

Tilburg University

Begrensd activisme

Loth, Marc

Published in:
In verbondenheid

Publication date:
2017

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Loth, M. (2017). Begrensd activisme: De maatschappelijke rol van de familierechter. In *In verbondenheid: Opstellen aangeboden aan Paul Vlaardingerbroek ter gelegenheid van zijn emiritaat* (pp. 503 - 521). Kluwer.

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.

BEGRENSD ACTIVISME; DE MAATSCHAPPELIJKE ROL VAN DE FAMILIERECHTER

Marc Loth¹

1. Inleiding

Paul Vlaardingebroek heeft zijn hele leven gewijd aan het personen- en familierecht. Verbazingwekkend is dat natuurlijk niet; het personen- en familierecht is het privaatrecht met een menselijk gezicht, en juist die menselijkheid is zo karakteristiek voor Paul als persoon. Die menselijkheid is tevens karakteristiek voor de familierechter, een functie die Paul – naast zijn hoogleraarschap – sinds jaar en dag vervult. Dat typeert de familierechter. Enerzijds is de familierechter een rechter als alle andere; hij of zij is de onpartijdige en onafhankelijke geschilbeslechter die namens de rechtsorde spreekt. Dat is ook precies de legitimatie van zijn interventie in vaak gevoelige en emotionele familieverhoudingen. Maar anderzijds onderscheidt de familierechter zich van andere rechters, omdat de interventie in het persoonlijke leven van mensen bijzondere eisen stelt. Wil de familierechter effectief zijn – dat wil zeggen, daadwerkelijk bijdragen aan de oplossing van conflicten – dan kan hij of zij niet volstaan met een sfinx-achtig optreden, maar zal zich moeten laten kennen. Daardoor ontstaat in zijn rol in concrete geschillen een zekere spanning tussen de vereiste afstandelijkheid en betrokkenheid. Die spanning herhaalt zich op het abstractere niveau van de rechtsvorming. Enerzijds is de familierechter gebonden aan wet en recht, zoals iedere andere rechter. Anderzijds zal hij of zij activistisch moeten zijn als het recht gelijke tred wil houden met maatschappelijke ontwikkelingen. De maatschappelijke opvattingen over relatie en gezin ontwikkelen zich immers snel. Wanneer wij het als een taak van de rechter beschouwen om het recht in de pas te laten lopen met maatschappelijke ontwikkelingen, dan ligt hier voor de familierechter een uitdaging. Ook op dit niveau zien we dus een spanning in de rol van de familierechter.

Deze bijdrage is gewijd aan de maatschappelijke rol van de familierechter. Wat houdt die rol precies in? Wat is de betekenis van de interventie van de familierechter vanuit maatschappelijk perspectief? In deze bijdrage staat vooral de inherente spanning in die rol centraal: de spanning tussen de rechter en de probleemoplosser, en die tussen de rechter en de rechtsvormer. In beide opzichten wordt van de familierechter een zeker activisme gevraagd, maar dat activisme is tegelijkertijd begrensd. Ik denk dat het de duidelijkheid dient als we van meet af aan onderscheiden tussen twee soorten rechterlijk activisme. In de eerste plaats het activisme van de rechter in een concrete zaak; de familierechter is geneigd om zich niet lijdelijk op te stellen, maar om in de geschilbeslechting een actieve rol te kiezen. Hij of zij wil zich niet beperken tot een beoordeling van de juridische stellingen van partijen, maar tevens het achterliggende conflict oplossen. Minst genomen dienen partijen – die vaak nog verder moeten met elkaar in hun leven – daartoe in de

¹ Hoogleraar Privaatrecht aan Tilburg University.

gelegenheid te worden gesteld. Ik zal dit hierna “probleemoplossend activisme” noemen. In de tweede plaats is er het activisme van de rechter in de verdere ontwikkeling van het personen- en familierecht. Het recht dient gelijke tred te houden met de samenleving en de maatschappelijke opvattingen over huwelijk, relatie en afstamming ontwikkelen zich snel. Dat vergt van de familierechter een activistischer optreden dan van zijn collega in, bijvoorbeeld, het goederen- en insolventierecht (waar rechtszekerheid voorop staat). Ik zal hier verder van “rechtsvormend activisme” spreken. Probleemoplossend activisme is dus gericht op de feiten; rechtsvormend activisme op het recht. Ik denk dat het bijzondere van de rol van de familierechter het beste kan worden getypeerd als activistisch in de beide betekenissen van het woord: de familierechter is zowel activistisch in concrete zaken als in de rechtsvorming. Dat vormt het uitgangspunt van mijn betoog.

