

De legitimiteit van rechterlijke beslissingen: voorbij de trias?

Wendy Yan¹

Inleiding

In het hoofdartikel van dit nummer van *Rechtstreeks* zoeken Van Gestel en Loth naar de legitimatie van de rechter om bij de uitoefening van zijn rechtsvormende taak rechtspolitieke of beleidsgetinte afwegingen te maken. Van Gestel en Loth kijken hierbij in het bijzonder naar *public interest litigation* (PIL)-zaken. De auteurs signaleren dat de rechtsvormende taak van de rechter steeds vaker ter discussie staat in deze algemeenbelangacties. De zaken *Urgenda* en *Milieudefensie/Shell* en de hierover ontstane discussies over de politieke rechter zijn hiervan goede voorbeelden.² Tegelijkertijd zien Van Gestel en Loth ook dat (rechtspolitieke) rechterlijke beslissingen die ideële of algemene belangen treffen soms juist worden aangemoedigd.

In een prikkelende bijdrage verklaren Van Gestel en Loth het verschil tussen steun en kritiek voor rechterlijke rechtsvormende oordelen in PIL-zaken via het concept 'legitimiteit'. Deze legitimiteit moet niet (enkel) worden beoordeeld in termen van de trias politica, maar wordt door de auteurs benaderd vanuit drie dimensies: een morele, een juridische en een sociale dimensie. Met behulp van deze conceptualisatie van legitimiteit pogen Van Gestel en Loth een antwoord te geven op de centrale vraag van dit thema: hoe politiek is de rechter?

In mijn bijdrage sluit ik mij aan bij de stelling van Van Gestel en Loth dat het tijd wordt om op een vernieuwende wijze te kijken naar de legitimiteit van dergelijke rechterlijke beslissingen en daarmee verbonden de politieke rol van de rechter. In deze bijdrage zal ik zowel toelichten als verdedigen dat de trias politica ook in de huidige tijd nog relevant is voor het begrijpen, verklaren en legitimeren van overheidsoptreden. Het is eerst noodzakelijk om de kernbegrippen nader te bekijken: de 'politieke rechter' en legitimiteit van diens beslissingen. Daarnaast pleit ik ervoor om de leer van de trias politica te herbezielen en te herwaarderen en allicht daarmee een nieuw perspectief te bieden op de legitimiteit van de 'politieke rechter'.

¹ Als staatsrechtjuriste en bestuurskundige zal ik mij ervan weerhouden om al te diep in te gaan op de civielrechtelijke aspecten van het vraagstuk.

² HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*); Rb Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Shell*). Zie ook: 'Veel belangstelling voor klimaatzaak tegen Shell', NOS.nl, 1 december 2020.

De politieke rechter en legitimiteit

In dit themanummer staat de vraag naar de politieke rechter centraal. Maar wat wordt er met de term ‘politiek’ bedoeld en wie of wat is deze politieke rechter dan? Is dit een rechter die tegelijkertijd ook een politiek wezen is met eigen politieke voor- en afkeuren? Of is dit een rechter die, naast het hebben van politieke voor- en afkeuren, ook (strategisch) handelt in de uitoefening van diens taken met al dan niet gevolgen voor de uitkomsten van gerechtelijke procedures?

Wat verstaan Van Gestel en Loth eigenlijk onder de politieke rechter? Zij definiëren het concept niet als zodanig, maar uit de manier waarop van Van Gestel en Loth hun centrale vraag formuleren kunnen wij wel enkele aanknopingspunten vinden voor hun antwoord. Deze vraag is: in hoeverre is de rechter gelegitimeerd om bij het scheppen van nieuw recht rechtspolitieke of beleidsgetinte afwegingen te maken?

Uit deze vraagstelling trek ik twee conclusies. Een eerste is dat Van Gestel en Loth de term ‘politiek’ breder trekken: het gaat niet alleen om rechtspolitieke afwegingen maar ook om afwegingen die te maken hebben met beleid. Een tweede is dat Van Gestel en Loth een politieke rechter niet beschouwen als een rechter die rechtspolitieke of beleidsgetinte afwegingen maakt bij de uitoefening van zijn rechtsvormende taak. Het gaat er juist om dat de rechter bij deze uitoefening van zijn rechtsvormende taak daartoe de legitimiteit ontbeert. De politieke rechter is dan een rechter die illegitiem aan rechtsvorming doet. De vraagstelling zoals Van Gestel en Loth die formuleren kan volgens hen worden beantwoord aan de hand van het concept legitimiteit. Maar welke betekenis kennen de auteurs aan dit begrip toe?

