

Position paper – Rondetafelgesprek Tweede Kamer d.d. 9 maart 2020

Prof. mr. J. (Jefi) Uzman (Universiteit Utrecht)

'There was a time when it was thought almost indecent to suggest that judges make law. They only declare it. Those with a taste for fairy tales seem to have thought that in some Aladdin's cave there is hidden the Common Law in all its splendour and that on a judge's appointment there descends on him knowledge of the magic words Open Sesame. Bad decisions are given when the judge has muddled the pass word and the wrong door opens. But we do not believe in fairy tales any more'. Lord Reid, 'The Judge as Lawmaker' (1972)

Inleiding

Het thema van dit rondetafelgesprek, de vraag of sprake is van een dikastocratie. Diegenen die deze term gebruiken, doen dat meestal in negatieve zin. Maar men hoeft daar natuurlijk helemaal niet per sé tegen te zijn. Ik ga in deze korte notitie daarom op drie punten in:

- is inderdaad sprake van een dikastocratie: wordt het land gerund door rechters?
- Zo ja, waar komt die ontwikkeling dan vandaan?
- En is dat dan wenselijk, en moeten we iets veranderen?

Ik hecht er aan om voorop te stellen dat de discussie over de wenselijke verhouding tussen rechter en wetgever een terechte is. Het is goed dat zij in het parlement gevoerd wordt. Eindelijk, zou men bijna zeggen. De kwestie was de afgelopen decennia vooral voor juristen en rechters zélf een issue. Ons staatsbestel is gediend met wat gezonde concurrentie en spanning tussen de staatsmachten, maar ook met loyale samenwerking, respect en nuance. Een fundamenteel debat over de grenzen van rechtersrecht hoort daarbij, mits dat over en weer respectvol gevoerd wordt.

Dikastocratie: hebben rechters de toko overgenomen?

De rol van de rechter is de afgelopen decennia inderdaad toegenomen. Dat is niet alleen in Nederland zo. Het gaat om [een internationale trend](#). Veel zaken die traditioneel tot het domein van de politiek behoren kwamen de afgelopen jaren in de rechtszaal terecht. Amerika levert prachtige voorbeelden, zoals in 2000 toen het Hooggerechtshof feitelijk moest bepalen wie de nieuwe president zou worden. En wat te denken van de [Spaanse](#) en [Canadese](#) rechters die moesten oordelen of een onafhankelijkheidsreferendum rechtmatig was? Of van de Britse rechters die de afgelopen jaren twee keer de *Brexitsoap* werden [ingevoerd](#)? Het leverde hen in sommige media het predikaat *Enemies of the People* op. Dat is in zoverre onterecht omdat de rechterlijke bemoeienis met politieke kwesties geregeld juist ten dienste staat van democratische structuren, zoals parlementen of kiezers.

Ook de rol van de Nederlandse rechter is sinds de tweede helft van de vorige eeuw stevig gegroeid, zij het misschien niet zo spectaculair als de buitenlandse voorbeelden doen vermoeden. Dat is verklaarbaar. Recht en politiek zijn in Nederland historisch gesproken stevig gescheiden. Het Nederlandse staatsrecht is in belangrijke mate gevormd in de 19^{de} eeuw, toen rechters relatief suspect waren, en er een groot geloof was in de representatieve democratie. Uit die tijd stamt ook het constitutioneel toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet: rechters moeten wetten van regering en parlement toepassen, ook als ze op het oog in strijd zouden zijn met de Grondwet. Of van die strijd sprake is, dat maakt de wetgever zelf wel uit. Dat toetsingsverbod was lang een baken. Het maakte de rechter duidelijk dat hij in politieke zin bescheiden moest blijven. Nog altijd toetst de rechter wetgeving niet lichtzinnig. In veel zaken worden vorderingen daarover afgewezen.

Waar komt die gegroeide rol vandaan?

Zoals gezegd is de rol van de rechter sinds de tweede helft van de vorige eeuw sterk toegenomen. Dat heeft een aantal oorzaken. Om te beginnen *de groei van het Europese en het internationale recht*. Daaraan mag de rechter wetten namelijk wel toetsen. Aanvankelijk deed hij dat nauwelijks. Ruwweg sinds eind jaren '70 is dat veranderd. Die verandering kan niet los worden gezien van *de ontwikkeling in andere landen*. Overal namen rechters moedige beslissingen. Veel westerse landen danken de afschaffing van strafbepalingen inzake homoseksualiteit of van rassensegregatie aan de rechter. Die ontwikkeling hangt samen met het *gegroeide belang van mensenrechten*. Sinds het eind van de Tweede Wereldoorlog is het geloof in de democratie als waarborg voor vrijheid afgenomen. Democratie kan

