

Cassatie in variaties

Loth, Marc; Kooijman, Marijke

Published in:
Ars Aequi

Document version:
Peer reviewed version

Publication date:
2016

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loth, M., & Kooijman, M. (2016). Cassatie in variaties: Over de functie, de organisatie en het functioneren van de cassatierechter. *Ars Aequi, Ars Aequi libri* 2016, 257 - 269.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CASSATIE IN VARIATIES;

over de functie, de organisatie en het functioneren van de cassatierechter

Marc Loth en Marijke Kooijman*

Cassatie is een institutie uit de Franse tijd, maar is zij ook opgewassen tegen de rechtsvormende noden van de moderne samenleving? In deze bijdrage staan de functie, de organisatie en het functioneren van de cassatierechters in Frankrijk, Nederland, Italië en België centraal. Daarbij wordt onderzocht hoe deze hoven zijn omgegaan met wrongful life-vorderingen. Binnen de beperkingen van dit kader rechtvaardigt dat onderzoek de conclusie dat de variëteit in het functioneren van cassatiehoven groot is, maar dat de institutie van cassatie als zodanig uitstekend kan functioneren in de hedendaagse samenleving.

1. Inleiding

Cassatie is een institutie uit de Franse tijd, maar is het ook opgewassen tegen de rechtsvormende noden van de moderne samenleving? Vorig jaar hebben wij ter ondersteuning van het Vietnamese Hooggerechtshof (een cassatiehof!) onderzoek gedaan naar het functioneren van cassatierechters.¹ Daarbij hebben wij de Franse, Nederlandse, Belgische, Italiaanse, Spaanse en Griekse cassatierechtspraak vergeleken onder de gezichtspunten van (i) de functie van cassatierechtspraak, (ii) de organisatie van het cassatiehof, (iii) de maatstaven voor cassatie, en (iv) de instrumenten om de caseload te beperken. In deze bijdrage richten wij ons op de functie en de organisatie van de Franse, Nederlandse, Italiaanse en Belgische cassatierechtspraak.² Om ook het functioneren van deze cassatierechters in beeld te krijgen, vergelijken wij de wijze waarop zij met *wrongful life-*

* Prof. mr. M.A. Loth is hoogleraar en M. Kooijman (oud) student-assistent bij de vakgroep Privaatrecht, Tilburg University.

¹ M.A. Loth & M. Kooijman, *Cassation models and the Supreme Peoples Court*, Tilburg 2014.

² Dit zijn cassatiehoven die in een voor ons begrijpelijke taal uitspraak hebben gedaan in een *wrongful life-*zaak.

vorderingen zijn omgegaan, in het bijzonder de wijze waarop zij hun oordelen hebben gemotiveerd.³

Daarmee is de opzet van deze bijdrage gegeven. Na een korte uiteenzetting van de kern en de functies van cassatierechtspraak (par. 2), zullen wij ingaan op de organisatie van de verschillende cassatierechters (par. 3). Vervolgens zullen wij ingaan op hun functioneren, zoals dat blijkt uit de verschillende *wrongful life*-uitspraken (par. 4). Ten slotte trekken wij enkele conclusies over de samenhang tussen de functie, de organisatie en het functioneren van de verschillende cassatierechters. Daarbij zal blijken dat de institutie van cassatie niet alleen een grote variëteit vertoont, maar ook dat zij uitstekend is opgewassen tegen de eisen van de tijd.

2. Cassatie; de functie en de criteria

Bruinsma heeft de rechtspraak van de Hoge Raad ooit aangeduid als de cassatiemotor.⁴ Deze metafoor drukt uit dat de rechtspraak van de Hoge Raad het rechtssysteem draaiende houdt, en inderdaad, die rechtspraak heeft onbetwist een belangrijke rol gespeeld in de ontwikkeling van onze rechtsorde. Cassatie is een Franse uitvinding, gebaseerd op het idee de correcte en uniforme toepassing van het recht te waarborgen. Het idee had exportwaarde en werd gecopieerd in Spanje, Griekenland, Portugal, Italië, België, Nederland (en Vietnam dus). Van meet af aan week het Nederlandse model evenwel af van het Franse origineel, in die zin dat de Hoge Raad bevoegd is om de zaak af te doen indien de feitelijke grondslag dat toelaat (waardoor het heen en weer pendelen van een zaak kan worden voorkomen). Het uitgangspunt van cassatierechtspraak is niettemin dat de hoogste rechter niet over de feiten oordeelt, maar uitsluitend over de juiste toepassing van het recht. Daarmee wijkt het af van de werkwijze van andere hoogste rechters. In sommige rechtssystemen (zoals Scandinavië, de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk) herbeoordeelt de hoogste rechter als derde en laatste instantie zowel de feiten als het recht van de zaak. In weer andere rechtsordes (zoals Duitsland en Oostenrijk) wordt het systeem van *Revision* gehanteerd, waarbij de uitspraak wel die van de vorige instantie vervangt, maar uitsluitend

