

De spankracht van de civiele rechter: een gezamenlijk woord vooraf

De spankracht van de burgerlijke rechter wordt in het huidige tijdsgewricht door verschillende maatschappelijke en juridische ontwikkelingen aan een stevige stresstest onderworpen. Interessant genoeg lijken die krachten twee tegengestelde richtingen op te werken.

Publieke en maatschappelijke vraagstukken die het civiele recht binnendringen

Preadviseurs De Jong en Giesen schrijven over de stevige druk die de laatste jaren ‘van buiten naar binnen’ op het civiele recht en daarmee op de burgerlijke rechter wordt gezet. Zij behandelen de vele, naar het lijkt in aantal toenemende, gevallen waarin de burgerlijke rechter wordt gevraagd om oplossingen te bieden voor maatschappelijk gevoelige problematiek. De Jong en Giesen nemen in hun preadvies dus als uitgangspunt dat het publieke leven van het civiele recht op de voorgrond treedt.¹ Vragen die het maatschappelijke belang en de koers van de maatschappij raken, komen bij de civiele rechter terecht – met alle vervolgvragen van dien. Terwijl zijn oordeelsvorming onder een maatschappelijk vergrootglas komt te liggen, moet de burgerlijke rechter in alle onafhankelijkheid rechtsbescherming blijven bieden waar mogelijk en nodig, maar moet hij juist absteren waar het recht (nog) onvoldoende overtuigende juridische oplossingen biedt. Zowel indien hij abstineert als wanneer hij ingrijpt, kan en moet de burgerlijke rechter tegen het nodige maatschappelijke en politieke chagrijn bestand zijn. De constatering dat vervolgens (ook) de burgerlijke rechter het in zulke maatschappelijk en politiek gevoelige zaken zelden helemaal goed kan doen, lijkt in dit verband een *understatement*. Dat is zeker het geval in die zaken waarin de rechter gevraagd wordt om knopen door te hakken

1. Zie onder meer: D. Kysar, ‘The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism’, (9) *European Journal of Risk Regulation* 2019, afl. 1, p. 48-65; I. Giesen, ‘Het privaatrecht als instrument in het publieke domein’, *NJB* 2018/1645; E.R. de Jong, ‘Rechterlijke risicoregulering: over de publieke rol van de civiele rechter als risico-reguleerder’, *RMThemis* 2020, afl. 1, p. 4-17. Vgl. ook K.J.O. Jansen, *Stoomwals en weghereider* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2022 en A. Keirse & V. Mak, ‘Op de schommel tussen autonomie en repressie: een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving’, in: T. Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging Jaargang 151), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 9-93.

in maatschappelijke dilemma's waar de politiek nalaat dit te doen.² Deze ontwikkeling roept allerlei vragen op over de reikwijdte en grenzen aan de spankracht van de civiele rechter in het publieke domein. Om die reikwijdte en grenzen te kunnen vaststellen verkennen De Jong en Giesen zes (mogelijke) elasticiteitsgraadmeters (het procesrechtelijke kader, het materieelrechtelijke kader, de taakopvatting van de rechter, achterliggende doelen van het civiele recht, maatschappelijke impact en vertrouwen in en acceptatie van rechtspraak). Deze elasticiteitsgraadmeters bieden handvatten om te bepalen wanneer en waarom de spankracht van de civiele rechter in zicht komt, zoals ze in hun afsluitende analyse (trachten te) illustreren.

Aansprakelijkheidsrechtelijke vraagstukken die bij de civiele rechter worden weggehaald

In het preadvies van Schutgens ziet men nu juist dat een traditionele 'taak' van het privaatrecht – beoordeling van (het bestaan van) schadeplichtigheid en de afwikkeling daarvan – naar het publieke domein wordt verplaatst. Het is de laatste jaren strijk en zet dat de overheid schaderegelingen uitvaardigt op grond waarvan de schade wordt afgewikkeld van groepen burgers die zijn getroffen door een specifieke schadegebeurtenis, of waarin hun daarvoor op zijn minst een tegemoetkoming wordt geboden.³ Maatschappelijk lijken burgers ook steeds vaker van de overheid te verwachten dat die de gevolgen van uiteenlopende vormen van actuele of historische tegenslag (van natuurrampen en ernstige fouten van derden tot uiteenlopend historisch onrecht) via een regeling met een financiële bijdrage verzacht. Bovendien leeft ten aanzien van schadegevallen waar de overheid *eigen* aansprakelijkheid erkent, de verwachting dat de overheid gedupeerden vervolgens ook snel en laagdrempelig helpt bij de afhandeling van hun claim. Politici lijken aan deze verwachtingen uit de samenleving weinig weerstand te (willen) bieden.⁴ Eenmaal ingezet lijkt deze ontwikkeling lastig te stuiten. De schaderegeling voor het ene geval wekt begrijpelijker-

