

Hoe democratisch is de Nederlandse rechter eigenlijk?

Posted on 6 juli 2022 by Lucas Bergkamp

Amerikaanse rechterlijke uitspraken over abortus en klimaat houden de gemoederen ook in Nederland bezig. Uit de reacties blijkt veelal een gekleurde visie op de rechterlijke macht. Er wordt zonder meer aangenomen dat de rechter een rol zou moeten spelen in progressief beleid op het vlak van broeikasgassen en abortus. De grondwettelijke rol van de rechter wordt miskend, schrijft Lucas Bergkamp in dit uitvoerige artikel.

In Nederland wordt, anders dan in de Verenigde Staten, veelal ontkend dat de rechter ook politiek bedrijft. Anderzijds vergeet de Nederlandse rechter, anders dan de Amerikaanse, dat bescherming tegen de staat een cruciale rechterlijke taak is. Daardoor is politieke rechtspraak bij ons een groter probleem dan in Amerika. De Nederlandse rechter is minder democratisch dan zijn Amerikaanse collega en schrikt er zelfs niet voor terug de democratie onder curatele te stellen.

Uitspraken Hooggerechtshof

Onlangs deed het Amerikaanse Hooggerechtshof uitspraak in een abortuszaak en in een zaak over regulering van broeikasgassen. Met die uitspraken is abortus niet langer een door de Grondwet beschermd recht en mag de overheid niet zonder wettelijke basis emissies van CO_2 reguleren. De reacties in de Nederlandse publieke media waren niet alleen afkeurend, maar riepen ook vragen op over de visie op de rol van de rechter in de democratie.

Zo schreef BNN VARA: 'Ultraconservatieve vrouwenhaters in Amerikaans Hooggerechtshof schaffen recht op abortus af.' De NOS noemde de uitspraak van het hof aangaande de regulering broeikasgassen 'een harde klap voor het klimaatbeleid van Biden' en een 'rampzalig besluit' voor het klimaat.

Dat was dan misschien nog mild vergeleken met de opinie in *The Guardian* die de uitspraak over het klimaatbeleid zelfs 'openly partisan' [partijdig] en 'undemocratic' noemde. Hoe een besluit van de rechter dat de macht bij de volksvertegenwoordiging legt, ondemocratisch kan zijn, legt de auteur niet uit.

Politiek en rechtsspraak

De stelling dat rechterlijke uitspraken ondemocratisch kunnen zijn, roept de vraag op hoe dat dan in Nederland zit. De mening die in de Nederlandse publieke media overheerste was dat het Amerikaanse Hooggerechtshof met de uitspraken over abortus en klimaatbeleid politiek bedreef en in die zin 'ondemocratisch' handelde. Misschien zou je kunnen zeggen dat rechtspraak soms politieke keuzen inhoudt en dat die keuzen mogelijk onvermijdelijk zijn. Daarover hieronder meer.

Dat wil niet zeggen dat dit ook erkend wordt wanneer de Nederlandse rechter oordeelt over zaken zoals het klimaat, stikstof en corona. Misschien heeft de Nederlandse rechter een andere visie op zijn grondwettelijke taak dan zijn Amerikaanse collega en is het die visie die tot andere uitkomsten leidt in soortgelijke zaken. We moeten daarbij ook niet uit het oog verliezen dat de Nederlandse en de Amerikaanse grondwet verschillen.

De Amerikaanse Grondwet

De Nederlandse Grondwet kan relatief gemakkelijk gewijzigd worden. Een politieke meerderheid van twee derde is daarvoor voldoende. Hoe anders is dat voor de Amerikaanse Grondwet. De drempel ligt zeer hoog (96 procent) en in de praktijk is een grondwetswijziging min of meer uitgesloten.

Dat heeft voordelen. De deelstaten kunnen erop vertrouwen dat de federatie zich geen bevoegdheden zal toeeigenen in strijd met de Grondwet. Maar er kleeft ook een nadeel aan die hoge drempel: de grondwet kan niet aangepast worden aan gewijzigde omstandigheden.

