaken berust op artikel 44 lid 2 dat bepaalt dat in cassatieprocedures de procureur-generaal bij de Hoge Raad steeds wordt gehoord (zie ook art. 418 lid 1 Rv). Deze vormt samen met de advocaten-generaal het parket bij de Hoge Raad (zie art. 111 e.v. RO).⁵ Zij zijn leden van de rechterlijke macht⁶ en derhalve onafhankelijk.⁷ Anders echter dan rechters beslissen zij niet in een bepaalde zaak, maar geven zij dienaangaande de hoogste rechter een advies. De schriftelijke neerslag van dit adviserende werk is de 'conclusie' (art. 111 lid 2 onder b RO).

Het parket dankt zijn plaats in de rechtsgang aan de gedachte dat de rechter over de merites van de aan hem voorgelegde rechtsvraag wordt ingelicht en geadviseerd door een onafhankelijk instituut dat het algemeen belang dient en namens de Staat 'waakt voor de handhaving van wettelijke voorschriften bij de Hoge Raad, de gerechtshoven en de rechtbanken' (zie art. 121 RO). In het woord 'generaal' ligt besloten dat de procureur-generaal en de advocaten-generaal dienaars zijn van het algemeen belang, nu 'generaal' in dit verband 'algemeen' betekent.⁸

Het wetenschappelijk bureau

Als partijen hun debat in cassatie hebben afgerond,⁹ stellen zij hun stukken in handen van het

parket bij de Hoge Raad. De binnengekomen zaken worden verdeeld over de procureur-generaal en de advocaten-generaal.¹⁰

Ieder lid van het parket krijgt ondersteuning van een aantal wetenschappelijk medewerkers/ge-rechtsauditeurs van het wetenschappelijk bureau.

Voor de nog studerende en kortgeleden afgestudeerde lezer van dit blad is interessant te weten dat het zogenoemde wetenschappelijk bureau bestaat uit jonge juristen die in de meeste gevallen na hun studie ervaring hebben opgedaan in de wetenschap (door het schrijven resp. voorbereiden van een proefschrift) of in de praktijk (in de advocatuur of als secretaris bij een rechtbank of hof).

De baan bij het wetenschappelijk bureau biedt degenen met een wetenschappelijke achtergrond de mogelijkheid zich te verbreden. In de bij de civiele kamer van de Hoge Raad aanhangige zaken komen alle onderdelen van het burgerlijk recht aan de orde: personen- en familierecht, erfrecht, rechtspersonenrecht, goederenrecht, verbintenisrecht, Europees en internationaal recht, procesrecht, internationaal privaatrecht en onderwerpen op het grensvlak van burgerlijk recht, strafrecht en bestuursrecht. De medewerkers met een achtergrond in de praktijk zijn juist aangetrokken door het feit dat bij het voorbereidende werk voor de conclusies meer plaats is voor diepgang en onderzoek naar achtergronden dan de tijd in de praktijk zou toestaan.

De gemengde samenstelling van het wetenschappelijk bureau is van belang voor de ervaring die de medewerkers onderling kunnen uitwisselen en de inspiratie die zij aan elkaar kunnen ontleen. Zij bevordert de kwaliteit van het te verrichten

4 Meestal betreft het een in hoger beroep gewezen arrest of beschikking van een hof (af te leiden uit art. 398 onder 1 Rv). Tegen een op tegenspraak gewezen vonnis in eerste ressort kan cassatie worden ingesteld indien partijen nadien overeenkomen het hoger beroep over te slaan (deze zogenoemde sprongcassatie is geregeld in art. 398 onder 2 Rv). Zie voor details over de procedure (dagvaardingsprocedure resp. rekest; verstek) Th.B. ten Kate, 'De civiele sectie van het Parket', in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1938-1988. Een portret* (1988), p. 211 e.v. Voorts kan (op grond van de Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen en Aruba jo. art. 23 lid 1 Statuut voor het Koninkrijk) tegen in hoger beroep gewezen vonnissen van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba cassatie worden ingesteld.

5 Het parket bij de Hoge Raad is bij Wet van 19 april 1999 (*Stb.* 1999, 194) buiten het Openbaar Ministerie geplaatst. Zie over de geschiedenis van het Parket (aanvankelijk wel als onderdeel van het Openbaar Ministerie) N. Keijzer, 'Het Parket bij de Hoge Raad: van lichtschip tot vuurtoren', *MRT* 2004, p. 204-208 en 210-212.

6 Voor de procureur-generaal is dit in de Grondwet verankerd in art. 117 Gw.

7 Het belangrijkste aspect van deze onafhankelijkheid is dat de Minister van Justitie de leden van het parket geen aanwijzingen kan geven en dat hij voor de conclusies niet staatsrechtelijk verantwoordelijk is.

8 Vgl. de positie van de advocaten-generaal bij het Europese Hof

van Justitie, die volgt uit art. 222 EG-Verdrag: De advocaat-generaal heeft tot taak, in het openbaar en volkomen onpartijdigheid en onafhankelijkheid met redenen omklede conclusies te nemen aangaande zaken welke aan het Hof van Justitie zijn voorgelegd, ten einde hem ter zijde te staan bij de vervulling van zijn taak.

9 Ten minste moet een middel van cassatie (waarmee wordt bedoeld een klacht gericht tegen de beroepde uitspraak) door de eiser in cassatie zijn geformuleerd. De wederpartij kan op dit middel reageren in een Conclusie van Antwoord, waarna partijen hun zaak bij wijze van schriftelijk pleidooi schriftelijk kunnen toelichten. Tenslotte kunnen zij nog re- en dupliceren. Het oordeel van de lagere rechter wordt echter uitsluitend vernietigd op gronden die zijn opgenomen in het geformuleerde middel. De toegevoegde waarde van de schriftelijke toelichting is derhalve dat de in het middel verwoorde bezwaren tegen het oordeel van de lagere rechter van kleur worden voorzien. Zie over de wijze waarop het middel wordt ontwikkeld: M.V. Polak, 'Zeven, sluisen en incasseren: wat cassatieadvocaten bijdragen aan de rechtsvorming door de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2005, p. 423 e.v en Th.B. ten Kate, 'De civiele sectie van het Parket', in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1938-1988. Een portret* (1988), p. 212.