-
2. Enkele voorbeelden van civielrechtelijke geschillen die naar onze inschatting maatschappelijk én politiek gevoelig lagen én waarachter een substantiële maatschappelijke of politieke belangentegenstelling verscholen lag: HR 20 december 2019, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*) en HR 26 juni 2020, NJ 2020/293, m.nt. C.M.J. Ryngaert (*IS-vrouwen*). In het preadvies van De Jong & Giesen hierna komen meer voorbeelden langs.
 3. Vgl. T.W. Franssen & S.A.L. van de Sande, 'Kroniek Overheidsaansprakelijkheid', NTB 2020/174, p. 398.
 4. Vgl. J.E. van den Brink, 'Publiek geld als pleister op de coronawonde', in: *Bestuursrecht in crisistijd* (VAR-reeks nr. 166), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 137-327, hier p. 141-142.

wijs al snel verwachtingen voor het volgende geval.⁵ Onderling vertonen de vele schaderegelingen grote verschillen, maar zij hebben gemeen dat zij bewerkstelligen dat schade niet meer uitsluitend en rechtstreeks via het Burgerlijk Wetboek, maar in ieder geval minstens deels via de normen van de bijzondere schaderegeling wordt afgewikkeld. Veel van die bijzondere schaderegelingen zijn bovendien publiekrechtelijk van aard en worden uitgevoerd via beschikkingen op aanvraag. De rechtsgeschillen die bij deze vorm van schadeafwikkeling rijzen, behoren daarmee tot de competentie van de bestuursrechter en niet tot die van de burgerlijke rechter. Het meest in het oog springende voorbeeld hiervan is natuurlijk de Tijdelijke wet Groningen (TWG), op grond waarvan, kort gezegd, de staat de afwikkeling van de in oorsprong civielrechtelijke aansprakelijkheid van de NAM op basis van artikel 6:177 BW voor aardbevingsschade in Groningen (alsmede zijn eigen mogelijke aansprakelijkheid op basis van art. 6:162 BW) aan zich heeft getrokken. De rechtspraak over geschillen die daarbij mogelijk ontstaan, is grotendeels⁶ naar de bestuursrechter verplaatst. De gedachte van de wetgever is hier kennelijk dat een dergelijke ‘afwikkeling via het bestuursrecht’ onder toezicht van de bestuursrechter voor de gedupeerde valt te verkiezen boven een afwikkeling via de burgerlijke rechter. Kortom, ‘de politiek’ *onttrekt* hier juist bepaalde geschillen aan het domein van het burgerlijk recht en aan dat van de burgerlijke rechter – van wie men wellicht zou gaan vrezen dat die onvoldoende spankracht bezit om dergelijke kwesties binnen zijn competentie te behouden. In het preadvies wordt gepoogd deze veelvormige ontwikkeling te systematiseren teneinde die aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Daartoe worden vier typen schaderegelingen onderscheiden, die in oplopende mate ‘interfereren’ met het traditionele werkterrein van de burgerlijke rechter: (1) nadeelcompensatieregelingen, (2) solidariteitsregelingen, (3) tegemoetkomingsregelingen bij historisch onrecht en (4) regelingen voor de afwikkeling van (overheids)aansprakelijkheid.

