

Inhoudsopgave

1	'Do justice, Justice' – Rechterlijke rechtsvorming in het Europees contractenrecht – Chantal Mak / 7
1.1	Europese rechtspraak in tijden van economische crisis / 7
1.2	Rechter en moraal / 7
1.3	Spaanse toestanden / 9
1.4	Rechterlijke integriteit / 10
1.5	Democratische rechtspraak / 12
1.6	Imperfecte alternatieven / 15
1.7	Geraadpleegde literatuur / 17
1.8	Rechtspraak / 17
2	Publiekrecht in beweging: <i>sharing economy</i> op zoek naar innovatieve regulering en rechtsvinding – Sofia Ranchordás / 19
2.1	Inleiding / 19
2.2	Innovatie en <i>sharing economy</i> : delen is het nieuwe hebben! / 21
2.2.1	Innovatie: begrip / 21
2.2.2	<i>Sharing economy</i> / 22
2.3	<i>Sharing economy</i> en het recht: oude wijn in nieuwe zakken of nieuwe wijn in nieuwe zakken? / 23
2.3.1	Nieuwe wijn in oude zakken / 24
2.3.2	Nieuwe wijn zonder zakken? / 26
2.3.3	Nieuwe wijn en nieuwe zakken / 27
2.4	Conclusie / 27
3	De tongzoenjurisprudentie en wetsinterpretatie in het strafrecht – Khalid van Willigenburg / 29
3.1	Inleiding / 29
3.2	Het <i>eerste Tongzoen</i> -arrest / 32
3.3	Het <i>tweede Tongzoen</i> -arrest / 34
3.4	Conclusie / 38

Hoofdstuk 1

‘Do justice, Justice’ – Rechterlijke rechtsvorming in het Europees contractenrecht

Chantal Mak^{*}

1.1 Europese rechtspraak in tijden van economische crisis

Veel van de regels die ons dagelijks leven beheersen zijn afkomstig van de Europese instellingen in Brussel. Verordeningen en Richtlijnen van de Europese Unie (EU) beïnvloeden de contractuele transacties waarmee we voorzien in basisbehoeften als koop van levensmiddelen en kleding, levering van diensten op het gebied van energie, vervoer, communicatie en gezondheidszorg, en zelfs beschikking over woonruimte. De Europese wetgever heeft gaandeweg steeds meer delen van het nationale contractenrecht (gedeeltelijk) geannexeerd. Dat ook het Hof van Justitie van de EU in Luxemburg én nationale rechters een steentje bijdragen aan de Europeanisering van het contractenrecht, begint echter pas meer recentelijk door te dringen tot het maatschappelijke en juridische debat. Jurisprudentie over de uitwinning van hypotheek tegen door de economische crisis zwaar beproefde huiseigenaren in Spanje geeft dit treffend weer: prejudiciële vragen van Spaanse rechters hebben het Hof van Justitie van de EU de mogelijkheid gegeven zich te mengen in de beoordeling van de rechtvaardigheid van contractsbedingen die het banken mogelijk maken huiseigenaren en hun gezinnen vrij gemakkelijk uit de woning te zetten bij achterstallige betaling van hypotheektermijnen, wat heeft geleid tot veel media-aandacht en een nog voortdurende hervorming van het nationale procesrecht.

Hoezeer rechtsvormingsvragen samenhangen met maatschappelijke ontwikkelingen komt ook in andere Europese landen, waaronder Nederland, naar voren uit juridische reacties op de gevolgen van de economische crisis. Opvallend is dat civiele rechters een relatief actieve rol innemen in de beoordeling van hoe een rechtvaardige oplossing kan worden gevonden voor soms zeer schrijnende gevallen. Wat betekent dit voor de taakverdeling tussen Europese en nationale rechters en wetgevers? Hoe beïnvloeden methodologische keuzes de uitkomst van privaatrechtelijke geschillen? En hoe zien rechters in de EU hun rol in de evolutie van het recht in het licht van de morele beoordeling van maatschappelijke dilemma's?

