

1 INLEIDING

1.1 SPANNINGEN BINNEN HET MACHTSEVENWICHT TUSSEN DE WETGEVER EN DE RECHTER

Dezer dagen staat de taakverdeling tussen wetgevende macht, uitvoerende macht en rechterlijke macht onder grote druk. De rechtspraak is door oplopende spanningen ‘geen rustig bezit’ meer.¹ Die spanningen binnen onze ‘trias politica’ worden gevoed door de klimaatcrisis, stikstofcrisis, gezondheidscrisis, humanitaire en vertrouwenscrises, als partijen de rechterlijke macht vragen te beslissen over maatschappelijke kwesties binnen het domein van de wetgever of de regering.² De ophef in de landelijke politiek over de ‘Stikstof’-uitspraak van de hoogste bestuursrechter,³ de uitspraken van de civiele rechter in Urgenda,⁴ over ‘IS-kinderen’,⁵ Corona-maatregelen⁶ of levering van F-35-onderdelen aan Israël⁷ ziet op de taakverdeling tussen de drie staatsmachten; de rechter lijkt te zijn gaan ‘zitten op de stoel’ van de wetgevende of uitvoerende macht en te miskennen dat

-
- 1 Bakels 2022, p. 1459 e.v. Zie over deze terugkerende onrust vanaf 2019: B. Funnekotter, ‘Help, de rechter grijpt de macht’, *NRC* 20 december 2019; M. Sommer ‘Met het Urgenda-arrest doet de Hoge Raad aan juridisch activisme’, *Volkskrant* 3 januari 2020; S. Dunk, ‘Het kraakt en piept in de rechtsstaat’, *Advocatenblad* 16 januari 2020; G. Corstens, ‘Het is niet de rechter die regeert’, *NRC* 24 januari 2020; F. Jensma, ‘Worden ook onze rechters verwanseld?’, *NRC* 25 januari 2020; R. Jetten & M. Groothuizen, ‘Wie rechters onder vuur neemt, vernietigt tegenmacht’, *NRC* 28 januari 2020; H.D. Tjeenk Willink, ‘Doet de wetgever nog recht?’, *NRC* 29 januari 2020; M. de Werd, ‘Framing’ van rechters bedreigt onze rechtsstaat’, *Volkskrant* 3 februari 2020; B. Oomen, ‘Activistische rechters? Ze doen gewoon hun werk’, *Volkskrant* 8 maart 2020; R. Plasterk, ‘Rechters aan de macht slecht idee’, *Telegraaf* 25 augustus 2022; F. Jensma, ‘Steeds meer rechterlijke uitspraken over politieke kwesties: wie heeft het nou voor het zeggen?’, *NRC* 4 januari 2023; J. Mol, ‘Waar komt al dat ‘activisme’ van rechters toch vandaan?’, *Financieel Dagblad* 13 maart 2024 en J. Mommers, ‘Hoe de rechtszaal het strijdtoneel werd van de vraag: wie heeft nu echt de macht in een democratie?’, *De Correspondent* 25 april 2025.
 - 2 De Poorter 2023, p. 1: ‘Het wankel evenwicht tussen rechtspraak en politiek’, par. 2.1-2.2, 6.1; Bakels 2022, p. 1461 e.v.; Bovend’Eert 2022, p. 8-9; Polak 2022, p. 2056-2063 (‘uitspraken met een groot politiek belang’). Zie recent rechtsvergelijkend R.A.J. van Gestel, *Courts to the Rescue of the Public Interest. Lessons From Landmark Cases*, Edward Elgar Publishing 2025.
 - 3 ABRvS 29 mei 2019, AB 2019/309 en *MenR* 2019/68.
 - 4 Rb Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336; Hof Den Haag 9 oktober 2018, *JB* 2019/10 zoals bekrachtigd in HR 20 december 2019, *NJ* 2020/41.
 - 5 Rb Den Haag 11 november 2019, *NJF* 2019/615; Hof Den Haag 22 november 2019, *JB* 2020/35 zoals bekrachtigd in HR 26 juni 2020, *NJ* 2020/293.
 - 6 Zie, naast de afschaffing van de ‘mondkapjesplicht’ en de heropening van de horeca, over de afschaffing van de ‘avondklok’ Rb Den Haag 16 februari 2021, AB 2021/99; Hof Den Haag 26 februari 2021, *JB* 2021/61 en HR 18 maart 2022, *NJ* 2022/302 bevestigend dat bedreiging van de volksgezondheid door de verspreiding van een virus een ‘buitengewone omstandigheid’ is voor staatsnoodrecht. Zie over deze ‘bipolariteit’, instemmend, Schlössels 2022, par. 3.4.
 - 7 Zie Rb Den Haag 15 december 2023, *NJF* 2024/43; Hof Den Haag 12 februari 2024, AB 2024/132 (Staat/Oxfam Novib) en en HR 3 oktober 2025, ECLI:NL:HR:2025:1435 met (andersluidende) conclusie van A-G Vlas van 29 november 2024.

