

rechtstreeks 2022 nr 1



Raad voor de  
rechtspraak

## Hoe politiek is de rechter?

---

### **Rob van Gestel en Marc Loth**

Het beleid van de rechter in  
public interest zaken

### **Hans Hofhuis**

De civiele rechter in zaken met  
een groot politiek belang

### **Ingrid Leijten**

Hoe politiek is de rechter – hoe  
politiek zijn grondrechten?

### **Maurits Helmich**

Op naar de rechter als politieke  
conflictmanager?

### **Wendy Yan**

De legitimiteit van rechterlijke  
beslissingen: voorbij de trias?



---

Hoe politiek is de rechter?

## Colofon

*Rechtstreeks* is een periodiek voor de Rechtspraak en richt zich op de praktijk en de ontwikkeling van de rechtspraak in Nederland. Het tijdschrift, verspreid door de Raad voor de rechtspraak, stelt zich ten doel wetenschappelijke inzichten en bijdragen aan het publieke debat over de rechtspraak ter kennis te brengen van allen die beroepshalve bij de rechtspraak betrokken zijn. Opname in *Rechtstreeks* betekent niet dat de inhoud het standpunt van de Raad voor de rechtspraak weergeeft.

## Redactie

Prof. mr. L.M. (Lieke) Coenraad  
Familierechter rechtbank Rotterdam en hoogleraar  
privaatrecht, in het bijzonder conflictoplossing aan de  
Vrije Universiteit Amsterdam

Dr. R.S.B. (Renée) Kool  
Universitair hoofddocent bij het Willem Pompe Instituut  
voor strafrechtswetenschappen en het Utrecht Centre for  
Accountability and Liability Law (UCALL) aan de  
Universiteit Utrecht

Drs. A. (Harry) Koster  
Kennisarchitect bij de Raad voor de rechtspraak

Prof. mr. dr. A.T. (Bert) Marseille  
Hoogleraar bestuurskunde, in het bijzonder de  
empirische bestudering van het bestuursrecht aan de  
Rijksuniversiteit Groningen

Dr. S.B.M. (Sebastiaan) Princen  
Universitair hoofddocent bij Bestuurs- en  
Organisatiewetenschap (USBO) van de Universiteit  
Utrecht

## Redactieraad

Prof. mr. T. Barkhuysen  
Prof. mr. Y. Buruma  
Prof. mr. J.H. Gerards  
Prof. mr. N.J.H. Huls  
Prof. dr. D.J.B. de Wolff

## Redactieadres

Redactie *Rechtstreeks*  
Raad voor de rechtspraak  
Afd. Ontwikkeling  
Postbus 90613  
2509 LP Den Haag  
E-mail: rechtstreeks@rechtspraak.nl

## Oplage

4450 exemplaren

ISSN 1573-5322

## Uitgever

Xerox/OSAGE

## Abonnementen

*Rechtstreeks* wordt gratis toegezonden aan hen die tot de doelgroep behoren. Wie meent voor toezending in aanmerking te komen wordt verzocht zijn naam, postadres en functie kenbaar te maken aan het secretariaat van *Rechtstreeks* (rechtstreeks@rechtspraak.nl).

## Adresmutaties

Xerox Communicatie Service  
t.a.v. het bedrijfsbureau  
Kalvermarkt 53  
2511 CB Den Haag  
E-mail: info@xnloverheid.nl

## Retouren

Bij onjuiste adressering verzoeken wij u gebruik te maken van de adresdrager en daarop de reden van retournering aan te geven.

## © Staat der Nederlanden (Raad voor de rechtspraak)

*Niets uit deze uitgave mag worden veeleevoudigd, in een voor anderen toegankelijk gegevensbestand worden opgeslagen of worden openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad voor de rechtspraak. De toestemming wordt hierbij verleend voor het veeleevoudigen, in een gegevensbestand toegankelijk maken of openbaar maken waarvoor geen geldelijke of andere tegenprestatie wordt gevraagd en ontvangen en waarbij deze uitgave als bron wordt vermeld.*

# Inhoud

<b>Redactioneel</b>	5
<b>Over de auteurs</b>	8
<b>Column</b> Over de nerderigheid van juristen <i>Jonathan Soeharno</i>	10
<b>Hoofdartikel</b> Het beleid van de rechter in public interest zaken <i>Rob van Gestel en Marc Loth</i>	14
<b>Reactie</b> De civiele rechter in zaken met een groot politiek belang <i>Hans Hofhuis</i>	31
<b>Reactie</b> Hoe politiek is de rechter – hoe politiek zijn grondrechten? <i>Ingrid Leijten</i>	38
<b>Reactie</b> Op naar de rechter als politieke conflictmanager? <i>Maurits Helmich</i>	45
<b>Reactie</b> De legitimiteit van rechterlijke beslissingen: voorbij de trias? <i>Wendy Yan</i>	54



# Redactioneel

In dit nummer van Rechtstreeks stellen wij de vraag centraal: hoe politiek is de rechter? Die vraag is op meerdere manieren te lezen. Een eerste mogelijkheid is in hoeverre de politieke voorkeur van rechters doorwerkt in hun uitspraken. Een tweede mogelijkheid is de vraag in hoeverre de burger denkt dat dit het geval is en wat dit doet met het vertrouwen van de burger in de Rechtspraak.

Dat zijn zeker interessante vragen, maar **Rob van Gestel** en **Marc Loth**, hoogleraar theorie en methode van wetgeving, respectievelijk hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University, kiezen voor nog een andere lezing. Zij werpen in het hoofdartikel de vraag op in hoeverre het legitiem is dat de (burgerlijke) rechter via algemeenbelangacties, ingesteld door vooral maatschappelijke organisaties, kan ingrijpen in beslissingen van het bestuur en de wetgever. Daarbij gaan ze ook in op de vraag of in dat verband rechtspolitiek getinte waardeoordelen een rol kunnen spelen. Deze benadering door Van Gestel en Loth is actueel gelet op de uitspraken in de klimaatzaken (*Urgenda*, *Shell*, *Stikstof*) en de uitspraken over de avondklok in coronatijd. Deze zaken riepen de kritische vraag op of de rechter niet teveel op de politieke stoel van de wetgever of het bestuur is gaan zitten. Van Gestel en Loth wijzen erop dat ook het omgekeerde voorkomt: in de kinderopvangtoeslagaffaire kreeg de rechter juist de kritiek dat hij de wet met een scherper oog voor de impact ervan had moeten uitleggen om onredelijke wetstoepassing te corrigeren.

De vraag is dus hoe legitiem het is dat belangengroeperingen via de rechter hun gelijk kunnen halen en zo de politiek kunnen dwingen om voorrang te geven aan hun belang, terwijl het primair aan de politiek is meerdere belangen tegen elkaar af te wegen. Hoe verhoudt zo'n rechterlijke uitspraak over klimaatdoelstellingen zich tot de bredere belangenafweging die de politiek moet maken? Stel dat een maatschappelijke organisatie bij de rechter probeert af te dwingen dat de defensieuitgaven ten behoeve van de NAVO opgeschroefd moeten worden gelet op de oorlog in Oekraïne (vgl. hierover al op 29 juli 2021 het interview met Afshin Ellian in *Trouw*)? Of stel dat de ouders van uithuisgeplaatste kinderen in de kinderopvangtoeslagaffaire zich zouden verenigen en met een beroep op het recht op *family life* (art. 8 EVRM) in een algemeenbelangactie de politiek proberen te dwingen om hun kinderen sneller thuis te krijgen?

Van Gestel en Loth benaderen het onderwerp vanuit deze algemeenbelangacties, internationaal aangeduid als *public interest litigation* (PIL). Ze wijzen op de oorsprong van PIL in de Amerikaanse civilrightsbeweging. Daarbij ging het bij uitstek om het veranderen van beleid en regelgeving om zo discriminatie tegen te gaan (publiek) en niet om het vorderen van een individuele schadevergoeding bij de rechter (privaat). Zij zien verder een transnationalisering van PIL door het procederen over grensoverschrijdende thema's als het recht op schone lucht, vluchtelingenopvang en de bescherming van LHBTI-rechten.

Zij behandelen de legitimiteit van de rechter in PIL-zaken aan de hand van de drie fasen van het proces van geschilbeslechting: *input* (wie mag een PIL-actie aanhangig maken?), *throughput* (hoe geeft de rechter zijn rechtsvormende taak vorm?) en *output* (welke uitspraakbevoegden heeft de rechter, met name wanneer die ingrijpen in politieke verhoudingen?). Zij kijken over de grens voor het effectiever maken van PIL-zaken door de inzet van *amici curiae* en speciale *monitoring committees*, naar Indiaas voorbeeld. Ook pleiten zij ervoor om de discussie over de legitimiteit van de rechter in PIL-zaken niet alleen te voeren in termen van de *trias politica* (gaat de rechter op de stoel van de wetgever zitten?). Zij willen die legitimiteit liever onderzoeken in termen van haar sociale, morele en maatschappelijke dimensie.

We hebben vier auteurs gevraagd te reageren op de openingsbijdrage van Van Gestel en Loth.

**Hans Hofhuis**, een van de leden van de meervoudige kamer van de Haagse rechtbank die uitspraak deed in de Urgendazaak, spiegelt die casus aan inzichten van Van Gestel en Loth en aan de discussie over rechterlijke oordeelsvorming in reactie op algemeenbelangacties. Van de vele behartenswaardige opmerkingen die hij maakt noemen we er hier alvast twee. De ene betreft het gegeven dat een vordering van een belangenorganisatie in een procedure tegen de Staat gevolgen heeft voor de positie en de belangen van andere partijen, die geen partij zijn in die procedure. Dat hoeft echter niet ten koste te gaan van die belangen, omdat de Staat, als de hoeder van het algemeen belang, in de positie is om in de procedure juist ook voor die belangen op te komen. De andere opmerking betreft de ‘vrees’ dat *Urgenda* zal leiden tot een stroom van algemeenbelangacties met als doel een politieke

agenda te verwezenlijken. Hofhuis wijst erop dat zich in de Urgenda-zaak een zeldzame combinatie voordeed van een zeer ernstig maatschappelijk probleem, de mogelijkheid van de Staat daar iets aan te doen én een commitment van de Staat om concreet geformuleerde beleidsdoelen te bereiken. Zo bezien is het oordeel van de rechter in de Urgenda-zaak niet verbazend, maar wel uitzonderlijk. Maar politiek is het zeker niet, als we Hofhuis goed lezen.

**Ingrid Leijten**, hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht aan Tilburg University, behandelt in haar bijdrage een vraag die in het verlengde ligt van de bevindingen van Van Gestel en Loth. Het gegeven dat klagers in algemeenbelangacties zich nogal eens beroepen op fundamentele rechten, roept de vraag op hoe politiek die categorie rechten eigenlijk is. Zo gaat ze in haar zoektocht naar een antwoord op die vraag in op de veranderde omvang en werking van fundamentele rechten, en wat dat betekent voor het politieke karakter van grondrechten en de rechtspraak. Daarnaast stelt ze de vraag hoe inzicht in het bestaande ‘grondrechtenlandschap’ kan bijdragen aan een beter zicht op hoe wetgever, bestuur en rechter zich tot elkaar zouden moeten verhouden. Leijten stelt dat het ‘politieke’ karakter van grondrechten positief kan worden gewaardeerd. De reden: als we – in het post-toeslagaffairetijdperk – vinden dat de belangen van burgers een steviger plek verdienen in besluitvorming door het bestuur en beslissingen van de rechter, kan het politieke karakter van grondrechten een steun in de rug zijn. Leijten sluit haar bijdrage af door te bespreken hoe in Nederland grondrechten in algemeenbelangacties een steviger plaats zouden kunnen krijgen.



**Maurits Helmich**, docent in Tilburg en promovendus in Rotterdam, stelt in zijn reactie dat Van Gestel en Loth fundamentele politieke vragen buiten de orde lijken te plaatsen, door de nadruk op de juridische instrumenten die rechters hebben om tot maatschappelijk acceptabele oordelen te komen. Pas als we weten wiens belangen het recht dient, hoe het recht ruimte kan bieden aan politieke controverse en tot welk punt sprake is van rechterlijke tolerantie voor ondemocratische maatschappelijke opvattingen kunnen we, aldus Helmich, voorkomen dat de discussie zich beperkt tot de vraag naar het ‘op de stoel van gaan zitten’ door de rechter. Helmichs reactie is opgebouwd rond drie stellingen. De eerste is dat het zinloos is om te spreken over een evenwicht tussen recht(er) en politiek zonder duidelijkheid te bieden over de vraag welke belangen wel en niet worden gewaarborgd door dat evenwicht. De tweede stelling is dat als de traditionele politieke instituties terugtreden, dat niet per definitie zou moeten betekenen dat we ons moeten verlaten op de rechter als ‘manager’ van politieke conflicten. De derde stelling die Helmich verdedigt is dat de vraag ‘wat het recht van ons verlangt’ duidelijk moet worden onderscheiden van vragen over maatschappelijk draagvlak en sociale legitimiteit.

Startpunt van de bijdrage van **Wendy Yan**, promovenda in Utrecht, is de stelling van Van Gestel en Loth dat de legitimiteit van PIL-zaken niet alleen maar in termen van de trias politica moet worden benaderd, maar ook vanuit een morele, juridische en sociale dimensie. Door de vraag hoe politiek de rechter is centraal te stellen, gaan zij, aldus Yan, voorbij aan een aantal noodzakelijke stappen die moeten worden gezet, voorafgaand aan de beoordeling van de legitimiteit van PIL. Yan gaat nader in op de betekenis van

het begrip ‘de politieke rechter’ en op de betekenis van het leerstuk van de trias politica in een moderne staatsinrichting. Zij pleit voor het herbeziën en herwaarderen van de trias politica. Dat zou ertoe moeten leiden dat het gedrag van rechters beter kan worden voorspeld en verklaard en dat een normatieve meetlat ontstaat voor het beoordelen van het handelen van de verschillende actoren in het staatsbestel.

Tot slot heet de redactie haar nieuwe redactielid Renée Kool welkom. Met Renée haalt de redactie veel ervaring (in zowel wetenschap als praktijk) en een groot netwerk in huis.

Namens de redactie,  
Lieke Coenraad en Bert Marseille

## Over de auteurs



### Maurits Helmich

Mr. drs. M.M. Helmich studeerde rechten en filosofie aan de universiteiten van Leiden, Connecticut en Oxford. Thans doceert hij aan de Tilburg Law School en is hij als promovendus verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. In zijn proefschrift, dat hij in september 2022 verdedigt, gaat Helmich in op de verwechtingen tussen rechtspraak en politiek.



### Hans Hofhuis

Mr. H.F.M. Hofhuis is oud-rechter. Hij is van 1977 tot 2016 verbonden geweest aan achtereenvolgens de rechtbanken Utrecht, 's-Hertogenbosch en Den Haag, in de jaren 1995-2008 als president van de laatste twee rechtbanken. Van 2003 tot 2011 was hij kernredacteur (en voorzitter van de redactie) van *Trema*. Hij is thans incidenteel werkzaam o.m. als arbiter en bindend adviseur.



### Rob van Gestel

Prof. dr. R.A.J. van Gestel is hoogleraar theorie en methode van wetgeving aan de Universiteit van Tilburg en hoogleraar methodologie van juridisch onderzoek aan de KU-Leuven. Hij houdt zich in zijn onderzoek bezig met methoden van wetgeving en regulering, methoden van rechterlijke rechtsvorming en methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek en de kruisverbanden daartussen.



### Ingrid Leijten

Prof. dr. A.E.M. Leijten is hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht aan Tilburg University. In haar onderzoek houdt Leijten zich bezig met de rol van grondrechten in tijden van crisis en in relatie tot de legitimiteit van en vertrouwen in overheidshandelen. Zij maakt de grondrechtenpodcast *Ons goed recht* en is momenteel hoofdredacteur van het *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*.



### **Marc Loth**

Prof. mr. M.A. Loth is hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University. Zijn onderzoek richt zich op het aansprakelijkheidsrecht, de theorie van het privaatrecht, en de rechtspleging in brede zin. Samen met Rob van Gestel leidt hij een rechtsvergelijkend onderzoeksproject, gefinancierd door NWO, getiteld: *Supreme Courts in Quest for Legitimacy in Public Interest Cases*.



### **Jonathan Soeharno**

Prof. dr. mr. J.E. Soeharno is hoogleraar rechtspleging in rechtsfilosofisch perspectief aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Amsterdam. Hij is raadsheer plaatsvervanger bij het gerechtshof Den Bosch en doceert ethiek aan de SSR. Hij promoveerde op het onderwerp 'de integriteit van de rechter'. De bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.



### **Wendy Yan**

Mr. drs. W.W.Y. Yan is als promovenda verbonden aan het Moutaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht. Haar promotieonderzoek richt zich op de terugkoppeling van rechter naar wetgever in het Nederlands constitutioneel bestel.

# Over de nerderigheid van juristen

Jonathan Soeharno

## Cri de coeur

In januari 2022 verscheen op LinkedIn de zoveelste *post* over de kinderopvangtoeslagaffaire. Ditmaal een handige top 10: Bert Marseille, hoogleraar in Groningen, schreef naar aanleiding van een bijeenkomst van de Vereniging van bestuursrecht (VAR) over de verschenen reflectierapporten ‘de tien belangrijkste inzichten die ik heb opgedaan op 1 A4.’

Maar ik wil het hebben over een *comment* onder deze *post*, namelijk van Philip Langbroek, hoogleraar in Utrecht. Die begon met:

‘Mooie analyse, Bert! Wat ik miste is aandacht voor de nerderigheid van veel bestuursrechtsjuristen. Die hebben meer aandacht voor de woorden en concepten in het systeem van het recht, dan voor de maatschappelijke betekenis ervan.’

Waar nerderigheid tegenwoordig eerder een compliment lijkt dan een verwijt (toch liever nerderig dan ‘toxisch’ om maar iets te noemen?), wordt hier toch duidelijk dat laatste bedoeld. Waarom is dit erg? We lezen door, want Marseille reageerde weer op Langbroek, met als ‘mooiste voorbeeld’:

‘een rechter in het Hof die tegen een huilende mevrouw in een familiezaak zei: ‘Ik heb respect voor uw *cri de coeur!*’ Dat kwam niet helemaal over (ook een

gepromoveerde collega aan wie ik die anekdote vertelde zei: ‘Wat is een *cri de coeur?*’).

Kortom: de hoogopgeleide rechter of jurist die uitstekend thuis is in het rechtssysteem maar (pijnlijk) blind is voor het perspectief van de rechtszoekende.

## Academie – naar morele juristen

De vraag is dan: hoe kunnen blinde vlekken van juridische systeemnerderigheid worden tegengegaan? Sommige rechtenfaculteiten hebben deze handschoen opgepakt – opmerkelijk genoeg soms zelfs met de oproep om juridische nerderigheid *ondergeschikt* te maken aan een morele agenda (zie hierna). Het is overigens misschien wel de plek waar je dat het minste zou verwachten: *academici* die niet nerderig willen zijn (dat klinkt wel héél nerderig).

Daarbij wordt ook gewezen op stevige maatschappelijke problemen die om het nemen van verantwoordelijkheid vragen, neem uitdagingen rondom klimaat, identiteit, migratie en ongelijkheid. Uitdagingen die zich niet goed laten vatten in het bestaande, objectieve rechtssysteem. Ook daarvoor moeten juristen in spe worden klaargestoomd.

## Neutrality serves the oppressor

De veronderstelling is dat het objectieve recht, ofwel het recht als systeem, helemaal zo

objectief niet zou zijn. Beter is het om ‘door het recht heen te kijken’ en de onderliggende structuren bloot te leggen en daar iets aan te doen, bijvoorbeeld door na te gaan of er (*implicit bias* is – bij de rechter zelf of in het ‘systeem’. Kortom: er wordt opgeroepen tot actie en moed en verder kijken dan de hoogopgeleide neus lang is. Het zijn terechte punten en vragen, en hiertoe bestaan ook lange tradities in de rechtswetenschap, variërend van *legal realism*, *freies Ermessen*, *méthode d’interprétation*, de sprong van Scholten en *critical legal studies*.

Maar er is één – vooral uit de Verenigde Staten overgewaaid – variant hiervan waar ik op punten grote moeite mee heb. Namelijk (een activistische stroming binnen<sup>1</sup>) *critical legal theory*, die juristen – en rechtenfaculteiten – oproept om een *social justice* agenda te plaatsen boven het recht als neutraal en objectief systeem.<sup>2</sup> Overdreven gesteld is het de ultieme aanval op juridische nerderigheid en de ultieme oproep tot morele moed. De kerngedachte van *critical theory*, waarvan *critical legal theory* een variant is – die ik overigens niet zonder meer wil toeschrijven aan alle onderzoekers die zich met de thematiek bezighouden – is namelijk dat de maatschappij *in feite* wordt gevormd door systemen van macht en

privilege, die moeten worden bestreden onder de vlag van social justice. Deze machtssystemen worden gekenmerkt door geprivilegieerde of onderdrukte posities ten aanzien van (al dan niet overlappende vormen van) identiteit (bijvoorbeeld wit of zwart, man of vrouw, westers of niet-westers). Uit deze koker komt ook het enigszins problematische begrip ‘woke’, wat zoveel betekent als je bewust zijn van deze machtsstructuren. Wie zich daarvan (nog) niet bewust is, heeft bijvoorbeeld *unconscious bias*, wordt verblind door privilege of doet zelfs aan *wilful ignorance*.<sup>3</sup>

Het is niet mijn bedoeling om het belang van de in deze stroming aan de kaak gestelde onderwerpen te relativieren. Ook is het, nogmaals, niet mijn bedoeling om onderzoekers die zich daarmee bezighouden zonder meer in de woke-hoek te plaatsen (of mij negatief uit te laten over zij die zichzelf daar plaatsen). Waar het mij om gaat is een steeds populairder

<sup>3</sup> De literatuur is zeer omvangrijk en gevarieerd. Ik licht een paar publicaties uit: Pierre Bourdieu, ‘La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique’, *Actes de la recherche en sciences sociales* septembre 1986, vol. 64, p. 3-19; R. Delgado, ‘The ethereal scholar: does Critical Legal Studies have what minorities want? Minority critiques of the Critical Legal Studies Movement’, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1987, 22; M.J. Matsuda, ‘Looking to the bottom: critical Legal Studies and reparations’, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1987, 22; P.J. Williams, ‘Alchemical notes: reconstructing ideals from deconstructed rights’, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1987, 22; C. Lawrence III, ‘The Id, the Ego and equal protection: reckoning with unconscious racism’, *Stanford Law Review* 1987, 39; L.E. Wolcher, *Ethics, New Trajectories in Law*, Abingdon: Routledge 2021. Kritisch op *critical theory*: W. Weyns, *Wie wat Woke?* Kalmthout: Pelckmans 2021 en H. Pluckrose & J. Lindsay, *Cynical theories. How universities made everything about race, gender, and identity – and why this harms everybody*, Durham: Pitchstone Publishing 2020.

<sup>1</sup> Het gedachtegoed is lang niet eenduidig. Voor deze column laat ik die discussie hierna voor wat die is.

