

Het jaarverslag van de Raad van State en correctie van het rechterlijk oordeel door de wetgever

Max Vetzo¹

In de inleidende beschouwing bij het jaarverslag van de Raad van State gaat de Raad onder meer in op het recent opnieuw opgelaaide debat over de rol van de rechter. Volgens dit essay behoeft een van de stellingen die de Raad daar inneemt, dat correctie van het rechterlijk oordeel door de wetgever ‘veel moeilijker’ is wanneer deze bovennationaal recht aan zijn oordeel ten grondslag legt en dat daarbij geen ‘overrule’ mogelijk is, nuancering. Er is op dit terrein wellicht meer mogelijk dan de Raad van State veronderstelt. In dit essay wordt aangestipt welke factoren daarbij potentieel relevant zijn en welke verdere constitutionele vragen deze constatering oproept.

Jaarverslagen zullen zelden bovenaan de leeslijst van de gemiddelde publiekrechtjurist staan. Dat is anders bij het jaarverslag van de Raad van State. Aan de Kneuterdijk weten ze er immers vaak iets interessants én staatsrechtelijk relevants van te maken. Dat is ook het geval bij het op 7 mei jl. gepresenteerde jaarverslag over 2019.² Niet alleen door multimediale aanpak (inclusief podcast!), maar vooral ook door de inleidende beschouwing getiteld ‘Evenwicht in de rechtsstaat’. Die leest niet alleen als een onderhoudend college ‘inleiding op rechtsstatelijke verhoudingen’, maar bevat ook stellingname in het recent opnieuw opgelaaide debat over de rol van de rechter. Deze wordt in dit essay kort besproken. Daarbij wordt specifiek ingegaan op één punt: de opvatting van de Raad dat correctie van het rechterlijk oordeel door de wetgever ‘veel moeilijker’ is wanneer deze bovennationaal recht aan zijn oordeel ten grondslag legt en dat daarbij geen ‘overrule’ mogelijk is. Deze stelling, zo wordt betoogd, behoeft nadere constitutionele overdenking.

Het maatschappelijke en politieke debat: dikastocratie

De voorafgaande beschouwing in het jaarverslag kan niet los worden gezien van het maatschappelijke en politieke debat over de rol van de rechter dat recent opnieuw is opgelaaid. Aanleiding daarvoor vormde een reeks recen-

te uitspraken waarin de politiek een forse tik op de vingers kreeg. In het *Urgenda*-arrest legde de Hoge Raad een ingrijpend CO₂-reductiebevel op.³ De voorzieningenrechter in Den Haag verplichtte de Staat zich in te spannen om kinderen van ‘IS-moeders’ terug naar Nederland te halen.⁴ En de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelde dat de Programmatische Aanpak Stikstof niet door de Unierechtelijke beugel kon.⁵ Onder meer Forum voor Democratie-voorman Baudet ging daarmee aan de haal en plakte er een oud Latijns etiket (‘dikastocratie’) op.⁶ Sindsdien is de rol van de rechter in de Nederlandse samenleving weer *hot topic*. Dit alles bleek bovendien genoeg voor om een parlementaire werkgroep in het leven te roepen, waarin de vermeende rechterlijke machtsovername door het parlement werd besproken. Dat leverde vooralsnog weinig concreets op, maar de toon voor het maatschappelijk debat was stevig gezet.

Los van de toonzetting moet de kritiek serieus worden genomen. Het eenvoudigweg terzijde schuiven daarvan als ‘populisme’, doet weinig recht aan de fundamentele kwestie die met die kritiek wordt aangeboord: de constitutionele verhoudingen tussen de staatsmachten. De Raad van State trekt zich blijkens het jaarverslag niet terug achter de veilige deuren van Paleis Kneuterdijk; de voorafgaande beschouwing in het jaarverslag gaat over die thematiek. Dat valt te prijzen.

