

# Macht en tegenmacht: de rol van de rechter is toegenomen

Naar aanleiding van onder meer de Urgenda-zaak pleiten critici ervoor de rol van de rechter te beperken in politiek gevoelige geschillen: stop het toga-activisme! Politieke partijen doen er goed aan de rechter te verdedigen. De rol van de rechter dient niet te worden ingeperkt, maar moet worden versterkt.

## ROB VAN DER HULLE

*Rob van der Hulle is als advocaat, politicoloog en als research fellow verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en schrijft dit artikel op persoonlijke titel*

Eerder dit jaar verscheen het boek *Twee pijlers. Het wankel evenwicht in de democratische rechtsstaat* van Ruud Koole.<sup>1</sup> In dit boek gaat Koole uitgebreid in op de machtscheiding binnen een democratische rechtsstaat zoals Nederland. Koole bespreekt hoe het met de machtscheiding op dit moment is gesteld. Met de toeslagenaffaire in het achterhoofd, had dit boek niet op een geschikter moment kunnen komen.

In zijn analyse onderscheidt Koole twee pijlers: een electorale pijler en een niet-electorale pijler.<sup>2</sup> De electorale pijler bestaat uit politieke partijen, de regering en het parlement, die besluiten nemen op basis van een direct of indirect kiezersmandaat. De door Koole bedoelde niet-electorale pijler wordt gevormd door overheidsinstellingen die niet over een kiezersmandaat beschikken, maar besluiten nemen die maatschappelijk en politiek belangrijke gevolgen kunnen hebben. Daarbij doelt Koole onder meer op de rechterlijke macht.

In het vorige nummer van *S&D* is reeds uitvoerig ingegaan op belangrijke elementen

van Kooles betoog.<sup>3</sup> In deze bijdrage richt ik mij op een element dat nog niet ter sprake is gekomen. Koole concludeert dat het vereiste evenwicht binnen de electorale pijler, maar ook dat tussen de electorale pijler en niet-electorale pijler, wankel is geworden mede als gevolg van belangrijke uitspraken van de rechter, zoals die in de Urgenda-zaak en recente uitspraken over stikstof.<sup>4</sup>

In de Urgenda-zaak heeft de rechter de Staat opgedragen de uitstoot van broeikasgasen eind 2020 met minimaal 25% te doen verminderen ten opzichte van de uitstoot eind 1990.<sup>5</sup> In de stikstofuitspraken verklaarde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het Nederlandse stikstofbeleid, waarmee werd beoogd de stikstof op beschermde natuurgebieden te verminderen en daarmee vergunningverlening te vergemakkelijken, in strijd met Europese natuurwetgeving.<sup>6</sup>

Hoewel Koole meent dat het te ver gaat om te stellen dat we tegenwoordig in een 'dikas-tocratie' leven, komen de grenzen van rechterlijk activisme volgens hem wel in beeld en zijn

deze grenzen in sommige gevallen, zoals in de Urgenda-zaak, overschreden. Koole meent dat de rechter meer ruimte zou moeten laten aan de instellingen uit de electorale pijler, in het bijzonder de regering en het parlement, die zich op een kiezersmandaat kunnen beroepen.<sup>7</sup>

Zonder afbreuk te willen doen aan het belang van Kooles analyse, zijn daarbij naar mijn mening wel enkele kanttekeningen te plaatsen. Mijns inziens is het niet zonder meer gezegd dat de rol van de rechter te groot is geworden. Soms lijkt onvoldoende te worden onderkend dat het in zaken waarin de rechter een te vergaand oordeel zou hebben gegeven vaak in essentie neerkwam op het uitleggen en toepassen van het relevante recht. Een en ander is bij uitstek de taak van de rechter.

Daarnaast is het de vraag of een toegenomen rol van de rechter heel bezwaarlijk is. Zoals de toeslagenaffaire en de discussie over bestuurlijke verandering in reactie daarop illustreren, is een kritische rechterlijke macht juist van groot belang. Zoals ik hierna zal betogen had Koole dat sterker kunnen benadrukken en gaat hij mijns inziens te veel mee met de in de media, maar ook in de politiek, geuite kritiek op de rechter.<sup>8</sup>

Voor een goed begrip kan hierbij worden opgemerkt dat deze kritiek zich niet lijkt te richten op een specifieke rechter of een rechterlijke instantie. Daarbij moet worden bedacht dat Nederland diverse rechterlijke instanties kent. Tot de rechterlijke macht behoren onder meer de rechtbanken, de gerechtshoven en de Hoge Raad die zijn belast met de behandeling van civiele zaken en strafzaken. Daarnaast heeft de wetgever in de loop van de twintigste eeuw een uitgebreid stelsel van bestuursrechtspraak in het leven geroepen, met de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep als hoogste bestuursrechters, afhankelijk van het type geschil. Ondanks pleidooien voor samenvoeging van deze verschillende rechtscolleges, is het zo ver nog niet gekomen.