1.2 Rechter en moraal

Een prachtige illustratie van het zelfbeeld van een rechter is te vinden in de inleiding van het boek *Justice in Robes*¹ van de vorig jaar overleden rechtsfilosoof Ronald

* Chantal Mak is universitair hoofddocent bij het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) en adjunct-directeur van het Amsterdam Research Institute for Legal Studies (ARILS), beide Universiteit van Amsterdam.

1. R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press 2006.

Dworkin. De anekdote betreft Oliver Wendell Holmes, Associate Justice van het Amerikaanse Supreme Court aan het begin van de twintigste eeuw, die op weg naar het gerechtshof de jonge Learned Hand een lift gaf met zijn koets. Bij het afscheid riep Hand de oude magistraat na: 'Do justice, Justice!.' Holmes antwoordde naar verluid: 'That is not my job!.'

Dworkin gebruikte deze dialoog als introductie op de vraag hoe de morele overtuigingen van een rechter diens oordeelsvorming zouden moeten beïnvloeden. Kan een rechter moreel gehouden zijn van geldend recht af te wijken en, zo ja, onder welke omstandigheden? Holmes en Hand waren beiden van mening dat rechters niet hun eigen, wellicht meer conservatieve, morele opvattingen in de plaats mogen stellen van democratisch tot stand gekomen wetten. Vanuit een theorie van politiek positivisme zouden burgers zelf, via een democratisch proces, moeten uitmaken welke regels op hen van toepassing zijn en zouden deze regels niet opzij moeten kunnen worden gezet door rechters, die geen deel uitmaken van de volksvertegenwoordiging. Dworkin, daarentegen, betoogde dat recht en moraal wel degelijk verweven zijn: rechterlijke rechtsvinding dient plaats te vinden volgens een beginsel van integriteit, op basis waarvan rechters binnen een coherent systeem de best passende oplossing voor het concrete geval zoeken en in voorkomende gevallen regels die botsen met de heersende moraal buiten toepassing laten. Ook naar zijn mening dienden waardeoordelen echter aan de wetgever te worden overgelaten, met het oog op democratische legitimiteit. Ideeën over de morele taak van de rechter zijn in beide visies dus nauw verbonden met opvattingen over de rol van de rechter in een democratische rechtsstaat.

Niet alleen in de Verenigde Staten, maar ook aan deze kant van de Atlantische Oceaan heeft de vraag naar de grenzen van rechterlijke rechtsvorming nog weinig aan actualiteit ingeboet. Dit is goed zichtbaar in beschouwingen over het contractenrecht, dat overeenkomsten tussen particulieren beheerst. Op dit terrein bestaat een duidelijke spanning tussen grotere gedachten over de rol van het recht in markt en maatschappij en specifieke ideeën over rechtvaardige oplossingen in het individuele geval – een spanning die vaak wordt vertaald in een taakverdeling tussen wetgever (sociale rechtvaardigheid) en rechter (*Einzelfallgerechtigkeit*). Het risico bestaat dat iets verloren gaat in deze vertaalslag. Zo stelde Jan Vranken al in zijn *Asser Algemeen deel*^{****2} 'dat ons denken in het burgerlijk recht gevangen zit in het schema wetgeving-rechtspraak (...), en dat met behulp hiervan aan de intrinsieke veranderlijkheid van het recht niet voldoende tegemoetgekomen kan worden' (nr. 70). Discussies over de ontwikkeling van het contractenrecht getuigen hiervan voor zover de nadruk wordt gelegd op verfijning van het Burgerlijk Wetboek en rechterlijke rechtsvorming enkel wordt gezien als bijproduct van geschillenbeslechting. Zoals Vranken terecht opmerkt, kan een dergelijk denkraam de gedachtevorming over de rol van de rechter beperken en bergt het bovendien het gevaar in zich dat andere rechtsvormers (bijvoorbeeld private regelgevers) buiten beeld worden gelaten.

In dit essay zal aan Dworkins visie op de verwevenheid van recht en moraal in rechterlijke oordeelsvorming inspiratie worden ontleend voor het huidige debat

2. J. Vranken, *Asser/Algemeen deel*^{***}, Deventer: Kluwer 2005.