-
5. Zo is opvallend dat de toelichting op de in het preadvies van Schutgens besproken tegemoetkomingsregeling voor transgenderpersonen die tot een onomkeerbare sterilisatie werden gedwongen, verwijst naar de niet lang daarvoor tot stand gekomen regeling met een tegemoetkoming voor slachtoffers van geweld in de jeugdzorg. Ook de motivering van de hoogte van de schadevergoeding sluit bij die eerdere regeling aan. Bij de regeling lijkt impliciet de gedachte te hebben meegespeeld dat *omdat* slachtoffers van geweld in de jeugdzorg een tegemoetkoming krijgen, ook de tot sterilisatie gedwongen transgenderpersonen daarop moeten kunnen rekenen. In het licht van het gelijkheidsbeginsel is deze gedachte overigens ook goed te begrijpen.
 6. De burger kan nog steeds kiezen voor de civielrechtelijke route, zie par. 4 van het preadvies.

Lastige grensverkenningen

Het thema van de preadviezen leidt tot een veelheid aan lastige vragen, zoals ook moge blijken uit de twee (overigens geheel losstaande en separaat geschreven) preadviezen die volgen. Dit soort grensverkenningen zijn sowieso geen eenvoudig gegeven. Dat is bijvoorbeeld ook in het strafrecht te zien. De strafrechter kreeg de laatste jaren opeens vele schokschadezaken en andere schadevergoedingsclaims te verwerken omdat het slachtoffer zich in de strafzaak voegt als benadeelde partij in plaats van zelfstandig een civielrechtelijke procedure te starten. Uiteindelijk was ingrijpen door de Hoge Raad nodig,⁷ na voorbereidend werk van het Parket,⁸ om de strafrechtpraktijk weer op koers te krijgen. Die interventie was weliswaar ook zonder enige twijfel dienstig voor de rechtsontwikkeling in het privaatrecht, maar werd vooral getriggerd doordat het afwikkelen van dit soort claims in de context van de strafzaak (te) lastige materie bleek.

Wat hier verder van zij, er lijken dus twee tegengestelde tendensen te ontwaren, met alle complexiteit van dien. Men zou overigens ook kunnen zeggen dat hier sprake is van één enkele trend naar een verdere osmose tussen het publiekrecht en het privaatrecht,⁹ een osmose die dan aangestuurd wordt vanuit beide zijden van het te versmelten bredere spectrum. Niet dat dit vervolgens de complexiteit vermindert, maar hopelijk helpt het inzicht dat het hier om een enkele trend gaat bij de poging om greep te krijgen op die complexe materie.

Ivo Giesen, Elbert de Jong en Roel Schutgens

7. HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958. Zie hierover T. Hartlief, 'Schokschade 2.0', *NJB* 2022/1591; R. Rijnhout & A.M. Overheul, '20 jaar na Taxibus: hoe de wal het schip van schokschade toch heeft doen keren', *TVP* 2022, nr. 2, p. 49 e.v., en E.F.D. Engelhard & Stalenhoef, 'Visie op de nieuwe aanpak voor het confrontatiecriterium bij shockschade en op de samenloop met affectieschade', *AVG* 2022/28.

8. Zie de uitvoerige conclusie van de advocaten-generaal Lindenbergh en Spronken, ECLI:NL:PHR:2022:166.

9. Zie nogmaals Keirse & Mak 2022, alsmede de bijdragen in L.F.H. Enneking e.a. (red.), *Publiek Privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2021. Nieuw is dit fenomeen natuurlijk niet, zie bijv. het bijzonder nummer van *Ars Aequi* uit 1987 (*Osmose tussen publiek- en privaatrecht*) en T. Koopmans, *Juridische grensverkenningen* (oratie Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

De spankracht van de civiele rechter in het publieke domein

Een beschouwing van de spankracht van de civiele rechter aan de hand van vijf elasticiteitsgraadmeters

Prof. mr. E.R. de Jong en prof. mr. I. Giesen^{*}

Inhoud

- 1 Het testen van de spankracht van de civiele rechter / 10
 - 1.1 Begripsduiding en vraagstelling / 10
 - 1.2 Aanleiding: het publieke leven van het civiele recht / 12
 - 1.3 Spankracht van de civiele rechter: eerste verkennende gedachten / 15

- 2 ‘Elasticiteitsgraadmeters’ als indicatoren van de spankracht van de civiele rechter / 19
 - 2.1 Inleiding / 19
 - 2.2 Zes (mogelijke) elasticiteitsgraadmeters / 22

