

De activistische rechter heerst

Posted on 8 februari 2020 by Lucas Bergkamp

Naar aanleiding van het debat over de rechtspraak tussen Jetten en Baudet afgelopen week, betoogde hoogleraar staatsrecht Wim Voermans dat de activistische rechter niet bestaat. Zijn stelling is dat Baudet kritiek op rechterlijke uitspraken verwart met kritiek op de hele rechterlijke macht. Maar Voermans' analyse is flinterdun, gedeeltelijk fout en incompleet. Wanneer zijn analyse is aangevuld en gecorrigeerd, blijkt dat de activistische rechter heerst. En dat is een probleem waarvoor de politiek aandacht moet hebben.

Zoals Voermans zegt, is een grondig debat over de rechterlijke macht en de democratische rechtsstaat van groot belang. Voermans voert dat debat echter voornamelijk op basis van 'wensdenken' en weinig harde feiten. Zo zegt hij dat het klimaatarrest van de Hoge Raad, dat hij overigens zelf afkeurt, 'geen reden is om zorgen te hebben over de kleur of signatuur van rechters en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechtspraak.'

Hier gooit Voermans teveel op een hoop – over het belang van rechterlijke onafhankelijkheid is iedereen het eens. Maar onafhankelijkheid is iets anders dan onpartijdigheid en beiden staan los van activisme. De onpartijdige, niet-activistische

rechter is een voorwaarde voor rechterlijke onafhankelijkheid. Anders gezegd, de ongekozen rechter kan zijn functie slechts legitiem vervullen indien hij daarbij niet-activistisch te werk te gaat.

Rechters zijn vaklui, zegt Voermans, opgeleid in het rechterlijke ambacht, gebonden aan strenge regels bij berechting. Hij vergeet er bij te zeggen dat het de rechters zelf zijn die deze strenge regels interpreteren en toepassen. Om te kunnen beoordelen of de strenge regels waarvan Voermans rept, ons geruststellen, moeten we naar de relevante feiten kijken.

Partijdige rechtspraak

In een artikel in het Nederlands Juristenblad met de veelzeggende titel '*Partijdige Rechtspraak*', wees Paul Ruijs onlangs op het feit dat vele rechters hun wettelijke plicht schenden om het bijbanenregister in te vullen. Dat register dient ertoe om mogelijke belangverstrengeling in kaart te brengen, zodat rechters zich kunnen verschonen of kunnen worden gewraakt. Als dat register niet compleet is, wordt aan partijen in rechtszaken de mogelijkheid ontnomen om een wrakingsverzoek in te dienen en dat is een ernstige schending van hun recht op een eerlijk proces. Een rechterlijk vonnis gewezen door een rechter die relevante nevenfuncties niet heeft geopenbaard, is daarom vernietigbaar.

Deze misstand wordt door de beroepsgroep met de mantel der liefde bedekt. Waarom zouden burgers de wet en de rechtspraak serieus nemen als rechters dat blijkbaar zelf ook niet doen, vraagt Ruijs zich af. Het is inderdaad nogal wat – de rechter die zich boven de wet verheven voelt, maar wel geacht wordt de wet op anderen toe te passen. 'De wet, dat ben ik,' lijkt de rechter daarmee te zeggen. Dus de strenge regels van Voermans worden niet nageleefd.

Rechtscultuur

Voermans zegt met rede dat rechters goed opgeleide vaklui zijn. Die opleiding helpt om de technische regels van het vak goed te leren en leidt tot een bredere professionele vorming en onderdompeling in een cultuur. De cultuur waarin rechters worden opgeleid en werken kan echter vooroordelen of bias inslijpen.

