

Is rechterlijk activisme gerechtvaardigd omdat de wetgever het mogelijk maakt?

Posted on 29 februari 2020 by Lucas Bergkamp

(Hardnekkige misverstanden over de rol van de rechter in de democratie)

In de discussie over het rechterlijk activisme in Nederland is het argument gemaakt dat de rechter weinig of niets te verwijten valt. Want de wetgever zou vage wetgeving met open normen uitvaardigen waardoor rechters veel moeten interpreteren. De wetgever zou actiegroepen toelaten te procederen in het algemeen belang en mensenrechten onderschrijven. En de wetgever zou moeilijke problemen doorschuiven naar de rechter. Anders gezegd, de wetgever faciliteert de expansie van de rechterlijke bemoeienis.

Lucas Bergkamp legt in deze *longread* uit waarom deze argumenten rechterlijk activisme niet kunnen goedpraten. De rechter en alleen de rechter is

verantwoordelijk voor rechterlijk activisme. In plaats van wetten op te rekken om actiegroepen te faciliteren en beleid te kunnen voorschrijven, zou de rechter ons Grondwettelijk systeem moeten respecteren.

Actiegroepen, mensenrechten en andere excuses

Het actierecht van artikel 3:305a BW, dat willens en wetens door de wetgever is geïntroduceerd, geeft organisaties als Urgenda de bevoegdheid om namens andere burgers vorderingen in te stellen. Dergelijke vorderingen kunnen ook betrekking hebben op overheidsbeleid. Met dat artikel, zeggen de apologisten van het rechterlijke activisme, zou de rechter de bevoegdheid hebben gekregen om beleid voor te schrijven. De mensenrechten en de rechtsmacht van het Straatsburgse Hof voor de Rechten van de Mens, dat de neiging heeft de mensenrechten breed uit te leggen, zijn evenzeer door de Nederlandse wetgever geaccepteerd.

Bovendien heeft de rechter weinig macht, zo gaat het pleidooi voort en kan de wetgever hem altijd overrulen. En als dat niet overtuigt, dan volgt de uitsmijter dat rechterlijk activisme onvermijdelijk is en niet problematisch, omdat de rechter zelden zijn politieke voorkeur kan laten meewegen.

In een eerdere bijdrage heb ik uitgelegd dat de rechter zich niet op het actierecht en de mensenrechten kan beroepen, omdat de rechter zelf die rechten oprekt, er een reikwijdte aan geeft die strijdt met de tekst en context en andere relevante bepalingen negeert om zo tot een gewenst resultaat te kunnen komen. Dat is de de essentie van rechterlijk activisme. Deze rechterlijke expansiedrift kan worden toegeschreven aan de progressieve rechtscultuur. In deze bijdrage gaat het niet om rechterlijke activisme als zodanig, maar om de vraag of vage en open wetgeving rechterlijke activisme rechtvaardigt.

Het grondwettelijk bestel

Om bovengenoemde argumenten op hun waarde te kunnen schatten, moeten we eerst kijken naar het Nederlandse grondwettelijke bestel. Een belangrijk doel van een grondwet is het toedelen (en beperken) van bevoegdheden en het voorschrijven van procedures – niet wat beslist wordt, maar wie beslist volgens welke procedure.

Ons bestel is gebaseerd op de trias politica, de scheiding van de drie machten van de staat. In dit systeem heeft de wetgevende macht de bevoegdheid om wetten uit

te vaardigen, de uitvoerende macht voert die wetten uit en de rechtsprekende macht beslist in geval geschillen rijzen. De scheiding tussen de wetgevende en uitvoerende macht is in ons parlementaire stelsel niet scherp. Maar de rechterlijke macht heeft een duidelijk afgebakende eigen sfeer en mag ook de overheid aan de wet houden.

Er zijn belangrijke verschillen tussen de wetgevende en de rechterlijke macht, met name in de mate van democratische legitimatie. De wetgevende macht wordt uitgeoefend door het parlement dat uit gekozen volksvertegenwoordigers bestaat. Zij zijn verantwoording verschuldigd aan de kiezers voor het door hen gevoerde en aanbevolen beleid. Als dat beleid de kiezers niet bevalt, kunnen zij op gezette tijden de verantwoordelijke volksvertegenwoordigers wegstemmen en andere vertegenwoordigers benoemen.