Mede door het bestaan van diverse rechterlijke instanties lijkt de actuele kritiek op de rol van de rechter zich te richten op de rechter in brede zin. De kritiek op de hiervoor genoemde stikstofuitspraken spitste zich toe op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als bevoegde rechter om daarover te oordelen. Urgenda betrof een civiele zaak. Het door de Haagse rechtbank in eerste aanleg uitgesproken reductiebevel leidde tot veel kritiek. Het Haagse gerechtshof en de Hoge Raad, die dit bevel in stand lieten, werden vervolgens ook onderdeel van de kritiek.

### ***De ‘political question doctrine’ en de machtenscheiding***

Bij zijn bespreking van het vereiste evenwicht tussen de electorale pijler en de niet-electorale pijler gaat Koole onder meer in op de Amerikaanse ‘political question doctrine’.<sup>9</sup> Deze door het Amerikaanse Hoogerechtshof erkende doctrine heeft betrekking op de afbakening van de rol van de rechter ten opzichte van de andere staatsmachten en houdt in dat de Amerikaanse federale rechter zich in sommige geschillen afzijdig moet houden door van een inhoudelijke beoordeling af te zien. Concreet is dit het geval als het voorliggende geschil raakt aan een onderwerp dat volgens de Amerikaanse grondwet aan de andere staatsmachten is voorbehouden of als het ontbreekt aan concrete en bruikbare rechtsnormen.<sup>10</sup>

Koole suggereert dat deze doctrine van wezenlijk belang is voor de machtenscheiding op federaal niveau in de Verenigde Staten, en daarmee voor de verhouding tussen de rechter enerzijds en regering en parlement anderzijds. In *S&D* heeft Koole enige tijd geleden ook voor het ‘herstel’ van de ‘political question doctrine’ gepleit, daarmee suggererend dat de doctrine niet langer zou bestaan.<sup>11</sup>

Anders dan Koole lijkt te veronderstellen, gaat het echter te ver om aan te nemen dat de political question doctrine in de Verenigde

Staten niet langer bestaat. De moderne variant van deze doctrine dateert van 1962.<sup>12</sup> In dat jaar deed het Hooggerechtshof uitspraak in de zaak *Baker v. Carr*.<sup>13</sup> In die zaak zette het Hooggerechtshof de contouren van de political question doctrine uitdrukkelijk uiteen. Hoewel het Hof de doctrine niet vaak toepast, heeft het dat in 2019 nog gedaan in een zaak over 'political gerrymandering': het vaststellen van kiesdistricten op basis van de politieke voorkeur van kiezers. Door kiesdistricten op een kunstmatige en strategische manier vorm te geven, weet een politieke partij zichzelf van een meerderheid van het aantal zetels te verzekeren.

Het Hooggerechtshof oordeelde dat geschillen hierover als een 'political question' hebben te gelden en dat de rechter zich daarover niet kan uitspreken.<sup>14</sup> Een analyse van de rechtspraak leert dat lagere rechters de doctrine vaker toepassen, vooral in geschillen waarin beslissingen van de regering op het gebied van het buitenlands beleid ter discussie worden gesteld.<sup>15</sup>

Tegelijkertijd moet het belang van de political question doctrine voor de Amerikaanse rechtspraak ook weer niet worden overschat. Toepassing van de doctrine ligt alleen in uitzonderlijke gevallen in de rede. De doctrine is nadrukkelijk geen instrument voor de rechter om politiek gevoelige geschillen op voorhand te weren. De enkele politieke gevoeligheid van een geschil maakt daarom nog geen 'political question'. Of zoals het Amerikaanse Hooggerechtshof het in *Baker v. Carr* formuleerde: 'The doctrine of which we treat is one of political questions, not one of political cases.'<sup>16</sup>

Als gezegd, is bepalend of het voorliggende geschil raakt aan een onderwerp dat volgens de Amerikaanse grondwet aan de andere staatsmachten is voorbehouden, dan wel of het ontbreekt aan concrete en bruikbare rechtsnormen. Het uitleggen en toepassen van wetgeving en grondrechten, waar veruit de meeste geschillen die aan de Amerikaanse federale rechter worden voorgelegd in es-

sentie op neerkomen, is volgens het Hooggerechtshof bij uitstek de taak van de rechter en levert geen political question op.<sup>17</sup>