10 F.B. Bakels (destijds advocaat-generaal bij, thans raadheer in de Hoge Raad), heeft een en ander beschreven in: 'Het Civiele Parket bij de Hoge Raad', in: *Het hof van boven* (Prinsengrachtreeks 2002/2), Nijmegen 2002, p. 13 e.v.

werk. Daarnaast zijn hieraan voordelen verbonden voor de wijze waarop de Hoge Raad en zijn rechtspraak in wetenschap en praktijk tot leven gebracht kunnen worden. Van hen die als wetenschapper kwamen, gaat een deel terug naar de universiteit om daar het burgerlijk recht te onderwijzen en samen met promovendi te onderzoeken. Hun bekendheid met de soms beperkte mogelijkheden die de Hoge Raad heeft om in een reeds in de feitelijke rechtsgang uitgekristalliseerde zaak te beslissen, is van grote waarde. Door bekendheid met de cassatietechniek kunnen zij hun medewerkers en studenten uitleggen dat de Hoge Raad in een concrete zaak is gebonden aan hetgeen tijdens het procesverloop bij de lagere rechter(s) is gebeleden. Bovendien kan hij niet meer ingaan op verweren die bij de rechtbank zijn gevoerd, maar in het rechtbankvonnis en in hoger beroep niet meer aan de orde zijn gekomen. Zo is mogelijk dat het vonnis van de rechtbank aanleiding geeft om het debat in hoger beroep en cassatie te richten op de vraag óf onrechtmatig is gehandeld terwijl daarbij verweren die de omvang van de schadevergoedingsverplichting bij een eenmaal vastgestelde aansprakelijkheid kunnen beperken, niet meer worden betrokken. Het is in zo'n geval onjuist om te concluderen dat de Hoge Raad deze verweren ongegrond vindt en dat hij beslist heeft dat in dergelijke gevallen de dader aansprakelijk behoort te zijn voor de gehele schade.

Hoewel zij niet mijn docent of promotor waren, heb ik veel gehad aan de opmerkingen van mrs. Martens en Roelvink (destijds president en vicepresident van de Hoge Raad) die ik in 1996 voor het eerst ontmoette tijdens de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging in Breda. Ik was toen net een jaar met mijn proefschriftonderwerp bezig. Zij drukten mij op het hart om mijn fantasie vooral niet op hol te laten slaan als het hun arresten betrof. Er staat niet meer dan wat er staat, het gaat om een beslissing voor dit concrete geval tegen de achtergrond van de in cassatie vastgestelde feiten, op grond van het bezwaar dat door partij(en) is ingebracht tegen de feitelijke uitspraak. Lachend gaven zij toe zich regelmatig te verbazen over de (te) ver strekkende implicaties en algemeenheden die in de wetenschap aan beslissingen worden toegedicht.

Voor hen die na hun periode bij de Hoge Raad naar de praktijk (terug)gaan, geldt dat zij ervaring hebben met de manier waarop in cassatie naar een rechterlijk oordeel wordt gekeken. Zij die (weer) advocaat worden weten welke aspecten van een zaak zij vanaf het begin moeten benadrukken, wil een eventueel gevraagd onderdeel van de Hoge Raad nog iets te maken hebben met de oorspronkelijke problematiek. Ook voor degenen die rechter worden zijn deze inzichten zeer nuttig.

De gemengde samenstelling van het wetenschappelijk bureau bevordert dus dat degenen die binnen dat bureau zijn opgeleid, in de toekomst zelf inzicht kunnen bieden in de machinerie van de Hoge Raad. Deze 'wisselwerking' draagt eraan bij dat deze machinerie gesmeerd blijft lopen.

*Een en ander leidt tot een
op creatief denkwerk berustend verslag
dat verder voert dan het opsommen
van door de Hoge Raad
in eerdere gevallen gegeven oordelen*

Een advocaat-generaal die nieuwe zaken krijgt toebedeeld, verdeelt deze over haar/zijn medewerkers. Aan de hand van de processtukken verricht de medewerker onderzoek naar de in de zaak gestelde rechtsvragen respectievelijk motiveringsklachten. De door de cassatieadvocaten opgestelde processtukken zijn uiteraard behulpzaam, maar omdat zij de zaak vanuit het perspectief van hun cliënt belichten zeker niet richtinggevend. De wetenschappelijk medewerker brengt het, mede uit de jurisprudentie blijkende, geldende recht en de in de rechtsleer (meestal in breder verband) naar voren gebrachte opvattingen op onafhankelijke wijze in kaart. Als de beantwoording van een vraag controversieel is, geeft dat aanleiding om het vraagstuk in een breder verband te plaatsen en argumenten te ontlenen aan de vergelijking met de oplossingen die in andere delen van het recht, in het Europese recht en/of in buitenlandse rechtsstelsels worden gevonden. Ten slotte kan een medewerker een suggestie doen voor een oplossing. Een en ander leidt tot een op creatief denkwerk berustend verslag dat verder voert dan het opsommen van door de Hoge Raad in eerdere gevallen gegeven oordelen. Het verslag van de medewerker (in de vorm van een conceptconclusie of nota) gaat samen met het dossier en de uitgezochte rechtspraak, literatuur en eventuele internetvindplaatsen naar de advocaat-generaal.

De advocaat-generaal beoordeelt op haar/zijn beurt zelf de zaak en komt mede aan de hand van het werk van de medewerker tot het formuleren van de uiteindelijke conclusie.

3 DE INHOUDELIJKE CONTOUREN VAN DE CIVIELE CONCLUSIE

Interessant is natuurlijk te weten hoe wordt bepaald welke inhoud de conclusie zal hebben. Om-

dat dit per advocaat-generaal verschilt – het gaat immers om het geven van een persoonlijk advies aan de Hoge Raad – is hierover niet in detail iets te zeggen. Wel hebben de meeste conclusies gemeenschappelijke kenmerken. Zij hebben een prettig, soms zelfs levendig, beschreven feitenverloop. Toen ik student was las ik liever de feiten verzameld door de advocaat-generaal dan door de Hoge Raad. Als de Hoge Raad het feitelijk substraat beschrijft, is hij gebonden aan de door het hof vastgestelde feiten en doet hij dit 'ontdaan van alle franje', wat voor zijn taak is vereist maar resulteert in een abstractere weergave.

*De weg die tot het uiteindelijke advies
leidt is dus even bont gekleurd
als de leden van het parket en de zaken
die zij krijgen voorgelegd*

In samenhang met het feitenverloop geeft de advocaat-generaal aan tot welke rechts- en/of motiveringsvragen het oordeel van de lagere rechter aanleiding heeft gegeven. Hierna loopt de aanpak per advocaat-generaal en per zaak uiteen. Soms wordt vrij doelbewust afgestevend op het oordeel waartoe de Hoge Raad in de ogen van de advocaat-generaal zou moeten komen.¹¹ In andere gevallen wordt de rechtsvraag geplaatst in een breder kader en worden de deelvragen in dat kader ondergebracht. Uiteraard bestaan allerlei tussenvormen en wordt de keuze voor een bepaalde vorm in belangrijke mate bepaald door het gewicht van de gestelde rechtsvraag, de implicaties die de beantwoording daarvan (in breder verband) kan hebben en de mate waarin over het onderwerp maatschappelijk debat of maatschappelijke onrust bestaat.¹²

De weg die tot het uiteindelijke advies leidt is dus even bont gekleurd als de leden van het parket en de zaken die zij krijgen voorgelegd (zie nader § 6).

