**Magistrocratie?**

Gespreksnotitie t.b.v. Vaste commissie voor Binnenlandse Zaken, rondetafelgesprek 9 maart 2020

De verhouding van de rechter tot de politiek is de laatste tijd in de belangstelling komen staan. Het begon enkele jaren geleden met het Urgenda-vonnis van de Haagse rechtbank. In hoger beroep en in cassatie bleef de uitspraak in de kern in stand: de staat moet zorgen dat de uitstoot van broeikasgassen eind dit jaar met 25 % is gedaald ten opzichte van de uitstoot in 1990. Ook andere zaken trokken aandacht. In de zaak van de Nederlandse IS-kinderen werd de staat door de rechtbank veroordeeld tot -kort gezegd- het pogen de kinderen terug te halen. In hoger beroep werd dit ongedaan gemaakt. In de stikstofzaak floot de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State de staat terug. De zaak van het Haga Lyceum leidde tot rechterlijk ingrijpen: de minister had zich afstandelijker moeten opstellen. Zijn dit tekenen van een greep van de rechters naar de macht, van een opkomende “*gouvernement des juges*”, van een *magistrocratie*? Of is het business as usual?

Heel kort terug naar een paar grondtrekken. In de *democratische rechtsstaat* waarin wíj het geluk hebben te leven, is niet alleen het eerste (democratie), maar ook het tweede woord in de typering van onze staatsvorm (rechtsstaat) werkelijkheid. Dat betekent dat iedereen gebonden is aan de grenzen van het recht. Een Britse oud-collega van mij illustreerde dat treffend met het grapje dat ook als de Aartsbisschop van Canterbury een pinguïn mishandelt in de London Zoo, hij zich voor de rechter zal moeten verantwoorden. In een *illiberale democratie*, waarnaar sommigen lonken, geldt dat niet. Wie daar maatjes is met de machthebber, hoeft zich of niet te verantwoorden, of weet zich verzekerd van een rechter die danst naar de pijpen van die machthebber. In onze democratische rechtsstaat geldt, dat als de toegang tot de rechter goed geregeld is, elke burger zijn recht kan halen.

Verder is het niet de rechter die wetten maakt of verdragen sluit. Dat doet de wetgever. Hoe uitvoeriger en preciezer de wetgever is, hoe minder interpretatieruimte de rechter heeft. Omdat niet elke kwestie voorzienbaar is, zeker niet als maatschappelijke en technische ontwikkelingen snel gaan, laat een wijze wetgever vaak enige ruimte aan de rechter voor interpretatie. De wet hoeft dan niet voor elke nieuwe situatie te worden aangepast.

Een andere grondtrek van onze staatsinrichting is dat de rechter moét beslissen in de zaak die hem wordt voorgelegd. Hij mag en kan dat niet weigeren. Daarbij is het niet de rechter die de zaken verzint waarin hij moet beslissen. Die zaken vloeien voort uit de maatschappelijke context. De rechter neemt dus niet zelf het initiatief en opereert niet in een juridisch of maatschappelijk vacuüm. Hij werkt met wat hem wordt aangereikt. Je kunt dus zeggen: hoe meer de wetgever achteroverleunt, of hoe meer de uitvoerende macht de grenzen van het rechtens betamelijke opzoekt, hoe meer gevoelige beslissingen op het bord van de rechter worden gelegd. Dit geldt zeker in de huidige maatschappelijke context, waarin als wetgever en bestuur in hun ogen tekort schieten, ook belangenorganisaties zich roeren.

Wetgevers, bestuurders en rechters hebben onderscheiden taken. Het is niet de taak van de rechter de grote lijnen van de inrichting van de staat, laat staan de samenleving te bepalen. Dat hoort thuis bij de wetgever. Het bestuur voert wetten uit en de rechter toetst het gedrag van burgers, bedrijven, instellingen en overheid aan wetten en (internationaal) recht. De rechter draagt bij aan de ordening van de samenleving in overeenstemming met het recht en biedt in dat opzicht aan alle burgers rechtsbescherming: als in een civiele zaak de burger stelt dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld, behoort de zaak tot zijn competentie. Dat is aloude jurisprudentie die door de wetgever nooit opzij is gezet. Die heeft bijgedragen aan rechtsbescherming tegen de overheid. Later is daar de bestuursrechtspraak bij gekomen. Die is specifiek ingericht om de burger bescherming te bieden tegen de overheid. Maar bij hiaten daarin kun je je nog altijd tot de gewone, civiele rechter wenden. Dat gebeurde in de Urgenda-zaak, in de IS-kwestie en in een van de zaken van het Haga-lyceum. In de stikstofzaak en ook later in de Haga-lyceum-zaak werd de bestuursrechter ingeschakeld.