<sup>2</sup> In meer of mindere mate: J.S. Auerbach, ‘What has the teaching of law to do with justice?’ *New York University Law Review* 1978, vol. 53, 457; D. Barnhizer, ‘The justice mission of American law schools’, *Cleveland State Law Review* 1992, vol. 52, 285; A. D’Amato, ‘Rethinking Legal Education’, *Marquette Law Review* 1990, vol. 74, no. 1; H. Lesnick, ‘The integration of responsibility and values: legal education in an alternative consciousness of lawyering and law’, *Nova Law Review* 1986, vol. 10, 633; H. Rose, ‘Law schools should be about justice too’, *Cleveland State Law Review* 1992, vol. 40, 443.

wordende onderliggende visie op het objectieve recht. Namelijk dat het objectieve recht ten diepste begrepen moet worden als *instrument* in een machtsstrijd. En dat beginselen als objectiviteit, neutraliteit – of zelfs een gedachte als rechterlijke onpartijdigheid – eigenlijk privilege (een machtspositie) dienen.<sup>4</sup> Zo is één devies<sup>5</sup> het (op zichzelf prachtige) citaat van Elie Wiesel, dat ‘neutraliteit’ eigenlijk onderdrukt:

*‘We must take sides. Neutrality helps the oppressor, never the victim. Silence encourages the tormentor, never the tormented. Sometimes we must interfere. When human lives are endangered, when human dignity is in jeopardy, national borders and sensitivities become irrelevant. Wherever men and women are persecuted because of their race, religion, or political views, that place must – at that moment – become the center of the universe.’<sup>6</sup>*

Waar Wiesel ‘neutraal’ gebruikt in de betekenis van ‘stilzitten’ – zijn boodschap is ook in het huidige wereldtoneel actueel – wordt in deze beweging de betekenis opgerekt als ware neutraliteit verkapt onderdrukking.

Zoals gezegd worden – ook dit is uit Amerika overgewaaid<sup>7</sup> – tegenwoordig ook rechtenfaculteiten opgeroepen om social justice boven

recht te plaatsen.<sup>8</sup> In Nederland kennelijk omdat ‘juristen en de rechtenfaculteiten medeverantwoordelijk zijn voor de bestaande situaties van sociale ongelijkheid en onrechtvaardigheid.’<sup>9</sup> Daarom moet ook het rechtencurriculum – dat teveel geënt zou zijn op het positieve recht – zélf op de schop genomen worden, want: ‘Er is een reëel risico dat rechtenstudenten zonder kennis van privilege, macht en ongelijkheid, onbewust de huidige machtsverhoudingen in de samenleving zullen bestendigen.’<sup>10</sup>

Kort gezegd, waar het recht als systeem (en daarmee het gangbare rechtencurriculum) leidt tot mogelijk onrechtvaardige uitkomsten, is de aangedragen oplossing: morele moed en een bewustzijn van social justice. Weg dus met juridische systeem-nerderigheid.

### Toch neutraal?

Wat is nu kind en wat nu badwater? Eerst een observatie. Een van de kenmerken van deze stroming is een obsessie met de macht van taal.<sup>11</sup> ‘Neutrale’ woorden kunnen onderdrukkend zijn, al naar gelang wie deze in de mond neemt (geprivilegieerd) en wie deze hoort (onderdrukt). Zo kan iemand die onbedoeld een ‘verkeerd’ woord gebruikt toch als racist, neokoloniaal,

<sup>4</sup> Cf. J.T. Jost, *A Theory of System Justification*, Cambridge: Harvard University Press 2020.

<sup>5</sup> Cf. Jost 2020, p. 18.

<sup>6</sup> Aanvaardingsrede Nobelprijs 10 december 1986.

<sup>7</sup> Zie de genoemde literatuur in voetnoot 2. Zie ook M. Beijerman, ‘Het rechtencurriculum als katalysator voor een inclusieve samenleving – Een proeve van ‘systeemkritiek’, *Criminologie & Recht* 2021/2 en de verwijzingen aldaar.

<sup>8</sup> Cf. Beijerman 2021, p. 137. Zie ook: I. van Domselaar, ‘Redactioneel. Where Were the Law Schools – On Legal Education as Training for Justice and the Rule of Law (Against the ‘Dark Sides of Legality’), *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2021/1; H. van Rossum, ‘Lawyers, law schools and social change – defining the challenges of academic legal education in the late modernity’, *International Journal of the Legal Profession* 2018, vol. 25, no. 3, p. 250

<sup>9</sup> Beijerman 2021, p. 137.

<sup>10</sup> Beijerman 2021, p. 137.

<sup>11</sup> Beijerman 2021, p. 142 onder verwijzing naar T.D. Morgan, ‘The changing face of legal education: its impact on what it means to be a lawyer’, *Akron Law Review* 2011-2012, 45, p. 811.

seksist of homofob worden bestempeld. Het is verleidelijk om in dit verband te verwijzen naar de door enkele staatsraden aangezwengelde discussie over genderneutrale taal – hoe vreemd gekozen het woord ‘genderneutraal’ ook is.<sup>12</sup> Daar is op zich natuurlijk heel weinig mis mee, maar het feit dat dit speelde tijdens de ‘gemiste’ toeslagaffaire is pijnlijk. Want dat doet de vraag rijzen of de maatschappelijke bevoegenheid van rechters niet zelf tot blinde vlekken leidde. Met andere woorden: óók termen als ‘opkomen voor social justice’, ‘maatschappelijke bevoegenheid’ of ‘rechterlijke moed’ kunnen een nerderig tintje krijgen, althans op zichzelf ook weer verblinden voor kwetsbaarheid.

### Neutraliteit als actief streven

Meer fundamenteel – en daar zit mijn grootste moeite – miskent deze stroming de rechtsstaat als domein van morele pluriformiteit. Onder het mom van social justice wordt de jurist geacht op te komen voor een specifieke vorm van rechtvaardigheid. Maar de rechtvaardigheid van de een is de rechtvaardigheid van de ander niet. En de moraal van de een is de moraal van de ander niet. Het is om die reden gevaarlijk om het recht te relativiseren en in plaats daarvoor een morele agenda te stellen. Om een voorbeeld te geven, de republieken zijn onlangs met Trump de verkiezingscampagne gestart met een conferentie met als thema een eigen woke-variant: *‘Awake, not woke’*. Ook hier wordt de objectieve rechtsorde (en worden zelfs waarheidsaanspraken) verworpen ten faveure van een specifieke morele agenda. Kortom, waar een gedeelde waarheid of juridische werkelijkheid wordt losgelaten, laat dat zowel ter linker- als ter rechterzijde ruimte voor morele agenda’s.

Neutraliteit en objectiviteit zijn dus zo verwerpelijk nog niet. Deze garanderen een gedeeld domein, voorbij religieuze of morele opvattingen en voorbij identiteit – ras, afkomst of bezit. Een domein waar verschillend over rechtvaardigheid – en dus ook over social justice – gedacht kan worden. Maar Elie Wiesel heeft gelijk: objectiviteit, neutraliteit, gelijkheid en onpartijdigheid bestaan niet zolang wij stilzitten. Deze moeten worden bevochten door een actief en blijvend streven.

### Knurd

Eens dus dat het onjuist is als rechtenfaculteiten naar rechtenstudenten toe het objectieve recht presenteren alsof het een gegeven is. Maar het is ook onjuist wanneer het objectieve recht wordt weggezet als minder relevant en wanneer in plaats daarvan een social justice agenda wordt gesteld. Juristen (in spe) moeten leren denken voorbij verschillen, zodat zij kunnen bijdragen aan een voor ieder gedeelde en objectieve rechtsorde. Dat is hard werken. En vereist een stevige opleiding.

Bij wijze van uitsmijter heb ik over de oorsprong van het woord ‘nerd’ weinig eenduidigs kunnen vinden. Een vage internetbron (die ik maar niet in een voetnoot opneem) claimde dat het was afgeleid van het woord ‘drunk’ maar dan achterstevoren geschreven (‘knurd’). Misschien is dat wel een aardige betekenis: nuchter ten aanzien van de begrenzingsen van het recht, nuchter ten aanzien van morele agenda’s en scherp ten aanzien van concrete problemen van mensen.

<sup>12</sup> Cf. ‘Juristen in actie voor genderneutrale taal’, *Mr Magazine* 26 april 2021.

# Het beleid van de rechter in public interest zaken

*Rob van Gestel en Marc Loth*

## 1. Inleiding

Met name in de sfeer van de zaken die sterk raken aan collectieve en algemene belangen zien we de laatste tijd uiteenlopende wensen en verwachtingen waar het gaat om de rechtsvormende taak van de rechter. Controverse bestaat niet alleen rond de vraag in hoeverre de rechter zich afzijdig moet houden ten aanzien van politieke vragen die rechtstreeks raken aan het (dis)functioneren van de politieke takken van de trias politica,<sup>1</sup> maar evengoed daar waar het gaat over de vraag in hoeverre de rechter gelegiti-meerd is om bij het scheppen van nieuw recht rechtspolitieke of beleidsgetinte afwegingen te maken.<sup>2</sup> Wat dat laatste betreft is het interessant dat waar bijvoorbeeld in klimaatzaken voor de burgerlijke rechter kritiek te beluisteren valt op het feit dat de rechter teveel op de stoel van het bestuur en de wetgever zou gaan zitten en zich teveel eigen beslissingsruimte toemeet,<sup>3</sup> in het kader van de kinderopvangtoeslag-affaire juist het tegenovergestelde wordt bepleit. Daar zou de bestuursrechter minder slaafs de uitleg van de wet en de uitvoering ervan door de Belastingdienst hebben moeten volgen en de wet juist creatiever hebben moeten uitleggen om strijd met het evenredigheidsbeginsel te voorkomen.<sup>4</sup>

Om te kunnen verklaren waarom rechterlijke beslissingen in zaken die ideële of algemene belangen betreffen, enerzijds op steun, maar anderzijds op kritiek kunnen rekenen zodra deze rechtspolitieke (beleids)keuzes met zich brengen, met name op het vlak van de legitimatie van rechtsvormende oordelen, gaan we hierna eerst in op wat de strekking is van algemeenbelangacties (par. 2). Hierbij zullen we deze vorm van collectieve actie tevens kort in het bredere kader van de rechtsvergelijkende literatuur over *public interest litigation* plaatsen (par. 3).

Vervolgens wenden we onze blik naar de *input*, waar het gaat om wie een dergelijke actie kunnen starten om na te gaan waar de controverse op dat punt ligt (par. 4). Hoe legitiem is het met andere

<sup>1</sup> Zie daarover ook meer uitgebreid R. van der Hulle, *Naar een Nederlandse political question-doctrine*, Deventer: Kluwer 2020.

<sup>2</sup> Zie M. Feeley & E. Rubin, *Judicial policy making and the modern state*, Cambridge: Cambridge University Press 1998, p. 5, die 'judicial policy making' omschrijven als: 'When judges engage in interpretation, they invoke the applicable legal text to determine the content of the decision, whether by examining the words of the text, the structure of the text, the intent of its drafters, or the inherent purpose that informs it. But when judges engage in policy making, they invoke the text to establish their control over the subject matter, and then rely on nonauthoritative sources, and their own judgment, to generate a decision that is predominantly guided by the perceived desirability of its results.'

<sup>3</sup> De twee meest prominente zaken hier zijn HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006; NJ 2020/41 (*Urgenda*) en Rb. Den Haag 26 mei 2012, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Shell*).

<sup>4</sup> Zie o.a.: M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht*, Den Haag: Preadvis Vereniging voor Wetgeving 2020. Te vinden op [www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl](http://www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl).



woorden dat maatschappelijke organisaties met doorgaans een bepaalde specifieke statutaire doelstelling en feitelijke werkzaamheid kunnen opkomen voor algemene belangen die meer zijn dan de som van gebundelde individuele belangen?

Daarna gaan we in op *throughput* en de wijze waarop de rechter in algemeenbelangzaken vormt geeft aan zijn rechtsvormende taak, waarbij we zullen laten zien dat de vraag naar de legitimatie van het rechterlijk oordeel in deze zowel een morele, een juridische als een sociale dimensie kent (par. 5). Ten slotte richten we ons op de *output* en in het bijzonder op de vraag welke uitspraakbevoegdheden daarbij de meeste discussie opleveren, omdat deze diep kunnen ingrijpen in politieke verhoudingen met name wanneer de eisende partij in het gelijk wordt gesteld (par. 6). We ronden af met een beknopte conclusie (par. 7).

## 2. De strekking van de algemeenbelangactie

Algemeenbelangacties zijn een species van het genus collectieve actie. De grondslag daarvoor in het Nederlandse recht vinden we in artikel 1:2 lid 3 Awb en artikel 3:305a BW. Hierna concentreren we ons op laatstgenoemde bepaling omdat deze de meest vergaande reikwijdte heeft en bijvoorbeeld ook gebruikt wordt om algemeen verbindende voorschriften te toetsen, waar zulks onder de Awb nog altijd onmogelijk is.

Essentieel voor algemeenbelangacties ex artikel 3:305a BW is dat ze toekomen aan: 1) stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid;<sup>5</sup> 2) ter behartiging van de gelijksoortige belangen van andere personen;<sup>6</sup> 3) die zich lenen voor bundeling en bijdragen aan effectieve en efficiënte rechtsbescherming;<sup>7</sup> 4) waarbij de rechtspersoon die opkomt voor deze belangen voldoende representatief is<sup>8</sup> en 5) de eisende partij die belangen ook ingevolge haar statuten behartigt en deze belangen voldoende zijn gewaarborgd en feitelijk worden gediend.<sup>9</sup>

Hiernaast gelden nog enkele aanvullende vereisten, zoals de eis van voorafgaand overleg tussen eiser en gedaagde (art. 3:305a, derde lid, onder c, BW),<sup>10</sup> voldoende kennis en vaardigheden bij de rechtspersoon,<sup>11</sup> en het niet-openstaan van een met voldoende waarborgen omklede bestuurs-

<sup>5</sup> Kamerstukken II 1993/94, 22 486, nr. 14. Zie ook Rb. Amsterdam 31 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:504, r.o. 4-7, waarin niet aan dit vereiste was voldaan.

<sup>6</sup> Hierop zijn de vorderingen gestrand in Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618 en Rb. Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:2693.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 23. Zie o.a. Rb. Gelderland 18 april 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:1743.

<sup>8</sup> Aan die representativiteitseis wordt een reeks concrete governance- en transparantie-eisen toegevoegd (lid 2 sub a t/m e; en lid 5). Deze governance- en transparantie-eisen zijn echter buiten toepassing verklaard wanneer de rechtsvordering wordt ingesteld met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon als bedoeld in lid 1 of van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, daartoe aanleiding geeft, aldus lid 6 van art. 3:305a BW.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 20. Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 6 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3117.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 28.

<sup>11</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3.

rechtelijke rechtsgang.<sup>12</sup> Verder geldt sinds de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) dat de vordering voldoende verband moet houden met 'de Nederlandse rechtssfeer'. Deze eis begrenst de categorie van personen die met succes gedaagd kan worden.<sup>13</sup> De controverserige in de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur over algemeenbelangacties gaat in essentie over de vraag of het niet (louter) de overheid moet zijn die opkomt voor algemene belangen, zoals bescherming van de volksgezondheid of het leefmilieu. Criticasters beweren in dat kader vaak dat bij het in rechte opkomen voor dergelijke belangen van een daadwerkelijke bundeling van individuele belangen geen sprake is en dat het veeleer zou gaan om maatschappelijke organisaties die hun visie op het algemene belang willen opleggen aan anderen.<sup>14</sup> Dit zou tot niet-democratisch gelegitimeerde pseudo-overheden leiden.<sup>15</sup> Anderen stellen daar tegenover dat het diffuse karakter van veel ideële belangen, zoals de bescherming van het leefmilieu, juist een belangrijke reden is geweest voor de rechter om collectieve rechtsbescherming mogelijk te maken.<sup>16</sup> Daarbij geldt dat er vanaf de Tweede Wereldoorlog veel meer aandacht is gekomen voor de bescherming van minderheden en stemloze belangen (zoals die van toekomstige generaties) via een steeds verder uitgebreide supranationale mensenrechtencatalogus, die in toenemende mate ook positieve verplichtingen oplegt aan overheden en multinationale ondernemingen.<sup>17</sup> Daarbij dragen juist algemeenbelangacties in de praktijk vaak bij aan efficiënte en effectieve rechtsbescherming, omdat algemene belangen, zoals die van de bescherming van de natuur, vaak niet goed individualiseerbaar zijn.<sup>18</sup> In het verlengde daarvan geldt dat, zoals het Urgenda-arrest heeft geleerd, met een algemeenbelangactie ook kan worden opgekomen tegen dreigende aantastingen van toekomstige belangen, zelfs wanneer het op dit moment niet duidelijk is wie door die aantasting precies wordt getroffen en wanneer dat exact zal gebeuren. Nieuwenhuis heeft eerder de betekenis van algemeenbelangacties treffend weergegeven waar het gaat om de bescherming van ideële of algemene belangen. Uit het oogpunt van behoud van evenwicht van machten in het politieke systeem is het juist belangrijk dat er maatschappelijke organisaties zijn die door middel van een beroep op de rechter tegenwicht kunnen bieden aan de macht van de

<sup>12</sup> Rb. Den Haag 19 december 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15099, Rb. Den Haag 10 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:171 en Rb. Den Haag 23 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2050, Hof Den Haag 3 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1769.

<sup>13</sup> Van voldoende verband met de Nederlandse rechtssfeer is volgens art. 3:305a lid 3 sub b BW sprake wanneer de vordering 1) is ingesteld ten behoeve van personen die in meerderheid hun 'gewone verblijfplaats' in Nederland hebben, 2) is gericht tegen een persoon die zijn woonplaats in Nederland heeft en voldoende verbondenheid heeft met de Nederlandse rechtssfeer, of 3) betrekking heeft op een gebeurtenis die in Nederland heeft plaatsgevonden.

<sup>14</sup> Zie voor een van de meest fervente tegenstanders van algemeenbelangacties: J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kled van de staat*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 309, alwaar hij spreekt over 'non-recht'.

<sup>15</sup> A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, 's Gravenhage: Reed Business 1997, p. 218-219.

<sup>16</sup> Zie bijv.: R.A.J. van Gestel & J.C.A. de Poorter, 'Je maintiendrai': Naar een prominere rol van burgers en milieuorganisaties bij de handhaving van het omgevingsrecht?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2002, nr. 3, p. 84-95.

<sup>17</sup> R. Schutgens & J. Sillen, 'Algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter', in: A. Wirtgen (red.), *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2020-2021*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 155-208.

<sup>18</sup> Zie voor een duidelijke illustratie: HR 18 december 1992; ECLI:NL:HR:1992:ZCo808 (*Kuunders/milieuorganisaties*).

overheid en aan de invloed van andere (kapitaal)krachtige *repeat players* in het procesrecht. Via de band van de rechterlijke toetsing kunnen deze actoren juist scherp gehouden worden, omdat in civilibus maatschappelijke organisaties niet van de actiebereidheid van het Openbaar Ministerie of andere rechtshandhavers afhankelijk zijn en zelf kunnen besluiten om – via de rechter – handhavend op te treden.<sup>19</sup>

### 3. Public interest litigation

Wie naar de oorsprong kijkt van wat internationaal bekendstaat als public interest litigation (PIL), kan vaststellen dat het gaat om het verruimen van de mogelijkheden voor toegang tot de rechter voor gemarginaliseerde (minderheids)groepen om op te komen voor de bescherming van collectieve belangen en om de handhaving van fundamentele rechten. Al in de jaren zeventig heeft Cappelletti gewezen op het feit dat het klassieke onderscheid tussen publiek- en privaatrecht mede door de opkomst van collectieve belangen en de bijbehorende collectieve rechten in toenemende mate achterhaald is geraakt, waarbij hij als voorbeeld het recht op schone lucht noemde:

*Who is the 'owner' of the air that we breathe? The ancient concept of the right (or standing) to sue as the monopoly of the sole person or persons to whom the substantive right in issue 'belongs' appears hardly applicable to those 'rights without a holder' that belong, at one and the same time, to everyone and to no one. Indeed, a rigorous application of this concept amounts to a denial of 'justiciability' of these rights. Yet, it is precisely the struggle for the protection of such 'newer property' – the struggle, to pursue the above example, for the conservation of clean air – that represents one of the major challenges of all legal systems in industrial societies. To deny the justiciability of collective and diffuse interests – as courts in many countries, to a large extent, still do, including the United States Supreme Court in its recent crusade against public interest litigation – may well be the logical and rigorous consequence of a concept that attributes the right of action only to the 'holder' of the substantive right in issue. Such a denial, however, represents an offense to the most vital values and exigencies of our epoch, since the protection of diffuse rights has become of crucial importance for the progress, perhaps even the survival of humankind.<sup>20</sup>*

PIL vindt haar oorsprong in de Amerikaanse civilrightsbeweging en staat model voor een doorbreking van het traditionele bipolaire civielrechtelijke geschil tussen private partijen dat vooral retrospectief is, waarin subjectieve rechten en rechterlijke remedies interdependent zijn, de consequenties van de uitspraak beperkt blijven tot het geschil tussen partijen, de rechter lijdelijk is en rechtsvorming hooguit een bijproduct is van geschilbeslechting.<sup>21</sup> Bij PIL daarentegen gaat het juist vaak om het bewerkstelligen van wijzigingen in beleid en regelgeving en is het sociale verandering (*social change*) of

<sup>19</sup> J.H. Nieuwenhuis, 'Op gespannen voet: een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht', *NJB* 1998, afl. 1, p. 9-17.

<sup>20</sup> M. Cappelletti, 'Vindicating the public interest through the courts: A comparativist's contribution', *Buffalo Law Review* 1976, vol. 25, p. 649-650.

<sup>21</sup> A. Chayes, 'The role of the judge in public law litigation', *Harvard Law Review* 1976, vol. 89, no. 7, p. 1281-1316.

rechtsvorming (*law reform*) waar de eisende partij op uit is. Daarmee is het ook logisch dat het gaat om de introductie van nieuw recht dat voorbij de belangen van individuele procespartijen reikt en waarbij sprake is van een toekomstgerichte focus op sociale verandering.<sup>22</sup> Waar het de bundeling van ideële en algemene belangen betreft zien wij niet alleen in de Verenigde Staten,<sup>23</sup> maar ook in landen als India<sup>24</sup> en Zuid-Afrika<sup>25</sup> dat de opkomst van PIL enerzijds vaak gepaard gaat met een (tijdelijke) versoepeling van *standing rights* om het eenvoudiger te maken voor individuele burgers of belangengroepen om in rechte op te komen tegen de schending van de rechten van kwetsbare groepen, zoals gevangenen, dak- en thuislozen, dwangarbeiders, gediscrimineerde minderheidsgroepen, enz. Anderzijds zien we dat hierdoor de band tussen individuele rechten en rechtsmiddelen ter verwerking van die rechten soms wordt losgelaten. Het gaat bijvoorbeeld niet om schadevergoeding, maar om een structurele verandering van beleid:

*'the remedy sought is usually perceived to be central to the strategic purpose of the litigation. Parties are typically not satisfied with declaratory relief only. They litigate in order to involve the courts in their struggle with administrative or legislative institutions.'*<sup>26</sup>

De laatste decennia zien we internationaal twee samenhangende ontwikkelingen in PIL. Dat betreft in de eerste plaats een verschuiving van nationale naar transnationale geschilbeslechting in public-interestzaken. Dat komt enerzijds doordat de aard van de PIL-zaken zelf steeds vaker grensoverschrijdende problemen betreft, zoals problemen rond privacybescherming en verspreiding van desinformatie via het internet, maar ook doordat er supranationale rechterlijke instanties en arbitragetribunalen zijn waarvoor geschillen worden uitgevochten.<sup>27</sup> Misschien wel het meest duidelijke voorbeeld is de opkomst van klimaatzaken die vaak niet louter beheerst worden door nationaal recht, maar evengoed door internationale milieu- en mensenrechtenverdragen.<sup>28</sup> Maar de transnationalisering van PIL zien we ook op andere terreinen, zoals vluchtelingenopvang, bescherming van LGBTI-rechten, de handhaving van democratische rechten, zoals stemrecht, enz. Vranken stelde hierover

---

<sup>22</sup> C. Harlow, 'Public Law and Popular Justice', *Modern Law Review* 2002, vol. 65, no. 1, p. 1-18 en H. Hershkoff, 'Public law litigation: Lessons and questions', *Human Rights Review* 2008, vol. 10, p. 157-181.

