KONINKLIJKE NEDERLANDSE AKADEMIE VOOR WETENSCHAPPEN

Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 52 no. 3

Deze themabijeenkomst van de Sectie Rechtswetenschappen werd gehouden op 9 januari 1989

P. VAN DIJK (RED.)

De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme

KONINKLIJKE NEDERLANDSE AKADEMIE VAN WETENSCHAPPEN
NOORD-HOLLANDSCHE, AMSTERDAM/NEW YORK/OXFORD/TOKYO, 1989

ISBN 0-444-85706-0

Copyright van deze uitgave © 1989 Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de rechthebbende, behoudens de uitzonderingen bij de wet gesteld.

Druk: Casparie Heerhugowaard BV

Inhoud

Welkomswoord door de voorzitter van de Sectie Rechtswetenschappen
Prof. Mr. J. Remmelink 7

Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter?
Prof. Mr. M. Scheltema 9

Co-referaat
Prof. Mr. A.M. Donner 19

Judicial restraint als barricade op weg naar opperste gerechtigheid
Prof. Mr. J.C.M. Leijten 22

Rechtspraak en politiek
Mr. H. Drion 27

Rechterlijk activisme in Europeesrechtelijk perspectief
Mr. T. Koopmans 31

Rechterlijk activisme en rechterlijke terughoudendheid
Prof. Mr. W. van Gerven 39

Slotwoord van de voorzitter 43

Prof. Mr. J. Remmelink, voorzitter van de Sectie Rechtswetenschappen

Welkomswoord

Dames en heren,

Wij gaan ons vanmiddag bezinnen over een thema, dat tegenwoordig, als ik het goed zie (ik hoop niet dat het mij zo gaat als onze zo geestige collega Wim Duk, die in zo'n geval soms in een noot vermeldde: het spijt me, ik zag het *niet* goed), in diverse gremia aan de orde is gesteld. Laatstelijk, voor zover mij bekend, tijdens het zo buitengewoon goed geslaagde symposium ter gelegenheid van het 150-jarig bestaan van de Hoge Raad op 30 september jl., ter gelegenheid waarvan ook de mooie bundel over de plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel is verschenen. Wat moeten wij aan – heel grof geformuleerd – met de in het Montesquieuse model van de trias politica vastgestelde verhouding tussen wetgevende en rechterlijke macht nu, door allerlei omstandigheden, technische, culturele en niet te vergeten ook geestelijke, steeds sneller veranderingen optreden in de rechtsopvatting van de mensen (het verschijnsel is uiteraard onnoemelijk veel gecompliceerder dan ik hier stel) en deswege de wet, hoe extensief ook geïnterpreteerd, niet meer functioneel is, niet meer op de door de rechter vastgestelde verhoudingen past, en de rechter, soms met als richtsnoer bepaalde rechtsbeginselen of teksten uit verdragen, eigenhandig het recht voor de concrete situatie, maar daarmee in beginsel ook voor reeksen vergelijkbare gevallen, moet opstellen. De term: de rechter als plaatsvervangend wetgever is in dit verband gelanceerd. Ik meen, dat onze collega Iens Verburgh deze heeft bedacht. Andere slogans die in dit verband vallen zijn: de rechter als miniwetgever, en rechterlijk activisme, of in modern Nederlands: *judicial activism*. Het verschijnsel is, zoals ook ongetwijfeld hier weer betoogd zal worden, *niet* nieuw, en men zal wel ten bewijze hiervan diverse klassieke arresten, bijv. Meerenberg, uit de oude doos halen.

Zelf woonde ik reeds op 16 december 1976 te Utrecht over dit onderwerp een podiumgesprek bij, waaraan door diverse belangrijke juristen werd deelgenomen, die sedertdien het strijdperk niet meer verlaten hebben: ik noem de collegae J.M. Polak en (wederom) Verburgh; verder Schipper, de voorzitter van de Raad van Beroep. Gerard Wiarda, daar toen ook aanwezig, is ons helaas ontvallen. Het thema luidde toen: 'De rechter op de stoel van de wetgever'. Doen wij met elkaar, zo vroeg de voorzitter Steenbeek zich af, een stoelendans? Betwisten wetgever en rechter elkaar de stoel of proberen ze elkaar daarop te drukken?

En in 1975, ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van het Duitse BGH, zijn er ook allerlei toespraken gehouden over het zo sterk toegenomen rechtersrecht, en over de spanning die dit betekende voor het klassieke patroon van de machtenscheiding. Tegenover de oude *Rechtsquellenlehre*, die alleen

maar van rechtersrecht wilde weten, wanneer het tot gewoonterecht 'erstarkt' was, stond de moderne opvatting, dat het rechtersrecht zo'n legitimatie niet nodig had. In dit verband is ook nog vermeldenswaard de zinsnede uit de toespraak van Theodor Heuss, na de Tweede Wereldoorlog, zoals u weet, alom gewaardeerd Bondspresident: 'Die Gewalten bleiben im staatlichen Wesen 'ineinander verklammert''. Ik accentueer deze laatste woorden.

Hoewel, zo ik al zei, met name de laatste jaren veel aan dit thema is gedaan, kan het geen kwaad, dunkt mij, wanneer wij er in de kring in en rondom de Akademie ook eens met elkaar over spreken. Ik meen, dat wij de verwachting mogen hebben, dat dit in ieder geval een goed voorbereide discussie zal worden, ingeleid als deze zal worden door beproefde deskundigen.