4 DE FUNCTIE VAN DE CIVIELE CONCLUSIE

Wat nu is de toegevoegde waarde van een conclusie? Waarom zouden de raadsheren uit de Hoge

Raad behoefte hebben aan een advies van een jurist met vergelijkbare kennis en ervaring en omgekeerd: waarom zou je als jurist een advies schrijven aan een college dat niet gebonden is aan jouw advies terwijl het berust op gelijkwaardige juridische vermogens?

Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 324 Rv oud (de voorganger van het huidige art. 44 Rv) in de jaren 30 van de twintigste eeuw pleitte een aantal juristen voor de afschaffing van de conclusie in cassatie. Een van de argumenten was dat het geen zin heeft om aan een kamer van 5 uitgelezen juristen belast met rechtspraak in hoogste instantie (de Hoge Raad) een zesde van hetzelfde kaliber toe te voegen, wiens stem alleen adviserend is.

Anderen hechtten juist grote waarde aan de conclusie 'als wetenschappelijke toelichting vanuit een ander standpunt dan dat van partijen, waarbij met zorg alle kanten van de rechtsvraag worden bekeken'. In 1989 stellen Korthals Altes en Groen dat de conclusie een vaste plaats heeft verworven. Gangbare argumenten voor haar behoud zijn haar waarde als bovenpartijdig wetenschappelijk betoog, vindplaats van rechtspraak en literatuur en bijdrage tot begrip van het juridische probleem, in de uitspraak van de Hoge Raad beslecht. De conclusie heeft bovendien een functie in een rechtssysteem zoals het Nederlandse waarin de Hoge Raad (en ook de lagere rechterlijke colleges) naar buiten als eenheid optreedt.¹³

Daarnaast verlicht de conclusie de taak van de Hoge Raad, die wekelijks een groot aantal zaken afdoet. Dit aantal zou niet gehaald kunnen worden als de raadsheren eerst zelf het vooronderzoek moeten verrichten waarvan de weerslag nu in de conclusie is te vinden. Het is efficiënter om het onderzoek door één advocaat-generaal te laten verrichten dan door de afzonderlijke raadsheren. Tegen de mogelijkheid dat één raadsheer het onderzoek verricht, pleit dat de discussie in raadkamer niet evenwichtig verloopt als een van de raadsheren met betrekking tot de concrete zaak een kennisvoorsprong heeft.

In gevallen waarin de Hoge Raad de zaak verkort afdoet op grond van artikel 81 RO omdat de klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, geeft de conclusie partijen een indruk van de redenen waarom de klacht vruchteloos is voorgesteld. Zo levert zij een bijdrage aan de rechtsbescherming.

11 Dit is in het bijzonder het geval in zaken die zich ertoe lenen om door Hoge Raad op art. 81 RO ('Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel') te worden afgedaan.

12 Zie bijvoorbeeld de conclusies van A-G Strikwerda voor HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.n. JBMV (kindertaxi) en P-G Hartkamp voor HR 18 maart 2005, C03/206 HR, RvdW 2005, 42 (wrongful life).

13 D.J. Veegens, bewerkt door E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Cassatie in Burgerlijke Zaken*, Zwolle 1989, nr. 150.

5 DE GELEDE EENHEID VAN HOGE RAAD EN PARKET EN HAAR AANDEEL IN DE RECHTSVORMING EN RECHTSONTWIKKELING

De Hoge Raad en het parket zijn wel voorgesteld als Plato's verbeelding van de kracht der liefde. In het begin der tijden waren er bij de mensen drie seksen, de mannelijke, de vrouwelijke en een mengvorm, het manwijf. Deze mensen waren cirkelvormig en bezaten twee gezichten, vier armen en vier benen. Zij waren zo sterk en krachtig dat het de toorn wakte van Zeus. Om ervoor te zorgen dat de mensen zouden verzwakken, maar wel bleven bestaan kliefte hij alle mensen. Na wat plastisch-chirurgische reconstructies was daar de mens zoals we hem nu kennen: een paar rimpels liet Zeus over rond de buik en de navel als herinnering aan wat vroeger gebeurd was. De doorkliefte mens verlangde wanhopig terug naar de andere helft en zij zochten elkaar op.¹⁴

Bij dit beeld van Raad en parket als elkaars wederhelft, sluit aan dat de eigen activiteiten worden beïnvloed door en afgestemd op het werk dat de ander verricht. Zo hangt de bijdrage aan de rechtsvorming door de conclusie mede af van grenzen die de rechtsvorming door de Hoge Raad kent. Het is daarom zinvol eerst in te gaan op de discussies over de rol van de Hoge Raad binnen de rechtsvorming en over de (on)begrensde van die rol.

Rechtsvorming door de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft de taak partijen en de rechtsgemeenschap rechtsbescherming te bieden. Jegens partijen verwezenlijkt hij die taak door de hem voorgelegde klacht ten aanzien van het toegepaste recht of de gebruikte motivering te beoordelen. Ten behoeve van de rechtsgemeenschap als geheel, let hij daarbij op de rechtseenheid. Zo wordt bijvoorbeeld verhindert dat rechters uit verschillende arrondissementen uiteenlopende rechtsregels (blijven) hanteren. Daarnaast staat een fel bediscussieerd onderwerp: de rechtsvormende taak van de rechter, in het bijzonder van de Hoge Raad. Vrijwel niemand ontkent dat een rechter, en dus ook de Hoge Raad, door recht te spreken bijdraagt aan de vorming van recht.¹⁵