Het jaarverslag 2019: ‘Evenwicht in de rechtsstaat’

In het jaarverslag wordt de kwestie van de rol van de rechter nadrukkelijk in een breder perspectief geplaatst. De Raad stelt zich tot doel middels de voorafgaande beschouwing een bijdrage te leveren aan het begrip van de democratische rechtsstaat en een zorgvuldige wisselwerking tussen staatsmachten. In de opening wordt de bezorgde lezer gerustgesteld: er is geen reden voor een alarmerende toon. De balans tussen staatsmachten is, zo stelt de Raad, ‘tot nu toe verzekerd’.⁷ Na een paragraaf waarin traditionele kernelementen van de rechtsstaat (legaliteit, grondrechten, machtscheiding) worden toegelicht, verschuift de aandacht naar bredere ontwikkelingen die de dynamiek tussen de instituties anno 2020 verklaren. Het gaat onder meer om de rol die internationale en Europese normen spelen bij het bieden van (grondrechtelijke) rechtsbescherming in het individuele geval en de toenemende rol van belangenorganisaties bij het aanpakken van maatschappelijke kwesties in de rechtszaal.

Deze ontwikkelingen maken dat het werk van de rechter verandert en er bepaald niet eenvoudiger op wordt. De rechter moet, aldus de Raad, uitspraken doen in door maatschappelijke tegenstellingen gedomineerde kwesties en oordelen tegen de achtergrond van conflicterende rechtsnormen en -principes. Het is mogelijk dat de rechter daarbij de marges voor politiek beleid verkleint. Dat heeft gevolgen voor de wisselwerking tussen instituties. In de dynamiek tussen staatsmachten die daarbij ontstaat, moeten zorgvuldigheid en wederzijds respect centraal staan. Het is, zo stelt de Raad, zaak dat staatsmachten in hun onderlinge interactie evenwicht vinden, waarbij geen van hen een ‘vanzelfsprekend primaat’ toekomt.⁸

Kritische reflectie op rechterlijke uitspraken is daarbij onderdeel van een vitale rechtsstaat, maar dat moet niet worden verward met het principiële ter discussie stellen van de rechter als instituut. Daarmee zou het belang van de functionele scheiding van staatsmachten worden miskend. Kortom: kritiek op rechterlijke uitspraken mag, maar van de rechter als instituut blijf je af. Dat lijkt mij, voor eenieder die de rechtsstaat goed gezind is, een verstandig uitgangspunt.

De correctiemogelijkheid van de wetgever volgens de Raad van State

Bij het bespreken van de dynamiek tussen rechter en wetgever, doet de Raad van State een constatering waarmee

zij kritiek op rechterlijke uitspraken lijkt te willen paren: de rechter heeft in onze rechtsstaat immers ‘een belangrijke stem, maar in beginsel niet het laatste woord’. Nadat de rechter uitspraak heeft gedaan, kan de wetgever de rechter ‘terugroepen’.⁹ Politieke staatsmachten die het met een beslissing oneens zijn, staat het vrij de wet aan te passen om een rechterlijk oordeel ongedaan te maken, zo lijkt de Raad te willen zeggen. De Raad haast zich vervolgens echter om deze stellingname te nuanceren. Dat uitgangspunt ligt anders wanneer de rechter het internationale of Europese recht interpreteert: ‘correctie daarop is veel moeilijker’ en ‘rechterlijke uitspraken waarin dat juridisch hogere recht tot gelding wordt gebracht, kan de Nederlandse wetgever niet ‘overrulen’.¹⁰ Wanneer de rechter overgaat tot interpretatie van bovennationale normen, zet zij in deze opvatting daarmee de wetgever deels buitenspel.¹¹ De redenering hierachter is op zichzelf logisch. De nationale (grond)wetgever kan immers niet unilateraal tot wijziging van bovennationaal recht overgaan.

In veel gevallen, en ook daar waar het spannend wordt, lijkt ons constitutionele systeem rechterlijke suprematie te impliceren. En dat wringt

Deze situatie kan als problematisch worden beschouwd. Rechters leggen veelvuldig normen van internationaal en Europees recht aan hun oordeel ten grondslag. Ook de rechterlijke uitspraken die recent tot zoveel politieke ophef aanleiding hebben gegeven, betreffen allemaal interpretatie van bovennationaal recht. Deze redenering heeft dus een serieus gevolg. In veel gevallen, en ook daar waar het spannend wordt, lijkt ons constitutionele systeem rechterlijke suprematie te impliceren. En dat wringt. Het jaarverslag geeft daar impliciet ook blijk van. Nadat is geconstateerd dat er sprake is van een externe begrenzing van nationale wetgevende autonomie, benadrukt de Raad dat deze het resultaat is van ‘noodzakelijke grensoverschrijdende samenwerking’, zonder welke ons

Auteur

1. Mr. M.J. Vetzou is promovendus constitutioneel recht aan de Universiteit Utrecht. Met dank aan Jerfi Uzman voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit essay.