<sup>23</sup> D. Marcus, 'The public interest class action', *Georgetown Law Journal* 2016, vol. 104, p. 777-833.

<sup>24</sup> P. N. Bhagwati, 'Judicial Activism and Public Interest Litigation', *Columbia Journal of Transnational Law* 1985, vol. 23, no. 3, p. 561-578.

<sup>25</sup> G. Jephson & O. Mngomezulu, 'Constitutional litigation procedure', in: J. Brickhill, *Public Interest Litigation in South-Africa*, Cape Town: Juta and Co 2018, p. 135 e.v.

<sup>26</sup> J. Uzman & G. Boogaard, 'Make it a better place': Transnational public interest litigation and the separation of powers', in: H.M.Th.D ten Napel & W.J.M. Voermans (eds.), *The powers that be – Rethinking the separation of powers*, Leiden: Leiden University Press 2015, p. 298.

<sup>27</sup> S.L. Cummings & L.G. Trubek, 'Globalizing public interest law', *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 2008, vol. 13, no. 1, p. 1-53.

<sup>28</sup> Zie bijv.: E. Schuster, 'Class actions in a changing climate', *South African Journal on Human Rights* 2021, p. 1-24, die een vergelijking maakt tussen de klimaatzaken in Zuid-Afrika en Nederland, en 'State of the Netherlands v. Urgenda Foundation', *Harvard Law Review* 2019, vol. 132, 2090, waar een vergelijking tussen Nederland en de Verenigde Staten wordt gemaakt.

eerder al dat ‘rechtsvorming meer en meer plaatsvindt in netwerken van rechtsontwikkeling die niet noodzakelijk institutioneel, grondwettelijk, hiërarchisch of in een systeem van checks and balances verankerd zijn, maar vaak los-vast gevormd zijn met het oog op concrete onderwerpen.’<sup>29</sup>

We zien dit niet alleen terug in een groeiende verticale verwevenheid tussen rechterlijke beslissingen, zoals bij prejudiciële vragen van nationale rechters aan het Hof van Justitie van de Europese Unie of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar ook in de opkomst van horizontale *judicial dialogues*, waarbij met name de hoogste rechterlijke instanties steeds vaker inspiratie opdoen door vergelijkingen te trekken met soortgelijke zaken, beslist door buitenlandse rechtscolleges.<sup>30</sup> Nauw samenhangend hiermee hangt de groeiende complexiteit en polycentriciteit van PIL-zaken,<sup>31</sup> die ervoor zorgen dat rechters niet meer toekomen met hun traditionele instrumentarium om bijvoorbeeld kennis en bewijs te vergaren en rekening te houden met mogelijke macro-consequenties van hun uitspraken. In toenemende mate proberen rechters nieuwe wegen te vinden om greep te kunnen houden op de beantwoording van complexe juridische vragen, via *amicus curiae*, wetenschappelijke commissies, rechtsvergelijkend onderzoek, enz. Misschien wel het meest duidelijk is dit te zien in India alwaar het Supreme Court zich steeds indringender is gaan bemoeien met zaken die traditiegetrouw tot het werkgebied van de *political branches of government* worden gerekend.<sup>32</sup>

#### 4. Input: de representativiteit van PIL-organisaties

De legitimiteit van PIL kan worden onderzocht voor elk van de drie fasen in het proces van geschilbeslechting: de input, throughput en output.<sup>33</sup> Met betrekking tot de input is de representativiteit van de eiser(s) in verhouding tot de belangen waarvoor zij opkomen, een terugkerend issue. Aan welke eisen moet een partij voldoen om ontvankelijk te zijn in haar vordering met betrekking tot een algemeen belang? In paragraaf 3 is uiteengezet welke eisen daarbij door artikel 3:305a BW worden gesteld en de discussie die daarover in de literatuur is gevoerd. Tegenover de critici die het democratisch gehalte van PIL in twijfel trekken, staan de voorstanders die PIL juist als een aanvulling op de instrumenten in een vertegenwoordigende democratie beschouwen. Het is duidelijk dat het in de

<sup>29</sup> J.B.M. Vranken, ‘Taken van de Hoge Raad en zijn parket in 2025’, in: T.F.E. Tjong Tjin Tai, R.A.J. van Gestel & J.J.A. Braspenning (red.), *Cirkel. Een rondgang door het werk van Jan Vranken*, Deventer: Kluwer 2013, p. 299.

<sup>30</sup> Daarover bijv.: E. Mak, *Judicial decision-making in a globalized world*, Oxford: Hart 2013.

<sup>31</sup> Met polycentriciteit bedoelen we dat een bepaald juridisch vraagstuk niet één probleemoorzaak kent, zoals in het klassieke geval van wanprestatie, burenhinder of klassieke onrechtmatige-daadzaken, maar juist samenhangt met verschillende probleemvelden die vaak onderling met elkaar verweven zijn. Denk bijvoorbeeld aan privacyschendingen door bigtechbedrijven. Zie over polycentriciteit in relatie tot PIL ook reeds: L. Fuller, ‘The Forms and Limits of Adjudication’, *Harvard Law Review* 1978, vol. 92, no. 2, p. 353-409.

<sup>32</sup> Daarover uitgebreid: A. Bhuwania, *Courting the people: public interest litigation and political society in post-emergency India*, Cambridge: Cambridge University Press 2017. Vergelijk ook: M. Mate, ‘The Rise of Judicial Governance in the Supreme Court of India’, *Boston University International Law Journal* 2015, vol. 33, no. 1, p. 169-222.

<sup>33</sup> Vgl. Mitchel Lasser, *Judicial Deliberations, A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press 2004, die hiermee doelt op de bronnen van legitimiteit van gerechten (waarbij input staat voor institutionele bronnen en output voor transparantie en argumentatieve overtuigingskracht). Ons perspectief is toegespitst op het proces van geschilbeslechting, waardoor input staat voor de toegang, throughput voor de procedure, en output voor de remedies.

praktijk aankomt op de voorwaarden waaronder toegang tot de rechter in algemeenbelangzaken mogelijk is.

De voorwaarden die artikel 3:305a BW stelt aan toegang tot de rechter worden in de rechtspraak ruimhartig uitgelegd ten voordele van eisers. In feite creëert de stichting of formele vereniging die als eiser optreedt haar eigen bevoegdheid door het door haar gediende algemene belang als doelomschrijving in haar statuten op te nemen. Schutgens en Sillen betogen terecht dat artikel 3:305a BW ook wat de toegelaten belangen uiterst permissief is;<sup>34</sup> zij faciliteert actie op grond van ieder voldoende specifiek omschreven belang, waaronder ook 'stemloze belangen' (zoals dierenbelangen<sup>35</sup>), ideële belangen<sup>36</sup> (zoals het belang van de grondrechten van groepen personen), omstreden belangen (zoals de actie tegen de 'verengelsing' van het hoger onderwijs<sup>37</sup>), en parallelle particuliere belangen (dat van een individuele gelaedeerde). De enige begrenzing die Schutgens en Sillen zien is die van de openbare orde, naar analogie met artikel 2:20 BW (de verboden rechtspersoon).<sup>38</sup>

Bij invoering van de WAMCA, die in geval van massaschade een collectieve actie tot schadevergoeding mogelijk maakt, zijn de vereisten aan de representativiteit van claimorganisaties aangescherpt. Het nieuwe lid 2 van artikel 3:305a BW stelt het vereiste dat deze 'voldoende representatief zijn, gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde vorderingen'. Dit is nader uitgewerkt in specifieke voorwaarden met betrekking de interne governance en de transparantie (art. 3:305a lid 2 subonderdelen a tot en met e BW). Het nieuwe lid 3 onder a eist bovendien dat de bestuurders van een claimorganisatie 'geen rechtstreeks of middellijk oogmerk hebben, dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd'. Opmerkelijk is dat de wetgever algemeenbelangacties aanvankelijk van alle genoemde representativiteitseisen wilde uitzonderen. Bij amendement is die uitzondering echter gedeeltelijk teruggedraaid. De vereisten van voldoende representativiteit en het ontbreken van winstoogmerk gelden nog steeds. Alleen de specifieke voorwaarden met betrekking tot de governance en de transparantie van de claimorganisatie zijn komen te vervallen (lid 6). Heeft de wetgever hiermee paal en perk willen stellen aan de algemeenbelangacties? Als dat zo is, dan is het de vraag of dat is gelukt, omdat betwijfeld mag worden of de rechter veel met deze 'drempelverhoging' kan.<sup>39</sup> Wanneer zou een stichting of vereniging die voor natuur- of milieubelangen opkomt, bijvoorbeeld onvoldoende representatief zijn?

De vraag is of de ruimhartige toegangsregeling van artikel 3:305a BW door een toenemend aantal PIL-zaken onder druk komt te staan. In de Verenigde Staten heeft zich een dergelijke ontwikkeling

<sup>34</sup> Schutgens & Sillen 2021.

<sup>35</sup> Bijv. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 22 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3355.

<sup>36</sup> Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 22.

<sup>37</sup> Bijv. Rb. Midden-Nederland 6 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3117.

<sup>38</sup> De auteurs noemen als (theoretische) voorbeelden van een verboden doelomschrijving 'de bestrijding van homoseksualiteit' of 'de bestrijding van rechterlijke onafhankelijkheid'.

<sup>39</sup> Schutgens & Sillen 2021, p. 175.

voorgedaan. Na de uitspraak van de Supreme Court in *Brown v. Board of Education*<sup>40</sup>, volgde vanaf de jaren zestig een golf van PIL-zaken die voornamelijk discriminatie aan de orde stelden in de context van onderwijs, huisvesting, publieke voorzieningen en werkgelegenheid.<sup>41</sup> De rechters op federaal niveau bleken ontvankelijk voor een ruimhartige uitleg van de bepaling die de toelating van classactions beheerste (art. 23 Federal Rules of Civil Procedure)<sup>42</sup>, met name wat betreft de vereiste gelijksoortigheid van de vorderingen. Deze beweging riep echter een tegenbeweging op in wetgeving,<sup>43</sup> doctrine,<sup>44</sup> rechtspraak<sup>45</sup> en politiek.<sup>46</sup>

Sommige auteurs wijzen erop dat de eerste golf van progressieve *civil rights* classactions een conservatieve reactie uitlokte in de vorm van PIL-vorderingen rond thema's als de ontmanteling van vakbondsrechten, religieuze excepties op grondrechten en uitbreiding van het recht op wapenbezit.<sup>47</sup> Anderen wijten deze ontwikkeling mede aan het feit dat de herziening van artikel 23 van de Federal Rules of Civil Procedure in 1966 een meer indringende beoordeling van de toelating van classactions heeft gebracht.<sup>48</sup> Feit is dat de nieuwe regel restrictief door het Supreme Court is uitgelegd in de veelbesproken Walmartzaak, die tot een verhoging van de drempel voor de gelijksoortigheid van vorderingen in classactions heeft geleid.<sup>49</sup> Het resultaat daarvan is dat PIL in de Verenigde Staten de afgelopen tien jaar een slagveld is geworden van juridische, politieke en maatschappelijke controverse.<sup>50</sup>

Uit een oogpunt van de vraag naar de beleidsvorming in PIL-zaken, is het ook van belang te bekijken op welke wijze de toegang tot PIL in de Verenigde Staten is gepolitiseerd. In de discussie wordt als verklaring voor de geschetste ontwikkeling namelijk mede genoemd de veranderde politieke samenstelling van het Supreme Court en de federale gerechtshoven die met name sinds de *Reagan*

<sup>40</sup> Het is opmerkelijk dat na dit arrest de legitimiteit van de rechtspraak van de Supreme Court 71 keer ter discussie is gesteld, terwijl dit in de 164 jaar daarvoor slechts 9 keer is gebeurd (Luis Fuentes-Rohwer, 'Taking Judicial Legitimacy Seriously', *Chicago Kent Law Review* 2018, p. 505-524, 520).

<sup>41</sup> Suzette M. Malveaux, 'The Modern Class Action Rule, Its Civil Rights Roots and Relevance Today', *Kansas Law Review* 2017, vol. 66, p. 325-396 (359).

<sup>42</sup> Zie de Federal Rules of Civil Procedure op [www.uscourts.gov](http://www.uscourts.gov).

<sup>43</sup> De tekst van Rule 23 is in 1966 gewijzigd. Voor de geschiedenis van de wijziging zie Malveaux 2017.

<sup>44</sup> Zie onder vele meer Arthur R. Miller, 'The American Class Action: from Birth to Maturity', *Theoretical Inquiries in Law* 2018, vol. 19, no. 1, p. 1-45.

<sup>45</sup> *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 564 U.S. 338, 351 (2011).

<sup>46</sup> Ook wel getypeerd als een 'political backlash' en een 'Conservative Legal Revolution' (Scott L. Cummings, 'Public interest litigation in comparative perspective', *Australian Journal of Human Rights* 2020, vol. 26, no. 2, p. 184-194 (186)).

<sup>47</sup> Cummings 2020, p. 186.

<sup>48</sup> Malveaux schetst deze ontwikkeling als volgt: '(...) from the heyday of liberal class certification for broad injunctive relief for newly created rights; to a heightened critique and retraction of class certification; to a complex gauntlet of contemporary barriers involving evidentiary hurdles, contractual restrictions and access limitations' (2017, p. 328).

<sup>49</sup> *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 564 U.S. 338, 351 (2011).

<sup>50</sup> Met als resultaat dat rechters veel meer geneigd zijn *intra-class differences* te vinden, en dat *class certification* nu veel moeilijker is te realiseren dan vijftien of twintig jaar geleden (Miller 2018, p. 17 en 21).

*administration* conservatiever is geworden.<sup>51</sup> Hoewel dit misschien op het eerste gezicht qua causaal verband kort door de bocht lijkt, bestaat er in elk geval wel degelijk een correlatie tussen de bereidheid van rechters tot de toelating (*certification*) van een classaction en zijn of haar politieke waardeoriëntatie.<sup>52</sup> Republikeinse rechters blijken namelijk significant minder vaak bereid tot het toelaten van classactions dan hun democratische collega's. In de woorden van de onderzoekers:

*'We find a very strong association between the political party of the appointing president and certification votes and outcomes, with all-Democratic panels yielding procertification outcomes at nearly triple the rate of all-Republican panels over about the past twenty years. Comparing the descriptive levels of ideological voting in our certification data to prior scholarship focused on substantive law, we show that the role of ideology in certification is comparable in size to its role in cases presenting some of the most ideologically contentious issues of our day, including, for example, capital punishment, employment discrimination, desegregation, and abortion.'*<sup>53</sup>

Terug naar de discussie in Nederland, lijkt een dergelijke politisering van de toelating van PIL-vorderingen hier nog niet gelijk in het verschiep te liggen. De jurisprudentie over de betekenis van 'gelijkssoortige belangen' als bedoeld in artikel 3:305a lid 1 BW, is ruimhartig en zal dat waarschijnlijk nog wel even blijven. Daaruit volgt evenwel niet dat er over de gewenste ruimhartige toegang tot de rechter voor stichtingen en verenigingen in algemeenbelangzaken geen discussie mogelijk is, noch dat die vraag zich niet op enig moment kan aandienen, wanneer dit soort organisaties steeds vaker hun toevlucht gaan zoeken tot de rechter om noodzakelijk geachte veranderingen in beleid of wetgeving tot stand te brengen.<sup>54</sup>

De vraag naar de representativiteit van de eiser in PIL-zaken dient hoe dan ook constitutioneel verantwoord te zijn en te blijven. Daarbij geldt wat ons betreft dat PIL vooral kan bijdragen aan de handhaving van het objectieve recht en de bescherming van fundamentele rechten van ondervertegenwoordigde kwetsbare groepen, waarbij maatschappelijke organisaties tussen staat en markt in een democratische rechtsorde in principe additionele *checks and balances* kunnen bieden waar het gaat om wetgevend of bestuurlijk falen van de overheid, of waar optreden van bestuurlijke of strafrechtelijke handhavers geen vanzelfsprekendheid is.<sup>55</sup> Een pregnant voorbeeld daarvan is te vinden in de overzeese gebieden van ons Koninkrijk, waar de burgerlijke rechter het Land Curaçao recentelijk heeft bevolen om maatregelen te nemen om de uitstoot van zwaveldioxide en fijnstof van

<sup>51</sup> *'The most obvious reason for this retreat from the days in which certification was comparatively easily and simply obtained is the increasingly conservative Supreme Court and lower federal courts, as is true of Congress over the last thirty years'* (Miller 2018, p. 22).

<sup>52</sup> D. Marcus, 'The Persistence and Uncertain Future of the Public Interest Class Action', *Lewis & Clark Law Review* 2020, vol. 24, no. 2, p. 395-432 (430).

<sup>53</sup> S. Burbank & S. Farhang, 'Politics, Identity, and Class Certification on the US Courts of Appeals', *Michigan Law Review* 2020, vol. 19, no. 2, p. 231-290 (237).

<sup>54</sup> Zie bijv.: 'Milieudefensie: rechtszaak tegen 29 grote bedrijven als CO<sub>2</sub>-plan uitblijft', *Het Parool* 13 januari 2022.

<sup>55</sup> Zie ook Schutgens & Sillen 2021, p. 186.



de aldaar gevestigde olieraffinaderij terug te dringen in de directe woonomgeving vanwege ernstig gevaar voor de volksgezondheid. Daarbij oordeelde het Gemeenschappelijk Hof van Justitie dat het land zich niet kan verschuilen achter de langdurige afwezigheid van luchtkwaliteitswetgeving en minimaal de WHO-richtlijnen in acht moet nemen gelet op de ondergrens van artikel 8 EVRM.<sup>56</sup>

## 5. Throughput: rechterlijke rechtsvorming in PIL-zaken

De volgende vraag is die naar de legitimatie die kan worden ontleend aan de throughput: de procedure en de wijze waarop de rechter in algemeenbelangacties invulling geeft aan zijn rechtsvormende taak. De procedure vergt afzonderlijke en uitgebreide aandacht die het bestek van dit artikel te buiten gaat. Niettemin een enkele opmerking die van belang is voor het vervolg over de output. Kenmerkend voor algemeenbelangacties is dat een maatschappelijk probleem aan de rechter wordt voorgelegd waarvoor geen oplossing is, of waarvoor de door de wetgever en/of het bestuur getroffen oplossing (dan wel het uitblijven daarvan) als onrechtmatig wordt beoordeeld (bijvoorbeeld het onvoldoende tegengaan van *global warming*). De gedaagde kan dat weerspreken waardoor een procedure op tegenspraak ontstaat. In de Urgenda-zaak erkende de gedaagde de gestelde feiten goeddeels, hetgeen de rechtsstrijd aanzienlijk beperkte. In India zijn PIL-zaken bekend waarin de gedaagde nog verder meeding in een probleemgerichte interventie van de rechter, waardoor de zaak het karakter kreeg van een *'collaborative, problem-solving form of litigation'*.<sup>57</sup> In dergelijke gevallen dient de rechter eerst te onderzoeken – bij ons in een compartiment na antwoord – of en in hoeverre beide partijen daarmee instemmen. Dit vraagt een actieve rechter – naar het model van de *managerial judge*<sup>58</sup> – die bereid en in staat is actief te zoeken naar mogelijke oplossingen. Dit vergt tevens dat de rechter de moed opbrengt om de procedure daarop in te richten, bijvoorbeeld door aanvullend bewijs te zoeken, experts te benoemen of toezicht uit te (laten) oefenen.<sup>59</sup>

Wanneer deze route wordt gekozen rijst de vraag naar de legitimiteit van de rechterlijke interventie. Op het antwoord op die vraag heeft de rechter zelf belangrijke invloed, afhankelijk van onder meer de gehanteerde methoden van rechtsvinding, de motivering van de beslissing, en de overtuigingskracht van de uitkomst. Omdat 'legitimiteit' een notoir complexe notie is, is het belangrijk aan te geven wat wij daaronder verstaan. Legitimiteit is verbonden met een claim op respect en gehoorzaamheid. Een gebrek aan legitimiteit betekent doorgaans meer dan dat een gerecht een verkeerde of onjuiste beslissing heeft genomen; het impliceert dat zijn beslissingen geen navolging verdienen.<sup>60</sup> Daarom overstijgt de notie van legitimiteit de grenzen van het recht. Om toch grip te krijgen op dit lastige

<sup>56</sup> GHVJ 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167.

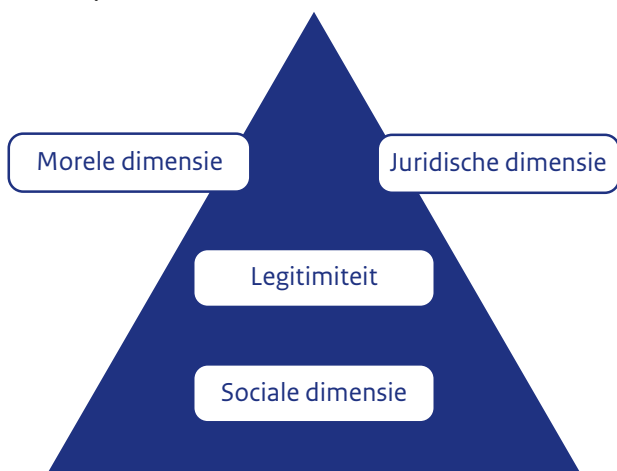
<sup>57</sup> J. Fowkes, 'Civil Procedure in Public Interest Litigation: Tradition, Collaboration and the Managerial Judge', *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2012, vol. 1, no. 3, p. 235-253.

<sup>58</sup> J. Resnik, 'Managerial Judges', *Harvard Law Review* 1982, vol. 96, p. 376-446.

<sup>59</sup> Zo is het gegaan in India waar de ontwikkeling van PIL het resultaat is van rechterlijke rechtsvorming (en niet, zoals in de Verenigde Staten, van het werk van advocaten). Zie Anuj Bhunia, 'Courting the people, the rise of Public interest litigation in post-emergency India', *Comparative Studies of South Asia, Africa and the Middle East* 2014, vol. 34, no. 2, p. 314-335 (314).

<sup>60</sup> Tara Leigh Grove, 'Book review The Supreme Court's Legitimacy Dilemma', *Harvard Law Review* 2019, vol. 132, p. 2240-2276. Te vinden op [ssrn.com/abstract=3373969](https://ssrn.com/abstract=3373969).

begrip is het nuttig om onderscheid te maken tussen sociale, morele en juridische legitimiteit. Sociale legitimiteit betreft de vraag of het publiek de rechtsorde en haar instituties ziet als respect en gehoorzaamheid waardig.<sup>61</sup> Morele legitimiteit is een inherent normatief concept: tot waar zijn burgers de rechtsorde en haar instituties respect en gehoorzaamheid verschuldigd en vanaf wanneer is bijvoorbeeld burgerlijke ongehoorzaamheid gerechtvaardigd?<sup>62</sup> Juridische legitimiteit ten slotte, betreft de vraag of de rechters methoden en argumenten gebruiken die geaccepteerd zijn door de kernactoren binnen de rechtsorde.<sup>63</sup> De grenzen tussen deze dimensies zullen in de praktijk overigens niet altijd strak te trekken zijn.<sup>64</sup>



Vanuit het perspectief van de rechter wordt de speelruimte voor rechtsvorming primair bepaald door een drietal variabelen: de positie die hij inneemt (een constitutionele kwestie), de instrumenten die tot zijn beschikking staan (een juridisch-technische en methodische kwestie), en de interpretatieve houding die hij heeft of kiest (een ethisch-professionele kwestie).<sup>65</sup> De rechter die legitimiteit nastreeft zal zich daartoe echter niet beperken. Hij spreekt recht in de wetenschap dat zijn uitspraak van belang is voor de rechtzoekende, voor de wetgever en/of het bestuur, voor het forum van vakgenoten, en voor de samenleving in bredere zin. Daarom zal hij inschattingen maken van de sociale en morele legitimiteit van zijn uitspraak: wat is er nodig om gehoorzaamheid te verdienen?

