Prof dr. Paul Bovend’Eert
Radboud Universiteit Nijmegen

**De rechter als klaagmuur en zijtoneel van de politiek?**

De mogelijkheden om naar de rechter te stappen zijn in Nederland vrijwel onbeperkt. Bijna altijd is wel een bevoegde rechter te vinden. Artikel 112 Grondwet gaat er bovendien vanuit dat de gewone burgerlijke rechter in principe altijd bevoegd is als een burger een vordering uit onrechtmatige daad instelt.
Op zichzelf is het vanuit een oogpunt van de rechtsstaat toe te juichen dat de burger in zo ruime mate toegang heeft tot de rechter. Hij of zij wordt niet of nauwelijks belemmerd in de mogelijkheid om de wet- en rechtmatigheid van overheidshandelen ter toetsing voor te leggen aan een onafhankelijke en onpartijdige rechter (legaliteitsbeginsel).
Het gevolg van deze ruimhartige benadering van de bevoegdheid van de rechterlijke macht is dat allerlei maatschappelijke problemen, veelal ingebracht door actiegroepen in algemeen belangacties, in de praktijk aan de rechter ter beoordeling worden voorgelegd. Zo lang de rechter zijn oordeel in dergelijke geschillen kan baseren op duidelijke normen uit wetten of verdragen, is er weinig aan de hand. De rechter doet dan wat van hem verwacht wordt. Hij spreekt recht volgens de wet en het recht, en handhaaft het recht (artikel 11 Wet AB). Wanneer echter de normstelling in een bepaald geschil zeer beperkt is of zelfs geheel ontbreekt, loopt de rechter het risico dat hij niet in staat is een rechtmatigheidsoordeel te geven. Kan de rechter zijn oordeel niet voldoende baseren op juridische maatstaven, dan wordt zijn oordeel politiek. In de VS spreekt men in dit verband van ‘political questions’. In de democratische rechtsstaat is het geven van een politiek oordeel echter voorbehouden aan regering en parlement. De rechter dient zich van politieke oordelen te onthouden. Met name wanneer actuele maatschappelijke problemen in het geding zijn die volop in de politiek ter discussie staan, hoort de rechter erop te letten dat het zijn taak is -niet meer en niet minder- om het recht te handhaven, en niet om maatschappelijke problemen op te lossen zonder een duidelijk houvast in het recht.
Het probleem dat de rechter soms een oordeel geeft over een maatschappelijke kwestie, waarbij een duidelijke normstelling ontbreekt, is van alle tijden. Niet zelden heeft de rechter in de loop der tijden een waardevolle functie vervuld in de oplossing van maatschappelijke problemen, waarvoor de politiek geen oplossing kon vinden. Denk aan het stakingsrecht en aan de jurisprudentie van de Hoge Raad over abortus en euthanasie.
Maar het komt ook voor dat de rechter zich mengt in een maatschappelijke discussie en zonder een juridisch overtuigende grondslag een oordeel velt. Een bekend voorbeeld levert het Kruisrakettenarrest (1989), waarin de Hoge Raad de afweging van regering en parlement of het kruisrakettenverdrag voldeed aan normen van volkenrecht, nog eens dunnetjes over deed. In 2001 schrok de Hoge Raad er zelfs niet voor terug om op vordering van ‘de Vereniging van Juristen voor de Vrede’ na te gaan of een verbod voor de staat om mee te werken aan de inzet van kernwapens in de rede lag. Het hoogste rechtscollege kwam op grond van een advies van het Internationaal Gerechtshof tot de conclusie dat eventuele inzet van kernwapens niet onrechtmatig was. Koopmans concludeerde in zijn noot bij dit arrest toen al dat op deze wijze elk maatschappelijk probleem ongeacht de aard ervan aan de burgerlijke rechter kan worden voorgelegd. De rechter, zo stelde Koopmans, verwordt tot ‘Klaagmuur en zijtoneel van de politiek’. In latere jurisprudentie is de Hoge Raad overigens voorzichtiger en verstandiger omgegaan met deze kwesties van defensie en buitenlands beleid, en heeft daarbij terecht het standpunt ingenomen dat het beleid van de staat in deze kwesties in sterke mate afhangt van politieke afwegingen. ‘Het is niet aan de rechter om deze politieke afwegingen te maken’, zo merkt de Hoge Raad in latere jurisprudentie op.
De rechtspraak van de rechter biedt door de jaren heen een wisselend beeld. Soms is de Hoge Raad in zijn jurisprudentie in zekere zin activistisch. Daarvoor valt in ieder geval veel te zeggen als er een duidelijk rechtstekort is in de maatschappij, waarin de wetgever door omstandigheden niet kan voorzien (denk aan het stakingsrecht). Soms is de Hoge Raad terughoudend, bijvoorbeeld in zijn oordeel dat de rechter geen bevel mag geven aan de staat tot wetgeving (HR Waterpaktarrest 2003). Soms geeft de Hoge Raad een oordeel over een maatschappelijk vraagstuk, terwijl heldere juridische maatstaven ontbreken en bij gebrek daaraan argumenten worden gebruikt die tegelijkertijd de lopende politieke discussie bepalen in regering en parlement.
Het Urgenda-arrest van 20 december 2019 vormt mijns inziens een voorbeeld van die laatste categorie rechterlijke beslissingen. Formeel vindt de rechter weliswaar een juridisch aanknopingspunt in de toetsing van het regeringsbeleid aan de artikelen 2 en 8 EVRM. Uit de jurisprudentie over de toepassing van deze verdragsbepalingen blijkt dat onder omstandigheden de staat verplicht is om ‘passende maatregelen te nemen’, in dit geval om dreigende ernstige klimaatverandering tegen te gaan. Bij de uitleg van het begrip ‘passende maatregelen’ begeeft de Hoge Raad zich echter in een nationale en internationale politieke discussie, zonder dat overtuigende juridische maatstaven voorhanden zijn. De Hoge Raad miskent hier dat de politieke afweging bij regering en parlement hoort te liggen en dat de rechter hier terughoudend moet zijn. Hoogstens als de politiek nalatig zou zijn om maatregelen te nemen, zou rechterlijk ingrijpen gerechtvaardigd zijn. In dit geval is de politiek echter volop actief bezig om maatregelen te treffen. Voor een rechterlijk oordeel is dan, denk ik, geen plaats.

Betekent het een en ander dat Nederland afstevent op een rechtersstaat in plaats van een rechtsstaat? Men moet er denk ik voor waken om alle rechterlijke uitspraken, waarin de rechter een maatschappelijk probleem oppakt en een voor de overheid onwelgevallige beslissing neemt, op een hoop te gooien. Zo lang de rechter op grond van duidelijk kenbare juridische maatstaven oordeelt (denk aan de Stikstofuitspraak 2019 van de Raad van State op grond van de Habitatrichtlijn), is er weinig aan de hand. Zodra de rechter echter bij gebrek aan juridische normen zich begeeft op het terrein van beleidsmatige of politieke afwegingen, is er reden tot enige zorg en kan het geen kwaad de rechter erop te wijzen dat het zijn taak in de democratische rechtsstaat is om rechtmatigheidsoordelen te geven en niet politieke oordelen. Overigens lijkt het mij een gezond verschijnsel in een democratische rechtsstaat dat niet alleen kritiek mogelijk is op het handelen van regering en parlement, maar ook op het handelen van de rechter. Ook de rechterlijke macht is een staatsmacht die controle (checks and balances) behoeft.