overheidsbeleid politieke besluitvorming vergt en het primaat van de politiek is. Men verwijt de rechters daarmee hun rechtsprekende taak te buiten te gaan en de democratische besluitvorming bij de wetgever te doorkruisen. Eenzelfde fundamentele kritiek heeft men geuit op Aruba en Curaçao tegen rechtspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie eind 2022 dat het sluiten van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht toestaat, omdat uitsluiting ervan in de wet in strijd is met het discriminatieverbod zoals neergelegd in hun Staatsregeling.⁸

Deze ‘spanningen’ in de taakverdeling tussen de wetgever en de civiele rechter zijn niet nieuw. Zo sprak de Hoge Raad in 1960 zich uit over de onrechtmatigheid van werkstakingen, waarmee hij toen het wetgevingsproces heeft beïnvloed.⁹ In de jaren zeventig van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad zich ook gebogen over de vraag of de overheid zonder wettelijke grondslag een fluorverbinding mocht toevoegen aan het drinkwater.¹⁰ Deze vraag beantwoordde de Hoge Raad (anders dan de bestuursrechter) ontkennend. Volgens Bloembergen zette deze uitspraak tot nadenken over de verhouding tussen de wetgever en de rechter, omdat de fluorideringsvraag een politieke vraag was waarvan politieke partijen een ‘issue’ maakten naar hun opvatting over hoe de samenleving eruit moest zien. Niettemin heeft de Hoge Raad zich daarover uitgesproken. Eind jaren tachtig liet de Hoge Raad zich uit over rechterlijke toetsing van de politieke beladen keuzes voor een systeemwijziging van studiefinanciering in de Harmonisatiewet, omdat deze wetwijziging voor groepen studenten een schending van het gelijkheidsbeginsel opleverde.¹¹ In 2002 en 2004 achtte de Hoge Raad de rechter niet bevoegd om de regering te verbieden haar medewerking te verlenen aan internationale militaire acties. Het ging toen om beleid op het gebied van buitenlandse politiek en defensie dat afhing van ‘politieke afwegingen’; het was niet aan de rechter politieke afwegingen te maken en de politieke besluitvorming te beïnvloeden.¹² Ook deze uitspraken leidden in hun tijdsgewricht tot kritiek en debat in de literatuur en politiek.

De taken van de wetgevende macht en rechterlijke macht lijken volgens de Grondwet in balans. De wetgever schrijft in de wet voor welke regels in Nederland gelden. De rechter

8 GHvJ 6 december 2022, *NJF* 2023/44 (en ECLI:NL:OGHACMB:2022:135), bekrachtigd in HR 12 juli 2024, *NJ* 2024/261 (en 262). Zie over de fundamentele bezwaren tegen deze hofuitspraken nader Van Rijn 2024, p. 551-553 met verdere gegevens.

9 HR 15 januari 1960, *NJ* 1960/84 (Panhonlibco). Zie over deze rechtspraak nader Broeksteeg/Sillen 2022, par. 8.1 t/m 8.5.