Voor de analyse van het evenwicht tussen de electorale pijler en niet-electorale pijler is het van belang dat het Nederlandse recht nauwelijks ruimte biedt voor een vergelijkbare doctrine. Voor het krijgen van een inhoudelijk oordeel moet aan twee voorwaarden zijn voldaan: de rechter moet bevoegd zijn om van het geschil kennis te nemen en de eiser moet ontvankelijk zijn in zijn vordering.

---

## De wetgever is een belangrijke en misschien wel de enige reële tegenmacht

---

In het arrest *Guldemon/Noordwijkerhout* uit 1915 heeft de Hoge Raad de in artikel 112 van de Grondwet neergelegde rechterlijke bevoegdheid ruim uitgelegd.<sup>18</sup> Sindsdien staat vast dat de burgerlijke rechter vrijwel altijd bevoegd is om van een geschil kennis te nemen, mits de eiser zijn betoog op de juiste wijze insteekt door een beroep te doen op regels van het burgerlijk recht.

Dit is een eenvoudig te nemen horde: door enkel te stellen dat bijvoorbeeld sprake is van een onrechtmatige daad, is de bevoegdheid van de rechter gegeven en is eiser 'binnen'. Daar komt bij dat ook de ontvankelijkheidsvoorwaarden niet of nauwelijks een strobreed in de weg leggen. Het belangrijkste vereiste is neergelegd in artikel 3:303 van het Burgerlijk Wetboek en houdt in dat eiser voldoende belang moet hebben. Dit belang wordt in de regel geacht aanwezig te zijn. Een en ander maakt de toegang tot de Nederlandse rechter zeer ruim.<sup>19</sup>

### **De ruime toegang tot de rechter nader bezien**

Deze ruime toegang tot de rechter wordt in bepaalde opzichten verder versterkt. Koole wijst daar in zijn boek terecht op.<sup>20</sup> Een eerste factor die de toegang tot de rechter versterkt, is de mogelijkheid voor belangenorganisaties om zogenoemde algemeen belangacties in te stellen. Een wezenlijk aspect van algemeen belangacties is dat daarmee wordt opgekomen voor een belang van de samenleving als geheel of van een bepaalde groep. De mogelijkheid hiertoe is neergelegd in het in 1994 in werking getreden artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek.

Daarmee heeft de wetgever eerdere rechtspraak van de Hoge Raad die dergelijke acties mogelijk maakte uitdrukkelijk aanvaard. Ook Urgenda betrof een algemeen belangactie. In deze zaak werd opgekomen voor het belang van de huidige en toekomstige generaties Nederlanders bij het tegengaan van de negatieve gevolgen van klimaatverandering. Een ander voorbeeld van een algemeen belangactie is de SGP-zaak, waarin door een organisatie die zich bezighield met de positie van vrouwen werd opgekomen voor het algemeen belang van alle burgers in Nederland bij handhaving van het grondrecht op gelijke behandeling door de Staat.<sup>21</sup> Deze organisatie was weliswaar niet verbonden aan de SGP, maar wist via de rechter af te dwingen dat de Staat maatregelen moest treffen om ervoor te zorgen dat de SGP ook aan vrouwen het passief kiesrecht zou toekennen.

Een tweede factor die de ruime toegang tot de rechter verder versterkt, raakt aan de door de rechter te verrichten inhoudelijke beoordeling en het leerstuk van de onrechtmatige daad. Sinds het arrest Lindenbaum/Cohen uit 1919 staat vast dat een onrechtmatige daad niet alleen kan bestaan uit een inbreuk op een recht of een schending van een wettelijke plicht, maar ook uit een schending van de in het maatschappelijke verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid.<sup>22</sup> Daarmee introdu-

ceerde de Hoge Raad een derde, in beginsel zeer ruime, onrechtmatigheidscategorie.

