

# Jurisprudentie in de memorie van toelichting

Wetgever en rechter in dialoog

Naam: Arte Brueren  
Studentnummer: 4078691/2948273  
Masterscriptie Onderzoeksmaster Publiekrecht  
Datum: 18-08-2018

# Inhoudsopgave

---

Hoofdstuk 1 Inleiding .....	4
Hoofdstuk 2 Onderzoeksopzet en afbakening .....	7
2.1 Begripsbepaling .....	7
2.2 De wetgever en de MvT .....	7
2.3 Afbakening.....	8
2.4 Onderzoeksopzet.....	10
Hoofdstuk 3 Rechtsvorming door de wetgever en rechter.....	12
3.1 Inleiding .....	12
3.2 Rechtsvormende wetgever .....	12
3.2 Rechtsvormende rechter.....	16
3.3 De wetgever en rechter in dialoog.....	19
3.3.1 Inleiding .....	19
3.3.2 Verschillende rechtsgebieden .....	19
3.3.3 Het begin en het einde van de dialoog.....	20
3.3.4 Van rechter naar wetgever.....	22
3.4 Van wetgever naar rechter.....	23
Hoofdstuk 4 Jurisprudentie in een wetgevingstraject .....	27
4.1 Inleiding .....	27
4.2 De memorie van toelichting .....	27
4.2.1 Inleiding .....	27
4.2.2 Jurisprudentie van de Ondernemingskamer gerechtshof Amsterdam .....	28
4.2.3 Jurisprudentie van de Hoge Raad.....	30
4.2.4 Jurisprudentie van de ABRvS.....	31
4.2.5 Conclusie t.a.v. de verwijzingen naar jurisprudentie in de MvT .....	32
4.3 Het gehele wetgevingstraject van het wetsvoorstel tot versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen .....	33
4.3.1 Inleiding .....	33
4.3.2 Jurisprudentie in het wetgevingstraject.....	33
4.3.3 Conclusie .....	35
Hoofdstuk 5 Jurisprudentie in de memorie van toelichting.....	36
5.1 Inleiding.....	36
5.2 Het aantal vermeldingen .....	36

5.3 De schrijver/indiener van de MvT .....	37
5.4 Naar welke rechter wordt verwezen? .....	39
5.5 Heeft het wetsvoorstel het Staatsblad gehaald? .....	40
5.6 Waarom wordt de jurisprudentie aangehaald? .....	41
5.6.1 Inleiding .....	41
5.6.2 Volgzame en leidende wetgever .....	42
5.6.3 Categorie 1: Volgzame wetgever.....	43
5.6.4 Categorie 2: Leidende wetgever.....	45
5.6.5 ‘Codificerende’ MvT .....	47
5.6.6 Categorie 3: Uitleg van nieuwe wetsartikelen .....	48
5.6.7 Categorie 4: Uitleg van bestaande wetsartikelen .....	50
5.6.8 Categorie 5: Uitleg van oude wetsartikelen .....	50
5.7 Verantwoording voor de reactie op jurisprudentie in de MvT .....	51
5.7.1 Inleiding .....	51
5.7.2 Categorie 1: Volgzame wetgever.....	51
5.7.3 Categorie 2: Leidende wetgever.....	55
5.7.4 Categorie 3: ‘Codificerende’ MvT.....	56
5.7.5 Conclusie .....	58
Hoofdstuk 6 Epiloog .....	59
Literatuurlijst .....	62

# Hoofdstuk 1

## Inleiding

*Terwijl wij nog steeds geneigd zijn te menen – en juist te achten – dat rechters de wet toepassen, komt het meer en meer voor dat de wetgever de rechtspraak toepast.*

(J.C.M. Leijten, 1989)

Deze door Leijten geformuleerde stelling klinkt voor staatsrechtgeleerden die de machtenscheiding hoog in het vaandel hebben staan wellicht beangstigend, of juist lachwekkend. Zowel de angstvallige als de lacherige geleerden hebben echter weinig concreet onderzoek voorhanden om hun gemoedsbeweging op te baseren. Leijten liet het namelijk na om zijn uitspraak uit 1989 van enige onderbouwing te voorzien.<sup>1</sup> Ook nadien is er geen evident bewijs geleverd dat het tegenwoordig niet meer zozeer de wetgever is die de rechter via wetgeving richting geeft voor het doen van rechterlijke uitspraken, maar dat het voornamelijk de rechter zou zijn die via rechterlijke uitspraken richting geeft aan de wetgever voor het vastleggen van wetgeving. Hoewel de verhouding tussen de wetgever en de rechter op het gebied van rechtsvorming uitgebreid aan de orde is geweest in de staatsrechtliteratuur, is de wisselwerking tussen wetgever en rechter op het gebied van rechtsvorming nooit volledig in kaart gebracht. Ten eerste lag de focus veelal op het perspectief van de rechter – het eerste deel van Leijtens stelling. Talloze keren stond de interpretatieruimte van de rechter centraal. Daarnaast speelde de maatschappelijke verantwoordelijkheid en de positie van de rechter in de samenleving een rol.<sup>2</sup> Ten tweede was er de sporadische keren dat de kant van de wetgever belicht werd – het tweede deel van Leijtens stelling –, vrijwel nooit sprake van gedegen onderzoek naar het werkelijke gebruik van jurisprudentie door de wetgever. In plaats daarvan werden hoofdzakelijk normatieve aanbevelingen geponeerd over het idee van een reactie van de wetgever op rechterlijke uitspraken.

Zo betoogt Kortmann “dat het van desinteresse, lafheid of gebrek aan juridisch inzicht getuigt als de echte wetgever, de regering en Staten-Generaal, deze door de rechter zichzelf aangemeten taak [die van rechtsvorming] voor zoete koek slikt”.<sup>3</sup> Bovend’Eert sluit zich hierbij aan door te stellen dat “het uitgangspunt zou moeten zijn dat rechterlijke rechtsvorming in maatschappelijk gevoelige kwesties, waarbij de rechter bij de wetstoepassing belangrijke rechtspolitieke keuzes maakt, in beginsel een vervolg krijgt door de totstandkoming van wetgeving ter zake”.<sup>4</sup> Het alom bekende samenspel van rechter en wetgever in de euthanasiekwestie wordt nog wel als voorbeeld aangehaald, maar enig gestructureerd onderzoek naar de reactie van de wetgever op rechterlijke rechtsvorming ontbreekt. Omgekeerd pleiten andere auteurs voor meer gebondenheid van de wetgever aan rechterlijke uitspraken.<sup>5</sup> Gerards geeft als aanbeveling “om de Nederlandse rechter, of toch tenminste de

---

<sup>1</sup> J.C.M. Leijten, ‘Judicial restraint als barricade op weg naar opperste gerechtigheid’, in: P. van Dijk (red.), *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Amsterdam: KNAW 1989

<sup>2</sup> Zie bijv. Y. Buruma, *Wat is een goede rechter: een mentaliteitsgeschiedenis (1900-2020)*, Nijmegen: CPO 2017.

<sup>3</sup> C.A.J.M. Kortmann, “De rechtsvormende taak van de Hoge Raad”, in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, *Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 32-33.

<sup>4</sup> P.P.T. Bovend’Eert, ‘Wetgever, rechter en rechtsvorming: ‘Partners in the business of law?’’, *RM THEMIS* 2009, afl. 4, p. 153.

<sup>5</sup> Zie bijv.: J.C.A. de Poorter, ‘Wetgever en rechter. Rechtsvorming in een open en vruchtbare dialoog’, *NJB* 2014, afl. 1, p. 6-11.

hoogste rechters, de mogelijkheid te geven om de wetgever te verplichten tot het aanpassen van de regelgeving in kwestie, wanneer hij strijd constateert met een direct werkende verdragsbepaling of - in de toekomst - met de Grondwet.”<sup>6</sup> Opnieuw een eindoordeel over de gewenste reactie van de wetgever op rechterlijke uitspraken zonder dat het werkelijke gebruik van jurisprudentie door de wetgever geïnventariseerd is.

Ondanks dat het gebruik van jurisprudentie door de wetgever nooit op nauwgezette wijze is onderzocht, heeft het concept van een dialoog tussen wetgever en rechter op het gebied van rechtsvorming de laatste jaren aan belangstelling gewonnen.<sup>7</sup> De conclusie luidt dat de positie van de rechterlijke macht ten opzichte van de wetgevende macht de afgelopen decennia sterker lijkt geworden. De rechter treedt in toenemende mate op als ‘wetgeverswaakhond’ en formuleert steeds vaker algemene regels als wetgeverplaatsvervanger.<sup>8</sup> De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) stelt zelfs: “Deze ontwikkeling wordt wel eens gekarakteriseerd als: van rechtsstaat naar rechtersstaat.”<sup>9</sup> Hoewel de reactie van de wetgever op de meer proactieve rechter niet is meegenomen, komt de regering op basis van het WRR-rapport tot het oordeel van het aan de wetgever is om “zijn verantwoordelijkheid te nemen” ten opzichte van de versterkte positie van de rechterlijke macht.<sup>10</sup> Het is interessant te onderzoeken in hoeverre de wetgevende macht deze verantwoordelijkheid neemt door haar manier van reageren op jurisprudentie te analyseren. Het in kaart brengen van de reactie van de wetgever op jurisprudentie kan nieuwe inzichten verschaffen in het debat over het machtsevenwicht in de Trias Politica. Wellicht dat de wetgever zich inderdaad in verre mate laat beïnvloeden door rechterlijke uitspraken en zou een veranderende manier van reageren ervoor kunnen zorgen dat de wetgever ten opzichte van de rechter op het gebied van rechtsvorming aan terrein wint.

In deze scriptie neem ik dan ook de reactie van de wetgever op jurisprudentie onder de loep. Het is interessant te bezien op welke wijze de wetgever zich verantwoordt voor zijn respons op rechterlijke interventies, niet alleen wanneer de wetgever via wetgeving de rechter terugfluit, maar ook wanneer de wetgever de door jurisprudentie ontwikkelde regels aanhaalt ter uitleg of ter vastlegging van wettelijke bepalingen. Hobbelt de wetgever achter de rechter aan zonder eigen overwegingen ten grondslag te leggen aan nieuwe wetgeving en verontschuldigt hij zich wanneer hij besluit tegen de rechter in te gaan, of treedt de wetgever krachtig op om zo duidelijk te maken wie het rechtsvormende primaat bezit? Het gaat er hierbij niet zozeer om een eindoordeel te vellen over de gewenste reactie van de wetgever op jurisprudentie, maar slechts om het in beeld brengen van deze reactie. Poorter stelt weliswaar dat “de dialoog [...] ook een normatief concept [vormt], dat meer is dan een observatie van wat feitelijk gebeurt”, onderhavig onderzoek is eerder beschrijvend dan normatief van aard.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> J. H. Gerards, ‘Wisselwerking tussen rechter en wetgever – naar een betere dialoog?’ in: R. de Lange (red), *Wetgever en grondrechten, Publicaties van de Staatsrechtkring, Staatsrechtconferenties*, 2008, p. 161-194.

<sup>7</sup> Zie bijv. het symposium ‘Rechtsvorming door de (bestuurs)rechter. Naar een vruchtbare dialoog tussen wetgever en rechter’, dat op 25 oktober 2013 in Tilburg werd gehouden. En de aandacht die de Hoge Raad in zijn laatste Jaarverslag aan dit onderwerp besteed: <https://jaarverslaghogeraad.nl/uitgelicht-2017/rechter-en-wetgever/>.

<sup>8</sup> R.A.J. van Gestel, ‘De rechter als wetgevingswaakhond’, *RegelMaat* 2017, p. 115-127. En: J. Riphagen, *Rechtspraak in de sociale zekerheid: toegang tot Europa of toevlucht in de provincie?*, Deventer: Kluwer 1989, p. 5/6.

<sup>9</sup> WRR rapport, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 28.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29279, nr. 1, p. 7.

<sup>11</sup> J.C.A. de Poorter (red.), *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat : het primaat van wetgeving vanuit verschillende perspectieven belicht*, Den Haag: BJu 2014.

Aangezien het voor een scriptie ondoenlijk is om alle reacties van de wetgever op jurisprudentie te analyseren, heb ik ervoor gekozen het onderzoek naar de reactie van de wetgever op jurisprudentie sterk af te bakenen. Als onderzoeksobject voor de analyse van de reactie op jurisprudentie door de wetgever heb ik de memorie van toelichting gekozen. Deze keuze zal in het volgende hoofdstuk uitgebreid worden toegelicht. Daarnaast zal de reactie van de wetgever niet zozeer worden geplaatst in het brede kader van de Trias Politica in de democratische rechtsstaat, maar zal ik de discussie toespitsen op de dialoog tussen wetgever en rechter op het gebied van rechtsvorming. Ik onderzoek de reactie op jurisprudentie in de memorie van toelichting en plaats de onderzoeksresultaten in het debat over de constitutionele dialoog tussen wetgever en rechter op het gebied van rechtsvorming.<sup>12</sup> Ik breng de werkelijke reactie zowel in kwantitatief als kwalitatief opzicht in kaart en bekijk daarbij onder meer hoe vaak en met welk doel jurisprudentie in de memorie van toelichting wordt vermeld. Ook verduidelijk ik de normatieve rechtvaardigingen die worden gegeven voor het gebruik van de jurisprudentie in de memorie van toelichting door middel van het uitwerken van verschillende voorbeelden.

In hoofdstuk 2 leg ik de onderzoeksopzet en –methode uit, waarbij ik uitgebreid inga op de afbakening en reikwijdte van het onderzoek. Deze onderzoeksverantwoording kan worden overgeslagen, wanneer men voornamelijk geïnteresseerd is in de uitkomsten van het onderzoek. In hoofdstuk 3 belicht ik de dialoog tussen de wetgever en de rechter op het gebied van rechtsvorming en reik ik de kennis die op dit moment voorhanden is over reactie van de wetgever op rechterlijke uitspraken aan. In hoofdstuk 4 analyseer ik stapsgewijs één wetgevingstraject op de vermeldingen van jurisprudentie. De functie van dit hoofdstuk is tweeledig. Ten eerste maak ik duidelijk op welke wijze ik mijn onderzoek heb uitgevoerd. Ten tweede laat ik op deze wijze via een concreet voorbeeld zien welke rol jurisprudentie in de overige fasen van het wetgevingstraject kan spelen. In hoofdstuk 5 presenteer ik de onderzoeksresultaten, door kwantitatieve gegevens te verschaffen en verscheidene voorbeelden op een meer diepgaande wijze uit te werken. De normatieve rechtvaardiging die in de memorie van toelichting gegeven wordt voor de reactie op het gebruik van jurisprudentie krijgt hierbij speciale aandacht. In hoofdstuk 6 zullen de onderzoeksresultaten worden geplaatst in de constitutionele dialoog tussen de wetgever en de rechter op het gebied van rechtsvorming. Tevens formuleer ik een aantal aanbevelingen.

---

<sup>12</sup> Tezamen met de scriptie wordt een onderzoeksvoorstel ingeleverd voor een promotieonderzoek op dit onderwerp, waarin de bredere onderzoeksvraag *“Hoe past de reactie van de wetgever op jurisprudentie binnen de Trias Politica in de Nederlandse democratische rechtsstaat?”* centraal staat.

## Hoofdstuk 2

### Onderzoeksopzet en afbakening

#### 2.1 Begripsbepaling

Het is vooreerst belangrijk de begrippen 'wetgever' en 'rechter' te duiden. Met de term rechter wordt in dit onderzoek bedoeld op alle nationale rechters. Europese en internationale rechters worden buiten beschouwing gelaten, omdat de verhouding tussen de wetgever en deze rechters van een geheel andere orde is. Het is niet de bedoeling hiermee te impliceren dat het in kaart brengen van de reactie van de wetgever op internationale rechterlijke instanties geen interessante inzichten zou kunnen opleveren, niettemin heb ik ter afbakening van dit onderzoek ervoor gekozen de reikwijdte te beperken tot de verhouding tussen de nationale staatsorganen. Te betogen is dat de verhouding tussen de ene nationale rechterlijke instantie en de wetgever niet noodzakelijkerwijs dezelfde als de verhouding tussen een andere nationale rechterlijke instantie en de wetgever. Zo lijkt een hoogste rechterlijke instantie in de rechtsvormende dialoog met de wetgever meer in de melk te brokkelen te hebben dan een lagere rechterlijke instantie. Ook zou betoogd kunnen worden dat de strafrechter strikter aan de tekst van de wet gebonden is dan de burgerlijke rechter. Op deze verschillen zal ik in hoofdstuk 3 nader ingaan.

Met de wetgever wordt in deze scriptie bedoeld op de wetgever in formele zin, in art. 81 Gw aangeduid als de regering en Staten-Generaal gezamenlijk. Andere regelgevers vallen buiten de reikwijdte van het onderzoek. Deze beperking is te rechtvaardigen daar de wetgever in formele zin als essentieel onderdeel van de wetgevende macht in de Trias Politica wordt gezien doordat hij wetgeving tot stand brengt die onder de Grondwet binnen het nationale constitutionele bestel de hoogste regelgeving omvat. Bovendien bestaat er een bijzondere verhouding tussen de wetgever in formele zin en de rechter, omdat volgens de voorloper van art. 120 Grondwet wetgeving in formele zin onschendbaar is en daardoor buiten het toetsingsbereik van de rechter valt; dit toetsingsverbod geldt niet ten aanzien van regelgeving door lagere nationale regelgevers.<sup>13</sup>

#### 2.2 De wetgever en de MvT

Het enige product dat strikt genomen door de wetgever in formele zin wordt voortgebracht is de wet zelf, dat wil zeggen de eindtekst die in het Staatsblad verschijnt.<sup>14</sup> In de wettekst zal echter nooit verwezen worden naar rechterlijke uitspraken, terwijl het wel kan voorkomen dat overwegingen van rechters van grote invloed zijn op de tekst die in de wet wordt vastgelegd. Het rechtstreeks vergelijken van wetsvoorstellen en alle daaraan voorafgaande rechterlijke uitspraken is handmatig een onmogelijke opgave. Om de invloed van jurisprudentie op voorgestelde wetteksten te kunnen bepalen kan dus het beste naar toelichtende documenten gekeken worden. Bij wetgevingstrajecten waaruit blijkt dat de jurisprudentie die wordt aangehaald weerslag heeft op de voorgestelde wettekst, is uiteraard ook de wettekst zelf bestudeerd. Op dat moment wordt de aangehaalde jurisprudentie alsnog rechtstreeks met het wetsvoorstel vergeleken. Ter blootlegging van de

---

<sup>13</sup> C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 349-350.

<sup>14</sup> Zie art. 88 Grondwet.

normatieve rechtvaardiging die gegeven wordt voor het gebruik van jurisprudentie is opnieuw niet de wettekst zelf, maar de toelichtende documentatie de juiste bron. In hoeverre en op welke wijze de wetgever reageert op rechterlijke uitspraken zal kortom het meest helder tot uiting komen in de toelichtingen bij een wetsvoorstel.

Als toelichtend document heb ik de memorie van toelichting als onderzoeksobject gekozen. Hoewel de MvT niet direct als product van de wetgever te bestempelen is, zij wordt noch door de Staten-Generaal aangenomen noch door de Koning bekrachtigd, is de MvT voor alle wetgevende instanties binnen het wetgevingsproces een zeer belangrijk document. Ten eerste geschiedt de vaststelling van de MvT door de initiator van het wetsvoorstel, meestal de minister die het wetsontwerp aangaat. Daarnaast hechten de regering en de Staten-Generaal in de beraadslagingen over een wetsvoorstel veel waarde aan de uitleg die in de MvT gegeven wordt. De MvT is dan ook van grote invloed op het al dan niet aannemen van een wetsvoorstel.<sup>15</sup> De betekenis van de MvT wordt versterkt doordat zij als vast bijgevoegd stuk met het wetsvoorstel naar de Afdeling advisering van de Raad van State gestuurd wordt.<sup>16</sup> Ten slotte is nog te wijzen op het feit dat in dialoog met de rechter de MvT als zeer waardevol kan worden beschouwd; de rechter verwijst bij de beslechting van geschillen veelvuldig naar passages in memories van toelichting.

Het onderzoek richt zich op alle gevallen waarin jurisprudentie vermeld wordt in de MvT. Ook de gevallen waarin jurisprudentie slechts ter uitleg van wettelijke bepalingen wordt aangehaald, maar geen directe weerslag heeft op de tekst van de wet, maken onderdeel uit van het onderzoek. Deze uitleg wordt niet door alle actoren in het wetgevingstraject ondertekend. Aangezien er geen sprake is van een zuiver product van de wetgever in formele zin, zal er in deze gevallen niet van de wetgever gesproken worden. Het is in die gevallen de schrijver van de MvT, meestal een minister, die de jurisprudentie gebruikt om een van de voorgestelde, of andere, wettelijke bepalingen uit te leggen. Als uiteengezet verdient de MvT en dus de door de minister aangehaalde jurisprudentiële uitleg wel veel gezag in het wetgevingsproces.

### **2.3 Afbakening**

Doordat ik ter afbakening van het onderzoek de focus op de MvT leg, blijven alle andere handelingen van wetgevende instanties binnen het wetgevingsproces grotendeels buiten beschouwing. Ik heb onder meer niet gekeken naar eventuele Kamervragen en parlementaire debatten binnen een bepaald wetgevingsproces. Ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en het nader rapport van de minister daarop heb ik niet in het onderzoek betrokken. Er zijn meerdere redenen om de MvT boven al deze andere documenten uit het wetgevingsproces als onderzoeksobject te kiezen. De MvT bevat de gronden waarop het wetsvoorstel berust en vervult, blijkens de vele bepalingen in de Aanwijzingen voor de Regelgeving, een cruciale rol in het vastleggen van de bedoeling van de wetgever.<sup>17</sup> Uit de MvT zal naar verwachting het duidelijkst blijken welke houding de wetgever inneemt ten opzichte van jurisprudentie. De MvT is op zichzelf niet juridisch bindend, maar bezit weldegelijk juridische betekenis, nu zij bij de uitleg van wettelijke bepalingen

---

<sup>15</sup> S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 587.

<sup>16</sup> In het onderzoek worden de memories van toelichting betrokken zoals gewijzigd na het advies van de afdeling advisering van de Raad van State.

<sup>17</sup> Zie m.n. paragraaf 4.9 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.



een vooraanstaande positie inneemt. Er wordt voor de uitleg van wetten voortdurend naar de MvT verwezen, zowel door rechters als door wetgevende ambten zelf.<sup>18</sup> De keuze het onderzoek te beperken tot het doorspitten van memories van toelichting is daarnaast een praktische. Het is voor een scriptieonderzoek ondoenlijk om alle handelingen binnen het wetgevingsproces door te lichten op zoek naar vermeldingen van rechterlijke uitspraken. In hoofdstuk 4 zal ik aan de hand van een concreet wetsvoorstel laten zien welke rol jurisprudentie in de verschillende fasen van het wetgevingsproces kan spelen.

Wat betreft het kwantitatieve deel van het onderzoek heb ik aldus alleen gekeken naar gevallen waarin wordt gereageerd op rechterlijke uitspraken, zoals blijkt uit vermelding van jurisprudentie in de MvT bij wetsvoorstellen. Deze keuze leidt automatisch tot de conclusie dat alle uitspraken van rechters die niet in de MvT worden vermeld, niet in beeld komen en dus niet meetellen. De eerste categorie gevallen die hierdoor niet bestreken wordt, bestaat uit gevallen waarin nergens in het wetgevingsproces melding wordt gemaakt van een rechterlijke uitspraak. Er is dan ofwel geen invloed geweest van jurisprudentie op de tot stand gekomen wettekst, ofwel geen enkele van de wetgevende ambten heeft besloten dit vast te leggen in een raadpleegbaar document.

Een subcategorie binnen deze eerste categorie die speciale aandacht verdient, wordt gevormd door gevallen waarin te beargumenteren is dat, hoewel de wetgever dus geen enkele reactie laat zien, een reactie van de wetgever wel op zijn plaats zou zijn geweest. Er is bijvoorbeeld jurisprudentie geweest die de bedoelingen van de wetgever doorkruist of die in verregaande mate rechtsvormend is. Voor deze categorie gevallen waarin de wetgever niet op de hoogte is van dergelijke jurisprudentie, of bewust besluit niet te reageren, geldt dat er geen vermelding van jurisprudentie in de MvT te ontdekken valt en wordt dus niet onderzocht. Gezien de enorme hoeveelheid aan rechterlijke uitspraken, geldt dit stilzwijgen overigens voor verreweg de meeste rechterlijke uitspraken<sup>19</sup>; in de meeste gevallen zijn deze uitspraken echter niet interessant genoeg om te beargumenteren dat een reactie van de wetgever wellicht nodig zou zijn.<sup>20</sup>

De tweede categorie die buiten het onderzoek valt, bestaat uit gevallen waarin een wetgevend ambt wel een reactie laat zien op een rechterlijke uitspraak, maar dit niet in de MvT gebeurt. Zo kan in een ander document binnen het wetgevingsproces een rechterlijke uitspraak worden aangehaald om toelichting te geven op een wettelijke bepaling.<sup>21</sup> Ook komt het sporadisch voor dat een wetsvoorstel via een amendement wordt aangepast, waarbij in die toelichting bij het amendement verwezen wordt naar een rechterlijke uitspraak.<sup>22</sup> Deze categorie gevallen valt buiten de reikwijdte van het onderzoek.

Daarnaast kan het voorkomen dat bijvoorbeeld een Tweede Kamerlid de kwestie wel aan de orde stelt om wetgeving uit te lokken, maar de regering vervolgens besluit niet tot wetgeving wordt overgegaan.<sup>23</sup> Deze derde categorie gevallen, waarin een rechterlijke uitspraak wel aan de orde

---

<sup>18</sup> Zie ook hoofdstuk 3.

<sup>19</sup> . Alleen al de Hoge Raad wijst tussen de 6000-8000 arresten per jaar, zie: <https://www.rechtspraak.nl/Uw-Situatie/Onderwerpen/Rechtspraak-in-Nederland/Rechtspraak-in-cijfers>.

<sup>20</sup> Denk bijv. aan alle zaken die worden afgedaan door toepassing van art. 80, eerste lid Wet op de Rechterlijke Organisatie.

