

TROUBLE IN DE TRIAS

Redactie:
Rowin Jansen
Tim van Polanen
David Sander
Prisca Sijtsma

Ars Aequi Libri
Nijmegen 2021

ISBN: 978-94-9319-917-0

NUR 820

© 2021 Ars Aequi Libri, Nijmegen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Stichting Ars Aequi Juridische uitgeverij.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de Stichting PRO (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp) te wenden. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich tot de uitgever te wenden.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) deswege geen aansprakelijkheid.

Ontwerp: Nicolette Schuurman

VOORWOORD

*Martijn Polak**

‘Ben jij eigenlijk nog actief?’ vroeg iemand mij laatst belangstellend. Een beetje beledigd door de vraag had ik bijna geantwoord: ‘Wat denk je? Ik ben nog volop actief! Dat kun je iedere vrijdag zien op www.rechtspraak.nl.’ Maar toen besepte ik dat mijn gesprekspartner geen jurist was, maar iemand met een belangrijke functie, iets in de politiek of het bestuur, en mompelde ik: ‘Nou ja, ik draag mijn steentje bij aan de rechtspleging in ons land.’

Ook na lezing van de bijdragen aan deze bundel ben ik er nog niet zeker van wat ik zou antwoorden als mij opnieuw werd gevraagd om mijn professionele attitude te kenschetsen. Zal ik pretenderen dat ik een activistische hoeder van de rechtsstaat ben of kan ik beter zeggen – zoals Oliver Wendell Holmes zou hebben opgemerkt toen Learned Hand uitriep: ‘*Do justice, sir, do justice!*’ – ‘*That is not my job. It is my job to apply the law*’? De waarheid zal wel in het midden liggen of – om een mij vertrouwde mantra te gebruiken – het antwoord zal worden bepaald door de feiten en omstandigheden van ieder concreet geval. En met zo’n genuanceerd en weinig opzienarend standpunt zal het gros van de rechters in Nederland instemmen, is mijn inschatting.

Rechters zijn geen hemelbestormers en evenmin liefhebbers van hoogdravende woorden. Zouden zij die eigenschappen wel bezitten, dan was hun loopbaan vast anders verlopen. Het rechterlijk werk vraagt in het gros van de gevallen om geduldige exercities op de vierkante millimeter, om zorgvuldig onderzoek van de feiten en om behoedzame toepassing van het bestaande recht. De meeste rechters krijgen slechts af en toe te maken met een zaak die spanning oproept met het domein van de andere staatsmachten. En ook dan geldt: de rechter bepaalt niet dat die zaak aan hem of haar wordt voorgelegd; dat is het gevolg van een geschil tussen partijen dat de rechter wel moet beslechten, conform zijn of haar wettelijke taak.

Rechters oefenen hun wettelijke taak uit en zijn daarbij gebonden aan het recht. Die geruststellend bedoelde woorden mogen ons natuurlijk niet de ogen doen sluiten voor het feit dat de rechter bij de vaststelling van wat recht is, soms een grote mate van beoordelingsvrijheid geniet. Maar ook dan geldt meestal dat de regelgever zelf die beoordelingsvrijheid in het leven heeft geroepen, bijvoorbeeld door welbewust het recht in open normen te verankeren, of door zijn onwil of onvermogen om een bepaalde maatschappelijke kwestie in regelgeving te vangen en het aan de rechter over te laten om eventuele geschillen op te lossen.

* Martijn Polak is vice-president van de Hoge Raad der Nederlanden.

De politicus of de bestuurder die de rechter verwijt dat hij of zij op de stoel van de wetgever heeft plaatsgenomen, vergeet gemakshalve dat in dat concrete geval vermoedelijk recht werd gesproken *sede vacante*.

Het werk van de rechter als wetgever-plaatsvervanger zou zelfs wel iets meer waardering mogen krijgen. Wij moeten er toch niet aan denken dat de rechter bij iedere lacune in de wet pas op de plaats zou maken en vroom zou prevelen dat het aan de wetgever is om in deze leemte te voorzien? Dan zou Nederland om de haverklap door supranationale instanties op het matje worden geroepen wegens schending van bepalingen van Unierecht of Europese mensenrechten. In het gros van de gevallen is iedereen tevreden met het weinig opzienbarende, maar onmisbare stopwerk dat de rechter regelmatig uitvoert, en gaat men over tot de orde van de dag.