Noten

2. Raad van State, *Jaarverslag 2019*, Den Haag 2020.
3. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.
4. Rb. Den Haag 11 november 2019,

- ECLI:NL:RBDHA:2019:11909. Twee weken later vernietigde het Hof Den Haag deze uitspraak, naar het oordeel van A-G Valk terecht. Zie Hof Den Haag 22 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3208 en Conclusie A-G W.L. Valk 24 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:412.
5. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604.
 6. Erik Jurgens, toenmalig Tweede Kamerlid voor de Politieke Partij Radikalen, gebruikte

- de term al in 1974. Zie de notulen van de derde vergadering van de Bijzondere Commissie Grondwet-Kieswet (9181) (*Handelingen II OCV/UCV 1974-1975*, p. 384).
7. Raad van State, 2020, p. 10.
 8. Raad van State 2020, p. 13. Daarmee is kennelijk ook het klassieke ‘primaat van de wetgever’ verdwenen. Hoewel over de afkalking daarvan veel is geschreven, betreft dit toch een opvallende constatering. In het jaarverslag over 2018 fungeerde dat primaat – in ieder geval in de verhou-

- ding wetgever-bestuur – immers nog wel als ijkpunt. Zie Raad van State, *Jaarverslag 2018*, Den Haag, 2019, p. 7, 26 en 32.
9. Raad van State 2020, p. 15.
 10. Raad van State 2020, p. 10 en 15.
 11. Dat punt is op zichzelf niet nieuw. Zie A.M. Donner, ‘Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten’, in: A.K. Koekoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns, *Grondrechten (Jeukensbundel)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 44-48.

land in een 'kwetsbare en zelfs machteloze positie' terecht zou komen.¹² Dat lijkt mij op zichzelf een terechte constatering, maar zij doet er niet aan af dat het in laatste instantie kennelijk wel de rechter is die over de omvang en inhoud van die begrenzing beslist.

Een aanzet voor differentiatie

De opvatting van de Raad van State verdient nadere constitutionele overdenking. In het vervolg van dit essay wordt daartoe een verkennende aanzet gegeven. Die kan leiden tot een meer gedifferentieerde aanpak van de correctiemogelijkheid van de wetgever in reactie op een rechterlijk oordeel dat is gegrond op bovennationaal recht.

Daarvoor moet wel eerst een constitutionele aanname die aan de opvatting van de Raad ten grondslag ligt, worden blootgelegd. De Raad lijkt ervan uit te gaan dat de wetgever, nadat de rechter Europees of internationaal recht tot gelding heeft gebracht, geen rol meer heeft bij het interpreteren van dat recht. Dat hoeft niet het geval te zijn. Zo gaf Kortmann in 1996 al aan dat 'de politiek' in het geval van rechterlijke toepassing van supranationaal of internationaal recht meer te vertellen heeft dan zij vaak denkt. Zij zou, zo overweegt hij, uitdrukkelijk voor een andere interpretatie kunnen kiezen dan de rechter heeft gedaan.¹³ Kortmanns algemene stellingname biedt een startpunt voor verdere overdenking van de vraag of de wetgever de mogelijkheid heeft tot – wat je zou kunnen noemen – 'concurrerende interpretatie' na rechterlijke interpretatie van Europees en internationaal recht.¹⁴ Wanneer en onder welke voorwaarden dat het geval zou kunnen zijn, wordt hieronder kort verkend, waarbij ik mij korthedshalve primair richt op nationale rechterlijke toepassing van het EVRM en het Unierecht.

Supranationale rechterlijke rugdekking

De door de wetgever gehuldigde interpretatie moet in ieder geval verdrags- of Unierechtconform zijn. Dat betekent echter niet dat het de door de Nederlandse rechter gehuldigde conforme interpretatie is, die gevolgd zou moeten worden. Dat kan ook zeer wel een andere zijn. Of van conformiteit sprake is, hangt in laatste instantie af van de interpretatie van het EHRM, respectievelijk het Hof van Justitie. Slechts die opvattingen aan de zijde van de wetgever die zich begeven binnen de Straats- en Luxemburgse marges zijn constitutioneel toelaatbaar. De mate van supranationale rechterlijke rugdekking van de nationale rechterlijke uitspraak is aldus medebepalend voor het corrigerend vermogen van de wetgever.