Hoe werkt dat onderscheid in taken en de afbakening in de praktijk in de rechtspraak? De rechter gebruikt verschillende technieken om niet te veel op het terrein van de uitvoerende overheid te komen. Zo is er de zogenaamde marginale toetsing: als de civiele of de bestuursrechter wordt gevraagd zijn oordeel te geven over optreden van de uitvoerende overheid, pleegt hij, tenzij de wetgever hem tot meer bevoegd heeft verklaard (gebonden beschikkingen), niet tot een eigen oordeel te komen om dat in de plaats te stellen van dat van de uitvoerende overheid. Nee, hij vraagt zich af of dat optreden redelijkerwijs gesproken aanvaardbaar is, ook al zou hij zelf, als bestuurder optredend, misschien tot een andere afweging zijn gekomen. Hij zal dus zeker niet op alle slakken zout leggen, maar alleen ingrijpen als het oordeel van het bestuur er echt niet mee door kan. Daarover ging het volgens de Haagse rechtbank in 2019 in het kort geding over de financiën van het Haga lyceum. Er was volgens de voorzieningenrechter geen sprake van onredelijkheid. En dus was er geen onrechtmatigheid op het punt van de beoordeling van de onderwijsinspectie met betrekking tot de financiën. Een vergelijkbaar oordeel sprak het Haagse hof uit in de zaak van de IS-kinderen.

In grensgevallen zal de rechter op grond van een zorgvuldige en goed gemotiveerde afweging tot een oordeel komen. In de overgrote meerderheid van de zaken komt het echter vooral aan op vaststelling van de feiten en is het vervolgens betrekkelijk eenvoudig om te beoordelen of het gedrag van een van de partijen wel of niet in overeenstemming met de toepasselijke rechtsregel was. Heel simpel gezegd: Is er wanprestatie gepleegd? Zo ja, dan is er onrechtmatig gehandeld. Is er gestolen? Zo ja, dan is er strafbaarheid. Duidelijk voorbeeld is ook de stikstofzaak. De Raad van State deed niet anders dan de feiten over de uitstoot vaststellen en concluderen dat er strijd was met de toepasselijke EU-wetgeving. Dan kun je toch moeilijk aan de rechter verwijten dat hij naar de macht heeft gegrepen. Hij heeft de staat gehouden aan toepasselijke wetgeving.

Bij beslissingen die raken aan het terrein van de wetgever is de rechter terughoudend. In veel gevallen waarin de wet door de rechter op een nieuwe situatie moet worden toegepast bieden de wettekst en de totstandkomingsgeschiedenis veel houvast bij de interpretatie van de wet. De beslisruimte is dan, vaak ook door eerdere rechtspraak, afgebakend. Als de rechter stuit op een serieus hiaat in de (internationale) wetgeving, dan oordeelt hij met enige regelmaat dat de vereiste nadere regeling de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat. Dan is de wetgever uitdrukkelijk aan zet. Het internationaal recht, waaraan de rechter volgens onze grondwet moet toetsen, vormt een bijzondere categorie. Als er sprake lijkt te zijn van strijd met **direct werkend** internationaal recht plegen rechters zo mogelijk nog terughoudender te zijn in de uitleg van internationaal recht. En een noodzakelijke nadere regeling nog eerder aan de wetgever over te laten. Zie recent bijvoorbeeld de rechtspraak over levenslange gevangenisstraf en het consultatierecht. Dat heeft ermee te maken dat als het handelen van de overheid in strijd is met bestaande nationale wetgeving, de wetgever daarna de wet kan veranderen. Als er evenwel sprake is van strijd met bijvoorbeeld een internationaal verdrag, dan zou daarna dat verdrag kunnen worden veranderd. Maar dat is niet zo gemakkelijk. Dan moet er overeenstemming komen tussen de verdragspartners. Zo zouden de partners in het Europees Mensenrechtenverdrag kunnen overeenkomen dat art. 2 van dit verdrag zich niet verzet tegen een langzamere reductie van de CO2-emissies dan door de staat is voorzien. Maar zo’n overeenstemming zal niet zo gemakkelijk te realiseren zijn. Dat betekent dat bij het aannemen van strijd met een direct werkend internationaal verdrag de verantwoordelijkheid van de rechters heel groot is: ze weten dat hun oordeel niet zoals bij strijd met de nationale wet relatief gemakkelijk door de wetgever opzij kan worden gezet. Daarmee wil ik niet suggereren dat zij bij hun oordeel dat bepaald handelen in strijd met de wet is, losjes te werk plegen te gaan.