Dat verplaatst de druk naar de rechter. Grondwetswijziging kan immers ook door 'creatieve interpretatie' van de tekst door de rechter. En de progressieve rechter voelt zich eerder geroepen om creatief te 'interpreteren' als de wetgever aan de grondwet niets kan veranderen.

Recht op abortus

Evenmin als de Nederlandse Grondwet en het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens bevat de Amerikaanse Grondwet een recht op abortus. Meer precies: een zwangere vrouw heeft geen recht op abortus en abortus mag dus beperkt of verboden worden en een arts mag verboden worden abortus uit te voeren. In 1973 in Roe v Wade 'vond' het Amerikaanse Hooggerechtshof echter plotseling een recht op abortus in de Amerikaanse Grondwet. De rechter legde de federale 'pro choice'-politiek in de Grondwet vast en maakte van 'gewenst recht' echt recht.

De redenering van het Hof was destijds gekunsteld. Het was in feite 'gewoon' een politieke beslissing. Door die beslissing konden staten niet langer abortus verbieden. De politiek was daartoe niet in staat door gebrek aan de grondwettelijk vereiste consensus, zoals we hierboven hebben gezien, maar het Hof kon dat wel. Tenminste, dat kon in 1973, omdat het Hof toen een meerderheid aan progressieve rechters had.

Geen recht op abortus

Onlangs kwam abortus bij het Amerikaanse Hooggerechtshofof opnieuw aan de

orde. De samenstelling van het Hof is inmiddels gewijzigd in vergelijking met 1973 en conservatieve rechters hebben nu de meerderheid. Conservatieve rechters lezen de Grondwet zoals die is, niet de Grondwet zoals die behoort te zijn, dus zonder impliciete progressieve elementen.

Voor een conservatieve rechter is het echter ook geen uitgemaakte zaak of Roe v Wade 'overruled' moet worden. Weliswaar was die uitspraak zuiver politiek en niet conform de Grondwet, maar er bestaat ook zoiets als 'stare decisis'. Dat beginsel houdt in, dat de rechter rekening dient te houden met voorgaande uitspraken en in het kader van de rechtszekerheid niet zonder gegronde redenen afwijkt van precedenten. Dat is ook een beginsel dat conservatieve rechters hoog in het vaandel voeren.

Een kwestie van wie beslist

De fundamentele vraag voor het Hooggerechtshof was hoe belangrijk het is dat de staten vrij zijn abortus te verbieden of beperken. Voor de meerderheid van het Hof heeft de grondwettelijke macht van de staten om het ongeboren leven te beschermen momenteel de voorkeur boven het federale, door de rechter gecreëerde recht op abortus.

De uitspraak van het Hof is dus geen beslissing die abortus verbiedt. Het is een kwestie van 'wie beslist' en niet wat beslist wordt. Na de uitspraak van het Hof mogen staten abortus verbieden. Anderzijds mogen staten abortus ook toestaan. Met andere woorden, het Hof heeft gezegd dat staten met een religieuze meerderheid abortus aan banden mogen leggen. Dat is democratie, zou je zeggen.

Bij dat oordeel van de conservatieve meerderheid heeft waarschijnlijk ook de absurde interpretatie van het recht op abortus door democraten een rol gespeeld. Tot kort voor de geboorte zou abortus moeten kunnen; het recht op abortus dreigt zo te verworden tot een recht om infanticide te plegen. Dat de Amerikaanse Grondwet dat zou toelaten, laat staan eisen, is uiteraard een onzinnige stelling.

'Gevaarlijke klimaatverandering' of niet?

In een klimaatzaak (EPA v. Massachusetts) in 2006 oordeelde het Amerikaanse Hooggerechtshof dat het federale milieuagentschap (EPA) de bevoegdheid heeft om

de uitstoot van broeikasgassen te reguleren en dat het, vanwege de schadelijke effecten van die uitstoot, een goede reden moet geven om niet te reguleren. Aansluitend deed het agentschap de zogenaamde 'endangerment finding' de vaststelling dat de uitstoot van broeikasgassen tot 'gevaarlijke klimaatverandering' aanleiding kan geven.