Resteren de incidentele zaken die het achtuurjournaal en deze bundel halen. Ik zal geen namen noemen, want dan kom ik voor een deel mijzelf tegen. Maar ik durf nog wel op te merken dat alle ophef mij tamelijk overtrokken voorkomt. Rechters die de politiek of het bestuur hinderlijk voor de voeten lopen doordat zij een concreet geschil beslechten en daarbij toepassing geven aan rechtsregels die in een eerder stadium langs democratische weg in het leven zijn geroepen: wie ligt daarvan wakker in een volwassen rechtsstaat?

Maar goed, over het vorenstaande kun je heel anders of veel genuanceerder denken. Ik zou zeggen: lees deze bundel.

TEN GELEIDE

Rowin Jansen
Tim van Polanen
David Sander
Prisca Sijtsma

De machtscheidingssleer heeft oude papieren. De Franse filosoof Montesquieu deed haar in het midden van de achttiende eeuw uit de doeken in zijn befaamde *De l'esprit des Lois*. Sindsdien vormt zij de drievoudige steunpilaar van alle westerse democratieën. De kern van de theorie is even simpel als briljant: de staatsmacht behoort niet te berusten bij één soeverein, maar dient te worden verdeeld over drie van elkaar gescheiden machten. *Checks and balances* moeten op hun beurt voorkomen dat deze drie machten – wetgevend, uitvoerend, rechtsprekend – verworden tot drie ‘dictators’ op hetzelfde territoire. Anders gesteld: machtsopieping is *passé*, machtsveiwicht heeft de toekomst.

Anders dan weleens wordt gedacht, is de ‘trias’ geen statisch gegeven. De verhoudingen tussen de staatsmachten verschuiven al naar gelang de maatschappelijke context en het tijdsgewricht. Het machtsveiwicht is dus steeds aan verandering onderhevig, zo ook in Nederland. Vorig jaar publiceerde *Ars Aequi Maandblad* een bomvol themanummer over ‘de rechter in de trias politica’. In de juridische doctrine en ver daarbuiten was namelijk grote beroering ontstaan over onder meer de rechterlijke oordelen in de Urgenda-zaak, de bestuursrechtelijke stikstof-uitspraken en het SyRI-vonnis van de Haagse rechtbank. De aloude discussie over positie van de rechter in het staatsbestel laaide weer in volle hevigheid op. Neemt de Nederlandse rechter niet te veel vrijheid? Gaat hij niet op de stoel van de wetgevende en de uitvoerende macht zitten? Of doet hij slechts wat hij moet doen, en is het zogezegd *business as usual*?

Na het verschijnen van het themanummer raakte deze discussie in een stroomversnelling. Niet alleen leidde het stoelendansen met de macht tijdens de coronacrisis geregeld tot wrevel tussen de staatsmachten, maar ook kregen regering, parlement én rechter bikkelharte kritiek te verstouwen in verband met hun aandeel in de toeslagenaffaire. Dit geheel aan ontwikkelingen noopt onzes inziens tot het (opnieuw) doordenken van de wenselijke staatsmachtverhoudingen in de eenentwintigste eeuw: wie zit op welke stoel, hoe ver reikt ieders macht en wat behoort de onderlinge verhouding te zijn?

Met deze bundel willen wij de discussie over de (al dan niet) veranderende verhoudingen tussen de Nederlandse staatsmachten aanjagen. Dit thema interpreteren wij welbewust ruim. Wij willen recht doen aan de grote verscheidenheid aan staatsrechtelijke en rechtsstatelijke discussies. De voor u liggende bundel bevat

dan ook drie secties. Achtereenvolgens staan centraal de veranderende rechtsstatelijke context, het veranderende politieke krachtenveld en de veranderende rol van de rechter.

Wij hebben bijdragen verzameld die betrekking hebben op de machtscheiding en onlangs zijn verschenen in *Ars Aequi Maandblad*. U treft in deze bundel niet alleen alle themanummerbijdragen aan, maar ook een selectie van artikelen uit de rubriek 'Blauwe pagina's: recht en politiek'. Voorts bevat deze bundel enkele belangwekkende bijdragen over de trias politica die in eerdere jaargangen verschenen, maar speciaal voor deze gelegenheid zijn geactualiseerd.

Wij zijn de auteurs die meewerkten aan dit project zeer erkentelijk voor hun fraaie bijdragen. Graag danken wij ook onze mederedacteuren van *Ars Aequi Maandblad* en de medewerkers van *Ars Aequi Libri* voor hun hulp bij de totstandkoming van deze bundel. Wij vertrouwen erop dat dit boek voer biedt voor toekomstige discussies.

Veel lees- en denkplezier gewenst!

