



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag ging niet te ver in zijn uitspraak over de avondklok

Nijenhuis, L.M.

DOI

[10.5553/TvCR/187966642021012004004](https://doi.org/10.5553/TvCR/187966642021012004004)

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

TvCR: tijdschrift voor constitutioneel recht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Nijenhuis, L. M. (2021). De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag ging niet te ver in zijn uitspraak over de avondklok. *TvCR: tijdschrift voor constitutioneel recht*, 12(4), 279-286. <https://doi.org/10.5553/TvCR/187966642021012004004>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

De stelling in deze aflevering van het TvCR luidt: ‘De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag is te ver gegaan in zijn uitspraak over de avondklok (ECLI:NL: RBDHA:2021:1100).’ Laurien Nijenhuis pleit tegen deze stelling.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag ging niet te ver in zijn uitspraak over de avondklok

L.M. NIJENHUIS

1. Inleiding

Gevraagd is een reactie te geven op de volgende stelling:

‘De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag is te ver gegaan in zijn uitspraak over de avondklok (ECLI:NL: RBDHA:2021:1100).’

De genoemde uitspraak zorgde afgelopen februari voor veel opschudding doordat de avondklokmaatregel erdoor op losse schroeven kwam te staan. Zoals waarschijnlijk bekend is het echter niet bij deze uitspraak van de voorzieningenrechter gebleven, maar volgde er een hoger beroep in kort geding bij het Haagse gerechtshof.¹ Gelet op de uitkomst van die zaak ligt het voor de hand ten faveure van de genoemde stelling te pleiten, aangezien het gerechtshof inderdaad de mening leek te zijn toegedaan dat de voorzieningenrechter in zijn uitspraak te ver was gegaan. Volgens het gerechtshof was de avondklok namelijk wel degelijk rechtmatig tot stand gekomen. Het gerechtshof kwam tot dit oordeel vanuit de overtuiging dat de civiele rechter, en zeker de rechter in kort geding, zich terughoudend dient op te stellen ten opzichte van de door de overheid gemaakte politieke keuzes. Het gerechtshof overweegt daartoe als volgt:

‘De civiele rechter – en zeker de rechter in kort geding – moet zich daarom terughoudend opstellen bij de beoordeling van de keuzes die de Staat binnen de grenzen van zijn beoordelings- en beleidsvrijheid maakt. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat dus in redelijkheid niet voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, of wanneer de Staat een bevoegdheid aanwendt zonder dat daarvoor in de gegeven omstandigheden een wettelijke grondslag bestaat, is plaats voor rechterlijk ingrijpen.’²

Deze overweging van het gerechtshof in ogenschouw nemend, zal ik in deze bijdrage niet voor, maar juist tegen de genoemde stelling pleiten en zal ik betogen dat de voorzieningenrechter niet per definitie te ver is gegaan bij zijn uitspraak over de avondklok. Die stellingname kan mijns inziens

* Laurien Nijenhuis is junior docent aan de Universiteit van Amsterdam.

¹ Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL: GHDHA:2021:285.

² Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL: GHDHA:2021:285, r.o. 6.3.

gezichtspunten en voer voor een interessante en noodzakelijke discussie opleveren over de rol die de rechter zou behoren te vervullen binnen onze democratische rechtsstaat. De opzet van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 wordt het verloop en de uitkomst van de avondklokzaak³ kort uiteengezet, voor zover van belang in het kader van deze bijdrage. In paragraaf 3 wordt vervolgens betoogd dat het niet vanzelfsprekend is dat de rechter zich terughoudend opstelt bij het toetsen van politieke beleidskeuzes, waaruit volgt dat de voorzieningenrechter van de rechtbank met zijn uitspraak in de avondklokzaak niet per definitie te ver is gegaan. In paragraaf 4 volgt een conclusie.