- 3 Elasticiteitsgraadmeter: procesrechtelijke leerstukken en regels / 23

- 4 Elasticiteitsgraadmeter: materieelrechtelijke leerstukken en regels / 25
 - 4.1 ‘Haakjes’ om te komen tot rechtsbescherming / 25
 - 4.2 Oneindige elasticiteit? / 28
 - 4.3 Hoe meet en weet men of er voldoende ‘elasticiteit’ is? / 30
 - 4.4 Kruispuntcasus: verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW / 32
 - 4.5 Kruispuntcasus: Groningse aardbevingsschade / 34
 - 4.6 Kruispuntcasus: proportionele (klimaat)aansprakelijkheid / 37
 - 4.7 Wanneer en waarom komt de elasticiteitsgrens in beeld? / 39

- 5 Elasticiteitsgraadmeter: taakopvatting van de rechter / 44
 - 5.1 Introductie / 44
 - 5.2 Nadruk op de rechtsvormende taak van de Hoge Raad / 44
 - 5.3 Uitingen van taakopvatting: (grenzen aan) rechtsvorming en rechtsbescherming / 46

^{*} Elbert de Jong en Ivo Giesen zijn als hoogleraar burgerlijk recht verbonden aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Elbert is bovendien programmaleider van Ucall en Ivo is hoofd van het departement Rechtsgeleerdheid. Ze zijn allebei raadshoofdplaatsvervanger, resp. in Arnhem en Den Bosch. Met dank aan Koen Haex voor diens waardevolle onderzoeksassistentie en aan Ton Hartlief en Marlou Overheul voor hun waardevolle commentaar op een conceptversie. Deze bijdrage werd inhoudelijk op 1 oktober 2022 afgerond.

- 5.4 Hints (op de inhoud) over mogelijkheden die het civiele recht (niet) biedt / 50
- 5.5 Reflecties buiten specifieke procedures om / 54

- 6 Elasticiteitsgraadmeter: achterliggende doelen / 55
 - 6.1 Efficiënte en voortvarende oplossing van conflicten over schade? / 55
 - 6.2 Ervaringen in de context van Groningse massaschade / 56
 - 6.3 Is efficiënte en voortvarende conflictoplossing een doel van het aansprakelijkheidsrecht? / 58

- 7 Elasticiteitsgraadmeter: maatschappelijke impact van rechtspraak (effectiviteit) / 59
 - 7.1 Introductie / 59
 - 7.2 Zijn klimaatprocedures effectief wat betreft mitigatie? / 59
 - 7.3 Effectiviteit als elasticiteitsgraadmeter? / 61
 - 7.4 Een bredere tendens naar de weging van macro-implicaties / 63

- 8 Elasticiteitsgraadmeter: vertrouwen in en acceptatie van rechtspraak / 66
 - 8.1 Inleiding / 66
 - 8.2 Vertrouwen in de civiele rechter / 67
 - 8.3 Publieke acceptatie van rechtspraak / 69
 - 8.4 Heeft de civiele rechter invloed op acceptatie? / 71

- 9 De spankracht van de civiele rechter: *what's next?* / 72
 - 9.1 Inleiding / 72
 - 9.2 Scenario's / 73
 - 9.3 De maatschappij is onvermijdelijk ... there's nowhere to hide.... / 75
 - 9.4 Op zoek naar een balans / 76
 - 9.5 En de rechtspraak? / 78

1 **Het testen van de spankracht van de civiele rechter**

1.1 **Begripsduiding en vraagstelling**

Dit preadvies gaat over 'de spankracht van de civiele rechter'. Dat thema vereist allicht enige toelichting. Het navolgende betreft ten eerste de civiele rechter, en dan meer specifiek de civiele rechter als instituut. Dat is een concept waarmee de leden van de Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR) en lezers van dit preadvies ongetwijfeld vertrouwd zijn. Tot zover is er dan ook geen onduidelijkheid, nemen wij aan. Dit preadvies betreft echter ook 'de spankracht' van dat instituut, en dat is een concept dat ongetwijfeld iets minder vertrouwd oogt. Wat wordt hier bedoeld met de term 'spankracht'?