<sup>61</sup> De Indiase hoogste rechter – die aan de bron van PIL in India heeft gestaan – zocht haar legitimiteit in ‘the people’ (Bhuwania 2014, p. 322).

<sup>62</sup> Zie o.a.: C.J.M. Schuyt, *Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009.

<sup>63</sup> Richard A. Fallon Jr., *Law and Legitimacy in the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press 2018.

<sup>64</sup> Dit model is mede geënt op het driehoekmodel dat Loth hanteert om het domein van het privaatrecht te markeren (zie M.A. Loth, *Privaatrecht in context*, Den Haag: Bju 2021, hoofdstuk 2, en M. Loth, *Private Law in Context*, Cheltenham: Edward Elgar 2022, Chapter 1, met de daar aangehaalde bronnen).

<sup>65</sup> M.A. Loth, ‘The Civil Court as Risk Regulator: The Issue of its Legitimacy’, *The European Journal of Risk Regulation* 2018, vol. 9, no. 1, p. 66-78.

Wanneer zijn de rechtzoekenden en de andere betrokkenen daartoe gehouden? Omdat PIL-zaken de legitimiteit van de interventie van de rechter sterker onder druk zetten dan 'gewone' zaken, zijn de sociale en morele dimensie van legitimiteit hier extra urgent. Bovendien spelen hier specifieke vragen. Wat is er nodig om de burger voldoende rechtsbescherming te bieden? Wat vraagt rechtshandhaving? Is hier sprake van regulatief of bestuurlijk falen dat correctie en/of aanvulling verdient? Hoe zullen de andere takken van overheidsbestuur rechterlijke rechtsvorming in dit geval beoordelen: als een grensoverschrijding van het politieke domein, of als een terechte vorm van rechtshandhaving of -bescherming?

Een voorbeeld waarin vrijwel al deze dimensies naar voren zijn gekomen, betreft het Urgenda-arrest van de Hoge Raad. Een constitutionele legitimiteitskwesitie die daar speelde was bijvoorbeeld of de Hoge Raad wel eigenstandig kon beslissen over de vraag of artikel 2 en 8 EVRM geschonden waren of dat hij deze vraag op grond van het zestiende protocol bij het EVRM aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) had moeten voorleggen, aangezien het hier een kwesitie betrof die alle lidstaten van de Raad van Europa raakt en het EHRM zich nog niet eerder had uitgelaten over de vraag of staten aansprakelijk kunnen worden gehouden voor dreigende klimaatschade op grond van het verdrag.

Dit laatste gold nog temeer nu uit het EVRM misschien wel een *duty of care* (positieve verdragsverplichting) kan worden afgeleid waar het gaat om het voorkomen van de gevaren van onomkeerbare klimaatveranderingen, maar dat is nog niet hetzelfde als een concrete *standard of care* van 25% CO<sub>2</sub>-reductie.<sup>66</sup> Een meer ethisch-professionele legitimatiekwesitie die daarbij naar boven is gebracht betreft de vraag of de rechter zich bij het vertalen van die *duty of care* naar een *standard of care* niet te activistisch heeft opgesteld en voldoende terughoudendheid heeft betracht ten aanzien van de beleidsruimte van de regering en de volksvertegenwoordiging in een zaak die sterk politiek geladen was, waarbij door sommigen ook wel is gewezen op het belang van het voorkomen van een vloedgolf aan procedures (sociale legitimiteitskwesitie).

Om dit soort vragen beter te kunnen beantwoorden hebben wij begin dit jaar een door NWO gefinancierd vierjarig onderzoek opgestart naar de argumenten, methoden en strategieën die hoogste rechters gebruiken om legitimiteit in PIL-zaken te zoeken. Dat onderzoek is, naast Nederland, gericht op de Verenigde Staten, India en Zuid-Afrika. De gebruikte methoden zijn deels juridisch (jurisprudentie-analyse), empirisch (interviews en case studies), en comparatief (de verklaring van overeenkomsten en verschillen in benaderingswijzen). Centraal staat het eigen perspectief van de rechter: welke keuzes maken zij? Hoe rechtvaardigen zij die, welke veronderstellingen worden daarbij gehanteerd? Met dit onderzoek beogen wij meer kennis te genereren over zaken als: wat verklaart het enorme verschil in de mate waarin en wijze waarop rechters in PIL-zaken zich inlaten met politieke vraagstukken? Welke methoden gebruiken rechters om feiten vast te stellen en

<sup>66</sup> R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Voorbij de trias politica. Over de constitutionele betekenis van 'public interest litigation'', *Ars Aequi* 2019, p. 653.

bewijs te beoordelen en in hoeverre wordt het gebruik daarvan expliciet verantwoord? Welke remedies zijn ontwikkeld (zoals bijvoorbeeld het rechterlijk bevel, de dwangsom, maar ook innovatieve vormen van rechterlijke monitoring van de nakoming van zo'n bevel) om aantastingen van ideële of algemene belangen te redresseren? Maar ook: in hoeverre houden zij rekening met de mogelijke macro-consequenties van hun beslissingen en op welke wijze gaan zij om met kritiek vanuit de wetenschap en de politiek?

Wat de throughput betreft willen wij een poging doen om de *black box* van het rechterlijke beslissingsproces in PIL-zaken te openen en daardoor meer inzicht te krijgen in de vraag hoe rechters in de genoemde rechtsordes tot beslissingen komen die vaak voorbij de belangen van het traditionele tweepartijengeschil reiken en waarbij, indien de eisende partij in het gelijk wordt gesteld, vaak corrigerend opgetreden moet worden ten opzichte van bestuur en wetgever, hetgeen bijna per definitie controversiële vragen en dilemma's oproept. Kunnen rechters in de verschillende jurisdicties op dit punt mogelijk iets van elkaar leren qua methoden en technieken van onderzoek, het waarderen van bewijs en het ex ante evalueren van de mogelijke effecten van rechterlijke beslissingen? Door daarbij niet alleen oog te hebben voor de juridische dimensie, maar ook voor de morele en sociale dimensie, hopen we bovendien een scherper beeld te krijgen van het rechterlijk gedrag, dat wil zeggen, de onuitgesproken houding waarmee de beschikbare instrumenten worden ingezet.

## 6. Output: de remedies in PIL-zaken

Een van de grote voordelen van de rechtsgang naar de burgerlijke rechter ten opzichte van de bestuursrechter in Nederland is dat het bestuursrecht het in veel gevallen onmogelijk maakt om strategisch te procederen voor een belangenorganisatie omdat men enkel in het geweer kan komen tegen besluiten (art. 1:3 Awb), en dus niet tegen feitelijk handelen of nalaten, maar bijvoorbeeld ook omdat beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in het bestuursrecht (nog) niet mogelijk is. Daarnaast en minstens zo belangrijk is dat de civiele rechter ruimere uitspraakbevoegdheden kent dan de bestuursrechter,<sup>67</sup> waarvan de belangrijkste zijn de verklaring voor recht en het rechterlijke verbod of bevel en de dwangsom. Schadevergoeding is als eerder gezegd bij algemeenbelangacties in beginsel niet mogelijk.<sup>68</sup> Een rechterlijk verbod of bevel roept echter een zelfstandige verbintenis in het leven waarvan schending wél tot schadeplichtigheid kan leiden.<sup>69</sup>

Het rechterlijk verbod en bevel krijgen de laatste jaren meer aandacht in het aansprakelijkheidsrecht, omdat daarin de focus steeds meer op het voorkomen van schade is komen te liggen, waarbij juist deze vorderingen kunnen worden ingezet ter beïnvloeding van gedrag in het belang van een veiliger en gezondere samenleving, zoals we onder andere in de voornoemde Urgenda-klimaatzaak

<sup>67</sup> R. Stolk, *De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties*, Preadvies VAR 2017, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 23.

<sup>68</sup> Art. 3:305a lid 6 BW.

<sup>69</sup> HR 13 november 1914, NJ 1914/98 en HR 29 december 1921, NJ 1922/225.

hebben gezien.<sup>70</sup> Niet alle criteria die gelden voor een succesvolle schadevergoedingsactie zijn ook op de verbods- en bevelactie van toepassing. In beginsel zijn een onrechtmatige daad en dreigende schade toereikend. Wel moet de eisende partij voldoende belang hebben bij een verbod of bevel in de zin van artikel 3:303 BW, hetgeen betekent dat de toewijzing voor haar het verschil moet kunnen maken in die zin dat een reële (dreigende) schending van de rechtsplicht – eveneens een vereiste – effectief geredresseerd kan worden.<sup>71</sup>

Waar het de legitimatie van de uitspraakbevoegdheden betreft is er in Nederland de laatste jaren vooral discussie ontstaan over de reikwijdte van het rechterlijke bevel. Mede naar aanleiding van het genoemde Urgenda-arrest, is bijvoorbeeld de vraag gerezen of de Hoge Raad door een reductieplicht op te leggen aan de Staat van 25% CO<sub>2</sub>-vermindering in 2020 ten opzichte van 1990 niet een (verkapte) bevel tot wetgeving heeft opgelegd, hetgeen volgens vaste jurisprudentie verboden is.<sup>72</sup> Daarbij bestaat vooral kritiek op het feit dat de Hoge Raad in dit arrest een draai zou hebben gemaakt ten opzichte van de lijn uit het Waterpakt-arrest door een ‘algemeen wetgevingsbevel’ toelaatbaar te achten ‘teneinde een bepaald doel te bereiken, zolang dat bevel niet neerkomt op een bevel om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen’.<sup>73</sup> Daarmee zou beoogd worden te voorkomen dat derden indirect worden gebonden aan de uitspraak, omdat de inhoud van de regeling dan voorbehouden blijft aan de wetgever. Dit onderscheid overtuigt niet iedereen, alleen al omdat niet goed in te zien is wat er algemeen is aan een bevel voor de Staat om maatregelen te nemen om de CO<sub>2</sub>-uitstoot in een specifieke periode met een specifiek percentage terug te dringen.<sup>74</sup> Criticasters vinden dat de rechter bij dit soort bevelen teveel op de stoel van de wetgever dreigt te gaan zitten, terwijl voorstanders juist verdedigen dat wanneer de wetgever weigert op te treden niet valt in te zien welk politiek-inhoudelijk oordeel nu precies door de rechter wordt doorkruist wanneer een bevel aan de Staat wordt gegeven om een resultaat te bereiken dat in overeenstemming is met het (hogere) recht.

Nauw samenhangend met de discussie over de reikwijdte van het rechterlijke verbod en bevel is wat er op dit punt mag worden verwacht van de mogelijkheid die de rechter heeft om de naleving van zo'n verbod of bevel kracht bij te zetten door het opleggen van een dwangsom.<sup>75</sup> Met name wanneer het bevel zich tot de Staat richt is de rechter hier doorgaans terughoudend mee, aangezien er normaliter van zou mogen worden uitgegaan dat de overheid zich houdt aan uitspraken van de

<sup>70</sup> J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, Deventer: Kluwer 2019, p. 3.

<sup>71</sup> T.R. Bleeker, ‘De knellende criteria van het rechterlijk bevel en verbod’, in: Beumers e.a., *Vijftig Weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017 p. 185-196.

<sup>72</sup> Zie daarover o.a.: L.A.D. Keus, ‘Urgenda-arrest en wetgevingsbevel’, *RegelMaat* 2021/3, p. 145-160.

<sup>73</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.5.

<sup>74</sup> Kritisch daarover o.a. ook: P.P.T. Bovend'Eert, ‘Machtenscheiding en rechtsstaat (of rechtersstaat?) na Urgenda’, *RegelMaat* 2021/3, p. 132-144.

<sup>75</sup> Zie art. 611a RV. Uit het eerste lid van deze bepaling blijkt overigens dat een dwangsom niet mogelijk is in geval van veroordeling tot betaling van een geldsom.

rechter. Dat dit echter geen vanzelfsprekendheid is, is in het verleden herhaaldelijk gebleken.<sup>76</sup> Qua legitimatie doet zich daarbij bovendien nog een extra complicatie voor, namelijk: in hoeverre is het aangewezen dat een stichting of vereniging die in het algemeen belang met succes een verbod of bevel heeft gevorderd jegens de overheid aanspraak kan maken op een verbeurde dwangsom indien het daarbij om aanzienlijke bedragen zou gaan? Die vraag kwam opnieuw op naar aanleiding van het Urgenda-arrest toen bleek dat de Staat het bevel om in 2020 25% CO<sub>2</sub> te reduceren niet zou gaan halen en stichting Urgenda in juni 2021 aankondigde nakoming van het arrest te vorderen met behulp van een dwangsom.<sup>77</sup> In de media werd daarbij gelijk gesproken over een dwangsom die minstens in orde van grootte van miljoenen euro's zou moeten lopen, om de Staat effectief tot nakoming te kunnen dwingen. Daarvan stellen Boogaard en Schutgens, dat hoewel het normaliter zo is dat op grond van artikel 611c Rv verbeurde dwangsommen ten goede van de eiser komen, daar mogelijk anders over gedacht zou moeten worden in uitzonderlijke situaties waarin een merkbaar deel van de openbare financiën zouden wegvloeien uit de algemene middelen ten faveure van een particuliere organisatie die daar dan vervolgens vrij over zou kunnen beschikken.<sup>78</sup>

De Urgenda-zaak demonstreert dat het arsenaal remedies die het Nederlandse recht biedt voor PIL-zaken aan heroverweging toe is. Onder de kop 'Bedenk iets anders dan dwangsommen' deed Spier twee alternatieve suggesties.<sup>79</sup> De eerste is dat Urgenda de rechter verzoekt om de Staat een aantal concrete opties voor te leggen om aan de uitspraak te voldoen. Op voorstel van Urgenda zou de Staat mogen kiezen hoe en wanneer hij aan de uitspraak voldoet, een en ander gevolgd door een uitspraak van de rechter waarin dat bindend wordt vastgelegd. De tweede suggestie is dat de rechter de Staat verplicht om bijvoorbeeld iedere twee maanden te rapporteren over de voortgang en over wat hij de komende periode denkt te gaan doen.

Het laatste voorstel gaat in de richting van een ingrijpender instrument dat de Indiase Supreme Court heeft ontwikkeld: het toezicht op de voortgang in de naleving in handen leggen van een door het gerechtshof benoemde *monitoring committee*. In dezelfde lijn is ook de benoeming van *amici curiae* een andere mogelijke processuele innovatie in PIL-zaken; meestal een ervaren advocaat die het gerechtshof informeert en de toelating van nieuwe klachten bewaakt.<sup>80</sup> Hoewel het de vraag is of het hier zover zal komen, kan het nadenken over meer en andere uitspraakbevoegdheden dan verboden en bevelen die zo nodig met dwangsommen afgedwongen kunnen worden, ook in ons land geen

<sup>76</sup> Een klassieker is: HR 19 december 1952, NJ 1953/642 (Voorste Stroom VII). Zie ook: Rb. Den Haag 21 mei 1987, KG 1987/243, ECLI:NL:RBSGR:1987:AH1713 (Huisartsentarieven II); Gerechtshof Den Haag 10 juli 1986 en 31 december 1986, NJ 1987/1010 en NJ 1987/1011. Zie ook A.W. Jongbloed, *De privaatrechtelijke dwangsom*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 55.

<sup>77</sup> Zie 'Urgenda terug naar rechter om nakoming vonnis', 29 juni 2021 op [www.urgenda.nl](http://www.urgenda.nl).

<sup>78</sup> G. Boogaard & R.J.B. Schutgens, 'Na ons de zondvloed? Over de Urgenda-zaak en het beginsel van constitutionele hoffelijkheid bij de oplegging van dwangsommen aan de Staat', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2019/21, p. 58.

<sup>79</sup> Zie Jaap Spier, 'Bedenk iets anders dan dwangsommen', *NRC Handelsblad* 3 juli 2021.

<sup>80</sup> Of beiden, zoals in de bekende Forest-case is gebeurd (T. N. Godavarman Thirumalpad v. Union of India, Writ Petition No. 202 of 1995). Zie Bhuwania 2014, p. 331.

overbodige luxe, zeker wanneer de Staat de gedaagde partij is.<sup>81</sup> Het gedoe rond de naleving van de Urgenda-uitspraak laat zien dat het Nederlandse procesrecht op dit punt mogelijk aan vernieuwing toe is.<sup>82</sup>

## 7. Conclusie

Welk beleid voert de rechter in PIL-zaken? Die vraag hebben wij hier opgevat als: in hoeverre is het legitiem dat de (burgerlijke) rechter via algemeenbelangacties ingesteld door burgers en vooral maatschappelijke organisaties kan ingrijpen in beslissingen van het bestuur en de wetgever, en kunnen in dat verband ook rechtspolitiek getinte waardeoordelen een rol spelen? Na een uiteenzetting over het karakter van PIL hebben wij achtereenvolgens onderzocht de legitimiteit van de input (par. 4), de throughput (par. 5), en de output (par. 6).

De inputlegitimiteit bleek sterk afhankelijk van hoe men aankijkt tegen de mogelijkheid dat anderen dan de overheid opkomen voor diffuse ideële en algemene belangen en van de wijze waarop wordt gedacht over het belang van de representativiteit van de eisers of de eisende organisatie die mede namens anderen in rechte optreedt. Wat als een voldoende mate van representativiteit kan worden gezien blijkt lastig te operationaliseren – anders dan in de betrekkelijk vage bewoordingen van artikel 3:305a BW – maar dient mede in constitutionele zin te worden verstaan. In een democratische rechtsorde geeft PIL een stem aan ondergeschoven belangen, niet-gehoorde stemmen, minderheids-groepen en burgers met wie in het democratische proces niet (voldoende) rekening is gehouden. PIL is daarom een aanvulling op het repertoire aan instrumenten van democratische controle.

De throughput legitimiteit in PIL-zaken lijkt meer afhankelijk van de mate waarin de partijen en de rechter – in Nederland binnen de mogelijkheden van de civiele procedure – erin slagen om in dit soort zaken minder conflictgericht en meer probleemgeoriënteerd te werk te gaan. Dat zal vaker een coöperatieve proceshouding van partijen en een managerial judge vergen die bereid en in staat is om een meer rechtspolitiek georiënteerde regiefunctie te vervullen, maar daarbij ook niet schroomt om zelf (interim) maatregelen op te leggen wanneer fundamentele rechten in het gedrang dreigen te komen en met name de gedaagde partij uit eigen beweging geen kant op wil. Wij realiseren ons dat dit veel van de rechtspraak vergt, met name indien de feiten niet voldoende vaststaan en de nakoming van de uitspraak geen vanzelfsprekendheid is maar juist toezicht vergt. Dat het complex is, is

<sup>81</sup> Bhuwania 2014, p. 327. Denk ook aan de ontwikkeling van het leerstuk *contempt of court* als een mogelijkheid, die vooralsnog in Nederland wordt afgewezen. Zie daarover o.a. M. Lochs, *Contempt of court: Een meerwaarde voor de goede strafrechtspleging in Nederland?*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

<sup>82</sup> Zie daarover ook: R.A.J. van Gestel, 'The Supreme Court's Public Interest Chamber', in: R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken (red.), *Recht en rechtspraak vanaf 2020*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 87-103. Inspiratie kan mogelijk ook het tutela-systeem in Colombia bieden. Het is een snelle en globale vorm van rechtshandhaving door gerechten, waarvan de uitkomst altijd aan het Colombiaanse Constitutionele Gerechtshof wordt gezonden. Deze beoordeelt dan of de zaak een punt aan de orde stelt dat van belang is voor zijn jurisprudentie: 'The effect is to separate the business of finding a solution to the case, done by the lower court, from (most of) the business of articulating law, done by the Constitutional Court, after the fact, in notable cases only' (Fowkes 2012, p. 253).

echter geen reden om te zeggen: laat alles maar bij het oude en laten we hopen dat het bestuur en de rechter hun constitutionele verantwoordelijkheid serieuzer gaan nemen.

De output legitimiteit ten slotte staat of valt met het beschikbare arsenaal aan remedies en de mate waarin de inzet daarvan geaccepteerd wordt door zowel eisende als gedaagde partijen. Op dat punt hebben we vastgesteld dat het huidige stelsel van rechterlijke verboden en bevelen – al dan niet versterkt met dwangsommen – tekortschiet in PIL-zaken en dat er meer en andere mechanismen nodig lijken om intensievere samenwerking tussen rechter, wetgever en bestuur mogelijk te maken, waarbij aanwijzingen door de rechter aan de andere staatsmachten niet gelijk als in strijd met de horizontale machtscheiding worden gezien, maar meer als een vertaling van wat hoger recht van alle partijen vergt. PIL lijkt in dat verband een breder spectrum van remedies te verlangen dan het huidige burgerlijke (proces)recht kent. Verdere gedachtevorming over de vorm en inhoud daarvan is nodig en wenselijk, maar bij wijze van voorbeeld hebben wij aandacht gevraagd voor wat op dit punt mogelijk geleerd kan worden van de inzet van *amicus curiae* en speciale monitoring committees in het Indiase recht.

Ten slotte hebben wij hiervoor een schematisch model gepresenteerd van drie dimensies van legitimiteit die het mogelijk maakt om de goede vragen te stellen. Het wordt tijd dat wij de legitimiteit van PIL niet alleen maar in termen van de trias politica beoordelen, afhankelijk van het antwoord op de clichévraag of de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten. In plaats daarvan onderzoeken wij die legitimiteit liever in termen van haar sociale, morele en maatschappelijke dimensie. De rechter zal in PIL-zaken inschattingen maken van de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de gevraagde voorzieningen, van de morele en politieke haalbaarheid daarvan, en van de inpassing in de bestaande leerstukken en redeneerpatronen. Enerzijds biedt PIL een wenkend perspectief op de oplossing van een maatschappelijk probleem, althans een bijdrage daaraan (*social change*), of op rechterlijke rechtsvorming (*law reform*). Anderzijds kan PIL ook leiden tot uitspraken die niets oplossen, het gezag van de rechter aantasten, en de verhouding met de andere staatsmachten nodeloos op scherp zetten. Van de rechter wordt daarom in PIL-zaken – meer dan in ‘gewone zaken’ – laveerkunst, inschattingsvermogen, maatschappelijke sensitiviteit, een politieke antenne, en rechterlijke moed gevraagd. De rechter in PIL-zaken moet niet bang zijn voor politiek, maar ook niet naïef. Het laatste woord is daarover nog niet gezegd.



# De civiele rechter in zaken met een groot politiek belang

Hans Hofhuis<sup>1</sup>

## Inleiding

Met enige aarzeling, maar overigens met plezier, geef ik gevolg aan de uitnodiging van de redactie om te reageren op het artikel van Van Gestel en Loth. De aarzeling is ingegeven door het feit dat veel van de recente beschouwingen over het thema ‘rechter en politiek’ en ook hun artikel aandacht besteden aan de Urgenda-zaak (*‘Urgenda’*), waarbij ik samen met twee collega’s betrokken ben geweest in de combinatie die het rechtbankvonnis heeft gewezen.<sup>2</sup> Het is een goede gewoonte dat rechters niet over hun ‘eigen’ zaken schrijven. Intussen is dat vonnis al bijna zeven jaar oud en heeft de Hoge Raad zich over deze zaak uitgesproken. Mijn eerdere betrokkenheid blijft mij natuurlijk wel tot terughoudendheid verplichten, ook na mijn pensionering.