10 HR 22 juni 1973, *NJ* 1973/386 (Fluoridering II).

11 HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469. Zie over de toen bestaande commotie rond ‘rechterlijk activisme’, ‘politieke rechtspraak’ en de legitimatie van rechterlijke oordeelsvorming nader o.m. Brenninkmeijer 1992, p. 24-41 en Stolker 1993, p. 53-83. Zie over de spanning tussen wetgever en rechter uitvoerig Brenninkmeijer 2001, p. 1191-1201 met verdere verwijzingen naar literatuur.

12 HR 29 november 2002, *NJ* 2003/35 (Joegoslavische militairen/Staat) en HR 6 februari 2004, *NJ* 2004/329 (VJV c.s./Staat).

berecht op grond daarvan de strafbare feiten en geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen.¹³ Dit evenwicht in onderlinge taakverdeling tussen de wetgever en de rechter volgt niet alleen uit de Grondwet 1983. Het was al neergelegd in artikel 11 van de Wet van 15 mei 1829 ‘houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk’ (*Stb.* 28). Dit bepaalt dat de rechter ‘volgens de wet’ moet rechtspreken en in geen geval de innerlijke waarde of de billijkheid van de wet mag beoordelen. Op grond van deze Wet AB mag hij evenmin ‘bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement’ uitspraak doen (art. 12), dan wel weigeren recht te spreken ‘onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet’ (art. 13). De wet maakte deel uit van de in 1838 ingevoerde wetgeving maar is nog steeds van toepassing.

Op de verschuiving naar een toenemende rechtsvorming door de civiele rechter is sinds 2005 kritiek geleverd in vooral staatsrechtelijke kringen. Men vindt niet duidelijk wat staatsrechtelijk de grondslag is voor de bevoegdheid van de rechter tot rechtsvorming; nergens in de grondwet of formele wetgeving is bepaald dat aan de rechter ten behoeve van een rechtsvormende taak een rechtscheppende bevoegdheid toekomt. Volgens staatsrechtgeleerde C.A.J.M. Kortmann lijkt uit de Wet AB op zijn minst het tegendeel te volgen; de artikelen 11, 12 en 13 suggereren dat de overheidsrechter niet aan rechtsvorming mag doen. Zijns inziens had de Hoge Raad de rechtsvormende taak zelf bedacht en zichzelf aangemeten.¹⁴ Bovend’Eert¹⁵ voegt toe dat voor de rechter het legaliteitsbeginsel geldt en op het terrein van rechtsvorming en rechtsontwikkeling het primaat bij de wetgever ligt. Zijns inziens verdraagt zich daarmee niet dat de rechter met ongeschreven recht(sregels) ‘nieuw recht’ vormt, tenzij hij ‘de wet’ toepast en het recht ‘vormt’ binnen het stelsel van de wet. Als oplossing voor ‘rechterlijk activisme’¹⁶ voert men aan dat de opvatting over de machtenscheiding naar Montesquieu’s ‘trias politica’

13 Volgens de Grondwet (1983) zijn regering en Staten-Generaal als de wetgevende macht belast met het vaststellen van de wetgeving waarin het geschreven recht is neergelegd (art. 81 t/m 88 Grw.). De rechterlijke macht is belast met berechting van strafbare feiten en de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen (art. 112 en 113 Grw.).

14 Aldus Kortmann 2005, p. 250; Kortmann 2008, p. 31; Kortmann 2009, p. 11. Zie nader o.m. Giesen 2020, p. 5 en De Poorter 2023, p. 3 e.v.

15 Bovend’Eert 2009, p. 145; Bovend’Eert 2011, p. 31 en Bovend’Eert 2022, p. 429-432.

16 Over dit begrip Brenninkmeijer 1992, p. 28-41 (verwijzend naar Koopmans 1988a, Koopmans 1988b, Van Gerven 1988 en Schoordijk 1988) en recenter uitvoerig o.m. De Waele 2009, hfst. 3; Bovend’Eert 2022, p. 8-9 en p. 411 e.v. (hoofdstuk 11).

moet worden herijkt.¹⁷ Daartegenover stellen civilisten Hammerstein en Kop¹⁸ – samen met Martens, Asser, Vranken en vele anderen¹⁹ – dat de rechtsvormende taak van de rechterlijke macht in alle landen met een ontwikkeld rechtsstelsel bestaat, en deze taak niet kan worden gemist omdat wetgever en rechter samen recht vormen en rechterlijke rechtsvorming essentieel is in de democratische rechtsorde.