De mate van supranationale rechterlijke rugdekking van de nationale rechterlijke uitspraak is aldus medebepalend voor het corrigerend vermogen van de wetgever

Dit laat zich illustreren aan de hand van het onderscheid tussen de PAS-uitspraken van de Afdeling en het oordeel van de Hoge Raad in de *Urgenda*-zaak. In die eerste zaak stelde de Afdeling prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over de interpretatie van de Habitatrictlijn. Toen bleek dat het Hof daaraan een stringente uitleg toe-kende, kon de Afdeling niet anders dan de op basis van het PAS verleende vergunningen vernietigen. Het oordeel dat de Programmatische Aanpak Stikstof wel verenigbaar is met het Unierecht, kan de wetgever in het licht van het oordeel van het Hof van Justitie niet volhouden. Dat ligt anders bij *Urgenda*. Van die uitspraak kan, hoezeer ook gestoeld op de rechtspraak van het EHRM, niet gezegd worden dat zij daaruit *noodzakelijkerwijs* voortvloeit. De ruimte voor concurrerende constitutionele interpretatie door de wetgever neemt daarmee toe. Daarvan lijken ook Van Gestel & Loth uit te gaan. Zij stelden, nog voordat de Hoge Raad arrest wees, daarover het volgende: 'indien de wetgever het met die beslissing [om de Staat te bevelen om uiterlijk in 2020 de CO₂-uitstoot met (minimaal) 25% te reduceren, MV] alsnog oneens blijkt te zijn – hetgeen ons moeilijk denkbaar lijkt¹⁵ – staat, indien de Hoge Raad de beslissing van het hof in stand laat, altijd nog de weg open om de beslissing van de rechter te corrigeren via de wet in formele zin. Dit is alleen anders wanneer de Hoge Raad mocht besluiten om prejudiciële vragen aan het EHRM te stellen en dat college uiteindelijk mocht besluiten om de lijn die is ingezet door het Hof Den Haag te volgen.'¹⁶ De mogelijkheid tot 'override' bestaat kennelijk dus wel wanneer er geen rechtstreeks Straatsburgs dictum ligt.

Het voorgaande roept vragen op. Want hoe direct moet de Nederlandse rechter in zijn uitspraak leunen op een Straats- of Luxemburgs precedent wil er geen mogelijkheid tot correctie meer bestaan, en hoe dwingend moet dat precedent zijn? Moet er bijvoorbeeld een door het EHRM tegen Nederland gewezen uitspraak liggen, antwoord zijn gegeven op een door een Nederlandse rechter gestelde prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie of volstaat het dat in de rechtspraak van deze Hoven een vaste lijn is te ontwaren? Buiten de context van het EVRM en het EU-recht, rijst bovendien de vraag hoe het dan zit met verdragen die geen rechterlijke instantie kennen die met de ultieme interpretatie daarvan is belast. Heeft de wetgever daar vrij spel, of is dan wel weer de uitleg van de Nederlandse rechter beslissend?¹⁷ Daarbij moet in het geval van het EVRM en het Unierecht worden erkend dat ons constitutionele bestel uiteindelijk rechterlijke suprematie impliceert, zij het niet die van de Nederlandse, maar van de supranationale rechter.¹⁸ In dat licht is het voor Nederland te meer van belang invloed uit te oefenen *voordat* jurisprudentie van het EHRM en Hof van Justitie tot stand komt, vooral door te interveniëren in zaken die voor Nederland relevant zijn.¹⁹

Toch kan worden geconstateerd dat de mogelijkheid van concurrerende interpretatie in sommige gevallen wel degelijk een potentieel argument vormt tegen politieke kritiek op nationale rechterlijke oordelen met een bovennationaal grondslag. Effectief parlementair tegenspel vanuit, waarschijnlijk, Baudet c.s. was in de *Urgenda*-zaak dan bijvoorbeeld immers een constitutionele mogelijkheid. Slaagt deze er niet in voldoende politieke steun te genereren om het rechterlijk oordeel 'ongedaan' te maken, dan kan enkel

nog de pijnlijke conclusie worden getrokken dat zij dat – alle ophef ten spijt – aan het eigen politieke onvermogen te danken heeft. Al kan ook hier waarschijnlijk zonder enige moeite ‘het partijkartel’ als zondebok worden gebruikt.²⁰