2. De avondklokzaak

2.1 Inleiding

Op 22 januari 2021 publiceerde minister Grapperhaus de Tijdelijke regeling avondklok covid-19 (hierna: Tijdelijke regeling), waarna er vanaf 23 januari een avondklok ging gelden in Nederland. Een ingrijpende maatregel waar men tot dan toe steeds vanaf had willen blijven, maar die de overheid toch noodzakelijk achtte met het oog op de (toen nog zogeheten) Britse variant van het virus. De Tijdelijke regeling vond haar wettelijke basis in artikel 8 van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (hierna: Wbbbg), waarin staat dat de minister bevoegd is het vertoeven in de open lucht te beperken. Ik zal in deze paragraaf kort de rechtszaak bij de voorzieningenrechter in eerste aanleg bespreken en tevens kort ingaan op de procedure bij het gerechtshof, aangezien de onderbouwing in die zaak relevant is voor het hier te voeren betoog.

2.2 Eerste aanleg

De Stichting Viruswaarheid, die reeds eerdere rechtszaken had gevoerd tegen het coronabeleid en dat ook nadien nog heeft gedaan,⁴ vorderde van de voorzieningenrechter de Staat te gelasten de Tijdelijke regeling buiten werking te stellen. De voorzieningenrechter wees de vordering toe, omdat de Wbbbg niet de juiste juridische grondslag vormde voor de invoering van de avondklok. De Wbbbg mag volgens de voorzieningenrechter namelijk slechts worden ingezet in 'superspoedeisende' situaties (zoals een onverwachte dijkdoorbraak), iets waar volgens de rechter geen sprake van was geweest, onder meer doordat men nog de tijd had genomen om over de inwerkingtreding ervan te debatteren in de Tweede Kamer. De voorzieningenrechter overwoog bovendien dat de Staat niet voldoende had gemotiveerd dat het instellen van de avondklok voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, aangezien een avondklok nog niet eerder noodzakelijk werd geacht, terwijl de druk op de zorg eerder wel veel groter was geweest. Bovendien ontbrak overtuigend wetenschappelijk bewijs dat een avondklok zou bijdragen aan het terugdringen van het virus, aldus de voorzieningenrechter.

³ Met deze aanduiding wordt in deze bijdrage zowel verwezen naar de procedure bij de rechtbank als de procedure bij het gerechtshof.

⁴ Zie Hof Den Haag 22 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1094 over het vaccinatiebeleid, Hof Den Haag 18 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:868 over het inreizen; Rb. Den Haag 10 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4773 over de coronamaatregelen; Rb. Den Haag 8 januari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:63 over verplichte PCR-testen; Rb. Midden-Nederland 9 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2021:3799 over inzage in RIVM-stukken; Rb. Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057 over de mondkapjesplicht in delen van Amsterdam; Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6856 over de coronamaatregelen.

2.3 Hoger beroep

Het gerechtshof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd. Uit de in de inleiding geciteerde overweging volgt dat het gerechtshof van oordeel is dat de civiele rechter, en zeker de rechter in kort geding, zich terughoudend dient op te stellen bij het beoordelen van de gemaakte politieke keuzes over het te voeren coronabeleid. Ingrijpen is alleen mogelijk als de overheid evident onjuiste keuzes maakt. Het gerechtshof overweegt dat de Wbbbg wel degelijk een correcte juridische grondslag biedt voor de avondklok, gelet op het feit dat de buitengewone omstandigheden die de coronacrisis kenmerken het gebruik van de Wbbbg rechtvaardigen. Het argument van de voorzieningenrechter dat de toepassing van de Wbbbg 'superspoedeisendheid' vergt, wordt door het gerechtshof van tafel geveegd. Uit de wet en de wetsgeschiedenis blijkt namelijk niet dat dergelijke 'superspoed' een vereiste is en bovendien zou het ongewenst en niet logisch zijn om de Wbbbg pas in te kunnen zetten bij een dijkdoorbraak, en niet al bij een dreigende dijkdoorbraak, aldus het gerechtshof. Ten aanzien van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit overweegt het gerechtshof dat aan deze eisen is voldaan, onder meer doordat de mobiliteit alleen in de latere avond en nacht wordt beperkt en doordat er uitzonderingen mogelijk zijn.