Van Gestel en Loth classificeren legitimiteit als een notoir complex concept dat in essentie verbonden is met een claim op respect en gehoorzaamheid.³ Legitimiteit heeft, volgens de auteurs en met verwijzing naar het werk van Richard Fallon Jr, in ieder geval een sociale (externe), morele (normatieve) en juridische dimensie.⁴ Vanuit die dimensies kunnen verschillende aspecten van legitimiteit worden onderzocht. Ook zijn combinaties van dimensies soms wenselijk om bepaalde concepten te bespreken, zoals het geval is bij de bespreking van democratische legitimiteit. Deze legitimiteit, die vaak wordt ingeroepen wanneer het gaat om de legitimiteit van de rechter in relatie tot andere overheidsorganen (zoals in de discussie over de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Urgenda*) heeft raakvlakken met zowel een juridische als morele dimensie van legitimiteit.⁵ Juridisch, want het gaat om de vraag of de rechter de juiste bevoegdheden, methoden en argumenten inzet tijdens de

³ Vergelijk deze definitie ook met de veelgeciteerde definitie van legitimiteit van Suchman: ‘*Legitimacy is a generalized perception or assumption that the actions of an entity are desirable, proper, or appropriate within some socially constructed system of norms, values, beliefs, and definitions*’. Zie: Suchman 1995 *Academy of Management Review*, p. 574.

⁴ Overigens benoemt Fallon Jr. juridische, morele en *sociologische* legitimiteit. Het is voor mij op het eerste gezicht niet duidelijk of de ‘sociale legitimiteit’ in het stuk van Van Gestel en Loth en ‘sociologische legitimiteit’ zoals benoemd door Fallon Jr. dezelfde betekenis hebben. Zie: Fallon Jr. 2005 *Harvard Law Review*; Fallon Jr. 2018 in: Grove 2019 *Harvard Law Review*, p. 2244.

⁵ Hier neem ik het standpunt van Huijbers en Gerards over, zie: Huijbers & Gerards 2016, p. 195.

procedures. Moreel, want het gaat om de rolconceptie van de rechter bij het ingaan op en ingrijpen in beleidsmatige keuzes.⁶ Het is belangrijk om dit soort combinatiemogelijkheden onder ogen te zien, want een gecombineerd juridisch-morele benadering van het begrip democratische legitimiteit is naar mijn mening cruciaal in de beantwoording van de vraag in hoeverre de rechter een politieke rol speelt.

Van Gestel en Loth zien een politieke rechter dus als de rechter die *illegitiem* rechterlijke beslissingen neemt op basis van rechtspolitieke of beleidsgetinte afwegingen. Het gaat hier dus om de legitimiteit van rechterlijke oordeelsvorming en niet zozeer om de legitimiteit van de rechter ten opzichte van andere staatsmachten. De vraag die ik daarbij heb is dat de legitimiteitskwesaties niet enkel gelegen zijn in de legitimiteit van rechterlijke oordelen, maar ook op een hoger en abstracter niveau, namelijk de legitimiteit van de rechter en rechterlijke macht ten opzichte van andere staatsmachten in het Nederlands constitutioneel bestel: de democratische legitimiteit. Immers, als wordt betoogd dat de ‘politieke rechter’ een rechter is die ingrijpt in beslissingen die toebehoren aan het ‘politieke domein’, dan zal er ook misschien nog wel uitdrukkelijker stelling moeten worden ingenomen over wat het politieke domein is en wat de bestaande en gewenste verhoudingen zijn tussen rechter en wetgever. In de beantwoording van de vraag naar hoe politiek de rechter is, is er naar mijn mening niet aan te ontkomen om in deze bespreking ook concepten zoals van machtscheiding, machts-evenwicht en *checks and balances* op te nemen. Het onderzoek naar de trias politica kan hiervoor aanknopingspunten bieden.