<sup>21</sup> Voorbeeld: *Kamerstukken II 2014/15, 33362, nr. H.*

<sup>22</sup> Zie als voorbeeld *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 8.*

<sup>23</sup> Voorbeeld waarin een minister reageert op verregaande rechtsvormende jurisprudentie door te stellen dat er (nog) niet tot wetgeving wordt overgegaan op dit punt : *Kamerstukken II 2014/15, 32878, nr. 17.*

wordt gesteld door een wetgevend ambt, maar dit niet leidt tot de indiening van een wetsvoorstel, valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek. De laatste en belangrijke categorie bestaat uit gevallen waarin een wetsvoorstel zeer waarschijnlijk wel een directe reactie is op een rechterlijke uitspraak, maar dat deze uitspraak niet in de MvT genoemd wordt.<sup>24</sup> Ook deze gevallen komen niet in beeld in de MvT en worden daarom niet bestreken door het onderzoek.<sup>25</sup>

## **2.4 Onderzoeksopzet**

Het onderzoek valt uiteen in een literatuuronderzoek en een kwantitatief onderzoek, dat deels kwalitatief van aard is. Voor het literatuuronderzoek is een korte toelichting voldoende. Aan de hand van de beschikbare wetenschappelijke teksten zal ik de dialoog tussen de wetgever en de rechter op het gebied van rechtsvorming in Nederland beschrijven. Het kwantitatieve onderzoek door middel van een analyse van de MvT verdient een uitgebreidere onderzoeksopzet.

Om de reactie op jurisprudentie in de MvT in beeld te brengen heb ik ervoor gekozen alle memories van toelichting bij wetsvoorstellen van één parlementair jaar door te spitten op de vermelding van rechterlijke uitspraken. Ik heb voor de wetsvoorstellen uit het parlementaire jaar 2014-2015 gekozen, omdat deze wetsvoorstellen redelijk actueel zijn, maar naar verwachting de meeste wetgevingsprocedures van de destijds ingediende wetsvoorstellen inmiddels zijn afgerond. Bovendien vormt dit jaar een representatief beeld over de vermelding van jurisprudentie in memories van toelichting. Een inventarisatie van de vermelding van jurisprudentie in de parlementaire jaren tussen 2010-2017 leverden ongeveer evenveel vermeldingen van jurisprudentie op.<sup>26</sup> Hoewel het interessant zou zijn meerdere jaren te analyseren, valt de eventueel aan verandering onderhevige rol van de wetgever ten aanzien van rechterlijke uitspraken buiten de werklast van deze scriptie.

In het parlementaire jaar 2014-2015 zijn in totaal 152 wetsvoorstellen met MvT verschenen.<sup>27</sup> Dit aantal is nagenoeg gemiddeld.<sup>28</sup> Deze wetsvoorstellen heb ik onderzocht op de vermelding van rechterlijke uitspraken middels het gebruik van de online databank van de overheid, [officielebekendmakingen.nl](http://officielebekendmakingen.nl). Er wordt gezocht op de volgende trefwoorden: “jurisprudentie”, “Hoge Raad”, “Hof”, “rechtbank”, “ABRvS”/”Afdeling bestuursrechtspraak”, “CRvB”/”Centrale Raad van Beroep” en “CBB”/”College van beroep voor het bedrijfsleven”. Iedere keer dat ik een trefwoord heb gevonden, heb ik bekeken of er inderdaad jurisprudentie vermeld is. Via de genoemde trefwoorden is het nagenoeg zeker dat alle vermeldingen van jurisprudentie worden gevonden.

Ik zal bekijken in hoeveel van de memories van toelichting een rechterlijke uitspraak genoemd wordt. Zorgvuldig onderzoek verricht ik naar de redenen van de vermelding van de rechterlijke uitspraak.

---

<sup>24</sup> Zie als voorbeeld: *Stb.* 2013, nr. 70. Zie voor het wetsvoorstel: *Kamerstukken II* 2012/13, 33452, nr. 2, welke waarschijnlijk een reactie was op de volgende rechterlijke uitspraak: Rechtbank Den Haag 11 juli 2012, *NJ* 2012/579.

<sup>25</sup> Al deze categorieën van gevallen die niet worden bestreken door het scriptieonderzoek, illustreren echter ook de manier waarop de wetgever omgaat met rechterlijke uitspraken en zullen daarom wel bestreken worden door een aanhangend onderzoeksvoorstel.

<sup>26</sup> Zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/>.

<sup>27</sup> De 66 begrotingsvoorstellen en slotwetten zijn hierbij buiten beschouwing gelaten.

<sup>28</sup> Borman constateert een gemiddelde van 160 wetsvoorstellen per jaar, zie: T.C. Borman, ‘De wetgevingsprocedure bij de centrale overheid (hoofdstuk 7)’, in: Zijlstra, S.E. (red.), *Wetgeven; handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Kluwer: Deventer 2012, p. 265.

Zonder vooralsnog een uitputtende lijst van mogelijke categorieën na te streven zou er sprake kunnen zijn van modificatie, codificatie, uitleg van wettelijke bepalingen, noemen als voorbeeld, het aandragen van jurisprudentie als motivering voor de nieuwe wet, etc. Bij iedere categorie werk ik een aantal verschillende, meest in het oog springende of meest voorkomende voorbeelden uit. Ik zal bovendien bepalen wie de indiener is van het betreffende wetsvoorstel, of het wetsvoorstel het Staatsblad gehaald heeft en van welke rechter de aangehaalde rechterlijke uitspraak afkomstig is. Wat betreft de vraag naar de normatieve rechtvaardiging die er in de MvT gegeven wordt voor de reactie op de aangehaalde jurisprudentie verschaf ik geen kwantitatieve gegevens, maar analyseer ik een aantal vermeldingen op meer diepgaande wijze. Alvorens ik de onderzoekresultaten beschrijf, zal ik ter verduidelijking van mijn werkwijze stapsgewijs één memorie van toelichting en het bijbehorende wetgevingstraject in hoofdstuk 4. Nu volgt het hoofdstuk waarin ik de theorievorming over de verhouding tussen de wetgever en de rechter op het gebied van rechtsvorming uitwerk en het al bestaande onderzoek presenteer

*- Het onderzoek is afgesloten op 1 juni 2018. Latere wijzigingen in de aan de orde zijnde wetgevingstrajecten zijn niet meegenomen. -*

## Hoofdstuk 3

### Rechtsvorming door de wetgever en rechter

#### 3.1 Inleiding

Het concept van een constitutionele dialoog tussen wetgever en rechter op het gebied van rechtsvorming vindt zijn oorsprong in het Verenigd Koninkrijk en is sinds een jaar of 15 ook in Nederlandse staatsrechtbeoefening gangbaar.<sup>29</sup> Gesimplificeerd is de dialoog als volgt weer te geven. De wetgever komt op basis van vaak uitgebreide belangen- en doelstellingenafweging tot een wettekst met toelichting. De nationale rechter gebruikt deze om een concreet geschil te beslechten en heeft door zijn interpretatie invloed op de wet. Hier stopt de wisselwerking niet. De wetgever heeft namelijk vervolgens de mogelijkheid om op rechterlijke uitspraken te reageren door de wettekst aan te passen, waarna deze opnieuw door de nationale rechter kan worden geïnterpreteerd, enzovoorts.

Voordat wordt ingegaan op de wisselwerking tussen wetgever en rechter op het gebied van rechtsvorming, zal ik de rechtsvormende activiteiten van de wetgever en rechter afzonderlijk bespreken. In de tweede paragraaf wordt het meest evidente instrument van de wetgever op het gebied van rechtsvorming uitgelegd, te weten de totstandbrenging van wetgeving. Hierbij zal de nadruk liggen op welke functie de memorie van toelichting (MvT) inneemt in de verschillende fasen van het wetgevingsproces. Hierna zal de rechtsvormende rol van de rechter door middel van jurisprudentie in kaart worden gebracht, waarbij opnieuw de rol van de MvT een plaats krijgt (paragraaf 3.3). Vervolgens zal worden ingegaan op de wisselwerking tussen wetgever en rechter op het gebied van rechtsvorming, waarbij de focus ligt op de reactie van de wetgever op rechterlijke uitspraken. (paragraaf 3.4 en 3.5).

Het is hier wellicht waardevol aan te geven dat met het beschrijven van de bovengenoemde rechtsvormende activiteiten van de formele wetgever en nationale rechter en de wisselwerking tussen die activiteiten, geenszins een volledig beeld wordt vergaard van de wijze van het tot stand komen van het recht dat in Nederland geldt. De wetgeving die via het formele wetgevingsproces tot stand komt en jurisprudentie die door nationale rechters wordt ontwikkeld vormen is slechts een deel van de totaliteit die aan recht gevormd wordt.

#### 3.2 Rechtsvormende wetgever

In een democratische rechtsstaat maakt de wetgever algemene regels die velerlei situaties reguleren en past de rechter deze regels toe om in een concreet geval te beslissen. Het is te rechtvaardigen dat de wetgever, en niet de rechter, binnen de Trias Politica het aangewezen orgaan is om algemene regels te stellen. De wetgever is democratisch gekozen op basis van politieke standpunten en beleidsmatige overwegingen. Daar vaak keuzes van politieke aard moeten worden gemaakt om tot algemene regels te kunnen komen, is de wetgever hiervoor het aangewezen orgaan. De benoemde

---

<sup>29</sup> Als een van de startpunten van de Britse discussie wordt genoemd: P. Hogg and A. Thornton, 'The Charter dialogue between courts and legislatures', 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, 1997.

rechter wordt geacht zich onafhankelijk en onpartijdig op te stellen. Daarnaast is de wetgever dankzij een omvangrijk ambtelijk apparaat in staat om onderzoek te doen naar o.m. de toepasbaarheid, de uitvoerbaarheid en de financiële gevolgen van algemene regels. De rechter is niet in staat dit onderzoek te realiseren.<sup>30</sup> Bovendien is de rechter afhankelijk van de casussen die hem worden voorgelegd en kan daardoor, anders dan de wetgever, niet op eigen initiatief rechtsvormende activiteiten ondernemen op een door hem gekozen terrein.<sup>31</sup> Het in een democratische rechtsstaat geldende legaliteitsbeginsel veronderstelt dan ook dat het de democratische gelegitimeerde wetgever – regering en Staten-Generaal – is die voorafgaand aan overheidsoptreden algemene, de burgers bindende, regels vaststelt. Iedere overheid, ook de rechter, is aan deze regels gebonden.

In deze paragraaf staat de belangrijkste wijze waarop de wetgever aan het legaliteitsbeginsel tegemoetkomt, namelijk via de totstandbrenging van wetgeving, centraal. Voor het onderzoeken van de reactie op jurisprudentie in de MvT, is het zinvol te beschrijven hoe de formele wetgevingsprocedure er uitziet, en om aan te geven welke rol het onderzoeksobject, de MvT, in deze procedure speelt. Het formele wetgevingsproces is geen simpele operatie. Een idee voor een wet heeft in Nederland een lange weg te gaan alvorens tot geldend recht te kunnen worden bestempeld. In deze paragraaf zullen de globale lijnen worden besproken.<sup>32</sup> De volgende fasen en momenten kunnen worden onderscheiden in de wetgevingsprocedure: de voorbereidingsfase, de consultatiefase, de fase waarin de wetgevingstoets van het Ministerie van Veiligheid en Justitie wordt uitgevoerd, de ministerraadfase, de Raad van Statefase, de Tweede Kamerfase, de Eerste Kamerfase, het moment van bekrachtiging, het moment van bekendmaking en het moment van inwerkingtreding.

Verreweg de meeste wetsvoorstellen zijn regeringsvoorstellen. De voorbereidende fase vindt dan plaats op een ministerie. Ideeën voor een nieuwe wet ontstaan meestal in het beleidsproces, bijv. door het opmerken van ontwikkelingen in de samenleving of door het evalueren van bestaande wetgeving. Tegenwoordig ontstaat veel wetgeving om Europees recht te implementeren, zogenoemde implementatiewetgeving. Voor het onderhavige scriptieonderzoek is het interessant dat ook rechterlijke uitspraken direct aanleiding kunnen zijn voor nieuwe wetten of wetswijzigingen, bijv. omdat een wet niet de gewenste rechterlijke interpretatie heeft verkregen of omdat de initiatiefnemer tot wetgeving bepaalde jurisprudentiële regels gecodificeerd wil zien. Nadat een bepaalde overtuiging is komen te ontstaan dat inderdaad behoefte is aan nieuwe wetgeving, gaan de beleidsafdeling en wetgevingsafdeling aan de slag met het schrijven van een wetsvoorstel. Bij het wetsvoorstel wordt altijd een MvT geschreven.<sup>33</sup> Ondanks dat alleen aan de wetsartikelen zelf juridische binding wordt toegedicht, blijkt het schrijven van de toelichting vaak nog meer werk dan het formuleren van de wetsartikelen.<sup>34</sup> Het verschilt per ministerie welke afdeling de MvT schrijft. Soms schrijft de wetgevingsafdeling beide onderdelen, zowel het algemene deel als de artikelsgewijze toelichting, van de memorie van toelichting. Op andere ministeries schrijft de

---

<sup>30</sup> Scheltema en Poorter behandelen deze punten ook.

<sup>31</sup> En: J.C.A. de Poorter (red.), *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat : het primaat van wetgeving vanuit verschillende perspectieven belicht*, Den Haag: BJu 2014, p. 114.

<sup>32</sup> De wetgevingsprocedure wordt uitgebreid beschreven in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012. Een nieuwe druk van dit boek is in de maak en verschijnt binnenkort.

<sup>33</sup> Zie Ar 4.42.

<sup>34</sup> T.C. Borman, 'De wetgevingsprocedure bij de centrale overheid (hoofdstuk 7)', in: Zijlstra, S.E. (red.), *Wetgeven; handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Kluwer: Deventer 2012, p. 278.

wetgevingsafdeling slechts de artikelsgewijze toelichting en wordt het algemene deel aan de beleidsafdeling overgelaten.

Bij het schrijven van een eerste versie van de wetstekst en bijbehorende MvT geldt het Integraal Afwegingskader (IAK), waarin voor o.a. wat betreft het formele wetgevingsproces voor beleidsmakers en wetgevingsjuristen de normen staan waaraan goede regelgeving moet voldoen. Bij het schrijven van de MvT wordt behalve het IAK ook de Aanwijzingen voor de Regelgeving (Ar) constant naast het wetsvoorstel met MvT gelegd. In de toelichtingen op de aanwijzingen in de Ar wordt een aantal keren verwezen naar jurisprudentie. In aanwijzing 5.61 wordt bepaald dat indien in een regeling geen overgangsrecht is opgenomen, deze onmiddellijke werking heeft. Van deze hoofdregel kan slechts worden afgeweken als uitdrukkelijk wordt overwogen dat terugwerkende kracht of uitgestelde werking beoogd wordt. Vervolgens wordt in de toelichting bij deze aanwijzing overwogen: “In de jurisprudentie is ook wel eens aanvaard dat uit een regeling een afwijking van de hoofdregel moet worden afgeleid (HR 7 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7440). Het is echter niet wenselijk bij het ontwerpen van een nieuwe regeling van deze mogelijkheid uit te gaan.”<sup>35</sup> Dit voorbeeld toont aan dat de rechter middels jurisprudentie invloed heeft op de wijze van totstandkoming van wetgeving.

In aanwijzing 3.44 is neergelegd hoe in de MvT verwezen dient te worden naar jurisprudentie: “Verwijzingen naar gepubliceerde jurisprudentie geschiedt door het gebruik van de European Case Law Identifier (ECLI) overeenkomstig het volgende voorbeeld: *HR 7 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7440.*” Uit de onderzoeksresultaten, zie hoofdstuk 5, blijkt dat dit lang niet altijd op deze wijze geschiedt.

Na de consultatiefase, waarin het wetsvoorstel met MvT becommentarieerd wordt door externe adviesinstanties en belanghebbendenorganisaties, vindt er een wetgevingstoets plaats door de sector Wetgevingskwaliteitsbeleid van de directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (J&V). Hoewel de wetstekst zelf primair het te beoordelen document betreft, speelt de MvT ook tijdens de wetgevingstoets een cruciale rol.<sup>36</sup> Middels kritische analyse van de MvT toetsen de wetgevingsjuristen van de sector Wetgevingskwaliteitsbeleid of er voldoende belangen zijn afgewogen en nemen zij de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit onder de loep, bijv. door na te gaan of het IAK op de juiste wijze is gevolgd.<sup>37</sup>

Op grond van art. 4 Reglement van Orde van de Ministerraad moet het wetsvoorstel vervolgens aan de orde komen in de ministerraad alvorens het ter advisering aan de Afdeling advisering van de Raad van State (RvS) kan worden gestuurd. Sinds het kabinet Balkendende-I bestaat er een ‘dekkend stelsel van onderraden’, waardoor alle wetsvoorstellen eerst in kleinere gezelschappen van ministers worden besproken en aanvaard voordat ze in de ministerraad aan de orde komen. Zogenoemde ambtelijke voorportalen bereiden de stukken voor om de behandeling in de onderraden en ministerraad zo doelmatig mogelijk te laten verlopen. Deze stukken zijn volgens de paragrafen 11 en 12 van de Algemene aanwijzingen inzake aangelegenheden van de ministerraad en onderraden als ‘zeer geheim’ geclassificeerd en het is dus lastig vast te stellen wat er precies wordt besproken in de

---

<sup>35</sup> Zie: <http://wetten.overheid.nl/BWBR0005730/2018-01-01>.

<sup>36</sup> Zo werd mij duidelijk tijdens mijn stage op de sector Juridische Zaken en Wetgevingsbeleid van het Ministerie van (toen nog) V&J.

<sup>37</sup> Zie Aanwijzing 7.4 over de wetgevingstoets en de daarop gegeven toelichting.

ministerraadfase.<sup>38</sup> Het is echter gerechtvaardigd aan te nemen dat de MvT opnieuw een belangrijke plaats inneemt.

Het einde van het persbericht over de in de ministerraad aanvaarde wetsvoorstellen dat standaard volgt op iedere vrijdagmiddag na afloop van de ministerraad, luidt de Raad van Statefase in: *‘De ministerraad heeft ermee ingestemd dat het wetsvoorstel voor advies aan de Afdeling advisering van de Raad van State zal worden gezonden. De tekst van het wetsvoorstel en van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State worden pas openbaar bij indiening bij de Tweede Kamer.’*<sup>39</sup> De verplichting tot het horen van (een afdeling van) de Raad van State over wetsvoorstellen is verankerd in art. 73 van de Grondwet, welke alleen dan niet geldt als art. 19 van de Wet op de Raad van State bepaalt dat het horen achterwege kan blijven. De Afdeling advisering van de Raad van State komt op grond van een driedelige toets, de beleidsanalytische, de juridische en de wetstechnische, tot een advies dat gezonden wordt aan de verantwoordelijke minister of staatssecretaris. Elk advies eindigt met een van de vijf standardeendoordelen, die variëren van het oordeel tot ongewijzigde zending van het wetsvoorstel aan de Tweede Kamer tot het oordeel dat afraadt het wetsvoorstel te zenden aan de Tweede Kamer. De MvT speelt bij de beoordeling van het wetsvoorstel door de RvS een belangrijke rol. De MvT wordt tezamen met het wetsvoorstel aan de RvS verzonden en als aanduiding van de inhoudsindicatie van een RvS-advies wordt de MvT ook altijd genoemd, bijv.: *“Voorstel van wet tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, met memorie van toelichting.”* In bijna ieder advies wordt meerdere keren naar de MvT verwezen.

Hoewel het gebruik van jurisprudentie door de Raad van State in zijn wetgevingsadviezen niet wordt onderzocht in deze scriptie, is wellicht interessant om op te merken dat een snelle inventarisatie het volgende beeld opleverde. In de adviezen lijkt slechts sporadisch naar jurisprudentie van nationale rechters te worden verwezen. Veel vaker wordt er jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aangehaald. Af en toe wordt er echter wel jurisprudentie van nationale rechters aangehaald, zie als voorbeeld het advies bij het wetsvoorstel *‘wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie’*.<sup>40</sup>

In reactie op advies van de RvS schrijft de minister die het aangaat een nader rapport. Ook in dit nader rapport wordt veelvuldig naar de MvT verwezen. Naar aanleiding van het Raad van State-advies wordt vaak niet alleen de wettekst zelf, maar ook de MvT aangepast. In het nader rapport verzoekt de dienaangaande minister of staatssecretaris de Koning om het, eventueel gewijzigde, wetsvoorstel bij de Tweede Kamer in te dienen. De zinsnede luidt als volgt: *“Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde (gewijzigde) voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.”*<sup>41</sup>

De Tweede Kamerfase start met een schriftelijke voorbereiding die leidt tot een verslag opgemaakt door een vaste Kamercommissie en een nota naar aanleiding van het verslag van de regering. Soms volgt op deze eerste schriftelijke ronde een tweede waarbij er wordt gesproken over een ‘nader

---

<sup>38</sup> Zijlstra 2012, p. 289

<sup>39</sup> Zie voor een voorbeeld van een persbericht: <http://www.mccg.nl/download/?id=1118>.

<sup>40</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, nr. 4.

<sup>41</sup> Zie alle nader rapporten zoals gepubliceerd op <https://www.raadvanstate.nl/adviezen.html>.

verslag' en een 'nota naar aanleiding van het nader verslag'.<sup>42</sup> In deze verslagen en nota's naar aanleiding van die verslagen wordt veelvuldig naar de MvT verwezen. Na de schriftelijke behandeling door de vaste Kamercommissie wordt het wetsvoorstel met bijbehorende MvT mondeling door de Tweede Kamer als geheel behandeld. Deze zogenoemde plenaire behandeling bestaat uit twee termijnen, waarin steeds eerst de Kamerleden en vervolgens de minister of staatssecretaris aan het woord komen. Als dit inhoudelijke gedeelte is afgelopen, vinden er stemmingen plaats. Bij aanneming van het wetsvoorstel zendt de Tweede Kamer volgens art. 85 Gw het voorstel naar de Eerste Kamer. Zolang het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ligt kan het op grond van art. 84, eerste lid van de Grondwet worden gewijzigd door de regering of de Tweede Kamer.

In de Eerste Kamer wordt het wetsvoorstel in grote lijnen op dezelfde wijze behandeld als in de Tweede Kamer. Het grootste verschil betreft dat de Eerste Kamer geen recht van amendement bezit en het wetsvoorstel dus alleen kan aannemen of verwerpen. Dit laatste gebeurt echter zelden, namelijk gemiddeld ongeveer één keer per jaar.<sup>43</sup> Ook tijdens de inhoudelijke behandeling in de Eerste Kamer is het geschrevene in de MvT van grote invloed. Als het wetsvoorstel ook door de Eerste Kamer is aangenomen, vindt de bekrachtiging en bekendmaking plaats. Het moment van inwerkingtreding zal vaak langer op zich laten wachten, maar is meestal wel al in de MvT bepaald.

### **3.2 Rechtsvormende rechter**

Het ongecompliceerd geschetste beeld dat de wetgever algemene regels stelt en de wetgever deze regels toepast geeft niet de gehele werkelijkheid weer. Ook de rechter doet aan rechtsvorming, doordat in zijn uitspraak bepaalde rechtsbegrippen of –beginselen worden geconcretiseerd en de uitspraak daarmee een bijdrage levert aan de rechtseenheid en/of rechtsontwikkeling.<sup>44</sup> Martens onderscheidt twee categorieën.<sup>45</sup> De eerste categorie rechterlijke rechtsvorming bestaat uit gevallen waarin, al dan niet bedoeld door de wetgever, uitwerking van vage rechtsnormen vereist is. Binnen deze categorie vallen volgens Martens ook de situaties waarin de rechter het recht aanvult wanneer een op de situatie toegesneden wettelijke regeling in het geheel ontbreekt. Door snelle technologische ontwikkelingen en andere onvoorziene omstandigheden lijken deze situaties vaker voor te komen dan voorheen.<sup>46</sup> De tweede categorie rechterlijke rechtsvorming bestaat uit gevallen waarin de rechter leemten opvult die zijn ontstaan doordat hij op grond van art. 94 Gw wettelijke voorschriften buiten toepassing heeft gelaten, omdat hij deze niet verenigbaar acht met bepalingen van internationaal recht. Onder deze categorie zijn eveneens de situaties te plaatsen waarin leemten ontstaan doordat de rechter wettelijke voorschriften buiten toepassing laat op grond van het recht van de Europese Unie.<sup>47</sup> Door de uitdijning van het EU-recht en de precisering van grondrechten uit

---

<sup>42</sup> Zie art. 94 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer.

<sup>43</sup> Zijlstra 2012, p. 330.

<sup>44</sup> Asser/J.B.M. Vranken, *Algemeen deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, p. 12.

<sup>45</sup> S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', NJB 2000, afl. 14, p. 747-758.

<sup>46</sup> Zie bijv. G.J. Vonk, *Overijverige rechter of tekortschietende rechter? De rol van rechter en wetgever bij het proces van doorwerking van internationale normen in het socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 31

<sup>47</sup> De interne werking en voorrang van EU-recht vinden hun oorsprong in: HvJ 5 februari 1963 (*Van Gend en Loos*) en HvJ 15 juli 1964 (*Costa-ENEL*).



het internationale recht, lijkt rechterlijke rechtsvorming door toedoen van internationaal en Europees recht zich steeds vaker voor te doen.<sup>48</sup>

Het is onmogelijk gebleken de omvang van de interpretatieruimte die de rechter binnen de bovengenoemde categorieën van rechtsvorming bezit positiefrechtelijk af te bakenen. Aan de ene kant is het duidelijk dat art. 81 Gw de Staten-Generaal tezamen met de regering als wetgever bestempelt en het codificatiebeginsel van art. 107 vastlegt dat het de wetgever is die op het gebied van het burgerlijk recht, strafrecht en bestuursrecht regels stelt. En hoewel in de Grondwet een letterlijke formulering ontbreekt, bepaalt artikel 11 Wet algemene bepalingen (Wet AB) dat de rechter in zijn beoordeling van een geschil gebonden is aan de wet: *“De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.”* Aan de andere kant is het mogelijk uit art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) op te maken dat de Hoge Raad, in de uitoefening van zijn cassatiebevoegdheid, de rechtsontwikkeling bevordert en dus het recht verder ontwikkelt.<sup>49</sup> Voor het bestuursrecht geldt volgens art. 8:10a Algemene wet bestuursrecht (Awb) dat zaken aanhangig bij een andere bestuursrechter dan de rechtbank, door de meervoudige kamer kan worden verwezen naar een grote kamer *“indien haar dit met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling geraden voorkomt”*. Met deze bepaling, die overigens pas in 2013 in werking trad, wordt de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters geïndiceerd.<sup>50</sup> Voor nu wordt de bestuursrechter buiten beschouwing gelaten en wordt de aandacht gevestigd op rechtsvorming door de Hoge Raad.

Aangezien het positieve recht geen uitsluitel biedt over de precieze omvang van rechterlijke rechtsvorming, kan dit vraagstuk waarschijnlijk het best bezien worden vanuit het systeem en de praktijk van de democratische rechtstaat en Trias Politica. Bovend'Eert ordent de opvattingen uit de staatsrechtelijke literatuur in drie verschillende visies: *“De eerste, min of meer klassiek-rechtsstatelijke visie, zoals verdedigd door Kortmann, verwoordt een strikte binding van de rechter aan de wet. De tweede visie stelt de rechtsbescherming van de burger in concrete geschillen centraal en accepteert dat de rechter in uitzonderingsgevallen nieuw recht vormt zonder wettelijke grondslag. De derde visie plaatst de wetgever en de rechter op een lijn bij rechtsvorming, en pleit voor een vooraanstaande rol van de rechter bij de rechtsvorming.”*<sup>51</sup> De hier gesimplificeerde theorieën verkondigen de plaats die de rechter als rechtsvormer binnen de democratische rechtstaat in zou moeten nemen. Hoewel het interessant is een discussie te voeren over de vraag welke theorie in zuiver staatsrechtelijke verhoudingen het meest correct is, verleg ik de focus naar de praktijk.