Die uitspraak bracht de Nederlandse advocaat Roger Cox op het idee om in Nederland ook zo'n rechterlijke uitspraak uit te lokken en dat lukte hem met Urgenda en daarna met Milieudefensie (dat laatste tenminste in eerste aanleg). Zijn motto is duidelijk: met 'revolutie met recht' de democratie onder curatele stellen.

Inmiddels lijkt het Amerikaanse Hooggerechtshof minder onder de indruk van de 'gevaarlijke klimaatverandering'. In de recente uitspraak over de bevoegdheid van het milieuagentschap om de uitstoot van de broeikasgassen door elektriciteitscentrales te reguleren gaf het ontbreken van een wettelijke basis voor die bevoegdheid de doorslag. De Nederlandse rechter is dit oordeel nog niet gevolgd.

Bescherming tegen de staat

Er wordt wel gezegd dat Nederlanders de overheid meer vertrouwen dan Amerikanen. Amerikanen zouden streven naar een beperkte overheid die niet buiten nauw omschreven bevoegdheden op mogen treden. Nederlanders daarentegen zouden een overheid wensen die sociale problemen aanpakt en helpt om de aanspraken van burgers te realiseren. Of dat ooit zo was en nog steeds zo is, valt niet te zeggen, maar het idee heeft post gevat.

Als het geloof post vat dat de burger de staat vertrouwt en de overheid nodig heeft om problemen op te lossen, dan is de rechter enerzijds waarschijnlijk minder geneigd om de staat kritisch te benaderen, maar anderzijds wel geneigd om de staat tot nog meer bescherming te dwingen. Dat zo'n rechter tot andere conclusies komt dan de rechter die het als zijn taak ziet om de burger te beschermen tegen de staat, tegen ongebreidelde regelzucht en tegen inbreuken op diens rechten, lijkt voor de hand te liggen.

Onzinnige kritiek

Hoe dat ook zij, de kritiek op de abortus-uitspraak van het Amerikaanse

Hooggerechtshof in Nederland was veelal ongeïnformeerd, emotioneel en vilein. De kritiek op het vonnis over het klimaatbeleid van Biden was net zo inhoudsloos. Alsof het feit dat de President meent dat agressief klimaatbeleid noodzakelijk is vanwege de 'klimaatcrisis' hem de bevoegdheid geeft om eigenhandig allerhande regels af te kondigen.

De Amerikaanse Grondwet, net als de Nederlandse, beperkt de bevoegdheden van de uitvoerende macht en verleent het primaat aan de wetgevende macht bij het stellen van regels. Een democratie behoor je niet onder curatele te stellen.

Politieke benoemingen

Amerikanen gaan ervan uit dat rechters met regelmaat politieke beslissingen moeten nemen. Om die reden benoemt de politiek de hoogste rechters. De president speelt een hoofdrol bij de benoeming van federale rechters, maar waar het gaat om kandidaat-rechters voor het Hooggerechtshof komt de Senaat er aan te pas. In sommige staten worden rechters direct door het volk gekozen. Echte democratie dus, zo zou je denken.

Bij de benoeming van rechters voor het Hooggerechtshof onderwerpt de Senaat de kandidaten aan een kruisverhoor. Daarbij proberen de Senatoren aan de kandidaat uitspraken te ontlokken die hem zouden kunnen diskwalificeren of althans de politieke inclinatie van de kandidaat kunnen blootleggen. Van iedere opperrechter is alom bekend of hij door een democratische of republikeinse president is voorgedragen. Maar wat weet de Nederlandse burger over de rechters van de Hoge Raad?

Ontkenning

In Nederland heerst de visie van de rechter als 'probleemoplosser'; in Amerika die van de rechter als bewaker. Problemen zijn met name te verwachten wanneer het systeem niet aansluit bij de heersende visie. Anders gezegd, wanneer de visie op de rechterlijke macht wijzigt, maar het systeem wijzigt niet mee, dan doen zich onvermijdelijk fricties voor. Dat is de reden voor de schurende rol van de rechterlijke macht in Nederland.