Het gaat mij hier niet om organisatie, procedures of cognitieve bias, maar om het geheel aan waarden, overtuigingen en normen dat de toepassing van rechtsregels zelf beïnvloedt. Deze rechtscultuur uit zich niet alleen in de rechterlijke opleiding,

maar ook in de rechtsleer en methoden van 'rechtsvinding' die hun weg vinden in die opleiding en in de rechtspraktijk. Een rechter ontwikkelt in de rechtscultuur waaraan hij is blootgesteld een bepaalde 'rechterlijke filosofie', die bepaalt hoe de rechter zijn taak ziet, hoe hij de 'rechtsleer' gebruikt en welke methode van 'rechtsvinding' hij hanteert.

De dominante rechterlijke filosofie binnen de rechterlijke macht is progressief. Wat die filosofie inhoudt, is mooi samengevat door een oud-raadsheer van de Hoge Raad:

- 'De moderne rechter zoekt naar oplossingen voor complexe grensoverschrijdende problemen waar hij tegen aanloopt in een open, meerlagige en niet-hierarchische rechtsorde als de onze.'
- 'Traditioneel behoorde de regulering van risico's tot het politieke domein, maar [in de klimaatzaak] neemt de rechter wetgevende taken over.'

De progressieve rechter grijpt vaak naar de mensenrechten en rechtsbeginselen, die hij daartoe breed interpreteert. Zo schept hij de argumentatieve ruimte die hij nodig heeft om problemen op te lossen. In de klimaatzaak heeft de Hoge Raad om die reden (maar zonder daartoe verplicht te zijn) zowel het recht op leven als het voorzorgsbeginsel in stelling gebracht om zijn wetgevingsbevel te kunnen rechtvaardigen.

Ongrondwettelijke discrepantie

Tegenover deze progressieve rechterlijke filosofie staat een conservatieve rechterlijke filosofie. In tegenstelling tot de progressieve rechter, beperkt de conservatieve rechter zich tot toepassing van de wet zoals geschreven, zonder de reikwijdte op te rekken. Terwijl de progressieve rechter sociale en beleidsproblemen oplost, houdt de conservatieve rechter zijn beperkte bevoegdheid scherp in de gaten; dat overheidsbeleid inadequaat is, vormt geen reden tot ingrijpen voor de conservatieve rechter, in tegenstelling tot de progressieve rechter.

Dit onderscheid staat theoretisch los van de politieke voorkeur van de rechter. In de praktijk blijkt echter dat rechters met een progressieve politieke voorkeur vaak ook een progressieve rechterlijke filosofie aanhangen. Daarom is het van belang dat 70% van de rechters D66, GroenLinks of PvdA stemt, terwijl dat onder de gehele bevolking slechts 27% is.

Machtenscheiding en rechterlijke bevoegdheid

Onze Grondwet is gebaseerd op het beginsel van machtenscheiding. De gekozen volksvertegenwoordigers maken de wetten en de de rechter past de wetten toe. De grondwetgever zag de rol van de rechter als de 'bouche de la loi'. Daarbij realiseerde de wetgever zich dat de rechter in de praktijk wel tot interpretatie van de wet moet overgaan, maar de rechter is op geen enkele wijze gemachtigd de wet op te rekken, haar reikwijdte op te rekken of de wet te herschrijven.

Het is deze conservatieve rechter die onze grondwetgever voor ogen had. Het oplossen van problemen en het reguleren van risico's vallen in onze democratie binnen het prerogatief van de politiek, niet van de rechter, zoals de progressieve filosofie ons voorhoudt. Ons systeem voorziet niet een 'wetgever-plaatsvervanger', zoals de rechter in de progressieve filosofie ook wel wordt genoemd. De progressieve rechter heeft zich deze taak eigenhandig toegeëigend. Gemakshalve heeft hij ook de bepaling die hem verbiedt algemene regels af te kondigen tot "dode letter" verklaard; zo dood en vergeten zelfs dat die bepaling in het klimaatarrest van de Hoge Raad niet eens wordt genoemd.