Nu is het predicaat “activistisch” nogal verdacht, en voor sommigen zelfs verwerpelijk. Het verwijst naar een rechterbeeld dat duidt op een rechter die zich niet aan de grenzen van zijn domein houdt, die zich in politiek vaarwater begeeft, en die mogelijk zelfs een politieke agenda heeft. Ik gebruik het predicaat “activistisch” niet in deze pejoratieve zin, dat zal duidelijk zijn, maar louter in de beschrijvende zin van de rechter die (in concrete zaken) het achterliggende probleem wil oplossen, en (in algemene zin) het recht verder ontwikkelt.² Tegelijkertijd realiseer ik mij dat dit activisme nooit onbegrensd is, omdat de familierechter uiteindelijk ook een rechter is. Daarom spreek ik liever van “begrensd activisme”, waarbij ik het als mijn taak beschouw om die grenzen nader te expliciteren. Daartoe zal ik in de volgende paragraaf een poging ondernemen. In paragraaf 2 wil ik in algemene zin inzicht geven in de grenzen die in een rechtsstaat als de onze aan het activisme van de rechter worden gesteld. Vervolgens wil ik in paragraaf 3 schetsen welke consequenties die grenzen hebben voor de rol van de familierechter in concrete zaken (probleemoplossend activisme). Voorts zal ik in paragraaf 4 de gevolgen trekken voor de rechtsvormende taak van de familierechter (rechtsvormend activisme). Ten slotte zullen in paragraaf 5 de conclusies worden getrokken ten aanzien van het begrensde activisme van de familierechter. Daarmee is hopelijk niet alleen de inherente spanning in de rol van de familierechter verklaard, maar ook een bijdrage geleverd aan het inzicht in de maatschappelijke rol van de familierechter.

2. *Het normatieve kader*

Het verzet tegen rechterlijk activisme wordt doorgaans gerechtvaardigd met een beroep op de leer van de trias politica of de scheiding van machten, die zou meebrengen dat de taak van de rechter beperkt is tot de toepassing van het recht.³ Deze argumentatie is echter al zo vaak bestreden en weerlegd dat het opmerkelijk is dat er nog schrijvers zijn die haar zonder nadere toelichting gebruiken en dan menen dat daarmee het laatste woord gesproken is.⁴ De meest fundamentele weerlegging is misschien nog wel dat de trias politica niet alleen een scheiding van machten

² Dickson (ed.) 2007.

³ Bergkamp *NJB* 2015/33, p. 2278-2288, en *NJB* 2016/3, p. 193-194.

⁴ Van Gestel en Loth, *NJB* 2015/37, p. 2598-2605.

inhoudt, maar ook een evenwicht van machten.⁵ Daaruit volgt dat de rechter gelegitimeerd is in te grijpen in het domein van de politieke wetgever en het bestuur indien dat wordt geleverd door de handhaving van de balans tussen politiek gedefinieerd beleid en de bescherming van individuele rechten. Dat is de kern van de rechtsbescherming van de burger door de rechter. Anders dan veelal wordt verondersteld legitimeert dat niet alleen de bevoegdheid om de overheid te verbieden te handelen, maar ook om haar een bepaalde handelwijze te gebied. Een evenwicht van machten brengt ook de bevoegdheid voor de rechter mee om in te grijpen waar de overheid het laat afweten. De rechtsvormende taak van de rechter op terreinen als het stakingsrecht, abortus, euthanasie, en tegenwoordig de bescherming van het milieu, wordt daardoor gelegitimeerd. Het is dus veel te simpel om te zeggen dat de rechtsvormende taak van de rechter wordt uitgesloten door de trias politica, daarvoor is de constitutionele positie van de rechter te complex. Wél brengt de trias politica mee dat de rechter zich in voorkomende gevallen rekenschap dient te geven van zijn constitutionele positie ten opzichte van de wetgever en het bestuur.

De normering van de taak van de rechter strekt zich buiten het constitutionele recht uit tot het toepasselijke materiële en formele (familie)recht en daarmee de rechtsstaatgedachte, maar ook de politieke theorie en de rechterlijke beroepsethiek. Een verkenning van het kader dat de taakuitoefening van de rechter normeert begint echter bij de legitieme verwachtingen vanuit de samenleving ten aanzien van het optreden van de rechter. Wat de samenleving van de rechter mag verlangen is tweërlei. In de eerste plaats dat hij of zij een einde maakt aan de onzekerheid in de rechtsverhouding tussen de beide partijen in het voorliggende geschil. Het rechterlijk oordeel stelt daarom de onderlinge rechtsverhouding tussen partijen bindend vast. Maar tegelijkertijd dient dat oordeel op de langere termijn bij te dragen aan de maatschappelijke vrede doordat het een conflict sociaal hanteerbaar maakt.⁶ In controversiële familiekwesies redeneert de rechter dan ook meestal op twee niveau's tegelijk; enerzijds wordt ingegaan op de door de partijen aangedragen rechtsgronden, anderzijds wordt stelling genomen in een rechtspolietiek debat (bijvoorbeeld over de bescherming van ongeboren kinderen, of lesbisch ouderschap).⁷ Het oordeel van de familierechter sluit in die gevallen niet alleen aan bij het partijdebat, maar ook bij de politieke besluitvorming, en zelfs bij de maatschappelijke discussie over dat thema. Het rechterlijk oordeel is uiteindelijk te beschouwen als onderdeel van de wijze waarop de samenleving zichzelf normeert, onder meer waar het persoonlijke relaties betreft (in het personen- en familierecht).

De taakuitoefening van de rechter in een concrete zaak wordt op diverse wijzen begrensd. Afgezien van de constitutionele begrenzing van zijn of haar positie, wordt het rechterlijk oordeel natuurlijk mede begrensd door het toepasselijke materiële en formele (familie)recht. Die begrenzing is in zoverre relatief, dat de rechter zelf het toepasselijke recht interpreteert en daarmee de eigen speelruimte bepaalt. Tegenwoordig wordt evenwel breed erkend dat het recht en daarmee de rechterlijke rechtsvorming niet 'rule-based' is, maar 'principle-based'. Dat vormt een extra waarborg

⁵ Witteveen 1991.