Het belang hiervan kan moeilijk worden overschat. Deze derde categorie stelt de rechter in staat om vrijwel ieder overheidsop-treden aan een beoordeling te onderwerpen en vormt een vangnet voor gevallen die niet kunnen worden aangemerkt als een inbreuk op een recht of strijd met een wettelijke plicht. Daarbij is van belang dat de inhoud van de maatschappelijke zorgplicht niet is uitgewerkt en daardoor kan variëren afhankelijk van diverse criteria en gezichtspunten. Vaak gaat het daarbij in essentie om een belangafweging tussen de vrijheid van eenieder om te handelen naar zijn of haar eigen inzichten en de gerechtvaardigde belangen van anderen. Deze belangenafweging kan resulteren in een negatieve verplichting om iets na te laten, maar ook in een positieve verplichting om iets te doen ter bescherming van de belangen van anderen.<sup>23</sup>

Een belangrijk voorbeeld van een leerstuk dat nauw verband houdt met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm is gevaarzetting: het creëren van een situatie die bij een ander tot schade of letsel kan leiden. Of gevaarzetting een onrechtmatige daad oplevert, is onder meer afhankelijk van de kans dat een ongeval ontstaat, de ernst van de mogelijke gevolgen daarvan, en de mate van bezwaarlijkheid van het treffen van voorzorgsmaatregelen.<sup>24</sup>

Een derde factor die bijdraagt aan een ruime toegang tot de rechter hangt samen met de doorwerking van internationaal recht. Uitgangspunt is dat internationaal recht in Nederland rechtstreeks doorwerkt in de nationale rechtsorde. Dit betekent dat onder meer het bestuur aan het internationale recht is gebonden en daarmee rekening moet houden. Onder bepaalde omstandigheden kunnen ook burgers daarop een beroep doen voor de rechter. Op grond van artikel 93 van de Grondwet geldt dit onder meer voor rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen, waaronder de in mensenrechtenverdragen opgenomen grondrechten.

Een belangrijk voorbeeld van een dergelijk verdrag is het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). In Urgenda waren onder meer artikel 2 en artikel 8 EVRM aan de orde. Daarin zijn het recht op leven respectievelijk het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven neergelegd. Artikel 94 van de Grondwet bepaalt dat dergelijke verdragsbepalingen voorrang hebben op nationaal recht. In een voorkomend geval zal de rechter strijdig nationaal recht buiten toepassing moeten laten.

Zoals Urgenda illustreert, kunnen rechtstreeks werkende grondrechten uit mensenrechtenverdragen ook een rol spelen bij de invulling van de hiervoor besproken maatschappelijke zorgplicht. Artikel 93 en artikel 94 van de Grondwet kennen aldus een belangrijke rol toe aan de rechter bij de doorwerking van grondrechten en vormen daarmee tegelijkertijd een belangrijke relativering van het in artikel 120 van de Grondwet neergelegde toetsingsverbod. Dit toetsingsverbod staat eraan in de weg dat de rechter formele wetgeving, dat wil zeggen wetgeving die door de regering en het parlement gezamenlijk tot stand komt, toetst aan de Grondwet, het Statuut en aan ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen.<sup>25</sup> De rechter kan en moet dergelijke wetgeving op grond van artikel 93 en artikel 94 van de Grondwet echter wel toetsen aan grondrechten uit mensenrechtenverdragen.<sup>26</sup>

### ***De politieke rol van de rechter genuanceerd***

De hiervoor geschetste ruime toegang tot de rechter maakt dat de rechter al snel kan worden geconfronteerd met zaken die een duidelijke politieke dimensie hebben, bijvoorbeeld omdat zij raken aan de bevoegdheden van de regering en het parlement, of omdat zij belangrijke politieke en maatschappelijke gevolgen kunnen hebben. In navolging van andere auteurs spreekt Koole daarom ook wel over de 'politieke rol' van de rechter.<sup>27</sup>

Mijn stelling is dat de wetgever deze rol van de rechter impliciet en expliciet mogelijk heeft gemaakt en heeft aanvaard. Dit geldt in het bijzonder voor de hiervoor genoemde mogelijkheid voor belangenorganisaties om algemeen belangacties in te stellen. Daarbij heeft de wetgever uitdrukkelijk aanvaard en het mogelijk willen maken dat bij de rechter wordt opgekomen voor belangen van de samenleving als geheel of van een bepaalde groep burgers.