Het thema van Van Gestel en Loth heeft veel aspecten. De hoofdmoot van hun artikel betreft *public interest litigation* (PIL) en in het kader daarvan ‘algemeenbelangacties’, zoals die in Nederland mogelijk zijn op grond van artikel 3:305a BW. Dit artikel is op 1 juli 1994 in werking getreden en daarna diverse malen aangevuld; het laatst in 2020. Een tweede hoofdpunt in het artikel van Van Gestel en Loth betreft de grenzen die gesteld kunnen of moeten worden aan de voorzieningen die de civiele rechter in zaken tegen de overheid – veelal de Staat – kan geven. Hierna komen deze beide aspecten aan de orde, maar ik veroorloof mij ook aandacht te geven aan enkele andere onderwerpen die daarmee samenhangen. Deze reactie heeft niet het karakter van een recensie van het artikel van Van Gestel en Loth, maar bevat ook enkele gedachten waartoe hun stuk mij heeft geïnspireerd.

## De algemeenbelangactie van artikel 3:305a BW

Een kernpunt in kritische beschouwingen over *Urgenda* is dat de rechters – met inbegrip dus van de Hoge Raad – in hun beslissing ‘op de stoel’ van twee andere staatsmachten, de wetgever en het bestuur, zijn gaan zitten. Met toepassing van artikel 3:305a BW hebben zij, zo luidt de kritiek, op verlangen van (collectiviteiten van) bepaalde burgers afwegingen gemaakt die in een democratische rechtsstaat thuishoren bij politieke organen, die democratisch zijn gelegitimeerd. Daarvan kunnen andere burgers, met andere voorkeuren en belangen, nadeel ondervinden zonder dat zij hun stem

<sup>1</sup> Ik dank mijn vroegere collega Margreet Ahsmann voor waardevolle opmerkingen over een conceptversie.

<sup>2</sup> Een anekdote: kort na het Urgenda-vonnis werd ik aangesproken door een mij bekend oud-Kamerlid met de misschien niet helemaal als grappig bedoelde opmerking: ‘Zo, Hans, ik zag dat je in de politiek bent gegaan.’

hebben kunnen laten horen.<sup>3</sup> Een tweede, daarmee samenhangend element in de kritiek is dat het bevel aan de Staat om de CO<sub>2</sub>-uitstoot eind 2020 met 25% te beperken ten opzichte van de uitstoot in 1990, neerkomt op een verkapt bevel tot wetgeving, dat het exclusieve domein van de wetgever in formele zin is.

De principiële bezwaren tegen algemeenbelangacties op grond van artikel 3:305a BW hebben in *Urgenda* geen rechtstreekse rol van betekenis gespeeld. Deze bepaling maakt nu eenmaal deel uit van het geldende recht. Voor zover critici schrapping of een zeer beperkte toepassing van dit artikel bepleiten, is voor hun betoog in de rechtszaal geen plaats. Dit neemt niet weg dat het materiële bezwaar – het artikel scheidt de mogelijkheid dat de niet gekozen rechter de overheid verplicht tot maatregelen die de vrucht van democratisch gecontroleerde en gelegitimeerde politieke besluitvorming moeten zijn – wel degelijk relevant kan zijn.

Een vordering van belangenorganisatie A, al dan niet samen met individuele burgers, in een procedure tegen de Staat kan inderdaad gevolgen hebben voor de positie en de belangen van B, C en vele anderen, die geen partij zijn in deze procedure. Het argument dat toewijzing van de vordering in zo'n procedure daarom die anderen niet bindt, gaat formeel misschien wel op, maar daar hebben deze derden niets aan als de Staat na toewijzing maatregelen – van welke aard ook – moet treffen die hun belangen schaadt. Een daarop gevolgde procedure van hen tegen de Staat om die maatregelen ongedaan te krijgen, kan het karakter krijgen van nakaarten of leiden tot ongemakkelijke of zelfs onoplosbare situaties. In theorie is een strijd tussen de staatsmachten denkbaar, maar die zal niemand wensen. Van belang is echter wel het volgende. De Staat is als de hoeder van het algemeen belang bij uitstek in de positie en ook in staat om de belangen van al die derden naar voren te brengen om de vordering van A te weerspreken. Hij zal ze kennen en zich mede kunnen beroepen op die belangen, die ook aan zijn politieke en bestuurlijke afweging zijn onderworpen. Mogelijk hebben dergelijke belangen er juist toe geleid dat de door A bepleite maatregelen niet zijn getroffen. De Staat verkeert feitelijk en financieel in de gelegenheid om zijn verweer in dit opzicht in de volle breedte te voeren. Naar de mate waarin dit gebeurt, zal de rechter rekening moeten houden met al die andere mogelijk op het spel staande belangen (over de band van het belang van de verwerende Staat) en daarin reden kunnen zien voor extra terughoudendheid ten aanzien van de vordering en ook tot afwijzing daarvan.

Terzijde merk ik op dat het tegenover elkaar stellen van de 'niet gekozen' rechter en de 'democratisch gelegitimeerde' wetgevende en uitvoerende macht niet volledig recht doet aan de posities van beiden. Enerzijds is de 'macht' van de rechter, ook in de verhouding tot de overheid, verankerd in het recht. Zo bezien oefent hij een democratisch gelegitimeerde functie uit. Daarbij behoort het bieden van effectieve rechtsbescherming, ook en juist aan minderheden, tot zijn wettelijke opdracht. In dit

<sup>3</sup> Hierbij zie ik af van de mogelijkheid dat zij, al dan niet binnen het verband van eigen organisaties, interveniëren in een civiele procedure van een eisende andere belangenorganisatie tegen de Staat, bijvoorbeeld door zich te voegen aan de zijde van de Staat.

opzicht heeft de tegenstelling iets van een cirkelredenering. Het gaat immers om de grenzen van die door de wetgever aan de rechter toegedeelde taak. Anderzijds is, afhankelijk van de omstandigheden, nog wel eens wat af te dingen op de *feitelijke* democratische controle op het werk van de uitvoerende macht en mogelijk zelfs de wetgevende macht. Denk aan dichtgetimmerde regeerakkoorden, die kunnen leiden tot gebrekkige of onvoldoende doordachte wetgeving zonder veel draagvlak. Maar het is niet aan de rechter om in dit opzicht het bestuur of de wetgever de maat te nemen.

### Het debat na Urgenda

In de commentaren op *Urgenda* in de vakliteratuur valt naar mijn waarneming een zeker verschil te ontwaren tussen beoefenaren van het staatsrecht en het constitutionele recht aan de ene kant en civilisten aan de andere kant.<sup>4</sup> Generaliserend gezegd is de eerst vermelde groep veel kritischer dan de tweede. Voor een deel is dit mogelijk te verklaren door onbekendheid van publiekrechtelijk georiënteerde juristen met het civiele (proces)recht. Ik geef een voorbeeld. Besselink, hoogleraar constitutioneel recht, heeft enigszins cynisch opgemerkt: 'Wat vreselijk knap van onze rechters dat zij met precisie hebben kunnen bepalen dat 23% beperking van de uitstoot van broeikasgas (...) een inbreuk op het recht op leven vormt, en 24% ook, maar 25% niet.'<sup>5</sup> Niet ongrappig, maar een miskening van het gegeven dat de rechters in *Urgenda* het percentage van ten minste 25% niet zelf hebben bedacht of berekend maar hebben ontleend aan feiten die tussen de procespartijen, waaronder de goed toegeruste gedaagde (de Staat), vaststonden.<sup>6</sup> En afgezien daarvan is zo'n opmerking altijd te maken bij beslissingen van in zekere zin arbitraire aard ('naar billijkheid') of met ingrijpende gevolgen in geval van overschrijding van bepaalde grenzen en termijnen. Denk ook aan de door de strafrechter bepaalde strafmaat ('waarom precies twaalf maanden gevangenisstraf en niet elf of dertien?'). Overigens reikt Besselink kritiek veel verder. Zijn kernbezwaar tegen het arrest van de HR in *Urgenda* is dat het naar zijn constitutioneelrechtelijke strekking een onwenselijke wijziging in de machtenscheiding tussen enerzijds rechtsprekende macht en anderzijds wetgevende en bestuurlijke macht teweegbrengt. De relevante besluitvorming vergt politieke afwegingen die zijn voorbehouden aan wetgever en bestuur en niet aan de rechter. Besselink gaat in op onder meer het Waterpakt-arrest<sup>7</sup> en het SGP-arrest<sup>8</sup> van de Hoge Raad, met de daarin opgenomen afwijzing van rechterlijke bevelen tot wetgeving.<sup>9</sup> Volgens hem heeft de Hoge Raad in *Urgenda* de grenzen tussen de rechtsprekende en de andere (politieke) machten verlegd.

<sup>4</sup> Dit verschil is ook gesignaleerd door G. Boogaard, 'Urgenda: tijd voor een constitutioneel hof?', *Ars Aequi* 2020, p. 862. Zelf is hij overwegend kritisch.

<sup>5</sup> L.F.M. Besselink, 'Rechter en politiek: Machtenscheiding in de *Urgenda*-zaak', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2020 (11), 2, p. 128-151. Met kennelijke instemming aangehaald door Paul Bovend'Eert in *Ars Aequi* 2020, p. 915.

<sup>6</sup> Daarom vormt de '25%' ook een minder gelukkig voorbeeld van 'rechterlijke kansberekening' in het NJV-pleadvis van Jos Silvis, 'Kernwaarden voor juristen?', in: A. Berlee e.a., *De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 137.

<sup>7</sup> HR 21 maart 2003, NJ 2003/691, m.nt. Koopmans, ECLI:NL:HR:2003:AE8462.

<sup>8</sup> HR 9 april 2010, NJ 2010/388 m.nt. Alkema, ECLI:NL:HR:2010:BK4549.

<sup>9</sup> Zie hierover ook L.A.D. Keus, 'Urgenda-arrest en wetgevingsbevel', *RegelMaat* 2021/3, p. 145-160.

In *Waterpakt* was, volgens de vaststelling van de Hoge Raad, een gegeven dat implementatie van de daar aan de orde zijnde Nitraatrichtlijn 'uitsluitend' mogelijk was door formele wetgeving.<sup>10</sup> De Hoge Raad wilde niet weten van een rechterlijk bevel tot wetgeving; wetgeving vraagt om een afweging van vele belangen, ook van derden, en vergt een politieke beoordeling, waarin de rechter niet kan treden.<sup>11</sup> De annotator Koopmans achtte het machtscheidingsargument op zichzelf 'wel overtuigend', maar hij heeft enkele belangrijke kanttekeningen geplaatst bij de formulering daarvan, die hij 'algemeen en genadeloos' noemt. Het in *Urgenda* gegeven bevel strekt naar de letter niet tot daden van wetgeving, laat staan tot bepaalde wetgeving, en had een tijdshorizon van meer dan 5½ jaar. Het was niet bij voorbaat uitgesloten dat voldoening aan het bevel binnen een zo lange periode geheel zonder aanvullende wetgeving zou kunnen plaatsvinden.<sup>12</sup> Voor het overige volsta ik in dit bestek met de kanttekening dat rechterlijke uitspraken vaker verregaande politieke gevolgen hebben, die moeilijk anders dan met nieuwe wetgeving kunnen worden gerepareerd. Dat is niet hetzelfde als een wetgevingsbevel, maar in zijn gevolgen niet minder omvattend. Denk aan het recente arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad over box 3, dat naar verluidt ertoe kan leiden dat er een gat van € 4,5 miljard per jaar wordt geslagen in de rijksbegroting.<sup>13</sup> De politieke gevolgen daarvan zijn groot. Herstelwetgeving, van welke aard ook, is zeker niet onmogelijk.

### De legitimiteit van het optreden van de rechter

Van Gestel en Loth besteden veel aandacht aan de legitimiteit van het rechterlijke optreden in kwesties met politieke gevolgen. In hun analyse van PIL maken zij een onderscheid tussen de legitimiteit van de *input*, die van de *throughput* en die van de *output*. Daartussen bestaat uiteraard nauwe samenhang. Het eerste aspect betreft in het bijzonder de toepassing van artikel 3:305a BW, dat in kwesties waarin algemene belangen op het spel staan de belangrijkste toegangspoort naar de rechter is. Van Gestel en Loth betogen dat PIL in een democratische rechtsorde een stem geeft aan 'ondergeschoven belangen, niet-gehoorde stemmen, minderheidsgroepen en burgers met wie in het democratische proces niet (voldoende) rekening is gehouden'. Deze opsomming is relevant, maar lijkt mij niet volledig (te beperkt) en toegespitst op *Urgenda* ook niet adequaat. Natuurlijk zouden *Urgenda* e.a. hun procedure niet zijn begonnen als hun wensen voldoende steun in het parlement en de regering zouden hebben gehad en moesten zij voldoen aan de eis dat zij tevergeefs hebben geprobeerd het gevorderde te bereiken door overleg.<sup>14</sup> Maar voor het beoordelen van hun vorderingen doet het er op zichzelf niet toe of hun belangen ondergeschoven zijn of dat zij niet zijn gehoord of tot een minderheidsgroep behoren. De vraag of zij met hun vorderingen en belangen toegang tot de rechter hebben, wordt niet aan de hand van dergelijke criteria beantwoord.

<sup>10</sup> Zie nr. 3,4 onder a van het arrest.

<sup>11</sup> Aldus, enigszins geparafraseerd, nr. 3,5 van het arrest.

<sup>12</sup> Zie ook Keus 2021, p. 146, die het bijna onontkoombaar acht dat nieuwe wetgeving nodig is.

<sup>13</sup> HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963.

<sup>14</sup> Zie art. 3:305a lid 3 aanhef en onder c BW (voorheen: lid 2).

De throughput-legitimiteit vormt een volgend kernpunt van de beschouwingen van Van Gestel en Loth en ook het hoofdthema van hun lopende onderzoek. Het begrip heeft in hun artikel diverse en nogal uiteenlopende aspecten. Het omvat zowel de procedure (de wijze waarop de rechter zaken die zich hiervoor lenen behandelt) als de rechterlijke besluitvorming én de rechtsvormende taak van de rechter. Daarmee is het nauw verbonden met datgene wat Van Gestel en Loth schrijven over input en output. Hun onderzoek richt zich onder meer op het verklaren van verschillen tussen de hoogste rechters in enkele rechtsstelsels ten aanzien van politieke vraagstukken. Ik zeg niets bijzonders als ik vaststel dat vergelijkingen hierover lastig zijn alleen al door de verschillen in bijvoorbeeld de taak en de rol van de rechter ten opzichte van partijen of in de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht. Bij het eerste aspect is onder (veel) meer te denken aan de wijze van bewijsgaring; speelt de rechter daarin een actieve, zelfstandige rol of is die vooral een verantwoordelijkheid van de partijen? En bij bewijsgaring denk ik allereerst aan de ‘feitenrechters’ en niet meteen aan de hoogste rechters, ook al bepalen deze aan de hand van beslissingen in de hun voorgelegde afzonderlijke zaken het toetsingskader waarbinnen de feitenrechters opereren. In hun conclusie – die naar mij voorkomt hun betoog in de hoofdttekst niet volledig dekt – betogen Van Gestel en Loth dat de legitimiteit van het rechterlijke optreden toeneemt naarmate partijen een coöperatiever proceshouding innemen en de rechter, als *managerial judge*, een meer rechtspolitek georiënteerde regiefunctie vervult. Zij schrijven dat dit veel van de rechtspraak vraagt, vooral als de feiten niet voldoende vaststaan en de nakoming van de uitspraak geen vanzelfsprekendheid is maar juist toezicht vergt. Hierbij plaats ik vier kanttekeningen.

In de eerste plaats: als de feiten die aan de vordering ten grondslag zijn gelegd niet voldoende zijn komen vast te staan, ligt rechterlijke abstinentie – afwijzing van de vordering – voor de hand.<sup>15</sup> Dit volgt uit processuele regels, en voor deze uitkomst is temeer reden bij collectieve acties waarbij ook de belangen van niet in het proces vertegenwoordigde derden betrokken zijn.

In de tweede plaats is mij niet duidelijk wat Van Gestel en Loth in hun conclusie bedoelen met nakoming die ‘geen vanzelfsprekendheid’ is. De rechter behoort zich af te vragen of nakoming mogelijk is, en dit zeker als daarover twijfel is opgeworpen. Niemand kan worden verplicht tot het onmogelijke. Dit laatste begrip omvat ook datgene wat, binnen de gegeven context, redelijkerwijs onuitvoerbaar is, of mogelijk zelfs: kennelijk onevenredige inspanningen zou vragen.

Ten derde: ik zie geen taak voor de rechter in het ‘toezicht’ op de nakoming. Als een veroordeelde partij tot de bevinding komt dat, ook als zij ‘al het hare’ doet, voldoening aan een rechterlijk bevel onmogelijk is, kan zij, zo nodig in kort geding, opschorting van haar verplichting vorderen. Voor de dwangsom voorziet de wet expliciet in deze mogelijkheid.<sup>16</sup> Het behoeft geen toelichting dat een

---

<sup>15</sup> De Nederlandse rechter heeft altijd de mogelijkheid zelf, zo nodig ambtshalve, een deskundige te benoemen. Hij is niet afhankelijk van de experts op wie partijen zich beroepen. Dit is een verschil met sommige andere rechtsstelsels.

<sup>16</sup> Zie art. 611 lid 1 Rv.

verweerder er goed aan doet om in zijn verweer, en dus vóór de rechterlijke uitspraak, de mogelijkheid om überhaupt binnen de gevorderde termijn aan een eventueel gebod te kunnen voldoen, expliciet en gemotiveerd aan de orde stelt. Met mijn opmerking dat ik (buiten de zojuist besproken mogelijkheid van een nieuwe vordering) geen toezichthoudende taak voor de rechter zie, heb ik niet alleen het oog op het geldende recht. Vooralsnog zou ik zo'n meeromvattende taak ook niet willen bepleiten. Enerzijds biedt het materiële en formele Nederlandse burgerlijk recht al veel mogelijkheden voor verdere ontwikkelingen, en anderzijds kan een wezenlijke taakverruiming voor veelal reeds overbelaste rechters bezwaren hebben. Het beslissen op welomschreven rechtsgeschillen is iets heel anders dan het toezicht houden op de uitvoering van beslissingen in een gecompliceerde en veranderende werkelijkheid.

En in de vierde plaats: naar mijn ervaring is de Staat – veelal de gedaagde in een algemeenbelangactie niet zeer geneigd tot een coöperatieve proceshouding, die zich kan uiten in het gezamenlijk zoeken naar oplossingen. Daarmee geef ik geen waardeoordeel, want het *dealen* in een civiele procedure tegen een bepaalde wederpartij kan lastig te combineren zijn met het afleggen van verantwoording in een democratisch gereguleerd besluitvormingsproces. Tegen deze achtergrond kunnen overheden om begrijpelijke redenen ervoor kiezen om louter verweer te voeren en te proberen de rechter af te houden van diep ingrijpende beslissingen. Bij mijn weten komen er in rechte maar weinig schikkingen met de Staat tot stand, behalve (weer naar mijn ervaring) als de Staat bedrijfsmatig optreedt, bijvoorbeeld via takken van dienst als Rijkswaterstaat en het Rijksvastgoedbedrijf.

Ten overvloede breng ik in herinnering dat in *Urgenda* de relevante feiten vaststonden. Dit betrof in het bijzonder de internationale afspraken van de Staat en de 'stand van de wetenschap' over de zeer ernstige gevaren van de opwarming van de aarde. De Staat heeft ook niet aangevoerd dat voldoening aan de vordering onmogelijk zou zijn. Ik breng verder in herinnering dat de in 2013 ingestelde vordering van *Urgenda* e.a. betrekking had op het niveau van de uitstoot per eind 2020; uiteindelijk dus meer dan 5½ jaar na het vonnis van de rechtbank, dat in juni 2015 is gewezen. Er was dus een zeer ruime termijn om daaraan te voldoen.

Critici van de uitspraken in *Urgenda* waarschuwen soms voor het gevaar dat daarmee de deur naar allerlei andere acties wijd opengezet is. Er zijn veel maatschappelijke noden, en waarom zouden organisaties die zich daarop richten niet kunnen bereiken wat *Urgenda* e.a. is gelukt? Besselink wijst erop dat de internationale afspraken van de Staat tegen de opwarming van de aarde zijn gemaakt vóór de grootste naoorlogse monetaire, fiscale en economische crisis (vóór 'corona') en dat het kabinet daarna ook een andere samenstelling had, met andere prioriteiten.<sup>17</sup> Hij noemt verder, bij wijze van voorbeeld, onder meer de 'stille ramp' die zich in ggz, jeugdzorg en jeugdpsychiatrie voltrekt. Dit zijn serieuze kwesties en relevante gezichtspunten, waarop in deze context echter wel wat valt af te dingen. In *Urgenda* deed zich de combinatie voor van (i) een zeer ernstig en veelomvattend

<sup>17</sup> Besselink 2020, p. 146.

probleem,<sup>18</sup> (ii) de mogelijkheid dat de Staat daaraan iets (dat wil zeggen: de met het bevel beoogde inspanningen, die overigens niet waren uitgewerkt) kon doen en – zoals gezegd – (iii) de verplichtingen daartoe waaraan de Staat zich internationaal had gecommitteerd, en dit alles tegen de achtergrond van een door hof en Hoge Raad vastgestelde schending van grondrechten. Zo'n combinatie is zeldzaam. Zo bezien was *Urgenda* een geschikte zaak om te bezien of *Waterpakt* in volle omvang leidend kon blijven dan wel nuancering behoeft. De rechtsontwikkeling gaat door. Misschien geven volgende algemeenbelangacties reden tot verdere uitbreiding, nuancering of juist beperking.

Van Gestel en Loth brengen de legitimiteit van de output allereerst in verband met het beschikbare arsenaal aan remedies. Volgens hen lijken er meer en andere mechanismen nodig te zijn om 'intensievere samenwerking tussen rechter, wetgever en bestuur mogelijk te maken', met de mogelijkheid van 'aanwijzingen' van de rechter aan de andere staatsmachten. Het begrip 'samenwerking' (zelfs intensiever dan nu, hoewel ik niet goed weet waarop zij het oog hebben bij huidige vormen van samenwerking) spreekt mij hierin niet aan, want het gevaar van verminderde onafhankelijkheid ligt dan direct op de loer. Van Gestel en Loth vermelden enkele inventieve suggesties van Spier als alternatief voor de oplegging van dwangsommen aan de Staat op vordering van *Urgenda* als de Staat niet aan het bevel zou voldoen. Deze suggesties laat ik onbesproken; in *Urgenda* waren dwangsommen niet gevorderd (en reeds daarom ook niet opgelegd) en bij hoge dwangsommen tegen overheden kan er iets gaan wringen. Bij Spiers suggesties zijn enkele kritische kanttekeningen te plaatsen, maar dat is altijd gemakkelijker dan om bruikbare, in het Nederlandse – uiteraard niet in beton gegoten – rechtssysteem passende, alternatieven te bedenken. Van Gestel en Loth noemen daarnaast een 'Indiase variant', waarin de rechter de mogelijkheid heeft (i) het toezicht op de naleving van een rechterlijk vonnis in handen te leggen van een door hem te benoemen *monitoring committee*, of (ii) een *amicus curiae* te benoemen die hem periodiek informeert over het vervolg. Ook dit zijn interessante gedachten, die voor Nederland nieuw zijn in deze zin dat de rechter zich niet met de tenuitvoerlegging van zijn uitspraken pleegt te bemoeien. Maar daarmee hoeft niet het laatste woord te zijn gezegd. Van Gestel en Loth brengen de hier besproken legitimiteit ook in verband met de mate waarin de inzet van bepaalde remedies wordt geaccepteerd door de eisende en de gedaagde partijen. Het belang van acceptatie door de eiser lijkt mij vanzelfsprekend, want het zou bezwaarlijk zijn als de rechter de eiser, die in deze opzet in de kern gelijk krijgt, zou opzadelen met een toewijzing die hij niet wenst. Van 'acceptatie door de gedaagde' kan ik mij nog niet een goede voorstelling maken.