De Hoge Raad sluit zich in zijn jurisprudentie volgens Bovend'Eert min of meer aan bij de tweede visie. De Hoge Raad overweegt in het arrest Quint/Te Poel *‘... dat in gevallen die niet bepaaldelijk*

---

<sup>48</sup> Scheltema constateerde dit feit al in 1989: H.J. Scheltema, 'Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter', in: P. van Dijk (red.), *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Amsterdam: KNAW 1989, p. 87. Zie ook: WRR rapport, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. En: J.C.A. de Poorter (red.), *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat : het primaat van wetgeving vanuit verschillende perspectieven belicht*, Den Haag: BJu 2014, p. 103.

<sup>49</sup> Art. 81 Wet RO luidt: *“Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel.”*

<sup>50</sup> De rechtsvormende taak van de o.a. ABRvS wordt overigens al veel langer aangenomen te bestaan, zie bijv. K.J. de Graaff, A.T. Marseille & A.J. Smit, *Ruimte voor rechtsvorming*, 2007 ([https://www.rug.nl/research/portal/files/2801918/Ruimte\\_voor\\_rechtsvorming.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/2801918/Ruimte_voor_rechtsvorming.pdf)).

<sup>51</sup> P.P.T. Bovend'Eert, *“Wetgever, rechter en rechtsvorming: ‘Partners in the business of law?’”*, RM THEMIS 2009, afl. 4, p. 145-153.

door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen.’<sup>52</sup> Deze lijn van rechterlijke rechtsvorming bij het uitwerken van vage rechtsnormen in het geschreven recht en de aanvulling van leemten in dat recht is al eerder in 1919 in het arrest Lindebaum/Cohen aanvaard.<sup>53</sup> Wanneer de rechter strijdigheid met een verdragsbepaling heeft geconstateerd, kan de rechter in principe aan de hand van opnieuw het criterium uit Quint/Te Poel zelf in het rechtstekort voorzien. Volgens het arrest Arbeidskostenforfait zal de rechter, wanneer die mogelijkheid ontbreekt en een rechtspolitieke keuze is vereist, die keuze voorlopig aan de wetgever laten, tenzij vaststaat dat de wetgever in gebreke is gebleven om de strijdigheid met de verdragsbepaling op te heffen.<sup>54</sup> Op grond van zijn positie binnen het staatsbestel is de rechter echter volgens het Waterpakt-arrest niet bevoegd een wetgevingsbevel te geven aan de Staat.<sup>55</sup>

De Hoge Raad heeft o.a. aan de hand van bovengenoemde arresten min of meer voor zichzelf bepaald hoe groot de omvang van zijn rechtsvormende bemoeienis mag zijn. Daargelaten of het aan de Hoge Raad is om over de omvang te oordelen, kan men zich afvragen of deze interpretatie voor alle nationale rechters geldt. In het bestuursrecht lijkt te worden aangenomen dat de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State een rechtsvormende taak bezit, nu de Afdeling de hoogste bestuursrechter is op een aantal bestuursrechtelijke gebieden.<sup>56</sup> Parallel redenerend zou deze rechtsvormende taak ook voor de CBb en CRvB bestaan. De doelstelling achter de al eerder genoemde vijf jaar geleden in werking getreden bepaling 8:10a Awb is volgens de MvT dat de bestuursrechter de “rechtsvormende taak op een meer transparante wijze [kan] uitoefenen”.<sup>57</sup> Het is te betogen dat er voor lagere rechters een minder grote taak bestaat op het gebied van rechtsvorming, aangezien zij daar geen wettelijke indicatie voor hebben gekregen en ook minder geschikt zijn om rechtseenheid te bewerkstelligen.

Ondanks het feit dat de grondslag voor rechterlijke rechtsvorming minder eenvoudig is vast te stellen dan de bevoegdheid van de wetgever om aan rechtsvorming te doen, blijkt uit de praktijk dat rechters via jurisprudentie een grote bijdrage leveren aan het vormen van recht. Door middel van het interpreteren en aanvullen van wettelijke normen bij het doen van rechterlijke uitspraken lijkt de rechter een steeds prominentere rechtsvormende rol op te eisen.<sup>58</sup> Documenten die de rechter bij zijn interpretatie van de wet van dienst kunnen zijn om zo dicht mogelijk bij de bedoeling van de wetgever te blijven zijn de documenten die worden opgemaakt in het wetgevingsproces. De MvT is daar misschien wel de belangrijkste van. Bij het doen van rechterlijke uitspraken verwijzen rechters dan ook veelvuldig naar de uitleg die er bij een wetsvoorstel is gegeven in de MvT. In de volgende paragrafen zal worden ingegaan op de wisselwerking die plaats vindt tussen de wetgever en de rechter middels de bovengenoemde instrumenten van wetgeving en jurisprudentie.

---

<sup>52</sup> HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel)

<sup>53</sup> HR 31 januari 1919, NJ 1919 (Lindebaum/Cohen).

<sup>54</sup> HR 12 mei 1999, BNB 1999, 271 (Arbeidskostenforfait).

<sup>55</sup> HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691 (Waterpakt).

<sup>56</sup> K.J. de Graaf, B. Marseille, A.J.H. Smit, *Ruimte voor rechtsvorming*, 2007.

<sup>57</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, nr. 3, p. 16.

<sup>58</sup> Zie o.m. het WRR-rapport dat ook al in de inleiding werd aangehaald: WRR rapport, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

### **3.3 De wetgever en rechter in dialoog**

#### **3.3.1 Inleiding**

Doordat de wetgever via wetgeving en de rechter via jurisprudentie het recht vormt en zij op deze manieren op elkaar kunnen reageren ontstaat een dialoog tussen de twee staatsmachten op het gebied van rechtsvorming. Zoals eerder gesteld, heeft het concept van de dialoog tussen wetgever en rechter op het gebied van rechtsvorming de laatste jaren in Nederland aan belangstelling gewonnen. Zo wordt in de eerste uitgave van het *NJB* in 2014 door een viertal auteurs aandacht besteed aan dit onderwerp. Poorter stelt hierin dat het concept van de dialoog een van de benaderingen is die denkbaar is om rechterlijke rechtsvorming te legitimeren: de wetgever heeft in de dialoog immers de mogelijkheid om een wat al te activistische rechter te corrigeren. Hij beredeneert dat onder meer door de toename van internationale en Europese samenwerking de wetgever en de rechter gezamenlijk de verantwoordelijkheid hebben in de uitleg en de betekenis van het recht. Belangrijk is vooral “dat zowel rechter en wetgever zich voldoende bewust zijn van elkaars positie en bereid zijn om met elkaar in dialoog te treden”.<sup>59</sup> Tjeenk Willink stelt iets soortgelijks: “het besef dat wetgever, bestuur en rechter voor de kwaliteit van hun werk van elkaar afhankelijk zijn moet opnieuw levend worden. Voor dat herstel en dat besef is duidelijkheid nodig over wat de functies van wetgever, bestuur en rechter inhouden”.<sup>60</sup>

In deze paragraaf zal ik eerst ingaan op de verschillende rechtsgebieden waarin de dialoog tussen wetgever en rechter zich afspeelt (3.3.2) om vervolgens iets te zeggen over het start- en eindpunt van de dialoog (3.3.3). Daarna zal kort worden ingegaan op de communicatie van rechter naar wetgever (3.3.4). Hierna wordt een hele nieuwe paragraaf gewijd aan het perspectief van de wetgever (paragraaf 3.4).

#### **3.3.2 Verschillende rechtsgebieden**

Alvorens in te gaan op de wijze waarop de communicatie van rechter naar wetgever en wetgever naar rechter verloopt, is het van belang aan te geven dat het hier veelal om een veralgemeniseerde versie van de dialoog gaat. Wanneer wordt gesproken over het normatieve concept van de dialoog wordt nog al eens voorbijgegaan aan het feit dat er wellicht niet de perfecte samenwerking wellicht niet voor iedere omstandigheid hetzelfde is. In de vorige paragraaf bleek het mogelijk de dialogen tussen de wetgever en verschillende rechters uit elkaar te trekken. Het is ook zeer goed mogelijk de dialogen op verschillende rechtsgebieden van elkaar te onderscheiden. Op het gebied van het sociale zekerheidsrecht lijkt de invloed van de rechter bijvoorbeeld relatief groot. Vonk betoogt dat er positieve kanten aan dit gegeven zitten. De wetgever komt op dit gebied volgens hem namelijk tekort doordat wetgeving te traag en niet zorgvuldig genoeg tot stand komt en van beperkte levensduur blijft. “In een dergelijke situatie biedt een actieve opstelling van de rechter bij de toepassing van fundamentele rechten de burger tenminste nog enige garantie dat de toepassing van de wet niet buiten de grenzen van het recht treedt.”<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> J.C.A. de Poorter, “Wetgever en rechter. Rechtsvorming in een open en vruchtbare dialoog”, *NJB* 2014, afl. 1, p. 6-11.

<sup>60</sup> H. Tjeenk Willink, “De rechterlijke functie in de veranderende democratische rechtsstaat”, *NJB* 2014, afl. 1, p. 12-14.

<sup>61</sup> Vonk 1999, p. 33.

Brenninkmeijer stelt dat de rechter ook op het grensvlak tussen burgerlijk recht en bestuursrecht waarschijnlijk terecht veel invloed heeft op rechtsvorming, zoals op het onderwerp van de onrechtmatige overheidsdaad en het zelfstandige schadebesluit.<sup>62</sup> Op het gebied van het strafrecht lijkt juist een grotere terughoudendheid van de rechter en een meer bepalende wetgever gewenst. Het basismodel dat in art. 1 Wetboek van Strafrecht verwoord is, gaat uit van een wetgever die de normen zo precies mogelijk vastlegt en de rechter die bij de uitleg daarvan zo dicht mogelijk bij de tekst van de wet blijft. Een al te nauwe afstemming tussen wetgever en rechter lijkt in het strafrecht minder gepast.<sup>63</sup>

Ook in de confrontatie tussen nationale en internationale normen is een bijzondere verhouding tussen wetgever en rechter te constateren. Hier lijkt de rechter vaak aan het langste eind te trekken. Wanneer de rechter een nationale wet strijdig acht met internationaal recht, bestaat er volgens Vonk nog maar één, weinig reële, mogelijkheid om de rechter te overrulen. Het is dan alleen nog mogelijk de betreffende internationale regelingen aanpassen of opzeggen.<sup>64</sup> Volgens Vonk “[is] het corrigerend vermogen van de wetgever ten opzichte van de rechter als gevolg van de constitutioneel ondergeschikte positie van het nationale recht ten opzichte van het internationale recht aan grenzen gebonden”.<sup>65</sup> Riphagen kwam al vele jaren eerder tot dezelfde conclusie: “Indien de rechter bijv. tot strijd met het ‘gelijkheidsbeginsel op internationaal niveau’ concludeert en – om een voorbeeld te geven – een kostwinnersbepaling buiten toepassing laat, dan is er voor de wetgever die – om budgettaire redenen – meent deze bepaling eigenlijk niet te kunnen missen, toch niet veel keus: de enige wetswijziging die mogelijk is een die tegemoetkomt aan de rechterlijke uitspraak, tenzij hij dus het verdrag opzegt/wijzigt, wat in de praktijk vrijwel onmogelijk is.”<sup>66</sup>

### 3.3.3 Het begin en het einde van de dialoog

Met de term dialoog wordt bedoeld op een gedachtewisseling, een samenspraak, een overleg, ofwel een tweespraak. Het begrip staat tegenover het begrip monoloog – alleenspraak. Er wordt van uitgegaan dat pas sprake is van een dialoog wanneer beide gesprekspartners aan het woord zijn geweest over een bepaald onderwerp. Op het moment dat de wetgever een wet tot stand brengt over een onderwerp waarover de rechter zich nog niet heeft uitgelaten, kan derhalve nog niet gesproken worden van een dialoog. Pas wanneer de rechter deze wet toe gaat passen in een geschil, ontstaat een dialoog.

Een van de vragen die kan worden opgeroepen is wie de dialoog begint. Daar een rechter bijna altijd een wettelijke bepaling op een bepaald onderwerp gebruikt om een geschil te beslechten, zal het vaak de rechter zijn die een dialoog start. Omgekeerd betekent bovenstaande redenering dat wanneer een rechter een uitspraak doet over een bepaald onderwerp waarover de wetgever zich totaal nog niet heeft uitgelaten, het aan de wetgever is de dialoog te starten door met wetgeving te reageren. Het lijkt lastig om hier een voorbeeld van te bedenken, omdat er voor nieuwe jurisprudentiële regels bijna altijd wel een link naar wetgeving te leggen is en zelfs stilzwijgen van de

---

<sup>62</sup> A.F.M. Brenninkmeijer, *Gedeelde rechtsorde*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 39.

<sup>63</sup> A.A. Franken, ‘Afstand houden. Over samenwerking tussen rechter en openbaar ministerie en samenwerking tussen rechter en wetgever’, *DD* 2014/24, p. 5/6.

<sup>64</sup> Vonk 1998, p. 26.

<sup>65</sup> Vonk 1999, p. 8.

<sup>66</sup> J. Riphagen, *Rechtspraak in de sociale zekerheid: toegang tot Europa of toevlucht in de provincie?* Deventer: Kluwer 1989, p. 7.

wetgever soms al als communicatie naar de rechter kan gelden. Wanneer het gespreksonderwerp scherp genoeg wordt afgebakend, is het wel mogelijk met voorbeelden te komen. Zo is de mogelijkheid om een kort geding te starten door jurisprudentie uitgebreid van louter rechtspersonen en natuurlijke personen naar bijv. ook medezeggenschapsraden. De wetgever heeft nog niets op dit specifieke punt bepaald en dus zal er pas sprake zijn van een dialoog op het moment dat de wetgever besluit hierover wetgeving te creëren.<sup>67</sup>

In een dergelijk geval, wanneer de rechter een uitspraak doet over een nog niet door wetgeving gedekt onderwerp, is er inhoudelijk weliswaar nog geen sprake van een dialoog, maar procedureel bezien wel. De rechter baseert zich voor het vormgeven van de procedure immers voor een groot deel op wettelijke voorschriften, uit bijv. de Wet op de Rechterlijke Organisatie. De rechter interpreteert deze procedurele regels iedere keer dat hem een geschil voorligt.

Over het algemeen is te concluderen dat het meestal de rechter zal zijn die ervoor zorgt dat er een dialoog op gang komt tussen wetgever en rechter op het gebied van rechtsvorming over een bepaald onderwerp. Aangezien de rechter voor het starten van de dialoog afhankelijk is van de zaken die hem worden voorgelegd, zijn het uiteindelijk rechtssubjecten, voornamelijk natuurlijke personen en rechtspersonen, die de dialoog tussen wetgever en rechter kunnen initiëren. Er zijn vanzelfsprekend rechtszaken nodig om de rechter te laten communiceren.

Ondanks het feit dat de milde term 'dialoog' wordt gebruikt om de communicatie tussen de wetgever en rechter te beschrijven en niet over de meer disharmonieuze term 'discussie' wordt gesproken, is het interessant om te bekijken wie het laatste woord lijkt te hebben op het gebied van rechtsvorming over een bepaald onderwerp. Degene die de laatste invloed heeft op het recht zou het laatste woord kunnen worden toegedicht. Er zou kunnen worden geconcludeerd dat één staatsmacht pas het laatste woord heeft wanneer het recht vaststaat. Een belangrijk kenmerk van recht is echter dat het altijd aan verandering onderhevig is. Het is slechts mogelijk om op één moment in de tijd te bepalen wie het laatste woord heeft op een bepaald onderwerp.

In de praktijk lijkt dat vaak de rechter te zijn. Zodra er een rechterlijke uitspraak over een bepaalde wet gedaan is, heeft de rechter het laatste woord gehad. Als de wetgever dan weer iets nieuws toevoegt aan de wet, dan heeft op dat moment de wetgever het laatste woord, totdat de rechter weer een uitspraak doet. Aangezien de meeste wetten zich op het punt bevinden dat de rechter die al een keer heeft toegepast, en dus een interpretatie aan heeft gegeven, heeft de wetgever op de meeste onderwerpen het laatste woord.

Het is evenwel mogelijk dat een wet zich op het punt bevindt dat er nog nooit over is geprocedeerd. Op dat moment heeft de wetgever de laatste invloed gehad op dat onderwerp, en is dan dus in het bezit van het laatste woord. Deze situatie lijkt louter voor te komen als de samenleving het universeel eens is over de door de wetgever geschreven wet. Als er geen consensus bestaat over de (werking van) een wet, dan komt de rechter er aan te pas. Stel de wetgever komt uit het niets met de volgende wettelijke bepaling: "Je moet altijd je schoenen uitdoen, voordat je een winkel betreedt". Als iedereen het daarmee eens is, en iedereen houdt zich eraan, dan hoeft er geen rechter aan te pas te komen. Op dat moment is er strikt genomen ook nog geen sprake van een dialoog. Als mensen deze wet overtreden en er ontstaat een geschil, dan komt de rechter in beeld. Zodra de rechter die

---

<sup>67</sup> Zie voor dit voorbeeld ook paragraaf 4.2.4

bepaling uit gaat leggen, bijv. over wat een winkel is, dan heeft de rechter weer het laatste woord. Totdat de wetgever op een gegeven moment besluit bepaalde jurisprudentie te codificeren, of modificeren, en stelt dat de bepaling wordt: “Je moet altijd je schoenen uitdoen, voordat je fysiek een winkel betreedt”. Zo lang er nog geen geschil is over die nieuwe wettelijke bepaling, heeft de wetgever het laatste woord.<sup>68</sup>

### 3.3.4 Van rechter naar wetgever

Vanuit de invalshoek van de rechter is over de dialoog tussen rechter en wetgever op het gebied van rechtsvorming in de loop van de jaren veel geschreven. Er verschenen verschillende boeken, zoals ‘Rechtsvorming door de Hoge Raad<sup>69</sup>’, ‘De ongehoorzame rechter<sup>70</sup>’ en ‘De plaats van de rechter in het staatsbestel<sup>71</sup>’. Boeken die ogenschijnlijk mede de kant van de wetgever belichten, blijken voornamelijk het verhaal van de rechter in beeld te brengen.<sup>72</sup> De rechtsvormende rechter werd niet alleen in normatief opzicht in beeld gebracht, maar ook het werkelijke gebruik van wetgeving door de rechter werd onderzocht.<sup>73</sup>

Tjeenk Willink beschrijft de functie van de rechter als tweeledig, waarbij hij zich baseert op de vroegere Israëlitische opperrechter, Aharon Barak. “Allereerst moet de rechter de kloof overbruggen tussen het recht en de concrete, steeds veranderende samenleving. Daarnaast moet hij de constitutie en de democratie beschermen”. Bij het eerste deel van de functie bestempelt Tjeenk Willink de rechter als ‘junior partner’ in het scheppen van recht. Vervolgens analyseert hij verschuivingen in de verhouding tussen wetgever en rechter. Hij gaat vooral in de positie van de rechter en stelt dat er in deze wereld meer naar de rechter wordt gevraagd, “nu wetgeving vooral wordt ingezet als bestuursinstrument en de aandacht voor de eisen van de rechtsstaat bij politieke bestuurders gering is”.

Vanuit deze en andere staatsrechtliteratuur is veel gepleit voor een actievere vorm van communicatie van de rechter via rechterlijke uitspraken naar de wetgever.<sup>74</sup> De Hoge Raad lijkt onlangs besloten te hebben aan deze behoefte tegemoet te komen. De Hoge Raad geeft aan vanaf 2017 via zijn arresten en via het jaarverslag “structureler melding [te] gaan maken van door hem geconstateerde onvolkomenheden in wet- en regelgeving”. In het jaarverslag van 2017 noemt de

---

<sup>68</sup> De wetgever lijkt overigens altijd het laatste woord te hebben in die zin dat de wetgever bepaalt dat het de rechter is die mag beslissen wanneer er een geschil ontstaat.

<sup>69</sup> R. de Graaff, T. Keijzer, C. de Kluiver en M. Samadi (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016.

<sup>70</sup> L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Boosche, Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter. Rechter versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006.

<sup>71</sup> F.A.M. Stroink, *De plaats van de rechter in het staatsbestel. Enige beschouwingen over de positie van de rechter ten opzichte van wetgever en bestuur, toegespitst op het vraagstuk van de constitutionele rechtspraak*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

<sup>72</sup> Zie bijv.: W. Konijnenbelt (red.), *Rechter en wetgever*, Den Haag: Raad van State 2001. Bijdragen aan het symposium ‘Rechter en wetgever’ gehouden in de Ridderzaal op 30 maart 2000 bij het afscheid van P.J. Boukema als voorzitter van de ABRvS. En: F.H. van der Burg, ‘De wil van de wetgever en de rechtsvormende taak van de rechter’, in: *De rol van de rechter en de wetgever bij de rechtsvorming in België en Nederland*, 1995, p. 49-63.

<sup>73</sup> Zie bijv. Y. Buruma, *Wat is een goede rechter: een mentaliteitsgeschiedenis (1900-2020)*, Nijmegen: CPO 2017.

<sup>74</sup> Zie bijv. J. Gerards of het voorstel van de “constitutionele lus” in het proefschrift van J. Uzman: J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten, Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijke abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, Deventer: Kluwer 2013.

Hoge Raad dan ook vijf arresten waarin de Hoge Raad expliciet heeft aangegeven dat het aan de wetgever is om de wet aan te passen.

Aangezien in dit scriptieonderzoek het perspectief van de wetgever centraal staat, zal de communicatie die plaatsvindt van rechter naar wetgever verder niet worden becommentarieerd. In de volgende paragraaf wordt dan ook het handelen van de wetgever belicht door te bespreken op welke wijze de wetgever omgaat met de rechtsvormende rechter.

### **3.4 Van wetgever naar rechter**

Hoewel de wetgever wordt geacht het primaat in rechtsvorming te bezitten, heeft het perspectief van de wetgever in de rechtsvormende dialoog met de rechter minder onder de aandacht gestaan.<sup>75</sup> Wel werd er de laatste decennia veel aandacht besteed aan de kwaliteit van wetgeving en de duidelijkheid van de uitleg van die wetgeving in de MvT.<sup>76</sup> De Aanwijzingen voor de Regelgeving vindt zijn oorsprong in 1992 en is afgelopen jaar voor de tiende keer bij de tijd gebracht.<sup>77</sup> Ook kwam het Integraal Afwegingskader tot stand om ambtenaren te helpen bij het maken van goede en verantwoorde afwegingen bij de voorbereiding en vaststelling van onder andere wetgeving. Bovendien werd naast de adviesronde bij de afdeling advisering van de Raad van State een wetgevingstoets door de sector Juridische Zaken en Wetgevingsbeleid op het ministerie van JenV ingevoerd. Al deze instrumenten worden mede ingezet om wetten zo bruikbaar mogelijk te maken voor rechters. Bij de wijze waarop de wetgever reageert en hoort te reageren wanneer eenmaal jurisprudentie is ontstaan, is echter veel minder stilgestaan.

Zoals uitgelegd in het eerste hoofdstuk zijn er wel een aantal uitspraken gedaan over de wenselijkheid van de reactie van de wetgever op rechterlijke uitspraken, maar ontbreekt de feitelijke context grotendeels. Kortmann en Bovend'Eert betogen voor een ferme manier van reageren door de wetgever wanneer de rechter zich in verregaande mate aan rechtsvorming waagt, terwijl Gerards en Poorter liever een meer volgzaam wetgever zien. Van Gestel concludeert dat het uiteindelijk draait om “het vinden van de juiste balans tussen rechterlijk activisme en rekening houden met politieke wensen en draagvlak in de samenleving”.<sup>78</sup> En Tjeenk Willink betoogt dat de wetgever daarvoor “over voldoende mogelijkheden moet beschikken om op een rechterlijke uitspraak te reageren”.<sup>79</sup>

Volgens Verstraelen bezit de wetgever in ieder geval over de mogelijkheid van het overrulen van de rechter: “Is de regelgever het niet eens met de nieuwe jurisprudentiële norm, kan hij door middel

---

<sup>75</sup> Uiteraard ging er af en toe wel enige aandacht naar uit, zie bijv.: M. Scheltema, “Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter?”, in: P. van Dijk (red.), *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Amsterdam: KNAW 1989.

<sup>76</sup> Zo besteden zowel Veerman als van Lochem aandacht aan dit onderwerp:

P.J.P.M. van Lochem ‘Kwaliteit van wetgeving als keuze’ voor de Jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging, 12 juni 2015 te Zwolle, *Handelingen NJV*, 145e jaargang/2015-1, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 141-242. En: G.J. Veerman, *De wet als zinsbegoochelingstoestel over de kwaliteit van wetgeving*, Universiteit Maastricht 2004.

<sup>77</sup> Stcrt. 1992, 230 en Stcrt. 2017, 69426.

<sup>78</sup> R.A.J. van Gestel, ‘Naar een beter huwelijk tussen rechter en wetgever of toch maar liever living apart together?’, *NJB* 2014/5, afl. 1, p. 20-24.

<sup>79</sup> H. Tjeenk Willink, ‘De rechterlijke functie in de veranderende democratische rechtsstaat’, *NJB* 2014/3, afl. 1, p. 12-14.

van een regelgevend optreden zelf de koers bepalen die hij wil varen.”<sup>80</sup> In het onderhavige scriptieonderzoek gaat het er niet zo zeer om een normatief oordeel te vellen over de reactie van de wetgever op jurisprudentie, maar om het in kaart brengen van deze reactie. Een deel van die reactie is al eens gepoogd in beeld te worden gebracht door middel van scriptieonderzoek. De vraag “Hoe vaak zijn rechterlijke uitspraken aanleiding voor wetswijziging?” is voor de jaren 1975-1985 namelijk beantwoord door Visser in zijn afstudeeronderzoek.<sup>81</sup> Hij concludeerde dat 55 van de ruim 1300 wetsvoorstellen in die periode tot doel hadden om ongewenste precedentwerking van rechterlijke uitspraken te voorkomen of te beëindigen. Naast het feit dat in methodologisch opzicht het een en ander op het onderzoek valt af te dingen, gaat Visser slechts in op die gevallen waarin sprake is van het ‘overrulen’ van rechterlijke uitspraken; codificatie van jurisprudentie komt niet te sprake. Bovendien wordt slechts marginaal ingegaan op de normatieve rechtvaardiging die gegeven wordt voor het zogenoemde overrulen.