### **De toegang tot de Nederlandse rechter is door de wetgever bewust heel ruim gemaakt**

Mijns inziens zou de kritiek op de rechter, bijvoorbeeld in reactie op Urgenda, zich daarom niet zozeer moeten richten op de rechter, maar op de wetgever die de lat voor algemeen belangacties bewust heel laag heeft willen leggen. Ook voor de hiervoor genoemde twee andere factoren geldt dat de wetgever geen reden heeft gezien om in te grijpen of om de rechtsspraak van de Hoge Raad te corrigeren. Integendeel: de wetgever en de grondwetgever hebben de door de Hoge Raad geïntroduceerde derde onrechtmatigheidscategorie en de doorwerking van het internationale recht uitdrukkelijk in de wet respectievelijk de Grondwet verankerd. Hoewel Koole erkent dat de toegenomen rol van de rechter voor een deel een gevolg is van beslissingen van de wetgever, had hij dit mijns inziens zwaarder mogen aanzetten.<sup>28</sup>

Tegelijkertijd is het, zoals eerder gezegd, de vraag of een toegenomen rol van de rechter heel bezwaarlijk is. Deze vraag is vooral actueel in het licht van de huidige discussie over macht en tegenmacht naar aanleiding van de

toeslagenaffaire. Daarbij speelt ook de nauwe verwevenheid tussen regering en parlement een belangrijke rol. Zoals Koole heeft opgemerkt, is dit monisme in een parlementair stelsel met de vertrouwensregel min of meer onvermijdelijk en vanuit democratisch oogpunt ook tot op zekere hoogte wenselijk als voorwaarde om regeren mogelijk te maken.<sup>29</sup> Dualisme in pure vorm zou coalitiekabinetten met smalle marges zeer kwetsbaar maken omdat op voorhand niet zeker is dat een meerderheid van het parlement het voorgenoemen kabinetsbeleid en het kabinet als geheel steunt. Voor het kabinet bestaat daardoor steeds het risico om naar huis te worden gestuurd.<sup>30</sup> Mijn stelling is dat de rechter binnen dit speelveld een belangrijke en misschien wel de enige reële tegenmacht vormt.

Illustratief hiervoor is ook de kritiek op de rechter in de toeslagenaffaire: door zich onvoldoende kritisch op te stellen, heeft de rechter volgens critici mede bijgedragen aan de toeslagenaffaire. Hoewel ik niet wil afdoen aan die kritiek, merk ik wel op dat dit pleidooi voor een actievere rechter wringt met de kritiek op de rechter inzake Urgenda en andere zaken waarin de rechter volgens sommigen juist een te vergaand oordeel heeft gegeven.<sup>31</sup> De kritiek op de rechter lijkt op dit punt niet consistent.<sup>32</sup>

Opvallend is dat Koole deze nuanceringen nauwelijks aan de orde laat komen, terwijl zij voor het debat over de rol van de rechter en het evenwicht tussen de electorale pijler en niet-electorale pijler vrij wezenlijk zijn. Daar komt nog een aanvullende kanttekening bij. In zijn boek wijst Koole op het belang van rechterlijke terughoudendheid.<sup>33</sup> Onbesproken blijft echter dat de rechter in diverse opzichten al terughoudendheid betracht. Zo is het vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat het voor de rechter niet mogelijk is om de wetgever op te dragen wetgeving met een specifieke inhoud vast te stellen. Hoewel deze afwijzing van (specifieke) wetgevingsbevelen sterk is bekritiseerd, houdt de Hoge Raad daar nog altijd aan vast.<sup>34</sup> Daarom benadrukte hij

in Urgenda dat de Staat de volledige vrijheid zou behouden om te bepalen hoe hij aan het reductiebevel zou voldoen.<sup>35</sup>

Een vergelijkbare terughoudendheid neemt de rechter in acht wanneer hij wordt geconfronteerd met geschillen over kwesties die op het moment waarop de rechter zich daarover buigt nog onderwerp zijn van het lopende politieke besluitvormingsproces. De rechter ziet in dat geval van een inhoudelijke beoordeling af om het lopende politieke besluitvormingsproces niet te doorkruisen. De uitspraak van de Haagse rechtbank over het veelbesproken Oekraïne-referendum en die over de daaropvolgende intrekking van de Wet raadgevend referendum zijn illustratief hiervoor.<sup>36</sup>

## Een pleidooi voor een actievere rechter in de toeslagenaffaire wringt met de kritiek dat deze met het Urgenda-vonnis te ver is gegaan

In eerstgenoemde uitspraak kwam Forum voor Democratie in verzet tegen de wijze waarop de regering uitvoering had gegeven aan de negatieve uitslag van het Oekraïne-referendum.<sup>37</sup> De Wet raadgevend referendum schreef voor dat de regering na afloop van het referendum zo spoedig mogelijk een wetsvoorstel zou indienen. Dit wetsvoorstel kon strekken tot intrekking van de goedkeuringswet van het associatieverdrag tussen de Europese Unie, haar lidstaten en Oekraïne, dan wel tot inwerkingtreding van de goedkeuringswet. In plaats daarvan koos de regering voor aanvullende onderhandelingen over het eventueel aanpassen van het associatieverdrag. Volgens Forum voor Democratie was dit in strijd met de Wet raadgevend referendum.