3. De rol van de rechter in de democratische rechtsstaat

3.1 Inleiding

Aan het oordeel van het gerechtshof lag de redenering ten grondslag dat de civiele rechter, en zeker de rechter in kort geding, zich terughoudend dient op te stellen ten opzichte van de door de overheid gemaakte politieke keuzes. De rechter zou alleen mogen ingrijpen indien de overheid evident onjuist handelt. Hoewel de redenering van het gerechtshof wordt toegespitst op de rechter in kort geding (hetgeen ook logisch is, gelet op het feit dat het hier om een kortgedingzaak gaat), lijkt het gerechtshof haar overweging wel degelijk ook op de reguliere civiele rechter van toepassing te verklaren. Niet voor niets wordt immers aangevangen met het noemen van 'de civiele rechter', terwijl het ook een optie was geweest de overweging te beperken tot 'de rechter in kort geding'. De overweging getuigt dan ook van een beperkte taakopvatting van de rechter binnen ons staatsbestel, waarbij de rechter alleen in het meest uiterste geval zou mogen overgaan tot het corrigeren van de overheid. Een soortgelijke overweging als in de avondklokzaak zagen we ook terug in een andere, eveneens door Viruswaarheid aangespannen zaak over de coronamaatregelen, waarin met name werd gekeken naar de 1,5 meter samenleving.⁵ In die zaak was het de voorzieningenrechter zelf die weigerde de coronamaatregelen 'vol' te toetsen, terwijl de voorzieningenrechter in de avondklokzaak dit wel deed, maar door het gerechtshof werd teruggeroepen. In deze paragraaf zal worden betoogd dat een beperkte rol voor de rechter in ons staatsbestel niet vanzelfsprekend is, gelet op (1) een trend van soortgelijke zaken en (2) de terugtred van de wetgever.

⁵ Rb. Den Haag 24 juli 2020, ECLI:NLRBDHA:2020:6856, r.o. 4.8.

3.2 Het grotere plaatje

De avondklokzaak past in een trend van zaken waarin een groep van burgers, al dan niet verenigd in een stichting of vereniging, zich tot de rechter wendt met als doel om een maatschappelijke verandering teweeg te brengen in het publieke domein.⁶ Andere civielrechtelijke voorbeelden van dergelijke zaken zijn de Urgendazaak,⁷ de procedures over luchtkwaliteit in Nederland⁸ en de Rookverbodzaken.⁹ Vanuit het bestuursrecht kennen we onder meer de PASzaak.¹⁰ Al deze zaken hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat burgers via de rechter falend overheidsoptreden proberen te ondervangen. Zo had de overheid in de genoemde zaken nagelaten regelgeving tot stand te brengen om burgers te beschermen tegen respectievelijk klimaatverandering, luchtverontreiniging, schadelijke sigarettenrook en de gevolgen van stikstofdepositie. Hoewel de overheid in de avondklokzaak niet werd verweten onvoldoende te reguleren, maar daar volgens Viruswaarheid juist in zou zijn doorgeschooten, is ook het doel van die procedure geweest om via de rechter op te komen tegen falende overheidsregulering. Om in de woorden van Giesen te spreken: we zijn aangekomen in een nieuw tijdperk, waarin beleid ook buiten de politiek gemaakt kan worden, namelijk in de rechtszaal.¹¹