De rechterlijke macht

Voor de rechterlijke macht ligt dat totaal anders. Rechters worden niet gekozen, maar voor het leven benoemd via een systeem waarin coöptatie (dat wil zeggen, nieuwe rechters worden gekozen door huidige rechters) een belangrijke rol speelt. Rechters zijn onafhankelijk en aan niemand verantwoording verschuldigd voor hun beslissingen, afgezien van een motivering die zij in hun vonnissen opnemen. Maar wanneer er vragen rijzen over een rechterlijke uitspraak of de gebrekkige motivering ervan, dan is de rechter niemand uitleg verschuldigd, daargelaten de mogelijkheid voor partijen om hoger beroep in te stellen.

Wanneer er in laatste instantie recht is gesproken, kan aan de uitspraak niets meer worden gedaan (bijzondere of uitzonderlijke situaties, zoals derdenverzet, buiten beschouwing latend). De rechter is lijdelijk en beoordeelt de feiten en argumenten die de partijen aanbrengen. Zijn bevoegdheid is dan ook beperkt tot het toepassen van de wetten op geschillen.

De taak van de rechter is gedefinieerd en afgebakend door bepalingen van de Grondwet. Om te voorkomen dat de rechter zich teveel in de politiek mengt, mag de rechter de grondwettigheid van de wetten en verdragen niet beoordelen. Ook verbiedt de wet de rechter algemene regels uit te vaardigen. Aan de andere kant moet de rechter wel de bepalingen toepassen van verdragen die 'directe werking' hebben. Dergelijke bepalingen, zoals neergelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, hebben voorrang boven daarmee strijdige wetten. Daarbij gaat de wetgever ervan uit dat de mensenrechten niet worden opgerekt, maar in

overeenstemming met de tekst worden geïnterpreteerd en toegepast.

Geen eigen wil, geen publieke uitgave

Er is nog een ander element dat goed begrepen moet worden om de rol van de rechter in de democratische rechtsstaat juist te kunnen inschatten. Dat element kan mooi worden geïllustreerd aan de hand van de geschiedenis van de Amerikaanse grondwet.

In het kader van de voorbereiding van de Amerikaanse grondwet heeft de eminente grondwetsjurist Alexander Hamilton gezegd "of the three powers …, the judiciary is next to nothing, … It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment." De hoogleraar staatsrecht Wim Voermans leidt hieruit af dat de rechterlijke macht zwak en afhankelijk is.

Maar Voermans begrijpt Hamilton niet goed; het is geen feitelijke vaststelling, maar een instructie voor wetgevers en rechters. In Federalist 78, waaraan bovenstaand citaat is ontleend, staat namelijk ook: 'To avoid an arbitrary discretion in the courts, it is indispensable that they should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them.' Dat is een duidelijke instructie aan de wetgever en rechters.

De rechter van Hamilton is dus gebonden aan precieze regels die de uitkomsten van geschillen aan hem dicteren; arbitraire discretie is een doodzonde. Hamilton heeft dit verder uitgelegd door te wijzen op het feit dat 'the judiciary branch … would be the weakest of the three branches because it had *no influence over either the sword or the purse*.' Dus Hamilton spreekt over een rechter die de wet nauwgezet volgt, geen eigen wil heeft, dat wil zeggen niet-activistisch is, en geen publieke uitgaven doet, dat wil zeggen geen (duur) beleid dicteert, zoals de Hoge Raad in de Urgenda-zaak wel deed.

Dat is de rechter die de Nederlandse Grondwet ook voor ogen heeft. Met de introductie van het actierecht en de mensenrechten is er natuurlijk wel iets veranderd, in die zin dat een rechterlijke uitspraak in bepaalde gevallen wel gevolgen kan hebben voor de publieke uitgaven. Maar de instructie aan rechters blijft dezelfde: indien de wet niet duidelijk eist dat een bepaalde prestatie geleverd dient te worden, moet de rechter de vordering afwijzen.