De rechtbank zag echter van een inhoudelijke beoordeling af omdat ten tijde van deze procedure het politieke besluitvormingsproces nog gaande was. Voor dezelfde benadering koos zij in een latere procedure over de voorgenomen intrekking van de Wet raadgevend referendum.<sup>38</sup> De intrekkingwet was zo vormgegeven dat het onmogelijk werd gemaakt om de intrekking van de Wet raadgevend referendum aan een referendum te onderwerpen. Stichting Meer Democratie startte daarop een procedure met als doel dat de intrekkingwet alsnog aan een referendum kon worden onderworpen. De Haagse rechtbank ging daar zonder inhoudelijke beoordeling niet in mee. Bepalend was ook hier dat het politieke besluitvormingsproces ten tijde van de procedure nog gaande was. In Urgenda was van een lopend politiek besluitvormingsproces overigens geen sprake. Integendeel: de vorderingen in Urgenda strekten er juist toe dat dit besluitvormingsproces alsnog zou worden opgestart.

Een ander voorbeeld van rechterlijke terughoudendheid raakt aan geschillen over beslissingen van de regering op het gebied van het buitenlands beleid.<sup>39</sup> Ook in dergelijke geschillen betracht de rechter grote terughoudendheid. Daarvoor acht hij mede van belang dat beslissingen op het gebied van het buitenlands beleid bij uitstek een politiek karakter hebben en politieke afwegingen vergen. Voorbeelden van dergelijke zaken zijn die over het verlenen van politieke steun aan het militaire optreden in Afghanistan, het deelnemen aan militaire acties in voormalig Joegoslavië en zeer recent nog het al dan niet terughalen van vrouwen en kinderen uit het strijdgebied van IS in Syrië en Irak. Het is vaste rechtspraak dat het niet aan de rechter is om de vereiste politieke afwegingen op dit beleidsterrein te maken.<sup>40</sup>

### **Conclusie**

De hiervoor besproken nuanceringsdoen er niet aan af dat Koole een mooi boek heeft geschreven over een zeer actueel onderwerp.

Zoals ik hiervoor heb betoogd, verdient de kritiek op de rol van de rechter, waarbij Koole zich deels lijkt aan te sluiten, echter nuancerend. In het verlengde daarvan betwijfel ik in hoeverre de rechter daadwerkelijk bijdraagt aan het door Koole bedoelde wankele evenwicht tussen de electorale pijler en niet-electorale pijler. Verdedigbaar is dat een kritische rechter, gelet op de actuele roep om macht en tegenmacht naar aanleiding van de toeslagenaffaire, juist wezenlijk is voor dit evenwicht en om dat in stand te houden.

In dit verband wordt vaak miskend dat de wetgever een toegenomen rol van de rechter impliciet en expliciet heeft aanvaard en mogelijk heeft willen maken. Ook wordt daarbij soms onvoldoende onderkend dat het in de zaken waarin de rechter een te vergaand oordeel zou hebben gegeven in essentie neerkwam op het uitleggen en toepassen van het recht. Dit geldt niet alleen voor de hiervoor besproken Urgenda-zaak, maar bijvoorbeeld ook voor de genoemde stikstofuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Daarmee is uiteraard niet gezegd dat er geen kritiek op het inhoudelijke oordeel van de rechter mogelijk is.<sup>41</sup> Zoals de rechtsspraak van de Amerikaanse rechter over de political question doctrine illustreert, kan de enkele omstandigheid dat een inhoudelijk oordeel van de rechter belangrijke maatschappelijke en politieke gevolgen heeft echter geen reden zijn voor de rechter om zich geheel afzijdig te houden.