Mijn scriptieonderzoek werd geopend met het citeren van de destijds ongefundeerde uitspraak van Leijten: “Terwijl wij nog steeds geneigd zijn te menen – en juist te achten – dat rechters de wet toepassen, komt het meer en meer voor dat de wetgever de rechtspraak toepast”.<sup>82</sup> Ter gelegenheid van Leijtens afscheid als hoogleraar overdenkt Groenendijk deze uitlating door parlementaire reacties in Kamervragen te analyseren op de vermelding van rechterlijke uitspraken en zo de democratische controle op rechtspraak te toetsen. Hij komt op basis van uitgebreid onderzoek tot de conclusie dat er in de tussen 1977 en 1989 gestelde Kamervragen wel sprake is van controle op rechterlijke uitspraken door het parlement, maar dat de aandacht gelimiteerd is tot minder dan 1% van de arresten van de Hoge Raad.<sup>83</sup> Van Steenbergen en De Groot-van Leeuwen nemen ter gelegenheid van het afscheid van Groenendijk het stokje over en analyseren alle Kamervragen in de periode 1995-2004 op de vermelding van rechterlijke uitspraken.<sup>84</sup> In bijna 30% van de Kamervragen waarin een rechterlijke uitspraak ter discussie staat beogen Kamerleden codificatie van die uitspraak, terwijl in bijna 25% modificatie wordt beoogd. Als reactie van de bewindspersoon krijgen Kamerleden meestal te horen dat geen wets- dan wel beleidswijziging noodzakelijk wordt geacht (40%). Slechts in 13% van de gevallen acht de bewindspersoon wets- of beleidswijziging wel noodzakelijk: in ongeveer twee derde van die gevallen conform een rechterlijke uitspraak te codificeren en de rest om een rechterlijke uitspraak te modificeren.<sup>85</sup>

De vraag of de gevallen waarin de bewindspersoon wets- of beleidswijziging noodzakelijk achtte ook daadwerkelijk tot nieuwe wetgeving heeft geleid, is aan de hand van de onderzoeken van Groenendijk en Van Steenbergen/De Groot-van Leeuwen niet te beantwoorden. Daarnaast vallen gevallen waarin nieuwe wetgeving tot stand komt naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak, zonder dat daar eerst Kamervragen over gesteld worden, buiten bereik van het onderzoek. Bovendien gaat het onderhavige scriptieonderzoek niet alleen om de gevallen waarin de wetgever

---

<sup>80</sup> S.A.M. Verstraelen, ‘Rechterlijk overgangsrecht als brug tussen wetgever en rechter’, in: H.R. Schouten (ed.), *De verhouding tussen rechter en wetgever*, 2013.

<sup>81</sup> N.B. Visser, “Het overrulen van jurisprudentie door de wetgever”, *RegelMaat*, januari 1987, p. 22-29.

<sup>82</sup> J.C.M. Leijten, “Judicial restraint als barricade op weg naar opperste gerechtigheid”, in: P. van Dijk (red.), *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Amsterdam: KNAW 1989.

<sup>83</sup> C.A. Groenendijk, “Parlementaire reacties op rechterlijke uitspraken: democratische controle op aanvullende regelgevers”, in: Met hoofd en hart. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.C.M. Leijten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

<sup>84</sup> S. van Steenbergen en L. de Groot-van Leeuwen, ‘De controle van de wetgever op de rechtspraak’, in: A. Böcker e.a. (red.), *Migratierecht en rechtssociologie, gebundeld in Kees’ studies*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 355-364.

<sup>85</sup> Steenbergen, van en de Groot-van Leeuwen 2008, p. 360-364.



aanvullende of corrigerende regelgeving tot stand brengt, maar om alle vermeldingen van jurisprudentie in de MvT en niet die in Kamervragen.

In verband met rechterlijke toetsing van wetgeving aan internationale normen is wel eens onderzocht hoe de wetgever reageerde op rechterlijke uitspraken. Zo onderzocht Uzman in zijn proefschrift welk gevolg de wetgever geeft aan het oordeel van een rechter dat wetgeving in strijd verklaart met grondrechten. Hij concludeert dat er in het geschreven staatsrecht geen formele verplichting, maar hoogstens een motiveringsplicht bestaat voor de wetgever om wetgeving die de rechter in strijd met grondrechten heeft verklaard, al dan niet aan te passen. Uzman spreekt over een conventie van constitutionele hoffelijkheid. “Rechter en wetgever zijn in beginsel gehouden elkanders gezag te respecteren. Voor de wetgever betekent dit dat hij het gezag van de rechterlijke interpretatie respecteert, of motiveert waarom bepaalde omstandigheden hem nopen tot afwijken”.<sup>86</sup>

Uzman verlegt vervolgens zijn aandacht naar de praktijk en kiest er daarbij niet voor een geheel overzicht te geven, maar analyseert een aantal ‘markante’ gevallen, zoals de kwestie van het homohuwelijk en aanpassingen van het kiesrecht.<sup>87</sup> Op basis van dit onderzoek constateert hij, ook al duurt de wetsaanpassing soms langer dan tien jaar, altijd gevolg geeft aan en rechterlijk toetsingsoordeel. Al met al concludeert hij dat “er een relatief zwakke binding is aan het rechterlijk oordeel, maar dat de wetgever rechterlijke oordelen feitelijk volgt”.<sup>88</sup>

Woltjer kiest grotendeels dezelfde aanpak als Uzman in zijn proefschrift, maar beperkt zich daarbij specifiek tot schending van het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in art. 26 IVBPR.<sup>89</sup> Hoewel de focus in zijn onderzoek lijkt te liggen op de rol van de rechter, wordt ook aandacht besteed aan de reacties van de wetgever op uitspraken van de rechter inzake verenigbaarheid van wettelijke bepalingen met de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 26 IVBPR. Woltjer beperkt zich hierbij grotendeels tot het terrein van de sociale zekerheid en ziet hier dat de wetgever verrast lijkt door bepaalde rechterlijke uitspraken, waardoor een terughoudend optreden van de wetgever volgt. Uiteindelijk wordt daar waar de rechter een inbreuk op art. 26 IVBPR had geconstateerd, door de wetgever besloten tot reparatie van wetgeving over te gaan.<sup>90</sup> Woltjer concludeert dat de uitwerking van het gelijkheidsbeginsel weinig ingrijpende veranderingen teweeg heeft gebracht in de Nederlandse constitutionele verhoudingen tussen wetgever en rechter.<sup>91</sup>

Concluderend kan worden gesteld dat alle rechtsgeleerden voor een gezamenlijke rechtsvormende verantwoordelijkheid voor wetgever en rechter pleiten. Over hoe de taken en bevoegdheden binnen die verantwoordelijkheid worden verdeeld bestaat echter discussie. Over welke rol de reactie van de wetgever zou moeten spelen is wel het een en ander geschreven, maar hoe die reactie in werkelijkheid klinkt is weinig bekend. Er is te weinig onderzoek voorhanden om een compleet beeld van de reactie van de wetgever op jurisprudentie te vormen. De resultaten van mijn onderzoek zullen

---

<sup>86</sup> Uzman 2013, p. 199.

<sup>87</sup> J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, 2013, p. 189 e.v.

<sup>88</sup> Uzman 2003, p. 199.

<sup>89</sup> A. Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid. Over primaten in het recht*, Den Haag: BJu 2002.

<sup>90</sup> Woltjer 2002, p. 486-487.

<sup>91</sup> Woltjer 2002, voorwoord.

een bijdrage leveren aan het vervolledigen van het feitelijke plaatje van de dialoog tussen wetgever en rechter.

## Hoofdstuk 4

### Jurisprudentie in een wetgevingstraject

#### 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal het wetsvoorstel 'Wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen' stapsgewijs worden geanalyseerd.<sup>92</sup> Dit wetsvoorstel heb ik gekozen, omdat het voorstel een aardige afspiegeling is van de onderzoeksresultaten. Het wetsvoorstel betreft een regeringsvoorstel, is inmiddels in het Staatsblad verschenen en in de MvT bij het wetsvoorstel wordt op verschillende manieren naar jurisprudentie verwezen. In paragraaf 2 wordt gedemonstreerd op welke manier alle memories van toelichting bestudeerd zijn op de vermelding van rechterlijke uitspraken. In paragraaf 3 zal de rest van het betreffende wetgevingstraject in kaart worden gebracht om te laten zien op welke manieren de in de MvT aangehaalde, of andere, jurisprudentie hier een rol in heeft gespeeld.

Alvorens in te gaan op het gebruik van jurisprudentie in de MvT wetsvoorstel, ga ik kort in op de inhoud van het wetsvoorstel om aan te geven welke wetswijzigingen er worden beoogd. Het wetsvoorstel dat in dit hoofdstuk centraal staat stelt wijzigingen voor van een aantal onderwijswetten in verband met versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen en is afkomstig van de minister en de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap gezamenlijk. Het wetsvoorstel introduceert enkele voorschriften die de positie van de bestuurders van onderwijsinstellingen raken, zoals het openbaar maken van de benoemingsprofielen van deze bestuurders. Betrokken medezeggenschapsorganen krijgen een adviserende stem bij de vaststelling van die profielen en bij de benoeming en ontslag van bestuurders. Ook introduceert het voorstel een aantal meldplichten, waaronder een voor de interne toezichthouder aan de Inspectie van het onderwijs bij een redelijk vermoeden van wanbeheer.

Verder versterkt het wetsvoorstel op een aantal punten de positie van de medezeggenschapsraad (MR) van scholen die vallen onder de Wet medezeggenschap op scholen (WMS). De MR krijgt voortaan rechtstreeks alle redelijkerwijs noodzakelijke kosten voor zijn taken vergoed, en is daarvoor niet langer afhankelijk van een regeling die het bevoegd gezag van de school hiervoor nu nog moet treffen. Tenslotte brengt het wetsvoorstel in de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) tot uitdrukking dat de belangrijkste taak van de opleidingscommissies is om te adviseren over de kwaliteit van de opleiding.<sup>93</sup>

#### 4.2 De memorie van toelichting

##### **4.2.1 Inleiding**

Wanneer blijkt dat er jurisprudentie wordt aangehaald in de MvT, verken ik de opbouw van de MvT en leg ik waar mogelijk de aanleiding tot en doelen van het wetsvoorstel bloot. In de onderhavige

---

<sup>92</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34251, nr. 2.

<sup>93</sup> Deze samenvatting is gebaseerd op het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zoals ingediend bij de Tweede Kamer en komt van de website van de Eerste Kamer: [https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34251\\_versterking\\_van\\_de](https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34251_versterking_van_de).

MvT wijst de minister van OCW het rapport “Autonomie verplicht” van de Commissie onderzoek financiële problematiek Amarantis, dat incidenten beschrijft rondom het huidige bestuursmodel, aan als directe aanleiding voor het wetsvoorstel. Voor de versterking van de bestuurskracht in het onderwijs zijn de voorgestelde aanscherpende wetwijzigingen noodzakelijk.<sup>94</sup> Het vierde hoofdstuk van de MvT behandelt op systematische wijze de op te lossen problematiek door steeds eerst het probleem te benoemen, dan het doel te beschrijven en als laatst de specifieke maatregelen voor te stellen. Zo wordt als probleem genoemd dat de benoemingsprocedure voor bestuurders weinig transparant is, als doel dat bestuurders van goede kwaliteit dienen te zijn en als maatregel dat de werving en selectie van bestuurders voortaan moeten plaatsvinden via openbare profielschetsen.

Om te achterhalen of er jurisprudentie vermeld heb ik gezocht op de trefwoorden “jurisprudentie”, “uitspraak”, “vonnis”, “arrest”, “rechter”, “Hoge Raad”, “Hof”, “rechtbank”, “Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State/ABRvS”, “Centrale Raad van Beroep/CRvB” en “College voor het beroep van het bedrijfsleven/CBb”.<sup>95</sup> In de betreffende MvT komt het woord “jurisprudentie” tweemaal voor. De eerste keer in Hoofdstuk 4 ‘Problematiek, doelen en maatregelen’, onder paragraaf F ‘Recht op vergoeding kosten rechtsbijstand en scholing medezeggenschapsraad’, onder subparagraaf ‘faciliteitenvergoeding funderend onderwijs’, onder het kopje ‘Maatregel’.<sup>96</sup> De tweede keer wordt het woord jurisprudentie gebruikt in de artikelsgewijze toelichting, wanneer het derde lid van het voorgestelde art. 35a van de Wet medezeggenschap scholen (WMS) besproken wordt. Ook ‘Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State’ verschijnt twee keer, in één paragraaf, die de uitvoeringsgevolgen van het wetsvoorstel behandelt. De overige trefwoorden leverden geen treffers op.

#### 4.2.2 Jurisprudentie van de Ondernemingskamer gerechtshof Amsterdam

De overweging over de faciliteitenvergoeding funderend onderwijs in het vierde hoofdstuk, waarin de jurisprudentie wordt aangehaald, luidt:

*“Er is recente jurisprudentie waaruit kan worden afgeleid dat de Ondernemingskamer van oordeel is dat in het funderend onderwijs – ook zonder dat er een faciliteitenregeling tot stand is gekomen – de kosten voor rechtsbijstand ten laste van het bevoegd gezag komen<sup>97</sup>. Desondanks acht de regering het vanuit het oogpunt van kenbaarheid en heldere, uniforme onderwijswetgeving wenselijk om in de WMS op dit punt een regeling op te nemen die inhoudelijk overeenkomt met de regeling in de WOR.”*

Er wordt gesteld dat, hoewel jurisprudentie al heeft bepaald dat MR het recht op vergoeding van rechtsbijstand, de regering dit recht wettelijk wil verankeren. Op grond van deze overweging in de MvT kan worden geconcludeerd dat er sprake is van codificatie van jurisprudentie. Het voorgestelde art. 28, tweede lid van de Wet medezeggenschap op scholen (WMS), dat later in het Staatsblad verschijnt en inmiddels ook in werking is, luidt als volgt:

##### Art. 28, tweede lid WMS (nieuw)

“2. De kosten die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van de medezeggenschapsraad, scholingskosten daaronder begrepen, komen ten laste van het bevoegd

<sup>94</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33 495, nr. 3.

<sup>95</sup> Zie paragraaf 2.4.

<sup>96</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34251, nr. 3, p. 19.

<sup>97</sup> Ondernemingskamer gerechtshof Amsterdam 17 juli 2012, LJN: BX1685.

gezag. De redelijkerwijs noodzakelijke kosten van het raadplegen van een deskundige en van het voeren van rechtsgedingen door de medezeggenschapsraad komen slechts ten laste van het bevoegd gezag indien het bevoegd gezag vooraf in kennis is gesteld van de te maken kosten. Het bevoegd gezag kan in overeenstemming met de medezeggenschapsraad de kosten die de medezeggenschapsraad in enig jaar zal maken, vaststellen op een bepaald bedrag dat de medezeggenschapsraad naar eigen inzicht kan besteden. Kosten waardoor het hier bedoelde bedrag zou worden overschreden, komen slechts ten laste van het bevoegd gezag voor zover dat bevoegd gezag in het dragen daarvan toestemt."

In de overweging die voorafgaat aan de voorgaande geciteerde overweging uit de MvT, blijkt dat de minister niet blindelings de jurisprudentie vastlegt, maar een eigen redenering ten grondslag legt aan het vergoeden van rechtsbijstand voor de MR. De minister stelt dat het logisch is de vergoeding van de kosten van rechtsbijstand van de MR in het funderend onderwijs gelijk te trekken met die in de MBO- en HBO-sector:

*"Het medezeggenschapsorgaan in de MBO- en HO-sector heeft met betrekking tot de vergoeding van de kosten voor rechtsbijstand en scholing een sterkere positie dan het medezeggenschapsorgaan in het funderend onderwijs. Er zijn geen dwingende redenen om het funderend onderwijs in een afwijkende positie te plaatsen ten opzichte van andere onderwijssectoren. Daarom kiest de regering voor afstemming van de WMS op de regels van de WOR, die gelden voor de MBO- en HO-sector."*

De wetgever wilde voornamelijk aansluiten bij art. 22 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR), die voor de MBO en HBO geldt. Dit artikel luidt:

#### Artikel 22 WOR

"1. De kosten die redelijkerwijze noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van de ondernemingsraad en de commissies van die raad komen ten laste van de ondernemer.  
2. Met inachtneming van het bepaalde in het eerste lid komen de kosten van het overeenkomstig artikel 16 en artikel 23a, zesde lid, raadplegen van een deskundige door de ondernemingsraad of een commissie van die raad, alsmede de kosten van het voeren van rechtsgedingen door de ondernemingsraad slechts ten laste van de ondernemer, indien hij van de te maken kosten vooraf in kennis is gesteld. [...]"

Wanneer ingezoomd wordt op de vermelde jurisprudentie van de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam, blijkt dat het nieuwe art. 28, tweede lid WMS zeker geen letterlijke codificatie van dit arrest betreft. Het oude art. 28, tweede lid WMS op basis waarvan de rechter uitspraak heeft gedaan luidde als volgt:

#### Art. 28, tweede lid WMS (oud)

"Het bevoegd gezag treft een regeling voor de redelijkerwijs noodzakelijke kosten van medezeggenschapsactiviteiten die door ouders, leerlingen en personeel in de medezeggenschapsraad en de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad worden ondernomen, daaronder begrepen scholingskosten, kosten voor inhuur van deskundigen en kosten van het voeren van rechtsgedingen."

Het belangrijkste verschil tussen het oude en het nieuwe tweede lid is dat het bevoegde gezag volgens het oude artikellid een regeling behoorde te treffen voor de redelijkerwijs noodzakelijke kosten, terwijl volgens het nieuwe artikellid deze redelijkerwijs noodzakelijke kosten rechtstreeks op

het artikel kunnen worden gebaseerd en een regeling overbodig geworden is. Een ander relevant verschil is dat de kosten van rechtsgedingen volgens het nieuwe artikellid eerst gecommuniceerd dienen te zijn door de MR aan het bevoegd gezag, terwijl deze verplichting nog niet uit het oude artikellid bleek.

De Ondernemingskamer gerechtshof Amsterdam oordeelde in het aangehaalde arrest, toen het oude artikel 28, tweede lid Wms gold, dat zij zich bevoegd achtte de door het bevoegd gezag verschuldigde kosten van medezeggenschapsactiviteiten vast te stellen, wanneer er geen regeling als bedoeld in art. 28, tweede lid WMS was opgemaakt en er toereikende gegevens over de kosten voorhanden zijn. Het criterium dat het hof gebruikt om te bepalen of bepaalde kosten moeten worden vergoed baseerde zij op de vraag of deze kosten 'redelijkerwijs noodzakelijk' geacht konden worden, overeenkomstig art. 28, tweede lid WMS. Over het al dan niet communiceren over de gemaakte kosten oordeelde de Ondernemingskamer als volgt:

*“Het verweer van de stichting dat de deelraad c.s. en hun advocaat geweigerd hebben in overleg te treden over de kosten treft geen doel. Artikel 28 lid 2 WMS maakt de aanspraak op vergoeding van de redelijkerwijs noodzakelijke kosten niet afhankelijk van voorafgaand overleg met het bevoegd gezag over (de aard en omvang) van de te maken kosten (zie OK 1 april 2011, ARO 2011, 69).”<sup>98</sup>*

Het gerechtshof oordeelde dat de MR niet van te voren in overleg hoefde te treden met het bevoegd gezag over vergoeding van de redelijkerwijs noodzakelijke kosten, terwijl in het nieuwe art. 28, tweede lid WMS wel de eis is neergelegd om het bevoegd gezag vooraf in kennis te stellen van de te maken kosten. Op dit punt zou eerder gesproken kunnen worden van modificatie van jurisprudentie dan codificatie.

Concluderend kan gesproken worden over modificerend codificeren. De wetgever volgt de rechter weliswaar op het punt dat de kosten van rechtsbijstand vergoed dienen te worden aan de MR door het bevoegd gezag. Echter, de rechter oordeelde dat het vooraf kennis geven van die kosten geen vereiste is in die zin van art. 28, tweede lid WMS (oud), terwijl de wetgever dit vereiste vervolgens wel neerlegt in het nieuwe art. 28, tweede lid WMS. De regering besluit met dit nieuwe artikel vooral aan te sluiten op de regels van de WOR, die gelden voor de MBO- en HO-sector. De MvT laat het wetsvoorstel meer op codificatie lijken dan het in werkelijkheid is. Omdat de reactie op jurisprudentie in de MvT centraal staat in het onderzoek, is de classificatie die de vermelding van jurisprudentie in dit document meekrijgt van de grootste waarde en daarom wordt dit voorbeeld onder de categorie codificatie geschaard.

#### **4.2.3 Jurisprudentie van de Hoge Raad**

Art. 35a WMS van het wetsvoorstel, dat exact zoals voorgesteld in het Staatsblad is verschenen en inmiddels ook in werking is getreden, beoogt een executoriale titel in te voeren. De voorzieningenrechter van een rechtbank kan op het verzoek van de MR verlof verlenen voor de tenuitvoerlegging van een uitspraak van de commissie, als de commissie in een geschil tussen de medezeggenschapsraad en het bevoegd gezag heeft besloten dat laatstgenoemde een dwangsom dient te betalen. Het derde lid van art. 35a luidt als volgt: “Het verlof, bedoeld in het eerste lid, wordt

---

<sup>98</sup> Zie Ondernemingskamer gerechtshof Amsterdam 17 juli 2012, LJN: BX1685, r.o. 3.7, 3.8 en 3.9.

aangetekend op het origineel van de uitspraak. De griffier zendt ten spoedigste aan de partijen een gewaarmerkt afschrift van de uitspraak met het daarop aangetekend verlof tot tenuitvoerlegging.”

De artikelsgewijze toelichting bij art. 35a, derde lid WMS klinkt als volgt:

*“Het voorgestelde derde lid is gebaseerd op artikel 1062, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De executoriale titel zal alleen kunnen worden verleend als de uitspraak in rechte vaststaat, dus niet zolang hoger beroep nog mogelijk is (vierde lid). Mocht het treffen van maatregelen hangende het hoger beroep in verband met een spoedeisend belang noodzakelijk zijn dan kunnen partijen in kort geding daarom verzoeken. Ook de MR heeft daartoe, ondanks dat hij geen rechtspersoon of natuurlijke persoon is en zonder dat die bevoegdheid expliciet in de wet is toegekend, op grond van jurisprudentie die mogelijkheid indien dat noodzakelijk is teneinde het recht op een effectieve toegang tot de rechter te effectueren. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een dergelijke uitzondering moet worden aanvaard voor gevallen waarin tussen een MR en het bevoegd gezag een geschil bestaat dat specifiek de naleving van de verplichtingen van het bevoegd gezag jegens de MR tot inzet heeft (vgl. HR 3 december 1993, NJ 1994, 375).”*

Omwille van een in de nieuwe wet geregelde geval van rechtsbescherming, namelijk de verkrijging van een executoriale titel, kan een kort geding gevoerd worden. Er wordt jurisprudentie aangehaald om aan te tonen dat de bevoegdheid tot het instellen van een dergelijk kort geding ook voor de MR geldt, al bestaat die bevoegdheid niet op grond van de wet. De MR is namelijk geen rechtspersoon of natuurlijk persoon en de wettelijk vastgelegde regel luidt dat, afgezien van bijzondere wettelijke regelingen, in beginsel alleen natuurlijke personen en rechtspersonen als partij in een burgerlijk geding kunnen optreden. In de jurisprudentie wordt al decennialang aangenomen dat op dit punt ruimte voor uitzonderingen bestaat.<sup>99</sup>

De wetgever is het blijkbaar eens met de jurisprudentiële uitbreiding van de bevoegdheid tot het instellen van burgerlijke rechtsgedingen. De vermelding van bovenstaande jurisprudentie in de MvT, wat zeer waarschijnlijk al vaker gebeurd is, kan als “codificatie” van jurisprudentie in de MvT worden bestempeld. Er wordt in de MvT geen expliciete eigen overweging aan de uitbreiding ten grondslag gelegd, waardoor het niet duidelijk is waarom de wetgever, dat wil zeggen de desbetreffende minister, het eens is met deze uitbreiding. Wel wordt gezegd dat er sprake kan zijn van een spoedeisend belang, maar de teneur van de MvT lijkt vooral te zijn ‘omdat jurisprudentie eerder buitenwettelijk heeft bepaald dat de MR de bevoegdheid tot instellen kort geding bezit, zal dat ook wel ten aanzien van deze nieuwe bepaling gelden...’.

#### **4.2.4 Jurisprudentie van de ABRvS**

Als gezegd wordt er ook jurisprudentie van de ABRvS in de MvT behandeld. In de paragraaf over de uitvoeringsgevolgen van het wetsvoorstel noemt de minister van OCW twee verschillende uitspraken. In deze paragraaf wordt de conversatie weergegeven die heeft plaatsgevonden tussen de Inspectie van het Onderwijs (verder: inspectie) en de indiener van het wetsvoorstel over de bevoegdheden die de inspectie bezit om de nieuwe wettelijke bepalingen uit te voeren. De inspectie lijkt zich zorgen te maken over de door hun vermeende onmogelijkheid overtredingen van de nieuw gestelde voorschriften in de verschillende onderwijswetten te sanctioneren met een

---

<sup>99</sup> Vanaf Hoge Raad 25 november 1983, NJ 1984, 297.

bekostigingssanctie. Omdat deze sanctie bedoeld is als herstelsanctie en niet als punitieve sanctie, zou de inspectie deze niet in kunnen zetten, wanneer de overtredingen niet ongedaan gemaakt kunnen worden. De regering reageert hierop door te stellen dat voor sommige bepalingen inderdaad de herstelsanctie uit de onderwijswetten geldt, maar dat de bekostigingssancties die voor de door de inspectie genoemde nieuwe voorschriften gelden onder de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vallen. Dit leidt ertoe dat voor de Minister de bevoegdheid bestaat om de bekostiging lager vast te stellen, ook als de overtredingen niet ongedaan zouden kunnen worden gemaakt. Voor beide gevallen, zowel die waarvoor de onderwijswetten als die waarvoor de Awb de basis vormen voor inhouding van de bekostiging, wordt jurisprudentie genoemd ter uitleg. De zinnen waarin de jurisprudentie wordt genoemd luiden:

*“De regering wijst er in reactie daarop op dat specifieke bepalingen over inhouding van de bekostiging in de onderwijswetgeving, zoals onder meer 104 van de WVO, inderdaad een herstelsanctie betreffen die slechts ziet op het doen beëindigen van voortdurende overtreding van de bepalingen uit die wetten (zie onder meer de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 9 juli 2008 in zaak nr. 200706179/1). [...] Artikel 4:49, eerste lid, aanhef en onder c, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), gelezen in samenhang met artikel 4:21, vierde lid, van die wet, geeft in dat geval de Minister dan ook de bevoegdheid om die bekostiging lager vast te stellen (zie de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 30 juli 2014 in zaak nr. 201305300/1/A2).”*

Net als onder de vorige vermelding is hier sprake van “codificatie” in de MvT. Er wordt jurisprudentie aangehaald om het bestaande recht uit te leggen, welk recht, met bijbehorende jurisprudentie, van toepassing is op de nieuw in werking te treden bepalingen.<sup>100</sup>

#### **4.2.5 Conclusie t.a.v. de verwijzingen naar jurisprudentie in de MvT**

In de MvT bij het wetsvoorstel ‘Wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen’ wordt op een drietal plekken jurisprudentie vermeld. Het eerste geval betreft jurisprudentie van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. De jurisprudentie wordt aangehaald om aan te geven dat het nieuwe art. 28, tweede lid WMS een codificatie van die jurisprudentie betreft. Nader onderzoek wijst uit dat de voorgestelde wettekst zeker geen letterlijke overname van de rechterlijke uitspraak omvat, maar sprake is van modificerend codificeren. Het is zelfs te verdedigen dat de bestempeling modificatie meer op zijn plaats zou zijn, maar aangezien de schrijver van de MvT duidelijk codificatie als aanduiding meegeeft, is ervoor gekozen het voorbeeld onder codificatie te ordenen.