⁶ Ricoeur 2000.

⁷ Hiervoor bleek al dat activisme op beide niveau's dient te worden onderscheiden (par. 1).

tegen rechterlijke willekeur.⁸ Waar het de familierechter betreft rust zijn oordeel uiteindelijk op materieelrechtelijke beginselen als het gelijkheidsbeginsel en het belang van het kind, en op procesrechtelijke beginselen als hoor en wederhoor, 'equality of arms', etcetera. Maar dat is nog niet alles. Het gaat er niet alleen om wat de rechter beslist en langs welke procedurele weg hij of zij tot die beslissing komt, de uitspraak heeft bovendien een communicatieve betekenis die afhankelijk is van het ethos dat de rechter kiest. Omdat die keuze meestal impliciet blijft, bestaat doorgaans weinig aandacht voor deze dimensie van de rechterlijke uitspraak. Niettemin is de rol die de rechter kiest van groot belang voor de overtuigingskracht van zijn optreden. Stelt de familierechter zich op als een lijdelijke civiele rechter, een sfinx die onpartijdigheid als hoogste waarde vertegenwoordigt? Of stelt hij of zij zich op als een bemiddelaar die naast en met de partijen op zoek gaat naar een oplossing waarmee zij beiden verder kunnen? Of kiest hij of zij een derde rol, die van de wetgever-plaatsvervanger die het geldende personen- en familierecht aanpast aan de eisen van de tijd? Samenvattend kan worden geconcludeerd dat de taakuitoefening door de rechter – afgezien van de constitutionele bepaling van zijn positie – op minstens drie wijzen wordt begrensd, namelijk door (1) de inhoudelijke aansluiting op het partijdebat, de politieke besluitvorming en de maatschappelijke discussie, (2) de formele rechtvaardigheid van de gevolgde procedure, en (3) de gekozen rol van de rechter (het ethos van de rechter).⁹

Uit het voorgaande vloeit voort dat rechtspraak bijna altijd politiek is; niet partijpolitiek natuurlijk, maar 'politiek' in de betekenis van onderdeel van het (zelf)bestuur van een gemeenschap. Samen met de wetgever draagt de rechter vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid bij aan dat bestuur. Die verantwoordelijkheid houdt in dat hij of zij een onafhankelijke institutie vertegenwoordigt die de waarden van het recht vertaalt in concrete beslissingen en daarmee een bemiddelende rol vervult tussen uiteenlopende opvattingen en stijlen van leven. Deze bemiddelende rol maakt die uiteenlopende opvattingen en leefstijlen compatibel en is daarom onmisbaar in een samenleving die tegelijkertijd pluriform en vreedzaam is.¹⁰ Het familierecht vormt een perfecte illustratie, omdat het maatschappelijk debat wordt gevoerd over controversiële onderwerpen als de bescherming van het ongeboren leven, of lesbisch ouderschap. Sterke opvattingen van religieuze of levensbeschouwelijke aard staan hier regelmatig tegenover elkaar. Dat plaatst de rechter voor ingewikkelde afwegingen waarbij hij of zij concurrerende waarden dient af te wegen in het licht van het voorliggende geval. Paradoxaal genoeg is die interventie niet geslaagd als de rechter het waardenconflict oplost, maar als hij de conflicterende waarden juist in stand houdt. In een conflict tussen het traditionele gezinsmodel en individuele autonomie bijvoorbeeld, beslist de rechter welk van de conflicterende waarden in dit specifieke geval de doorslag geeft. De nadruk op het casuïstische karakter van dat oordeel geeft degenen die de concurrerende waarde onderschrijven het vertrouwen dat deze in een toekomstig geval zal kunnen prevaleren. Dat is een gebaar van

⁸ Vgl. het werk van Ronald Dworkin, dat in dit opzicht bijzonder invloedrijk is geweest.

⁹ Loth, *R&R* 2005/1, p. 64.

¹⁰ 't Hart 1997, p. 55.

insluiting, dat van grote betekenis is in een pluriforme samenleving.¹¹ De kracht van de rechterlijke interventie is dat de samenleving op deze wijze, van geval tot geval, steeds meer in detail invulling geeft aan de waarden die haar in potentie verdelen, maar in feite de culturele rijkdom van een pluriforme samenleving vertegenwoordigen. Dat is in de kern de maatschappelijke rol van de rechter.¹²