Van Gestel en Loth hebben een mooie bijdrage geleverd aan het debat, ook tussen rechters, over een actuele en belangrijke kwestie! Ik zie uit naar de resultaten van hun onderzoek.

<sup>18</sup> De Hoge Raad sprak van 'een uitzonderlijke situatie' (nr. 8.3.4).

# Hoe politiek is de rechter – hoe politiek zijn grondrechten?

Ingrid Leijten

## Inleiding

In hun bijdrage kiezen Van Gestel en Loth een belangrijk onderwerp dat nauw verband houdt met vragen over de scheidslijn tussen recht en politiek, en de rol van de rechter. De zogenaamde algemeenbelangacties genieten, in elk geval sinds het succes van de Urgenda-zaak, toenemende belangstelling. Tegelijkertijd blijft dit fenomeen niet vrij van kritiek. De auteurs gaan in op de vraag in hoeverre het legitiem is dat de rechter via algemeenbelangacties kan ingrijpen in beslissingen van het bestuur en de wetgever, en wat daarbij de rol van rechtspoliticus getinte waardeoordelen kan zijn. Daarbij staan zij op verhelderende wijze stil bij de input-, throughput- en output-aspecten van algemeenbelangacties. De verschillende (morele, juridische en sociale) dimensies van legitimiteit helpen bovendien de knelpunten te identificeren oftewel ‘om goede vragen te stellen’. Mooi is de conclusie dat de beoordeling van *public interest litigation* niet afhankelijk moet zijn ‘van het antwoord op de cliché-vraag of de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten’, en dat we dus verder moeten kijken dan klassieke trias-opvattingen.

Tegen de bevindingen van Van Gestel en Loth heb ik weinig in te brengen. Wat ik in deze reactie dan ook wil doen is het opwerpen van een vraag die in het verlengde ligt van de vraag die in de hoofd-bijdrage centraal staat. In algemeenbelangacties, zo merken ook de auteurs op, beroepen klagers zich vaak op grond- en mensenrechten, zoals het recht op privéleven, het recht op leven, of het verbod van discriminatie.<sup>1</sup> Ik zal hiervoor ook de term ‘fundamentele rechten’ gebruiken. Dat dit gebeurt mag niet verbazen; deze rechten bieden voldoende aanknopingspunten om een veelheid aan (algemene) belangen aan te koppelen. Of het nu gaat om klimaatbelangen, de rechten van vrouwen of gezondheidskwesties, een link met een in de uitgebreide fundamentele-rechtencatalogus vastgelegde norm is snel gevonden. Nu algemeenbelangacties nogal eens worden bekritiseerd omdat zij te veel zouden raken aan politieke besluitvorming, roept dit de vraag op: hoe politiek zijn grondrechten dan eigenlijk?

In deze korte tekst kan ik deze vraag niet beantwoorden. Wel kan ik enkele piketpalen slaan. Dit doe ik door in te gaan op de veranderde omvang en werking van fundamentele rechten, en wat dit

---

<sup>1</sup> Denk, naast *Urgenda* (HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006), bijvoorbeeld aan Hoge Raad 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549 (SGP); Rechtbank Den Haag, 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (SyRI); Rechtbank Den Haag 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10737 (*Bureau Clara Wichmann e.a./Staat*) (over gratis anticonceptie en non-discriminatie).



betekent voor het politieke karakter van grondrechten en de rechtspraak. Daarbij beperk ik me overigens niet tot algemeenbelangacties. Maar ook: hoe draagt inzicht in het huidige grondrechtenlandschap bij aan een beter begrip van de rollen en taken van wetgever, bestuur en rechter en hoe die zich tot elkaar (zouden moeten) verhouden? Als we het erover eens zijn – en dat lijkt, zeker sinds de kinderopvangtoeslagaffaire, het geval – dat de belangen van de burger in het doen en laten van de overheid, en ook in de rechtspraak, een steviger plek verdienen, dan komt het soms ‘politieke’ karakter van grondrechten misschien juist wel van pas. Tot besluit keer ik terug naar de specifieke context van algemeenbelangacties, en geef ik aan wat in Nederland zou helpen om grondrechten daarbinnen een steviger plaats te verschaffen.

### Grondrechtelijke framing

Grondrechten beschermen fundamentele belangen tegen inmenging door de overheid of de wil van de meerderheid. Zo zou althans een traditionele omschrijving van grondrechten kunnen luiden. Wie echter wat vertrouwder is met de hedendaagse theorie en praktijk van grondrechten, kan bij deze omschrijving wel enkele kanttekeningen plaatsen. Gaat het per definitie om *fundamentele* belangen (waar ligt de grens tussen fundamenteel en niet-fundamenteel)?<sup>2</sup> Beschermen deze rechten alleen tegen actieve inmenging door de overheid en is het primaire doel de minderheid te beschermen tegen de meerderheid?<sup>3</sup>

Grondrechten zijn tegenwoordig overal. We spreken ook wel van ‘proliferatie’ of ‘uitdijning’ van grondrechten.<sup>4</sup> Grondrechten verlangen naast overheidsonthouding ook actief optreden op basis van positieve verplichtingen, en zijn steeds vaker toepasselijk in horizontale relaties. Dit wil niet zeggen dat alles wat onder een grondrecht valt, ook steeds bescherming geniet. De meeste grondrechten zijn niet absoluut, wat betekent dat beperkingen gerechtvaardigd kunnen zijn mits aan de daarvoor geldende eisen wordt voldaan. De meest voorkomende eisen, naast bijvoorbeeld doelveisten en competentievoorschriften, zijn die van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit.<sup>5</sup>

Maar even terug naar die reikwijdte. Dat grondrechten ruim worden uitgelegd heeft tot gevolg dat onderwerpen die we voorheen misschien eerst en vooral zouden kenmerken als voorwerp van politieke strijd, tegenwoordig steeds vaker ook een grondrechtelijke dimensie hebben. Een aantal voorbeelden kan dit verduidelijken. Een recht op persoonlijke levenssfeer of privéleven kan, zeker sinds het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft erkend dat dit recht ook positieve verplichtingen voor de Staat omvat, vrijwel alle denkbare individuele belangen omvatten.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Janneke Gerards, ‘Fundamental Rights and Other Interests: Should it Really Make a Difference?’ in: Eva Brems (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Mortsel: Intersentia 2008, p. 655-690.

<sup>3</sup> Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

<sup>4</sup> Vgl. bijv. Janneke Gerards, *Het prisma van de grondrechten* (oratie RU), Nijmegen: RU 2011.

<sup>5</sup> Zie bijv. A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

<sup>6</sup> Zie bijv. de voorbeelden in de Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, te vinden op [echr.coe.int](http://echr.coe.int).

Tijdens de pandemie werd de mondkapjesplicht bijvoorbeeld gezien als inmenging in dit recht, maar denk ook aan bezoekverboden en de avondklok. Het recht op privéleven omvat bovendien belangen in de sociaaleconomische sfeer, die bijvoorbeeld verband houden met de bijstand, bevallingsverlof of huurtoeslag.<sup>7</sup> Gezondheid, zeker als sprake is van een bepaalde mate van ernst zoals bij het uitzetten van doodzieke personen of de wens gebruik te maken van experimentele of dure medicatie, valt bijvoorbeeld onder het recht op leven of het verbod op onmenselijke behandeling.<sup>8</sup> Het eigendomsrecht zoals dat is vastgelegd in artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermt niet alleen klassieke eigendomsrechten, maar ook uitkeringen en andere aanspraken zodra die zijn toegekend.<sup>9</sup> Dit geldt bovendien als aanspraken nog niet zijn toegekend, en beargumenteerd kan worden dat dit om discriminatoire redenen niet het geval is. Daar komt bij dat het zelfstandige discriminatieverbod dat is opgenomen in artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM, niet verlangt dat een onderscheid raakt aan een (ander) EVRM-recht; de Staat moet in al zijn doen en laten aan het vereiste van non-discriminatie voldoen.<sup>10</sup>

Los van het feit dat allerlei (sociaaleconomische) belangen tegenwoordig juridisch-technisch ‘onder de reikwijdte’ van een of meer grondrechtsnormen kunnen worden geschaard, geldt meer algemeen dat politieke strijd toenemend wordt ‘geframed’ in termen van fundamentele rechten. Dit geldt bijvoorbeeld voor bezuinigingsmaatregelen ten tijde van de financiële en economische crisis,<sup>11</sup> vragen over bestaanszekerheid of sociale voorzieningen voor immigranten,<sup>12</sup> maar ook klimaatpolitiek. Dit betekent niet alleen dat over de band van grondrechten de weg naar de rechter openstaat, maar in bredere zin dat in de discussie en bij het nemen van besluiten over deze thema’s, fundamentele rechten ‘erbij worden gehaald’. Tot voor kort leek dit overigens in Nederland nog wel mee te vallen; anders dan in bijvoorbeeld Duitsland worden thema’s als het bestaansminimum niet standaard bediscussieerd in termen van (grondwettelijke) grondrechten.<sup>13</sup> Toch hebben de pandemie, waarin zowel de vrijheidsbeperkende als de gezondheidbevorderende interventies regelmatig werden

---

<sup>7</sup> Ingrid Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, m.n. hoofdstuk 8.

<sup>8</sup> Respectievelijk EHRM (GK) 27 mei 2008, appl. no. 26565/05 (N. t. het VK); EHRM 10 april 2012, appl. no. 30909/06 (*Patainescu t. Roemenie*).

<sup>9</sup> EHRM (GK) 6 oktober 2005 (onvt. besl.), appl. nos. 65731/01 en 65900/01 (*Stec. t. het VK*); EHRM 15 september 2009, appl. no. 10373/05 (*Moskal t. Polen*).

<sup>10</sup> Art. 1 P12 EVRM: ‘Algemeen verbod van discriminatie 1. Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status. 2. Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op, met name, een van de in het eerste lid vermelde gronden.’

<sup>11</sup> Claire Kilpatrick and Bruno de Witte, ‘A comparative framing of fundamental rights challenges to social crisis measures in the Eurozone’, *European Journal of Social Law* 2014, p. 2-11.

<sup>12</sup> Denk aan de bed-bad-brood-zaak, ECSR 1 juli 2014, Complaint No. 90/2013 (CEC t. Nederland).

<sup>13</sup> Dit heeft ook te maken met het toetsingsverbod van art. 120 Gw.

voorzien van een grondrechten-frame, maar ook *Urgenda* en de nasleep van de toeslagaffaire, er inmiddels voor gezorgd dat een grondrechtenperspectief ook hier aan betekenis heeft gewonnen.<sup>14</sup>

### Beperkingmogelijkheden en ruimte voor politiek

Ik noemde al even dat de meeste grondrechten niet absoluut zijn. Dat is cruciaal als we willen begrijpen hoe ruim opgevatte grondrechten ‘werken’ in een democratie. Interessanter dan de vraag naar de precieze reikwijdte, is dan misschien nog wel de vraag naar de eisen die aan beperkingen worden gesteld en hoe die door de rechter worden uitgelegd. De Nederlandse Grondwet verlangt met name dat beperkingen van grondrechten zijn vastgelegd in of gebaseerd zijn op de wet in formele zin. Dit garandeert parlementaire betrokkenheid en daarmee democratische legitimatie van lastige grondrechtelijke keuzes.<sup>15</sup> Het EVRM daarentegen, net als overigens veel andere grond- en mensenrechtencatalogi, legt de nadruk op de inhoudelijke eis van proportionaliteit. Beperkingen moeten een legitiem doel dienen, geschikt en noodzakelijk om dat doel te bereiken en bovendien proportioneel zijn.<sup>16</sup>

Toetst de rechter aan deze eisen, dan kan de indruk ontstaan dat hij zich inlaat met een taak die eigenlijk voorbehouden is aan politieke actoren, namelijk het afwegen van verschillende belangen om grondrechten zoveel mogelijk te optimaliseren. In combinatie met het toch steeds ‘politiekere’ karakter van grondrechtentema’s zoals hiervoor beschreven, is het niet gek dat dit stuit op kritiek. De proportionaliteitstoets komt maar moeilijk af van het imago uiteindelijk ‘subjectief’ te zijn – appels en peren kan ook de rechter niet vergelijken. Als dat toch moet gebeuren, kan dat het beste aan gekozen organen worden overgelaten.<sup>17</sup>

Toch laat een nadere blik op de (internationale) rechtspraak en de wetenschappelijke discussie daarover zien dat de rechter echt niet altijd zélf belangen afweegt. En dat dat ook terecht is. Juist waar positieve verplichtingen en sociaaleconomische of anderszins politiek gevoelige belangen in het spel zijn, erkent de rechterlijke toets doorgaans expliciet de ruimte voor politiek. Door bijvoorbeeld een beoordelingsmarge (*margin of appreciation*) toe te kennen, en de door de (politieke) autoriteiten gemaakte afweging centraal te stellen. Ook in de rechtszaken die volgden op de coronamaatregelen zien we dat de Nederlandse rechter niet de vraag stelt wat in het licht van grondrechten ‘de beste’ aanpak was geweest, maar of de door de autoriteiten gemaakte keuze gerechtvaardigd en als zodanig gemotiveerd was.

<sup>14</sup> Een mooie illustratie hiervan vormt uit de opinie van de Venetiëcommissie n.a.v. de toeslagenaffaire: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) (18 oktober 2021), The Netherlands. Opinion on the Legal Protection of Citizens, Opinion No. 1031/2021, CDL-AD(2021)031, te raadplegen via [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int).

<sup>15</sup> Dit was bijvoorbeeld ook de reden waarom de noodverordeningen in de pandemie moesten worden vervangen door de Tijdelijke wet maatregelen covid-19.

<sup>16</sup> Zie m.n. de tweede leden van de artt. 8-11 EVRM, die verlangen dat beperkingen ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ zijn.

<sup>17</sup> Zie voor fundamentele kritiek t.a.v. mensenrechten en proportionaliteit, bijv. John Tasioulas, ‘Saving Human Rights From Human Rights Law’, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2019, vol. 52, p. 1167-1207.

Steeds vaker komen we bovendien vormen van zogenaamde ‘procedurele toetsing’ tegen, waarbij de rechter niet zozeer onderzoekt wat proportioneel is, maar óf de proportionaliteit op het relevante besluitvormingsniveau in ogenschouw is genomen en de gevolgdde procedure de nodige waarborgen omvatte.<sup>18</sup> Dan gaat het bijvoorbeeld over vereisten van inspraak of het meenemen van niet-economische (milieu)belangen. Op deze manier kan rechterlijke toetsing niet alleen ruimte laten aan politiek, maar ook actief aanmoedigen dat (op zijn minst in een volgend voorkomend geval) een goede afweging plaatsvindt op het daarvoor geëigende niveau.<sup>19</sup>

### Political questions en de menselijke maat

Startpunt van de discussie is hier de vraag naar de verhouding tussen recht en politiek. Als het gaat om de taak van de rechter wordt daarbij vaak verwezen naar de *political question*-doctrine. Heel kort: als sprake is van een ‘politieke vraag’ moet de rechter zich daarvan afzijdig houden. Maar hoe verhoudt dit zich tot de voornoemde uiteenzetting over de werking van veelomvattende grondrechten en de bijbehorende ruimte voor beperking?

In de *political question*-doctrine zoals die vorm heeft gekregen in de rechtspraak en literatuur in de Verenigde Staten, staat een aantal criteria centraal dat zou helpen te bepalen of een vraag al dan niet ‘politiek’ is. Het tweede criterium van de zogenoemde Baker-vereisten ziet op ‘*the lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it*’.<sup>20</sup> Bovend’eert heeft in dit kader over de Urgenda-zaak opgemerkt dat de artikelen 2 en 8 EVRM in deze zaak niet een voldoende juridisch bruikbare standaard vormden, en dat dit reden had kunnen (moeten) zijn voor de rechter om geen inhoudelijk oordeel te vellen.<sup>21</sup> Van der Hulle reageert hierop met het argument dat het te ver gaat om deze bepalingen in het algemeen als niet concreet genoeg en onbruikbaar te bestempelen. Dit wil niet meteen zeggen dat er een vergaande klimaatverplichting uit kan worden afgeleid, wel dat er rechtsnormen zijn waarmee kan worden gewerkt.<sup>22</sup>

Het EVRM wordt gezien als *living instrument*, en het is de bedoeling dat de interpretatie ervan kan aansluiten op *present day conditions*. Dit verlangt een bepaalde openheid van de normen. En het betekent ook dat de eisen die volgen uit grond- en mensenrechten lang niet altijd bij voorbaat helder zijn. Dat worden ze pas in de concrete omstandigheden van het geval. Bovendien, als we te maken hebben met een ruim toepassingsbereik en een (gepaste) terughoudendheid van de rechter, verlangen fundamentele rechten soms vooral dát er maatregelen zijn genomen, en dát de belangen fatsoenlijk zijn afgewogen, in plaats van een concreet en (vooraf) helder eindresultaat. Daar de conclusie aan verbinden dat het gaat om normen die niet concreet en dus onbruikbaar zijn, en dat

<sup>18</sup> Vgl. bijv. Janneke Gerards & Eva Brems (eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

<sup>19</sup> Ingrid Leijten & Heleen van Terwisga, ‘Naar een stabielere positie van de Nederlandse rechter in een veranderend grondrechtenlandschap’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2021/15, p. 166-188.

<sup>20</sup> Supreme Court (Verenigde Staten) 26 maart 1962, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, p. 217 (1962).

<sup>21</sup> Paul Bovend’eert, ‘Political questions in de Amerikaanse en Nederlandse rechtspraak’, *Ars Aequi* 2020, p. 911-915, 914-915.

<sup>22</sup> Rob van der Hulle, ‘De rol van de rechter in politieke geschillen. Over *political questions*, klimaatverandering en verkiezingen’, *Ars Aequi* 2021, p. 647-652, 650.

een zaak dan aan de politiek moet worden gelaten, doet het belang van ‘moderne’ fundamentele rechten echt te kort. Het gebrek aan concrete materiële standaarden kan er juist ook voor zorgen dat het bepalen daarvan teruggegeven wordt aan de politieke machten. Van belang is daarbij wel dat de rechter zijn taakopvatting als een beperkte blijft zien.

Grondrechten zijn er niet om de rechter besluiten te laten nemen. Wel vormen ze een vehikel om goede wetgeving en bestuurlijke besluitvorming – ook met behulp van procedures voor de rechter – te stimuleren. Daarbij moeten alle relevante belangen in ogenschouw worden genomen, komt proportionaliteit een centrale rol toe, en moet waar nodig actieve bescherming worden geboden. Een dergelijke reminder is niet overbodig, zo laat ook de toelagaffaire zien. Een sterker grondrechtelijk en/of proportionaliteitsbesef had wellicht een hoop leed kunnen voorkomen: het had aandacht gevraagd voor de individuele op het spel staande belangen en de evenredigheid van de inbreuk, of in elk geval de vraag opgeworpen of van een afweging van belangen überhaupt op enig moment sprake was geweest.<sup>23</sup> Ropen dat het toelagensysteem een kwestie is van sociaaleconomische politiek en niet van fundamentele rechten, zou daaraan – en aan een meer responsieve overheid in het algemeen – onnodig in de weg staan. Ruim uitgelegde grondrechten, die ook aan politieke beleidsterreinen raken, zijn zo bezien voor het streven naar maatwerk juist behulpzaam.

### Grondrechten en de legitimiteit van algemeen belangacties

Ik kwam al even terug bij *Urgenda* – laat ik tot besluit van dit stuk ook meer algemeen nog iets zeggen over de rol van politiek en grondrechten als het gaat om (de input- en throughput-aspecten van) algemeen-belangacties. De vraag naar *input* betreft de representativiteit van eisers en de toegelaten belangen – die doorgaans selectief zijn en waarvan je je (soms) af kunt vragen of ze niet beter in het politieke proces naar voren hadden moeten worden gebracht. Uit de discussie hiervoor volgt dat zeker waar het gaat om politiek gevoelige onderwerpen, de rechter op basis van grondrechten niet snel zijn afweging voor die van de wetgever of het bestuur in de plaats zal stellen, mits er ten minste een afweging is gemaakt waarin de ‘fundamentele’ belangen die aan de orde zijn een passende rol hebben gespeeld. *Urgenda* kun je ook lezen als een rechterlijk ingrijpen vanwege het ontbreken van enige rechtvaardiging (motivering) voor het naar beneden bijstellen van de emissiedoelstellingen, terwijl dit duidelijk botste met wetenschappelijke kennis en internationale afspraken.<sup>24</sup> Juist als sprake is van ‘hiaten’ en nalaten van de wetgever, terwijl er een prangende opdracht ligt, moet er een rol weggelegd zijn voor grondrechten om gaten te vullen, hoewel de bal daarbij nog steeds kan worden teruggegeven aan de politiek. Ook public interest litigation wordt gezien als sluitstuk en onderdeel van een bredere strategie: niet procederen om het procederen, maar de rechter inzetten als invloed via het democratische proces niet lukt. Het doel van *Urgenda* moet niet zijn ‘nog veel meer Nederlandse klimaatzaken’, maar ‘nu kan de wetgever het (beter) zelf’. *Throughput* gaat tot slot over de procedure en de manier waarop de rechter daaraan invulling geeft.

<sup>23</sup> Zie bijv. ook Karin de Vries & Ingrid Leijten, ‘Over proportionaliteit gesproken. De opinie de Venetiëcommissie over de toelagenaire, en waarom we het ook over grondrechten moeten hebben’, *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2022/1, p. 63-77.

<sup>24</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Staat/Urgenda*). Zie met name r.o. 7.4.6.

Van Gestel en Loth laten zien dat dit een kwestie is van legitimiteit en daarmee onder meer van de overtuigingskracht van de rechterlijke argumentatie. Een genuanceerd begrip van (de werking van) veelomvattende grondrechten laat zien dat een grondrechtenargumentatie niet zozeer ‘politiek verstorend’ is, maar de mogelijkheid biedt om bepaalde belangen het gewicht te geven dat ze verdienen. In Nederland gebruiken we daarvoor niet de grondrechten uit de Grondwet, maar meestal die uit het EVRM. Het ‘spiegelbeginsel’ verlangt daarbij dat wordt aangesloten bij de rechtspraak van het EHRM, maar dat de rechter niet meer bescherming biedt dan daaruit voortvloeit. Dat laatste is voorbehouden aan de wetgever.<sup>25</sup> Om twee redenen is dit geen ideaal uitgangspunt. Om te beginnen is er geen ruimte voor een *actio popularis* in Straatsburg.<sup>26</sup> De EHRM-rechtspraak gaat dus over de uitleg van grondrechten in individuele gevallen, en is daarom niet altijd gemakkelijk te vertalen naar zaken waarin meer abstracte, algemene belangen centraal staan. In *Urgenda* gebeurt dit dan ook op een wat gekunstelde manier.<sup>27</sup>

Ten tweede en meer algemeen staat de zoektocht naar Straatsburgse precedënten mogelijk in de weg aan een ‘eigen’ beoordeling van grondrechtelijke kwesties in lijn met de gedachte dat die niet altijd concrete uitkomsten voorschrijven, maar wel verlangen dat maatregelen die een impact hebben op burgers, steeds proportioneel zijn. De toetsing aan het EVRM in toeslagzaken, waarin vrij gemakkelijk werd geconcludeerd dat artikel 1 Eerste Protocol niet van toepassing was,<sup>28</sup> en dus geen aanleiding vormde voor een evenredigheidstoetsing, vormt een sprekend voorbeeld. Een bewustzijn van dit gevaar, en wie weet in de toekomst ook de mogelijkheid om te toetsen aan de eigen Grondwet, zou dan ook de legitimiteit van de rechterlijke beoordeling, ook in algemeenbelangzaken, kunnen versterken.