Het tweede en derde geval van vermelding van jurisprudentie in deze MvT betroffen beide “codificaties” in de MvT. In de artikelsgewijze toelichting werd jurisprudentie van de Hoge Raad aangehaald om de bevoegdheid van de MR tot het voeren van een kort geding te waarborgen, ondanks het feit dat de MR geen natuurlijk of rechtspersoon voorstelt. Daarnaast werd jurisprudentie van de ABRvS vermeld om het huidige recht over de mogelijkheid van de inspectie om te sanctioneren middels bekostigingssancties op basis van de onderwijswetten en Awb uit te leggen. Deze uitleg werd vervolgens van overeenkomstige toepassing verklaard op de nieuw in werking te treden bepalingen. Voor de overige onderzochte wetsvoorstellen stopte het onderzoek op dit punt.

---

<sup>100</sup> In het volgende hoofdstuk wordt dieper ingegaan op de verschillende categorieën vermeldingen.



Voor het onderhavige wetsvoorstel zal echter het gehele wetgevingstraject langsgelopen worden om te zien hoe jurisprudentie hierin een rol heeft gespeeld.

### **4.3 Het gehele wetgevingstraject van het wetsvoorstel tot versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen**

#### **4.3.1 Inleiding**

De globale lijnen van het formele wetgevingsproces zijn in hoofdstuk 3 geschetst. Het is onmogelijk al deze fasen tot in de puntjes te onderzoeken op het gebruik van jurisprudentie door de betrokken personen, omdat alle informele ontmoetingen binnen het wetgevingsproces niet schriftelijk worden vastgelegd en de formele gebeurtenissen soms achter de schermen plaatsvinden. De documenten die hier worden onderzocht zijn de 131 documenten die beschikbaar zijn op [www.zoek.officielebekendmakingen.nl](http://www.zoek.officielebekendmakingen.nl) en deel uitmaken van het wetgevingsproces van het wetsvoorstel 'Wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen'.<sup>101</sup> Al deze documenten worden geanalyseerd op de vermelding van jurisprudentie.

#### **4.3.2 Jurisprudentie in het wetgevingstraject**

De voorbereidingsfase valt grotendeels buiten de opmaak van deze documenten. Wel is deze fase voor een deel terug te zien in de MvT, doordat de aanleidingen tot het wetsvoorstel hierin besproken worden. Ditzelfde geldt voor de consultatiefase. De meeste relevante adviezen van externe partijen en de reacties daarop van de indiener(s) van het wetsvoorstel worden verwerkt in de MvT, wat, zoals in paragraaf 4.2.3 te lezen is, in het onderhavige wetsvoorstel gebeurde met de consultatie van de Inspectie voor het Onderwijs. Soms wordt een advies als bijlage bij de MvT gevoegd. Zo is bij het wetsvoorstel in kwestie het advies van de Raad voor de Rechtspraak bijgevoegd. In dit advies wordt niet naar jurisprudentie verwezen. Wel wordt een inschatting gemaakt van de verwachte toename van de werklast van de rechtbank en de Ondernemingskamer Amsterdam ten gevolge van het wetsvoorstel, met name art. 35a WMS.<sup>102</sup>

De wetgevingstoets door het Ministerie van V&J wordt niet openbaar gemaakt. Er wordt van uitgegaan dat deze toets zijn weerslag heeft op het wetsvoorstel en bijbehorende MvT zonder dat al te expliciet duidelijk wordt gemaakt waar de invloed van de wetgevingsjuristen zich heeft laten gelden. Ook wat er vervolgens in de ministerraad gebeurt blijft grotendeels geheim. Daardoor vloeien er geen concrete raadpleegbare documenten uit voort en is het dus onmogelijk vast te stellen welke eventuele rol jurisprudentie in deze fasen heeft gespeeld.

De Raad van Statefase daarentegen vindt meer in de openbaarheid plaats. Het advies dat de Afdeling advisering van de Raad van State opmaakt en de reactie van de desbetreffende minister op dit advies is het volgende document in de reeks na de Koninklijke boodschap, het wetsvoorstel zelf en de MvT.<sup>103</sup> In het zogenoemde nader rapport bij het hier geanalyseerde wetsvoorstel komt

---

<sup>101</sup> Het onderzochte wetsvoorstel heeft dossiernummer 34251, zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/34251>.

<sup>102</sup> <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-548245>.

<sup>103</sup> Zijlstra 2012, p. 306.

jurisprudentie aan bod.<sup>104</sup> In de reactie van minister Bussemaker van OCW (verder: minister) op het Raad van State-advies wordt jurisprudentie vermeld om de volgende door de Afdeling Advisering van de Raad van State geconstateerde kwestie te verhelderen: *“volgens de toelichting bestaat nog geen duidelijkheid over de consequenties van deze meldingsplicht voor de aansprakelijkheid van de interne toezichthouder. Daarbij rijst tevens de vraag of de verantwoordelijkheden van de interne en externe toezichthouder overlappen, complementair aan elkaar zijn of geheel van elkaar zijn gescheiden. De toelichting gaat niet in op deze vragen.”*

Twee arresten van de Hoge Raad en één van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam worden genoemd in de paragraaf die de verantwoordelijkheden van de interne en externe toezichthouders in het onderwijs behandelt. Het wetsvoorstel beoogt het interne en externe toezicht beter toe te rusten door de interne toezichthouder, de raad van toezicht, twee verplichtingen op te leggen. Ten eerste om regelmatig in overleg te treden met het centrale medezeggenschapsorgaan en ten tweede om de inspectie tijdig te informeren over risicovolle ontwikkelingen bij de instelling, een zogenoemde meldingsplicht. Met een beroep op de jurisprudentie relativeert de minister de betekenis van deze wettelijke meldingsplicht voor de eventuele aansprakelijkheid van de raad van toezicht ten aanzien van de rechtspersoon. Ten tijde van de totstandkoming van het RvS-advies streeft het kabinet met het wetsvoorstel ‘Bestuur en toezicht rechtspersonen’ naar een aansprakelijkheidsregime, vergelijkbaar met dat voor de bestuurder/commissaris van de rechtspersoon, waarin de rechtspersoon de interne toezichthouder aansprakelijk zou kunnen stellen in geval van schade die de rechtspersoon lijdt door ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling van de interne toezichthouder. De minister sluit bij haar uitleg aan bij de jurisprudentie die bestaat op het gebied van het aansprakelijkheidsregime voor bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon, en stelt:

*“Een behoorlijke taakvervulling houdt in dat van een interne toezichthouder mag worden verwacht dat hij op zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult (vgl. voor de bestuurder Hoge Raad 10 januari 1997, NJ 1997/360, Staleman/Van de Ven). [...]Introductie van een wettelijke meldingsplicht wijzigt overigens niets in de mogelijke (nog te regelen) aansprakelijkheid van de interne toezichthouder tegenover de instelling.”*

De minister gebruikt jurisprudentie in reactie op het advies van de RvS om het huidige recht uit te leggen, dat volgens haar ook van toepassing is op een nog in werking te treden wet, niet die op dat moment ter discussie voorligt, maar de wet ‘Bestuur en toezicht rechtspersonen’. Op deze manier poogt zij de betekenis van de bepaling over de meldingsplicht in het onderhavige wetsvoorstel te relativiseren. Even later haalt de minister opnieuw jurisprudentie aan om het begrip ‘behoorlijke taakvervulling’ in te vullen:

*“Een behoorlijke vervulling van de taak brengt met zich mee dat indien het beleid en de gang van zaken daartoe aanleiding geven, de interne toezichthouders hun toezicht moeten intensiveren en nog actiever moeten optreden (zie daarover Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 oktober 2003, JOR 2003/60, Laurus, en Hoge Raad 8 april 2005, JOR 2005/119, Laurus).”*

Na de Raad van Statefase start de Tweede Kamerfase doordat het wetsvoorstel met toelichting en advies van de RvS bij de Tweede Kamer wordt ingediend. In geen enkele van de gevonden

---

<sup>104</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34251, nr. 4.

documenten die de Tweede Kamerfase betreffen wordt jurisprudentie vermeld. Het merendeel van de documenten in deze fase betreffen door Kamerleden ingediende, en later meestal verworpen, amendementen. In geen van de toelichtingen op deze amendementen is jurisprudentie gevonden. De amendementen die wel worden aangenomen zijn niet van invloed op de wetsbepalingen waarvoor de jurisprudentie ging die in de MvT werd aangehaald.

Één amendement doet de betekenis van de vermelde jurisprudentie door de minister als reactie op het advies van de Raad van State teniet. Het amendement stelt voor om de ter discussie gestelde meldingsplicht te laten vervallen.<sup>105</sup> De jurisprudentie die de minister aanhaalde om de noodzaak van het invoeren van de meldingsplicht te verdedigen, is hierdoor voor dit wetsvoorstel irrelevant geworden. De poging die de minister deed om de bezwaren van de Raad van State op de meldingsplicht met een beroep op jurisprudentie weg te nemen blijkt tevergeefs. Het amendement wordt aangenomen en de meldingsplicht haalt het Staatsblad niet.

Naast de vele amendementen die worden voorgesteld, worden in totaal drie nota's van wijzigingen doorgevoerd. Deze nota's betreffen steeds redactionele en wetstechnische wijzigingen betreffen en blijken voor het onderhavige onderzoek niet van belang. Hetzelfde geldt voor de wetstechnische wijzigingen die aan het einde van de behandeling in de TK nog door de regering worden voorgesteld om technische onjuistheden die zijn veroorzaakt door de aangenomen amendering van het voorstel te herstellen. Eveneens wordt in de overige parlementaire documenten, zoals de Handelingen, geen jurisprudentie vermeld.<sup>106</sup> Ook in de daaropvolgende Eerste Kamerfase wordt nergens jurisprudentie aangehaald. Ook bij de bekrachtiging, de bekendmaking en de inwerkingtreding van het wetsvoorstel, wordt, zoals naar verwachting bijna altijd het geval zal zijn, geen jurisprudentie vermeld.

#### **4.3.3 Conclusie**

Jurisprudentie lijkt op basis van dit voorbeeld, alsmede op basis van een inventarisatie van een aantal andere wetgevingstrajecten, de grootste rol te spelen in de MvT. De keuze voor de MvT als onderzoeksobject blijkt ook op basis hiervan de juiste. In de meeste andere fasen van het wetgevingstraject bleek jurisprudentie volgens de raadpleegbare documenten een verwaarloosbare rol te spelen. Zo werd nergens in de Handelingen jurisprudentie vermeld. Het vermoeden bestaat dat dit in andere wetgevingstrajecten soms wel het geval zal zijn. In het hier door mij geanalyseerde wetsvoorstel kwam er, naast de vermeldingen in de MvT, alleen in de Raad van Statefase jurisprudentie aan bod. In het nader rapport haalde de minister jurisprudentie aan om de bezwaren van de Raad van State op de voorgestelde meldingsplicht onderuit te galen. De moeite van de minister bleek vergeefs nu de meldingsplicht via een amendement uit het wetsvoorstel verdween.

---

<sup>105</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 33495, nr. 10.*

<sup>106</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 33495, nr. 5, 6, 88.*

## Hoofdstuk 5

### Jurisprudentie in de memorie van toelichting

#### 5.1 Inleiding

Om een beeld te schetsen van de reactie op jurisprudentie in de memorie van toelichting, heb ik alle memories van toelichting die zijn verschenen bij wetsvoorstellen ingediend in het parlementaire jaar 2014-2015 doorgespit op de vermelding van jurisprudentie door nationale rechters. In dit hoofdstuk worden de onderzoeksresultaten gepresenteerd. Nadat ik kort inga op de context waarin de onderzochte wetsvoorstellen tot stand zijn gekomen, zal ik ingaan op een aantal kwantitatieve data. Onder meer het aantal verwijzingen in de memories van toelichting en het slagingspercentage van de wetsvoorstellen komen aan bod. Vanaf paragraaf 6 ga ik uitgebreid in op de reden van vermelding van jurisprudentie en op de rechtvaardiging die de schrijver van de MvT geeft voor het aanhalen van jurisprudentie. Ter verduidelijking van de alle bevindingen werk ik steeds concrete voorbeelden uit.

Van 5 november 2012 tot en met 26 oktober 2017 bestond het kabinet uit ministers en staatssecretarissen van de VVD en PvdA. In het regeerakkoord 'Bruggen slaan' wordt het zo sterk mogelijk uit de economische crisis groeien door middel van bezuinigingen centraal gesteld. Er lijken onder meer wijzigingen in het verschiet te liggen voor de Algemene Ouderdomswet en de Wet Werk en Bijstand. Er wordt verder gesproken over verbeteringen op het gebied van zorg, onderwijs en milieu. Daarnaast lijken er wijzigingen op het gebied van justitie en immigratie op komst. Alle voorgenomen wetsvoorstellen zullen de Tweede Kamer waarschijnlijk eenvoudig kunne passeren, aangezien de VVD en PvdA een ruime meerderheid van de zetels beschikken, namelijk 79.<sup>107</sup> De overige zetels worden verdeeld over de PVV (15), SP (15), CDA (13), D66 (12), CU (5), GroenLinks (4), SGP (3), PvdD (2) en 50Plus (2). In de Eerste Kamer bezit het kabinet Rutte-II echter geen meerderheid. De VVD en PvdA hebben daar samen 30 zetels en vanaf de Eerste Kamerverkiezingen op 26 mei 2015 nog slechts 21, waardoor deze regeringspartijen steeds gedwongen worden steun te verkrijgen van andere politieke partijen in de EK teneinde een meerderheid te behalen voor een wetsvoorstel. Er is op het eerste oog echter niet gebleken dat deze ruime minderheid in de EK van grote invloed is geweest op het indienen dan wel aannemen van wetsvoorstellen.

#### 5.2 Het aantal vermeldingen

In dit parlementaire jaar verschenen 239 wetsvoorstellen met bijbehorende memorie van toelichting.<sup>108</sup> Van die 239 wetsvoorstellen betroffen 64 voorstellen tot vaststelling en wijziging van de begrotingsstaten en 23 jaarverslagen/slotwetten. In de in totaal 87 bijbehorende memories van toelichting werd niet eenmaal naar jurisprudentie verwezen en zijn daardoor voor de rest van het

---

<sup>107</sup> Vanaf 13 november 2014 nog 77, doordat Öztürk en Kuzu vanaf die datum geen onderdeel meer uitmaken van de PvdA-fractie.

<sup>108</sup> Dit aantal is gebaseerd op de zoekterm 'memorie van toelichting' in de titel van parlementaire documenten, zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/zoeken/resultaat/?zkt=Uitgebreid&pst=ParlementaireDocumenten&vrt=memorie+van+toelichting&zkd=AlleenInDeTitel&dpr=Alle&spd=20180529&epd=20180529&verj=2014-2015&nro=3&kmr=TweedeKamerderStatenGeneraal&sdt=KenmerkendeDatum&par=Kamerstuk&dst=Onopgemaakt%7cOpgemaakt%7cOpgemaakt+na+onopgemaakt&isp=true&pnr=1&rpp=10>.

onderzoek niet van belang. Hierbij dient te worden opgemerkt dat het mogelijk is dat een begroting naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak is aangepast, maar daar er nergens een vermelding van de betreffende rechterlijke uitspraak in de MvT bij het begrotingsvoorstel wordt genoemd, worden deze reacties van de wetgever in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.<sup>109</sup>

Bij de overgebleven 152 wetsvoorstellen wordt in 58 van de bijbehorende memories van toelichting tenminste eenmaal verwezen naar jurisprudentie van een nationale rechter.<sup>110</sup> Meestal wordt er verwezen naar een of meerdere specifieke arresten. Soms wordt slechts gesproken over “(vaste) jurisprudentie”.<sup>111</sup> Vaak wordt in dezelfde MvT op meerdere plekken naar jurisprudentie verwezen. Soms wordt dezelfde jurisprudentie meerdere keren met hetzelfde doel aangehaald, bijvoorbeeld door eerst in de algemene toelichting aan te geven dat het om codificatie gaat en dat vervolgens in de artikelsgewijze toelichting te herhalen.<sup>112</sup> Meestal gaat het echter om verschillende uitspraken die hun weerklank vinden in één MvT. Een verwijzing is voor dit onderzoek als een zelfstandige verwijzing beschouwd, wanneer die verwijzing met een separaat doel ten opzichte van andere verwijzingen gebeurde.

Totaal aantal MvT <sup>113</sup>	Aantal MvT waarin naar jurisprudentie verwezen wordt	Percentage	Totaal aantal verschillende vermeldingen
152	58	38%	122

*Tabel 1: Hoe vaak wordt er naar jurisprudentie verwezen?*

### **5.3 De schrijver/indiener van de MvT**

In verreweg de meeste gevallen is de MvT afkomstig van het ministerie van Veiligheid en Justitie (V&J): 16 maal van de hand van de minister van V&J, 5 keer van de hand van de staatssecretaris van V&J en 2 keer van de minister en staatssecretaris gezamenlijk.<sup>114</sup> Daarnaast is er nog vier keer een samenwerking aangegaan met een of meerdere andere ministeries. Verder komen 6 memories van toelichting van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 4 van zowel het ministerie van Economische Zaken als het ministerie van Financiën, 2 van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, 2 van Infrastructuur en Milieu en 1 van zowel het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn & Sport. Ook komen er een aantal memories van toelichting van ministeries gezamenlijk. Ten slotte is in maar liefst 10 gevallen sprake van een initiatiefwetsvoorstel en is de memorie van toelichting dus geschreven door een of meerdere Kamerleden.

<sup>109</sup> Zie ook paragraaf 2.2

<sup>110</sup> Zie voor een overzicht het Excel-document ‘scriptie wetsvoorstellen 2014-2015 zonder begrotingsvoorstellen’.

<sup>111</sup> Zie bijv.: *Kamerstukken II* 2014/15, 34138, nr. 3 (Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie).

<sup>112</sup> Zie bijv.: *Kamerstukken II* 2014/15, 34220, nr. 3. (Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Fiscale verzamelwet 2015))

<sup>113</sup> Zonder begrotingsvoorstellen en jaarverslagen/slotwetten.

<sup>114</sup> In de onderzochte periode is sprake van wisselende ministers: zowel Ard van der Steur als Ivo Opstelten is in de betreffende periode minister geweest. Voor het Staatssecretariaat geldt dat deze functie in de betreffende periode eerst door Fred Teeven en later door Klaas Dijkhoff bekleed is.

	MvT met verwijzing naar jurisprudentie	Totaal aantal MvT	%
Ministerie van Veiligheid & Justitie (V&J)	23	34	68%
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW)	6	14	43%
Ministerie van Economische Zaken (EZ)	4	14	29%
Ministerie van Financiën (Fin)	4	13	31%
Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap(OCW)	2	13	15%
Ministerie van Infrastructuur & Milieu (I&M)	2	9	22%
Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS)	1	5	20%
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK)	0	5	0%
Ministerie van BZK en ministerie van Algemene Zaken (AZ)	1	1	100%
Ministerie van V&J en ministerie van Buitenlandse Zaken (BuZa)	2	4	50%
Ministerie van V&J, ministerie van BuZa, ministerie van OCW en ministerie van VWS	1	1	100%
Ministerie van V&J en ministerie van BZK	1	1	100%
Ministerie van EZ en ministerie voor Rijksdienst en Wonen (RW)	1	1	100%
Ministerie van EZ en ministerie van I&M	0	1	0%
Ministerie van BZK en ministerie van Fin	0	1	0%
Ministerie van VWS en ministerie voor WR	0	1	0%
Ministerie van V&J en Ministerie voor RW	0	3	0%
Ministerie van V&J, ministerie van BuZa en ministerie van Defensie	0	1	0%
Ministerie van V&J, ministerie van VWS en ministerie van BZK	0	1	0%
Ministerie van V&J, ministerie van VWS en ministerie van SZW	0	1	0%
Ministerie van Buza en ministerie van Fin	0	1	0%
Ministerie van BuZa en Ministerie voor Buitenlands handelen en ontwikkelingssamenwerking	0	3	0%
Ministerie van Buza en ministerie van I&M	0	1	0%
Kamerleden	10	23	43%
<b>Totaal</b>	<b>58</b>	<b>152</b>	<b>38%</b>

Tabel II: Van welk(e) ministerie(s) is de MvT afkomstig?

In de volgende tabel zijn de memories van toelichting die van meerdere ministeries gezamenlijk afkomstig waren, aan al die betreffende ministeries toegeschreven. De ministeries met een sterretje brachten slechts in samenwerking memories van toelichting tot stand. Voor de memories van toelichting afkomstig van het Ministerie van Buitenlandse Zaken geldt dat deze slechts verwijzingen naar jurisprudentie bevatten wanneer zij in samenwerking met andere ministeries zijn geschreven.

	MvT met verwijzing naar jurisprudentie	Totaal aantal MvT	%
Ministerie van Veiligheid & Justitie (V&J)	27	46	59%
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW)	6	15	40%
Ministerie van Economische Zaken (EZ)	5	16	31%
Ministerie van Financiën (Fin)	4	15	27%
Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap(OCW)	3	14	21%
Ministerie van Buitenlandse Zaken (BuZa)	3	11	27%
Ministerie van Infrastructuur & Milieu (I&M)	2	11	18%
Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS)	2	9	22%
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK)	2	9	22%
Ministerie van Algemene Zaken (AZ)*	1	1	100%
Ministerie voor Wonen en Rijksdienst (WR)*	1	5	20%
Ministerie voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking*	0	3	0%
Kamerleden (initiatiefvoorstellen)	10	23	43%

Tabel III: Van welk(e) ministerie(s) is de MvT afkomstig?

#### **5.4 Naar welke rechter wordt verwezen?**

In liefst 35 van de 58 memories van toelichting waarin wordt verwezen naar jurisprudentie wordt in ieder geval eenmaal verwezen naar de Hoge Raad. Daarbij was in de helft van de gevallen sprake van verwijzingen naar verschillende arresten. Ook lagere rechters kwamen meermaals aan bod in de memories van toelichting. In 10 memories van toelichting werd er in ieder geval één keer naar een gerechtshof verwezen. Daarbij ging het meestal om de Gerechtshoven Amsterdam en Den Haag, die beide in vier verschillende memories van toelichting aan bod kwamen. In 7 verschillende memories van toelichting werd in ieder geval één keer, en meestal vaker, naar een vonnis van een rechtbank verwezen. Opnieuw zijn de rechtbanken Amsterdam en Den Haag het meest populair, nu er naar beide rechtbanken in 5 verschillende memories van toelichting verwezen wordt. Daarnaast zijn er veel andere rechtbanken waarvan de vonnissen aan bod komen: Rotterdam, Noord-Nederland, Midden-Nederland, Arnhem, Roermond, Overijssel en Oost-Brabant. De verwijzingen naar de kantonrechters in Delft, Assen en Roermond zijn ook in deze categorie meegenomen. Ook de hoogste bestuursrechters kwamen aan bod: in 15 memories van toelichting was sprake van een verwijzing naar de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, in 7 gevallen werd verwezen naar de Centrale Raad van Beroep en jurisprudentie van het College voor het Beroep van het bedrijfsleven kwam in 2 memories van toelichting ter sprake. In de meeste gevallen waarin niet naar specifieke rechterlijke uitspraken verwezen werd, maar slechts gesproken werd over “(vaste) jurisprudentie”, kon de uitspraak worden toegeschreven aan de Hoge Raad; soms was echter ook sprake van

jurisprudentie van de ABRvS en af en toe kon het zowel over de hoogste bestuursrechters als over de hoogste burgerlijke rechter gaan.<sup>115</sup>

	In hoeveel MvT wordt tenminste 1x naar de betreffende rechterlijke instantie verwezen?
Hoge Raad	36
Gerechtshoven	10
Rechtbanken	7
ABRvS	16
CRvB	7
CBb	2

Tabel IV: Naar welke rechter wordt verwezen?

### **5.5 Heeft het wetsvoorstel het Staatsblad gehaald?**

Ja, het wetsvoorstel heeft het Staatsblad gehaald	46
Het wetsvoorstel is nog in behandeling	9
Het wetsvoorstel is ingetrokken/verworpen	3
<b>Totaal</b>	<b>58</b>

Tabel V: Heeft het wetsvoorstel het Staatsblad gehaald?<sup>116</sup>

Van de 58 bij de memories van toelichting horende wetsvoorstellen, zijn de meeste wetsvoorstellen in het Staatsblad verschenen, namelijk 46. In sommige van die 46 gevallen dat een wet in het Staatsblad verscheen gebeurde dat in gewijzigde vorm. Meestal betroffen dat wijzigingen van wetsbepalingen die los stonden van de jurisprudentie die in de MvT was aangehaald. In een sporadisch geval werd wel een wetsbepaling gewijzigd nadat over die wetsbepaling in de MvT jurisprudentie was aangehaald. Dit gebeurde bijvoorbeeld bij het wetsvoorstel 'Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000, de Algemene wet bestuursrecht en het Wetboek van Strafrecht in verband met rechtsbescherming bij toegangswijziging, uitzonderingen op Richtlijn 2008/115/EG [...]'. Via een ander wetsvoorstel was al tegemoetgekomen aan de in die MvT genoemde jurisprudentie en dus werd het beoogde nieuwe art. 77, tweede lid Vreemdelingenwet 2000 geschrapt.<sup>117</sup> Van de 46 in het Staatsblad verschenen wetsvoorstellen zijn sommige nog niet in werking getreden.<sup>118</sup> Daarnaast zijn sommige in werking getreden wetsvoorstellen inmiddels alweer veranderd.<sup>119</sup>

Van de overgebleven 12 wetsvoorstellen die het Staatsblad niet haalden, zijn 3 wetsvoorstellen inmiddels ingetrokken of verworpen. In één geval werd het wetsvoorstel verworpen door de EK en in de andere twee gevallen werd het wetsvoorstel ingetrokken, omdat er inmiddels niet meer

<sup>115</sup> Zie bijv.: *Kamerstukken II 2014/15*, 34059, nr. 3 (Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht).