Waar de avondklokzaak er door het oordeel van het gerechtshof uiteindelijk niet toe heeft geleid dat de overheid gedwongen werd tot een beleidsverandering (in dit geval: het afschaffen van de avondklok), wil dat niet zeggen dat daar in geen geval sprake van had kunnen zijn. Daarvoor hoeft alleen maar gekeken te worden naar de uitkomsten van zaken als Urgenda of de Rookverbodzaken, waarin de overheid juist wel tot een beleidswijziging werd aangezet door de rechter. De opkomst van publiek belanggerelateerde procedures laat zien dat de rechter een rol is gaan spelen in het publieke domein, een ontwikkeling die maakt dat de voorzieningenrechter in de avondklokzaak niet per definitie te ver is gegaan door zich in dat publieke domein te mengen. Aangezien ik mij er terdege van bewust ben dat het enkele feit dat de rechter zich uitlaat over beleidskeuzes, nog niet wil zeggen dat hij dat ook zou behoren te doen en dat dus ook in de avondklokzaak mocht doen, zal ik in het vervolg van deze paragraaf bepleiten dat de rechter niet alleen steeds vaker overgaat tot het bieden van maatschappelijke oplossingen, maar dat het ook wenselijk is dat de rechter dit doet, gelet op de terugtrek van de wetgever. Alvorens daartoe over te gaan, wil ik nog opmerken dat de uitspraak van de voorzieningenrechter uiteindelijk toch niet geheel zonder (maatschappelijk) gevolg is gebleven, gelet op het feit dat de wettelijke basis van de avondklok naar aanleiding van de rechtszaak alsnog werd versterkt door deze niet meer via de Wbbbg te laten lopen, maar via een nieuwe tijdelijke wet.¹² Wellicht dat de zaak daarom toch een wake-up call is geweest voor de overheid dat een maatregel die sterk ingrijpt op de privélevens van burgers een zo specifiek mogelijke wettelijke

6 Vergelijk Giesen *NJB* 2018/1645, p. 2316-2321.

7 Hoge Raad 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

8 Rb. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171; Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380; Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915.

9 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Staat/CAN*); HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449.

10 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 (*PAS-zaak*).

11 Giessen *NJB* 2018/1645, p. 2316.

12 Het gaat om de Tijdelijke wet beperking vertoeven in de openlucht covid-19, *Stb.* 2021,85.

grondslag behoort te hebben. Dit zou kunnen blijken uit het feit dat er voor de invoering van de coronatoegangsbewijzen wel meteen een specifieke wettelijke grondslag werd gecreëerd.¹³

3.3 Terugtrek van de wetgever

De opvatting dat de rechter zich terughoudend dient op de stellen ten opzichte van de gemaakte politieke keuzes door de overheid, welke is terug te zien in de avondklokzaak, komt voornamelijk voort uit het idee van de gescheiden staatsmachten. Het is aan de democratisch gelegitimeerde formele wetgever om de politieke lijnen uit te zetten door middel van wetgeving, terwijl de regering die wetgeving uitvoert en de rechter rechtsprekt op basis van die wetgeving. Dit betekent dat het in beginsel de wetgever is die aan rechtsvorming doet, niet de rechter. Op deze gedachte is in Nederland bijvoorbeeld ook het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet en de strikte uitleg daarvan op grond van het Harmonisatiewet arrest gebaseerd,¹⁴ evenals het uitsluiten van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften (artikel 8:3 Awb) en het verbod op het geven van een wetgevingsbevel uit het Waterpakt-arrest.¹⁵ Het idee van een zuivere trias politica is echter allang achterhaald. De wetgever heeft zoveel van haar taken uitbesteed aan andere regelgevers, zoals zelfstandig bestuursorganen (zbo's), decentrale overheden en private regelgevers, dat zij haar rechtsvormingsprimaat niet langer kan waarmaken.¹⁶ De wezenlijke functiescheiding tussen de wetgever en het bestuur is verdwenen en het is niet langer alleen de democratisch gelegitimeerde wetgever die de beleidslijnen uitzet.¹⁷ Deze ontwikkeling heeft er toe geleid dat regulering dikwijls niet tijdig tot stand komt en dat regulering die wel tot stand komt vaker strijdigheden vertoont met (internationale) grondrechten doordat niet de waarborgen in acht worden genomen die kenmerkend zijn voor de formele wetgevingsprocedure (denk aan het advies van de Raad van State).¹⁸ De hier omschreven veranderende verhouding tussen wetgever en bestuur, zorgt ervoor dat ook de verhouding tussen wetgever en rechter verandert. De terugtrek van de wetgever maakt ruimte voor een grotere rol voor de rechter, doordat de rechtspraak en het blok van wetgever en bestuur ('de politiek') fungeren als communicerende vaten.¹⁹ Hoe minder de wetgever regelt en hoe meer er wordt overgelaten aan de andere regelgevers, hoe groter de ruimte voor de rechter wordt om rechtsvormend op te treden door open normen in te vullen en de (internationale) grondrechtelijke grenzen te waarborgen. Daarnaast kan de rechter ook reageren op een teveel aan regelgeving dat is ontstaan doordat de politiek daadkrachtig heeft willen overkomen.²⁰ Het optreden van de voorzieningenrechter in de avondklokzaak zou mijns inziens in het licht daarvan bezien kunnen worden.