Procedurele constellatie

Het voorbeeld van *Urgenda* brengt ons bij een tweede variabele die van invloed is op de vraag naar de mogelijkheid tot correctie van de wetgever: de aard van de rechterlijke procedure waarin effect is gegeven aan internationaal of Europees recht en de daarin door de rechter gehanteerde uitspraakbevoegdheid. De *Urgenda*-zaak vormt een voorbeeld van een onrechtmatige daadsactie tegen de Staat, waarbij de interpretatie van bovennationaal recht wordt ‘afgetopt’ met een rechterlijk bevel jegens diezelfde Staat. Kiest de wetgever er in die omstandigheden voor om tegen het rechterlijk oordeel in te gaan, dan riskeert zij de mogelijkheid dat Urgenda de executoriale titel die zij met dat arrest in handen heeft gekregen ten uitvoer zal willen leggen. Concreet zal dat uiteindelijk uitmonden in het opleggen van een dwangsom aan de Staat. Dat is een potentieel kostbare aangelegenheid.²¹ Het is natuurlijk nog maar de vraag of de rechter daartoe bereid zal zijn wanneer hij daarmee een directe confrontatie met

de wetgever riskeert. Als ‘least dangerous’ staatsmacht, zonder invloed over ‘either the sword or the purse’ delft hij daarbij zonder enige twijfel het onderspit.²² Daarmee wordt echter wel direct duidelijk welke potentieel nucleaire gevolgen corrigerend optreden van de wetgever in deze gevallen heeft. Het risico op een constitutionele machtsstrijd ligt op de loer. Dat is een rechtsstatelijk weinig aantrekkelijk vooruitzicht. Alvorens tot correctie over te gaan, moet de wetgever zich daarvan bewust zijn. Dat zou mogelijk anders liggen, wanneer de rechter slechts een verklaring voor recht uitspreekt. Met een declaratoir worden de constitutionele verhoudingen vanuit procesrechtelijk oogpunt minder op scherp gesteld. Toch geldt ook dan de verwachting dat de Staat zich iets van de inhoud daarvan aantrekt.²³ De wetgever zal zich daarvan rekenschap moeten geven. Wordt uitvoering gegeven aan bovennationaal recht in een procedure waarin de rechtmatigheid van wettelijke voorschriften wordt aangevochten, maar waarbij de Staat geen partij is, dan is de situatie anders. De vraag op welke grondslag de wetgever aan dat oordeel gebonden is komt dan nadrukkelijk naar voren. Het rechterlijk vonnis werkt immers slechts tussen procespartijen.²⁴ Dat biedt, in ieder geval vanuit procesrechtelijk oogpunt, meer ruimte voor concurrerende interpretatie.

Ook de procedurele constellatie waarbinnen de rechter zijn vonnis uitspreekt is van belang voor de ruimte die de wetgever heeft om corrigerend op te treden

12. Raad van State 2020, p. 7.

13. C.J.A.M. Kortmann, ‘Wijzigingen in de verhouding tussen de wetgever (het parlement) en de rechter’, in: D.J. Elzinga, H.G. Hoogers & J.M. Polak, *Parlementaire democratie in beweging. Bijdragen aan het symposium op 15 oktober 1996 ter gelegenheid van het 5-jarig bestaan van de Vereniging van Oud-leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal*, Nijmegen, 1996, p. 55-56.

14. Over ‘concurrentie tussen rechter en wetgever’, zie ook R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming* (oratie Rotterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

15. Met toelichting in de voetnoot: ‘Anders had de Eerste Kamer op 28 mei jl. de Klimaatwet immers niet hoeven aannemen.’