³ Wij hebben gekozen voor *wrongful life*-uitspraken, omdat dit uitspraken zijn in zaken die bij relatief veel cassatiehoven zijn voorgekomen en die de rechter verleiden om buiten het gebruikelijke toetsingskader te treden.

⁴ J.F. Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken, een rechtssociologisch verslag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, hoofdstuk 2.

rechtstvragen aan de orde komen.⁵ De verschillen tussen deze drie typen worden tegenwoordig echter genuanceerd.⁶

Cassatierechtspraak dient een driedelig doel. Als centraal rechterlijk orgaan bevordert de cassatierechter de rechtseenheid, de rechtsbescherming en de rechtsvorming (of de rechtsontwikkeling).⁷ Het gewicht dat aan de onderscheiden functies wordt toegekend verschilt per rechtssysteem. In Frankrijk staat het verzekeren van rechtseenheid voorop, hoewel *faire jurisprudence* ook tot het repertoire van de *Cour de Cassation* behoort.⁸ De daarvoor beschikbare ruimte is evenwel beperkt, onder meer door de strikte hantering van het beginsel van de *Trias Politica*. De Franse cassatierechter fungeert veel meer dan de onze als *bouche de la loi* en doet daarom summiere uitspraken die zonder uitgebreide motivering de voorliggende rechtstvragen beantwoorden. Hij past de wet toe op het concrete geval en geeft zijn oordeel, meestal zonder verderreikende motivering.⁹ In het Nederlandse rechtssysteem daarentegen vervult de rechter een actievere rol binnen de *Trias Politica*. Rechtspraak draagt bij aan de *checks and balances* binnen onze rechtsorde en wordt daarom erkend als zelfstandige rechtsbron. Om die reden varieert de Hoge Raad in de motivering van zijn beslissing; een standaardmotivering indien mogelijk (art. 81 RO), en een uitgebreide motivering indien nodig. Ook het Belgische Hof van Cassatie streeft er niet alleen naar de burger een eerlijk proces te verzekeren, maar bovendien het recht aan te passen aan de veranderende behoeften van de samenleving.¹⁰ Op deze wijze proberen de verschillende cassatiehoven de legaliteit en de legitimiteit van het rechtssysteem te verzekeren.¹¹

⁵ Asser Procesrecht/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nrs. 1-22.

⁶ J.A. Jolowicz & C.H. van Rhee, *Recourse against judgments in the European Union*, Den Haag: Kluwer Law International 1999, p. 2.

⁷ Asser Procesrecht/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 73.

⁸ F.P. Walton, 'The Organization of Justice in France', *Law Quarterly Review* (3) 1903, p. 274; G.A. Bermann, *Introduction to French law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 313.

⁹ De samenhang tussen de rechtsvormende betekenis van een uitspraak en de motivering is complex. De aanwezigheid van een uitgebreide motivering wijst meestal op een uitspraak met rechtsvormende betekenis, maar noodzakelijk is dit niet. Omgekeerd wijst het ontbreken van een substantiële motivering meestal op een uitspraak met beperkte rechtsvormende betekenis, maar niet altijd.

¹⁰ I. Rorive, 'Diverging Legal Culture but Similar Jurisprudence of Overruling: The Case of the House of Lords and the Belgian Cour de Cassation', *European Review of Private Law* (3) 2004, p. 338; R. Janssens, 'Het Hof van Cassatie in België. Enkele hoofdmomenten van zijn ontwikkeling', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1977-45, p. 95.

¹¹ Vgl. voor de Italiaanse cassatierechter, J.S. Lena & U. Mattei, *Introduction to Italian Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 176; M. Cappelletti, *The Italian legal system: an introduction*, Stanford, CA: Stanford University Press 1967, p. 151-152.