---

<sup>25</sup> Janneke Gerards & Joseph Fleuren, *Implementation of the European Convention on Human Rights and of Judgments of the ECtHR in national case-law, a comparative analysis*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 245; Janneke Gerards, ‘Spiegel of lachspiegel? Over het EVRM en het Urgenda-arrest’, blog van het Montaigne Centre for Rule of Law and the Administration of Justice, 5 februari 2020.

<sup>26</sup> Zie hierover, Leijten en Terwisga 2021.

<sup>27</sup> Zie nader, Ingrid Leijten, ‘Het recht op een rechtvaardiging en hoe de HR in *Urgenda* de bescherming van fundamentele rechten serieus neemt’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2020/2, p. 94-99.

<sup>28</sup> ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4445. Zie Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (PoK), Ongekend onrecht, 17 december 2020, Kamerstukken II 2020/21, 35 510, nr. 2, p. 117.

# Op naar de rechter als politieke conflictmanager?

Maurits Helmich

## Inleiding

Over het feit dat recht en rechtspraak innig met politiek verbonden zijn, bestaat in de hedendaagse wetenschappelijke literatuur nog maar weinig discussie. Er bestaat een rijke empirische literatuur over de ideologische beïnvloedbaarheid van rechters – met name wanneer het aankomt op kwesties die in het ‘gewone’ politieke leven ook al splijtzwammen zijn.<sup>1</sup> Rechters, zo moeten we andermaal concluderen, zijn net mensen, zelfs wanneer zij zich het zwart van de togakledij aanmeten. Bovendien benadrukken sociologen en kritische theoretici al zo’n halve eeuw dat de rechtspraak als *instituut* natuurlijk geen ideologisch neutrale organisatie is. Rechters tellen als de bewakers van recht en rechtsstaat, en hebben dus tot taak om normerend op te treden wanneer de spelregels van het samenleven op het spel staan. Vaak kan de rechter deze taak wellicht in relatieve rust en luwte uitvoeren. Op andere momenten – bijvoorbeeld wanneer ‘hete aardappels’ zoals landelijk milieu-beleid of coronabeleid in het spel zijn – komt de rechter echter ineens in het middelpunt van politieke controverse. Moeten we ons daar zorgen over maken? Niet wezenlijk, als we de bijdrage van Rob van Gestel en Marc Loth in dit nummer van *Rechtstreeks* mogen geloven. Ja, het schuurt weliswaar tussen recht en politiek, maar als de positie van de rechter dan aan herdefiniëring toe is, moeten we ons eerder opmaken voor een centralere rechterlijke rol dan voor minder centrale. Aldus Van Gestel en Loth, althans.

Dit korte artikel formuleert een reactie op de bijdrage van Van Gestel en Loth. Intentie daarbij is niet om hun analyse van de complexe hedendaagse ontwikkelingen omtrent recht(spraak) en politiek aan te vallen, noch om de concrete aanbevelingen die zij doen te bestrijden. Liever stel ik mij tot doel om, zoals Van Gestel en Loth het zelf verwoorden, ‘de goede vragen te stellen’. De bijdrage van Van Gestel en Loth, zo betoog ik in deze reactie, getuigt van een bestuurlijk georiënteerd perspectief dat de werkelijkheid van ‘harde’ politieke belangenstrijd maar weinig belicht. Specifiek lijkt hun focus te liggen bij het vinden van juridische instrumenten die rechters zoveel mogelijk in staat stellen om in samenspraak tot maatschappelijk acceptabele oordelen te komen. Daarmee worden wat mij betreft de fundamentele politieke vragen buiten de orde geplaatst. Moeten we het niet hebben over wiéns belangen het recht dient, hoe het recht ruimte kan laten aan de uiting van rauw politiek conflict, en waar rechterlijke tolerantie voor ondemocratische maatschappelijke opvattingen stopt? Pas zodra we een antwoord op dié vragen formuleren kunnen we, om de formulering van Van Gestel en Loth

<sup>1</sup> Voor overzichtartikelen van de literatuur in de Amerikaanse context, zie Bonica & Sen, *Journal of Economic Perspectives* 2021 en Fischman & Law, *Wash. U. Journal of Law & Policy* 2009.

wederom te lenen, werkelijk verder komen dan het stellen van de holle ‘cliché-vraag of de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten’.

Het hierop volgende betoog verdedigt drie stellingen. Ten eerste beargumenteer ik dat het weinig zin heeft om – zoals Van Gestel en Loth lijken te doen – te spreken over een evenwicht tussen recht(er) en politiek zonder concreet te benoemen welke belangen dat ‘evenwicht’ wel en niet waarborgt.

Ten tweede betoog ik dat, anders dan Van Gestel en Loth suggereren, het terugtreden van traditionele politieke instituties niet betekent dat we dan maar moeten terugvallen op rechters als managers van politieke conflict. Ten derde en laatste verdedig ik de stelling dat de principiële vraag aangaande wat het recht van ons verlangt helder gescheiden moet blijven van vragen over maatschappelijk draagvlak (‘sociale legitimiteit’). De roep van Van Gestel en Loth om overwegingen van ‘morele en politieke haalbaarheid’ in ogenschouw te nemen is invoelbaar, maar we mogen niet vergeten hoe paradigma’s over wat politiek reëel is zélf voor herdefiniëring openstaan. Ik sluit af met een korte conclusie.

### Een evenwicht van machten?

Eén lijn die duidelijk door de bijdrage van Van Gestel en Loth loopt is de zoektocht naar institutionele oplossingen voor structurele gebreken in het functioneren van de politiek. Overheden en andere maatschappelijke actoren, zo lijkt de gedachte, wijken bij afwezigheid van effectief juridisch (en ander) toezicht al snel af van het correcte pad. Of het nu gaat om het verschaffen van een advocaat tijdens het verhoor,<sup>2</sup> het voorkomen van schadelijke stikstofuitstoot<sup>3</sup> of het tegengaan van toeslagenfraude – in veel gevallen willen rechtsstatelijke waarden er nog wel eens bij inschieten.<sup>4</sup> De overheid en andere grote maatschappelijke spelers, zo stellen Van Gestel en Loth, moeten dus ‘scherp gehouden worden’ met rechterlijke controle. *Checks and balances*, macht en tegenmacht. Het is een oud verhaal dat sinds de tijd van de Amerikaanse founding fathers resoneert en zelfs weet door te dringen tot de meer abstracte verhandelingen van de filosofie, zoals in het werk van politiek theoreticus John Rawls:

*‘Ultimate power is held by the three branches [of government, MH] in a duly specified relation with one another with each responsible to the people (...) By applying public reason the court is to prevent that law from being eroded by the legislation of transient majorities, or more likely, by organized and well-situated narrow interests skilled at getting their way.’<sup>5</sup>*

De vraag is natuurlijk: hoe weet deze visie op de rechterlijke rol in termen van macht en tegenmacht generaties aan filosofen, juristen en politiek analisten toch steeds maar weer zo tot de verbeelding te spreken? Het verbaast, zeker nu er twee rivaliserende verhalen zijn die ogenschijnlijk veel eenvoudiger de rechterlijke rol uitleggen: dat de rechter dicht bij de rechtsbronnen moet blijven, of dat de rechter

<sup>2</sup> HRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102 (*Salduz t. Turkije*) (bevestiging van het recht op toegang tot een raadsman vanaf het moment van politieonderveraging).

<sup>3</sup> Zie ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604 (ongeldigverklaring van het Programma Aanpak Stikstof als grondslag voor vergunningen).

<sup>4</sup> Voor het laatste voorbeeld, zie Gestel & Loth, *Rechtstreeks* 2022. De andere twee voorbeelden zijn van mij.

<sup>5</sup> Rawls 2005, p. 232.



het algemene nut moet dienen.<sup>6</sup> Waarom dan nog de autonome nadruk op het belang van checks and balances in dat verhaal?

De sleutel ligt, denk ik, bij een notie van rechtsstatelijk equilibrium. Democratie en rechtsstaat zijn volgens deze equilibrium-gedachte gemaakt om elkaar op een productieve manier aan te vullen om te voorkomen dat een van beide uit de bocht vliegt. Enerzijds, zo wordt dan gesteld, hebben centrale politieke en maatschappelijke actoren de taak om rechtsstatelijke beginselen en de politieke rechten van burgers te respecteren. Slagen zij daar niet in, dan heet dat 'regulatief of bestuurlijk falen' en verdient het publieke beleid gerechtelijke 'correctie en/of aanvulling'.<sup>7</sup> Anderzijds, zo haast men zich toe te voegen, moet de rechtspraak niet 'de andere takken van overheidsbestuur' voor het hoofd stoten indien dat niet noodzakelijk is voor de 'rechtshandhaving of -bescherming'.<sup>8</sup> Anders zou de rechtspraak zich immers te veel mengen in alledaagse beleidsvraagstukken en krijgen klachten over rechterlijke 'grensoverschrijding van het politieke domein' zowaar goede grond.<sup>9</sup>

Zoals ik het zie levert het hiervoor beschreven nadenken over recht(spraak) en politiek in termen van abstracte equilibria maar weinig op – en is het soms zelfs schadelijk.

Voor nu beperk ik mij tot het voorleggen van één bespiegeling: wat als recht en politiek niet elkaar tegenwerken, maar aanvullen bij het in stand houden van systemen van onrecht en exploitatie, zoals bij de kinderopvangtoeslagaffaire het geval was? In dat geval heeft de burger, om de woorden van commissie-Van Dam te gebruiken, 'geen schijn van kans' binnen de bestaande instituties.<sup>10</sup> Natuurlijk kan men dan achteraf (terecht) concluderen dat de 'rechter minder slaafs de (...) Belastingdienst had moeten volgen',<sup>11</sup> maar daarmee wordt het centrale punt gemist: dat 'de Afdeling [Bestuursrechtspraak van de Raad van State, MH] zich *moedwillig* machteloos heeft opgesteld'.<sup>12</sup> Zo bezien is in gevallen als de toeslagaffaire het karakteriseren van rechterlijk falen als een verstoring in de checks and balances zo absurd als zeggen dat diefstal ontstaat door een gebrek aan toezicht op de dief door de heler. De realiteit is natuurlijk: de dief en de heler zijn medeplegers van hun misdrijf. Wil men hun schadelijke gedragspatroon doorbreken, dan zal men hen daar dus beiden met de nodige pressie toe moeten aanzetten. Hetzelfde principe geldt ten aanzien van de staatsmachten. De primaire uitdaging is om rechter en politiek tezamen tot publieke responsiviteit te dwingen. Vragen over de bevoegdheidsverdeling tussen de staatsmachten zijn hooguit relevant in afgeleide zin.

---

<sup>6</sup> Vgl. Holmes, *Harvard Law Review* 1997, p. 999: 'The duty [of weighing considerations of social advantage] is inevitable, and the result of the often proclaimed judicial aversion to deal with such considerations is simply to leave the very ground and foundation of judgments inarticulate, and often unconscious.'

<sup>7</sup> Van Gestel & Loth, *Rechtstreeks* 2022.

<sup>8</sup> Van Gestel & Loth, *Rechtstreeks* 2022.

<sup>9</sup> Van Gestel & Loth, *Rechtstreeks* 2022.

<sup>10</sup> *Rapport Commissie-Van Dam* 2020, p. 8.

<sup>11</sup> Van Gestel & Loth, *Rechtstreeks* 2022. Overigens nemen Van Gestel en Loth deze duiding niet expliciet zelf voor hun rekening.

<sup>12</sup> Aldus Bert Marseille in *Rapport Commissie-Van Dam* 2020, p. 92. Cursivering toegevoegd.

## De managende rechter

Voorgaand heb ik betoogd dat Van Gestel en Loth vast lijken te houden aan een oud (en mijns inziens weinig verhelderend) discours van een abstract evenwicht tussen de staatsmachten. Dat gezegd hebbende zou het een vergissing zijn te suggereren dat de beide auteurs niet openstaan voor een grondige herdefiniëring van de rechterlijke rol. Het tegendeel is waar. Van Gestel en Loth doen de belangrijke observatie dat procesvoering in het algemeen belang (*public interest litigation*, of PIL) steeds transnationaler en ‘polycentrischer’ van aard wordt. Dat wil zeggen: de problemen die procesvoering in het algemeen belang agendeert laten zich steeds minder definiëren binnen goed afgebakende nationale jurisdicties of afzonderlijke maatschappelijke sectoren. Klimaatzaken zijn een belangrijk voorbeeld daarvan. Niet alleen trekt de klimaatproblematiek zich weinig aan van landsgrenzen, ook hebben bevelen tot uitstootreductie grote en complexe politiek-economische implicaties voor de maatschappij als geheel. Daar moet de rechter op inspelen. De discussie die is ontstaan in het kielzog van de Urgenda-uitspraak van de rechtbank Den Haag in 2015, waarin de Staat bevolen werd om broeikasgasemissies landelijk te beperken, is illustratief voor de frictie en verwarring die veranderen de rol van de rechter meebrengt.<sup>13</sup> Grofweg kan men de controverse als volgt samenvatten:

*Van Gestel en Loth*: de Urgenda-uitspraak staat voor een soort rechtspraak dat we moeten omarmen. De rechter helpt hier de burger nu deze door het bestuur en de wetgever in de steek is gelaten.<sup>14</sup>

*Critici*: dat mag wel zo zijn, maar deze uitspraak komt met de prijs van het ondergraven van staatsrechtelijke beginselen van machtscheiding en politieke beleidsvrijheid.<sup>15</sup>

*Van Gestel en Loth*: in zoverre zijn dat dan ook verouderde beginselen. De trias politica en nationale politieke soevereiniteit zijn dood. De rechter zal daarom meer op de voorgrond gaan treden.<sup>16</sup>

Nu, in de *Rechtstreeks*-bijdrage waar mijn eigen artikel een reactie op vormt, gaan Van Gestel en Loth nog een stap verder. Eigenlijk, zo stellen zij, moeten wij naar het model van de *managerial judge*: een rechter die zélf actief op zoek gaat naar een oplossing voor de maatschappelijke problemen die ten gerechte worden voorgelegd. Daarbij moet de nadruk vooral op samenwerking komen te liggen. De rechter zou een soort verbinder met ‘rechtspolitiek georiënteerde regiefunctie’ moeten worden die de maatschappelijke dialoog over heikele thema’s zoals de klimaattransitie in goede banen leidt.

Mijn vraag bij deze discussie: zijn er dan geen manieren om het ineenzakken van de oude democratische kanalen tegen te gaan zónder meteen het beginsel van de machtscheiding in de prullenmand te gooien? Let wel: er zijn nog altijd goede redenen om de autonome taken van de geïnstitutionaliseerde politiek niet te vermengen met de juridische taken van de rechter. Transparantie van bestuur (dat wil zeggen duidelijkheid waar de politieke besluiten genomen worden) is er eentje.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), bekrachtigd in Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 en HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

<sup>14</sup> Van Gestel, *Regelmaat* 2015, p. 396; Loth, *AV&S* 2015/25, p. 153.

<sup>15</sup> Zie bijv. Bergkamp, *NJB* 2015/1676; Fikkers *NJB* 2015/1677, p. 2293; Schutgens, *NJB* 2015/1675.

<sup>16</sup> Van Gestel & Loth, *NJB* 2015/1849; Van Gestel & Loth, *AA* 2019; Van Gestel & Loth, *AA* 2020.

<sup>17</sup> Waldron, *Boston College Law Review* 2013.

Het concentreren van politieke verantwoordelijkheid (duidelijke consequenties kunnen verbinden aan 'foute' beleidsbeslissingen) is een andere.

Als de terugtred van nationale parlementen inderdaad een voldongen feit is, zullen er andere kanalen gevonden moeten worden waar rauw politiek geschil een uiting kan krijgen. Wil een democratie werken, dan moet er immers iets op het spel staan.<sup>18</sup> Revitaliseer bijvoorbeeld de lokale politiek door haar meer slagkracht en budgettaire autonomie te geven.<sup>19</sup> Of hervorm de Europese Unie door de Commissievoorzitter direct te verkiezen en de Centrale Bank aan democratische banden te leggen.<sup>20</sup> Andere suggesties zijn welkom. De 'managende rechter' lijkt echter een stap in de verkéerde richting.

### Sociale legitimiteit

Er is nog één laatste thema in de bijdrage van Van Gestel en Loth waar ik op deze plek graag de aandacht op vestig: de, naar het lijkt, vrij verwoede poging om de rechtspraak van een brede sociale basis te voorzien. Van Gestel en Loth noemen dat 'sociale legitimiteit': 'de vraag of het publiek de rechtsorde en haar instituties ziet als respect en gehoorzaamheid waardig'. Een wat langer citaat:

'[Public interest litigation kan] leiden tot uitspraken die niets oplossen, het gezag van de rechter aantasten, en de verhouding met de andere staatsmachten nodeloos op scherp zetten. Van de rechter wordt daarom (...) laveerkunst, inschattingsvermogen, maatschappelijke sensitiviteit, een politieke antenne, en rechterlijke moed gevraagd. De rechter in PIL-zaken moet niet bang zijn voor politiek, maar ook niet naïef.'

Ik moet bekennen dat ik deze passage met enige verwondering gelezen heb. Tegen welk gevaar waarschuwen Van Gestel en Loth nu eigenlijk precies? Ervaren zij bij de rechterstand dan soms een gebrek aan maatschappelijk bewustzijn – een neiging om de sociale vrede 'nodeloos' te verstoren? Dat zou natuurlijk kwalijk zijn, al moet ik zeggen dat ik het probleem van roekeloze rechters maar weinig herken. Een andere mogelijkheid is echter dat Van Gestel en Loth hun woorden meer inhoudelijk-prescriptief bedoelen: als een roep om compromisbereidheid in het rechterlijk oordeel – zelfs als dat strikt juridisch-principieel gezien misschien wat tegen de borst stuit. Als dát de strekking van hun boodschap is, is onze onenigheid van fundamenteelere aard. Toegegeven: filosofen twisten over de normatieve grondslag van de rechtspraak, waarbij sommigen een moreel ideaal noemen ('natuurrecht'<sup>21</sup>) en anderen een meer procedurele ('democratie'<sup>22</sup>). Over één zaak bestaat echter maar weinig twijfel: de juistheid van een rechterlijke uitspraak is iets anders dan haar populariteit. Het lijkt onverstandig dat onderscheid op de tocht te zetten.

<sup>18</sup> Zie Mair, *Government and Opposition* 2007, p. 14-15: '[I]f politics becomes less important, then so does democracy (...) [T]hrough Europe, European citizens (...) learn to live with a growing absence of politics. (...) Political conflict in this sense becomes undermined in Europe, and by Europe.'

<sup>19</sup> Vgl. Jones & Stewart, *Public Policy and Administration* 2012.

<sup>20</sup> Vgl. Hix 2015.

<sup>21</sup> Finnis 2011.

<sup>22</sup> Ely 1980.

Verplaatsen we ons ter illustratie in de tijd van de Afro-Amerikaanse burgerrechtenbeweging van de jaren vijftig en zestig. In *Brown v. Board of Education*, voorbeeld en inspiratiebron voor Van Gestel en Loth,<sup>23</sup> verklaart het Amerikaanse Hooggerechtshof de wijdverspreide praktijk van raciale school-segregatie definitief ongrondwettelijk.<sup>24</sup> 'Moed' hadden deze rechters zeker, maar ik vraag me af: hoeveel collega's hadden in hun plaats deze principiële uitspraak exáct in de naam van 'maatschappelijke sensitiviteit' nagelaten? Nog scherper gesteld: hoeveel ellende had de geschiedenis wel niet wel bespaard kunnen blijven als witte gematigden de principieel-juridische strijd om rassengelijkheid niet van meet af aan als (politiek) inopportuun hadden bestempeld?<sup>25</sup> *Soyez réalistes, demandez l'impossible*, zeiden de 68'ers. Het is een credo dat burgerrechtenapologeten al leefden voor de eerste letter van de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring opgetekend was.<sup>26</sup>

## Conclusie

In dit artikel heb ik een aantal kritische noten geplaatst bij de langetermijnvisie op rechtspraak en politiek die Van Gestel en Loth voorstaan. In het bijzonder heb ik mijn zorgen geuit over de bestuurlijk georiënteerde toon die door hun bijdrage heen schijnt. De centrale constitutionele vragen van onze tijd, zo heb ik betoogd, vragen niet om delegatie of management, maar om een principieel antwoord dat moet worden bevochten in de rechtspolitieke arena. De vraag is niet primair: hoe kan de rechter de politiek in goede banen leiden? De vraag is: hoe krijgt men – als rechters onderling, en als publiek in wijdere zin – de rechtspraak zover dat zij democratische waarden verdedigt?

De voornoemde kritiek geuit hebbende, kan men het met Van Gestel en Loth op andere vlakken alleen maar eens zijn. Ja, de rol van de civiele rechter verdient herdefiniëring – zeker als het om algemeenbelangzaken gaat. Ja, onze rechtsorde wordt steeds transnationaler, hetgeen de rol van de (Nederlandse) rechter op het wereldtoneel zal doen veranderen. En ja, de steeds complexer wordende globale problematiek (denk niet alleen aan klimaat- en vluchtelingenproblematiek, maar ook aan technologisering en kapitaalvlucht) zal de rechtspraak in de 21<sup>e</sup> eeuw alleen nog maar meer op te proef stellen. Door die kwesties definitief op de agenda te zetten hebben Van Gestel en Loth de Nederlandse rechtswetenschap een grote dienst bewezen.

---

<sup>23</sup> Van Gestel & Loth, *NJB* 2016/141, p. 195.

<sup>24</sup> Supreme Court (Verenigde Staten) 17 mei 1954, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>25</sup> Zie King, *U.C. Davis L. Rev.* 1993, p. 842: 'I have almost reached the regrettable conclusion that the Negro's great stumbling block in his stride toward freedom is not the White Citizen's Council or the Ku Klux Klanner, but the white moderate, (...) who constantly advises the Negro to wait for a "more convenient season."

<sup>26</sup> Vgl. King, *U.C. Davis L. Rev.* 1993, p. 849.

## Literatuurlijst

### **Bergkamp, NJB 2015/1676**

L. Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis: Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste', *NJB 2015/1676*, afl. 33, p. 2278-2288.

### **Bonica & Sen, *Journal of Economic Perspectives* 2021**

A. Bonica & M. Sen, 'Estimating Judicial Ideology', *The Journal of Economic Perspectives* 2021, no. 1, p. 97-118.

### **Bourdieu, *Hastings L.J.* 1987**

P. Bourdieu, 'The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field', *Hastings Law Journal* 1987, no. 5, p. 814-853.

### **Van der Bruggen, NJB 2020/1808**

G. van der Bruggen, 'Klare taal in uitspraken: Meer dan stijl alleen', *NJB 2020/1808*, afl. 28, p. 2024-2036.

### **Ely 1980**

J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA/London: Harvard University Press 1980.

### **Fikkers, NJB 2015/1677**

S. Fikkers, 'Urgenda, de zorgplicht en toekomstige generaties', *NJB 2015/1677*, afl. 33, p. 2289-2293.

### **Finnis 2011**

J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, New York: Oxford University Press 2011.

### **Fischman & Law, *Wash. U. Journal of Law & Policy* 2009**

J.B. Fischman & D.S. Law, 'What Is Judicial Ideology, and How Should We Measure It?', *Washington University Journal of Law & Policy* 2009, no. 1, p. 133-214.