Kortom, er is een rechterlijke traditie zich voorzichtig op te stellen tegenover het bestuur en ook de wetgever, niet zelf naar de macht te grijpen en extra voorzichtig te zijn als er spanning tot direct werkend internationaal recht bestaat. Dat zal niet veranderen als er ooit constitutionele toetsing wordt ingevoerd in Nederland. De traditie is sterk en rust stevig in die van de leer van de trias politica: elke macht heeft zijn eigen taak. Er is ook geen enkele reden aan te nemen dat de laatste tijd de rechters zich ineens meer met de politiek zijn gaan bemoeien. Tegelijkertijd behoort de rechterlijke macht rechtsbescherming te bieden als het recht daartoe verplicht. Ook die traditie is sterk en moet gekoesterd worden.

Is er in de beslissingen die ik aan het begin noemde iets nieuws aan de hand in de Nederlandse verhoudingen? Ik meen van niet.

Van groot belang is, en helaas is dat in het debat over Urgenda onvoldoende tot uitdrukking gekomen, dat de staat en de eisers in de Urgenda-zaak het erover eens zijn dat er een flinke reductie van de uitstoot van broeikasgassen moet plaats vinden. Partijen zijn het alleen niet eens over het tempo waarin. Het hof stelde vast, en daaraan tornt de HR niet: *“dat sprake is van een reële dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering, waardoor er een ernstig risico bestaat dat de huidige generatie ingezetenen zal worden geconfronteerd met verlies van leven en/of verstoring van het gezinsleven”* en dat het *“zonder meer aannemelijk [is] dat reeds de huidige generatie Nederlanders, met name doch niet uitsluitend de jongeren onder hen, tijdens hun leven te maken zullen krijgen met de nadelige gevolgen van klimaatverandering indien de wereldwijde uitstoot van broeikasgassen niet adequaat wordt teruggedrongen”* (overweging 4.7 arrest HR). Dat zijn de vaststaande feiten waarvan de rechter moet uitgaan en dat is niet mis. De HR legt in zijn arrest uit dat op grond van bestendige rechtspraak van het EHRM verdragsstaten verplicht zijn passende maatregelen te nemen om het leven van de burgers te beschermen, ook als het gaat om gevaren die zich pas op langere termijn kunnen verwezenlijken (overweging 5.2.2 arrest HR). *“Er bestaat immers de dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering en het is duidelijk dat maatregelen dringend noodzakelijk zijn, zoals rechtbank en hof hebben vastgesteld en de Staat ook erkent. De Staat is verplicht om in dit verband ‘het zijne’ te doen”* (overweging 8.3.4 arrest HR).

Sommige critici van rechterlijke uitspraken als de hiervoor genoemde betoogden dat nu de deur heel wijd is open gezet. Zo zouden bijvoorbeeld groepen burgers zich via de rechter tegen het achterwege blijven van een vuurwerkverbod kunnen keren. Dat lijkt een aardige tegenwerping. Maar men moet zich realiseren dat er dan wel ofwel sprake moet zijn van een –kort gezegd – heel onredelijk overheidsoptreden of nalaten dat leidt tot levensbedreigende situaties of tot een ernstige aantasting van het milieu. Dat is nogal wat.

De rechter gaat niet zelf bepalen wat hijzelf als hij bestuurder of wetgever zou zijn geweest, zou hebben gedaan. Dan is hij op de verkeerde weg en zal hij zeker worden teruggefloten door hogere rechters. Hij pleegt in extreme gevallen in te grijpen, of als de overheid zelf zich heeft vastgelegd. Daarbij motiveert hij grondig. Hij laat voors en tegens zien. Lees het arrest Urgenda. Langs die weg laat hij zien welke keuzes hij heeft gemaakt en waarom hij die heeft gemaakt. In hoger beroep en in cassatie kunnen die keuzes weer ter discussie worden gesteld. En er ontstaan bij geruchtmakende uitspraken bovendien vaak debatten in de algemene media en in de vakpers. Rechters worden dus bekritiseerd. Die keuzes door rechters staan mijlen ver af van politieke programma’s. Daarom is het ook zo goed dat benoemingen van rechters niets te maken hebben met hun politieke voorkeuren. Dat garandeert onpartijdigheid en onafhankelijkheid. En die zijn essentieel voor onze vrijheid.

Kortom , van een *“gouvernement des juges*” of een magistrocratie is geen sprake. De context is dynamisch, maar de rechter doet gewoon zijn werk. De rechter bewaakt het recht en beschermt ook de burger, zoals hij dat in onze democratische rechtsstaat behoort te doen. De balans tussen de staatsmachten die we in ons land tegenwoordig kennen is in een lange geschiedenis ontstaan. Die geschiedenis wordt gekenmerkt door dure lessen over de menselijke natuur en waartoe macht zonder tegenmacht kan leiden. Koester dus onze democratische rechtsstaat met de rol die wetgever, bestuur en rechter daarin hebben!

De staat, dus ook de rechter is er, zoals je bij het Spinoza-monument in Amsterdam kunt lezen, voor de vrijheid van ons allemaal, niet voor de staat zelf.

Geert Corstens

oud-president Hoge Raad der Nederlanden