13 Het gaat om de Tijdelijke wet coronatoegangsbewijzen, *Stb* 2021, 241.

14 HR 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*).

15 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462 (*Waterpakt*).

16 Vergelijk Van Gestel *RegelMaat* 2020/4.6, p. 261-274; Van Gestel & Loth AA 2020/0885, p. 885-890; Van Heusden *NTB* 2020/207, p. 497-503; De Poorter *NTB* 2020/49, p. 105-113; Van Gestel & Loth AA 2019/9, p. 647-655; Van Gestel *RegelMaat* 2019/3, p. 231-244; Verhey & Aal *RegelMaat* 2017/4, p. 241-268.

17 Zo constateert ook de Raad van State in haar jaarverslag van 2019: Jaarverslag Raad van State 2019, p. 6.

18 Van Gestel *RegelMaat* 2020/4.6, p. 261-274; De Poorter *NTB* 2020/49, p. 105-113.

19 Jaarverslag Raad van State 2019, p. 26.

20 De Poorter *NTB* 2020/49, p. 105-113.

Uitgaande van de veronderstelling dat de rechter een tegenwicht kan bieden aan de politiek, blijft het de vraag hoe ver de rechter daarin zou mogen gaan. Enkele gedachten hierover ontleen ik aan Van Heusden. In de eerste plaats valt het te verdedigen dat de rechter voorliggende regelgeving indringender mag toetsen indien die regelgeving verstrekkende gevolgen heeft voor burgers, bijvoorbeeld wanneer er grondrechten in het geding zijn.²¹ Vanuit die optiek ligt het voor de hand dat de voorzieningenrechter zich mocht uitlaten over de avondklok, gelet op de ingrijpende inperking op de grondrechtelijk beschermde bewegingsvrijheid (artikel 2 Vierde Protocol EVRM) en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet).²² Daarnaast valt vanuit dit opzicht wellicht het verschil in toetsing te verklaren tussen de avondklokzaak en de in de inleiding van deze paragraaf genoemde zaak over de 1,5 meter samenleving, waarin de voorzieningenrechter meer terughoudend was. Te verdedigen valt immers dat een avondklok een grotere inbreuk maakt op de levens en grondrechten van burgers dan de verplichting om buitenshuis 1,5 meter afstand te houden.

In de tweede plaats heeft Van Heusden geopperd dat de rechter, indien deze wordt gevraagd te oordelen over politieke beleidskeuzes (zoals de invoering van coronamaatregelen), zich zou kunnen beperken tot het toetsen van de procedure.²³ Dat betekent dat de rechter zich niet uitlaat over de inhoud van voorliggende regelgeving en de politieke keuzes die daarmee gemoeid zijn, maar alleen kijkt of die regelgeving op de juiste wijze tot stand is gekomen. Van Heusden bedoelt hiermee hoofdzakelijk dat de rechter zou moeten kijken of regelgeving op basis van gedegen wetenschappelijk onderzoek tot stand is gekomen.²⁴ De voorzieningenrechter in de zaak over de 1,5 meter samenleving overwoog daaromtrent:

‘Er is – anders dan Viruswaarheid c.s. kennelijk menen – geen plaats voor een eigen, “volle” afweging door de burgerlijke rechter. Zo heeft de rechter niet de taak om naar eigen inzicht belangen te wegen of waarde toe te kennen aan wetenschappelijke adviezen.’²⁵