Het bestuur van de VBR gaf ons in dit verband de volgende omschrijving mee:

‘Tegenstrijdige tendensen bepalen de agenda van de burgerlijke rechter. Hij is zowel waakhond als gebeten hond:

- zo wordt de burgerlijke rechter door (organisaties van) burgers aangezocht vanwege inactief optreden van de overheid (...)
- aan de andere kant is er, zeker ook in Haagse kringen, bezorgdheid en kritiek (is de burgerlijke rechter wel in staat tot adequate rechtsbescherming bijvoorbeeld in massaschadegevallen?) die zich onder meer uit in (beoogde) verschuiving naar de bestuursrechter (Groningen, sociaal domein) die soms ook civiel recht zou moeten gaan toepassen.’

Het concept ‘spankracht’ lijkt hier te duiden op de mogelijkheid (beter wellicht: moeilijkheid) om een (goede) balans te vinden tussen twee tegenpolen die (inherent) lastig te verenigen zijn.

De onvolprezen *Van Dale* omschrijft spankracht zonder daaraan enig juridisch kader te koppelen, als volgt: ‘spankracht (de; v(m)) 1. veerkracht, elasticiteit 2. (figuurlijk) vermogen om tegenvallers op te vangen’. Vertaald naar het privaatrechtelijke domein: heeft en toont de civiele rechtspraak (voldoende) veerkracht, of ons inziens passender: *elasticiteit*? Is dat instituut voldoende flexibel om te kunnen laveren tussen de wens burgers te beschermen tegen de gevolgen van het handelen of nalaten van een overheid of een private partij aan de ene kant en de noodzaak om geen beleidsmaker of wetgever te worden aan de andere kant?

Dat is dus de *vraagstelling* die in dit preadvies ter beantwoording voorligt en de context waarin wij de aangereikte terminologie hanteren. Meer specifiek willen we weten hoe we de elasticiteit van de civiele rechter kunnen bepalen (en eventueel meten) en hoe het nu met die elasticiteit is gesteld.

Daarbij erkennen wij graag en bij voorbaat dat een andere *terminologische insteek* ook mogelijk zou zijn geweest. Als Polak in zijn NJV-jaarrede in navolging van Tim Koopmans spreekt over ‘de polsstok’ van de rechter om de vraag te stellen in hoeverre de rechter, gegeven de aard van zijn taak, sturend kan optreden, dan wordt in onze waarneming exact dezelfde problematiek aangeroerd.¹ En dan weet u als lezer ook meteen dat de VBR eigenlijk, maar dan verhuld, het superklassieke thema van ‘rechter en politiek’ geagendeerd heeft en daarmee in wezen vraagt naar de rechtsvor-

1. J. Polak, ‘De polsstok van een rechter in een repressieve samenleving’, *NJB* 2022/1755, p. 2059. Ook Ortlep gebruikte eerder al dit beeld, zie R. Ortlep, ‘De rechterlijke polsstok bij de bestrijding van legale gezondheidsbedreigende risico’s’, in: A.L.M. Keirse, R.S.B. Kool & R. Ortlep (red.), *Ongezonder (on)geoorloofd: Publiek- en privaatrecht & legale, maar gezondheidsbedreigende producten en diensten*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 119-132.

mende ruimte die de civiele rechter heeft (of wil nemen). Met dat (toegegeven: prettige) gegeven in het achterhoofd constateren wij – met Polak² – dat daarover al heel veel gezegd is,³ maar dat ook wij er niettemin toch nog iets meer over gaan zeggen.

1.2 Aanleiding: het publieke leven van het civiele recht

De *aanleiding* voor dit preadvies werd in het citaat hiervoor al ‘aangeraakt’. Het gaat om de hedendaagse (maatschappelijke) tendens om de civiele rechter als ultiem redmiddel, als waakhond, in te zetten, waarna deze soms ook de gebeten hond wordt.⁴ Dat hangt hiermee samen dat in de roerige tijden waarin wij leven ook de spankracht van onze samenleving als geheel en onze onderlinge solidariteit getest wordt.⁵ Veel van wat (beleidsmatig of wetgevend) wordt bedacht, wordt vervolgens bestreden buiten de Haagse instituties. Wij hoeven maar ‘stikstof’ te zeggen en u als VBR-lid en lezer weet meer dan genoeg. Ook de inertie van de overheid wordt bestreden: het verhaal van *Urgenda* is breed bekend. Het door delen van de maatschappij als onjuist gepercipieerd beleid of het geheel en al ontbreken