De maatstaven voor cassatie vormen een uitvloeisel van deze functie. In beginsel onderzoekt een cassatierechter niet de mérites van de zaak, maar oordeelt hij of het recht is geschonden of onjuist is toegepast.¹² Dat omvat wat wel genoemd wordt de ‘schending van essentiële vormen’.¹³ Een tweede grond voor cassatie is (in Nederland) de onbegrijpelijkheid van de motivering.¹⁴ In Frankrijk is een motiveringsgebrek eveneens een grond voor cassatie. De *Cour de Cassation* kan een beslissing casseren vanwege het ontbreken, de ontoereikendheid of de tegenstrijdigheid van de redenen die daaraan ten grondslag liggen. De feitenrechter kan hebben verzuimd op stellingen van partijen in te gaan.¹⁵ Een vergelijkbaar criterium wordt gebruikt door de Italiaanse *Corte di Cassazione*, dat een oordeel kan casseren omdat is verzuimd een beslissend punt in het partijdebat te redresseren.¹⁶ In België wordt ook de volledige toetsing van contractsuitleg door de vorige rechter onder het cassatieberoep begrepen. Als deze interpretatie afwijkt van de gebruikelijke betekenis van de gebezigde woorden en een adequate motivering ontbreekt, kan het hof de beslissing casseren op grond van ‘violation de la foi due aux actes’¹⁷ Dit geldt ook voor de Italiaanse cassatierechter. De Nederlandse Hoge Raad is dit allemaal te feitelijk; hij beperkt zijn toetsing hier tot eventuele motiveringsgebreken.

Deze verschillen illustreren een belangrijke bevoegdheid van de cassatierechter; hij beschikt over ‘Kompetenz-Kompetenz’, dat wil zeggen, de bevoegdheid om zijn toetsingsbevoegdheid te begrenzen. Hoewel het onderscheid tussen recht en feiten op het eerste gezicht wat archaisch aandoet, blijkt het bij nader inzien een belangrijk instrument om de caseload te reguleren. Zo maakt de Hoge Raad bewust gebruik van de maatstaf van de motiveringsgebreken, waardoor de instroom van nieuwe zaken kan worden beheerst. Niettemin waren er enkele jaren geleden indicaties dat *te veel* zaken de Hoge Raad bereikten, en dat bovendien de *verkeerde* zaken de Hoge Raad bereikten.

¹² Art. 79 RO (Nederland), art. 604 Code de procédure civile en art. 567 Code de procédure pénale (Frankrijk), art. 608 Gerechtelijk Wetboek (België), art. 360 Codice di procedura civile en art. 606 Codice di procedura penale (Italië).

¹³ Art. 79 RO, art. 608 Gerechtelijk Wetboek, art. 606 Codice di procedura penale.

¹⁴ Art. 121 Gw, art. 5 RO, art. 230 Rv, Asser Procesrecht, Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, 117.

¹⁵ Vgl. J. Waldo, ‘The Supreme Court of France’, *American Bar Association Journal* 171 (1921); en P. Culié, Examining the admissibility of cases: the discretionary powers of the Supreme Courts in this area, in: *The competences of supreme courts: second meeting of presidents of supreme courts of central and eastern European countries organized by the Council of Europe in conjunction with the National Court of the Republic of Estonia, Pärnu (Estonia)*, 22 – 25 October 1996, p. 58.

¹⁶ Art. 360, no. 5 CPC; Lena & Mattei 2002, p. 109; Cappelletti 1967, p. 155. Er is veel kritiek op deze cassatiegrond, die wordt gezien als een van de oorzaken van de grote caseload van het hof (Lena & Mattei 2002, p. 110).

¹⁷ Asser Procesrecht/Veegens, Korthals Altes & Groen 2005, nr. 112.

Daarom heeft de wetgever de rechtsvormende taak van de Hoge Raad willen versterken door enerzijds een beperking van de instroom van zaken te faciliteren (de selectie aan de poort, art. 80a RO), en anderzijds de toegankelijkheid van de Hoge Raad voor andere zaken te vergroten (prejudiciële vragen aan de civiele kamer, art. 392-393 Rv). De Hoge Raad profileert zich als een klein cassatiehof dat vooral de rechtsontwikkeling en kwaliteitsbewaking dient (en daarmee, indirect, de rechtsbescherming). Andere cassatierechters zoals de *Cour de Cassation*, het Hof van Cassatie, of de *Corte di Cassazione*, fungeren meer als ‘derde instantie’, hetgeen de organisatie van die hoven heeft beïnvloed.