Februari 2021

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD	V
<i>Martijn Polak</i>	
TEN GELEIDE	VII
<i>Rowin Jansen, Tim van Polanen, David Sander, Prisca Sijtsma</i>	
INHOUDSOPGAVE	IX

DEEL I

VERANDERENDE RECHTSSTATELIJKE CONTEXT

NIEUWE 'ORDE IN DE REGELGEVING'	3
<i>Joop van den Berg</i>	
DE MYTHE VAN DE TRIAS	17
<i>Hendrik Gommer</i>	
DE EVOLUTIE VAN MENSENRECHTEN EN HAAR WISSELWERKING MET DE TRIAS	29
<i>Ingrid Leijten</i>	
DIGITALISERING EN DE (DIS)BALANS BINNEN DE TRIAS POLITICA	47
<i>Reijer Passchier</i>	
DE RECHTSSTAAT IN HET ANTROPOCEEN	67
<i>Wouter Veraart</i>	
DE TRIAS POLITICA IN DE GELAAGDE EU-RECHTSORDE	77
<i>Henri de Waele</i>	

DEEL II

VERANDEREND POLITIEK KRACHTENVELD

DE GEDRAGSCODE VAN DE EERSTE KAMER. WAT TE DOEN MET LOBBYPRAKTIJKEN?	93
<i>Paul Bovend'Eert</i>	
HET BESTAANSRECHT VAN DE EERSTE KAMER	103
<i>Hansko Broeksteeg</i>	

FINANCIERING VAN POLITIEKE PARTIJEN: TUSSEN PRIVATE VRIJHEID EN PUBLIEKE NORMEN	113
<i>Hansko Broeksteeg</i>	
DE WETGEVINGSJURIST: CROUPIER OF POORTWACHTER?	117
<i>Rob van Gestel</i>	
MINISTER-PRESIDENT VAN HOLLANDS MAAIVELD TOT BRUSSELSE APENROTS	123
<i>Johan van Merriënboer</i>	
FOLLOW THE MONEY	127
<i>Remco Nehmelman</i>	
MOGEN ZE NU MEER OF MINDER ZEGGEN?	143
<i>Jip Stam</i>	
DE PARLEMENTAIRE DEMOCRATIE ALS PARTIJENDEMOCRATIE	149
<i>Ronald Tinnevelt</i>	
TWEE PETTEN OF WEDERZIJDSE BEVRUCHTING?	153
<i>Bert van den Braak</i>	

DEEL III
VERANDERENDE ROL VAN DE RECHTER

URGENDA EN DE ROL VAN DE RECHTER.	159
<i>Geerten Boogaard</i>	
URGENDA: TIJD VOOR EEN CONSTITUTIONEEL HOF?	175
<i>Geerten Boogaard</i>	
POLITICAL QUESTIONS IN DE AMERIKAANSE EN NEDERLANDSE RECHTSPRAAK . .	179
<i>Paul Bovend'Eert</i>	
HET MANIFEST VAN LEEUWARDEN: VIJF JAAR NA DATO	189
<i>Mieke Fikkers, Bert de Hek, Jan Hendrik Kuiper, Klaas Mollema, Ruth van der Pol, Ingrid Tubben & Menno Zandbergen</i>	

RECHT, RECHTER, RECHTSVORMING: EEN AGONISTISCH PERSPECTIEF	197
<i>Joyce Esser</i>	
DE VERANDERENDE ROL VAN DE NEDERLANDSE RECHTER.	213
<i>Winnie Sorgdrager</i>	
DE MOED TOT ONPARTIJDIGHEID	229
<i>Jonathan Soeharno</i>	
VOORBIJ DE TRIAS POLITICA.	245
<i>Rob van Gestel & Marc Loth</i>	
OVER VERMEENDE WETSHISTORISCHE RECHTSVINDING EN SELECTIEVE INTERPRETATIE	263
<i>Michelle Bruijn, Joep Koornstra, Berend Roorda, Jon Schilder & Jan Brouwer</i>	
WAT WIL DE WETGEVER?	277
<i>Carel Smith & Harm Kloosterhuis</i>	
NAWOORD BIJ VOORGAANDE REACTIE	283
<i>Michelle Bruijn, Joep Koornstra, Berend Roorda, Jon Schilder & Jan Brouwer</i>	
DE LEGITIMITEIT VAN RECHTERLIJKE RECHTSVORMING	287
<i>Rob van Gestel & Marc Loth</i>	
GRENSRECHTERS IN EIGEN ZAAK	295
<i>Geerten Boogaard & Roel Schutgens</i>	