Deze rechtsvormende en de rechtsontwikkeling

initiërende taak van de rechter is inherent aan het geven van een rechterlijke beslissing.¹⁶ Zelfs als een beslissing berust op een wettelijke bepaling moeten haar bewoordingen worden uitgelegd en geïnterpreteerd en wordt derhalve recht gevormd. Behelst de beslissing de concretisering van een open norm dan werkt het rechtsvormende aspect dubbelop. De concretisering zelf is rechtsvorming, welke wordt voortgezet in de uitleg en de daarbij gebruikte of te gebruiken invalshoeken. Als een uitspraak het bestaan van een in de maatschappij levende norm of regel bevestigt, draagt zij bij aan het gewicht dat daaraan wordt toegekend (en tevens aan de vermindering van het gewicht dat werd toegekend aan tot dan toe eveneens in overweging genomen normen en regels). Soms kan voor de beantwoording van een gestelde rechtsvraag niet worden teruggegrepen op een reeds eerder uitdrukkelijk gestelde norm of regel. Een uitspraak waarin de rechter voor het eerst zo'n norm of regel formuleert (meestal door aansluiting te zoeken bij gevallen waarvoor al wel een norm of regel tot uitdrukking was gekomen) draagt bij aan de vorming en ontwikkeling van het recht. Zij maakt de maatschappij en dus ook juristen attent op het feit dat een norm is gesteld. Vrijwel altijd ontstaat aan de hand daarvan discussie onder juristen. In hun publicaties geven zij een bepaalde interpretatie aan de nieuwe norm of trachten zij aan te tonen dat deze onjuist is gekozen en, idealiter, waarom zij anders geformuleerd moet worden.

*Een markant voorbeeld van het lot
dat een te algemeen gestelde
norm of regel is beschoren,
is de zogenoemde omkeringsregel*

Hoewel de Hoge Raad dus een niet weg te denken factor is in het proces van rechtsvorming, vallen van hem, naast zijn taak als geschilbeslechter, geen grootse en meeslepende betogen te verwachten over hetgeen er zoal verkeerd is in de maatschappij en wat het recht daaraan kan doen. De rechter be-

14 Ontleend aan de vertaling van G. Koolschijn, *Plato, Schrijver*, Amsterdam 2000, p. 49 e.v.

15 E.M. Meijers besteedde hieraan reeds in 1910 bij gelegenheid van zijn inaugurele rede ('De Taak der Rechtswetenschap ten aanzien der Vrije Rechtspraak', in: *VPO I*, Leiden 1954, in het bijzonder p. 3-9) aandacht en herhaalde dat als voorzitter van de Nederlandse Juristen-Vereeniging in 1922 in zijn rede ('De Verhouding tusschen Rechter en Wetgever bij de Rechtsvorming', in: *VPO I*, Leiden 1954, p. 21 e.v.). C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', *Trema* 2005, p.

250 e.v. vindt de rechtsvormende taak van de Hoge Raad onwenselijk, maar ontkent niet dat de Hoge Raad recht vormt en maakt evenmin duidelijk hoe valt te beletten dat een rechterlijke uitspraak bijdraagt aan de vorming van het geldende recht. M.A. Loth, 'Oordelen op tegenspraak. Over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtsleer* 2005, p. 57 e.v. geeft de interactie van rechter en samenleving op het gebied van rechtsvorming weer.

16 S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 747 e.v. onder 9.

paalt zich primair tot het aan hem voorgelegde geschil. Indien het beslechten van een geschil samenloopt met rechtsvorming is duidelijk waaraan de rechter zijn rechtsvormende bevoegdheid ontleent. Dat geldt niet als de Hoge Raad in de beoordeling van het gerezen partijgeschil ruimte zou creëren voor overwegingen die een onderdeel van het recht in zijn algemeenheid betreffen. Dit zou een overschrijding betekenen van de rechtsmacht, hetgeen ten aanzien van beslissingen van lagere rechters een reden voor cassatie is.¹⁷ Ook afgezien van dit in het formele recht gewortelde argument, heeft de Hoge Raad goede gronden om zich ten aanzien van zijn rechtsvormende functie terughoudend op te stellen. Anders dan een conclusie dicteert een arrest het geldende recht. In deze context zaaien algemene beschouwingen over de afweging van diverse, uiteindelijk toch niet gekozen, mogelijkheden en verwijzingen naar niet nader geconcretiseerde algemene rechtsbeginselen verwarring en onduidelijkheid. Het heeft zin dat een rechter de door hem gegeven rechtsregel ent op concrete en voor een ieder vaststelbare omstandigheden. Het omgekeerde gaat niet op. Als een rechter los(ser) van de geconcretiseerde omstandigheden algemene(re) rechtsregels formuleert, sluipst noodzakelijkerwijze een zekere vrijblijvendheid in zijn product. Niet omdat de regel een product is van onnadenkendheid, maar omdat de aldus gestelde norm een abstractie is die nog geen verband houdt met de werkelijkheid waarover op een later moment mogelijk moet worden beslist. Een markant voorbeeld van het lot dat een te algemeen gestelde norm of regel is beschoren, is de zogenoemde omkeringsregel. Vrij snel na zijn geboorte veronderstelde de Hoge Raad dat deze regel bij aansprakelijkheid voor wanprestatie en onrechtmatige daad in het algemeen voor toepassing in aanmerking kwam.¹⁸ Inmiddels is duidelijk dat deze vermeende algemene toepasselbaarheid zou leiden tot ronduit onbillijke oplossingen en dat de omkeringsregel veeleer een omkeringsuitsluiting is.¹⁹ Om de omkeringsregel ook in de beleving van de rechtsgemeenschap buiten de Hoge Raad terug te brengen tot de proporties van een uitzondering was een reeks van arresten nodig waarin een terugtrekkende beweging is gemaakt. Deze gang van zaken bevordert in geen enkel op-

zicht de effectiviteit van en daarmee de rechtsvorming door rechtspraak.

Zichtbaar is dat een ruime rechterlijke rechtsvorming ingaat tegen de beproefde methode van *trial and error*. Een medisch wetenschapper die ontdekt dat een bepaalde stof werkzaam is tegen een bepaalde ziekte, krijgt geen toestemming om deze stof algemeen op alle mensen die de ziekte hebben toe te passen. Ook als de stof de (dier)experimentele fase doorstaat, blijft de uitwerking daarvan in een paar concrete gevallen beslissend voor de beantwoording van de vraag of de stof geschikt is voor algemenere toepassing. Steeds zijn wetenschappers verrast door de werkingen die zo'n stof onverwacht ook blijkt te hebben c.q. door bijwerkingen die totaal onvoorspelbaar optreden. Het menselijk lichaam is een alchemistisch geheel en geen model kan de uitwerking van een geïsoleerde stof voorspellen. Hetzelfde geldt voor de menselijke samenleving: de uitwerking van een geïsoleerde regel is niet goed voorspelbaar met behulp van welke wetenschappelijke hulpmiddelen dan ook. Het zou daarom niet wijs zijn om haar bloot te stellen aan uit rechterlijke experimenten voortvloeiende algemene regels die in de praktijk onvermijdelijk nuanceren behoeven.