2. Polak 2022, p. 2056.

3. Recent over rechter en politiek o.a. nog door F. Bakels, ‘Rechtspraak en politiek’, *NJB* 2022/1134, p. 1459 e.v.; het themanummer van *Rechtstreeks* (nr. 1 van 2022); Polak 2022; (een aantal bijdragen in) R. Jansen e.a. (red.), *Trouble in de trias*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021; G. Boogaard & J. Uzman, ‘Tussen Montesquieu en Judge Dredd’, in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 63 e.v. en over rechtsvorming o.a. door J. Goossens e.a. (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022; I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht* (Monografieën BW, deel A-3), Deventer: Wolters Kluwer 2020, en diverse auteurs in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016. Dat het thema niet alleen ‘van nu’ is, maar van alle (voorbij en nog komende) tijden, bewijst de blik in de toekomst van F. Bakels, ‘De civiele rechtspraak in 2050’, in: R. van Gestel & J. Vranken (red.), *Recht en rechtspraak vanaf 2040*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 54-57, en R. van Gestel, ‘The Supreme Court’s Public Interest Chamber’, in: R. van Gestel & J. Vranken (red.), *Recht en rechtspraak vanaf 2040*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 87 e.v., en zeker ook de literatuur uit het verleden, o.a. het bijzonder nummer van *Ars Aequi* uit de jaargang 1992 (‘Rechter en politiek’) en de Amsterdamse dies-rede van Van der Heijden uit 2001 (P.F. van der Heijden, *It takes three to tango*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001), die bijv. ingaat op rechtszaken van boze varkensboeren wier mestproductierechten zijn afgenomen door de overheid. Dat klinkt bekend, nietwaar?

4. Vgl. Bakels 2022, p. 1462 (‘de rechter doet het nooit goed’).

5. Overigens zijn er ook andere mogelijke verklaringen naar voren te brengen. Wanneer men kijkt naar de Hoge Raad dan ziet men dat de zaken die bij hem worden aangebracht, zo erkent de Hoge Raad zelf ook, complexer zijn geworden en de processtukken langer zijn geworden (daar is inmiddels een maatregel tegen genomen). Denk ook aan werkdruk en personele bezettingen van de rechterlijke macht en doorgevoerde bezuinigingen, onder meer op de rechtsbijstand en aan de financiële overwegingen voor advocaten om in bepaalde zaken al dan niet bijstand te verlenen. Het zijn allemaal omstandigheden die we niet bespreken maar die op de achtergrond ook relevant zijn in het kader van de thematiek van dit preadvies.

van enig beleid leidt aldus tot maatschappelijke spanningen en daarmee ook tot (soms ontoelaatbare) druk op onze politici om juist wel of juist niet iets te doen. Mede vanwege het (in de ogen van sommigen) onvermogen van de overheid om adequaat op te treden in complexe maatschappelijke vraagstukken, wordt uiteindelijk een beroep gedaan op de civiele rechter, al dan niet in kort geding, om alsnog te doen wat ‘de politiek’ vermeend ten onrechte niet goed deed, in het geheel niet deed of nog niet gedaan heeft.⁶

In de literatuur was er al langere tijd aandacht voor het potentieel om via de civielrechtelijke weg maatschappelijke verandering teweeg te brengen en om zo de gevolgen van (vermeend) overheidsfalen te ondervangen.⁷ De laatste jaren hebben we ook in de rechtspraktijk gezien dat partijen de civielrechtelijke mogelijkheden hebben ontdekt: het ‘publieke leven’ van het civiele aansprakelijkheidsrecht⁸ (want daarop richten wij ons) wordt ten volle benut.⁹ Centraal in de idee van dit publieke leven van het aansprakelijkheidsrecht is dat een civiele procedure, al dan niet beoogd, verandering(en) teweeg kan brengen in de manier waarop zowel private als publieke actoren omgaan met maatschappelijke vraagstukken en kwesties van publiek belang. De wereldwijde inzet van het (civiele) recht om klimaat-