### **Van Gestel, *Regelmaat* 2015**

R.A.J. van Gestel, 'Urgenda: een typisch gevalletje rechter, wetgever of politiek?', *Regelmaat* 2015, afl. 5, p. 384-396.

### **Van Gestel & Loth, NJB 2015/1849**

R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJB 2015/1849*, afl. 37, p. 2598-2605.

**Van Gestel & Loth, NJB 2016/141**

R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Rechtsvorming in een meerlagige rechtsorde', *NJB* 2016/141, afl. 3, p. 194-195.

**Van Gestel & Loth, AA 2019**

R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Voorbij de trias politica: Over de constitutionele betekenis van 'public interest litigation'', *AA* 2019, afl. 9, p. 647-655.

**Van Gestel & Loth, AA 2020**

R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'De legitimiteit van rechterlijke rechtsvorming', *AA* 2020, afl. 10, p. 885-887.

**Van Gestel & Loth, Rechtstreeks 2022**

R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Hoe politiek is de rechter?', *Rechtstreeks* 2022, afl. 1.

**Hix 2015**

S. Hix, 'Democratizing a Macroeconomic Union in Europe', in: O. Cramme & S.B. Hobolt (eds.), *Democratic Politics in a European Union under Stress*, New York: Oxford University Press 2015.

**Holmes, Harvard Law Review 1997**

O.W. Holmes, 'The Path of the Law', *Harvard Law Review* 1997, p. 991-1009.

**Jones & Stewart, Public Policy and Administration 2012**

G. Jones & J. Stewart, 'Local government: the past, the present and the future', *Public Policy and Administration* 2012, no. 4, p. 346-367.

**King, U.C. Davis L. Rev. 1993**

M.L. King Jr., 'Letter from Birmingham Jail', *U.C. Davis Law Review* 1993, no. 4, p. 835-852.

**Loth, AV&S 2015/25**

M.A. Loth, 'De Rechtbank Den Haag heeft gesproken...', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2015/25, afl. 5, p. 153-155.

**Mair, Government and Opposition 2007**

P. Mair, 'Political Opposition and the European Union', *Government and Opposition* 2007, no. 1, p. 1-17.

**Rapport Commissie-Van Dam 2020**

*Rapport Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag*, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 35510, 2.

**Rawls 2005**

J. Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press 2005.

**Schutgens, NJB 2015/1675**

R.A.J. Schutgens, 'Urgenda en de trias', *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2270-2277.

**Waldron, Boston College Law Review 2013**

J. Waldron, 'Separation of Powers in Thought and Practice', *Boston College Law Review* 2013, no. 2, p. 433-468.

# De legitimiteit van rechterlijke beslissingen: voorbij de trias?

Wendy Yan<sup>1</sup>

## Inleiding

In het hoofdartikel van dit nummer van *Rechtstreeks* zoeken Van Gestel en Loth naar de legitimatie van de rechter om bij de uitoefening van zijn rechtsvormende taak rechtspolitieke of beleidsgetinte afwegingen te maken. Van Gestel en Loth kijken hierbij in het bijzonder naar *public interest litigation* (PIL)-zaken. De auteurs signaleren dat de rechtsvormende taak van de rechter steeds vaker ter discussie staat in deze algemeenbelangacties. De zaken *Urgenda* en *Milieudefensie/Shell* en de hierover ontstane discussies over de politieke rechter zijn hiervan goede voorbeelden.<sup>2</sup> Tegelijkertijd zien Van Gestel en Loth ook dat (rechtspolitieke) rechterlijke beslissingen die ideële of algemene belangen treffen soms juist worden aangemoedigd.

In een prikkelende bijdrage verklaren Van Gestel en Loth het verschil tussen steun en kritiek voor rechterlijke rechtsvormende oordelen in PIL-zaken via het concept 'legitimiteit'. Deze legitimiteit moet niet (enkel) worden beoordeeld in termen van de trias politica, maar wordt door de auteurs benaderd vanuit drie dimensies: een morele, een juridische en een sociale dimensie. Met behulp van deze conceptualisatie van legitimiteit pogen Van Gestel en Loth een antwoord te geven op de centrale vraag van dit thema: hoe politiek is de rechter?

In mijn bijdrage sluit ik mij aan bij de stelling van Van Gestel en Loth dat het tijd wordt om op een vernieuwende wijze te kijken naar de legitimiteit van dergelijke rechterlijke beslissingen en daarmee verbonden de politieke rol van de rechter. In deze bijdrage zal ik zowel toelichten als verdedigen dat de trias politica ook in de huidige tijd nog relevant is voor het begrijpen, verklaren en legitimeren van overheidsoptreden. Het is eerst noodzakelijk om de kernbegrippen nader te bekijken: de 'politieke rechter' en legitimiteit van diens beslissingen. Daarnaast pleit ik ervoor om de leer van de trias politica te herbezielen en te herwaarderen en allicht daarmee een nieuw perspectief te bieden op de legitimiteit van de 'politieke rechter'.

---

<sup>1</sup> Als staatsrechtjuriste en bestuurskundige zal ik mij ervan weerhouden om al te diep in te gaan op de civielrechtelijke aspecten van het vraagstuk.

<sup>2</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*); Rb Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Shell*). Zie ook: 'Veel belangstelling voor klimaatzaak tegen Shell', NOS.nl, 1 december 2020.



## De politieke rechter en legitimiteit

In dit themanummer staat de vraag naar de politieke rechter centraal. Maar wat wordt er met de term ‘politiek’ bedoeld en wie of wat is deze politieke rechter dan? Is dit een rechter die tegelijkertijd ook een politiek wezen is met eigen politieke voor- en afkeuren? Of is dit een rechter die, naast het hebben van politieke voor- en afkeuren, ook (strategisch) handelt in de uitoefening van diens taken met al dan niet gevolgen voor de uitkomsten van gerechtelijke procedures?

Wat verstaan Van Gestel en Loth eigenlijk onder de politieke rechter? Zij definiëren het concept niet als zodanig, maar uit de manier waarop van Van Gestel en Loth hun centrale vraag formuleren kunnen wij wel enkele aanknopingspunten vinden voor hun antwoord. Deze vraag is: in hoeverre is de rechter gelegitimeerd om bij het scheppen van nieuw recht rechtspolitieke of beleidsgetinte afwegingen te maken?

Uit deze vraagstelling trek ik twee conclusies. Een eerste is dat Van Gestel en Loth de term ‘politiek’ breder trekken: het gaat niet alleen om rechtspolitieke afwegingen maar ook om afwegingen die te maken hebben met beleid. Een tweede is dat Van Gestel en Loth een politieke rechter niet beschouwen als een rechter die rechtspolitieke of beleidsgetinte afwegingen maakt bij de uitoefening van zijn rechtsvormende taak. Het gaat er juist om dat de rechter bij deze uitoefening van zijn rechtsvormende taak daartoe de legitimiteit ontbeert. De politieke rechter is dan een rechter die illegitiem aan rechtsvorming doet. De vraagstelling zoals Van Gestel en Loth die formuleren kan volgens hen worden beantwoord aan de hand van het concept legitimiteit. Maar welke betekenis kennen de auteurs aan dit begrip toe?

Van Gestel en Loth classificeren legitimiteit als een notoir complex concept dat in essentie verbonden is met een claim op respect en gehoorzaamheid.<sup>3</sup> Legitimiteit heeft, volgens de auteurs en met verwijzing naar het werk van Richard Fallon Jr, in ieder geval een sociale (externe), morele (normatieve) en juridische dimensie.<sup>4</sup> Vanuit die dimensies kunnen verschillende aspecten van legitimiteit worden onderzocht. Ook zijn combinaties van dimensies soms wenselijk om bepaalde concepten te bespreken, zoals het geval is bij de bespreking van democratische legitimiteit. Deze legitimiteit, die vaak wordt ingeroepen wanneer het gaat om de legitimiteit van de rechter in relatie tot andere overheidsorganen (zoals in de discussie over de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Urgenda*) heeft raakvlakken met zowel een juridische als morele dimensie van legitimiteit.<sup>5</sup> Juridisch, want het gaat om de vraag of de rechter de juiste bevoegdheden, methoden en argumenten inzet tijdens de

<sup>3</sup> Vergelijk deze definitie ook met de veelgeciteerde definitie van legitimiteit van Suchman: ‘*Legitimacy is a generalized perception or assumption that the actions of an entity are desirable, proper, or appropriate within some socially constructed system of norms, values, beliefs, and definitions*’. Zie: Suchman 1995 *Academy of Management Review*, p. 574.

<sup>4</sup> Overigens benoemt Fallon Jr. juridische, morele en *sociologische* legitimiteit. Het is voor mij op het eerste gezicht niet duidelijk of de ‘sociale legitimiteit’ in het stuk van Van Gestel en Loth en ‘sociologische legitimiteit’ zoals benoemd door Fallon Jr. dezelfde betekenis hebben. Zie: Fallon Jr. 2005 *Harvard Law Review*; Fallon Jr. 2018 in: Grove 2019 *Harvard Law Review*, p. 2244.

<sup>5</sup> Hier neem ik het standpunt van Huijbers en Gerards over, zie: Huijbers & Gerards 2016, p. 195.

procedures. Moreel, want het gaat om de rolconceptie van de rechter bij het ingaan op en ingrijpen in beleidsmatige keuzes.<sup>6</sup> Het is belangrijk om dit soort combinatiemogelijkheden onder ogen te zien, want een gecombineerd juridisch-morele benadering van het begrip democratische legitimiteit is naar mijn mening cruciaal in de beantwoording van de vraag in hoeverre de rechter een politieke rol speelt.

Van Gestel en Loth zien een politieke rechter dus als de rechter die *illegitiem* rechterlijke beslissingen neemt op basis van rechtspolitieke of beleidsgetinte afwegingen. Het gaat hier dus om de legitimiteit van rechterlijke oordeelsvorming en niet zozeer om de legitimiteit van de rechter ten opzichte van andere staatsmachten. De vraag die ik daarbij heb is dat de legitimiteitskwesaties niet enkel gelegen zijn in de legitimiteit van rechterlijke oordelen, maar ook op een hoger en abstracter niveau, namelijk de legitimiteit van de rechter en rechterlijke macht ten opzichte van andere staatsmachten in het Nederlands constitutioneel bestel: de democratische legitimiteit. Immers, als wordt betoogd dat de ‘politieke rechter’ een rechter is die ingrijpt in beslissingen die toebehoren aan het ‘politieke domein’, dan zal er ook misschien nog wel uitdrukkelijker stelling moeten worden ingenomen over wat het politieke domein is en wat de bestaande en gewenste verhoudingen zijn tussen rechter en wetgever. In de beantwoording van de vraag naar hoe politiek de rechter is, is er naar mijn mening niet aan te ontkomen om in deze bespreking ook concepten zoals van machtscheiding, machts-evenwicht en *checks and balances* op te nemen. Het onderzoek naar de trias politica kan hiervoor aanknopingspunten bieden.

### Legitimiteit in termen van de trias politica

Het is volgens Van Gestel en Loth tijd om legitimiteit van rechterlijke rechtsvorming niet alleen maar in termen van de trias politica te beoordelen, maar om met behulp van de drie genoemde dimensies van legitimiteit de juiste vragen te stellen. Uit hun bijdrage lees ik dat de auteurs vertrekken vanuit het standpunt dat een beoordeling vanuit de trias politica inherent de clichévraag met zich meebrengt of de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten (waar ik in het vervolg naar verwijs als ‘de stoelendans’). Ook in een eerder artikel pleiten Van Gestel en Loth ervoor dit klassieke paradigma van de trias politica te doorbreken en bij de bespreking van legitimiteit van en rechterlijke rechtsvorming in PIL-zaken, gewijzigde constitutionele verhoudingen mee te nemen.<sup>7</sup>

Met Van Gestel en Loth ben ik het volledig eens dat een bespreking van legitimiteit bij rechterlijke rechtsvorming, onder andere in PIL-zaken, vereist dat met een moderne betekenis van de trias politica wordt gewerkt. De klassieke, traditionele invulling van de trias politica – al dan niet via stoelendansdiscussies – heeft naar mijn mening haar waarde verloren als het gaat om beschrijvingskracht, verklaringskracht en de normatief evaluerende waarde.<sup>8</sup> Deze analyse levert ons weinig kennis meer op over de bestaande (en empirisch waarneembare) staatsrechtelijke verhoudingen in onze

<sup>6</sup> Huijbers & Gerards 2016, p. 195.

<sup>7</sup> Van Gestel & Loth 2019 *Ars Aequi*.

<sup>8</sup> Zie ook: Witteveen 1991, p. 33; Gommer 2008, p. 129-130; Möllers 2013, p. 8; Ten Napel, Luiten & Voermans 2015, p. 12.

huidige moderne en complexe samenleving. Daaraan verbonden kan deze klassieke invulling van de trias, mede vanwege nieuwe institutionele en sociale ontwikkelingen, niet meer een goede normatieve meetlat bieden waarmee het gedrag van constitutionele actoren kan worden geëvalueerd.

Wat kan de waarde van de trias politica dan nog wel zijn? Onder de trias politica versta ik het begrijpen, verklaren en legitimeren van de kanalisatie van macht en machtsuitoefening in een bepaalde staatsinrichting. Deze vraag bestudeer ik in mijn proefschriftonderzoek naar de terugkoppeling van rechter naar wetgever in het Nederlands constitutioneel bestel. Dit onderzoek vertrekt vanuit het uitgangspunt dat een onderzoek naar hoe de Nederlandse constitutionele actoren met elkaar interacteren, inherent ook de vraag omvat naar de toepassing, uitwerking en praktijk van de triasgedachte in Nederland. In mijn verkenning van de literatuur over dit onderwerp ben ik tot de conclusie gekomen dat er veel nuances en verschillen bestaan tussen de betekenissen die worden toegekend aan de trias politica in het wetenschappelijk discours. De verschillen zijn vooral groot wanneer de betekenissen van de trias in de constitutioneel-rechtswetenschappelijke literatuur worden vergeleken met de betekenissen van de trias in politiek-wetenschappelijke literatuur. In de constitutioneel-rechtswetenschappelijke literatuur kan een klassieke en staatsrechtelijke discussies worden onderscheiden van een meer positiefrechtelijke discussie. Naast de (hedendaagse) interpretatie van de triasgedachte van Montesquieu waarmee de juridische en constitutionele inrichtingen van moderne staten kunnen worden geëvalueerd, zijn er in deze literatuur ook modernere, genuanceerde en bijgestelde versies ontstaan die op een adequate manier beschrijven en analyseren hoe de verhouding tussen wetgever en rechter in de werkelijkheid is.<sup>9</sup> De politiek-wetenschappelijke literatuur legt verslag van veel empirisch onderzoek naar het voorspellen en verklaren van het gedrag van gerechtelijke actoren en de uitkomsten van gerechtelijke besluitvorming. Meestal vertrekkend vanuit de rationelekeuzetheorie en speltheorie worden in deze onderzoeken vaak expliciete assumpties gemaakt over de strategische motieven van constitutionele actoren, waaronder rechters.<sup>10</sup> De trias politica wordt in deze onderzoeken bijvoorbeeld geconceptualiseerd als de regels van het politieke spel. De op de trias politica gebaseerde regels (in zowel (grond)wetten als conventies) geven de arena, spelregels en condities aan waarbinnen de actoren proberen te onderhandelen en hun belangen te maximaliseren.<sup>11</sup> Rechterlijke uitspraken zijn in deze onderzoeken een weerspiegeling van strategische keuzes die rechters maken en niet van louter professionele en apolitieke uitspraken.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Zie in het bijzonder het onderzoek naar 'weak form judicial review'. Tushnet 2019 *International Journal of Constitutional Law*.

<sup>10</sup> Om preciezer te zijn bedoel ik hier de positieve politieke wetenschappen (die kunnen worden afgezet tegen normatieve politieke wetenschappen) en het onderzoek dat wordt gedaan binnen de interdisciplinaire en multidisciplinaire subdiscipline van *Law & Politics*. Zie ook: Goodin 2011. In de 'separation of powers'-onderzoeken wordt vaak verondersteld dat rechters en rechterlijke instanties, net zoals andere politieke instituties, strategische actoren zijn die hun institutionele posities willen behouden of verbeteren ten opzichte van andere instituties of simpelweg hun politieke invloed willen vergroten. Zie i.h.b. Segal 1997 *American Political Science Review*; Hirsch 2011, p. 266; Westerland 2017.

<sup>11</sup> Zie in het bijzonder Westerland 2017, p. 266; Segal 1997 *American Political Science Review*, p. 28.

<sup>12</sup> Het tegenovergestelde wordt vaak vanuit een doctrinair-legalistisch perspectief beargumenteerd, Hirsch 2011, p. 266.

Het onderzoek naar de trias politica en de rol van de rechter daarbinnen is daarmee veelzijdig en in ontwikkeling. Er zijn in ieder geval drie doelen in de verschillende varianten van dit onderzoek te vinden: het adequaat beschrijven, het normatief evalueren en het verklaren (en voorspellen) van de staatsrechtelijke verhoudingen tussen constitutionele actoren.<sup>13</sup>

Mijn pleidooi hier is dan ook om deze inzichten te combineren in interdisciplinair onderzoek voor een herwaardering van de trias politica.<sup>14</sup> Wordt dat gedaan, dan wordt het ook gemakkelijker om een standpunt in te nemen over de rol van de rechter binnen de trias, en daarmee allicht naar diens 'politieke' functie.

### Afrondend

Tot slot nog een korte opmerking over algemeenbelangacties. De zaken die zijn aangespannen door belangenorganisaties zijn niet de enige waarin de rechter wordt verweten op de stoel van de wetgever of bestuur te gaan zitten; denk ook aan de stikstofuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) of de avondklok-uitspraak in kort geding van de rechtbank Den Haag.<sup>15</sup> Toch is niet te ontkennen dat rechtsvormende oordelen in zaken, misschien in het bijzonder wel PIL-zaken, legitimiteit behoeven nu de controverses die daaromheen ontstaan laten zien dat deze legitimiteit onder druk staat.

Tegelijkertijd signaleren de auteurs dat de trias politica deze legitimiteit niet kan bieden. Van Gestel en Loth dagen ons uit om op vernieuwde wijze naar de legitimiteit van rechtsvormende oordelen te kijken.

Het door mij gevoerde pleidooi valt daarmee gedeeltelijk samen met het pleidooi van Van Gestel en Loth. In de discussies en controverses over de politieke functie van de rechter is vereist dat de analyse niet meer vanuit de stoelendans wordt gemaakt, maar dat de gesprekspartners opnieuw nadenken over de legitimiteit van rechtspolitieke en beleidsgetinte rechterlijke afwegingen en de daarmee verbonden democratische legitimiteit van de rechter.

In mijn bijdrage stel ik een vernieuwde wijze voor voor het begrijpen van de democratische legitimiteit, namelijk door middel van het herbeziën en herwaarderen van de leer van de trias politica. Een nieuwe invulling van (het onderzoek naar) de trias politica zou dan idealiter beter moeten passen bij de (empirische) praktijk, beter het gedrag van gerechtelijke actoren moeten voorspellen en

---

<sup>13</sup> Dat het onderzoek naar de trias politica deze drie doelen kan bevatten wordt onder andere beargumenteerd door Möllers 2015, p. 325-329. De separation of powers-modellen kunnen dienen als meetlat voor het normatief evalueren van overheidsinstanties. Vervolgens hebben deze modellen ook een beschrijvende en functionele waarde door functioneel onderscheid te maken tussen verschillende typen overheidsacties. De codificatie van institutionele praktijken zijn zelfbeschrijvingen die ons weer iets vertellen over de sociale realiteit.

<sup>14</sup> Vanwege de omvang van deze bijdrage ga ik hier niet in op de verenigbaarheid van de epistemologie en onderzoeksmethoden tussen en binnen deze (sub)disciplines, al ben ik mij wel bewust van de lastige taak die interdisciplinair onderzoek met zich mee kan brengen.

<sup>15</sup> Raad van State 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS) en Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100 (Avondklok).

verklaren en, tot slot, beter moeten kunnen dienen als normatieve meetlat voor het evalueren van de staatsverhoudingen en gedrag van constitutionele actoren in ons staatsbestel. Meer (interdisciplinair) onderzoek naar de bestaande en gewenste staatsverhoudingen tussen rechter en wetgever kan hierover misschien uitsluitsel geven. Met een vernieuwende invulling van de trias politica kan dan een standpunt worden ingenomen over de rol van de rechter binnen de trias en een antwoord worden geformuleerd op de vraag of de rechter al dan niet politiek is.

## Literatuurlijst

### Fallon Jr. 2005

R.H. Fallon Jr., 'Legitimacy and the Constitution', *Harvard Law Review* 2005, vol. 118, no. 6, p. 1789-1853.

### Gommer 2008

H. Gommer, *Onder de rechter* (dissertatie Tilburg) Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

### Goodin 2011

R.E. Goodin, 'The State of the Discipline, the Discipline of the State', in: R.E. Goodin (ed.), *The Oxford Handbooks of Political Science*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 3-60.

### Grove 2019

T.L. Grove, 'Book review. The Supreme Court's Legitimacy Dilemma. Law and Legitimacy in the Supreme Court by Richard H. Fallon, Jr.', *Harvard Law Review* 2019, vol. 132, p. 2240-2276.

### Hirsch 2011

R. Hirsch, 'The Judicialization of Politics', in: R.E. Goodin (ed.), *The Oxford Handbooks of Political Science*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 253-274.

### Huijbers & Gerards 2016

L. Huijbers & J. Gerards, 'Procedurele toetsing', in: R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur. Instituut voor Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016.

### Möllers 2013

C. Möllers, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford: Oxford University Press 2013.

### Möllers 2015

C. Möllers, 'Separation of Powers - a Short Manual for the Perplexed', in: H. Ten Napel & W. Voermans (eds.), *The Powers That Be. Rethinking the Separation of Powers. A Leiden response to Möllers*, Leiden: Leiden University Press 2015, p. 321-339.

**Segal 1997**

J.A. Segal, 'Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts', *American Political Science Review* 1997, vol. 91, no. 1, p. 28-44.

**Suchman 1995**

M.C. Suchman, 'Managing Legitimacy - Strategic and Institutional Approaches', *Academy of Management Review* 1995, vol. 20, no. 3, p. 571-610.

**Ten Napel, Luiten & Voermans 2015**

H.-M. Ten Napel, J. Luiten & W. Voermans, 'Introduction', in: H. Ten Napel & W. Voermans (red.), *The Powers That Be. Rethinking the Separation of Powers. A Leiden response to Möllers*, Leiden: Leiden University Press 2015, p. 7-29.

**Tushnet 2019**

M. Tushnet, 'Weak-form review: An introduction', *International Journal of Constitutional Law* 2019, vol. 17, no. 3, p. 807-810.

**Van Gestel & Loth 2019**

R.A.J. Van Gestel & M.A. Loth, 'Voorbij de trias politica. Over de constitutionele betekenis van 'public interest litigation'', *Ars Aequi* 2019, p. 647-655.

**Westerland 2017**

C.L. Westerland, 'The Strategic Analysis of Judicial Behaviour and the Separation of Powers', in: L. Epstein & S.A. Lindquist (eds.), *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behaviour*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 253-270.

**Witteveen 1991**

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.



*Eerder verschenen*

- 2021, nr. 3 Groener gras bij de burens? Lessen over kwaliteit van rechtspraak uit het buitenland
- 2021, nr. 2 Tijdige rechtspraak
- 2021, nr. 1 Crisis in de rechtsstaat?
- 2020, nr. 3 Rechtspraak in tijden van corona
- 2020, nr. 2 Leren van feedback in de rechtspraak