



De rechter is een onwettige en slechte wetgever-plaatsvervanger

Posted on 15 februari 2020 by Lucas Bergkamp

Het maatschappelijk debat over de activistische rechter begint op gang te komen. Onlangs stelde hoogleraar migratierecht Ulli d'Oliviera dat '[niet de rechter, maar de politiek steken laat vallen](#).' Ter ondersteuning haalt hij een argument uit de oude doos en zegt dat de rechter ook als 'wetgever-plaatsvervanger' mag optreden – 'waar de wetgever verstek laat gaan, stapt de rechter in; hij kan niet anders.' Zijn argument is gebrekkig, zoals Lucas Bergkamp hier uitlegt. De rechter mag en kan niet als wetgever-plaatsvervanger optreden – hij is er niet toe bevoegd en niet toe in staat.

D'Oliviera heeft gelijk dat de wetgever regelmatig zogeheten '[open normen](#)' gebruikt en bij tijd en wijle ook ' knullige wetten ' aflevert. De rechter mag niet weigeren recht te spreken en heeft de plicht de wet toe te passen, ook wanneer de kwaliteit van de wet te wensen overlaat. 'Dat is allemaal geen vertoon van dikastocratie,' zegt hij, 'maar gewoon het gevolg van de constitutionele taak van de rechter om de overheid tot de orde te roepen.'

Is de rechter inderdaad bevoegd 'de overheid tot de orde te roepen'? Is aan de rechter de taak opgedragen om als 'wetgever-plaatsvervanger' op te treden? Is, om met d'Oliviera te spreken, 'onvermogen bij de wetgever om maatschappelijke problemen te tackelen' een argument voor rechterlijk ingrijpen? Een driewerf 'nee.'

Het verbaast misschien, maar de wetgever mag knullige of onduidelijke wetten uitvaardigen en als de wetgever dat doet, verandert dat niets aan de taak van de rechter. Natuurlijk is het beter als de wetgeving van goede kwaliteit is. Om dit te bevorderen zijn procedures ontwikkeld, zoals wetenschappelijke advisering, risicobeoordeling, publieke consultatie en kosten/baten-analyse.

Onbevoegd

Vorige week heb ik uitgelegd waarom de rechter onbevoegd is om wetten en beleid te maken. Voor mijn argumenten zij de lezer verwezen naar '[De activistische rechter heerst](#)'. In het kort, onze Grondwet verleent de rechter geen bevoegdheid om meer te doen dan het recht toepassen, met dien verstande dat de wetgever zich realiseert dat de rechter noodzakelijkerwijs wetteksten moet interpreteren en dat moet hij objectief doen. De wetgever heeft de rechter niet de bevoegdheid gegeven om als 'wetgever-plaatsvervanger' op te treden.



Ulli d'Oliveira

D'Oliviera voegt evenwel nog een extra argument toe aan de theorie van de 'wetgever-plaatsvervanger.' Hij zegt dat de oude leer van de trias politica met zijn

gescheiden staatsmachten achterhaald is ten faveure van 'de dynamiek van elkaar controlerende instanties.' D'Oliviera wijst niet de grondwetswijziging aan waarin deze nieuwe dynamische theorie is vastgelegd. De reden is dat hij dat niet kan, omdat zo'n grondwetswijziging niet bestaat; dit is een theorie van rechtsgeleerden zoals hij zelf.

Om controversiële uitspraken te rechtvaardigen zegt d'Oliviera ook nog dat de wetgever zelf steeds meer terrein overlaat aan de rechter. Maar waar heeft de wetgever machtiging verleend aan de rechter om beleidsterrein te betreden? Nergens. Opnieuw zien we dat zijn argumentatie niet het systeem van het recht volgt, maar een parallel systeem geschapen door rechtsgeleerden dat simpelweg veronderstelt, maar niet rechtvaardigt, dat wat rechters doen juist is.

Cognitieve- en commissie-bias

Naast onbevoegd is de rechter ook onbekwaam om bij te dragen aan de oplossing van complexe problemen. Over deze [feitelijke incompetentie](#) zegt d'Oliviera niets. Het klimaat arrest ('Urgenda') getuigt van de beperkte cognitieve competentie van de rechter. Het gaat hier niet alleen om een gebrek aan wetenschappelijke kennis en inzicht, maar ook om het ontbreken van hulpmiddelen en cognitieve bias.