Politieke partijen zouden zich tegen deze achtergrond mijns inziens niet moeten aansluiten bij de hiervoor bedoelde kritiek dat de rechter te veel op de stoel van de wetgever of de politiek gaat zitten, maar de rechter juist moeten verdedigen. In het verlengde daarvan zou de rol van de rechter niet moeten worden ingeperkt, maar eerder moeten worden versterkt. Ook een naar aanleiding van de toeslagenaffaire bijna unaniem aangenomen motie roept daartoe op.<sup>42</sup>

Voorstellen om bijvoorbeeld de mogelijkheid te schrappen voor belangenorganisaties

om algemeen belangacties in te stellen of om de doorwerking van grondrechten uit mensenrechtenverdragen te beperken, waarvoor politieke partijen zoals de VVD hebben gepleit, verdienen daarom geen steun en zijn terecht bekritiseerd.<sup>43</sup> De versterking van de rol van

de rechter vergt uiteraard nadere overdenking, maar een recente nieuwe oproep voor afschaffing van het toetsingsverbod en het instellen van een Constitutioneel Hof zouden belangrijke stappen kunnen zijn en verdienen daarom serieuze overweging.<sup>44</sup>

## Noten

- 1 Koole, R. (2021). *Twee pijlers. Het wankele evenwicht in de democratische rechtsstaat*. Amsterdam: Prometheus. (hierna: Koole, R. (2021a)).
- 2 Koole, R. (2021a), pp. 13-18.
- 3 Koole, R. (2021). Het wankele evenwicht in de democratische rechtsstaat. *Socialisme & Democratie*. 78 (4), pp. 22-31 (hierna: Koole, R. (2021b)); Bolhuis, W (2021). De kracht van de niet-electorale economiepijler, *Socialisme & Democratie*. 78 (4), pp. 32-42; Besselink, L. (2021) Democratie: top-down of bottom-up. *Socialisme & Democratie*. 78 (4), pp. 43-51 (hierna: Besselink, L. (2021)); De Beer, P. (2021). Onafhankelijke experts: onmisbaar, maar neem ze niet te serieus. *Socialisme & Democratie*. 78 (4), pp. 52-61.
- 4 Koole, R. (2021a), pp. 284-294. Zie over de gewijzigde verhoudingen binnen de electorale pijler ook Voermans, G. (2021). *Het land moet bestuurd worden*. Amsterdam: Prometheus.
- 5 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015;7145, AB 2015/336, m.nt. Backes. Zie later Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, AB 2018/417, m.nt. Van der Veen en Backes; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, AB 2020/24, m.nt. Van der Veen en Backes. Zie over *Urgenda* eerder in dit tijdschrift De Boer, N. (2016). Trias politica niet opofferen voor ambitieuze klimaatpolitiek. *Socialisme & Democratie*. 73 (1), pp. 40-48.
- 6 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604.
- 7 Koole, R. (2021a), pp. 287-288.
- 8 Zie hierover ook recent bijv. Corstens, G. & Kuiper, R. (2020). *De rechter grijpt de macht. En andere misvattingen over de democratische rechtsstaat*. Amsterdam: Prometheus; Jansen, R. e.a. (red.). (2021). *Trouble in de trias*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, met diverse bijdragen over dit onderwerp.
- 9 Koole, R. (2021a), pp. 188-189.
- 10 Zie uitgebreid Van der Hulle, R. (2020). Naar een Nederlandse political question-doctrine? Een beschouwing over de rol van de rechter in politieke geschillen (diss. Nijmegen). Deventer: Wolters Kluwer. (hierna: Van der Hulle, R. (2020)).
- 11 Koole, R. (2020). Rechtsstaat of rechtersstaat? *Socialisme & Democratie*. 77 (5), p. 5, in reactie op het overlijden van Ruth Bader Ginsburg, een liberale rechter van het Amerikaanse Hoogerechtshof.
- 12 Zie Van der Hulle, R. (2020), hoofdstukken 2 en 3, met verdere verwijzingen.
- 13 U.S. Supreme Court 26 maart 1962, 369 U.S. 186 (Baker v. Carr).
- 14 U.S. Supreme Court 27 juni 2019, 139 S.Ct. 2484 (Rucho v. Common Cause).
- 15 Van der Hulle, R. (2020), hoofdstuk 4, met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.
- 16 U.S. Supreme Court 26 maart 1962, 369 U.S. 186 (Baker v. Carr), 217. Zie ook: Van der Hulle, R. (2020), hoofdstuk 5, met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.
- 17 Zie ook: Van der Hulle, R. (2021). De rol van de rechter in politieke geschillen. Over political questions, klimaatverandering en verkiezingen. *Ars Aequi* 2021 (6), pp. 647-652, mede in relatie tot de Amerikaanse presidentsverkiezingen, (hierna: Van der Hulle, R. (2021)).
- 18 HR 31 december 1915, ECLI:NL:HR:1915:AG1773, NJ 1916, p. 407 (Guldemon/Noordwijkerhout).
- 19 Zie: Van der Hulle, R. (2020), hoofdstuk 6, met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.
- 20 Koole, R. (2021a), pp. 189-199.
- 21 HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema.
- 22 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161 (Lindenbaum/Cohen).
- 23 Tjong Tjin Tai, T.F.E. (2019). Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid. *RM Themis* 2019 (1). pp. 26-32.
- 24 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 (Kelderluik).
- 25 HR 14 april 1989,



- ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469, m.nt. Scheltema (Harmonisatiewet).
- 26 Het recht van de Europese Unie neemt hierbij een bijzondere positie in: ook dit recht werkt rechtstreeks door in de nationale rechtsorde (en heeft voorrang op het nationale recht), maar doet dat uit zichzelf en onafhankelijk van het nationale recht. Zie HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, NJ 2005/80, m.nt. Alkema (Rusttijden).
- 27 Koole, R. (2021a), p. 192, met verwijzingen naar andere auteurs. Vgl. ook Van der Hulle, R. (2020), pp. 336-338.
- 28 Koole, R. (2021a), pp. 196-198.
- 29 Koole, R. (2021a), pp. 145-160. Zie ook Koole (2021b), p. 26.
- 30 Vgl. ook Besselink, L. (2021), p. 46.
- 31 Zie over de toeslagenaffaire bijv. B.J. van Ettekooven, 'Tussen wet en recht'. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, NJB 2021/101 (afl. 2), p. 98-107; L.M.F. Besselink, 'De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire. Over een onverstandige en onvoldoende reactie', NJB 2021/201 (afl. 3), p. 194-198.
- 32 Ook Herman Tjeenk Willink heeft hier in de media op gewezen.
- 33 Koole, R. (2021a), p. 288 en 297.
- 34 Zie hierover uitgebreid Boogaard, G. (2013). *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten* (diss. UvA), Oosterwijk: Wolf Legal Publishers.
- 35 Vgl. Bovend'Eert, P.P.T. (2021). *Machtenscheiding en rechtsstaat (of rechtersstaat?)* na Urgenda, *Regelmaat* 2021/3, pp. 132-144.
- 36 Van der Hulle, R. (2020), hoofdstuk 8, met verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.
- 37 Rb. Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:3667, AB 2017/415, m.nt. Boogaard en Uzman onder AB 2017/416.
- 38 Rb. Den Haag 4 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7888, AB 2018/399, m.nt. Van der Hulle.
- 39 Zie bijv. J.W.A. Fleuren, *De maximis non curat preator? Over de plaats van de Nederlandse rechter in de nationale en internationale rechtsorde*, in: Bovend'Eert, P.P.T., Van den Eijnden, P.M. en Kortmann, C.A.J.M. (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer: Kluwer 2004, pp. 127-159.
- 40 Het feitelijke optreden van het leger ter uitvoering van politieke beslissingen van de regering toetst de rechter wel intensief. Zie hierover ook R. van der Hulle, *De rol van de rechter bij vraagstukken van buitenlands beleid en defensie: over Crown acts of state, political questions en rechterlijk abtineren*, RM Themis 2018/2, pp. 58-66; Van der Hulle, R. (2020), hoofdstuk 7, met verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.
- 41 Vgl. Van der Hulle, R. (2020), hoofdstuk 11; Van der Hulle, R. (2021), pp. 649-650.
- 42 *Kamerstukken II 2020/21*, nr. 35 510, nr. 15 (Motie Jetten/Marijnissen).
- 43 Zie bijv. Fleuren, J. en De Wit, J. (2012), *Het voorstel-Taverne. Schrapping van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan verdragen te toetsen*, NJB 2012/2298 (afl. 40), pp. 2812-2818, en Leijten, A.E.M. (2021). *Morrelen aan de rechtsstaat. Over het concept-verkiezingsprogramma van de VVD, verkeerde diagnosen en hoe nu verder*. *NTM-NJCM Bull.* 2021/3, pp. 24-30, met verdere verwijzingen.
- 44 Zie bijv. het rapport van de Staatscommissie Parlementair Stelsel. (2018). *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom, pp. 195-216, en, meer recent, Meussen, G. (2021). *Een hiaat in de (fiscale) rechtsbescherming. Pleidooi voor een Constitutioneel Ge-rechtshof*, NJB 2021/1885 (afl. 26), pp. 2130-2135. Ook staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel hebben in een conclusie van 7 juli 2021 voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de rol van het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht, mede naar aanleiding van de toeslagenaffaire, voor opheffing van het toetsingsverbod gepleit, zie ECLI:NL:RVS:2021:1468, paragraaf 9.6.