3. Cassatie; de organisatie

Hoewel de verschillende cassatiesystemen aan de oppervlakte weinig van elkaar lijken te verschillen, heeft iedere jurisdictie haar eigen organisatie, cultuur en tradities. Vier cassatiehoven kunnen dit illustreren, waarbij we ons beperken tot de samenstelling, de hoeveelheid rechters per zaak, en de beschikbaarheid van een parket bestaande uit een procureur-generaal en een aantal advocaten-generaal.

De Franse *Cour de Cassation* bestaat uit zes kamers, waarvan er vijf zich bezighouden met burgerlijk recht en één met strafrecht.¹⁸ Het is een groot hof met meer dan 200 rechters.¹⁹ Om ondanks deze omvang de eenheid binnen de *Cour de Cassation* te bewaren is de zogenaamde *chambre mixte* ingesteld. Deze kamer moet interpretatieverschillen tussen de kamers voorkomen en is gemengd van samenstelling.²⁰ Gewoonlijk wordt iedere zaak beoordeeld door drie rechters, tenzij de moeilijkheidsgraad van het geval een andere samenstelling vereist.²¹ Als de uitkomst van de zaak niet vanzelfsprekend is (dus geen automatische afwijzing van het cassatieberoep volgt) bestaat het panel uit vijf rechters.²² Bij ‘principekwesies’ wordt de *assemblée plénaire* bijeengeroepen die bestaat uit maximaal 25 van de meest ervaren cassatierechters.²³ De *Cour de*

¹⁸ www.courdecassation.fr > ‘Cour de cassation’ > ‘Pour en savoir plus sur l’institution’ > ‘About the Court’

¹⁹ E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World. A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, Oxford and Portland: Hart Publishing 2013, p. 52.

²⁰ Art. L421-4 *Code de l’organisation judiciaire*

²¹ Art. L431-1 *Code de l’organisation judiciaire*.

²² J. Bell, *Judiciaries within Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 47.

²³ Artikel L431-6 *Code de l’organisation judiciaire*. Hierbij kan worden gedacht aan zaken met een groot gewicht, bijvoorbeeld wanneer de verhouding tot andere hoven aan de orde is.

Cassation heeft daarnaast een parket van advocaten-generaal met circa 26 leden, die bij iedere zaak een conclusie geven.²⁴

In Nederland is de Hoge Raad verdeeld in drie kamers (en een ombudskamer die *ad hoc* wordt samengesteld) die gespecialiseerd zijn in respectievelijk het civiele recht, het strafrecht en het belastingrecht.²⁵ Iedere kamer bestaat uit tien raadsheren en twee vice-presidenten (een totaal van 36 magistraten). Net als hun Franse collega's beslissen de rechters/vice-presidenten gedriën over eenvoudiger zaken en met vijf over ingewikkelder of meer fundamentele kwesties.²⁶ Het parket bij de Hoge Raad, bestaande uit 26 leden, geeft adviserende conclusies voorafgaand aan elke zaak.²⁷

De Italiaanse *Corte Suprema di Cassazione* heeft zes civiele en zeven strafrechtelijke secties met ieder vijf leden.²⁸ Als de *Corte di Cassazione* in bijzondere gevallen een zaak verenigd behandelt (met *sezioni unite*), zijn de beslissingen bindend voor lagere gerechtshoven, in tegenstelling tot de normale oordelen die lagere rechters formeel gezien niet binden.²⁹

De drie kamers van het Belgische Hof van Cassatie hebben weer een andere taakverdeling. De eerste kamer houdt zich bezig met burgerlijke zaken en handelszaken, de tweede met criminele, correctionele en politiezaken, de derde ten slotte met alle zaken van arbeidsrecht.³⁰ Vanwege de tweetaligheid van het Hof heeft iedere kamer een Franse en een Nederlandse afdeling. In totaal zijn er 30 rechters die in panels van drie of vijf beslissen, afhankelijk van de ingewikkeldheid van de zaak.³¹ De eerste voorzitter kan beslissen dat een zaak ten behoeve van de rechtseenheid in voltallige zitting moet worden behandeld. In dat geval vergaderen beide afdelingen samen met in totaal negen raadsheren. In uitzonderlijke gevallen beslist het Hof van Cassatie met verenigde kamers, wat betekent dat minimaal elf leden aan de besluitvorming deelnemen.³² Het Belgische parket van advocaten-generaal telt zestien leden en heeft dezelfde functies als zijn Franse en Nederlandse tegenhanger.