Legitimiteit in termen van de trias politica

Het is volgens Van Gestel en Loth tijd om legitimiteit van rechterlijke rechtsvorming niet alleen maar in termen van de trias politica te beoordelen, maar om met behulp van de drie genoemde dimensies van legitimiteit de juiste vragen te stellen. Uit hun bijdrage lees ik dat de auteurs vertrekken vanuit het standpunt dat een beoordeling vanuit de trias politica inherent de clichévraag met zich meebrengt of de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten (waar ik in het vervolg naar verwijs als ‘de stoelendans’). Ook in een eerder artikel pleiten Van Gestel en Loth ervoor dit klassieke paradigma van de trias politica te doorbreken en bij de bespreking van legitimiteit van en rechterlijke rechtsvorming in PIL-zaken, gewijzigde constitutionele verhoudingen mee te nemen.⁷

Met Van Gestel en Loth ben ik het volledig eens dat een bespreking van legitimiteit bij rechterlijke rechtsvorming, onder andere in PIL-zaken, vereist dat met een moderne betekenis van de trias politica wordt gewerkt. De klassieke, traditionele invulling van de trias politica – al dan niet via stoelendansdiscussies – heeft naar mijn mening haar waarde verloren als het gaat om beschrijvingskracht, verklaringskracht en de normatief evaluerende waarde.⁸ Deze analyse levert ons weinig kennis meer op over de bestaande (en empirisch waarneembare) staatsrechtelijke verhoudingen in onze

⁶ Huijbers & Gerards 2016, p. 195.

⁷ Van Gestel & Loth 2019 *Ars Aequi*.

⁸ Zie ook: Witteveen 1991, p. 33; Gommer 2008, p. 129-130; Möllers 2013, p. 8; Ten Napel, Luiten & Voermans 2015, p. 12.

huidige moderne en complexe samenleving. Daaraan verbonden kan deze klassieke invulling van de trias, mede vanwege nieuwe institutionele en sociale ontwikkelingen, niet meer een goede normatieve meetlat bieden waarmee het gedrag van constitutionele actoren kan worden geëvalueerd.

Wat kan de waarde van de trias politica dan nog wel zijn? Onder de trias politica versta ik het begrijpen, verklaren en legitimeren van de kanalisatie van macht en machtsuitoefening in een bepaalde staatsinrichting. Deze vraag bestudeer ik in mijn proefschriftonderzoek naar de terugkoppeling van rechter naar wetgever in het Nederlands constitutioneel bestel. Dit onderzoek vertrekt vanuit het uitgangspunt dat een onderzoek naar hoe de Nederlandse constitutionele actoren met elkaar interacteren, inherent ook de vraag omvat naar de toepassing, uitwerking en praktijk van de triasgedachte in Nederland. In mijn verkenning van de literatuur over dit onderwerp ben ik tot de conclusie gekomen dat er veel nuances en verschillen bestaan tussen de betekenissen die worden toegekend aan de trias politica in het wetenschappelijk discours. De verschillen zijn vooral groot wanneer de betekenissen van de trias in de constitutioneel-rechtswetenschappelijke literatuur worden vergeleken met de betekenissen van de trias in politiek-wetenschappelijke literatuur. In de constitutioneel-rechtswetenschappelijke literatuur kan een klassieke en staatsrechtelijke discussies worden onderscheiden van een meer positiefrechtelijke discussie. Naast de (hedendaagse) interpretatie van de triasgedachte van Montesquieu waarmee de juridische en constitutionele inrichtingen van moderne staten kunnen worden geëvalueerd, zijn er in deze literatuur ook modernere, genuanceerde en bijgestelde versies ontstaan die op een adequate manier beschrijven en analyseren hoe de verhouding tussen wetgever en rechter in de werkelijkheid is.⁹ De politiek-wetenschappelijke literatuur legt verslag van veel empirisch onderzoek naar het voorspellen en verklaren van het gedrag van gerechtelijke actoren en de uitkomsten van gerechtelijke besluitvorming. Meestal vertrekkend vanuit de rationelekeuzetheorie en speltheorie worden in deze onderzoeken vaak expliciete assumpties gemaakt over de strategische motieven van constitutionele actoren, waaronder rechters.¹⁰ De trias politica wordt in deze onderzoeken bijvoorbeeld geconceptualiseerd als de regels van het politieke spel. De op de trias politica gebaseerde regels (in zowel (grond)wetten als conventies) geven de arena, spelregels en condities aan waarbinnen de actoren proberen te onderhandelen en hun belangen te maximaliseren.¹¹ Rechterlijke uitspraken zijn in deze onderzoeken een weerspiegeling van strategische keuzes die rechters maken en niet van louter professionele en apolitieke uitspraken.¹²