Daarmee is overigens de inherente spanning in de taak van de familierechter niet opgelost, zoals de ethiek van het rechterlijk ambt leert. In de rechterlijke beroepsethiek worden namelijk twee concurrerende opvattingen over het rechterlijk ambt onderscheiden, en beide zijn zij van betekenis voor de familierechter. In de hiervoor geschetste 'public life conception' wordt rechtspraak gezien als een noodzakelijk vervolg op de politieke besluitvorming en daarmee als een onmisbare schakel in het publieke debat over (zelf)bestuur. In deze communitaristische opvatting heeft rechtspraak een gemeenschapsstichtende functie, die haar geschilbeslechtende taak overstijgt, en die voor een belangrijk deel blijkt uit haar rechtsvormende taak. Daarnaast is er de 'problem-solving conception', volgens welke rechtspraak niet meer behelst dan de overheidsfunctie geschillen te beslechten die de samenleving niet op een andere wijze oplost. In deze neo-liberale opvatting is rechtspraak een alternatief voor arbitrage, 'mediation', en andere vormen van 'private justice'.¹³ Hierin is de opvatting van de familierechter als responsieve probleemoplosser te herkennen. De familierechter kortom is zowel een noodzakelijke schakel in de wijze waarop een gemeenschap zichzelf normeert en bestuurt, als een responsieve probleemoplosser die binnen de marges van het recht de vrede tussen partijen herstelt. De inherente spanning tussen beide perspectieven is niet een inconsistentie of een zwakte, maar juist de karakteristieke kracht van de rol van de familierechter. Als hij uitsluitend representant van de rechtsorde zou zijn, zou hij tekortschieten in responsiviteit; de rechter als ondoorgrondelijke sfinx is daarvan het resultaat (in sociologische termen: een vorm van legaal-rationele gezagsuitoefening). Maar als de familierechter uitsluitend een responsieve probleemoplosser zou zijn, zou onbegrensd activisme en daarmee willekeur het resultaat zijn (vgl. de kadi-rechtspraak).¹⁴ Juist doordat de familierechter met één been in het recht staat, en met het andere in de samenleving, is hij in staat om op objectieve en op responsieve wijze te opereren. Zijn optreden kan dan ook worden gekarakteriseerd als 'begrensd activisme'.¹⁵

3. *Probleemoplossend activisme*

Probleemoplossend activisme is nauw verbonden met het ideaal van responsief recht. Dat ideaal is van alle tijden, maar beleefde een revival in de VS naar aanleiding van de kritiek op de instituties in de jaren '60 van de vorige eeuw. Het werd gepresenteerd als het laatste stadium in de

¹¹ Calabresi 1985.

¹² Hampshire 2000.

¹³ Luban, *The Georgetown Law Journal* 1995, p. 2619-2662.

¹⁴ Weber 1968, p. 1395.

¹⁵ De parallel dringt zich op met het onderscheid tussen instrumentaliteit en instrumentalisme (vgl. Fouqué en 't Hart 1990, p. 113-129). Het optreden van de rechter is instrumenteel, maar het is niet instrumentalistisch.

ontwikkeling van het recht in Westerse samenlevingen. Het eerste stadium is repressief recht; het recht als instrument van onderdrukking door een autoritair regime. Het tweede stadium is autonoom recht; het recht van de rechtsstaat, objectief en gericht op de controle van machtsuitoefening. Het derde en laatste stadium is responsief recht; een hernieuwd streven naar maatschappelijke doelgerichtheid en effectiviteit.¹⁶ Het ideaal van responsieve gerechten vond vanaf de jaren '80 zijn weg naar de praktijk in de vorm van de 'drug courts'. De ambitie was om niet uitsluitend repressief te reageren op drugsgerelateerde criminaliteit, maar om het achterliggende maatschappelijke probleem op te lossen door daadwerkelijk hulp te (laten) verlenen aan delinquenten. Gedurende het hulpverleningstraject heeft de rechter een toezichthoudende taak. Het gezag van de rechter wordt ingezet om normconform gedrag af te dwingen, niet alleen in strafrechtelijke, maar ook in therapeutische zin. Daartoe werkt de rechter intensief samen met ketenpartners en hulpverleningsinstanties. De aanpak van de 'drug courts' heeft een vervolg gekregen in andersoortige 'problem-solving courts' of 'collaborative justice courts' in het strafrecht, zoals 'youth courts', 'mental health courts', en 'domestic violence courts'. Ook deze gerechten worden gekenmerkt door de nadruk op probleemoplossing, de teamaanpak, hulpverlening in een strafrechtelijk kader, rechterlijk toezicht, maatschappelijke betrokkenheid, directe interactie met de verdachte, en een proactieve opstelling van de rechter.¹⁷

De praktijk van responsieve rechtspraak is in de VS niet onbetwist gebleven. Hoewel de 'drug courts' zeker effectief zijn geweest in de bestrijding van drugscriminaliteit, is de inzet van het rechterlijk gezag voor de oplossing van maatschappelijk problemen niet zonder risico's. Een van de risico's is een verlies van legitimiteit doordat de rechter de grenzen van het rechterlijk domein overschrijdt. Een ander risico is dat de inzet van dwang en drang de facto resulteert in een terugval naar repressief recht. Verberk illustreert dit risico met de opkomst van de 'juvenile courts' in de VS tegen de achtergrond van de 'child saving movement' aan het einde van de 19^e eeuw. In deze jeugdrechtsbanken gold de 'parens patriae'-doctrine; de overheid als staatsopvoeder. De rechter was uitgerust met ruime bevoegdheden, de behandeling was informeel, de dader stond centraal. Ondanks de goede bedoelingen functioneerden de jeugdrechtsbanken in toenemende mate als een repressief instituut, waarbij de minderjarige betrekkelijk rechteloos was overgeleverd aan de willekeur van de rechtbank. Pas aan het einde van de jaren '60 van de vorige eeuw kende het Amerikaanse Hooggerechtshof aan minderjarige verdachten dezelfde rechten toe als aan volwassenen.¹⁸

Een vergelijkbare ontwikkeling heeft zich hier in Nederland voltrokken. De in 1921 in het leven geroepen kinderrechter is van oudsher een zeer actieve rechter die primair een opvoedende taak had ten aanzien van de minderjarige. In het civiele recht was de kinderrechter niet alleen verantwoordelijk voor de oplegging van de ondertoezichtstelling (OTS), maar ook voor de uitvoering daarvan. In het strafrecht had de kinderrechter eveneens een allesoverheersende

¹⁶ Nonet & Selznick 1978.