Voermans suggereert nog dat de omstreden rechterlijke uitspraken het gevolg zijn van 'uitstelgedrag van de politiek, die wel de principes duidelijk afsprak maar er vervolgens niet naar handelde.' Maar dit kan geen excuus zijn voor de rechter om er wel naar te handelen. Het is het voorrecht van de politiek om afspraken en beloften te negeren of te schenden zolang die niet in een wet besloten liggen. Bovendien maakt Voermans geen onderscheid tussen schadeclaims tegen de staat vanwege schending van beloften aan de ene kant en vorderingen tot wetgeving aan de andere kant; dat laatste maakt een veel diepere inbreuk op de machtenscheiding en democratie.

Het laatste woord van de rechter

Tenslotte zegt Voermans ook nog dat in een democratische rechtsstaat de wetgever de rechterlijke macht grotendeels "aan een touwtje" heeft. Daarmee bedoelt hij dat de rechter weinig te vertellen heeft en afhankelijk is van de wetgever. "Als de wetgever een rechterlijke uitspraak … niet bevalt, dan kan de wetgever daar rauwelings een eind aan maken door de regels te veranderen."

De werkelijkheid is anders. De rechter heeft namelijk het laatste woord. Wanneer de rechter een uitzondering maakt op het primaat van de wetgever, dan legt de

rechter daarmee een hypotheek op de democratie. Want de rechter bepaalt wanneer de uitzondering van toepassing is; hij die over de uitzondering beslist, heeft het laatste woord en is de souverein. Natuurlijk, de rechter spreekt alleen als hem iets gevraagd wordt, maar door ook het actierecht op te rekken en organisaties zoals Urgenda te belonen geeft de rechter hen prikkels om juridische procedures te starten. Ook dat is kenmerkend voor de activistische, progressieve rechter.

Nieuwe wetgeving?

Het argument dat de wetgever maar nieuwe wetten moet maken als rechterlijke uitspraken hem niet bevallen, getuigt van een houding die op gespannen voet staat met ons constitutioneel bestel. Het is de taak van de rechter de wet en het recht toe te passen. Een rechter die de wetgever verplicht zijn uitspraken door nieuwe wetten te overrulen, schendt niet alleen zijn bevoegdheid, maar legt ook beslag op schaarse middelen; in veel gevallen zal het door politieke inertia en de belasting en duur van het wetgevingsproces niet van wetswijziging komen. En is de wet eenmaal gewijzigd dan kan de activistische rechter, bijvoorbeeld met een beroep op een mensenrecht, de wetswijziging weer buiten werking stellen.

Daarnaast gooit zo'n rechter mogelijk een politieke minderheid onder de bus, want in het wetgevingsproces worden regelmatig deals gemaakt. Als de rechter zulke deals niet herkent en respecteert binnen de grenzen van het recht, belemmert hij de werking van de democratische politiek. Met andere woorden, de progressieve rechter die bezig is problemen op te lossen verliest zijn beperkte bevoegdheid uit het oog. De rechterlijke bevoegdheid is beperkt omdat de rechter een ongekozen ambtenaar is. Hij heeft slechts een geclausuleerde democratische legitimeit en is aan niemand verantwoording verschuldigd.

De progressieve rechter heerst

Het betoog van Voermans bevat sterke en zwakke elementen. Hij moedigt debat aan over de rechterlijke macht en kritiseert op goede gronden het klimaatarrest van de Hoge Raad. Maar hij ontkent de grondoorzaak van het probleem – de activistische, progressieve rechter.

De rechtscultuur waarin rechters opereren is een belangrijke bron van bias in hun oordeelsvorming. Die cultuur produceert de progressieve rechter — een rechter die een taakopvatting heeft die op gespannen voet staat met de Grondwet.

Dit is de rechter die zijn bindende meldingsplicht ter voorkoming van belangenverstrengeling schendt, maar de overheid beveelt een niet-bindende toezegging over CO2-reductie na te komen.

Het is de rechter die, zonder dat de wet hem daartoe verplicht, heerst over de politiek.

Over dit rechterlijk activisme moet het debat gaan.