Van Gestel, Loth en De Poorter²⁰ benadrukken dat de rol van de rechter in het huidige staatsbestel moet worden beschouwd vanuit de ‘meerlagige rechtsorde’. Volgens hen is meer onderzoek nodig naar het antwoord op de vraag hoe de rechter op een methodologisch verantwoorde wijze bij uitoefening van de rechtsvormende bevoegdheid aan de rechtsontwikkeling kan bijdragen.²¹ Immers, de inhoud van Nederlandse wet- en regelgeving is de afgelopen decennia door een toenemende invloed van binnen onze rechtsorde doorwerkende internationale en supranationale regelgeving niet een ‘vaststaand’ gegeven. De wet blijkt geen bakermat van rechtszekerheid. De wetgever heeft zijn meerdere gevonden in de gemeenschapswetgever van de Europese Unie, die met richtlijnen en verordeningen de inhoud van wetgeving van de lidstaten is gaan bepalen. Daarnaast houden mensenrechtenverdragen zoals het Europees verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) en Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) de wetgever aan de daarin gewaarborgde bescherming van grondrechten en fundamentele vrijheden van burgers. Volgens artikelen 93 en 94 van de Grondwet (1983) moeten de wetgever en de lagere regelgevers wetgeving en regelingen in overeenstemming brengen en houden met rechtsbescherming naar ‘hogere’ (verdrags)recht. Dit ‘hogere recht’ is vooraf bepalend bij de totstandkoming van nationale wetgeving. Maar artikelen 93 en 94 Grw. kunnen meebrengen dat de rechter achteraf in een procedure vaststelt dat wetgeving niet verenigbaar is met het hogere (verdrags)recht. De rechter moet de daarmee strijdige wetsbepalingen onverbindend verklaren en nationale wetgeving in zoverre buiten toepassing laten. Regels in de wet die niet verenigbaar zijn met

17 Witteveen 1991; Brenninkmeijer 1987a, p. 51-70; Rood 1993, p. 6 e.v.; Van den Berg 1993, p. 25-40; Brenninkmeijer 2001, p. 1193 e.v. volgens wie de ‘trias politica’ binnen de constitutionele driehoeksverhouding is geëvolueerd tot een ‘duas politica’ met een spanningvol evenwicht tussen wetgever (‘politiek kompas’) en rechter (‘suprematie van het recht’). Zie het debat over de ‘Staat van de rechtsstaat’ Handelingen EK, p. 23-3-1 t/m 23-3-27, 23-8-1 t/m 23-8-60. Zie ook G. Boogaard, ‘Urgenda: tijd voor een Constitutioneel Hof?’, AA 2020/10, p. 862-863; De Poorter 2020, p. 110 e.v.; Van Gestel/Loth 2020, p. 886 noot 8.

18 Hammerstein 2009, p. 672 e.v.; Kop 2011, p. 1040 e.v.

19 Martens 2000, p. 747-758; Asser 2005, p. 223 e.v. i.h.b. 224-225; Vranken 2005, nrs. 9 en 10.

20 De Poorter 2023, par. 1.4, 2.3.2 en 2.8; De Poorter 2020, p. 105-113; Van Gestel 2019, p. 231-244; Van Gestel 2020, p. 261-274; Van Gestel/Loth 2020, p. 884-890.

21 Zie hier bijv. de essays van E.M.H. Hirsch Ballin en A.M. Bokhorst & W.J. Witteveen in: *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (WRR-Verkenningen nr. 26), Den Haag/Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 115-125 en 127-164. Zie voor nader onderzoek ‘Research Group on Institutions for Conflict Resolution (Conflictoplossende Instituten)’. Zie verder www.universiteitleiden.nl/en/events/2022/07/courts-as-an-arena-for-societal-change.