Interpretatie van wetten

Dit heeft directe gevolgen voor de interpretatie van wetten en verdragen. De toepassing van de wet door de rechter vereist vaak interpretatie. Rechters kunnen een wet op meer dan een manier interpreteren. Welke interpretatie een rechter prefereert wordt gezien als een functie van de filosofie die de rechter aanhangt – een rechter kan een wet restrictief of extensief interpreteren. Een extensieve interpretatie van bijvoorbeeld de mensenrechten leidt ertoe dat de staat (en mogelijk andere personen) meer omvangrijke verplichtingen zullen hebben om gedragingen te laten of bepaalde zaken juist wel te doen.

Wanneer de wet vage begrippen hanteert of open normen stelt, dan zou volgens deze theorie de rechter dus de keuze om er een restrictieve of extensieve interpretatie aan te geven. Deze theorie strijdt uiteraard met het argument dat de rechter niet anders kan dan de wet oprekken wanneer de wet vaag is. Dat argument veronderstelt namelijk dat de rechter een extensieve interpretatie moet toepassen, terwijl hij ook een restrictieve interpretatie aan de wet kan geven.

De rechter van onze Grondwet mag de wet niet extensief interpreteren. Want, zoals hierboven besproken, vereist de Grondwet dat de rechter de wet toepast zoals die wet geschreven is, zonder de tekst op te rekken. Dit is ook wat het Verdrag van Wenen vereist ten aanzien van de interpretatie van verdragen – een bepaling van een verdrag dient geinterpreteerd te worden 'in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.'

Faciliteert de wetgever rechterlijk activisme?

Om soortgelijke redenen is het argument dat de wetgever rechterlijk activisme faciliteert niet houdbaar. In de klimaatzaak bijvoorbeeld had de rechter het actierecht van artikel 3:305a BW niet hoeven op te rekken. Op basis van een tekstuele interpretatie had de rechter Urgenda onbevoegd en niet ontvankelijk kunnen verklaren.

Ook was er geen enkele reden om het recht op het leven op te rekken en daarin een recht op een veilig klimaat te lezen, want de tekst van de bepaling zegt daarover helemaal niets. De activistische rechter deed dat toch, omdat het in de huidige progressieve rechtscultuur 'en vogue' is.

De rechter die de Grondwetgever voor ogen had, een terughoudende en loyale

wetstoepasser die geen eigen wil heeft en geen publiek geld uitgeeft, is in deze cultuur geen voorbeeld dat navolging verdient. Want de rechterlijke taakopvatting heeft zich verder ontwikkeld, zo wordt gezegd. Een oud-raadsheer van de Hoge Raad heeft in een tijdschrift voor rechters zelfs gesteld dat de rechter "op zoek" moet gaan 'naar verbinding met de samenleving' teneinde 'een *normatief duurzame samenleving*' te bewerkstelligen. Een dergelijke rechterlijke taakopvatting strijdt uiteraard met de Grondwet.

Dat de wetgever in een aantal gevallen kwalitatief slechte wetten afkondigt, is onbetwistbaar. Dat wetten vaak slecht gedefinieerde of open normen hanteren, is ook duidelijk. Zelfs zou je kunnen stellen dat de wetgever soms de neiging heeft om de 'hete aardappelen' door te schuiven naar de rechter, of dat bepaalde leden van de wetgevende macht als heimelijk motief voor vage en slechte wetten in gedachten hebben dat de activistische rechter dan alle kanten op kan. Maar er is geen wet die rechterlijk activisme legitimeert of wetgevende bevoegdheid aan de rechter delegeert. Integendeel.

Quod licet Iovi, non licet bovi, zegt onze Grondwet. De wetgever mag slechte, vage, open wetten uitvaardigen (zolang hij daarme de Grondwet of een verdrag niet schendt), want de wetgever draagt politieke verantwoordelijkheid en kan worden weggestemd. Maar onze Grondwet verbiedt dat de wetgever aan de rechter wetgevende bevoegdheid overdraagt, of rechterlijk activisme faciliteert. De 'wetgever-plaatsvervanger' is illegaal en illegitiem. Dat rechters in feite activistisch zijn, maakt hun activisme niet grondwettelijk.