In Nederland bestaat de neiging het bestaan van 'politieke rechtspraak' te ontkennen. De politieke of ideologische voorkeur van de rechter zou nooit een rol

spelen bij het beslechten van geschillen. D66 is een felle verdediger van dit ongefundeerde standpunt; wie de rechter onder vuur neemt zou zelfs de rechtsstaat vernietigen. De rechter past gewoon het recht toe; overal en altijd. Hij is een 'rechtspreker' die nooit recht maakt, maar het slechts 'vindt'.

Het is die brede ontkenning die in de politiek en publieke media dominant wordt uitgedragen, die rechterlijke uitspraken en rechters uit de wind houdt. Daardoor voelen rechters niet de politieke en sociale druk die gepaard zou moeten gaan met hun politieke uitspraken. Abortus is daarbij in Nederland niet langer een van de in het oog springende issues, maar klimaat, stikstof en corona des te meer. Rechters maken beleid.

De 'open rechtsorde'

Het ligt daarom in de lijn der verwachting dat de omvang van politieke rechtspraak en rechterlijke politiek bij ons minstens even groot is als in Amerika. Er is echter een andere reden waardoor de omvang van politieke rechtspraak in Nederland een grotere vlucht heeft genomen dan in Amerika: de wetgever heeft de rechter brede bevoegdheden gegeven die in de toepassing discipline vereisen.

Nederland kent een open rechtsorde (onder meer ten gevolge van het 'monistische' model), waardoor de rechter internationaal recht mag toepassen. Daarnaast mag de rechter, net als in Amerika, ook grijpen naar 'ongeschreven' normen die hij zelf ontwaart.

De discipline die vereist is bij de toepassing van dergelijke open nomen wordt onderhouden indien rechterlijke politiek breed bekritiseerd wordt. In zaken aangaande klimaat, immigratie en diversiteit zijn het immers juist het internationale recht (de mensenrechten) en het ongeschreven recht die op de voorgrond staan.

Bij het 'invullen' van die normen sluipen politieke of ideologische voorkeuren steeds het oordeel van de rechter-probleemoplosser binnen. Zijn politieke en ideologische voorkeuren zijn een betere indicator voor de uitkomst van een zaak dan 'het recht'.

Het gaat die rechter om de 'progressieve realisatie' van fundamentele rechten juist wanneer de democratie het laat afweten. Omdat er weinig aandacht is voor dit probleem ontstaat echter de indruk dat persoonlijke voorkeur niets met de uitkomst te maken heeft en het zuiver en alleen om 'het recht' gaat. In Nederland wordt dit

met een prachtig eufemisme ‘rechtsvinding’ genoemd.

Hypocrisie

Zo blijft de politieke rechter in Nederland onder de radar. Indien de rechter een beslissing neemt die politiek slecht valt, zoals in de avondklok-zaak in februari 2021, dan wordt die beslissing ongewoon snel overruled door een hogere rechter.

Maar politici en de media wijzen zelden naar het politieke karakter van rechtspraak. Sterker nog, zij demoniseren degenen die dat wel doen. De D66-politici Jetten en Groothuizen bijvoorbeeld suggereren dat degenen die rechtspraak kritiseren in feite het instituut rechtspraak en zo de rechtsstaat beschadigen.

Dat weerhoudt Nederlandse politici en media er echter niet van om het Amerikaanse Hooggerechtshof de maat te nemen. Zoals we hierboven zagen moesten de uitspraken over abortus en de emissie van broeikasgassen het ontgelden. De kritiek was echter hypocriet.

Terwijl de Nederlandse politiek kritiek op rechterlijke uitspraken veelal afdoet als populistische ‘inmenging in de onafhankelijke rechtspraak’ en benadrukt dat de rechter een onmisbaar deel is van onze democratie, speelt dat kennelijk niet waar het om buitenlandse rechters gaat. Die mogen wel gewoon aan de politieke schandpaal genageld worden.

De mythe van de ‘bouche de la loi’

De mythe dat de Nederlandse rechter nooit door de eigen politieke, ideologische of persoonlijke voorkeuren gedreven wordt, komt niet iedereen slecht uit. Zolang die mythe in stand blijft kan het bestaande systeem benut worden om die rechters te rekruteren, te benoemen en te promoveren die in lijn met de gewenste politiek denken. Zo kan, in de woorden van Montesquieu, ‘la bouche de la loi’, de wetspreker, ongemerkt wetgever spelen.

