

licht worden gehouden en zonedig, met kracht van argumenten, worden 'afgeschapt' of gewijzigd. Het oordeel van het betreffende forum is niet beslissend, maar kan rechters en praktijkjuristen wel tot steun zijn. Dat het forum gezaghebbend moet zijn, wil niet zeggen dat reeds daarom zijn oordeel moet worden gevolgd, maar wel dat het forum moet bestaan uit ter zake kundige en ervaren juristen. De inbreng van praktijkjuristen is daarbij onontbeerlijk: zij hebben immers met oneindig veel meer rechtsvragen te maken dan uiteindelijk aan de Hoge Raad worden voorgelegd.

Mr. K. Frielink \*

\* Advocaat te Amsterdam.

## NASCHRIFT

### Verouderde rechtspraak, de wetgever en andere alternatieven: naschrift bij de voorgaande reacties

1. Ik ben blij dat het thema van mijn beschouwing in *WPNR* 6494 (2002) een aantal pennen in beweging heeft gekregen. Het onderwerp is belangrijk genoeg.
2. Polak constateert, zo vat ik zijn reactie samen, dat ten onrechte de rechtsvorming door de wetgever buiten beschouwing is gebleven in mijn artikel. Ten onrechte, omdat de wetgever beter is in rechtsvorming en ten tweede omdat de wetgever ook bereid is om rechtsvormend in actie te komen. Laat ik, om alle mogelijke misverstanden uit de weg te ruimen, maar gelijk stellen dat ik op geen enkele manier heb willen beknibbelen op de rechtsvormende taak en rol van de wetgever.<sup>1</sup> Mijn voorstel om tot een 'preconflictueel aanpassingsverzoek' te komen, dient gezien te worden als een nieuw instrument, als een toevoeging aan het bestaande arsenaal van mogelijkheden op het vlak van rechtsvorming. Aan dat bestaande arsenaal doe ik verder niets af.
3. Dat de wetgever het op punten wint van de rechtspraak als het om rechtsvorming gaat, zoals Polak stelt, wil ik graag aannemen. In beginsel zal de wetgever inderdaad het best toegerust zijn om alle informatie die nodig is te verzamelen, om alle belangen te wegen en knopen door te hakken. Dat veronderstelt wel, en zo zijn wij meteen bij het tweede punt, dat de wetgever er ook de tijd en de energie in kan steken. Is dat zo? Ik wil graag aannemen dat de wetgever op zichzelf bereid zou zijn om ook ten aanzien van privaatrechtelijke onderwerpen rechtsvormende actie te ondernemen, maar de vraag is wel of men dan ook de (financiële) mogelijkheden daartoe heeft. Dat betwijfel ik. Immers, de privaatrechtelijke afdeling van het Ministerie van Justitie zit niet al te ruim in de menskracht, zeker niet in vergelijking met de wetgevende afdelingen op andere terreinen.<sup>2</sup> Met andere woorden, de expertise en de bereidheid om prachtig rechtsvormend werk te verrich-

ten, kan er wel zijn, maar als men er de tijd en het geld niet voor heeft, om wat voor reden dan ook, dan houdt het op. Bij de verdeling van de middelen zullen dan enkel de meest nijpende, actuele en politiek beladen thema's een deel van de aanwezige menskracht toebedeeld (kunnen) krijgen.

4. Ik denk dus dat Polak en ik in de kern enkel van mening verschillen waar het ons geloof in de (praktische) mogelijkheden van de privaatrechtelijke wetgever betreft. Zo bezien, is het bemoedigend voor mijn standpunt dat Polak tot slot suggereert dat ik met mijn medestanders (zouden die zich dan wel nog willen melden?) zelf maar zou moeten aangeven wat er ten aanzien van welke rechtspraak zou moeten veranderen (compleet met het verzoek om conceptteksten aan te leveren, zodat de wetgever die slechts hoeft om te zetten). Immers, was dat nu niet juist datgene waartoe de wetgever volgens Polak beter geëquipeerd was? Of toont Polak op deze manier dat ook hij uiteindelijk zal moeten erkennen dat de privaatrechtelijke wetgever geen tijd heeft om het zelf te (kunnen) doen?

5. Hoewel ook onze ideeën behoorlijk met elkaar stroken, is Frielink geen voorstander van het 'aanpassingsverzoek', zo verklaart hij in nr. 2. Ik schat het probleem te dramatisch in; bovendien zijn er ook piepjonge arresten die 'in de weg zitten'. Dat laatste erken ik volmondig; zeer jonge arresten kunnen behoorlijk zwaar op de maag liggen.<sup>3</sup> Dat betekent echter ook dat het gesignaleerde probleem alleen maar groter wordt en een oplossing (in welke vorm dan ook) alleen maar wenselijker wordt. Dus misschien ben ik toch niet te dramatisch geweest?

1. Te meer niet omdat ik er vanuit ga dat de wetgever uiteindelijk het 'preconflictueel aanpassingsverzoek' zal moeten invoeren.
2. Zie beeldend J.M. Barendrecht, Door muren kijken, *NJB* 2002/7, p. 300.
3. Zo heb ik persoonlijk grote moeite met het nog vrij recente Baby Joost-arrest (HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 nt. ARB).