6. Het is op zich mogelijk om een onderscheid te maken tussen gevallen van actief (overheids)handelen of passief (overheids)nalaten, maar wij menen dat aan dit onderscheid geen juridische consequenties (mogen) worden verbonden; zulke gevallen van handelen en nalaten worden in het aansprakelijkheidsrecht in principe gelijk beoordeeld en behandeld.
7. Drion noteerde bijvoorbeeld in 2007 dat als de politiek blijft falen in het klimaatdossier, de rechter, als ware hij de oude stripheld Bul Super, in moet grijpen en dient ‘recht te maken wat niet langer krom kan blijven’. C. Drion, ‘Van een duty to care naar een duty of care’, *NJB* 2007/45, p. 2857. Zie verder, en zeker niet uitputtend, J. Spier (in cooperation with E.R. de Jong), *Shaping the Law for Global Crises*, The Hague: Eleven International Publishing 2012; T. Hartlief, ‘Privaatrecht in nood’, in: E.R. Muller e.a. (red.), *Crises, rampen en recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2014-I), Deventer: Kluwer 2014, p. 65-195, p. 137 e.v.; L. Enneking & E. de Jong, ‘Regulering van onzekere risico’s via public interest litigation?’, *NJB* 2015/1136; A. Keirse & V. Mak, ‘Op de schommel tussen autonomie en repressie: een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving’, in: T. Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging Jaargang 151), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 9-93.
8. We begrijpen het aansprakelijkheidsrecht als het rechtsgebied dat vaststelt welke aanspraken men in een samenleving op elkaar heeft. De nakoming van die aanspraken kan men op eigen initiatief, via de civiele rechter en dus met behulp van staatsmacht, ex ante afdwingen via art. 3:296 BW en ex post via een schadevergoedingsactie. Zie in soortgelijke zin S.D. Lindenbergh, ‘Wat is aansprakelijkheidsrecht?’, *NTBR* 2021/14. We beperken ons dus niet tot aanspraken die via het schadevergoedingsrecht geldend worden gemaakt.
9. Zie in relatie tot risico’s E.R. de Jong, ‘Judicial Risk Regulation through Tort Law’, *European Journal of Risk Regulation* 2018, afl. 1, p. 14-33; D. Kysar, ‘The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism’, (9) *European Journal of Risk Regulation* 2019, afl. 1, p. 48-65; I. Giesen, ‘Het privaatrecht als instrument in het publieke domein’, *NJB* 2018/1645.

verandering aan te pakken, en met name de *Urgenda*-uitspraak,¹⁰ springt daarbij natuurlijk als eerste in het oog. Maar een dergelijke inzet van het civiele recht hebben we ook gezien ten aanzien van de vrijstelling van kleine cafés van het rookverbod,¹¹ rookruimtes in de horeca,¹² de invloed van de tabakslobby op het volksgezondheidsbeleid,¹³ en de Nederlandse luchtkwaliteit.¹⁴ Een van ons heeft in het kader van deze ontwikkelingen de term rechterlijke risicoregulering gemunt, waarmee uitdrukking wordt gegeven aan het feit dat de civiele rechter wordt ingezet om regulerend op te treden om zo toekomstige schade te voorkomen.¹⁵ De coronacrisis overvoerde ons vervolgens met nog meer voorbeelden¹⁶ en een nog recenter voorbeeld, uit de (na)zomer van 2022, is dat Vluchtelingenwerk via de rechter wil afdwingen dat de opvang van vluchtelingen wordt verbeterd.¹⁷ Op deze wijze is het de maatschappij zelf die de politiek direct en onmiskenbaar de rechtszaal binnensleept en wordt de civiele rechter in wezen gevraagd om juist wel of juist niet als beleidsmaker/wetgever te gaan functioneren. En zo rijst dus ook de vraag naar diens ‘spankracht’, diens ‘elasticiteit’ en diens ‘weerbaarheid’ misschien ook wel. Omdat in Nederland iedereen in deze op hol geslagen maatschappij, maar gelukkig nog wel (grotendeels) functionerende rechtsstaat de hem of haar toekomstige rechten mag verdedigen en daartoe de hulp van de overheidsrechter kan inroepen, worden hedendaagse maatschappelijke spanningen uiteindelijk vertaald in de vraag naar rechtsbescherming door de civiele rechter tegen de vermeend falende overheid of een private partij, in de vorm van het vragen om een verbod/gebod of een schadevergoeding. Dat geschiedt soms op *directe wijze* in procedures tegen de overheid. De voor-

