Commentaar Prof.dr. A.A.M. Kinneging

I. Eerst de feiten. Vast te stellen is dat de rol van de rechter in de Trias vooral sedert de jaren 80/90 van de vorige eeuw fundamenteel is gewijzigd: de bevoegdheden en dus de macht en de invloed van de rechterlijke macht zijn grotelijks toegenomen.

Toelichting:

Vanaf het begin van het Koninkrijk (1813-15) tot in de jaren 80 van de twintigste eeuw was de Franse model dominant: de rechter heeft geen staats- en bestuursrechtelijke taken. (Fr. Constitution 1791 V. art. 3; Nl Gw art.120) Zijn taken zijn beperkt tot civiel- en strafrecht. Dus géén constitutionele toetsing. En geen toetsing van bestuursbesluiten door de rechter, maar door hogere bestuursorganen (administratief beroep), in laatste instantie de Kroon. Deze ontwikkelen een apart bestuursrecht. Als de mogelijkheden van administratief beroep waren uitgeput, kon men nog aankloppen bij de burgerlijk rechter (onrechtmatige overheidsdaad). D.i. een Engels element. De Engelsen lieten de toetsing van bestuurshandelingen over aan de burgerlijke (gewone) rechter, die toetste aan het burgerlijke/gewone recht (zie Dicey).

Opgemerkt moet worden dat Nederland ook in die tijd beslist geen tirannie was.

Na de Tweede Wereldoorlog komt langzaam maar zeker het Amerikaanse denken in zwang in staatsrecht. Daarin gaat men uit van (1) de bevoegdheid van de rechter de wetten te toetsen aan de grondwet (Zie Federalist Papers no. 78), (2) een uitgebreide grondrechtencatalogus die als hoogste recht wordt gezien.

Nederland heeft dit Amerikaanse model ‘door de achterdeur’ overgenomen. Met de grondwetswijzigingen van 1953 en 1956 (art. 93 en 94) werd de mogelijkheid geschapen tot rechterlijke toetsing van de wet aan ‘een ieder verbindende bepalingen’ van internationale verdragen. Tegelijkertijd trad in 1956 het EVRM in werking, een uitgebreide grondrechtencatalogus.

Aanvankelijk heeft de rechter nauwelijks gebruik gemaakt van deze nieuwe staatsrechtelijke bevoegdheid. Koopmans 1986: De rechter ‘bleef de Nederlandse traditie van deferentie jegens de wetgever trouw’. Dat verandert sterk vanaf de jaren 90: rechterlijk activisme.

In bestuursrecht wordt een Frans-Engels amalgaam dominant. Enerzijds een apart bestuursrecht (Frans model), maar toegepast door een onafhankelijke rechter i.p.v. hoger bestuursorgaan. Voilà het bestuursrechtelijk systeem dat Nederland sedert eind jaren 80 kent (Van Benthem-arrest; Kleyn-arrest) en het stelsel van administratief beroep heeft vervangen.

De bestuursrechter is over het algemeen zeer ‘staatsgetrouw’. Maar hij laat nu in toenemende mate zijn deferentie los, ook in zaken met verstrekkende gevolgen.

Samenvattend: de rechter heeft er in de afgelopen 70 jaar essentiële taken bijgekregen, zoals staatsrechtelijk als bestuursrechtelijk. Hij maakt daar (in toenemende mate) activistisch gebruik van.

II. Dan de normatieve vraag: hoe moet deze toename van bevoegdheden, macht en invloed worden beoordeeld?

De toetsingscriteria zijn tweeërlei. Ten eerste de democratie, ten tweede de Trias (rechtsstaat).

Ad 1. Democratie

Democratie is zelfbestuur van het volk via zijn vertegenwoordigers (representatieve democratie). Het volk is soeverein. Dat betekent dat er grenzen zijn aan de macht van doorgaans voor het leven benoemde ambtsdragers. Feitelijk: vgl. de Franse Revolutie die mede het gevolg was van de obstructie door de hogere rechtbanken (Cours Souvereines); FDR’s court packing plan, etc. Maar ook normatief: een democratie is geen aristocratie/oligarchie. (Zie Tusnet, Taking Back the Constitution; Chemerensky, The Case aginst the Supreme Court; Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review," Yale Law Journal 2006; Ackerman)

Ad 2. Trias Politica

De Trias Politica is een stelsel dat machtsconcentratie moet voorkomen, door de staatsmacht te verdelen (machtenscheiding) over regering, parlement en rechterlijke macht. Bovendien zijn checks & balances ingebouwd, d.w.z. positieve controlebevoegdheden van de ene macht over de andere. Machtenscheiding én checks & balances moeten tezamen leiden tot een machtsevenwicht tussen regering, parlement en rechter. De grondgedachte is dat dit machtsevenwicht te grote machtsconcentratie bij elk van de drie machten voorkomt. Dat is noodzakelijk omdat een te grote machtsconcentratie de weg opent naar willekeur en onderdrukking.

Echter: De rechter is voor het leven benoemd en niet afzetbaar. Er zijn dus geen checks op de rechter. Alleen checks van de rechter op parlement en regering/bestuur. Leidt dat niet tot een te grote machtsconcentratie bij de rechter? Volgens FP 78 niet: de rechter is de ‘weakest branch’. Hij heeft alleen de ‘power of the word’ en niet van ‘the purse’ of van ‘the sword’.

We weten inmiddels dat dit geen juiste inschatting is. Het woord is juist zeer machtig. Het is i.z.z. oppermachtig, omdat de rechter alle ruimte geeft te interpreteren/uit te leggen zoals hem goeddunkt. De rechter is de hoogste interpreet van het recht. Hij bepaalt dus wat de regels werkelijk betekenen. Als hij van deze macht niet terughoudend gebruik maken, maakt hij zich in feite tot soeverein. Van machtsevenwicht is dan geen sprake.

Tot slot: om een afgewogen beeld te krijgen van de problematiek m.b.t. de Trias moet ook het feit in de discussie worden betrokken dat (de meerderheid van) het parlement al te zeer afhankelijk is geworden van de regering.

Om machtsevenwicht te bevorderen is nodig: 1. Meer rechterlijke terughoudendheid en 2. Grotere parlementaire onafhankelijkheid.