6. Met de opmerking van Frielink in nr. 5 van zijn betoog dat de feiten en omstandigheden belangrijk zijn bij de interpretatie (en dus bij de rechtsvorming), kan ik zeer wel leven. Echter, ik zou dan wel menen dat de feiten van het Zutphense juffrouw-arrest schokkender zijn dan die van het Lindenbaum/Cohen-arrest! Belangrijker is overigens het volgende. Ik vraag mij af of het wel zo goed is dat de rechtsvorming uiteindelijk in die zin afhankelijk is van de feiten van een geval dat die rechtsvorming verder gaat, zo is dan de (impliciete) veronderstelling, als het geval triester, schokkender en/of zieliger is. Is het eigenlijk wel zo fraai dat de rechtsvorming afhankelijk is van de mate van zieligheid van het aanwezige geval? Zou dat niet anders moeten en kunnen?

7. De onzekerheid, die eigen is aan het recht, blijft ook in mijn systeem bestaan, werpt Frielink mij vervolgens tegen (nr. 7). Ik zal de juistheid van zijn opmerking niet ontkennen, maar ik merk wel op dat ik van harte hoop dat Frielink het mij niet persoonlijk verwijt dat de inhoud van het recht in de kern onzeker is en zal blijven. Ik heb juist ook getracht iets meer zekerheid in te bouwen, en ik ben er ook van overtuigd dat elk volgend arrest (of na een gewone procedure of na een 'aanpassingsverzoek' gewezen) ons verder helpt en de immer aanwezige onduidelijkheid beetje bij beetje kan en zal wegnemen, zelfs als er wellicht op het eerste gezicht ook nieuwe onduidelijkheden bijkomen.

8. Ik ben blij te zien dat Frielink ook al arresten op zijn 'aanpassingslijst' heeft (nr. 12). Het zal ook Polak tevreden stellen; de door hem gewenste inventarisatie lijkt nu al van de grond te komen. Wat nog opvalt tegen het eind van Frielink's bespreking, is dat volgens hem niemand eraan twijfelt dat de Hoge Raad zal omgaan. Als dat zo is, en ik heb geen reden daaraan te twijfelen, dan vraag ik mij wel nogmaals af waarom wij dan nog eindeloos zouden moeten wachten op die vermetele procespartij die het op zich neemt om het daadwerkelijk na een (gewone) procedure aan de Hoge Raad te vragen. Ik zie hier dus steun voor mijn opvatting. Frielink meent echter dat een interventie niet nodig is omdat de literatuur helder is: de arresten zijn al obsoleet (nr. 13). Ik lees daar echter ook dat men nog

voorzichtig is en dat er een vacuüm is. Mijns inziens zou precies die onzekerheid, Frielink noemde het zelf ook al (nr. 7), via een aanpassingsverzoek verholpen kunnen worden.

9. Dat Frielink voorstander is van een actievere Hoge Raad, van *obiter dicta*, en aanmoedigt dat de raadsheren zich meer in het debat mengen (nr. 8), stemt mij tevreden. Datzelfde geldt ten aanzien van zijn oproep om niet te beducht te zijn om 'om' te gaan, om in bepaalde gevallen de motiveringseisen op te schroeven, om de wetgever ertoe te bewegen zich explicieter uit te spreken over bepaalde arresten (bijvoorbeeld in de toelichting op een verwante regeling) en om krachtig stelling te nemen (nr. 9-11 en 14). Mijns inziens is mijn gedachte van een 'pre-conflictueel aanpassingsverzoek' in wezen ook niet meer dan een mogelijke uitwerking, waarbij alternatieven zeer wel denkbaar zijn, van precies dat soort wensen en ideeën (of dromen). En dat de Hoge Raad dan niet altijd die uitspraak zal doen die de indiener van het verzoek zich gewenst zal hebben (vgl. nr. 11 en 14), behoort nu eenmaal tot het risico van het vak. Ik vind het getuigen van waardering voor mijn artikel en de daarin gesignaleerde problematiek, dat Frielink getracht heeft om ook zelf met alternatieven te komen om verouderde/onjuiste rechtspraak aan te kunnen pakken. Naast de al genoemde ideeën, noemt hij ook nog eens de creatie van een juridische forum van deskundigen, inclusief praktijkjuristen, die de rechtspraak onder de loep nemen (nr. 15). Ook dit is een alternatief om op voort te bouwen, zou ik denken. Al de genoemde alternatieven laten mijns inziens tevens nog eens zien dat een oplossing in elk geval nodig is: welke dat dan is, is wat mij betreft bijzaak.

*Mr. I. Giesen* \*

\* Ivo Giesen is als postdoc verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht en aan de Onderzoeksschool voor Wetgevingsvraagstukken van de KU Brabant, en vaste medewerker van dit blad.

## REACTIE

**Levert verouderde rechtspraak een probleem op?**

*Reactie op het artikel "De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen" van mr. I. Giesen in WPNR (2002) 6494.*

De laatste zes woorden van de titel van Giesens artikel vervulden mij met verbazing die na lezing van het artikel niet verdwenen is. Ik ben geneigd Giesens probleem als

niet bestaand te beschouwen, wat niet wegneemt dat het heel aardig was zijn opstel te lezen, reden waarom ik er op reageer.

*Verskillende opvattingen over de precedentwerking*

Op Giesens vraag "Hoe dienen wij om te gaan met arresten waarin regels besloten liggen die ons nu niet meer zinvol of juist lijken te zijn?" (blz. 447 l.k.) zou ik een paar antwoorden kunnen geven. We gaan er helemaal niet meer