-
10. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).
 11. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (*Staat/CAN*).
 12. HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449, NJ 2019/377.
 13. Rb. Den Haag 9 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12746.
 14. Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915, NJ 2019/352.
 15. Zie E.R. de Jong, ‘Rechterlijke risicoregulering bij gezondheids- en milieurisico’s’, *AA* 2015, p. 872-881; E.R. de Jong, ‘Rechterlijke risicoregulering: over de publieke rol van de civiele rechter als risico-reguleerder’, *RMThemis* 2020, afl. 1, p. 4-17. Zie over het idee van schade voorkomen via het civiele recht A.L.M. Keirse, ‘Schadevoorkomingsclaims’, *Letsel & Schade* 2017/2; A.L.M. Keirse, *Schadevoorkomingsplicht*, Den Haag: Boom juridisch 2017. Zie ook de reflectie van Hartlief hierop: T. Hartlief, ‘Leefbaar Nederland’, *NJB* 2017/1753.
 16. Zie daarover bijv. S. van Deursen & M. Vetzo, ‘Het avondklokoordeel in context: Over partij-overstijgende, politiek geladen en constitutionele rechtspraak tijdens de coronacrisis’, *NTBR* 2021/31, p. 255-260.
 17. ‘Vluchtelingenwerk stapt naar rechter voor humane asielopvang’, nos.nl 1 augustus 2022.

beelden zijn bekend: *IS-vrouwen*,¹⁸ *Urgenda*,¹⁹ *Srebrenica*,²⁰ en verschillende (andere) vormen van historisch onrecht,²¹ waaronder aansprakelijkheid voor de (lang zo genoemde) ‘politioenele acties’ in Indonesië en de gedwongen afstand van kinderen van ongehuwde vrouwen.²² Of het gebeurt op *indirecte(re) wijze*: in procedures tussen private actoren, waarbij dan op de achtergrond speelt dat de overheid de aangesproken partij niet adequaat reguleert (in de ruime zin van dat woord) of dat voor een lange tijd heeft nagelaten te doen. Voorbeelden zijn hier de omgang met aardbevingsschades (Groningers procederen bijvoorbeeld tegen de staat en de NAM²³) en de zaak *Milieudefensie/Shell*,²⁴ en wellicht straks ook nog civiele procedures tegen Tata Steel.²⁵

1.3 Spankracht van de civiele rechter: eerste verkennende gedachten

Het concept ‘spankracht’ of ‘elasticiteit’²⁶ roept uiteraard de vraag op *wiens* spankracht dan getest wordt. Hier denken wij weliswaar meteen aan die van het civielrechtelijke deel van de rechterlijke macht als zodanig, maar in wezen draait het hier om de institutionele inbedding van de civiele rechter in ons rechtsbestel. Bij de verkenning van die institutionele spankracht zullen wij ons exclusief richten op de spankracht van de civiele rechter, maar we tekenen wel aan dat de spankracht van de civiele rechter mede afhankelijk is, althans kan zijn, van de spankracht van wetgever(s) en beleidsmaker(s).

18. HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, NJ 2020/293, m.nt. C.M.J. Ryngaert (*IS-vrouwen*).

19. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

20. HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225; HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, NJ 2015/376, m.nt. N.J. Schrijver; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. J. Spier & C.M.J. Ryngaert (*Srebrenica*).

21. Overigens kunnen en worden ook private actoren aangesproken voor (de schadelijke gevolgen van) historisch onrecht.

22. Zie onder meer Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2525; Hof Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1248. Zie ook Rb. Den Haag 26 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:432.

23. HR 19 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Groningenveld I*); HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, NJ 2021/363, m.nt. J. Spier (*Groningenveld II*).

24. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:HR:2019:1278.

25. Strafrechtelijk is het bal aldaar al geopend, zie ‘Omwonenden Tata Steel klagen staalfabrikant aan in mogelijke strafzaak’, processcontrol.nl 5 februari 2021. Zie over de thematiek en voor andere voorbeelden in de context van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving ook E.R. de Jong & M.F. Faure, ‘De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico’s voor de fysieke leefomgeving’, *NJB* 2022/864.

26. We gebruiken hierna afwisselend een van beide termen. Ze betekenen voor ons hetzelfde.