16. R. van Gestel & M.A. Loth, ‘Voorbij de trias politica. Over de constitutionele betekenis van ‘public interest litigation’ *Ars Aequi* 2019, p. 655. Daarbij moet ten aanzien van de ‘advisory opinion’ waar Van Gestel en Loth op doelen, worden aangetekend dat deze juridisch niet bindend is (zie art. 5 van Protocol 16 EVRM). Deze komt echter wel ‘gezag van interpretatie’ (*res interpretata*) toe. Het komt er hierbij vooral op neer dat de feitelijke verschillen in binding tussen een

advies en een uitspraak van het EHRM niet overschat moeten worden. Zie J.H. Gerards, ‘Advisory opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)’, in: *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford University Press 2019 (online).

17. Veel van die verdragen kennen bovendien een verdragscomité dat onder meer in individuele oordelen uitleg geeft aan verdragsbepalingen, zoals het VN-Mensenrechtencomité in het geval van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en het Europees Comité voor Sociale Rechten bij het Europees Sociaal Handvest. Ook dat roept in dit kader vragen op, mede omdat over de rechtskracht van die oordelen verschillend kan worden gedacht. Hierover J.H. Gerards, ‘De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten’, in: J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht (VAR preadviezen)*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 11-85.

18. J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 112, waarbij ik opmerk dat dit gegeven de politieke kracht

die in het huidige debat over de rol van de rechter het hoogste woord voeren maar weinig zal kunnen bekoren.

19. Zie in dat kader ten aanzien van interventie bij het EHRM, T. Barkhuysen, ‘Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht’, in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, preadvies VAR 2004 (VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2004, p. 94-95 en recent L.R. Glas, ‘State Third-party Interventions before the European Court of Human Rights. The ‘What’ and ‘How’ of Intervening’, *European Journal of Human Rights* 2016, afl. 5, p. 539-560

20. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de theoretische, constitutionele mogelijkheid tot correctie, niet meebrengt dat toepassing daarvan in de politieke praktijk werkbaar is. Mark Tushnet heeft daar, onder meer in de Canadese context (waarbinnen een expliciete ‘override’-optie bestaat) op gewezen. Zie onder meer M. Tushnet, *Weak courts, Strong Rights*, Princeton: Princeton University Press 2008, p. 57 e.v. en M. Tushnet, ‘New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-

and Democracy-Based Worries’ *Wake Forest Law Review* 2003, p. 813-838.

21. Over die situatie ná *Urgenda* onder meer G. Boogaard & R.J.B. Schutgens, ‘Na ons de zondvloed? Over de *Urgenda*-zaak en het beginsel van constitutionele hoffelijkheid bij de oplegging van dwangsommen aan de Staat’, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2019, afl. 2, p. 52-61 en I. Giesen, ‘Na *Urgenda*: een huiselijk gesprek over de overheid in het strafbankje’, *NTBR* 2019/19, afl. 6, p. 119-121.

22. In de klassieke woorden van Alexander Hamilton. Zie Alexander Hamilton, John Jay & James Madison, *The Federalist* (1787-1788), New York: Barnes & Noble Classics 2006, nr. 78, p. 428.

23. De ‘executoriale verhouding’ die een bevelsrelatie volgens Boogaard meebrengt ontbreekt in dat geval. Zie G. Boogaard, ‘*Urgenda* en de rol van de rechter. Over de ondraaglijke leegte van de trias politica’, *Ars Aequi* 2016, afl. 1, p. 32 en 33.

24. Hierover in toetsingsituaties J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 29 en 105 e.v. en Uzman 2013, p. 186-188.

Het te pas en te onpas terzijde leggen van de rechterlijke interpretatie van bovennationaal recht past maar slecht bij vreedzame verhoudingen binnen de trias in een stabiele rechtsstaat

Uit het voorgaande blijkt aldus dat ook de procedurele constellatie waarbinnen de rechter zijn vonnis uitsprekt van belang is voor de ruimte die de wetgever heeft om corrigerend op te treden.²⁵ Het is in dat licht, bijvoorbeeld, nog maar de vraag of de ruimte voor corrigerend optreden in *Urgenda* zo groot is als Van Gestel & Loth menen. De constitutionele wenselijkheid daarvan moet in ieder geval goed worden overdacht.