Cognitieve bias kan optreden door een frequent herhaalde, goed gebrachte boodschap, ongeacht of die boodschap juist of onjuist is. Zo kan de aanhoudende stroom aan klimaat alarmistische berichtgeving in de media, die slechts zeer losjes op wetenschap is gebaseerd, de rechters ontvankelijk hebben gemaakt voor de vooraf kansloze vordering van Urgenda. Dit alarmisme kan ook geleid hebben tot 'commissie-bias,' het idee dat iets doen beter is dan niets doen, omdat het einde van de mensheid dreigt.

'Noble cause' bias

In veel schrijnende of rampzalige gevallen staan rechters bloot aan wat wel '[goede zaak](#)' bias wordt genoemd. Dan zijn rechters meer geneigd de regels te buigen in de richting van het resultaat dat hen goed, noodzakelijk of rechtvaardig lijkt.

In de klimaatzaak kan dit type bias een belangrijke rol hebben gespeeld, want wie wil er nu niet als '[redder van de wereld](#)' te boek staan. Door hun uitspraak ook in het [Engels](#) te doen hebben de rechters hun best gedaan om de rest van de wereld te laten weten van hun goede daden. Daarmee hebben ze wel de verdenking van

'noble cause bias' of [Messiaswaan](#) op zich geladen.

Systemische rechterlijke bias

Er zijn nog andere vormen van ideologische, cognitieve, of biologische bias die het rechterlijk oordeel kunnen beïnvloeden. Zulke bias kan bewust of onbewust zijn. Zo heeft een onderzoek over '[justice is what the judge ate for breakfast](#)' aangetoond dat de kans op vrijspraak voor een verdachte veel groter is aan het begin van de dag en na de lunch; 65% vlak na het eten, dalend tot bijna 0 vlak voor de maaltijd. Het grote verschil is opvallend, als je bedenkt dat het gaat over vrijspraak of gevangenisstraf.

In het kader van het debat over de rol van de rechter is met name systemische bias interessant – dat is een vorm van bias die niet random is, maar zich door het systeem verspreidt. Dit type bias wordt dus niet uitgeschakeld door collectieve besluitvorming door meerdere rechters. Vorige week hebben we gezien dat [rechterlijke filosofie](#) systemische bias kan introduceren. Maar zoals Ruijs heeft aangetoond, kan bias ook een rol spelen bij zaaktoewijzing. Hij spreekt zelfs van '[onderonsjes](#)' – een rechter krijgt een zaak toegewezen waarin zijn vriend partij is. Dan dreigt rechtspraak persoonlijke dienstverlening te worden.

Uit empirisch onderzoek weten we ook dat hogere rechters minder geneigd zijn om lagere rechters te overrulen wanneer zij die rechters kennen; vrienden en bekenden val je niet zo snel af, zeker niet wanneer je ze regelmatig tegenkomt. De Urgenda-klimaatzaak is tot drie keer toe door rechters in Den Haag behandeld; de kans dat de Hoge Raad het Hof zou overrulen is daarmee mogelijk flink gedaald.

Vermensenrechtelijking en democratie

Een ander systemisch probleem dat d'Oliviera onderschat is wat '[vermensenrechtelijking](#)' kan worden genoemd. De moderne rechter heeft de neiging vaak naar de mensenrechten te grijpen en deze breed te interpreteren. In de Urgenda-klimaatzaak bijvoorbeeld werd het recht op leven in stelling gebracht om klimaatwetgeving af te dwingen. Ook houdt de progressieve rechter ervan om [rechtsbeginselen](#) selectief, maar vaak extensief toe te passen. Zo figureert het elusieve '[voorzorgsbeginsel](#)' prominent in het klimaat arrest.

Door deze vermensenrechtelijking treedt er nog een ander probleem op voor de democratie. Wanneer het gaat om rechterlijke uitspraken die ongewenste gevolgen

hebben, kan de wetgever die uitspraken ongedaan maken door middel van wetgeving bij gewone meerderheid. Maar wanneer een rechter een mensenrecht oprekt, dan kan de politiek dat moeilijker ongedaan maken. Soms kan zo'n recht slechts worden gewijzigd met een [tweederde meerderheid](#) en die zal vaak niet aanwezig zijn; of moet een [verdrag](#) in zijn geheel worden opgezegd. Dus wanneer de rechter mensenrechten oprekt, dan perkt hij de democratie nog meer in. Gezien het feit dat de rechter geen politieke verantwoordelijkheid draagt en niet door de burgers gekozen wordt, zou grote terughoudendheid hier op zijn plaats zijn. Juist daaraan ontbreekt het in de huidige rechterlijke macht. Zie daar, het rechterlijk activisme.