⁹ Zie in het bijzonder het onderzoek naar 'weak form judicial review'. Tushnet 2019 *International Journal of Constitutional Law*.

¹⁰ Om preciezer te zijn bedoel ik hier de positieve politieke wetenschappen (die kunnen worden afgezet tegen normatieve politieke wetenschappen) en het onderzoek dat wordt gedaan binnen de interdisciplinaire en multidisciplinaire subdiscipline van *Law & Politics*. Zie ook: Goodin 2011. In de 'separation of powers'-onderzoeken wordt vaak verondersteld dat rechters en rechterlijke instanties, net zoals andere politieke instituties, strategische actoren zijn die hun institutionele posities willen behouden of verbeteren ten opzichte van andere instituties of simpelweg hun politieke invloed willen vergroten. Zie i.h.b. Segal 1997 *American Political Science Review*; Hirsch 2011, p. 266; Westerland 2017.

¹¹ Zie in het bijzonder Westerland 2017, p. 266; Segal 1997 *American Political Science Review*, p. 28.

¹² Het tegenovergestelde wordt vaak vanuit een doctrinair-legalistisch perspectief beargumenteerd, Hirsch 2011, p. 266.

Het onderzoek naar de trias politica en de rol van de rechter daarbinnen is daarmee veelzijdig en in ontwikkeling. Er zijn in ieder geval drie doelen in de verschillende varianten van dit onderzoek te vinden: het adequaat beschrijven, het normatief evalueren en het verklaren (en voorspellen) van de staatsrechtelijke verhoudingen tussen constitutionele actoren.¹³

Mijn pleidooi hier is dan ook om deze inzichten te combineren in interdisciplinair onderzoek voor een herwaardering van de trias politica.¹⁴ Wordt dat gedaan, dan wordt het ook gemakkelijker om een standpunt in te nemen over de rol van de rechter binnen de trias, en daarmee allicht naar diens 'politieke' functie.

Afrondend

Tot slot nog een korte opmerking over algemeenbelangacties. De zaken die zijn aangespannen door belangenorganisaties zijn niet de enige waarin de rechter wordt verweten op de stoel van de wetgever of bestuur te gaan zitten; denk ook aan de stikstofuitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) of de avondklok-uitspraak in kort geding van de rechtbank Den Haag.¹⁵ Toch is niet te ontkennen dat rechtsvormende oordelen in zaken, misschien in het bijzonder wel PIL-zaken, legitimiteit behoeven nu de controverses die daaromheen ontstaan laten zien dat deze legitimiteit onder druk staat.

Tegelijkertijd signaleren de auteurs dat de trias politica deze legitimiteit niet kan bieden. Van Gestel en Loth dagen ons uit om op vernieuwde wijze naar de legitimiteit van rechtsvormende oordelen te kijken.

Het door mij gevoerde pleidooi valt daarmee gedeeltelijk samen met het pleidooi van Van Gestel en Loth. In de discussies en controverses over de politieke functie van de rechter is vereist dat de analyse niet meer vanuit de stoelendans wordt gemaakt, maar dat de gesprekspartners opnieuw nadenken over de legitimiteit van rechtspolitieke en beleidsgetinte rechterlijke afwegingen en de daarmee verbonden democratische legitimiteit van de rechter.