<sup>116</sup> Dit overzicht geeft de stand van zaken weer op 15-06-2018.

<sup>117</sup> *Kamerstukken II 2014/15*, 34128, nr. 3

<sup>118</sup> Bijv. 'Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie'.

<sup>119</sup> Bijv. 'Wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter aanvulling van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces' en 'wijziging van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter uitbreiding van de mogelijkheid van uitkering aan nabestaanden'.



voldoende steun bestond in de TK.<sup>120</sup> In geen van die drie gevallen betrof het een initiatiefvoorstel. De overige 9 wetsvoorstellen zijn op de datum waarop het onderzoek is afgesloten nog in behandeling. In 5 van die 9 gevallen ligt het wetsvoorstel op dit moment bij de EK.<sup>121</sup> Voor 3 wetsvoorstellen geldt dat zij waarschijnlijk behoren tot de categorie verweesde wetsvoorstellen, aangezien de laatste parlementaire activiteiten enkele jaren geleden plaatsvonden. In alle drie die gevallen gaat het om initiatiefvoorstellen.<sup>122</sup> In de laatste van de 9 nog in behandeling zijnde wetsvoorstellen ligt het voorstel bij de TK en is de behandeling recent overgenomen door een ander dan het indienende Tweede Kamerlid.<sup>123</sup>

## **5.6 Waarom wordt de jurisprudentie aangehaald?**

### **5.6.1 Inleiding**

Het meest logisch lijkt de redenen voor het aanhalen van de jurisprudentie in de MvT in de onderstaande 5 categorieën in te delen. De ene verwijzing is eenvoudiger in te delen dan de andere. Twijfelgevallen worden waar relevant bij de betreffende categorie besproken. Voor een volledig overzicht van de categorisering van de verwijzingen zijn bijlage 1 en 2 te raadplegen.<sup>124</sup>

#### **Categorie 1**

Uit de vermelding van jurisprudentie in de MvT is op te maken dat er wettelijke bepalingen tot stand worden gebracht die gebaseerd of geïnspireerd zijn op jurisprudentie. De wetgever volgt de rechter door middel van de totstandbrenging van wetgeving. Deze categorie wordt aangeduid als 'volgzame wetgever'.

#### **Categorie 2**

Uit de vermelding van jurisprudentie in de MvT is op te maken dat er wettelijke bepalingen tot stand worden gebracht die ingaan tegen rechterlijke uitspraken/jurisprudentie. De wetgever volgt de rechter juist niet, maar besluit andere regels tot stand te brengen dan die de rechter voor ogen had. Deze categorie wordt aangeduid als 'leidende wetgever'.

#### **Categorie 3**

In de MvT wordt de uitleg die rechters in de aangehaalde jurisprudentie gegeven hebben over bestaande wetsbepalingen van overeenkomstige toepassing verklaard op de voorgestelde wettelijke bepalingen.

---

<sup>120</sup> Het gaat om het wetsvoorstel 'Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de eigen bijdrage van veroordeelden aan de kosten van de strafvordering en de slachtofferzorg'. Zie: [https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20171122/brief\\_over\\_intrekking\\_van\\_zes](https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20171122/brief_over_intrekking_van_zes).

<sup>121</sup> Zie bijv.: 'Wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot vastlegging van het recht op bronbescherming bij vrije nieuwsgaring (bronbescherming in strafzaken)'.

<sup>122</sup> 'Voorstel van wet van de leden Van Oosten, Recourt en Berndsen-Jansen tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de herziening van het stelsel van partneralimentatie (Wet herziening partneralimentatie)', 'Voorstel van wet van de leden Recourt en Van der Steur tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de herziening van het stelsel van kinderalimentatie (Wet herziening kinderalimentatie)' en 'Voorstel van wet van het lid Van Klaveren tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met een verruiming van de vrijheid van meningsuiting'.

<sup>123</sup> Voorstel van wet van het lid Voortman houdende vastlegging in de Vreemdelingenwet 2000 van rechten die vreemdelingen ontlenen aan de Overeenkomst [...].

<sup>124</sup> Zie: Excel-documenten genaamd 'analyse onderzoeksresultaten 1' en 'analyse onderzoeksresultaten 2'.

#### Categorie 4

In de MvT wordt jurisprudentiële uitleg ten aanzien van bestaande wettelijke bepalingen bevestigd. Het verschil met categorie 3 ligt in het feit dat de jurisprudentiële uitleg niet van belang is ten aanzien van de voorgestelde wettelijke bepalingen, maar slechts ten aanzien van bestaande wettelijke bepalingen. Gezamenlijk worden categorie 3 en 4 aangeduid als ‘codificerende’ MvT’.

#### Categorie 5

In de MvT wordt jurisprudentie aangehaald om niet meer geldende wetsartikelen uit te leggen. Deze jurisprudentie is inmiddels niet meer relevant, maar functioneert slechts om de ontwikkeling van het recht van vroeger te schetsen. Deze categorie wordt aangeduid als ‘uitleg van oude wetsartikelen’.

De eerste twee categorieën verschillen wezenlijk van de overige categorieën. In de eerste twee categorieën gaat het om gevallen waarin jurisprudentie is aangehaald waarop direct een wetswijziging volgt. In categorie 3 en 4 gaat het om verwijzingen naar jurisprudentie om het bestaande recht uit te leggen, welke uitleg vervolgens voor de gevallen in categorie 3 ook voor de voorgestelde wetsbepalingen geldt. Deze twee categorieën worden op één hoop gegooid. Waar het bij categorie 1 en 2 draait om rechtstreekse invloed van jurisprudentie op de wettekst, gaat het in categorie 3 en 4 slechts om jurisprudentiële invloed op de uitleg van de wet in de MvT. Dit maakt dat de eerste twee categorieën, in tegenstelling tot categorie 3 en 4, als directe invloed van de rechter op de wetgever te beschouwen zijn, daar de wettekst een product is van de wetgever. Categorieën 3 en 4 zien louter op de uitleg van de wet in de MvT. De laatste categorie 5 is een kleine groep gevallen waarin naar jurisprudentie verwezen wordt om het recht van vroeger uit te leggen; dit recht en de daarover gaande jurisprudentie is inmiddels niet meer van toepassing. Deze jurisprudentie wordt slechts aangehaald om de ontwikkeling van het recht te schetsen.

Categorieën 1 en 2 zullen eerst gezamenlijk worden behandeld, alvorens ze afzonderlijk worden besproken, aangezien deze categorieën belangrijke overeenkomsten bevatten. Hetzelfde geldt voor de categorieën 3 en 4. Als laatst komt categorie 5 kort aan bod.

### **5.6.2 Volgzaam en leidende wetgever**

Op het eerste gezicht lijkt het in een geval van een volgzaam wetgever wellicht om het tegenovergestelde van een geval van een leidende wetgever te gaan. Terwijl het bij de volgzaam wetgever gaat om het vastleggen van wetgeving die gebaseerd is op jurisprudentie, heeft de categorie leidende wetgever te maken met het doorkruisen van jurisprudentie. De essentiële overeenkomst die hier echter uit voortvloeit is dat het in beide categorieën gaat om het vastleggen van wetgeving op basis van jurisprudentie. Aangezien er een product van wetgeving tot stand wordt gebracht, is in beide gevallen de wetgever aan te wijzen als reagerende partij op jurisprudentie. De manier waarop de wetswijzigingen in MvT worden toegelicht is overigens toe te schrijven aan een, of meerdere, minister(s) en/of staatssecretaris(sen), als zijnde schrijver(s) van de MvT.

Naast de constatering van bovenstaande overeenkomst, blijkt het meest belangrijke verschil tussen een ‘volgzaam’ en een ‘leidende’ wetgever te nuanceren. Het is namelijk niet zo dat in het geval van een volgzaam wetgever jurisprudentiële regels letterlijk in de wet worden verankerd en in het geval van een leidende wetgever jurisprudentiële regels overduidelijk worden doorkruist. Wanneer er sprake is van een geval uit de categorie volgzaam wetgever worden jurisprudentiële regels meestal op een enigszins eigen wijze door de wetgever vastgelegd. Een subtiel voorbeeld vormt art. 37 van

de Gerechtsdeurwaarderswet. In het wetsvoorstel ‘Wijziging van de Gerechtsdeurwaarderswet in verband met de evaluatie van het functioneren van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders, alsmede de regeling van enkele andere onderwerpen in die wet’ wordt in het tweede lid van art. 37 Gerechtsdeurwaarderswet opgenomen dat *“Indien de klacht wordt ingediend na verloop van drie jaren na de dag waarop de klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de gerechtsdeurwaarder waarop de klacht betrekking heeft, wordt de klacht door de voorzitter niet-ontvankelijk verklaard.”* In de MvT wordt overwogen dat de in de jurisprudentie ontstane regel dat een gerechtsdeurwaarder op een gegeven moment niet meer tuchtrechtelijk wordt geconfronteerd met in het verleden gemaakte fouten, een wettelijk vastgestelde termijn verdient. De rechter had echter niet precies een termijn van drie jaren bedacht. In dit onderzoek wordt een dergelijk geval geschaard onder de categorie volgzame wetgever; op het meest wezenlijke punt volgt de wetgever de rechter.

### 5.6.3 Categorie 1: Volgzame wetgever

Als belangrijkste aanknopingspunt om de vermelding van jurisprudentie in de MvT onder de eerste categorie te scharen gebruik ik de classificatie die in de MvT zelf gegeven wordt aan de vermelding. De indiener van de MvT lijkt graag aan te geven dat zijn wetswijzigingen overeenkomstig jurisprudentie gebeurt. De categorie volgzame wetgever hangt nauw samen met het legaliteitsbeginsel, dat inhoudt dat alle overheidsoptreden moet berusten op kenbare en voldoende specifieke algemene regels.<sup>125</sup> De wetgever heeft in deze gevallen bedacht dat het bestaan van regels louter op basis van jurisprudentie niet afdoende is, en besluit met wetgeving te komen.

Aantal keren	Aantal verschillende MvT	Gecodificeerd wat rechter gezegd heeft (letterlijk)	Gecodificeerd omdat de rechter iets gezegd heeft (obv Europees recht)
29	20	20 (3)	9 <sup>126</sup> (3)

Tabel VI: Categorie 1 ‘Volgzame wetgever’

De categorie volgzame wetgever wordt in de tabel gesplitst in twee groepen. De eerste groep vormt de meest klassieke vorm van codificatie en bevat gevallen waarin de wetgever codificeert wat de rechter heeft gezegd. Meestal gaat het om jurisprudentie waarin de rechter wettelijke bepalingen op een bepaalde manier heeft uitgelegd en/of uitgebreid waarna de wetgever besluit deze uitleg/uitbreiding in de wet vast te leggen. Naast het hierboven uitgelegde art. 37 Gerechtsdeurwaarderswet, vormt artikel 105/106 van de Faillissementswet in het wetsvoorstel ‘Wet versterking positie curator’ een duidelijk voorbeeld. In de MvT bij dat wetsvoorstel wordt jurisprudentie aangehaald om te laten zien dat de oorspronkelijke wettelijke inlichtingenplichtplicht door jurisprudentie is verruimd en dat er ook een medewerkingsplicht is geïntroduceerd. Deze jurisprudentiële ontwikkelingen worden (deels) in de wet vastgelegd. Er wordt bijv. gezegd: "De tweede volzin van artikel 105, eerste lid, Fw verplicht de failliet tot het uit eigener beweging

<sup>125</sup> C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer: Kluwer 2012, p. 311. Eigenlijk gek dat het begrip codificatie nauwelijks/niet ter sprake komt in het boek?

<sup>126</sup> De nummers zijn de nummers van de rijen uit Excel document ‘Analyse onderzoeksresultaten 1’. De nummers tussen haakjes zijn de nummers van de rijen uit Excel document ‘Analyse onderzoeksresultaten 2’. Nrs. 29 (13), 30 (13), 42 (16), 50 (18), 88 (34), 78/79 (29), 90 (34) 109/110 (42) en 133 (53).

verstrekken van inlichtingen. Dit is een codificatie van de bestaande jurisprudentie (HR 15 januari 2002, NJ 2002/259) en praktijk.<sup>127</sup>

Het komt sporadisch voor dat wordt gecodificeerd wat de rechter letterlijk had uitgesproken. Als voorbeeld kan art. 7:5, vijfde lid BW uit het wetsvoorstel 'Wijziging van de Boeken 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek, in verband met verduidelijking van het toepassingsbereik van de koopregels van titel 7.1 BW' genoemd worden. Hierin wordt voorgesteld de zinsnede «de levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd» te vervangen door: op de levering van digitale inhoud die niet op een materiële drager is geleverd, maar die wel is geïndividualiseerd en waarover feitelijke macht kan worden uitgeoefend. In de MvT werd overwogen dat "[met het vijfde lid van artikel 7:5 BW] ... is aangesloten bij de door de Hoge Raad in het «Beeldbrigade-arrest» gebruikte terminologie." De Hoge Raad overwoog in dat arrest dat "Voorts van belang is [...] ertoe strekt de verkrijger iets te verschaffen dat geïndividualiseerd is en waarover hij feitelijke macht kan uitoefenen."

De tweede groep bevat gevallen waarin niet datgene wordt vastgelegd wét de rechter gezegd heeft, maar legt de wetgever een nieuwe wetsbepaling vast ómdat de rechter iets gezegd heeft. Ter illustratie kan het wetsvoorstel 'Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen' worden genoemd. De Hoge Raad had in een reeks van arresten geoordeeld dat het inlezen van de mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade in het huidige wettelijke kader de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan.<sup>128</sup> Deze arresten vormen mede de aanleiding voor het voorzien van een wettelijke basis voor erkenning van affectieschade.

Binnen de tweede groep komt het een paar keer voor dat de rechter op basis van Europees recht een bepaalde uitspraak gedaan heeft en de wetgever op grond daarvan de wet aanpast. In het wetsvoorstel 'Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000, [...] in verband met rechtsbescherming bij toegangsweigering, uitzonderingen op Richtlijn [...] over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven [...]' is hiervan tweemaal sprake. In het ene geval wordt voorgesteld art. 77 van de Vreemdelingenwet 2000 aan te passen omdat er uit jurisprudentie gebleken is dat dit artikel niet voldoet aan art. 6 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.<sup>129 130</sup> In het andere geval had de rechter geoordeeld dat de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever op grond van Europees recht niet impliciet uit het wettelijk stelsel kon blijken, maar expliciet diende te worden vastgelegd. De wetgever geeft hieraan gehoor door art. 109a Vw 2000 vast te stellen, waar in eerste instantie nog gekozen was voor een tijdelijke Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB).

---

<sup>127</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3, p. 17.

<sup>128</sup> Hoewel in de MvT geen specifieke arresten worden genoemd, kan o.a. het volgende arrest als voorbeeld worden genoemd: Hoge Raad 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240.

<sup>129</sup> Het betreft hier jurisprudentie van de ABRvS, o.a. ABRvS 11 juni 2013, zaak nr. 201301582/1/V4.

<sup>130</sup> Het voorgestelde art. 77 Vw 2000 verschijnt uiteindelijk overigens niet in het Staatsblad, omdat al via een ander wetsvoorstel tegemoetgekomen is aan de jurisprudentie van de Afdeling.

#### 5.6.4 Categorie 2: Leidende wetgever

Voor het omschrijven van de categorie ‘leidende wetgever’ wordt aangesloten bij de term ‘overrulen’ uit het onderzoek van Visser.<sup>131</sup> Het gaat erom dat de wetsvoorstellen worden ingediend met de bedoeling herhaling van een bepaalde rechterlijke uitspraak te voorkomen. Een tekenend voorbeeld is te halen uit het zojuist al aangehaalde wetsvoorstel ‘Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000, [...] in verband met rechtsbescherming bij toegangswegering, uitzonderingen op Richtlijn [...] over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven [...]’. Art. 15 van het Wetboek van Strafvordering wordt aangepast om de bedoeling van de wetgever weer tot uiting te laten komen, die door jurisprudentie was doorkruist. In de jurisprudentie was namelijk aangenomen dat iemand al heel snel wordt geacht een asielaanvraag te hebben ingediend waardoor diegene op dat moment wordt bestempeld als rechtmatig persoon in Nederland. Op grond van art. 15 Sr hebben zij daardoor ook recht op vervroegde vrijlating. Het was volgens de wetgever voor sommige vluchtelingen echter niet de bedoeling dat zij eenvoudigweg een asielaanvraag in kunnen dienen om eerder vrijgelaten te worden. Die vervroegde vrijlating was namelijk bedoeld om veroordeelden makkelijker te kunnen laten terugkeren in de maatschappij. Een vluchteling die heel weinig kans heeft op een verblijfsvergunning hoeft echter helemaal niet terug te keren in de maatschappij en dus is vervroegde vrijlating ongewenst. Door middel van de voorgestelde wetswijziging hebben alleen vluchtelingen in de categorieën van art. 8 Vw 2000 die echt een kans hebben op een verblijfsvergunning, ook recht op vervroegd vrijlaten.

Aantal keren	Aantal verschillende MvT	De rechter lijkt in de ogen van de rechter iets verkeerd te hebben gedaan ( waarvan initiatiefvoorstellen)	De rechter lijkt in de ogen van de rechter niet iets verkeerd te hebben gedaan (maar de rechter moest tot een bepaald beslissing komen o.b.v. Europees recht)
19	18	10 <sup>132</sup> (4)	10 <sup>133</sup> (2 <sup>134</sup> )

Tabel VII: Categorie 2 ‘leidende wetgever’

De keren dat er sprake was van een leidende wetgever heb ik uitgesplitst in twee groepen. In de ene groep zijn gevallen geplaatst waar het lijkt alsof de rechter in de ogen van de wetgever iets verkeerd heeft gedaan en in de andere groep gaat het om gevallen waar het lijkt alsof de wetgever de rechter minder kwalijk neemt dat hij tot een bepaalde beslissing is gekomen. De scheidslijn tussen twee groepen is niet altijd even duidelijk en wordt voornamelijk bepaald door het taalgebruik in de MvT. Verhoudingsgewijs komen in de eerste groep veel initiatiefvoorstellen voor. Kamerleden lijken meer verwijtend in hun bejegening naar rechters dan ministers en staatssecretarissen. Zo uit Kamerlid Van Klaveren zich in de MvT bij het ‘Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met een verruiming van de vrijheid van meningsuiting’ als volgt: “Bovendien blijken de artt. 137c en d Sr. in de rechterlijke praktijk zodanig te worden opgerekt dat de door de wetgever beoogde limitatieve en restrictieve strafbaarstelling op losse schroeven wordt gezet.”<sup>135</sup> Hierop

<sup>131</sup> Zie paragraaf 3.4.

<sup>132</sup> Nrs. 9 (4), 22-23 (11), 24-28 (12), 31 (13), 77 (28), 84-86 (32), 93 (35), 104-105 (40), 111-112 (43) en 123-124 (48).

<sup>133</sup> Nrs. 13 (7), 62-63 (22), 73 (25), 74 (26), 95-96 (36), 99 (36), 108 (41), 113-114 (43), 121 (45) en 134 (54).

<sup>134</sup> Nrs. 13 (7) en 95/96 (36).

<sup>135</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34051, nr. 5.*

wordt voorgesteld de genoemde artikelen te wijzigen om zo de ruime uitleg door de jurisprudentie te vervangen.

In memories van toelichting bij regeringsvoorstellen wordt het voornemen tot het wijzigen van de lijn die in de jurisprudentie is ontstaan vaak op een veel subtielere manier verwoord, ook wanneer duidelijk is dat de regering eigenlijk helemaal niet achter de gevormde jurisprudentie staat. Zo luidt de relevante overweging bij het wetsvoorstel 'Wet aanpak schijnconstructies': "Op grond van vaste jurisprudentie is deze medewerkingsplicht van de werkgever in de praktijk een inspanningsverplichting geworden, waardoor er een handhavingstekort is ontstaan. Dit betekent dat de rechter snel aanneemt dat de werkgever heeft voldaan aan deze verplichting. Daarom wordt nu een zelfstandige resultaatsverplichting in de Wav opgenomen dat de werkgever door de met toezichthouder gevorderd kan worden om binnen 48 uren de identiteit vast te stellen van de persoon waarvan het vermoeden bestaat dat hij op grond van feiten en omstandigheden arbeid voor hem verricht of heeft verricht. [...]"<sup>136</sup>

Een bijzondere geval van de eerste subcategorie is het voorgestelde art. 15a, derde lid Wet openbaarheid van Bestuur uit het wetsvoorstel 'Wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen ter voorkoming van misbruik'.<sup>137</sup> In dit artikellid wordt een uitzondering op een in de jurisprudentie ontstane regel wettelijk vastgelegd. De regel uit de jurisprudentie zelf echter niet. Art. 8:75 Algemene wet bestuursrecht geeft de bestuursrecht de bevoegdheid, maar niet de verplichting, een proceskostenveroordeling uit te spreken. Jurisprudentie zorgt ervoor dat de bestuursrechter altijd een proceskostenvergoeding uitspreekt wanneer een beroep gegrond verklaard wordt. Het nieuwe art. 15a, derde lid Wob regelt dat de bestuursrechter "een proceskostenveroordeling op grond van artikel 8:75, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht achterwege [kan] laten, indien de indiener van het beroepschrift, gelet op de omvang van het verzoek, onvoldoende heeft meegewerkt aan het bereiken van overeenstemming over [...]". Op basis van de wettekst van art. 8:75 Awb kon dat dus eigenlijk al, maar jurisprudentie had anders bepaald.

Er zijn ongeveer evenveel gevallen uit de categorie leidende wetgever in de tweede groep te plaatsen als in de eerste. Een sprekend voorbeeld vormt het voorgestelde art. 61 van de Faillissementswet uit de initiatiefwet 'tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken'.<sup>138</sup> De indieners stellen voor om art. 61 Fw te actualiseren met o.a. als reden dat het "onwenselijk [is] dat een woning van de ene echtgenoot in de failliete boedel van de andere echtgenoot kan vallen vanwege een gedeelde hypothecaire lening waarbij de hypotheekrente uit het eigen vermogen van de ene echtgenoot betaald wordt, zoals recentelijk gebeurde bij een uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland."<sup>139</sup> De wet wordt weliswaar veranderd om herhaling van een rechterlijke uitspraak te voorkomen, niet omdat de rechter iets verkeerd gedaan heeft, maar omdat het huidige recht blijkbaar niet goed werkt. De rechterlijke uitspraak is daar een uitwerking van. Overigens wordt in de MvT geen specifiek vonnis van de rechtbank Noord-Nederland genoemd. Deze minder nauwkeurige

---

<sup>136</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34108, nr. 3.

<sup>137</sup> Dit artikellid werd uiteindelijk vastgelegd in art. 15b, derde lid Wob.

<sup>138</sup> Dit wetsvoorstel is overigens in het Staatsblad verschenen (Stb. 2017, 177) en is ook in werking getreden.

<sup>139</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, nr. 6.

vorm van verwijzen naar jurisprudentie komt bij initiatiefvoorstellen meermalen voor, zie bijv. ook de MvT bij het initiatiefvoorstel 'Wet herziening kinderalimentatie'.<sup>140</sup>

Een bijzonder geval in deze subcategorie betreft het wetsvoorstel tot 'Goedkeuring van het voornemen tot opzegging van het op 14 februari 1972 te Rabat tot stand gekomen Algemeen Verdrag inzake sociale zekerheid tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk Marokko [...]'. De wetgever wil af van dit Verdrag omdat de rechter het Verdrag zo heeft uitgelegd dat het aan de toepassing van een recent in werking getreden wettelijke bepaling in de weg staat. In de MvT wordt overwogen: *"Uit recente jurisprudentie is gebleken dat het Verdrag in een aantal gevallen in de weg staat aan toepassing van het woonlandbeginsel. In de aangenomen motie Schut-Welkzijn/Dijkgraaf is verzocht het Verdrag zodanig aan te passen dat deze niet langer in de weg staat aan de toepassing van het woonlandbeginsel."*<sup>141</sup> Vonk noemde het opzeggen of het aandringen op aanpassen van internationale regelingen de enige, weinig reële mogelijkheid die de wetgever heeft wanneer de rechter een dergelijke regeling op een hem onwelgevallige manier heeft uitgelegd.<sup>142</sup> In de praktijk blijkt deze mogelijkheid toch voor te komen om de rechter van het laatste woord te onthouden.

### 5.6.5 'Codificerende' MvT

In verreweg de meeste gevallen wordt jurisprudentie aangehaald in de MvT om een wettelijke bepaling uit te leggen. In meer dan de helft van de keren dat jurisprudentie wordt aangehaald is het met dit doel. Zoals in de inleiding naar voren kwam, kan in deze gevallen niet gesproken worden over het handelen van de wetgever. Het is immers niet de wetgever die jurisprudentie bevestigt, maar de indiener/schrijver van de MvT. De term 'codificatie' wordt hier dan ook niet op de meest gebruikelijke wijze bedoeld. Waar het bij de gangbare betekenis van codificatie gaat om de opname van rechtsregels in wetboeken, gaat het bij de categorie 'codificerende' MvT om gevallen waarin jurisprudentiële uitleg van een wettelijke bepaling in de MvT wordt opgenomen. Jurisprudentie wordt als het ware in de MvT 'gecodificeerd'.

Hoewel de MvT juridische binding ontbeert, geniet de MvT, o.a. voor de rechter, veel gezag bij de uitleg van wettelijke bepalingen. Er zou op deze manier een soort cirkelredenering kunnen ontstaan: de wetgever legt een wettelijke bepaling vast en wijst ter uitleg en ter toepassing van die bepaling naar bestaande jurisprudentie. De rechter wijst in zijn uitspraak ter uitleg van een wettelijke bepaling juist naar de MvT, waar juist zijn eigen jurisprudentie is vastgelegd. De rechter wijst overigens ook vaak naar eerdere eigen jurisprudentie, maar dat wordt tegenwoordig in ieder geval nog expliciet gemaakt. Het is dan goed controleerbaar van wie een bepaalde uitleg nu eigenlijk komt; van de wetgever of de rechter. Wanneer de rechter in een uitspraak voor de uitleg van een wettelijke bepaling naar een MvT verwijst, terwijl in die MvT de jurisprudentiële uitleg bevestigd wordt, is de inbreng van de wetgever in de dialoog beperkt te noemen.

Het tegenovergestelde van een 'codificerende' MvT, namelijk een MvT die middels een uitleg in de MvT het doorkruisen van een lijn die in de jurisprudentie is ontstaan voorstelt, heb ik niet kunnen traceren. Er lijkt een consensus te bestaan over de onmogelijkheid van het wijzigen van een

---

<sup>140</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34154, nr. 3.