In het geval van het klimaat arrest, kan de wetgever de oprekking van het recht op leven die daarin besloten ligt, overigens wel bij wet terugdraaien. Want het Europese Hof heeft niet in dezelfde zin geoordeeld. Omdat het hier in feite gaat om een discretionaire nationale uitbreiding van dat recht, kan een nationale wet die uitbreiding ongedaan maken.

Vorderingsrecht van actiegroepen

De rechter spreekt slechts wanneer hem iets gevraagd wordt. Maar door een extensieve interpretatie van de rechten van actiegroepen is er regelmatig een beleidskwestie voor de rechter. Op grond van een wat [vage wet](#) heeft een actiegroep als Urgenda het recht om namens anderen met "gelijksoortige belangen" een rechtszaak te starten. Niet alleen [collectieve acties](#) van bijvoorbeeld gedupeerde consumenten zijn zo mogelijk gemaakt, maar ook algemeen belang-acties door bijvoorbeeld een milieugroep die het kappen van een bos wil voorkomen.

Dit systeem kent [veel gebreken](#). De actiegroep mag derden met soortgelijke belangen vertegenwoordigen zonder hun toestemming, zelfs zonder hen maar te informeren. Deze derden kunnen zich niet van de procedure distantiëren, maar mogen anderzijds ook niet aan de procedure deelnemen. Bovendien hoeft de actiegroep hen niet om instructies te vragen of zelfs maar enige verantwoording af te leggen. Door dit systeem worden de autonomie van derden ten gronde aangetast en hun rechten en belangen verkwanseld, in strijd met de beginselen van burgerlijk recht en de mensenrechten. Daarom wordt al lang betoogd dat dit actierecht onwenselijk is en zo spoedig mogelijk afgeschaft dient te worden, tenminste voor zover het gaat om de algemeen belang-acties.

D'Oliviera zwijgt over de onredelijke, activistische uitbreiding van dit actierecht door de Hoge Raad. Urgenda kon volgens de Hoge Raad de belangen van alle ingezetenen van heel Nederland vertegenwoordigen, terwijl de wet ook zegt dat een actiegroep niet ontvankelijk is, 'indien met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld [onvoldoende gewaarborgd](#) zijn.'

Op basis van enkele oppervlakkige overwegingen oordeelde de Hoge Raad echter dat de belangen van alle ingezetenen bij maatregelen tegen klimaatverandering gelijksoortig zijn, daarbij de evident tegengestelde belangen negerend. Bijvoorbeeld, zij die dicht bij de kust wonen, zullen hogere dijken prefereren in plaats van emissiereductie, en zij die graag met het vliegtuig reizen en barbecuen, zullen geen extra emissiereductie wensen. Deze veelzijdige belangen zouden zich volgens de Hoge Raad evenwel prima lenen voor bundeling in het eenzijdige Urgenda.

Door deze onbezonnen uitbreiding van de actie- en vertegenwoordigingbevoegdheid van dit soort organisaties is er nu een geheel nieuw politiek – en verdienmodel gecreëerd. In dit model kunnen allerhande belangengroepen via juridische procedures trachten de politiek aan te sturen. Voorwaar een onaantrekkelijk resultaat in een rechtsstaat waarin de politiek het primaat zou moeten hebben.

De neutrale rechter

Zoals hierboven aangetoond, zijn de stellingen van d'Oliviera onjuist. De rechter is geen 'wetgever-plaatsvervanger' om twee reden. Ten eerste is de rechter daartoe niet bevoegd. Ten tweede is de rechter daartoe niet in staat en uitgerust. De wetgever-plaatsvervanger is een eigen verzinsel.

De ideologisch neutrale rechter van ons grondwettelijk bestel is een ongekozen ambtenaar die geen gebruik maakt van de ruimte die de wetgever hem laat, zoals d'Oliviera betoogt. Wanneer de neutrale rechter een vordering afwijst, dan weigert hij geen recht, zoals d'Oliviera hint, maar dan doet hij recht. Die rechter roept de overheid niet tot de orde, tenzij de wet hem daartoe dwingt.

De rechter van onze democratische rechtsstaat dient zijn juridische en feitelijke grenzen te respecteren.