De reden is duidelijk – rechter mogen niet activistisch zijn, want rechters hebben de opdracht de wetten toe te passen, dragen geen politieke verantwoordelijkheid, zijn voor het leven benoemd en kunnen niet weggestemd worden. Om die redenen mogen rechters niet toegeven aan de neiging om activistisch te werk te gaan, zelfs niet wanneer zij denken een hondenfluitje van de wetgever te horen.

Is rechterlijk activisme 'niet politiek'?

Onlangs heeft Tjeenk Willink in Buitenhof gesteld dat het wel meevalt met de politieke inmenging door rechters. Een soortgelijk excuus voor rechterlijk activisme is naar voren gebracht door Burema, raadsheer in de Hoge Raad. Hij heeft betoogd dat de aard van het werk van de rechter met zich meebrengt dat hij 'beslissingen neemt die ook anders hadden kunnen uitpakken', maar dat 'de ruimte en de wens om politieke voorkeuren te laten doorklinken nagenoeg afwezig is – ook in de

zeldzame gevallen waarin sprake is van vernieuwende rechtspraak'.

Dat activistische rechtspraak zeldzaam is, is een onbelangrijk punt, want een enkele uitspraak kan een volledig nieuw rechtssysteem creëren (zie verder hieronder). Het frame van 'vernieuwend' is een eufemisme voor 'activistisch', geen argument dus.

Blijft over het punt dat de activistische rechter zijn politieke voorkeur niet laat meewegen. Dat is op de eerste plaats een kwestie van definitie – welke voorkeuren van de rechter noem je politiek en welke noem je niet politiek, maar, bijvoorbeeld, ideologisch of beleidsmatig?

Ten tweede is het veelal niet zozeer dat de politieke voorkeur van de rechter direct doorweegt in zijn oordeel, maar eerder dat de politieke voorkeur bepaalt welke rechterlijke filosofie en interpretatiemethode de rechter aanhangt.

Een rechter met een progressieve politieke voorkeur zal vaak ook een progressieve rechterlijke filosofie aanhangen. Dus de politieke voorkeur klinkt wel degelijk door in de taakopvatting van de rechter, zoals de hierboven geciteerde oud-raadsheer bevestigt. Daarom is het van belang dat zo'n 70% van de Nederlandse rechters een progressieve politiek voorstaat.

Rechterlijk activisme is politiek. Het klimaatarrest kan daarom worden gezien als politiek vermomd als rechtspraak. Gezien het belang van dat arrest, is dat een zorgelijke ontwikkeling.

Rechterlijke benoemingen

In Amerika begrijpt men dit. Daarom zijn rechterlijke benoemingen een politieke kwestie en kritiseren rechters elkaar op politieke gronden. Benoemingen in het Hooggerechtshof zijn bijzonder contentieus, zoals de strijd om de confirmatie van Peter Kavanaugh onlangs aantoonde. In Nederland proberen de rechterlijke macht, bepaalde politici en andere supporters de mythe levend te houden dat de rechter zijn politieke voorkeur buiten de rechtszaal weet te houden. Maar, net zoals Burema, komen ze niet verder dan bezweringen, want de feiten spreken hen tegen.

Het wordt tijd dat de Nederlandse politiek erkent dat de politieke kleur van de rechter relevant is voor de uitkomst van rechtszaken. Bij rechterlijke benoemingen zou de rechterlijke filosofie van kandidaat-rechters uitdrukkelijk aan de orde moeten komen, met name bij benoemingen in de gerechtshoven, de Raad van State en de

Hoge Raad. Nagegaan zou moeten worden of de taakopvatting van kandidaat-rechters overeenstemt met de Grondwettelijke taak van de rechter.

Rechterlijke onafhankelijkheid

De rechter, zo wordt gezegd, moet onafhankelijk zijn en kritiek op de rechter is 'gevaarlijk'. Men moet in een rechtsstaat het laatste woord van de rechter respecteren, zo luidt het gangbare pleidooi. Maar dit pleidooi is onjuist, want rechterlijke onafhankelijkheid is voorwaardelijk. Het is een *quid pro quo* — de rechter is onafhankelijk zolang hij zich aan de wet houdt.