<sup>141</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34052, nr. 3

<sup>142</sup> Vonk 1999, p. 26 en verdere verwijzing. Zie paragraaf 3.3.2.

jurisprudentie lijn via louter een uitleg in de MvT. Hiervoor is ook aanpassing van de wettekst zelf nodig, zie hiervoor de categorie ‘leidende wetgever’.

De ‘codificatie’ van jurisprudentie in de MvT is in twee categorieën onder te verdelen. De eerste en grootste categorie betreft gevallen waarin jurisprudentie over het bestaande recht wordt aangehaald om de daarin gegeven uitleg van toepassing te verklaren op de nieuwe wettelijke bepalingen die worden voorgesteld in het wetsvoorstel. De andere, veel kleinere, categorie betreft de gevallen waarin jurisprudentie wordt aangehaald om het bestaande recht uit te leggen, zonder dat deze jurisprudentie direct te koppelen is aan de werking van een nieuwe wettelijke bepaling. Een wetsvoorstel waarin voor beide categorieën een voorbeeld te vinden is betreft de ‘Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de werking van de inschrijving van de koop van een registergoed in de openbare registers te verbeteren’.

Het voorbeeld uit dit wetsvoorstel van de eerste categorie – ‘codificatie’ in de MvT: jurisprudentie ter uitleg van nieuwe wetsartikelen – betreft de uitleg die aan het voorgestelde art. 475h lid 3 Rv gegeven wordt. In de MvT wordt gesteld dat voor de bewoordingen van dit derde artikellid wordt aangesloten bij het eerste lid van hetzelfde artikel. De uitleg die aan deze bewoordingen gegeven is in de jurisprudentie is op die manier van overeenkomstige toepassing.

Het voorbeeld uit dit wetsvoorstel van de tweede categorie – “codificatie” in de MvT: jurisprudentie ter uitleg van bestaande wetsartikelen – betreft de uitleg die aan art. 7:3 lid 3 onderdeel f BW gegeven wordt. De schrijver van de MvT gebruikt een arrest van de Hoge Raad om de werking van het betreffende artikel uit te leggen. De tekst in de MvT luidt: *“Doordat het posterieure beslag op het registergoed geen doel treft, maakt de verkoper aanspraak op hetgeen van de verkoopopbrengst resteert, nadat (eventuele) anterieure beslagleggers en hypotheekhouders zijn voldaan uit de verkoopopbrengst. Conversie van het beslag op het registergoed in een beslag op de verkoopopbrengst is op basis van de huidige wettekst niet mogelijk, zo heeft de Hoge Raad geoordeeld (HR 6 februari 2009, LJN: BG5850).”*<sup>143</sup> Er komt op dit gebied geen nieuwe wettelijke bepaling tot stand, maar de schrijver van de MvT is blijkbaar van mening dat het wel zinvol is de jurisprudentiële uitleg van dit artikel weer te geven.

In het voorbeeld uit de eerste categorie is het eigenlijk de indiener van de MvT die bepaalt dat de jurisprudentie die al op grond van andere artikelen gevormd was, van overeenkomstige toepassing is op de voorgestelde artikelen. De indiener kiest daar dus bewust voor. Als er geen nieuwe artikelen tot stand worden gebracht – de tweede categorie – herhaalt de schrijver van de MvT slechts dat wat de rechter al in de MvT heeft bepaald. Het verschil tussen de geïllustreerde gevallen is subtiel. Wanneer de rechter het nieuwe artikel 475h lid 3 Rv zal toepassen, zal voor de uitleg daarvan waarschijnlijk worden gekeken naar de besproken MvT. Echter, wanneer art. 7:3 lid 3 onderdeel f BW ter sprake komt, zal niet worden gekeken naar deze MvT, omdat hier nu eenmaal niet de totstandkoming van dat artikel besproken wordt.

### 5.6.6 Categorie 3: Uitleg van nieuwe wetsartikelen

De categorie ‘codificerende’ MvT waarbij bestaande jurisprudentie op nieuwe artikelen van toepassing wordt verklaard vormt de grootste categorie. In deze categorie bevinden zich als gezegd

---

<sup>143</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34148, nr. 3.



verwijzingen naar jurisprudentie van nationale rechters die het huidige recht uitleggen. De wetgever is het blijkbaar met deze uitleg eens en gebruikt deze in de MvT om het recht uit te leggen en verklaart deze uitleg vervolgens ook van toepassing op de nieuwe artikelen die hij tot stand brengt. Een sprekend voorbeeld vormt de wijziging van art. 53 en 54 van het Wetboek van Strafvordering door middel van het wetsvoorstel ‘Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met aanvulling van bepalingen over de verdachte, de raadsman en enkele dwangmiddelen’. In de MvT bij het wetsvoorstel wordt jurisprudentie aangehaald om het geldende recht over aanhouding van verdachten uit te leggen: *“Volgens jurisprudentie van de Hoge Raad (onder meer ECLI:NL:HR:2013:BZ8166, NJ 2013/268) is met het vragen naar de personalia het verhoor nog niet begonnen. Wel kan na de staandehouding de verdachte bevraagd worden over het strafbaar feit waarvoor hij is staande gehouden, maar voorafgaand aan die vragen dient de opsporingsambtenaar hem te wijzen op zijn zwijgrecht en op zijn recht op bijstand van een raadsman.”*<sup>144</sup> Art. 53 en 54 Sv worden weliswaar vervangen om beter te laten aansluiten op de praktijk en bijv. de rol van de hulp-OvJ te versterken, maar de hiervoor genoemde jurisprudentie blijft op de artikelen van toepassing. De schrijvers van de MvT, de minister en staatssecretaris van V&J, gaan in het onderhavige voorbeeld niet echt in op waarom zij het eens zijn met de geldende jurisprudentie, maar zullen het er dus wel mee eens zijn. Op deze manier wordt jurisprudentie eigenlijk een soort van erkend, ‘gecodificeerd’, in de MvT.

Als gezegd, komen deze gevallen erg vaak voor. Onderstaande tabel laat zien hoe vaak deze gevallen voorkomen. De hier gepresenteerde getallen betekenen dat bij bijna een kwart van de wetsvoorstellen die in totaal jaarlijks worden ingediend in de bijbehorende MvT gemiddeld bijna twee keer naar jurisprudentie wordt verwezen om de voorgestelde wetsartikelen uit te leggen.

Aantal keren	Aantal verschillende MvT
60	36

Tabel VIII: categorie 3 ‘codificerende’ MvT – uitleg van nieuwe wetsartikelen

Ik zal een tweetal opvallende voorbeelden uitlichten. Het eerste voorbeeld gaat over art. 363 van de Faillissementswet uit het wetsvoorstel ‘Wet continuïteit ondernemingen I’. In de consultatie wordt kritisch gereageerd op de versie van dit artikel in het voorontwerp, omdat daarin een bepaalde afwegingsgrond is opgenomen voor het aanwijzen van een beoogd curator. De indiener van het wetsvoorstel besluit deze grond aan te passen, met mede als reden dat deze aanpassing meer in lijn is met de bestaande jurisprudentie. In de MvT wordt overwogen: *“Volgens de bestaande jurisprudentie mag de curator bij zijn taakuitoefening in faillissement maatschappelijke belangen wel meewegen, maar dit betekent niet dat deze – waar sprake is van conflicterende belangen – voorrang zouden mogen krijgen op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Omdat het niet de bedoeling was om van deze lijn af te wijken, is besloten om de tweede grond te schrappen.”* Er wordt dus wettekst uit het oorspronkelijke wetsvoorstel geschrapt om het recht zoals uitgelegd in de jurisprudentie in stand te laten.

Het tweede voorbeeld komt uit het wetsvoorstel ‘Wet modernisering Vbp-plicht overheidsondernemingen’. In dit wetsvoorstel wordt maar liefst negen keer jurisprudentie aangehaald om het huidige recht uit te leggen, welke uitleg vervolgens ook van belang is voor de nieuwe artikelen. In zeven van die negen gevallen wordt geen specifieke rechterlijke instantie

<sup>144</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34159, nr. 3, p. 15-16.

genoemd, maar wordt slechts gesproken over “jurisprudentie”. In al die gevallen is deze jurisprudentie toe te schrijven aan de Hoge Raad, namelijk aan de hoogste belastingrechter. In de MvT wordt bijv. overwogen: *“Voor niet-belastingplichtige lichamen die eerst geen onderneming dreven, maar dat op een later moment wel gaan doen en daardoor belastingplichtig worden, is op grond van jurisprudentie een goodwillverbod op de openingsbalans van de onderneming van toepassing.”*<sup>145</sup>

#### 5.6.7 Categorie 4: Uitleg van bestaande wetsartikelen

Dan is er nog een categorie waarbij opnieuw een wettelijke bepaling aan de hand van jurisprudentie wordt uitgelegd in de MvT, maar er op dat gebied eigenlijk geen nieuwe bepalingen tot stand komen. De indiener legt bijvoorbeeld de wet over het aanwenden van gewone rechtsmiddelen uit aan de hand van de jurisprudentiële interpretatie daarvan, terwijl op dat punt geen wijzigingen beoogd worden.<sup>146</sup> Af en toe komt het voor dat jurisprudentie wordt aangehaald om het bestaande recht uit te leggen, welke uitleg dan expliciet niet van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op het nieuwe recht. In de MvT bij het wetsvoorstel ‘Belastingplan 2015’ wordt namelijk overwogen: *“Anders dan in het leerstuk over het zakelijkheidsvereiste zoals dat in de jurisprudentie over de verwervingskosten vorm heeft gekregen, wordt bij het noodzakelijkheids criterium [dat in de voorgestelde wetsbepalingen van toepassing zal zijn] in eerste instantie afgegaan op het oordeel van de inhoudingsplichtige.”* Er is dan geen sprake van een wijziging van de lijn die in de jurisprudentie is ontstaan; deze lijn wordt echter niet van toepassing verklaard op de voorgestelde wetsartikelen.

Aantal keren	Aantal verschillende MvT
10 <sup>147</sup>	8

Tabel IX: categorie 4 ‘codificerende’ MvT – uitleg van bestaande wetsartikelen

Aangezien de verschillen tussen categorie 3 en 4 zeer subtiel zijn, volgt hieronder een tabel waarin de categorieën zijn samengevoegd.

Aantal keren	Aantal verschillende MvT
70	39

Tabel X: ‘codificerende’ MvT – categorie 3 en 4 samengevoegd

#### 5.6.8 Categorie 5: Uitleg van oude wetsartikelen

In deze categorie bevinden zich gevallen waarin jurisprudentie wordt aangehaald om de ontwikkeling van het recht van vroeger uit te leggen. Deze categorie onderscheidt zich wezenlijk van de voorgaande categorieën doordat de aangehaald jurisprudentie geen geldend recht meer betreft. Als voorbeeld kan het initiatiefwetsvoorstelwetsvoorstel ‘Wet herziening partneralimentatie’ genoemd worden, waarin jurisprudentie wordt vermeld om te laten zien welke invloed deze jurisprudentie in het verleden heeft gehad op het recht omtrent partneralimentatie. Deze uiteenzetting start met de overweging: *“Dit echtscheidings- en alimentatierecht werd pas in 1971 aangepast. Tot die tijd werd met dit negentiende-eeuwse stelsel van schuld en onschuld gewerkt, van tijd tot tijd aangepast als*

<sup>145</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34003, nr. 3, p. 15.

<sup>146</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34090, nr. 3, p. 30-31.

<sup>147</sup> Nrs. 43 (17), 47 (18), 48 (18), 64 (22), 71 (25), 79 (30), 91 (35), 135 (56), 136 (37) en 128 (58).

gevolg van jurisprudentie van de Hoge Raad." Vervolgens wordt de hele ontwikkeling van de jurisprudentie tot en kort na de wetwijziging van 1971 geanalyseerd.

Aantal keren	Aantal verschillende MvT
4 <sup>148</sup>	4

Tabel XI: Categorie 5 'uitleg van oude wetsartikelen'

## **5.7 Verantwoording voor de reactie op jurisprudentie in de MvT**

### **5.7.1 Inleiding**

In deze paragraaf bekijk ik of de MvT uitdrukkelijk verantwoordt voor de wijze waarop gereageerd wordt op jurisprudentie en welke normatieve rechtvaardiging gegeven wordt. In plaats van kwantitatieve gegevens te verschaffen over hoe vaak er in de MvT op welke wijze verantwoord wordt dat jurisprudentie wordt aangehaald, zal ik per categorie een beeld schetsen van de wijze waarop de jurisprudentie wordt aangehaald door een aantal voorbeelden te geven. Voor deze aanpak heb ik gekozen omdat er te veel verschillende benaderingen mogelijk zijn voor het bepalen en indelen van de categorieën.

### **5.7.2 Categorie 1: Volgzaam wetgever**

Wanneer er sprake is van een geval uit de categorie 'volgzame wetgever', komt het vaak voor dat het lijkt alsof de wetgever sowieso van plan was de voorgestelde wetsbepaling vast te leggen, onafhankelijk van het feit dat de aangehaalde jurisprudentie is geweest op het onderwerp in kwestie. Er wordt in die gevallen slechts kort genoemd dat de voorgestelde bepaling gebaseerd is op al bestaande regels in de jurisprudentie. Een voorbeeld vormt art. 94, tweede lid van de Vreemdelingenwet uit het wetsvoorstel 'Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van Richtlijn [...] betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming en Richtlijn [...] tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming'.<sup>149</sup> De overweging bij het invoeren van het artikellid luidt:

*"Daarnaast wordt de rechtsbescherming tegen de toegangswegering en het opschorten of uitstellen van de beslissing inzake toegangswegering gestroomlijnd met de hierbij of kort daarop opgelegde vrijheidsontnemende maatregel. Aldus worden de toegangswegering (en eventueel de opschorting of uitstel van de beslissing omtrent toelating) en de grensdetentie tegelijkertijd op zitting behandeld. Dit is in lijn met de ontwikkeling in de jurisprudentie van de Afdeling (uitspraak 11 juni 2013 in zaak nr. 201301582/1/V4 en de uitspraak van 13 december 2013 in zaken nrs. 201307491/1/V4 en 201308904/1/V4, [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)) en wenselijk vanwege de sterke samenhang tussen beide maatregelen en het belang van effectieve rechtsbescherming."*<sup>150</sup>

<sup>148</sup> Nrs. 6 (4), 74-75 (27), 86 (33) en 99 (37).

<sup>149</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34088, nr. 2.

<sup>150</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34088, nr. 3, p. 55.

De jurisprudentie van de ABRvS waarin de toegangswegering en grensdetentie tegelijkertijd op zitting wordt behandeld, wordt niet als eerste reden aangehaald om deze gelijktijdige behandeling in wetgeving vast te leggen. In plaats daarvan, lijkt deze codificatie voornamelijk een eigen idee van de wetgever, die bijkomstig “in lijn is” met de bestaande jurisprudentie. Het feit dat de wetgever hier besluit de rechter te volgen, lijkt als een soort extra motivatie voor de voorgestelde wettelijke bepaling te worden gebruikt. Naast de jurisprudentie als reden voor de codificatie, wordt een heel duidelijk eigen rechtvaardiging aan de voorgestelde wettelijke bepaling ten grondslag gelegd, namelijk dat deze wenselijk is “vanwege de sterke samenhang tussen beide maatregelen en het belang van effectieve rechtsbescherming”. Overigens werd dit argument van nauwe samenhang ook in de vermelde rechterlijke uitspraken aangehaald als reden voor gelijktijdige behandeling.<sup>151</sup>

Soms wordt er in de MvT een nog duidelijkere eigen afweging ten grondslag gelegd voor een wettelijke bepaling die een codificatie van jurisprudentie betreft. In het wetsvoorstel ‘Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met aanvulling van bepalingen over de verdachte, de raadsman en enkele dwangmiddelen’ wordt zelfs aangegeven hoe de jurisprudentie zich met het nieuwe artikel zou moeten ontwikkelen.<sup>152</sup> De casus kan als volgt worden samengevat. De indieners van het wetsvoorstel opperen art. 61 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) te vervangen door art. 56a Sv. De relevante oude en voorgestelde artikellieden luiden:

#### Art. 61 Wetboek van Strafvordering (vervallen per 01-03-2017)

1. Indien de verdachte niet overeenkomstig artikel 57 in verzekering wordt gesteld, noch overeenkomstig artikel 60 voor de rechter-commissaris wordt geleid, wordt hij in vrijheid gesteld tenzij hij op bevel van de officier van justitie of de hulpofficier voor wie de verdachte is geleid of die zelf de verdachte heeft aangehouden, voor ten hoogste zes uren wordt opgehouden voor onderzoek. Tijdens het ophouden voor onderzoek wordt de verdachte gehoord.

#### Artikel 56a Wetboek van Strafvordering

1. Nadat de aangehouden verdachte aan de hulpofficier van justitie of de officier van justitie is voorgeleid, kan deze bevelen dat de verdachte wordt opgehouden voor onderzoek dan wel in vrijheid wordt gesteld. De hulpofficier van justitie kan voorts beslissen om de verdachte onverwijld voor te geleiden aan de officier van justitie.

2. De verdachte van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten kan ten hoogste negen uur worden opgehouden voor onderzoek; de verdachte van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten ten hoogste zes uur. De tijd tussen middernacht en negen uur ‘s morgens wordt voor de berekening van deze termijnen niet meegerekend. De ophouding vindt plaats in het belang van het onderzoek.

De Hoge Raad bespreekt op basis van het, inmiddels vervallen, art. 61 Sv de vraag op welk tijdstip de vastgelegde termijn van zes uren een aanvang neemt en overweegt: “*Uit de hiervoor onder 4.3 weergegeven wetsbepalingen [o.a. art. 61 Sv] volgt dat die termijn begint te lopen op het moment waarop de (hulp)officier van justitie beveelt dat de verdachte wordt opgehouden voor onderzoek als bedoeld in art. 61, eerste lid, Sv. Opmerking verdient dat de tijd die verstrijkt gedurende de*

---

<sup>151</sup> ABRvS 11 juni 2013, 201301582/1/V4 en ABRvS 13 december 2013, 201307491/1/V4 en 201308904/1/V4.

<sup>152</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34159, nr. 2.

*overbrenging van de verdachte naar de plaats van het onderzoek, niet wordt meegeteld bij de berekening van genoemde termijn van zes uren (vgl. HR 24 mei 1988, NJ 1988, 918).<sup>153</sup>*

In art. 56a van het wetsvoorstel wordt de aanvangstijd van de termijn van zes uren die geldt voor als maximum voor het ophouden voor vooronderzoek vastgelegd begint te lopen op het moment dat de verdachte is voorgeleid aan de (hulp)officier van justitie. Dit is een codificatie van de bovenstaand oordeel van de Hoge Raad, die luidt dat de termijn van zes uren pas ingaat op het moment dat de verdachte is voorgeleid. In de MvT wordt over deze codificatie overwogen:

*"De Hoge Raad heeft bepaald dat de termijn van het ophouden voor onderzoek begint nadat de verdachte is aangekomen op de verhoorlocatie en de hulpofficier van justitie bij de voorgeleiding een bevel tot het ophouden voor onderzoek heeft gegeven (zie ECLI:NL:HR:2004:AP1213, NJ 2004/590). De tijd die verstrijkt tussen de aanhouding en het bevel tot het ophouden voor onderzoek, telt voor het berekenen van de termijn van het ophouden voor onderzoek dus niet mee. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als de verdachte in een andere gemeente wordt aangehouden dan die waarin de politie hem wil voorgeleiden en verhoren. De tijd [...]"<sup>154</sup>*

De schrijvers van de MvT, de minister en staatssecretaris van V&J, lijken op basis van het verbindingswoord "dus" de rechter braaf te willen volgen. Meteen na dit citaat wordt echter aangegeven op welke wijze de codificatie zal moeten toegepast door de rechter:

*"De tijd die het vervoer neemt, mag niet disproportioneel zijn (zie onder andere Corstens/Borgers, handboek, achtste druk, blz. 433). De ratio van het voorschrift dat de verdachte ten spoedigste wordt voorgeleid, is dat een eventuele vrijlating daarna ook ten spoedigste kan volgen. Het ophouden voor transport mag geen oneigenlijke wijze zijn om de vrijheidsbeneming van de verdachte te laten voortduren. Het ligt voor de hand dat de hulpofficier van justitie voor wie de aangehouden verdachte wordt geleid, nagaat of er niet te veel tijd is verstreken tussen de daadwerkelijke aanhouding en de aankomst op de verhoorlocatie."<sup>155</sup>*

Het hierboven uitgewerkte voorbeeld waarbij een codificatie van jurisprudentie met uitgebreide eigen uitleg gepaard gaat, vormt echter een uitzondering. Meestal wordt de rechter gevolgd zonder een duidelijke eigen argumentatie aan de voorgestelde wettelijke bepaling ten grondslag te leggen. Het meest logisch is er op die momenten vanuit te gaan dat de indiener van het wetsvoorstel, en de wetgever, het eens is met de jurisprudentiële regels en deze aldus codificeert. Voorbeelden vormen art. 353 en art. 362 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering uit het wetsvoorstel 'Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie'.<sup>156</sup> In de bijbehorende MvT wordt overwogen:

*"Bovendien is de tekst (evenals die van het overeenkomstige artikel 362 voor de verzoekprocedure) aangepast aan de vaste jurisprudentie, die luidt dat de huidige betekenis van artikel 353, eerste lid, is dat de eis in reconventie niet voor het eerst in hoger beroep kan worden ingesteld. Dit zal ook gelden voor het tegenverzoek."<sup>157</sup>*

---

<sup>153</sup> Hoge Raad 31 augustus 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1213, NJ 2004/590.

<sup>154</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34159, nr. 3, p. 16.

<sup>155</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34159, nr. 3, p. 16.

<sup>156</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34138, nr. 2.

<sup>157</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34138, nr. 3, p. 32.

Blijkbaar is de wetgever het eens met de rechter dat de eis in reconventie niet voor het eerst in hoger beroep kan worden ingesteld. Eigen overwegingen worden daaraan niet ten grondslag gelegd en waarom de wetgever het eens is met deze jurisprudentie wordt niet gezegd. De wettekst wordt simpelweg “aangepast aan de vaste jurisprudentie”. Er wordt hierbij niet naar specifieke uitspraken verwezen, wat verdere analyse lastig maakt. Deze manier van verwijzen is overigens in strijd met aanwijzing 3.44 van de Ar, zie paragraaf 3.2 Hier zal nader op in worden gegaan in het laatste hoofdstuk.

Een nog duidelijker voorbeeld waarin de wetgever bij de jurisprudentie aansluit zonder daarvoor een eigen afweging in de MvT op te nemen, is art. 7:5 van het Burgerlijk Wetboek uit het wetsvoorstel “Wijziging van de Boeken 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek, in verband met verduidelijking van het toepassingsbereik van de koopregels van titel 7.1 BW”.<sup>158</sup> In dit artikel wordt de letterlijke formulering van de Hoge Raad overgenomen. Hierover wordt in de MvT overwogen:

*"De toepasselijkheid van titel 7.1 BW op «download-overeenkomsten» heeft daarbij niet ter discussie gestaan. Deze is bevestigd in het «Beeldbrigade-arrest» van de Hoge Raad uit 2012<sup>159</sup>.”<sup>160</sup>*

Hoewel er wettelijk gezien twijfel bestond over de toepassing van titel 7.1 op download-overeenkomsten, maakte de Hoge Raad de keuze om de meest gangbare rechtsopvatting in zijn oordeel te gebruiken en titel 7.1 van toepassing te verklaren. Deze in de MvT genoemde ‘bevestiging’ lijkt voor de wetgever voldoende reden om dit wettelijk te verankeren. Opnieuw wordt er geen eigen overweging aan de voorgestelde wettelijke bepaling ten grondslag gelegd en moet ervan uit worden gegaan dat de indiener verzwegen goede redenen bezit om de jurisprudentie op dit punt te volgen.

Een bijna hoffelijk te noemen conversatie tussen rechter, wetgever en indiener vindt plaats op de kwestie van de onderbreking van de termijn van terbeschikkingstellingen (TBS). De reactie in de MvT op een door de rechter geconstateerde leemte, die nu wordt gepoogd te worden hersteld door middel van het voorgestelde art. 38f Wetboek van Strafrecht, luidt als volgt<sup>161</sup>:

*“Art. 38f Wetboek van strafrecht – onderbreking termijn TBS: Dit betreft een omzetting van het huidige artikel 38f van het Wetboek van Strafrecht. Het eerste lid, onderdeel e, is naar aanleiding van het advies van het openbaar ministerie toegevoegd. Het openbaar ministerie wijst op een uitspraak van het Hof Arnhem (LJN BU7382) waarin is uitgesproken dat in het huidige artikel 38f Sr – kennelijk bij abuis – niet het geval wordt benoemd waarin de termijn van de voorwaardelijke beëindiging van een dwangverpleging wordt onderbroken door een vrijheidsbeneming. Deze in de jurisprudentie geconstateerde leemte wordt met dit voorstel gevuld.”<sup>162</sup>*

De overweging van het Hof Arnhem uit het aangehaalde arrest, klonk als volgt:

*“Artikel 38f Wetboek van strafrecht geeft een limitatieve opsomming van gevallen waarin de termijn van de terbeschikkingstelling niet loopt. [...] Bij deze wetswijziging is kennelijk over het hoofd gezien om een soortgelijke bepaling als het huidige artikel 38f, eerste lid, aanhef en onder b Wetboek van*

<sup>158</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34071, nr. 2.

<sup>159</sup> HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301 (De Beeldbrigade/Hulskamp)

<sup>160</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34071, nr. 3, p. 2.

<sup>161</sup> Het wetsvoorstel ‘Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen’, met het genoemde art. 38f Sr is in het Staatsblad verschenen (Stb. 2017, 82), maar nog niet in werking getreden.

<sup>162</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34086, nr. 3, p. 76.