In mijn bijdrage stel ik een vernieuwde wijze voor voor het begrijpen van de democratische legitimiteit, namelijk door middel van het herbeziën en herwaarderen van de leer van de trias politica. Een nieuwe invulling van (het onderzoek naar) de trias politica zou dan idealiter beter moeten passen bij de (empirische) praktijk, beter het gedrag van gerechtelijke actoren moeten voorspellen en

¹³ Dat het onderzoek naar de trias politica deze drie doelen kan bevatten wordt onder andere beargumenteerd door Möllers 2015, p. 325-329. De separation of powers-modellen kunnen dienen als meetlat voor het normatief evalueren van overheidsinstanties. Vervolgens hebben deze modellen ook een beschrijvende en functionele waarde door functioneel onderscheid te maken tussen verschillende typen overheidsacties. De codificatie van institutionele praktijken zijn zelfbeschrijvingen die ons weer iets vertellen over de sociale realiteit.

¹⁴ Vanwege de omvang van deze bijdrage ga ik hier niet in op de verenigbaarheid van de epistemologie en onderzoeksmethoden tussen en binnen deze (sub)disciplines, al ben ik mij wel bewust van de lastige taak die interdisciplinair onderzoek met zich mee kan brengen.

¹⁵ Raad van State 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (PAS) en Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100 (Avondklok).

verklaren en, tot slot, beter moeten kunnen dienen als normatieve meetlat voor het evalueren van de staatsverhoudingen en gedrag van constitutionele actoren in ons staatsbestel. Meer (interdisciplinair) onderzoek naar de bestaande en gewenste staatsverhoudingen tussen rechter en wetgever kan hierover misschien uitsluitsel geven. Met een vernieuwende invulling van de trias politica kan dan een standpunt worden ingenomen over de rol van de rechter binnen de trias en een antwoord worden geformuleerd op de vraag of de rechter al dan niet politiek is.

Literatuurlijst

Fallon Jr. 2005

R.H. Fallon Jr., 'Legitimacy and the Constitution', *Harvard Law Review* 2005, vol. 118, no. 6, p. 1789-1853.

Gommer 2008

H. Gommer, *Onder de rechter* (dissertatie Tilburg) Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Goodin 2011

R.E. Goodin, 'The State of the Discipline, the Discipline of the State', in: R.E. Goodin (ed.), *The Oxford Handbooks of Political Science*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 3-60.

Grove 2019

T.L. Grove, 'Book review. The Supreme Court's Legitimacy Dilemma. Law and Legitimacy in the Supreme Court by Richard H. Fallon, Jr.', *Harvard Law Review* 2019, vol. 132, p. 2240-2276.

Hirsch 2011

R. Hirsch, 'The Judicialization of Politics', in: R.E. Goodin (ed.), *The Oxford Handbooks of Political Science*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 253-274.

Huijbers & Gerards 2016

L. Huijbers & J. Gerards, 'Procedurele toetsing', in: R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur. Instituut voor Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016.

Möllers 2013

C. Möllers, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Möllers 2015

C. Möllers, 'Separation of Powers - a Short Manual for the Perplexed', in: H. Ten Napel & W. Voermans (eds.), *The Powers That Be. Rethinking the Separation of Powers. A Leiden response to Möllers*, Leiden: Leiden University Press 2015, p. 321-339.

Segal 1997

J.A. Segal, 'Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts', *American Political Science Review* 1997, vol. 91, no. 1, p. 28-44.

Suchman 1995

M.C. Suchman, 'Managing Legitimacy - Strategic and Institutional Approaches', *Academy of Management Review* 1995, vol. 20, no. 3, p. 571-610.

Ten Napel, Luiten & Voermans 2015

H.-M. Ten Napel, J. Luiten & W. Voermans, 'Introduction', in: H. Ten Napel & W. Voermans (red.), *The Powers That Be. Rethinking the Separation of Powers. A Leiden response to Möllers*, Leiden: Leiden University Press 2015, p. 7-29.

Tushnet 2019

M. Tushnet, 'Weak-form review: An introduction', *International Journal of Constitutional Law* 2019, vol. 17, no. 3, p. 807-810.

Van Gestel & Loth 2019

R.A.J. Van Gestel & M.A. Loth, 'Voorbij de trias politica. Over de constitutionele betekenis van 'public interest litigation'', *Ars Aequi* 2019, p. 647-655.

Westerland 2017

C.L. Westerland, 'The Strategic Analysis of Judicial Behaviour and the Separation of Powers', in: L. Epstein & S.A. Lindquist (eds.), *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behaviour*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 253-270.

Witteveen 1991

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.