²⁴https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/organisation_56/parquet_general_20.html

²⁵ www.rechtspraak.nl > Organisatie > 'Hoge Raad der Nederlanden' > 'Over de Hoge Raad' > Organisatie > Raad

²⁶ Art. 75 RO.

²⁷ Art. 111 RO.

²⁸ www.cortedicassazione.it > 'La Corte' > 'Organizzazione dell'attività giurisdizionale'

²⁹ www.linkiesta.it/come-funziona-corte-cassazione

³⁰ Art. 133 Gerechtelijk Wetboek.

³¹ Art. 128 Gerechtelijk Wetboek.

³² Art. 131 Gerechtelijk Wetboek.

Field Code Changed

Field Code Changed

Formatted: English (United States)

Twee factoren blijken in de organisatie van de verschillende cassatiehoven van groot belang. De eerste is de omvang van het cassatiehof. De cassatiehoven die fungeren als ‘derde instantie’ zijn genoodzaakt het hoofd te bieden aan een grote instroom van zaken en dijen daardoor uit (vgl. de *Cour de Cassation*). Wanneer een cassatiehof zich meer richt op de rechtsontwikkeling en de kwaliteitsbewaking (zoals de Hoge Raad), kan het klein van samenstelling blijven. Dat biedt grote voordelen in termen van rechtseenheid. Een andere factor van betekenis is de beschikbaarheid van een parket, dat in individuele zaken concludeert. Het parket kan de cassatierechter veel werk besparen, doordat de conclusie de zaak ‘panklaar’ aanlevert. Ook daardoor kan de kamer die de zaak beslist, klein blijven. Bovendien maakt dat een taakverdeling mogelijk waarbij het parket zich richt op de verschillende alternatieven en de doctrinaire verdieping (precedenten, beginselen, beleid, argumenten), en de kamer zich richt op het doorhakken van de knopen (oordeel en motivering). In Frankrijk is die verdeling zo strikt dat Lasser spreekt van een ‘bifurcation’; de verdeling van het discours over de conclusie en het arrest (waardoor het arrest minder formalistisch is dan het lijkt).³³ Ook in Nederland is de betekenis van de conclusie voor het arrest vaak groter dan wordt aangenomen.³⁴

4. Cassatie; het functioneren

Is het mogelijk deze analyse te verdiepen door een kijkje in de keuken te nemen? In de afgelopen vijftien jaar hebben alle vier besproken cassatiehoven te maken gehad met *wrongful life*-vorderingen. Hoe en waar vinden zij het recht, en hoe bouwen zij hun motivering op? Hier volgen de arresten in vogelvlucht (en in chronologische volgorde).

De *Cour de Cassation* oordeelde tweemaal over de zaak Nicolas Perruche, de eerste keer in 1996.³⁵ De zaak betrof een kind wiens moeder tijdens haar zwangerschap was geïnfecteerd met Rubella (rode hond), hetgeen resulteerde in het syndroom van Gregg (gekenmerkt door onder andere de symptomen doofheid, blindheid en hartafwijkingen). Bij de moeder was een verkeerde diagnose gesteld, waardoor haar de mogelijkheid van een abortus was ontnomen. Het *cour d’appel* oordeelde dat het vereiste causale verband tussen de onjuiste diagnose en de schade ontbrak, omdat die een gevolg was van de infectie met het Rubella-virus. De *Cour de Cassation* vernietigde die

³³ M. de S.-O.-L’E. Lasser, *Judicial deliberations, a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 27-62.

³⁴ Dat blijkt alleen al uit het feit dat de beraadslaging in raadkamer plaatsvindt op basis van de conclusie.

³⁵ Cour de Cassation 26 marche 1996, D. 1997, jur. P. 35 (*Nicolas Perruche I*).

beslissing en verwees de zaak naar een ander appèlhof. Dit hof oordeelde andermaal dat het vereiste causale verband ontbrak en de zaak werd weer voor de *Cour de Cassation* gebracht. In 2000 oordeelde de *Cour de Cassation* in een tweede beslissing dat door de nalatigheid van de arts en het laboratorium de moeder was beroofd van de mogelijkheid om haar kind te laten aborteren, en dat deze daarvoor aansprakelijk zijn.³⁶ Na een fel publiek debat greep de wetgever in en verbood *wrongful life*-vorderingen bij wet.³⁷