ook een lelijk gezicht hebben, zo weten we inmiddels. En de mensenrechten zijn bedoeld om dat lelijke gezicht wat in plooi te houden. Daar komt bij dat we gewend zijn geraakt aan een overheid die veel problemen voor ons oplost. Daarmee is de rol van het bestuur enorm gegroeid, en het parlement bleek lang niet altijd in staat om daar effectief controle op te houden. De rechter is in dat vacuüm gesprongen. Tot slot is niet alleen het juridische systeem, maar ook de samenleving zélf veranderd. Veel kwesties worden door burgers én door politici in termen van *recht* gezien. Mijn kinderen vinden dat zij 'recht' hebben op vrije dagen, patiënten dat zij recht hebben op medische zorg. Is dat erg? Niet altijd. Het alternatief is immers dat belangrijke kwesties anders botte machtspolitiek worden en dat is vaak niet bevredigend. Maar het brengt wél met zich dat belangentegenstellingen op de juridische, en minder op de politieke manier worden beslecht. En dat wordt nog eens versterkt omdat de rechter, zo blijkt uit sociologisch onderzoek, *meer gezag en vertrouwen* geniet dan regering en parlement.

Is het erg?

Wat moeten we hiervan vinden? Eén mogelijkheid zouden we de *Corona-houding* kunnen noemen. Het verschijnsel is onwenselijk, en het moet zo snel mogelijk weg. Dat gaat uit van de veronderstelling dat rechterlijke bemoeienis met politieke kwesties in democratisch perspectief problematisch is. Dat hoeft niet zo te zijn. Om te beginnen functioneert de democratie voor lang niet iedereen even goed. De [Staatscommissie-Remkes](#) wees daar onlangs nog op. En rechterlijke toetsing kan, zij het op beperkte schaal, in dat democratische gat voorzien. Verantwoording van bestuurders gaat al lang niet meer alleen via de kiezer of het parlement, maar voor een belangrijk deel ook via de rechter. En dat lijkt mij een groot goed. Rechterlijke toetsing speelt een belangrijke rol bij het scherp houden van bestuurders, het dwingt hen om hun handelen te rechtvaardigen en uit te leggen waarom bepaald beleid noodzakelijk of juist onwenselijk is. Het recente *Urgenda*-arrest is in dat verband illustratief. Op veel punten moest had de Staat nauwelijks een weerwoord tegen het verhaal van Urgenda.

Knelpunten en remedies

Daarmee is niet gezegd dat de huidige situatie perfect is. De Nederlandse rechtspraak is niet ingericht op de rol die hij in de loop der tijd heeft gekregen. De procedure voor de burgerlijke rechter is nog in belangrijke mate geënt op een procedure tussen twee soortgelijke partijen. Legitieme constitutionele bezwaren hebben daarin vooralsnog beperkte betekenis. Anders dan landen, die een constitutioneel hof hebben, zijn er in de (civiele) rechtspraak bovendien weinig mechanismen om staatsrechtelijke expertise in de rechtspraak te verzekeren. Rechters zijn experts op specifieke rechtsterreinen, maar de gevoelige verhouding tussen de staatsmachten is traditioneel niet iets waarmee zij vertrouwd zijn (al lijkt dat nu juist bij de jongste benoeming van een raadsheer in de Hoge Raad anders te liggen). Het organiseren van zulke kennis lijkt mij van belang. Het parket bij de Hoge Raad zou daarin bijvoorbeeld kunnen voorzien door een staatsrechtelijk georiënteerde Advocaat-Generaal aan te stellen, die hem op constitutioneel terrein scherp houdt.

Dat lijkt mij te meer van belang nu de Hoge Raad de afgelopen jaren allerlei staatsrechtelijke leerstukken (zoals bijvoorbeeld op het terrein van de doorwerking van internationaal recht) zodanig heeft uitgerekt, dat zijn eigen rol in de Trias Politica flexibeler is geworden. Daarbij komt dat de Hoge Raad de legitimatie voor die grotere rechterlijke rol in bijvoorbeeld de Urgenda-zaak vooral lijkt te baseren op de gedachte dat hij niet aan politiek doet, maar slechts de juridische grenzen voor het politieke domein markeert. Hij miskent dat juist het bepalen van die juridische grenzen, zeker in deze zaak, een zeker politiek gehalte had. Dat kon ook niet anders, gelet op de materie en het feit dat het recht nu eenmaal niet dwingend in één richting wees. De rechter moest een knoop doorhakken en dat heeft hij wat mij betreft op een juridisch verdedigbare manier gedaan. Maar het bezwaar dat er afwegingen in de uitspraak zaten die misschien voorbehouden zouden moeten zijn aan regering en parlement, is daarmee niet van tafel.

De afgelopen jaren spraken leden van de Hoge Raad graag over een dialoog en een samenwerking tussen rechter en wetgever. Daarbij past het niet dat de rechter een scherpe tweedeling maakt tussen het recht, dat hijzelf uitlegt, en het politieke domein dat in wezen een rechtsvrije ruimte is. Rechter en parlement moeten op zoek naar mechanismen die hun respectievelijke rollen beter afbakenen.