Gewaakt moet worden voor de in de literatuur gewekte indruk dat het noodlot dat (te) algemene regels beschoren kan zijn, vermijdbaar is als de rechter zich op de hoogte stelt van bijvoorbeeld rechtseconomische en rechtssociologische implicaties en allerlei beleidskwesties zodat hij de norm anders zou hebben geformuleerd. Een vergelijkbare benadering is voorgesteld voor gevallen die de Hoge Raad confronteren met het feit dat een bepaalde vordering naar geldend recht niet toewijsbaar is.

Zolang er niet een valide methode is waarmee de uitwerking van een algemene regel op de samenleving is te voorspellen, zijn de aan het rechterlijke werk verbonden beperkingen mijns inziens heilzaam. Zij markeren bovendien waar een rechter goed in is en waar zij/hij zich dus op moet concentreren: het geven van een oordeel voor het concrete geval, berustend op normen en regels die niet in strijd komen met het wettelijk kader.²⁰

Dat een rechter in zijn beslissing ook aan be-

17 De cassatiegrond 'overschrijding der rechtsmacht' is in 1963 uit de wet is geschrapt omdat aan deze in art. 99 (oud) RO voorzienige cassatiegrond naast de andere cassatiegronden geen zelfstandige betekenis meer toekwam. N. Keijzer, 'Het Parket bij de Hoge Raad: van lichtschip tot vuurtoren', *MRT* 2004, p. 210. De cassatiegrond is dus opgegaan in de andere cassatiegronden en daarmee nog steeds een reden voor cassatie en bovendien een indicatie voor de grenzen die gesteld worden aan de verstrekkendheid van de beslissingen van de Hoge Raad zelf. Krachtens art. 80 lid 1 onder d RO is de overschrijding der rechtsmacht ten aanzien van kantonrechtveronnis in burgerlijke zaken waarvan geen hoger beroep kan of kon worden ingesteld, een

grond voor cassatie.

18 HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 m.nt. WMK (Dicky Trading).

19 HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 (Transport Ferry Service/NS) en 305, m.nt. DA (Kastelijn/Achtkarspelen).

20 B. van Roermund, 'Rechtswetenschap – disciplinair en interdisciplinair', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2005, p. 81 e.v. beschrijft meer in het algemeen hoe de rechtswetenschap zich relevant onderscheidt van andere wetenschappen en hoe zij deze eigen plaats op een overtuigende wijze kan (blijven) innemen.

leidsvorming (en dus rechterlijke wetgeving) zou moeten doen, daarbij gesteund door inzichten ontleend aan bijvoorbeeld de rechtseconomie en de bestuurskunde is te zeer ingegeven door de gedachten dat iedereen alles moet kunnen en dat de gevolgen van regels gedetailleerd zijn te voorspellen. Niets wijst erop dat een dergelijke aanpak bijdraagt aan de kwaliteit van het product. De beste schoenen maakt nog steeds de schoenmaker die bij zijn leest blijft.

Omdat de maatschappij onvoorspelbare elementen zal blijven kennen, worden de nadelen van het stellen van algemene regels niet vermeden als de rechter uit vaten met uiteenlopende inhoud tapt. Was de omkeringsregel voorzichtiger gehanteerd, dan zou de rechter ook zonder voorlichting van beleidsmakers en rechtseconomen hebben geweten dat het maatschappelijk ongewenst is dat een arts die zijn patiënt onjuiste of onvoldoende inlichtingen verstrekt, aansprakelijk zou zijn voor schade die zich naar alle waarschijnlijkheid eveneens had verwezenlijkt indien hij die inlichtingen wél had verstrekt.²¹ Zonder inzet van extra kennisarsenaal zou duidelijk zijn dat de omkeringsregel is bedoeld voor gevallen waarin sprake is van een laatste restje onzekerheid omtrent het causale verband. Rechtspraak is tot in hoogste instantie een praktische bezigheid die zich niet leent voor een grote mate van abstractie. Daarin onderscheidt de rechtspraak zich van de wetenschap.

Men moet niet over het hoofd zien dat als de Hoge Raad zijn rechtsvormende activiteiten zou uitbouwen, hiervan uiteindelijk een remmende invloed uitgaat op de rechtsontwikkeling en rechtsvorming in het algemeen. Het bedenken van algemene oplossingen voor nieuwe problemen in het recht is niet gestoeld op één concrete casus. Een vruchtbaar debat veronderstelt dat aan de creativiteit ontsproten oplossingen kunnen worden voorgesteld die zich niet noodzakelijk verdragen met het (nog) geldende recht. De belangrijke, ook de rechtseenheid dienende positie van de Hoge Raad verhindert dat hij in zijn uitspraak verslag doet van een dergelijk grillig debat. Hij zal zich dus beperken tot die mogelijkheden die haalbaar zijn en die wortelen in het geldende recht. De aldus genivelleerde discussie is geen rechtsvorming maar schijnrechtsvorming die bovendien remmend werkt op door buiten de Hoge Raad te ontplooiën gedachten over de ontwikkeling van het desbetreffende rechtsgebied. Zodra de Hoge Raad met betrekking tot een bepaalde rechtsvraag drie mogelijkheden heeft genoemd, zullen de wetenschap en de praktijk ertoe neigen geen acht meer te slaan op andere, meer vernieuwende en meer extreme op-

vattingen. Van de weeromstuit verleidt dat wetenschappers om hun publicaties als concept-uitspraken in te richten. Raadsheren die geacht worden ten dele wetenschappers te zijn en wetenschappers die ten dele raadsheren spelen, zijn mossel noch vis. Het onderscheid tussen vrije, innovatieve rechtsontwikkeling door de wetenschap en de creatieve toepassing en vorming van geldend recht zou verdwijnen. Daaronder lijdt de kwaliteit van zowel de rechterlijke als de wetenschappelijke output. Kwaliteit vereist een scherp debat, geen eenvormigheid.

Dissenting en concurring opinions

In het kader van de rechtsvormende functie die de Hoge Raad kan vervullen, verdient specifieke aandacht het met het geheim der raadkamer (art. 7 lid 3 RO) verbandhoudende feit dat rechterlijke colleges in Nederland als eenheid naar buiten treden. Doordat de Hoge Raad als eenheid optreedt, blijkt uit zijn oordeel niet welke meerderheid uit de zetel die de beslissing nam voor dit oordeel was (5-0, 4-1 of 3-2) en evenmin blijkt in welk opzicht het minderheidsoordeel afweek van het oordeel van de meerderheid. Op hun beurt plegen de raadsheren hun persoonlijke uitlatingen zodanig vorm te geven, dat niet blijkt óf en zo ja welke tegenargumenten door wie zijn aangebracht.