¹⁷ Verberk 2011, p. 1-33.

¹⁸ Verberk, a.w., p. 182.

invloed die zich uitstrekte van de beleidsvoering voorafgaande aan de zitting tot een leidende rol op de zitting. In toenemende mate werd deze invloed als bevoogdend ervaren ten aanzien van de steeds mondiger minderjarigen. Bovendien deed zij onvoldoende recht aan de rechtspositie van de minderjarige, zoals die geleidelijk onder invloed van het EHRM gestalte kreeg. Daarom werd in 1995 de functie van de kinderrechter bij wet gewijzigd in een meer rechterlijke functie, waarbij zijn rol verschoof van die van regisseur naar die van toetser en toezichthouder. Daarmee werd een einde gemaakt aan de combinatie van rechterlijke en bestuurlijke taken die kenmerkend was voor de functie van kinderrechter. Dat neemt overigens niet weg dat er nog voorbeelden zijn van probleemoplossende rechtspraak (vgl. de leerplichtzittingen). Ook de pedagogische doelstelling is natuurlijk niet uit de jeugdrechtspraak verdwenen, zoals de invoering van de gedragsbeïnvloedende maatregel (GBM) in 2008 illustreert.¹⁹

Net als de kinderrechter heeft ook de familierechter vanuit het perspectief van responsief activisme een interessante ontwikkeling doorgemaakt. Van oudsher werd de familierechter gezien als een gewone civiele rechter, dat wil zeggen, een lijdelijke en passieve rechter die beslist over de vorderingen, stellingen, en verweren van partijen. In toenemende mate is de familierechter zich echter leidend gaan opstellen, waarbij hij of zij zich niet richt op de formele waarheidsvinding, maar op de materiële waarheidsvinding.²⁰ Daarbij toonde hij of zij zich in toenemende mate geïnteresseerd in het echte conflict dat partijen verdeeld houdt, vanuit het streven om aan de oplossing daarvan een bijdrage te leveren. Koens wijst op de argumenten daarvoor, zoals de kwaliteit van de rechtspraak, de ongelijkwaardigheid van partijen, het belang van het kind, de emotionele problematiek, de ongelijkheidscompensatie, en de openbare orde die dikwijls in het geding is. Tevens onderzoekt hij welke mogelijkheden de familierechter heeft om deze doelstelling te dienen, zowel in de fase voor de zitting, tijdens de behandeling, als in de uitspraak. Zijn terechte veronderstelling daarbij is dat het de familierechter vrij staat om zich responsiever op te stellen – en dat daarvoor zelfs goede redenen bestaan – maar dan wel binnen de grenzen van het geldende familie- en procesrecht.

In algemene termen kan worden gezegd dat probleemoplossend activisme van de rechter meer kansen biedt, maar ook meer risico's. In zoverre is deze taakopvatting duidelijk het resultaat van een 'high risk' perspectief op de taak van de rechter. Probleemoplossend activisme is dan ook niet grenzeloos. Anders gezegd, responsieve aspiraties dienen te zijn ingebed in een theorie en praktijk van autonome rechtsbeoefening. Probleemoplossend activisme vindt zijn begrenzing in de specifieke rol die de rechter in een rechtsstatelijke samenleving nu eenmaal vervult, en die gepaard gaat met gelijke behandeling, rechtsbescherming, voorspelbare rechtstoepassing, en een scheiding van functies (rechtspraak in de vorm van oordeelsvorming, en bestuur in de vorm van hulpverlening). Zowel de ontwikkeling van de kinderrechtspraak als die van de familierechtspraak vormen daarvan illustraties. De kinderrechter heeft zich zowel in de VS als in Nederland

¹⁹ Verberk, a.w., p. 243-268.

²⁰ Koens, *FJR* 2006/5, p. 126-131.

aanvankelijk ontwikkeld als een vorm van responsieve rechtspraak waarbij de rechter de centrale regie voerde. In toenemende mate werd de keerzijde hiervan zichtbaar; de pedagogische pretenties werden als bevoogdend ervaren, en de rechtspositie van de minderjarige was het kind van de rekening. Om die reden is de functie van de kinderrechter sinds 1995 anders ingevuld, namelijk zodanig dat hij of zij zich meer op de rechterlijke taken richt. Dit komt neer op een betere balans tussen de rechtsstatelijke positie van de rechter en zijn of haar probleemoplossende aspiraties. Ook de familierechter heeft binnen de ruimte die de wet daarvoor biedt de mogelijkheden gezocht en gevonden om recht te doen aan het daadwerkelijke conflict dat partijen verdeeld houdt. Ook hier zien wij dat het probleemoplossende activisme van de rechter niet onbegrensd is, maar integendeel zijn grenzen vindt in de rechtsstatelijke rol van de rechter.