Constitutionele normering van de correctiemogelijkheid

Ook voor het overige behoeft de inkadering van de mogelijkheid tot concurrerende interpretatie en *overrule* constitutionele doordenking. Het te pas en te onpas terzijde leggen van de rechterlijke interpretatie van bovennationaal recht past maar slecht bij vreedzame verhoudingen binnen de trias in een stabiele rechtsstaat. Daarom moet worden gezocht naar constitutionele beginselen die de uitoefening van de mogelijkheid tot concurrerende interpretatie normeren.

De Raad merkt in dat kader terecht op dat de ‘impliciete constitutionele uitgangspunten’ die gelden in de interactie tussen instituties maar zelden met zoveel woorden worden benoemd. Het is goed dat in het jaarverslag wordt gewezen op de noodzaak tot verdere ontwikkeling daarvan, waarbij constitutionele conventies een belangrijke rol toebedeeld krijgen.²⁶ Deze uitgangspunten moeten verder worden geëxpliciteerd en geduid. De ‘rechtsstaatgesprekken’ die de Raad blijkens het jaarverslag het komende jaar wil organiseren, zouden daarbij een opstap kunnen vormen naar een bredere (rechts)wetenschappelijke en maatschappelijke discussie, ook over de vraag welke constitutionele uitgangspunten de mogelijkheid tot concurrerende interpretatie in goede banen moeten leiden.²⁷ Noties als constitutionele hoffelijkheid en wederzijds institutioneel respect spelen daarbij een potentieel belangrijke rol.²⁸ Zij brengen mee dat met de mogelijkheid van correctie voorzichtig moet worden omgesprongen.

Tot slot

De stelling dat wetgevende correctie van rechterlijke oordelen in het geval van interpretatie van Europees en internationaal recht ‘veel moeilijker’ is en dat geen mogelijkheid tot *overrule* bestaat, behoeft in het licht van het

bovenstaande nuanceren. Er is op dit terrein wellicht meer mogelijk dan de Raad van State in de voorafgaande beschouwing veronderstelt. In dit essay is aangestipt welke factoren daarbij potentieel relevant zijn en welke verdere constitutionele vragen deze constatering oproept.

Daarbij moet worden aangetekend dat het denken in termen van correctie, *overrule* en concurrentie al gauw de sfeer van onenigheid, strijd en competitie ademt. Het is de vraag of de discussie over de wenselijke verhouding tussen rechter en andere staatsmachten met een bespreking van de vraag wie ‘het (aller)laatste woord’ heeft (en daar komt een en ander potentieel op neer) veel verder komt. De kwestie wordt daarmee toch wat op de theoretische spits gedreven. Bovendien moet een eventuele correctiemogelijkheid in perspectief worden geplaatst. Ook wanneer zij de interpretatie van internationaal en Europees recht betreffen, laten rechterlijke oordelen vaak veel speelruimte om invulling te geven aan politieke prioriteiten en wensen, zonder dat daarbij sprake hoeft te zijn van *overrule*.²⁹ Correctie van het rechterlijk oordeel is soms mogelijk, maar niet de enige optie.

In dit licht is het vooral zaak te bezien hoe rechter en wetgever in interactie vorm kunnen geven aan hun gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het handhaven van bovennationaal recht. Vanuit dat perspectief is onze constitutie idealiter op samenwerking gericht. De Raad van State stelt daarbij in het jaarverslag terecht voorop dat wederzijds oog voor elkaars positie en toegevoegde waarde, gepaste terughoudendheid, maar ook ruimte voor kritische reflectie waar nodig, de boventoon moeten voeren. Hoe vanzelfsprekend deze uitgangspunten ook mogen lijken, zij vormen in deze soms wat gure constitutionele tijden de belangrijkste les die uit het jaarverslag kan worden getrokken. •

²⁵ Waarbij ik onmiddellijk erken dat de op hoofdlijnen geschetste constellaties erg grofmazig zijn. Verfijning van gevalstypen zal uiteindelijk nodig zijn.

²⁶ Raad van State 2020, resp. p. 7 en p. 14.

²⁷ Raad van State 2020, p. 25.

²⁸ Over het eerste, zie Uzman 2013, p. 189; over het tweede, zie Raad van State

2020, p. 4, 7, 14 en 15.

²⁹ In die zin onder meer J.M. Barendrecht, ‘Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter’, in: L. Prakke, T. Koopmans & J.M. Barendrecht, *Toetsing. Preadviezen NJV* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1992), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 146.