*Strafrecht op te nemen voor de terbeschikkingstelling waarvan de dwangverpleging voorwaardelijk is beëindigd.*<sup>163</sup>

Als in paragraaf 5.6.3 uitgelegd, wordt de rechter soms niet zozeer inhoudelijk gevolgd, maar is jurisprudentie vooral een aanleiding een regeling wettelijk te verankeren. Een voorbeeld vormt het wetsvoorstel 'Implementatie van richtlijn [...] betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming'.<sup>164</sup> In de bijbehorende MvT wordt ten aanzien van de vermelding van jurisprudentie overwogen:

*"In het post-Salduz-arrest overweegt de Hoge Raad dat het opstellen van een algemene regeling van rechtsbijstand met betrekking tot het politieverhoor zijn rechtsvormende taak te buiten gaat (rov. 2.5). In zijn recente arrest van 1 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:770, NJ 2014/268) heeft de Hoge Raad dit herhaald en daarbij nog eens benadrukt dat het op de weg van de wetgever ligt om de invoering van de vereiste wettelijke regeling van verhoorbijstand met voortvarendheid ter hand te nemen. Het voorliggende wetsvoorstel bevat de ter implementatie van de richtlijn benodigde regeling van verhoorbijstand, waarop door de Hoge Raad wordt gedoeld."*<sup>165</sup>

De rechter spoort in het onderhavige voorbeeld de wetgever aan een wettelijke regeling van verhoorbijstand vast te leggen om zo aan de implementatieplicht van de Richtlijn nr. 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 oktober 2013 te voldoen. De wetgever geeft hieraan gehoor door wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering door te voeren.<sup>166</sup>

### **5.7.3 Categorie 2: Leidende wetgever**

Bij gevallen uit de categorie 'leidende wetgever' is te verwachten dat er in de MvT een sterke motivering wordt geven om jurisprudentie te 'overrulen'. De onderzoeksresultaten bevestigen dit beeld. Een voorbeeld vormt het wetsvoorstel "Wet versterking telecommunicatiebeleid", waarin art. 5.8 Telecommunnicatiewet wordt aangepast ten gevolge van jurisprudentie.<sup>167</sup> Jurisprudentie wordt aangehaald om te laten zien dat de rechter de wet strikter geïnterpreteerd heeft dan de wetgever bedoeld had. De wetgever past het wetsartikel aan om de beperkte rechterlijke uitleg weg te nemen. In de MvT wordt de rechterlijke uitspraak expliciet genoemd en besproken:

*"Het ging in deze casus om [...]. Het gevolg van deze uitspraak is [...]. Toepassing van deze uitspraak leidt in de praktijk tot onaanvaardbare gevolgen, omdat deze uitspraak het principiële uitgangspunt van hoofdstuk 5 ondergraaft, namelijk: liggen om niet, verleggen om niet. Het is ongewenst dat de gedoogplicht er toe leidt dat de kosten van werken die de overheid in het algemeen belang uitvoert hoger worden, doordat er maatregelen moeten worden genomen ten aanzien van kabels (zoals het*

<sup>163</sup> Hof Arnhem 5 december 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BU7382.

<sup>164</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34157, nr. 2.

<sup>165</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34157, nr. 3, p. 18.

<sup>166</sup> De voorgestelde bepalingen zijn in het Staatsblad verschenen (Stb. 2016, 475) en ook in werking getreden.

<sup>167</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34271, nr. 2.

*verleggen daarvan) terwijl daarvoor geen enkele vergoeding mag worden gevraagd van degenen in wier belang die kabels gedoogd moeten worden.*"<sup>168</sup>

Een ander mooi voorbeeld vormt het al eerder aangehaalde art. 15 Sv uit het wetsvoorstel 'Wijziging van de Vreemdelingenwet [...] in verband met rechtsbescherming bij toegangswijziging'.<sup>169</sup> Met de wetswijziging wordt modificatie van jurisprudentie beoogd om de bedoeling van de oorspronkelijke wetgever weer tot uiting te laten komen in wet. In de bijbehorende MvT wordt gezegd:

*"Dit [deze jurisprudentie] leidt tot het onbedoelde gevolg dat de uitzondering van artikel 15, derde lid, aanhef en onder c, niet van toepassing is indien een veroordeelde vreemdeling kort voor het moment dat hij op grond van artikel 15, eerste of tweede lid, in aanmerking zou komen voor voorwaardelijke invrijheidstelling een asielaanvraag indient. [...] Door de voorgestelde wijziging komen uitsluitend [...] vreemdelingen met een meer bestendig verblijfsrecht, in aanmerking voor voorwaardelijke invrijheidstelling, overeenkomstig de bedoeling van de wetgever."*<sup>170</sup>

In initiatiefvoorstellen worden vaak wat heftigere woorden gebruikt. Een voorbeeld vormt het 'Voorstel van wet van het lid Van Klaveren tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met een verruiming van de vrijheid van meningsuiting'. In de bijbehorende MvT wordt als volgt gepleit<sup>171</sup>:

*"Bovendien blijken de arttt. 137c en d Sr. in de rechterlijke praktijk zodanig te worden opgerekt dat de door de wetgever beoogde limitatieve en restrictieve strafbaarstelling op losse schroeven wordt gezet. Zo wordt het begrip «ras» in de artt. 137c en d sinds zijn arrest van 15 juni 1976 door de Hoge Raad consequent ruim uitgelegd. [...] Dit is in strijd met de wil van de wetgever die bewust een limitatief en geen enuntiatief stelsel heeft opgenomen om de vrijheid van meningsuiting niet te belasten. Daarnaast heeft de Hoge Raad de strafbaarstelling van de arttt. 137c en d Sr. onlangs opgerekt door daartoe ook «uitlatingen die aanzetten tot onverdraagzaamheid» te rekenen, zonder dat daarvoor een grondslag te vinden is in de wet. Deze ontwikkelingen tonen aan dat zelfs de meest restrictieve en limitatieve strafbaarstelling in de rechtspraak toch weer wordt opgerekt en daardoor in zijn tegendeel gaat verkeren."*<sup>172</sup>

#### **5.7.4 Categorie 3: 'Codificerende' MvT**

In paragraaf 5.6.6 blijkt dat jurisprudentie het vaakst aangehaald om de voorgestelde wettelijke bepalingen van uitleg te voorzien. Vaak wordt bij die uitleg simpelweg aangesloten bij de al bestaande jurisprudentie op dit onderwerp, zonder dat hier een expliciete eigen overweging aan ten grondslag wordt gelegd in de MvT. Blijkbaar is de indiener van het wetsvoorstel het eens met de in de jurisprudentie gegeven uitleg. Als representatief voorbeeld kan de vermelding van jurisprudentie in het wetsvoorstel 'Wet continuïteit ondernemingen I' genoemd worden.<sup>173</sup> In de MvT wordt gezegd:

---

<sup>168</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34271, nr. 3, p. 57.

<sup>169</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34128, nr. 2.

<sup>170</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34128, nr. 3, p. 9.

<sup>171</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34051, nr. 2.

<sup>172</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34051, nr. 5, p. 5.

<sup>173</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 2.



*"In het geval dat een schuldenaar een vennootschap is, wordt het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator namens de vennootschap ingediend door haar bestuur. Voor de beantwoording van de vraag of het bestuur daartoe goedkeuring nodig heeft van de AVA is – voor zowel de BV als de NV – in de eerste plaats van belang dat uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat het aan het bestuur van de vennootschap is om het beleid en de strategie van de vennootschap te bepalen<sup>174</sup>."*<sup>175</sup>

Soms is de namelijk, en ook de minister, simpelweg gebonden aan de uitleg die het Hof van justitie van de Europese Unie (HvJEU) gegeven over een bepaald begrip en is het logisch dat een eigen overweging ontbreekt. Dit geldt bijv. voor het begrip "beheersdiensten" uit het wetsvoorstel "Wet algemeen pensioenfonds", waarbij voor de uitleg door de Hoge Raad prejudiciële vragen waren gesteld aan het HvJEU.<sup>176</sup> In de MvT wordt overwogen:

*"Onder beheerdiensten worden handelingen verstaan die zowel geheel als afzonderlijk genomen essentieel zijn voor het beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. Over de reikwijdte van het begrip beheersdiensten zijn door de Hoge Raad op 1 november 2013 nog verduidelijkende vragen gesteld aan het Hof van Justitie. De Hoge Raad heeft hierbij aan het Hof gevraagd of de feitelijke exploitatie van onroerend goed voor een gemeenschappelijk beleggingsfonds onder beheerdiensten valt. De reikwijdte van de BTW-vrijstelling zou hierdoor mogelijk kunnen wijzigen in relatie tot vastgoedbeheer."*<sup>177</sup>

Af en toe komt het voor dat er weliswaar geen eigen overweging voor de aansluiting bij de jurisprudentie wordt gegeven, maar de MvT wel aangeeft op welke wijze die jurisprudentie op de nieuwe wettelijke bepaling dient te worden toegepast. Zo sluit het wetsvoorstel "Wet digitale processtukken Strafvordering" aan bij de jurisprudentie waarin is bepaald dat de verdachte bij overschrijding van de termijn alleen dan kan worden ontvangen in zijn beroep indien sprake is van bijzondere, de verdachte niet toe rekenen, omstandigheden.<sup>178</sup> In de MvT staat:

*"Op grond van de jurisprudentie kan de verdachte bij overschrijding van de termijn alleen dan worden ontvangen in zijn beroep, indien sprake is van bijzondere, de verdachte niet toe te rekenen, omstandigheden welke de overschrijding van de termijn verontschuldigbaar doen zijn.<sup>179</sup> Het is niet wenselijk dat het risico van het niet beschikbaar zijn van de elektronische voorziening aan de justitiabele wordt toegerekend. Bij algemene maatregel van bestuur zal worden geregeld dat, in het geval van het instellen van een rechtsmiddel of het indienen van een schriftuur, de justitiabele niet verantwoordelijk kan worden gesteld voor de overschrijding van een gestelde termijn indien redelijkerwijs kan worden geoordeeld dat deze overschrijding verband houdt met het niet beschikbaar zijn van de elektronische voorziening."*<sup>180</sup>

Ten slotte komt het sporadisch voor dat de minister toch een eigen overweging ten grondslag legt aan het wetsvoorstel, zoals in de "Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de

---

<sup>174</sup> HR 21 januari 1955, NJ 1959/43 (Forumbank); HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 (ABN AMRO) en HR 9 juli 2010, JOR 2010/228 (ASMI).

<sup>175</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3, p. 31.

<sup>176</sup> Kamerstukken II 2014/15 34 117, nr. 2.

<sup>177</sup> Kamerstukken II 2014/15 34 117, nr. 3, p. 19.

<sup>178</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34090, nr. 2.

<sup>179</sup> HR 06-01-2004, NJ 2004, 181, HR 07-09-2010, LJN BM 6671 en HR 04-02-2014, nr. 12/03494

<sup>180</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34090, nr. 3, p. 36.

eigen bijdrage van veroordeelden aan de kosten van de strafvordering en de slachtofferzorg".<sup>181</sup> De MvT luidt:

*"Uitgangspunt van de voorgestelde regeling is dat de bijdrage wordt betaald door degene die de kosten ook heeft veroorzaakt. Uit het feit dat het gaat om de beëindiging van «de zaak» volgt dat de bijdrageplichtige de bijdrage reeds verschuldigd is wanneer hij voor één van de hem (cumulatief) ten laste gelegde feiten een straf of maatregel krijgt opgelegd (vgl. Hoge Raad 8 mei 2001, NJ 2001/508). Daar staat tegenover dat als de bijdrageplichtige voor meerdere (cumulatief) ten laste gelegde feiten wordt veroordeeld, hij slechts eenmaal de bijdrage voor de kosten van de strafprocedure daarvoor betaalt. Ik acht dit redelijk, omdat er in dat geval ook maar één strafprocedure is gevoerd, hetgeen lagere kosten voor de strafrechtsketen tot gevolg heeft dan wanneer meerdere procedures zouden zijn gestart. Voor het criterium in het voorgestelde artikel 592b Sv is aangesloten bij artikel 591a Sv. Ik ben daarop in paragraaf 4.2 reeds ingegaan. Voor de uitleg moet dan ook worden aangesloten bij de uitleg die aan dit criterium is gegeven (in de jurisprudentie) bij dat artikel."*<sup>182</sup>

### 5.7.5 Conclusie

De verantwoording in de MvT voor de aanhaling van jurisprudentie laat een wisselend beeld zien. Er bestaan voornamelijk grote verschillen in de manieren waarop de MvT verantwoordt dat de wetgever besluit jurisprudentie van de rechter te volgen. Aan de ene kant lijkt het gegeven dat een voorgestelde wettelijke bepaling codificatie van jurisprudentie betreft, als bijkomstigheid te worden gezien. Aan de andere kant lijkt het enkele feit dat een bepaalde regel in de jurisprudentie is ontstaan, voldoende reden om deze te codificeren. Het lijkt dan overbodig een extra motivering ten grondslag te leggen aan het voorstellen van de wettelijke bepaling. In de categorie 'leidende wetgever' is de verscheidenheid van rechtvaardiging voor het aanhalen van jurisprudentie minder groot. Over het algemeen worden grondige overwegingen ten grondslag gelegd wanneer jurisprudentie wordt 'overruled'. Het valt op dat in de memories van toelichting bij initiatiefwetsvoorstellen minder hoffelijk op de rechter wordt gereageerd. Wanneer jurisprudentie wordt aangehaald om de voorgestelde wettelijke bepalingen van een uitleg in de MvT te voorzien, legt de indiener hiervoor meestal geen eigen overweging ten grondslag. Af en toe schetst de betreffende minister echter wel een beeld van waarom of hoe die jurisprudentie als uitleg van de nieuwe wettelijke bepaling moet worden gezien.

---

<sup>181</sup> Dit wetsvoorstel is overigens inmiddels ingetrokken, na eerst wel te zijn aangenomen door de Tweede Kamer. Als reden voor intrekking wordt gesteld dat er inmiddels niet meer voldoende steun in de Tweede Kamer bestaat.

<sup>182</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34067, nr. 3, p. 7.

## Hoofdstuk 6

### Epiloog

Ik heb een eerste beeld geschetst van het handelingsperspectief van de wetgever wanneer hij reageert op jurisprudentie door alle vermeldingen van jurisprudentie in de memories van toelichting behorende bij de wetsvoorstellen uit het parlementaire jaar 2014-2015 te analyseren. Het blijkt dat van de in totaal 152 verschenen wetsvoorstellen dat jaar in maar liefst 58 van de bijbehorende memories van toelichting tenminste eenmaal naar jurisprudentie verwezen wordt. Dat betekent dat de kans bijna 40% is jurisprudentie van een nationale rechter tegen te komen in een willekeurige MvT. In totaal halen de onderzochte memories van toelichting 122 verschillende keren jurisprudentie aan. De simpele weergave van dit grote aantal bewijst natuurlijk niet direct Leijtens stellingname dat *“terwijl wij nog steeds geneigd zijn te menen – en juist te achten – dat rechters de wet toepassen, het meer en meer voor[komt] dat de wetgever de rechtspraak toepast”*, maar toont wel aan dat de wetgever rechterlijke uitspraken wellicht meer gebruikt dan van te voren gedacht.

Verhoudingsgewijs komen veel memories van toelichting waarin verwezen wordt naar jurisprudentie van het ministerie van Veiligheid en Justitie. Gezien het strikte strafrechtelijke legaliteitsbeginsel lijkt een al te grote invloed van de rechter binnen het strafrecht niet op zijn plaats. Enerzijds is het mogelijk te constateren dat die invloed mogelijkerwijs groter is dan gewenst wordt geacht. Anderzijds kan worden geredeneerd dat het goed is dat de wetgever, of in ieder geval de minister van V&J, vaak besluit te reageren op rechterlijke rechtsvorming binnen het strafrecht. Daarnaast blijken memories van toelichting afkomstig van de ministeries van SZW, EZ en Fin vaak verwijzingen naar jurisprudentie te bevatten, namelijk in ongeveer een derde van de door deze ministeries geschreven memories van toelichting. Verdere analyse wijst uit dat ter uitleg van nieuwe wettelijke bepalingen binnen het belastingrecht een hoop wordt ingevuld aan de hand van jurisprudentie.<sup>183</sup>

Als laatste is nog te wijzen op het feit dat ook memories van toelichting bij initiatiefvoorstellen veelvuldig jurisprudentie vermelden. Het verwijzen naar jurisprudentie gebeurt in deze memories over het algemeen op een slordiger manier dan in memories van toelichting horende bij regeringsvoorstellen. Herhaaldelijk verwijzen memories van toelichting bij initiatiefvoorstellen niet op de wijze zoals is voorgeschreven in aanwijzing 3.44 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving (Ar), maar wordt slechts gesproken over *“(vaste) jurisprudentie”*. Af en toe komt dit verschijnsel ook in memories van toelichting behorende bij regeringsvoorstellen voor. Door onzorgvuldige verwijzingen jurisprudentie, is het lastig te achterhalen op welke specifieke rechterlijke uitspraken er wordt gereageerd. Ter verduidelijking van de rechtsvormende dialoog raad ik schrijvers van de MvT aan de betreffende regel uit de Ar na te leven.

Ik heb de vermeldingen van jurisprudentie in de MvT onderverdeeld in 4 categorieën. De eerste twee categorieën, ‘volgzame’ en ‘leidende’ wetgever, kunnen als rechtstreekse reactie van de wetgever worden gezien. In deze twee categorieën gaat het om gevallen waarin uit de MvT blijkt dat de wetgever de wettekst aanpast naar aanleiding van jurisprudentie. In de overige categorieën haalt de

---

<sup>183</sup> Zie: *Kamerstukken II 2014/15, 34003, nr. 3.*

MvT jurisprudentie aan om wetsartikelen van een toelichting te voorzien. Onderstaande tabel verschaft de kwantitatieve gegevens.

	Aantal keren	Aantal verschillende MvT
Cat. 1: Volgzame wetgever	29	20
Cat. 2: Leidende wetgever	19	18
Cat. 3/4: 'Codificatie' in MvT	70	39
Cat. 5: Uitleg van oude wetartikelen	4	4
Totaal	122	58

Tabel XII: Redenen voor het vermelden van jurisprudentie in de MvT

Over de vraag op welke wijze de reactie op jurisprudentie in de MvT wordt verantwoord heb ik geen kwantitatieve gegevens verschaft. In plaats daarvan heb ik aan de hand van een aantal voorbeelden getracht inzicht te verschaffen over de normatieve rechtvaardiging die gegeven wordt voor het gebruik van jurisprudentie in de verschillende categorieën. Dit levert een wisselvallig beeld op. In de categorie 'volgzame wetgever' acht de MvT het in het ene geval afdoende reden een bepaalde regel in een wettelijke bepaling vast te leggen louter om de reden dat deze regel in de jurisprudentie als vaststaand wordt aangenomen. In het andere geval wordt het feit dat een voorgestelde wettelijke bepaling codificatie van jurisprudentie betreft, slechts als een gunstige bijkomstigheid te worden gezien. In de categorie 'leidende wetgever' legt de MvT meestal grondige overwegingen ten grondslag aan het 'overrulen' van de jurisprudentie. Bij regeringsvoorstellen gebeurt die rechtvaardiging meestal op een meer hoffelijke wijze dan bij initiatiefvoorstellen.

Wanneer de MvT jurisprudentie vermeldt om de voorgestelde wettelijke bepalingen van een toelichting te voorzien, wordt hiervoor meestal geen verantwoording gegeven. De MvT verklaart niet waarom er voor de uitleg van wettelijke bepalingen wordt aangesloten bij rechterlijke uitspraken, maar lijkt aansluiting als vanzelfsprekend te beschouwen. Hierbij wijs ik op het gevaar van een zogenoemde rechtvaardigingsparadox. De rechter wijst ter uitlegging van een bepaling naar de toelichting die daarover in de MvT gegeven is. In die MvT is de bepaling echter uitgelegd aan de hand van eerdere jurisprudentie. Hierdoor blijft heroverweging en verbetering van het ingenomen standpunt uit. De wetgever en de rechter vinden iets omdat een eerdere rechter iets gezegd heeft. Die eerdere rechter heeft wellicht in het licht van de omstandigheden van het concrete geval wel de beste interpretatie gekozen, maar een algehele belangenafweging en het maken van een beargumenteerde keuze van de wetgever hebben nooit plaatsgevonden.

Het is te betogen dat in de gevallen waarin de MvT en/of de wettekst zonder eigen beweegredenen aansluit bij jurisprudentie, er vanuit kan worden gegaan dat de wetgever het dus eens is met die jurisprudentie. Op de momenten dat de MvT wel motiveert waarom bepaalde jurisprudentie wordt gecodificeerd of waarom bestaande jurisprudentiële uitleg op de voorgestelde wettelijke bepaling wordt toegepast, lijkt de wetgever echter een overtuigendere rechtsvormende rol op zich te nemen dan wanneer expliciete overwegingen achterwege blijven. Het lijkt dan minder, zoals het Kortmann het verwoordt, dat "*de wetgever de rechtsvormende activiteiten van de rechter voor zoete koek slikt*". Ik geef de wetgever het advies niet blindelings de uitleg van de rechter te volgen, maar zoveel mogelijk eigen afwegingen te maken bij en eigen onderzoek te doen naar onderwerpen die al door een rechter behandeld zijn. Daarbij wijs ik de wetgever er op bewust te zijn van de grote betekenis van de MvT en de bruikbaarheid om daarin een reactie te geven op jurisprudentiële uitleggingen van wettelijke bepalingen.

Afsluitend zou ik graag de aanbeveling doen voor vervolgonderzoek naar het handelingsrepertoire van de wetgever in relatie tot de rechtsvormende rechter. Allereerst lijkt het zinvol het werkelijke perspectief en handelen van de wetgever verder in beeld te brengen om zo tot een beter begrip van de rechtsvormende dialoog tussen de wetgever en rechter te kunnen komen. Hierbij kunnen de in deze scriptie gegeven voorbeelden van een meer diepgaande analyse worden voorzien. Een vraag die hierbij aan de orde zou kunnen komen is waarom de categorie “‘codificerende’ MvT” de grootste categorie vormt. Ook beveel ik aan de reacties van de wetgever op jurisprudentie uit het verleden te bestuderen om zo de eventuele ontwikkeling in de manier van reageren in kaart te brengen. Daarnaast lijkt het zinvol de informele contacten die plaatsvinden tijdens een wetgevingsproces aan de hand van interviews te onderzoeken op de eventuele rol die de rechter daarin speelt.

Hierna zou de reactie van de wetgever op jurisprudentie ook in normatief opzicht van commentaar kunnen worden voorzien. Er kan een nieuw licht worden geworpen op vragen die nu al door een aantal rechtsgeleerden zijn beantwoord. Hoe moet de wetgever omgaan met een rechter die meer ruimte neemt en – o.a. van de wetgever – meer ruimte krijgt om invulling te geven aan zijn rechtsvormende taak? En welke reactie past het beste in het machtsevenwicht zoals die wordt voorgesteld in de Nederlandse democratische rechtsstaat? Voor nu kan worden geconcludeerd dat de kant van de wetgever in dialoog met de rechter een bepaalde slappigheid uitdraagt. In de meeste gevallen waarin de MvT jurisprudentie aanhaalt, leidt dit niet tot nieuwe wetgeving, maar wordt de jurisprudentie slechts in de MvT bevestigd. Ook in gevallen dat wel nieuwe wettelijke bepalingen tot stand komen is er meestal sprake van een ‘volgzame wetgever’. De wetgever, en schrijver van de MvT, is het vaak met de rechter eens en expliciteert in veel gevallen niet waarom.

# Literatuurlijst

## **Brenninkmeijer 1998**

A.F.M. Brenninkmeijer, *Gedeelde rechtsorde*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

## **Buruma 2017**

Y. Buruma, *Wat is een goede rechter: een mentaliteitsgeschiedenis (1900-2020)*, Nijmegen: CPO 2017.

## **Franken, DD 2014, p. 257-266**

A.A. Franken, 'Afstand houden. Over samenwerking tussen rechter en openbaar ministerie en samenwerking tussen rechter en wetgever', *Delikt en Delinkwent* 2014/24, afl. 4, p. 257-266.

## **Gerards, NJB 2011/1131**

J. Gerards, 'Legaliteit en de wisselwerking tussen wetgever en rechter', *NJB* 2011/1131, p. 1445-1446.

## **Gerards 2008**

J. H. Gerards, 'Wisselwerking tussen rechter en wetgever – naar een betere dialoog?' in: R. de Lange (red), *Wetgever en grondrechten, Publicaties van de Staatsrechtkring, Staatsrechtconferenties*, 2008, p. 161-194.

## **Gestel, van, NJB 2014/5**

R.A.J. van Gestel, 'Naar een beter huwelijk tussen rechter en wetgever of toch maar liever living apart together?', *NJB* 2014/5, afl. 1, p. 20-24.

## **Groenendijk 1991**

C.A. Groenendijk, "Parlementaire reacties op rechterlijke uitspraken: democratische controle op aanvullende regelgevers", in: *Met hoofd en hart. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.C.M. Leijten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 67-85.

## **Kortmann, Parlementaire democratie in beweging 1996, p. 45-59**

C.A.J.M. Kortmann, 'Wijzigingen in de verhouding tussen de wetgever (het parlement) en de rechter', *Parlementaire democratie in beweging* 1996, p. 45-59.

## **Kortmann 2012**

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012.

## **Martens, NJB 2000/14**

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, afl. 14, p. 747-758.

## **Polak, NJB 2014/4**

J. Polak, 'Rechtsvorming bij en de dialoog met de bestuursrechter', *NJB* 2014/4, afl. 1, p. 15-19.

**Poorter, de, NJB 2014/2**

J.C.A. de Poorter, 'Wetgever en rechter. Rechtsvorming in een open en vruchtbare dialoog', *NJB* 2014/2, afl. 1, p. 6-11.

**Poorter, de 2014**

J.C.A. de Poorter (red.), *De ordening van mechanismen van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat : het primaat van wetgeving vanuit verschillende perspectieven belicht*, Den Haag: BJu 2014.

**Riphagen 1989**

J. Riphagen, *Rechtspraak in de sociale zekerheid: toegang tot Europa of toevlucht in de provincie?* Deventer: Kluwer 1989.

**Scheltema 1989**

H.J. Scheltema, 'Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter', in: P. van Dijk (red.), *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Amsterdam: KNAW 1989.

**Schlössels e.a. 2010**

Schlössles e.a., *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, Verslag van de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht gehouden op 15 mei 2009, Den Haag: BJu 2010.

**Steenbergen, van en de Groot-van Leeuwen 2008**

S. van Steenbergen en L. de Groot-van Leeuwen, 'De controle van de wetgever op de rechtspraak', in: A. Böcker e.a. (red.), *Migratierecht en rechtssociologie, gebundeld in Kees' studies*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 355-364.

**Tjeenk Willink, NJB 2014/3**

H. Tjeenk Willink, 'De rechterlijke functie in de veranderende democratische rechtsstaat', *NJB* 2014/3, afl. 1, p. 12-14.

**Uzman 2013**

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, 2013.

**Verstraelen 2013**

S.A.M. Verstraelen, 'Rechterlijk overgangsrecht als brug tussen wetgever en rechter', in: H.R. Schouten (ed.), *De verhouding tussen rechter en wetgever*, 2013.

**Visser, RegelMaat 1987, p. 22-29**

N.B. Visser, 'Het overrulen van jurisprudentie door de wetgever', *RegelMaat* 1987, afl. 4, p. 22-29.

**Vonk 1999**

G.J. Vonk, *Overijverige rechter of tekortschietende rechter? De rol van rechter en wetgever bij het proces van doorwerking van internationale normen in het sociaalzekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

**Witteveen 1991**

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, oratie Tilburg, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

**Woltjer 2002**

A. Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid. Over primaten in het recht*, Den Haag: BJu 2002.

**Zijlstra 2012**

S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012.