Het gegeven dat een rechterlijk college ten opzichte van de buitenwereld als eenheid optreedt, heeft invloed op de wijze waarop de uiteindelijke beslissing tot stand komt. Het is aannemelijk dat raadsheren die discussiëren over de vaststelling van een gezamenlijk oordeel daarbij nauwer betrokken zijn en elkaars argumenten zorgvuldiger beluisteren en afwegen. De kwaliteit van het oordeel is daarmee gebaat.

Men hoeft zich maar een gesprek tussen vijf juristen voor te stellen om te weten dat geen van hen precies dezelfde mening heeft of hetzelfde oordeel velt

Het valt gemakkelijk in te zien dat de naar buiten opgewekte schijn van eenheid iets kunstmatig heeft. Men hoeft zich maar een gesprek tussen vijf juristen voor te stellen om te weten dat geen van hen precies dezelfde mening heeft of hetzelfde oordeel velt. Juist degenen met een wetenschappelijke instelling en een rechtsvormende ambitie zijn gebaat met een weergave van de diverse invalshoeken

²¹ HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 m.n.t. JBMV (dwarslacsie).

en opvattingen. Dit ondersteunt de gedachte dat het goed zou zijn dat de Hoge Raad de opvattingen van de minderheid openbaar maakt of kan maken.

Toch zou daarmee vooral een 'intellectueel' belang gediend zijn. Tijdens een bijeenkomst in het kader van 'the Common Core of European Private Law' te Trento heb ik professor Birks (destijds hoogleraar in Oxford) eens beeldend horen uitlegen dat het in zijn land (Verenigd Koninkrijk) bestaande stelsel van de *leading*, *concurring* en *dissenting opinions* leidt tot grote rechtsonzekerheid onder de burgers. In een aantal gevallen valt door de zeer persoonlijk gekozen bewoordingen van de *leading opinions* niet eens op te maken wat nu precies *the leading opinion* is. Als daarbij ook nog eens de twijfel wordt gevoegd van de uiteenlopende *dissenting opinions*, weet de rechtszoekende burger helemaal niet meer waar hij de beslissing moet vinden. Tevens doet de opsomming van een aantal mogelijke maar niet gekozen oplossingen afbreuk aan het gezag dat wordt toegekend aan de uiteindelijke beslissing. Birks pleitte dan ook met nadruk voor de afschaffing van de *concurring* en *dissenting opinions*.

Hieraan voeg ik toe dat het vanuit het oogpunt van de burger niet wezenlijk verschilt of vijf rechters in een of meer *opinions* hun eigen mening uiteenzetten of dat zij als eenheid in één uitspraak vijf alternatieven noemen en daarvan één kiezen.²² In beide gevallen zaait de uitspraak bij partijen en bij andere burgers verwarring omdat niet scherp blijkt welke de toe te passen regel is. Opnieuw vergelijk ik met de gezondheidszorg: het merendeel van de patiënten ziet door de bomen het bos niet meer als een arts vijf verschillende mogelijkheden opsomt waaruit valt te kiezen. Als de arts vervolgens zelf besluit een van die vijf alternatieven uit te voeren, blijft een patiënt in twijfel over de andere vier mogelijkheden. Vanuit de optiek van de geïnteresseerde waarnemer is het ontsluiten van vijf mogelijkheden een bron voor studie, discussie en ontwikkeling. Voor het merendeel der partijen en overige burgers is het echter een zegen als een deskundige de weg wijst en op grond van ervaring en kennis een knoop doorhakt en een oplossing geeft.

Rechtsvorming door het parket

Terwijl het zin heeft een rechterlijke uitspraak zo te redigeren dat op een gestroomlijnde manier naar het uiteindelijke oordeel wordt toe geredeneerd, is een ander aspect van het algemeen belang gebaat bij inzicht in alternatieve oplossingen, scherper of minder scherp geformuleerde varianten van de norm en tegenargumenten.

De conclusie van de advocaat-generaal is bij uitstek geschikt om dit inzicht te bieden. De conclusie beslist niet maar licht voor. De advocaat-generaal kan in haar/zijn beschouwing een stap of enkele stappen verder gaan dan de Hoge Raad doet of vermoedelijk zal doen. Zij/hij draagt daarmee op verschillende wijzen bij aan de rechtsvorming. Een cassatieadvocaat kan, als dat gelegen valt, de in de conclusie ontwikkelde visie als bron van inspiratie of als ondersteunend argument gebruiken. Daarmee lokt de advocaat-generaal (anders dan de Hoge Raad) niet een stroom aan zaken en rechtspraak uit, waarbij rechtbanken en hoven een regel toepassen waarvan ook hun het resultaat nauwelijks aannemelijk kan voorkomen, maar waarvan de toepassing voorgeschreven lijkt te zijn door de Hoge Raad.

Ook mogelijk is dat de door de advocaat-generaal geformuleerde algemenere regel wordt getest in de proefvijvers van wetenschap en praktijk. Op het desbetreffende gebied gespecialiseerde juristen zullen hun mening geven over de voorgestelde regel mede aan de hand van ervaringen in hun praktijk.

De fysieke scheiding tussen de rechterlijke beslissing en de onafhankelijke analyse van het probleem heeft als belangrijk voordeel dat een ieder duidelijk kan onderscheiden wat in het concrete geval het geldende recht is en wat daarover nog meer valt te vertellen.

Een gunstige bijkomstigheid is dat deze inrichting overeenstemt met de voor de Europese Gemeenschap geldende inrichting. Ook het Europese Hof van Justitie (en met hem vele belanghebbenden en belangstellenden) wordt in afzonderlijk gepubliceerde conclusies voorgelicht over de merites van de voorgelegde rechtsvraag.

6 DE INHOUDELIJKE AARD VAN CIVIELE CONCLUSIES

Uit het voorgaande volgt dat naar mijn mening belangrijke voordelen zijn verbonden aan de gang van zaken in een Nederlandse cassatieprocedure. De conclusie zoals we die in Nederland kennen heeft in het krachtenveld van rechtsbedeling, rechtseenheid en rechtsvorming de charme van de tussenoplossing. Zij is een zelfstandig werkstuk dat geen beslissing inhoudt, dat geen deel uitmaakt van de beslissing van de Hoge Raad maar dat wel uitdrukking geeft aan verscheidene mogelijke oplossingen. Zo kan het product van Hoge Raad en Parket een eenduidig oordeel inhouden waaraan toegevoegd is de nuance van de 'stem van een zesde die van hetzelfde kaliber is'.