Het ambtelijk apparaat dat de selectie van kandidaat-rechters en de benoeming en promotie van rechters bestuurt, heeft daarom de bijzondere aandacht van de progressieve beweging. Want de rechterlijke macht kan een troefkaart zijn. Voor wie niet in democratie gelooft en de democratie het liefst onder curatele zou stellen, is de rechter een onverdacht verlengstuk van de politiek.

‘The least dangerous branch,’ maar niet in Nederland

De Amerikaanse staatsrechtsgeleerde Hamilton noemde de rechterlijke macht ‘the least dangerous branch’ van de drie machten. Want de rechterlijke macht zou het zwaard noch de portemonnee controleren. Daar zit iets in, maar deze opvatting gaat wel uit van een bepaald soort rechter. De rechter die zich verwant voelt met de progressieve realisatie van mensenrechten en ongeschreven recht uit de lucht tovert, is niet de rechter die Hamilton voor ogen had.

De rechter in Nederland oefent wel degelijk controle uit over zowel de portemonnee als het zwaard. Juist omdat de rechter goed in lijn loopt met de progressieve politiek zal de uitvoerende macht niet twijfelen om de politieke vonnissen van rechters ten uitvoer te leggen.

Door in de Urgenda-zaak op basis van vage, open normen zeer ambitieus klimaatbeleid af te kondigen, heeft de rechter de belastingbetalers op enorme kosten gejaagd. De rechter in de Milieudefensies ‘klimaatzaak van de eeuw’ deed er nog een flinke schep bovenop. De rechter controleert de portemonnee van de burger.

Hoe democratisch is de Nederlandse rechter?

Zowel in Amerika als in Nederland zijn rechters onafhankelijk en voor het leven benoemd. Zij zijn de politiek noch de burger verantwoording verschuldigd. Maar terwijl de Amerikaanse rechter langs democratische weg benoemd wordt, zijn de benoemingen in Nederland zelden openlijk politiek. In Nederland regelt de rechterlijke bureaucratie verreweg de meeste benoemingen. Dat ondermijnt de democratische legitimiteit, maar vergroot de rechterlijke macht.

In aanzienlijke mate bepaalt de relatie tussen de politiek en de rechterlijke macht de democratie. Een rechter die de ruimte voor de politiek zo groot mogelijk laat maar wel individuele rechten afdwingt, is een democratische rechter. Een rechter die de progressieve politiek een handje helpt en aanspraken helpt te verwezenlijken, is een ondemocratische rechter.

De oordelen van het Amerikaanse Hooggerechtshof in de abortus- en klimaatzaken zijn voorbeelden van het eerste. De klimaatvonnissen in de Urgenda- en

Milieudefensie-zaak zijn voorbeelden van het tweede.

Heimelijke rechterlijke politiek

Is het dan wel zo'n goed idee om te doen alsof de rechter apolitiek is en slechts 'la bouche de la loi'? Is het Amerikaanse realisme dan toch niet transparanter, eerlijker en democratischer?

In de huidige Nederlandse constellatie vergroot het verhullen van de ware aard van rechtspraak de ruimte voor politiek in de rechtspraak. Daardoor is de Nederlandse rechter een groter gevaar voor de democratie dan zijn Amerikaanse collega. De kritiek op het Amerikaanse Hooggerechtshof en de bezwering dat de rechterlijke macht een onderdeel is van de democratie doet daaraan niet af.

We zouden in Nederland eindelijk eens moeten beginnen openlijk te erkennen dat de rechter soms politiek bedrijft en dat dit in strijd is met ons rechtssysteem. Dan kan langs democratische weg besloten worden of het systeem zich moet aanpassen aan de rechterlijke macht of dat de rechterlijke macht zich moet aanpassen aan het systeem.

Lucas Bergkamp *schrijft regelmatig voor Wynia's Week over haperingen in onze rechtsstaat.*

Steunt u de onafhankelijke berichtgeving van Wynia's Week? Graag! ***Doneren kan HIER****. Hartelijk dank!*