het recht van de Europese Unie, kan de rechter achteraf als ‘onrechtmatige’ wetgeving kwalificeren.²² Sinds het midden van de vorige eeuw wordt met een beroep op hoger recht steeds vaker de rechter gevraagd in de maatschappij in te grijpen bij complexe kwesties tussen burgers of bedrijven en de overheid. Onze wetgeving is, net als de rechtspraak, dus geen ‘rustig bezit’.²³

Deze corrigerende taakuitoefening van de rechter raakt aan de taakvervulling door de wetgever. Zij stelt achteraf de kwaliteit van wetgeving aan de orde. Omdat de rechter toepasselijkheid van de wet beïnvloedt, raakt dit aan de taak van de wetgever. De politiek stelt de legitimatie daarvan vaker ter discussie. Volgens Bakels²⁴ moet de rechter oppassen met ‘judicial overreach’ en niet verder springen dan zijn ‘polsstok lang is’.²⁵ Het parlement is zijns inziens bij uitstek in staat en gelegitimeerd om zorgvuldig te beslissen in maatschappelijke kwesties zoals de energietransitie terwijl de rechter daarvoor het noodzakelijke overzicht en ‘onderzoeksinstrumentarium’ mist. Bijna 50 jaar eerder wees H. Drion in 1973 op gelijklopende overwegingen waarom de rechter terughoudend moet zijn met rechtsvormende bijdragen in het kader van de rechtsontwikkeling. Sommige (rechtspolitieke) keuzes kan de rechter beter overlaten aan het ‘politieke domein’.²⁶

Niettemin heeft de rechter als ‘maatschappelijk-probleem-oplosser’ grote aantrekkingskracht.²⁷ In 2022 onderzochten De Jong en Giesen de rechtsvormende ruimte van de civiele rechter voor het beslechten van maatschappelijk relevante kwesties. Zij analyseerden diens ‘veerkracht’ om aan deze wensen te voldoen of, anders gezegd, wat zijn ‘spankracht’ in het publiek domein is.²⁸ In dat verband dringen zich echter als voorvragen op wat de betekenis is van artikel 11 Wet AB dat de rechter *volgens de wet* moet

22 Vaste rechtspraak: zie o.m. HR 18 september 2015, *NJ* 2016/166 zoals herhaald in HR 19 oktober 2018, *NJ* 2020/40.

23 Zie voor deze metafoor Scholten 1938, p. 1 en 30. Vgl. Loeff 1970, p. 187-207. Bovens 1999 introduceerde deze metafoor voor de rechtsstaat. Zie ook Witteveen 1991, p. 69 e.v.; 2002, p. 37-48 en 2004, p. 75-77; Smith 2007, p. 37; Corstens 2014, p. 2715-2719 en E. Dirix, *WPNR* 2021/7338 in en bij noten 8-11.

24 Bakels 2022, p. 1495 e.v.

25 Aldus Koopmans 1979, p. 101-112; Wiarda/Koopmans 1999, p. 78; Polak 2022, p. 2059 e.v. Nieuwenhuis 2000, p. 687-689 vergelijkt deze sprong in de rechtspraak van de HR met ‘de kunst van het zaklopen’. Zie uitvoerig De Poorter 2023, p. 85-125.

26 Drion 1973a, p. 1035-1036. Zie ook bijv. Nieuwenhuis 1997, p. 5 (‘wetgever is beter toegerust’); Castermans/Snijders 2020, par. B.II.3 (‘Ken uw plaats, luidt het devies’) en Bovend’Eert 2022, p. 432-433 (‘rechter ongeschikt als wetgever’). Zie verder R.H. de Bock, ‘De rechter als waakhond’, *AA* 2020/10, p. 900 en J.E. Soeharno, ‘Gezocht: een rechter die rechtsprekt vanuit het karakter en geweten. Over rechtspraak in gepolariseerde zaken’, *NJB* 2023/40, p. 3475-3483.

27 T. Hartlief, ‘De spankracht van de burgerlijke rechter’, *NJB* 2022/39, p. 3209.

28 De Jong/Giesen 2022, p. 9-79. Zie daarover nader R.H. de Bock, ‘De spankracht van de civiele rechter in het publieke domein: een kwestie van rechtsvinding’, *NTBR* 2023/10, p. 318-327 i.h.b. par. 2, 3 en 4.