

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

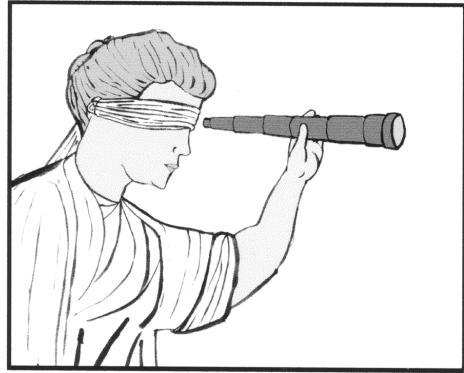
<http://hdl.handle.net/2066/37397>

Please be advised that this information was generated on 2019-03-20 and may be subject to change.

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

Harmonisatiewet

Prof.mr. C.A.J.M. Kortmann



HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet)

1 Naar dit arrest werd indertijd met enige spanning uitgezien. Zou de Hoge Raad de president in kort geding, die toetsing van de wet in formele zin aan het Statuut geoorloofd achtte, volgen? Het antwoord luidde ontkennend. De Hoge Raad sloot op gronden, die bepaald niet iedereen onderschreef noch onderschrijft, toetsing van de wet aan het Statuut én aan algemene rechtsbeginselen uit. In het navolgende wordt niet het gehele arrest wederom aan een beschouwing onderworpen. Ik concentreer mij op twee overwegingen. De eerste is die aan het slot van overweging 3.5:

Bovendien moet in aanmerking worden genomen dat een ruim toetsingsverbod als in 3.2 omschreven wezenlijk is voor de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel en dat niet kan worden gezegd dat voor de wenselijkheid daarin verandering te brengen in brede kring overeenstemming bestaat.

De tweede is die onder 3.6:

Het onder 3.5 overwogene is doorslaggevend en noopt tot de conclusie dat, al valt niet te ontkennen dat de rechtsontwikkeling sedert het totstandkomen van de grondwet van 1983 het gewicht van de voor restrictieve interpretatie van dat verbod pleitende argumenten heeft doen toenemen, moet worden geoordeeld dat de rechter de hem gestelde grenzen zou overschrijden door te oordelen dat artikel 120 Grondwet zich niet (ook) tegen de toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen verzet.

Deze twee overwegingen kunnen strikt genomen zeer kort worden geformuleerd: een ruim toetsingsverbod is wezenlijk voor de traditionele plaats van de rechter in het staatsbestel en de rechter zou door wel te toetsen (dus) de hem gestelde grenzen overschrijden.

Afgezien van de kwestie of deze overwegingen naast elkaar nodig zijn, of dat de tweede een con-

clusie van de eerste is of kan zijn, rijzen twee vragen: a) welke is de traditionele plaats van de rechter in het staatsbestel?; b) welke zijn de aan de rechter gestelde grenzen?

Ad a.

Het komt (mij) buitengewoon moeilijk voor een 'traditionele plaats' van de rechter in het staatsbestel aan te geven. De Hoge Raad zelf heeft zich sinds de jaren 80 van de vorige eeuw een 'rechtsvormende taak' aangemeten. Deze taak is niet te herleiden tot een wettelijke opdracht aan de rechter. Past deze (dan toch) bij de traditionele plaats van de rechter? Het komt mij voor van niet. De rechter is 'traditioneel' rechtstoepasser, eventueel rechtsvinder, geen rechtsvormer. Toch gedraagt hij zich wel zo. En dan rijzen de problemen. Immers, die rechtsvormende taak kent (natuurlijk?) ook haar grenzen. Welke dat zijn, is niet in de wetgeving te vinden. De rechter bepaalt deze – op welke gronden dan ook – zelf. Hierdoor ontstaat een dubbele rechtsvormende taak: eerst vormt de rechter recht door te zeggen dát dat zijn taak is, vervolgens vormt hij recht door aan die taak grenzen te stellen. Als men hierover wat langer nadenkt, zijn er aan die tweede rechtsvormende taak wellicht wederom grenzen te stellen, en zo kan men door- gaan.

Ad b.

De 'gewone grenzen' aan de rechter gesteld, zijn vervat in de wetgeving. De rechter moet volgens de wet, of het recht, rechtspreken. Dat recht moet aan zijn rechtsprekende activiteit vooraf gaan. Onder omstandigheden kunnen deze grenzen worden gevonden in basisstructuren van het positieve recht. Zo kan het concept van de scheiding van de machten een grens zijn aan rechterlijke interventie. Maar het is vaak lastig de precieze gevolgen van

zo'n concept te formuleren. De Trias heeft de rechter er niet van weerhouden om als een soort plaatsvervangend wetgever op te treden. Men denke aan de jurisprudentie inzake de drukpersvrijheid, aan het Meerenbergarrest, aan de rechtspraak op het terrein van het stakingsrecht, van abortus en euthanasie, van het zelfstandig schadebesluit etc. In al deze jurisprudentie, met vaak grote maatschappelijke en politieke gevolgen, is er kennelijk geen sprake van overschrijding van grenzen aan de rechter gesteld. Naar het waarom daarvan kan men slechts gissen.

Het ziet er naar uit dat de rechter, als hij van oordeel is dat hij niet kan of mag ingrijpen, grote moeite heeft daarvoor een overtuigend aanknopingspunt te formuleren. 'Traditionele plaatsen' en 'grenzen aan hem gesteld' lijken dooddoeners of machtswoorden. Kan het anders? Ik vrees van niet. Het verschijnsel doet zich ook in andere staten voor. De 'political question' in de Verenigde Staten, de 'acte de gouvernement in Frankrijk – om een enkel voorbeeld te noemen – doen in diverse opzichten denken aan de problematiek van deze annotatie. Kennelijk kan niet alles goed worden uitgelegd.

2 Zoals bekend, sluit het Harmonisatiewetarrest toetsing aan rechtsbeginselen niet onder alle om-

standigheden uit. Sommigen putten daaruit de hoop dat de Hoge Raad op het punt van artikel 120 Gw een minder restrictieve koers zou gaan varen. Wie echter enige arresten, gevolgd op het Harmonisatiewetarrest beziet, moet tot de conclusie komen dat de Hoge Raad beducht is in enige vorm in te grijpen in het 'politieke proces'. Te noemen zijn HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160, m.nt. TK, *Ars Aequi* 2000, p. 107, met mijn noot (Tegeleen) en HR 21 maart 2003, *JB* 120, m.nt. M. de Jong, *NJ* 2003, 691, m.nt. TK (Waterpakt). Weliswaar is in deze uitspraken artikel 120 Gw niet rechtstreeks aan de orde, zij duiden wel op een (zeer) terughoudende opstelling van de Hoge Raad. Het ziet er naar uit dat artikel 120 Gw gewijzigd moet worden, wil de Hoge Raad verder gaan dan hij tot nu doet. Zoals bekend, is op dit ogenblik een eerste lezingsvoorstel tot grondwetsherziening (voorstel-Halsema) aanhangig.

Literatuursuggesties:

- C.A.J.M. Kortmann e.a. (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme* (bundel Staatsrechtconferentie 2004), Deventer 2004;
- C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', *Trema* juni 2005, nr. 6. ❧