²² Vgl. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium nieuw burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 28/29. Anders kennelijk M.

Barendrecht, Jeffrey, in: Vranken & Giesen, *De Hoge Raad binnen- en buiten*, Den Haag 2003, p. 108.

De aan het onderscheid verbonden voordelen worden uiteraard slechts geëffectueerd als een conclusie op relevante wijze van een uitspraak verschilt. Terwijl een arrest niet zijn optimale wervingskracht bereikt als het gehuld is in een conclusie-achtig kleed, is een fraaie conclusie niet een concept-uitspraak.²³ Anders dan de beslissing van de Hoge Raad plaatst de conclusie het probleem in een breder verband, bijvoorbeeld door in te gaan op het krachtenveld waarbinnen de rechtsvraag zich bevindt. Dit kan gevormd worden door andere onderdelen van het burgerlijk recht, maar ook bestaan uit de confrontatie met rechtsgebieden en ontwikkelingen buiten het burgerlijke recht.

*Een interessant element aan
een conclusie is dat daarin plaats is
voor de eigenzinnigheid
van de advocaat-generaal*

De inkleuring van het bredere verband hangt af van de concrete zaak en uiteraard ook van de achtergronden, de persoonlijke belangstelling, de specialisatie en daarmee van de intuïtie van de advocaat-generaal. Een interessant element aan een conclusie is dat daarin plaats is voor de eigenzinnigheid van de advocaat-generaal. Zij/hij kan in discussie gaan met het geldende recht en aandacht vragen voor alle keerzijden die daaraan zijn verbonden. De uiteindelijk gekozen formulering van het advies voor de concrete zaak kan een basis zijn voor het Hoge Raad arrest. Dat is echter een aangename bijkomstigheid, niet het hoofdoel.

Het is niet mogelijk om een checklist op te stellen van aandachtspunten waaraan een conclusie ten minste moet voldoen en omgekeerd om te spreken van een mooie conclusie als zij aan al die punten zou voldoen. De conclusie moet de rechtsvraag in perspectief plaatsen. Geen zaak is gelijk en het perspectief wisselt navenant. Wel zijn de getoonde perspectieven tot nu toe voornamelijk nationaal gekleurd. De in de conclusie aangebrachte verbanden betreffen de rechtsvraag zoals zij zich verhoudt tot andere delen van het recht. Rechtsvergelijking wordt gebruikt om een indruk te geven van de gang van zaken in andere landen en om te achterhalen of de relevante situatie dermate vergelijkbaar is dat de daar gevonden oplossing toepasbaar is in ons recht.

De redactie van dit blad legde mij de vraag voor of er op dit moment verbetering mogelijk is. Als je een conclusie beschouwt als een advies, waarin de voorgelegde rechtsvraag in een kader geplaatst moet worden zodat het de implicaties van de beantwoording daarvan voor de Hoge Raad, partijen en de rechtsgemeenschap (onder wie advocaten, rechters, wetenschappers) duidelijk maakt, voldoen de door het parket genomen conclusies daaraan. Voor zover een juridisch betoog 'leesbaar' kan zijn, zijn conclusies dat zeker. Daaraan draagt bij dat de advocaat-generaal niet is gebonden aan eerder gekozen formuleringen en de aard van het betoog een vrijere pen toelaat dan de aard van een rechterlijke uitspraak. Deze losheid ondersteunt het te ontsluiten inzicht. De functie van de advocaat-generaal, de gedegen voorlichting van Hoge Raad, partijen en juristen wordt mijns inziens op een bevredigende wijze uitgevoerd. In twee fasen van mijn juridische leven kon ik daarover onafhankelijk oordelen: als student en als onderzoeker. Bij de voorbereiding van mijn proefschrift brachten de conclusies mij meer dan eens inspiratie om een gevonden spoor verder te exploreren, of om een nieuw pad te bewandelen. Toen ik bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad werkte en zelf werd geacht voorbereidingen te treffen voor te nemen conclusies, maakte ik dankbaar gebruik van conclusies die in vergelijkbare zaken genomen waren en werden. Juist de extra details die daarin zijn vermeld over eerder gedane uitspraken en de hoeveelheid informatie die daarin vervat is, maakte dat het zoeken naar een oplossing meer was dan het geven van het vermoede antwoord op de rechtsvraag. Voorts was het wekelijks lezen van de conclusies die op vrijdag genomen werden een uitstekende manier om over het hele terrein van het privaatrecht bij te blijven. Dat sinds mijn aanstelling bij de Hoge Raad van volstrekt onafhankelijkheid geen sprake meer kan zijn, is evident. Het verhindert niet dat ik als hoogleraar burgerlijk recht voor mijn onderzoek en onderwijs en voor het werk als raadsheer-plaatsvervanger in het Amsterdamse Hof nog steeds dankbaar gebruik maak van de *Fundgrube* met diepgravende achtergrondinformatie die in diverse conclusies is aan te treffen en van de beeldend beschreven feitenweergave. Bovendien krijgt het bijhouden van de jurisprudentie dankzij de conclusie diepgang. Hoewel dit een persoonlijke waarneming betreft, vermoed ik dat de voorlichtende functie van conclusies in ruimere kring een bijdrage levert aan de rechtsontwikkeling – en daarmee aan de rechtsvorming. Het overdragen van achtergrondinformatie en het suggereren

²³ Aldus ook Bloembergen, noot bij HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 105 (Paulissen/Staat).

van alternatieve benaderingen roept immers nieuwe vragen op en biedt inspiratie voor het oplossen van geschillen door welingelichte partijen onderling, de presentatie van een geschil door partijen aan de rechter, de beoordeling daarvan door de rechter en het aanvatten van een thema in de rechtswetenschap en/of de politiek.

7 EEN TOEKOMSTPERSPECTIEF VOOR DE CIVIELE CONCLUSIE

Gemakkelijker dan te oordelen over hetgeen op dit moment geschiedt, is om aan te geven welke ontwikkeling ik wat betreft de voorlichtende functie van de conclusie wenselijk zou vinden. Daarbij denk ik aan de mogelijkheid om het schetsen van een toekomstperspectief als onderdeel van de conclusie op te nemen. De advocaat-generaal heeft een mate van ervaring en deskundigheid die het mogelijk maakt om voor een opgeworpen rechtsvraag een oplossing te ontwikkelen die verankerd is in het geldende recht (en zijn historische achtergronden) en die onder vermelding van veranderingen in de samenleving en problemen in de rechtspraktijk etc. vooruit loopt op de toekomst. Juist bij dit vooruitlopen is het van belang het recht als geheel in het oog te houden en aan de mogelijke oplossingen verbonden nieuwe problemen en inconsistenties te signaleren.²⁴ Voorts is mogelijk dat de advocaat-generaal in verband met de haar/hem voorgelegde casus in de conclusie een vraag opwerpt en daarmee een debat ontketent waaraan voor in de toekomst op te lossen gevallen (ook door de feitenrechters) inspiratie kan worden ontleend.