Rechters zijn niet gekozen, maar voor het leven benoemd en mogen zich niet mengen in politieke kwesties. Daarom mag de rechter slechts ingrijpen in de politiek als de wet dat vereist. Die terughoudendheid is een cruciale voorwaarde voor rechterlijke onafhankelijkheid.

Anders gezegd, zoals iedere andere machthebber in ons systeem van beperkte bevoegdheden, moet ook de rechter de beperkingen aan zijn bevoegdheid respecteren. Zo behoudt hij zijn onafhankelijkheid. Doet de rechter dat niet en treedt hij buiten zijn bevoegdheden, dan is een reactie niet alleen toegestaan, maar zelfs vereist. Burgers moeten erop kunnen vertrouwen dat ongekozen rechters geen algemeen beleid of algemene regels voorschrijven.

Is het klimaatarrest niet representatief?

Ook wordt gezegd dat het Urgenda-klimaatarrest uitzonderlijk is. Het is juist dat rechterlijke uitspraken meestal niet controversieel zijn, maar dat zegt niets. De poging om het revolutionaire Urgenda-klimaatarrest af te doen als "niet representatief" faalt. De Urgenda-uitspraken, in drie instanties door de rechterlijke macht gedaan, creeren een geheel nieuw systeem voor rechterlijk activisme aangestuurd door actiegroepen. Deze zaak verschaft een uniek inzicht in de mindset van de activistische rechter en hoe ver hij durft te gaan in zijn resultaatsgerichte redenering.

Dit systeem van een parallelle, directe democratie waarbinnen rechters op verzoek van actiegroepen overheidsbeleid opleggen, vormt de essentie van het rechterlijk activisme. Daarover moet de discussie gaan. Want dit door rechters in stand gehouden onwettige systeem van "directe democratie" zet de grondwettelijke democratie opzij.

Debat is noodzakelijk

De Grondwet koppelt de discretionaire macht van politici aan afhankelijkheid en afzetbaarheid en de gelimiteerde macht van rechters aan onafhankelijkheid en onafzetbaarheid. Met de huidige rechterlijke macht hebben wij nu echter een nieuwe koppeling: een rechter met discretionaire macht die onafhankelijk en dus niet afzetbaar is.

Dit is '*the worst of both worlds*', een ongrondwettelijke en onwenselijke situatie. De politiek moet daarom werk maken van het beheersen van rechterlijk activisme. Want de neutrale rechter die ons bestel voor ogen heeft, toetst de wettigheid van overheidshandelen, maar niet de opportuniteit of wenselijkheid ervan, ook niet stiekem door wetten op te rekken.

Een Tweede Kamer-werkgroep 'dikastocratie' is begonnen met het onderzoeken van dit probleem. De rechterlijke macht kijkt met argusogen toe, want de rechterlijke onafhankelijkheid zou bedreigd worden. Maar dikastocratie gaat niet om onafhankelijkheid. Het gaat om misbruik van onafhankelijkheid om rechterlijk activisme te verhullen. Zoals hierboven besproken, rechterlijk activisme ondermijnt de democratische rechtsstaat.

'Iedereen doet wat hij doet'

In '*De Aanslag*', het beroemde boek van Harry Mulisch, komt de vraag aan de orde of het verzet schuld heeft aan de fusillering van 20 mannen door de nazi's als vergelding voor een aanslag door het verzet. Een verzetsvrouw legt de hoofdpersoon uit dat dit niet het geval is: "iedereen doet wat hij doet en niemand anders". Dat is een goed uitgangspunt voor het beantwoorden van de vraag of de wetgever rechterlijk activisme faciliteert.

De wetgever doet wat hij doet en niemand anders. De rechter doet wat hij doet en niemand anders. De rechter mag zich geen wetgevende bevoegdheid toeëigenen, ook niet als de wetgever hem daartoe zou uitnodigen. Delegatie van wetgevende bevoegdheid aan de rechter is door onze Grondwet verboden. Want met de wetgever kan de burger afrekenen, met de rechter niet.