4. *Rechtsvormend activisme*

Rechtsvormend activisme is net als probleemoplossend activisme verbonden met het ideaal van responsieve rechtspraak. Anders dan probleemoplossend activisme manifesteert het zich echter niet in de afhandeling van concrete zaken, maar in de ontwikkeling van het recht. Ook op het niveau van de rechtsvorming heeft de familierechter zich activistisch opgesteld, voornamelijk onder druk van wijzigende maatschappelijke opvattingen en gefaciliteerd door het EVRM en het activisme van het EHRM. Een proefschrift uit 1994 over de invloed van het EVRM op minderjarigheid en ouderlijk gezag heeft als veelzeggende ondertitel “a whole code of juvenile law”.²¹ Rechterlijke rechtsvorming met hetzelfde effect als een heel wetboek voor jeugdrecht, waarop is dat eigenlijk gebaseerd? Een helder antwoord op die vraag wordt geboden door Aharon Barak – oud-President van het Hooggerechtshof van Israël – die er terecht op wijst dat de rechterlijke taak niet beperkt is tot rechtstoepassing, maar dat dit niet betekent dat de discretie van de rechter onbegrensd is. Als rechter heb ik geen politieke agenda, schrijft Barak, maar dien ik wel een rechterlijke politiek, namelijk een systematisch en op beginselen gebaseerd gebruik van mijn discretie. Geen partijpolitiek dus, omdat de rechterlijke macht (net als de samenleving als geheel) ideologisch pluriform is.²² De taak van de rechter in een democratie overstijgt echter in twee opzichten de alledaagse geschilbeslechting, namelijk doordat de rechter de constitutie en de democratie beschermt, en doordat hij of zij de kloof tussen recht en samenleving overbrugt. In de woorden van Barak: “old language should be filled with modern content, in order to minimize the gap between law and life”.²³ Nog in 1986 oordeelde het US Supreme Court bijvoorbeeld dat de strafbaarstelling van homoseksualiteit niet in strijd was met de Grondwet²⁴; 20 jaar later ging het Supreme Court om, ongetwijfeld onder invloed van gewijzigde maatschappelijke opvattingen.²⁵

²¹ De Bruijn-Lückers 1994. Op de omslag staat er nog een vraagteken achter deze ondertitel, maar veelzeggend is dat het vraagteken al op de titelpagina is weggefallen!

²² Barak 2006, p. 14-15.

²³ Barak, a.w., p. 7.

²⁴ US Supreme Court (Verenigde Staten) 30 juni 1986, *Bowers v. Hardwick* [1986] 478 U.S. 186.

²⁵ US Supreme Court (Verenigde Staten) 26 juni 2003, *Lawrence v. Texas* [2003] 439 U.S. 558.

Barak bepleit dan ook een dynamische uitleg van het recht in een democratische samenleving, dat wil zeggen, een uitleg van het recht in het licht van de hedendaagse noden en aspiraties van de samenleving. De achtergrond is gelegen in de paradox dat het recht uitsluitend stabiliteit kan bieden in een samenleving indien het met die samenleving meebeweegt. Daarin liggen overigens tegelijkertijd een aantal beperkingen besloten. De rechter opereert in de context van een rechtssysteem en dient daarom de beslissing in te passen in dat systeem, waardoor de rechtsontwikkeling geleidelijk en organisch vorm krijgt. Bovendien brengt de institutionele positie van de rechter mee dat de veranderingen in het recht altijd beperkt zijn en reactief tot stand komen. Rechterlijke rechtsvorming dient aan te sluiten bij de grondwaarden van de samenleving, alsook bij heersende inzichten over de rol en functie van de rechter. Wat de aansluiting op die grondwaarden betreft, kan worden toegevoegd dat deze in een democratische samenleving niet homogeen zijn, maar juist pluriform. Daaruit volgt dat de rechter in een democratische samenleving die pluriformiteit dient te beschermen. Voor zover er uniforme waarden bestaan, zijn die niet van inhoudelijke, maar van procedurele aard, zoals het beginsel van hoor en wederhoor.²⁶ Wat de heersende inzichten over de rol en functie van de rechter betreft, karakteriseert Barak de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever als een 'partner in law'; in een 'common law' systeem is de rechter een 'senior partner', in een 'civil law' systeem is hij of zij een 'junior partner'. Het verschil heeft uiteraard te maken met de relatieve autonomie van de rechter ten opzichte van de wetgever.²⁷ In een 'common law' stelsel heeft de rechter het voortouw, in een 'civil law' stelsel de wetgever. In geen van beide rechtsstelsels is het rechtsvormend activisme van de rechter onbegrensd.

De bron van de rechtsvormende ontwikkeling van het personen- en familierecht is gelegen in het rechtsvormend activisme van het EHRM, in het bijzonder in zijn uitleg van art. 8 EVRM (het recht op gezinsleven) en art. 14 EVRM (het non-discriminatiebeginsel). Verschillende factoren hebben daartoe bijgedragen. In de eerste plaats de positie van het EHRM als een transnationale rechter die zich op grond van het individuele klachtrecht van burgers in beginsel bevoegd acht te interveniëren in iedere kwestie met een grondrechtelijke dimensie. Voorts is van betekenis de opvatting van het EHRM dat het Verdrag moet worden beschouwd als "a living instrument, that must be interpreted in the light of present-day conditions."²⁸ Weliswaar laat het Verdrag een 'margin of appreciation' aan de nationale overheden, maar die beperking wordt door het Hof uitsluitend gebruikt als concessie aan de nationale overheden wanneer duidelijk is dat deze een beter inzicht hebben in de lokale omstandigheden. In de derde plaats is ook de wijze van redeneren van het Hof een belangrijke factor gebleken; het Hof redeneert van geval naar geval op basis van analogie, maar schrikt er ook niet voor terug algemene regels te formuleren.²⁹ Voeg daarbij de uitbreiding

²⁶ Hampshire, a.w., p. 55.