Zoals reeds vermeld, ligt de nadruk van de voorlichting door het parket momenteel op het nationale recht. Rechtsvergelijking en buitenlands recht worden aangewend om tot een bevredigende oplossing te komen voor het geldende Nederlandse recht. Onder meer zaken op het gebied van het mededingingsrecht, het merkenrecht, het vennootschapsrecht en het faillissementsrecht illustreren dat het geldende Nederlandse recht niet meer uitsluitend afkomstig is van de Nederlandse wetgevers en rechters en ontleend is aan de Nederlandse samenleving. De beïnvloeding door Europese regelgeving en rechtspraak én door de reactie daarop in het recht van de lidstaten zal in toenemende mate de oriëntatie van het geldende recht bepalen. In de ontwikkeling van dit onderdeel van het toekomstperspectief, dat zich in een continu

proces aan het verwerkelijken is en bovendien een voortdurend toekomstig aspect zal behouden, is een uitdaging voor het parket gelegen. Juist door (naast aan het reeds geldende supranationale recht) structureel aandacht te schenken aan ontwikkelingen die zich op het moment waarop de conclusie wordt geschreven voltrekken, zullen de conclusies belangrijk kunnen bijdragen aan de relatie die op korte termijn gelegd moet worden tussen het privaatrecht dat afkomstig is van de nationale wetgever en rechters en dat van de Europese wetgever en rechters.

Een dergelijke richting van de conclusie vergt ten dele een heroriëntatie. Het gebruik van nieuwe perspectieven wordt echter niet alleen van het civiele parket en zijn medewerkers verlangd, maar van allen die zich met het privaatrecht bezig houden. Het parket kan als spin in het web van de diverse krachten die in Nederland werken aan de ontwikkeling van het recht een interessante en richtinggevend bijdrage leveren.

8 HET JUISTE MIDDEN

Het begin van deze bijdrage staat in het teken van de middenpositie die het parket bij de Hoge Raad in vele opzichten inneemt. Ik besluit met een citaat uit de *Ethica* van Aristoteles waarin op fraaie en geruststellende wijze is verwoord hoe deze positie te waarborgen:

'Zo veel is dus wel duidelijk, dat de middenpositie in alles toe te juichen is, maar dat men soms moet neigen naar het teveel, soms naar het te weinig; dat is namelijk de gemakkelijkste weg om het midden, dat wil zeggen: de goede handelwijze, te treffen.'²⁵

9 LITERATUUR

Naast de in de voetnoten vermelde specifieke literatuurverwijzingen, vermeld ik hierna de geschriften op grond waarvan de lezer zich een beeld kan vormen van de gang van zaken in de cassatierechtpraak en van de discussie die op een aantal deelonderwerpen wordt gevoerd.

- W.D.H. Asser, 'Over rechtsvorming door de Hoge Raad. Inleidende opmerkingen bij de Rode Draad "Raad & Daad"', *Ars Aequi* 2005, p. 223 e.v.;

24 W. Snijders, 'Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I en II)', *WPNR* 2005, p. 79 e.v. en p. 94 e.v. richt een vergelijkbare oproep tot toekomstige wetstoepassers in het algemeen.

25 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Boek II, ix, 9. De vertaling is afkomstig van Hupperets & Poortman, Kallias, Amsterdam 1997, p. 119. Vgl. de vertaling van Rackham in *The Loeb Classical*

Library, Cambridge Mass. (1982), p. 113, 114: 'This much is then clear, that it is the middle disposition in each department of conduct that is to be praised, but that one should lean sometimes to the side of excess and sometimes to that of deficiency, since this is the easiest way of hitting the mean and right course.'

- M. Barendrecht, 'Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn?', *Ars Aequi* 2005, p. 225 e.v.;
- F.B. Bakels, 'Het Civiele Parket bij de Hoge Raad', in: *Het hof van boven* (Prinsengrachtreeks 2002/2), Nijmegen 2002, p. 13 e.v.;
- A.G. Bloembergen, 'Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht' (1988), in: *Bloembergens werk* (1992), p. 503 e.v.;
- F. Bruinsma e.a., *De Hoge Raad van onderen* (2e druk), Deventer 1999;
- *De Hoge Raad der Nederlanden 1938-1988. Een portret*, Zwolle 1988;
- *Hoge Raad der Nederlanden*, Uitgave Hoge Raad der Nederlanden i.s.m. het Ministerie van Justitie, 2000
- Th.B. ten Kate, 'De civiele sectie van het Parket', in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1938-1988. Een portret*, Zwolle 1988, p. 201 e.v.;
- N. Keijzer, 'Het Parket bij de Hoge Raad: van lichtschip tot vuurtoren', *MRT* 2004, p. 204 e.v.;
- S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 747 e.v.;
- E.M. Meijers, 'De Taak der Rechtswetenschap ten aanzien der Vrije Rechtspraak' (oratie Leiden), *VPO I*, Leiden 1954, p. 3 e.v.;
- E.M. Meijers, 'De Verhouding tusschen Rechter en Wetgever bij de Rechtsvorming' (rede NJV 1922), *VPO I*, Leiden 1954, p. 21 e.v.;
- C.E. du Perron, 'Het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad', in: *Juridische beroepengids 1997* (Jurist & werk), p. 39 e.v.;
- M.V. Polak, 'Zeven, sluizen en incasseren: wat cassatieadvocaten bijdragen aan de rechtsvorming door de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2005, p. 423 e.v.;
- J. R Emmelink, 'De procureur-generaal', in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1938-1988. Een portret*, Zwolle 1988, p. 211 e.v.;
- B. van Roermund, 'Rechtswetenschap – disciplinair en interdisciplinair', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2005, p. 81 e.v.;
- D.J. Veegens, bewerkt door E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Cassatie in Burgerlijke Zaken*, Zwolle 1989;
- J.B.M. Vranken, Asser-Vranken, *Algemeen Deel* **, Zwolle 1995;
- J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment*, Den Haag 2003;
- WB der Nederlanden. *25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad*, Nijmegen 2003. ✱