De beide uitspraken van de *Cour de Cassation* zijn kort en bondig. Zij beantwoorden in hoge mate aan de traditionele structuur van het syllogisme; eerst worden de relevante wetsartikelen genoemd, daarna volgt een korte samenvatting van het oordeel van de vorige instantie en vervolgens geeft de *Cour de Cassation* haar rechtsregel en dictum. De toon is magistratelijk en zelfs autoritair en geeft blijk van een opvatting van verticaal (hiërarchisch) gezag. Er is geen spoor van argumentatie in termen van *principles and policies*, weinig aandacht voor de feiten, en geen enkele poging tot overtuiging van de lezer. Niet-juridische argumenten komen in het geheel niet aan bod. De uitspraak blinkt uit in zijn eenvoud en contrasteert sterkt met het uitgebreid gemotiveerde, twaalf pagina's tellende baby Kelly-arrest dat de Nederlandse collega's vijf jaar later wezen.

Het geval van baby Kelly is in veel opzichten vergelijkbaar met de zaak *Perruche*.³⁸ Ondanks indicaties voor het tegendeel achtte de verloskundige een erfelijkheidsonderzoek niet nodig, met als gevolg dat aangeboren afwijkingen van baby Kelly tijdens de zwangerschap onopgemerkt bleven. Daardoor werden de ouders beroofd van de mogelijkheid van een abortus, welke mogelijkheid zij naar eigen zeggen zouden hebben benut. Het resultaat was dat baby Kelly meervoudig gehandicapt ter wereld kwam. Haar ouders stapten naar de rechter en vorderden materiële en immateriële schadevergoeding, voor zichzelf en voor Kelly. Uiteindelijk werden alle vorderingen toegewezen, inclusief de vorderingen van Kelly tot vergoeding van haar materiële en immateriële schade.

De motivering van deze beslissing is aanzienlijk langer dan die in het Franse precedent. Na een uitzetting van het geding in feitelijke instanties en het geding in cassatie volgen de uitgangspunten in cassatie. Voordat de Hoge Raad aan de beoordeling van de cassatiemiddelen toekomt, geeft hij

³⁶ Cour de Cassation 17 november 2000, Bull. Civ. No. 9, 15 (*Nicolas Perruche II*).

³⁷ *Loi n. 2002-203 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* (raadpleegbaar via www.legifrance.gouv.fr).

³⁸ HR 18 maart 2005, NJ 2006/606 (*Baby Kelly*).

een aantal inleidende beschouwingen. Eerst komen de verweren aan bod en het oordeel van het hof, daarna het oordeel van de Hoge Raad. De motivering van het oordeel is uitgebreid: de Raad laat zien hoe zijn beslissing voortvloeit uit wetsartikelen, eerdere jurisprudentie en de wetsgeschiedenis. Pas nadat alle standpunten zijn uiteengezet worden de cassatiemiddelen behandeld. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad niet alleen motiveert dat en waarom toewijzing past in het systeem van het recht, maar ook aandacht besteedt aan niet-juridische argumenten. Zo komen aan de orde het argument van het hellend vlak (waar leidt dit allemaal toe?) en het argument van defensieve geneeskunde (heeft dit geen ‘chilling effect’ op medische hulpverleners?). Het arrest is zowel door de doctrine als in de publieke opinie goed ontvangen.³⁹

De twee andere te bespreken arresten zijn van recentere datum: de zaak van *Piccola M.* kwam in 2012 bij de Italiaanse *Corte di Cassazione*.⁴⁰ In dit geval had de arts weliswaar prenataal onderzoek gedaan, maar dat bestond uit de onbetrouwbare Tri-test. Hij had de ouders niet geïnformeerd over andere opties en toen een gehandicapt kind ter wereld kwam, spraken zij hem aan op dit nalaten. Kan ook de baby schadevergoeding vorderen en zo ja, is hier sprake van compensabele schade? Deze vragen werden positief beantwoord door de *Corte di Cassazione*. Volgens de *Corte* heeft het kind juridisch relevante en beschermde rechten die leiden tot een autonoom recht op schadevergoeding. Er bestaat een causaal verband tussen het nalaten van de arts en de ‘nascita malformata’.