De voorzieningenrechter in die zaak was dus, in tegenstelling tot de voorzieningenrechter in de avondklokzaak, terughoudend in het toetsen van de wetenschappelijke onderbouwing van regelgeving. In de avondklokzaak werd immers juist wel aandacht besteed aan het feit dat er onvoldoende wetenschappelijk bewijs leek te zijn voor de invoering van een avondklok.²⁶ Mijns inziens kan dit alleen maar worden toegejuicht, aangezien de rechter op die manier controleert of de overheid haar beleid wel op degelijke gronden heeft gebaseerd. Een gang naar de rechter kan op die manier fungeren als een veiligheidsklep die kan worden toegepast om te controleren of overheidsregulering wel op de juiste wijze tot stand is gekomen. Daarbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat de rechter niet altijd even goed in staat is om de wetgever te controleren, aangezien de rechter bij zijn rechtsvorming niet over dezelfde middelen beschikt als de wetgever.

21 Van Heusden *NTB* 2020/207, p. 497-503.

22 Dat de avondklok deze grondrechten inperkt, wordt wel erkend door het gerechtshof. Zie Hof Den Haag 26 februari 2021, *ECLI:NL:GHDHA:2021:285*, r.o. 6.12.

23 Van Heusden *NTB* 2020/207, p. 497-503.

24 Van Heusden noemt de procedurele toetsing van wetgeving de toetsing van de ‘evidence base’. Zie voor een nadere beschrijving van hoe de procedurele toetsing eruit zou moeten komen te zien Van Heusden *NTB* 2020/207, p. 497-503.

25 Rb. Den Haag 24 juli 2020, *ECLI:NL:RBDHA:2020:6856*, r.o. 4.8.

26 Rb. Den Haag 16 februari 2021, *ECLI:NL:RBDHA:2021:1100*, r.o. 4.13-4.14.

Daarom zou de vraag mijns inziens eigenlijk niet moeten zijn óf de civiele rechter zich mag uitlaten over beleidskeuzes, maar hóe de rechter tot legitieme rechtsvorming kan komen in zaken waarin om een maatschappelijke oplossing wordt gevraagd.²⁷ Het voert voor deze bijdrage te ver om ook hier uitgebreid op in te gaan, maar de sleutel tot meer legitieme rechterlijke rechtsvorming ligt waarschijnlijk onder meer in een betere informatievoorziening aan de rechter, waarbij de rechter meer inzicht krijgt in de wetenschappelijke onderbouwing van voorliggende regelgeving en tevens op de hoogte wordt gebracht van de (maatschappelijke) gevolgen die zijn uitspraak zal gaan hebben.²⁸ In dat kader is het overigens goed voorstelbaar dat de rechter in kort geding meer terughoudendheid moet betrachten bij het toetsen van regelgeving dan de reguliere civiele rechter, gelet op de korte tijd die de voorzieningenrechter heeft om de zaak voor te bereiden en voldoende informatie tot zich te nemen. Dit zal met name een rol spelen in complexe en omvangrijke zaken. Zowel het gerechtshof in de avondklokzaak als de voorzieningenrechter in de zaak over de 1,5 meter samenleving, lijken dit onderscheid tussen rechtsvorming door de rechter in kort geding en rechtsvorming door de reguliere civiele rechter echter niet onmiskenbaar te maken.²⁹ Bovendien betekent het feit dat de rechter in kort geding meer voorzichtigheid moet betrachten mijns inziens nog niet dat de voorzieningenrechter zich in geen enkel geval zou mogen uitlaten over politieke beleidskeuzes. Voorstelbaar is immers dat de voorzieningenrechter in bepaalde gevallen wel degelijk over voldoende informatie kan komen te beschikken. Het bij voorbaat verwijzen naar de politieke keuzevrijheid van de wetgever komt op geen enkele manier ten goede aan het functioneren van ons rechtsstelsel.

