Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

P. Rijpkema, Rechtersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, 232 p.

Iedere jurist in Nederland weet dat het buiten de juridische beroepsgroep nog immer populaire beeld van de wetgever die de regels uitvaardigt en de rechter die deze regels mechanisch toepast, nogal naïef is. De rechter zal immers in bijna iedere zaak de kloof tussen algemene regel en individueel geval moeten dichten. In een klein percentage van die gevallen is deze overbrugging niet gemakkelijk; dit zijn de zogenaamde 'hard cases'. In dergelijke zaken lijkt de rechter als een soort 'hulpwetgever' te functioneren. Ook een andere tendens maakt eenvoudige afbakening tussen wetgever en rechter problematisch. Het gaat hier om de neiging van de wetgever om bij regelvorming steeds vaker 'open normen' te hanteren. Het is dan aan de rechter om invulling te geven aan vage begrippen zoals bijvoorbeeld redelijkheid en billijkheid. Kortom: de verhouding tussen wetgever en rechter is niet eenduidig.

In het boek *Rechtersrecht* geeft Peter Rijpkema een subtieler beeld van de verhouding tussen wetgever en rechter. De professies kunnen volgens Rijpkema (qua inhoud) niet op een principiële manier van elkaar onderscheiden worden. Regels opstellen is niet alleen een taak van de wetgever, maar vormt een gezamenlijke onderneming van zowel de wetgever als de rechter. Volgens Rijpkema moet in een democratische samenleving dat orgaan de taken uitvoeren dat het beste voor die taak geëquipeerd is. Bij regelvorming betreft het hierbij in het algemeen de wetgever, maar in sommige gevallen kan dat door zijn bijzondere expertise ook de rechter zijn. De rechter is in dergelijke gevallen de epistemische autoriteit en daardoor bij uitstek geschikt om het recht te maken.

Dit artikel uit Nederlands juridisch tijdschrift R&R is gepublicerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Rechtsvorming door de rechter kan desalniettemin op gespannen voet staan met eisen van rechtszekerheid en rechtvaardigheid. In plaats van rechterlijke rechtsvorming zoveel mogelijk te beperken is het volgens Rijpkema echter beter om de schadelijke neveneffecten van de uitspraak te temperen. Bijvoorbeeld: indien totale oplossing van een bepaalde materie te zeer in strijd komt met de rechtszekerheid, kan ook voor een deeloplossing gekozen worden, of er kan gekozen worden voor 'het sterk casuïstisch formuleren van het toepasselijke recht'. In *Rechtersrecht* passeren nog een groot aantal andere temperingstechnieken de revue.

De bespreking van de verschillende temperingstechnieken vormt het beste onderdeel van het boek *Rechtersrecht*, alhoewel het jammer is dat het arsenaal aan temperingstechnieken niet op een iets systematischere wijze in bijvoorbeeld een schema is samengevat (ze staan nu her en der verspreid in het boek). Daarentegen is de basis die Rijpkema geeft voor rechtsvorming door de rechter (en dus ook de basis voor de temperingstechnieken) onbevredigend. Die basis vindt zijn uitgangspunt erin dat rechtsvorming door de rechter democratisch gelegitimeerd kan en moet zijn. Dit schijnbaar onmogelijke uitgangspunt weet Rijpkema alleen waar te maken door enige conceptuele rekkelijkheid met betrekking tot het begrip democratie toe te staan. Rijpkema omschrijft 'democratie' als volgt:

> 'Voor de democratische legitimiteit van het recht is vereist dat het overeenstemt met of althans aansluit bij de meningen en overtuigingen die leven binnen de gemeenschap. Die meningen en overtuigingen kunnen niet of nauwelijks worden afgeleid uit het kiezersoordeel, maar de wetgever kan zich wel laten leiden door de rechtsovertuigingen zoals die naar voren komen uit het publieke debat. [...] [En dus:] Voor zover de rechter en de wetgever zich naar behoren van hun taak kwijten, is daarom rechtsvorming door de rechter ook op dit punt niet minder democratisch te achten dan rechtsvorming door de wetgever.' (p. 44-46)

Democratie moet volgens Rijpkema *niet* vereenzelvigd worden met verkiezingen, maar veeleer met het fundamentele principe van gelijke zorg en respect. Probleem hierbij is dat onder deze definiëring een mogelijke wereld denkbaar is waarin een staat zowel een dictatuur als een democratie is. Het zou bijvoorbeeld zo kunnen dat een verlicht despoot aan de macht is die het principe van gelijke zorg en respect (voor alle burgers) weet te effectueren. Democratie en dictatuur sluiten elkaar onder deze definiëring van democratie dus niet uit, hetgeen begripsverwarring in de hand werkt. Het is daarom ook mogelijk dat Rijpkema rechtsvorming door de rechter onder omstandigheden als democratisch aanmerkt, hoewel burgers geen directe invloed hebben op die activiteit. Rijpkema's opvatting van democratie lijkt dus problemen te ontkennen.