²⁷ Wiarda 1999, p. 19 – 29.

²⁸ EHRM 25 april 1978, *Series A* Vol. 26 (Tyrer/UK) p. 14. Overigens onderscheidt ook het Luxemburgse hof zich door rechtsvormend activisme (vgl. Dawson, de Witte & Muir 2013).

²⁹ Glas 2016, p. 35.

van de grondrechten uit het Verdrag tot nieuwe domeinen – bijvoorbeeld art. 8 EVRM tot het milieurecht – en het is duidelijk dat het Hof bepaald rechtsvormend activistisch is te noemen. Deze ontwikkeling is overigens niet onweersproken gebleven. Het rechtsvormend activisme van het Straatsburgse hof is bestreden door zowel academici³⁰, rechters³¹, als politici.³² De kritiek heeft overigens niet belet dat de jurisprudentie van het EHRM een diepe impact heeft gehad op de rechtsvorming door de (hoogste) rechters van de aangesloten lidstaten.

Voor het personen- en familierecht blijkt dat onder meer uit een verschuiving van het traditionele, patriarchale gezinsmodel naar een modernere conceptie van de familie, waarin de nadruk ligt op individualisering en gelijke berechtiging. Verschillende leerstukken ondersteunen deze hypothese.³³ De terugtocht van het traditionele gezinsmodel is onder meer zichtbaar in het adoptierecht. Zo oordeelde het EHRM in 1994 dat de door art. 8 EVRM geboden bescherming van 'family life' ook ziet op de facto familieverhoudingen die niet op huwelijk gebaseerd zijn. Wanneer de moeder een kind ter adoptie afstaat zonder medeweten van de vader vormt dat een inbreuk op diens door art. 8 EVRM beschermd recht op familieleven, ook al was de relatie tussen de ouders al beëindigd bij de geboorte van het kind.³⁴ De invloed van de gelijkberechtiging komt onder meer tot uiting in de adoptie door personen van hetzelfde geslacht. In een Franse zaak uit 2008 oordeelde het Hof dat de weigering van adoptie aan een vrouw die geschikt is het kind op te voeden en samenwoont met een vrouw, in feite neerkwam op een weigering op grond van seksuele oriëntatie waarvoor een legitieme rechtvaardiging ontbreekt.³⁵ Ook de gelijkberechtiging van wettige en onwettige kinderen sedert het Marckx-arrest van 1979 vormt een illustratie van deze vorm van rechtsvormend activisme.³⁶ Het Straatsburgse Hof heeft geleidelijk het patriarchale gezinsmodel ontmanteld dat in de verschillende lidstaten in meerdere of mindere mate aan het geldende personen- en familierecht ten grondslag lag. Aldus droeg het bij aan de overbrugging van de groeiende kloof tussen het personen- en familierecht en de samenleving, waarin de betekenis van het gezin geleidelijk is afgenomen en heeft plaatsgemaakt voor meer geïndividualiseerde verhoudingen.

Voor het rechtsvormend activisme geldt, evenals voor het probleemoplossend activisme, dat het meer kansen biedt, maar ook meer risico's. Het functioneren van het EHRM laat zien dat de belofte van een rechtssysteem dat gelijke tred houdt met de samenleving gepaard gaat met het risico van

³⁰ Hoffmann 2009. Zie ook Spijkerboer, *NJB* 2012/242, p. 242-262.

³¹ Vgl. de clash tussen het BVerfG en het EHRM naar aanleiding van EHRM 24 juni 2004, 59320/00 (*Von Hannover/Duitsland*).

³² Vgl. de herhaaldelijk geuite kritiek van voormalig premier Cameron op het Straatsburgse Hof.

³³ Ik baseer mij hier op de ongepubliceerde paper *Dismantling Patriarchies? An analysis on the European Court on Human Rights' tools in its reasoning on the development of family law*, van de studenten Pieter Gillaerts, Veronica Perozo Alberti, Charlotte Aardoom en Bram Maeschaelck, uit de onderzoeksmaster van de universiteiten van Tilburg en Leuven, in het jaar 2015/2016.

³⁴ EHRM 26 mei 1994, 16969/90 (*Keegan/Ierland*).

³⁵ EHRM 22 januari 2008, 43546/02 (*E.B./Frankrijk*).

³⁶ EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx/België*), EHRM 18 december 1986, 9697/82 (*Johnston e.a./Ierland*), EHRM 29 november 1991, 12849/87 (*Vermeire/België*), EHRM 1 februari 2000, 34406/97 (*Mazurek/Frankrijk*), EHRM 13 juli 2000, 25735/94 (*Elsholz/Duitsland*), en EHRM 3 oktober 2000, 28369/95 (*Camp en Bourimi/Nederland*).