4. Conclusie

In deze bijdrage is gepleit tegen de stelling dat de voorzieningenrechter te ver is gegaan in zijn avondklokuitspraak. De voorzieningenrechter is niet te ver gegaan omdat hij zich niet per definitie terughoudend behoefde op te stellen ten opzichte van de overheid, zoals het gerechtshof bepleitte. In de eerste plaats is het geen uitgemaakte zaak dat de voorzieningenrechter zich terughoudend had moeten opstellen, gelet op het feit dat de avondklokzaak past in een reeks van zaken waarin de rechter zich mengt in het publieke domein om falende overheidsregulering te ondervangen. En hoewel het enkele feit dat de rechter zich steeds vaker mengt in het publieke domein nog niet meteen wil zeggen dat het ook wenselijk is dat de rechter dit doet, heb ik betoogd dat dit wel degelijk een wenselijke ontwikkeling is gelet op de terugtred van de wetgever. De rechter kan een tegenwicht bieden aan het ontstane blok van wetgever en bestuur, iets dat in het bijzonder wenselijk is indien de voorliggende regelgeving verstreckende gevolgen heeft voor burgers en indien de rechter zich beperkt tot het toetsen van de procedurele totstandkoming van die regelgeving. Wel moet worden nagedacht over de vraag hoe de rechter in zo'n geval beter in staat kan worden gesteld om tot legitieme rechtsvorming te komen, waarbij bijvoorbeeld moet worden gedacht aan een betere informatievoorziening aan de rechter. In dat kader ligt het voor de hand om een onderscheid te

27 Vergelijk De Poorter *NTB* 2020/49, p. 105-113; Van Gestel & Loth *AA* 2019/9, p. 647-655.

28 Vergelijk De Poorter *NTB* 2020/49, p. 105-113; Stolk, Schuurmans & J.E. Esser *AA* 2019/1, p. 9-19; Vranken *NJB* 2009/806, p. 1082-1093.

29 Zie de in deze paragraaf geciteerde overweging.

maken tussen kortgedingzaken en zaken bij de reguliere civiele rechter. De rechter in kort geding zal waarschijnlijk meer terughoudendheid moeten betrachten in het beoordelen van regelgeving dan de reguliere civiele rechter, aangezien hij minder tijd zal hebben om een zaak voor te bereiden en informatie tot zich te nemen. Het in alle gevallen bij voorbaat verwijzen naar de keuzevrijheid van de politiek doet echter tekort aan het extra controlemechanisme dat de rechter kan bieden, zowel in kort geding als bij de reguliere civiele rechter.

Literatuur

De Poorter *NTB* 2020/49

J.C.A. de Poorter, 'Is Nederland verworden tot een dikastocratie?', *NTB* 2020/49

Giessen *NJB* 2018/1645 2018

I. Giesen, 'Het privaatrecht als instrument in het publieke domein', *NJB* 2018/1645

Jaarverslag Raad van State 2019

Raad van State, *Evenwicht in de rechtsstaat, een beschouwing* (jaarverslag 2019), Den Haag: april 2020

Stolk, Schuurmans & Esser *AA* 2019/1

R. Stolk, Y.E. Schuurmans en J.E. Esser, 'De amicus curiae: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?', *AA* 2019/1

Van Gestel *RegelMaat* 2020/4.6

R.A.J. van Gestel, 'De rechtsstaat in discussie', *RegelMaat* 2020/4.6

Van Gestel *RegelMaat* 2019/3

R.A.J. van Gestel, 'Leidt terugtrek van de wetgever tot een opmars van rechterlijke rechtsvorming en afbraak van democratische waarden?' *RegelMaat* 2019/3

Van Gestel & Loth *AA* 2020/0885

R.A.J. van Gestel en M. Loth, 'De legitimiteit van rechterlijke rechtsvorming', *AA* 2020/0885

Van Gestel & Loth *AA* 2019/9

R.A.J. van Gestel en M. Loth, 'Voorbij de trias politica. Over de constitutionele betekenis van 'public interest litigation'', *AA* 2019/9

Van Heusden *NTB* 2020/207

L. van Heusden, 'Rechterlijke toetsing van de evidence base van AVV: over het waarom, wanneer en hoe', *NTB* 2020/207

Verhey & Aal *RegelMaat* 2017/4

L.F.M. Verhey en C.S. Aal, 'Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning', *RegelMaat* 2017/4

Vranken *NJB* 2009/806

J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009/806