Dit artikel is afkomstig van de website van Law & Politics. Dit is Rijpkema's Bronvermelding is bestemd voor academisch gebruik. Zoeker

Daarnaast roept het bovenstaande citaat de vraag op hoe je erachter kunt komen wat de meningen en overtuigingen in een bepaald land zijn. Gedacht zou kunnen worden dat ter bepaling hiervan referenda en opiniepeilingen de geëigende instrumenten zijn. Dat is echter volgens Rijpkema een misvatting:

> 'Een opiniepeiling kan zowel een weergave zijn van de weloverwogen meningen en overtuigingen van burgers, als van hun onbereflecteerde meningen en preferenties. Een opiniepeiling biedt daarom op zichzelf onvoldoende informatie voor het vaststellen van bestaande rechtsovertuigingen. In plaats daarvan wordt het bestaan van gedeelde rechtsovertuigingen doorgaans afgeleid uit bronnen waarin het publieke debat geacht kan worden zijn neerslag te vinden, zoals met name in publicaties van de media, de wetenschap en maatschappelijke organisaties.' (p. 35)

Hetzelfde geldt mutatis mutandis ook voor een referendum. Ook hier zou de uitkomst immers verstoord kunnen worden door onbereflecteerde meningen. De kenbronnen van de gedeelde meningen moeten dus gezocht worden in publicaties van de media, de wetenschap en maatschappelijke organisaties. Probleem hiervan echter is dat niet iedereen in deze drie takken van sport vertegenwoordigd is. Er zijn maar weinig burgers die publicaties in een krant op hun naam hebben staan en nog minder die met regelmaat in de krant hun mening ventileren. Kortom: publiceren in de media en in de wetenschap is bij uitstek voorbehouden aan de elite. Daarnaast is het mij onduidelijk waarom weloverwogen meningen per definitie beter zijn dan onbereflecteerde meningen. Veel gruwelijks geschiedt nu eenmaal weloverwogen.

In de *Crito* van Plato stelt Socrates dat de atleet bij zijn training naar de arts moet luisteren en niet naar de massa. Dit geldt volgens Socrates evenzeer op alle andere terreinen, met name op het gebied van staatszaken. (Plato,

Dit artikel uit Netherlands Journal of Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Verzameld werk 1, vertaald door X. de Win, p. 274-276) Het behoeft geen verwondering dat Plato bij monde van Socrates hiermee een frontale aanval op het democratische gedachtegoed beoogde. Vanuit democratisch perspectief bezien moet dit dan ook getypeerd worden als een 'gevaarlijke' vergelijking. Het is in dit licht opmerkelijk dat Rijpkema ter uitdieping van de autoriteit van de rechter een soortgelijke analogie (arts-rechter) hanteert. (p. 101) Ook hier lijkt Rijpkema de schijn tegen te hebben als het om zijn democratische gelieerdheid gaat.

Rijpkema gebruikt het woord 'democratie' gemiddeld 1,3 keer per bladzijde (totaal 280 keer, met als favoriete combinaties democratische rechtsstaat, democratisch leiderschap, democratische legitimiteit en democratische kwaliteit), maar tot echte steunbetuiging aan de democratische grondgedachte (het volk beslist) komt het niet. Democratie is bij Rijpkema een verhulling van elitarisme. Het is niet de massa die moet beslissen, nee: dat is voorbehouden aan een select gezelschap met aan het hoofd de epistemische autoriteit van de rechter. Dergelijke sluiktaal doet afbreuk aan het boek en had beter vermeden kunnen worden, maar het zou natuurlijk nog veel leuker zijn geweest als Rijpkema gewoon een werkelijk democratisch geïnspireerd boek geschreven had.

Vincent Geeraets (Groningen)