tanend gezag, oplopende werkvoorraden, en politiek gemotiveerde kritiek op het Straatsburgse hof. Rechtsvormend activisme vindt zijn begrenzing in de institutionele positie van de rechter, de gangbare methoden van rechtsvorming, en feitelijke mogelijkheden in termen van beschikbare middelen (geld en mensen). Een transnationale rechter als het EHRM is daarbij nog eens extra gevoelig voor het argument en het sentiment dat het nationale recht niet door een activistische transnationale rechter mag worden hervormd. Kortom, ook hier blijkt dat het activisme van de rechter niet onbegrensd is. Dit alles wijst erop dat de hoogtijdagen van het rechtsvormend activisme van het EHRM weleens voorbij zouden kunnen zijn, temeer daar het Hof zelf steeds sterker de nadruk legt op de dialoog met de (hoogste) nationale rechters.³⁷ Rechtsvorming in dialoog met de nationale rechters heeft natuurlijk een sterkere legitimatie dan louter door het EHRM. Maar ook dan geldt dat de polsstok van het EHRM niet veel langer is dan die van de nationale rechter. Deze laatste is natuurlijk ingebed in de nationale constitutionele verhoudingen en weet zich daardoor gebonden aan de rechtsvormende ruimte die deze bieden. Hoe dat ook zij, de ontwikkeling van het personen- en familierecht heeft intussen geprofiteerd van het rechtsvormend activisme van het EHRM.

5. Conclusie

Wat betekent dit voor de maatschappelijke rol van de familierechter? Die rol is aanzienlijk, althans groter of zichtbaarder dan die van menig andere rechterlijke functie. Zowel in concrete zaken als met betrekking tot de rechtsvorming is de opstelling van de rechter activistisch te noemen. In concrete zaken manifesteert dit activisme zich in de ambitie om bij te dragen aan de oplossing van maatschappelijke problemen, in het bijzonder om het achterliggende conflict tussen partijen op te lossen. De klassieke kinderrechter toonde zich niet alleen bemiddelaar, scheidsrechter en vredestichter, maar ook een toezichthouder op de hulpverlening, uitvoerder van de opgelegde maatregelen, en regisseur van het hele proces. Hoewel de moderne jeugdrechter zich sinds 1995 meer tot de rechterlijke taakuitoefening beperkt, is de pedagogische doelstelling niet verdwenen. De rechter in familie zaken toont zich eveneens bewust van het gevoelige en persoonlijke karakter van zijn werkterrein en is daarom minder geïnteresseerd in formele waarheidsvinding dan in materiële waarheidsvinding. Op een abstracter niveau heeft de familierechter zich eveneens activistisch betoond waar het de rechtsvorming betreft. Weinig rechtsgebieden hebben zich zo snel aangepast aan gewijzigde maatschappelijke opvattingen als juist het personen- en familierecht. Daarbij zijn de directe werking van art. 8 en 14 EVRM en het rechtsvormend activisme van het Straatsburgse hof instrumenteel geweest. Het EHRM heeft in voortvarend tempo het patriarchale gezinsmodel ontmanteld dat in de meeste lidstaten maatgevend was, en daarvoor individuele en gelijke rechtsverhoudingen in de plaats gesteld.

Zowel het probleemoplossend activisme als het rechtsvormend activisme van de familierechter is in een rechtsstaat als de onze evenwel aan grenzen gebonden. De familierechter is niet alleen

³⁷ Spronken, *NJB* 2012/397, p. 443.

gebonden door het toe te passen materiële en formele recht, inclusief de beginselen waarop dat berust, maar ook door het constitutionele recht, de achterliggende politieke theorie, en de professionele verantwoordelijkheden die voortvloeien uit zijn of haar rechterlijke beroepsethiek. Binnen dat normatieve kader is de rechter (de familierechter inbegrepen) gehouden om voorliggende geschillen bindend te beslechten, en aldus bij te dragen aan de maatschappelijke vrede. Zijn specifieke rol in een pluriforme samenleving als de onze is om een compatibiliserende of bemiddelende functie te vervullen tussen de diverse overtuigingen en leefstijlen die haar kenmerken; niet door één of meer van die opvattingen of leefstijlen van de rechtsorde uit te sluiten, maar door in concrete gevallen gemotiveerde keuzes te maken of een balans tot stand te brengen. Dat is de kern van de maatschappelijke rol van de rechter. Dit begrensde activisme is ook kenmerkend voor de familierechter.

Van de familierechter vraagt dit bijzondere competenties die verder reiken dan de beheersing van het personen- en familierecht en de vakmatige competenties van het rechterschap. De juiste maatvoering in het probleemoplossend activisme vergt inzicht in menselijke verhoudingen, in het vaak emotionele gedrag van partijen, en in de menselijke psyche in het algemeen. Tegelijkertijd vraagt ook de juiste maatvoering in het rechtsvormend activisme een meer dan gemiddeld inzicht in maatschappelijke verhoudingen en ontwikkelingen. Rechtsvorming is vaak een kwestie van timing; de familierechter mag niet blijven hangen in traditionele opvattingen, maar kan ook niet te ver voor de troepen uitlopen. Bij het vinden van de juiste balans dient hij of zij zich bovendien rekenschap te geven van de opstelling van de wetgever; neemt de politiek hier het voortouw, of is hier juist een beslissende rechterlijke interventie nodig? Op zijn best is rechterlijke rechtsvorming het resultaat van een goede inschatting van de tekenen des tijds, zoals de ontwikkeling van het personen- en familierecht in de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw laat zien. Mensenkennis en inzicht in maatschappelijke verhoudingen tekenen ook Paul Vlaardingerbroek. Hoewel wij hem in de faculteit en in de vakgroep zullen moeten missen, mogen hopelijk het personen- en familierecht en de samenleving nog lang van zijn inzet profiteren.