Het Italiaanse arrest is nog uitgebreider dan zijn Nederlandse voorganger. In het eerste gedeelte worden de argumentaties en oordelen in vorige instanties uiteengezet. Daarna wijdt de *Corte di Cassazione* onder ‘motivi della decisione’ maar liefst zeven paragrafen (ruwweg 25 pagina’s) aan de motivering van zijn beslissing. Het is een uitgebreide uiteenzetting waarin niet alleen verwezen wordt naar wetsartikelen en eerdere arresten, maar ook naar Romeins recht en buitenlandse jurisprudentie (de *Corte* verwijst expliciet naar de zaak *Perruche*, zie 6.1 onder c). Na de standaardfrase ‘P.Q.M.’ (*per questi motivi*: om deze redenen) besluit de *Corte di Cassazione* zijn arrest met het dictum.

³⁹ Zie Staatscourant 24 maart 2005 (“Arrest in zaak-Kelly is moedig en rechtvaardig”). Uit de overvloedige hoeveelheid vakliteratuur verwijzen wij slechts naar M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof pers 2005.

⁴⁰ Cass. Civ., sez. III, 2 oktober 2012, n. 16754 (*Piccola M.*).

Ten slotte het Belgische arrest, dat kort geleden werd gewezen.⁴¹ In tegenstelling tot de voorgaande uitspraken wijst het Hof van Cassatie de vordering tot schadevergoeding van het gehandicapte kind af. De arts *in casu* heeft de ouders niet ingelicht over de uitslag van een test die duidde op een significant verhoogd risico op neuraal buiseffect. De moeder bevalt van een gehandicapte baby en vordert schadevergoeding. Als wij de diagnose hadden gekend, zo kan de stelling van de ouders worden geparafraseerd, zouden wij hebben gekozen voor abortus. Het Belgische Hof blijft echter dicht bij de wet en oordeelt dat er geen vergoedbare schade is in de zin van artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek. Er kan volgens het hof geen vergelijking worden gemaakt tussen de toestand van een gehandicapt bestaan van een persoon en zijn niet-bestaan. Dit sluit echter niet uit de vergoedbaarheid van 'bepaalde morele schade van het kind en ook de extra-uitgaven die het ingevolge zijn handicap heeft'. Het bestreden arrest wordt vernietigd en de zaak wordt terugverwezen naar het hof van beroep.

De beoordeling van het Hof van Cassatie is bijna even summier als die van de *Cour de Cassation*. Na een samenvatting van de voorafgaande procedure en integrale opname van de cassatiemiddelen behandelt het Hof deze middelen één voor één. Slechts het tweede middel is ontvankelijk. Het Hof geeft eerst de algemene regel zoals die in de wetboeken staat en past deze vervolgens toe op de casus. De rechtsregel wordt dus eerst concreet gemaakt en uitgelegd, waarna het oordeel van het Hof volgt als een logische conclusie. Tot slot natuurlijk het dictum, waaronder alle betrokken rechters (het arrest is door de voltallige kamer gewezen) met naam en toenaam staan vermeld.

5. Conclusies

Het voorgaande rechtvaardigt een aantal conclusies. In de eerste plaats blijkt er een samenhang te bestaan tussen de functie en de organisatie van de verschillende cassatiehoven. Wanneer de nadruk ligt op de rechtsbescherming en het desbetreffende hof meer functioneert als 'derde instantie', zal het desbetreffende hof de maatstaven voor cassatie ruimer interpreteren en zal het ook eerder en meer feitelijke vragen beoordelen (zoals de uitleg van overeenkomsten). Dat impliceert een toename van het aantal zaken, welke meestal het hoofd wordt geboden door een uitbreiding van het aantal leden van het hof. Het gevolg is dat daardoor het bewaken van de rechtseenheid

⁴¹ Hof van Cassatie 14 november 2014, nr. C.13.0441.N.

complexer wordt en interne mechanismen voor rechtseenheid nodig zijn (zoals een *chambre mixte*).

Wanneer daarentegen de nadruk ligt op de rechtsontwikkeling en de kwaliteitsbewaking, zal de cassatierechter bewuster omspringen met de beoordeling van motiveringskwesties en daardoor zijn werklust kunnen reguleren (*Kompetenz-Komptenz*). De cassatierechter functioneert dan niet zozeer als ‘derde instantie’, maar meer als toezichthouder op de feitenrechtspraak. Bovendien vervult hij zijn rechtsvormende rol op een andere wijze; niet zozeer door *case by case* een op de feiten toegespitst oordeel te geven, maar door (algemenere) regels, maatstaven en argumenten te bieden die zich beter lenen voor herhaalde toepassing. Het cassatiehof kan relatief klein van omvang blijven, maar zal wel aandacht schenken aan de zaken waarover het oordeelt (zowel het aantal als het soort zaken). Het resultaat is een ander type cassatiehof; vergelijk de *Cour de Cassation* met de Hoge Raad. Natuurlijk gaat het hier om uitersten op een glijdende schaal; de verschillende cassatiehoven nemen ieder een eigen positie in op die glijdende schaal.

In de tweede plaats blijkt de geconstateerde samenhang tussen functie en organisatie ook gevolgen te hebben voor de motivering van het oordeel. De vergelijking van de *wrongful life*-uitspraken is in dit verband illustratief. De korte, syllogistische uitspraken in de zaak van *Nicolas Perruche* spreken minder aan dan het uitvoerig gemotiveerde baby Kelly-arrest, óók als daarbij de conclusies in aanmerking worden genomen (zoals Lasser ons voorhoudt). De rechtsvormende betekenis van de Franse uitspraken is ook veel beperkter dan die van het Nederlandse arrest. In Frankrijk is het initiatief tot rechtsvorming overgenomen door de wetgever, terwijl hier het arrest van de Hoge Raad maatgevend is gebleven. Nu kan men tegenwerpen dat deze gang van zaken in lijn is met de Franse manier van doen, vanwege de striktere hantering van de *Trias Politica*, maar dat neemt niet weg dat het gezag van de hoogste rechter daarmee niet is gediend. Overigens heeft de rijke motivering van de Hoge Raad in zaken als die van baby Kelly ook een keerzijde: in eenvoudige zaken volgt een standaardmotivering (art. 81 RO). De motivering van de beslissing is door de Hoge Raad in dienst gesteld van de rechtsvormende betekenis van de uitspraak.

De variëteit tussen de cassatierechters is dus groot, zoals ook het Italiaanse en het Belgische voorbeeld onderstrepen. Dat neemt evenwel niet weg dat de institutie van cassatie als zodanig heel wel in staat blijkt om aan de rechtsvormende noden van de moderne samenleving tegemoet te

komen. Ook dat wordt geïllustreerd door het *wrongful life*-voorbeeld. Helaas ontbreekt hier de ruimte om de vergelijking uit te breiden tot de wijze waarop andere hoogste rechters (niet zijnde cassatierechter) over *wrongful life*-zaken hebben geoordeeld.⁴² Cassatierechters blijken evenwel in staat om het hele spectrum van wijzen van afdoening te bestrijken; van de korte klap (geen schade vanwege het ontbreken van een rechtmatig alternatief) tot de ook met niet-juridische argumenten onderbouwde toewijzing (geen strijd met de menselijke waardigheid). Het cassatiekurslijf hoeft dus niet in de weg te staan aan de vervulling van de rechtsvormende functie, zoals in het bijzonder onze Hoge Raad heeft laten zien.

Slechts in één opzicht zou de rechtsvormende betekenis van zijn uitspraken door de motivering kunnen worden verrijkt, en dat is door het gebruik van *concurring and dissenting opinions*. Doordat de cassatierechter in zaken als deze met één stem spreekt is hij minder goed in staat recht te doen aan de verscheidenheid aan mogelijke standpunten, en de rijkdom van het onderlinge debat.⁴³ Wij raken hier weer een ander thema aan, maar toch: wanneer de cassatierechtspraak zich ook in dit opzicht zou ontwikkelen, zou zij nog beter aansluiten bij onze pluriforme samenleving.

⁴² We noemen enkele voorbeelden uit Engeland (McKay v Essex Area Health Authority, 19 februari 1982, [1982] Q.B. 1166), Duitsland (BGH 18 januari 1983, BGHZ 86, 240), Canada (Jones v Rostvig, 22 maart 1999, 44 CCLT (2d) 313), Oostenrijk (25 mei 1999, 1 Ob 91/99k), Australië (Harrington v Stephens, 9 mei 2006, 22 CLR 52, [2006] HCA 15), Zuid-Afrika (Stewart v Botha, 3 juni 2008, 340/2007, [2008] ZASCA 84), Israël (Zeitsov v Katz, (1986) 40(2) PD 85), en Singapore (8 augustus 2005, JU and Another v See Tho Kai Yin, [2005] 4 SLR 96, [2005] SGHC 140).

⁴³ Vergelijk de uitspraak van de Californische rechter in Turpin v Sortini (1982) 182 Cal. Rptr 337.