



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Rechter en politiek: Machtenscheiding in de Urgenda-zaak

Besselink, L.F.M.

Publication date

2020

Document Version

Final published version

Published in

TvCR: tijdschrift voor constitutioneel recht

License

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Besselink, L. F. M. (2020). Rechter en politiek: Machtenscheiding in de *Urgenda-zaak*. *TvCR: tijdschrift voor constitutioneel recht*, 11(2), 128-151. [8].

<http://www.tvcr.nl/tijdschriftvoorconstitutioneelrecht/download/410Jrg11nr2-1.pdf>

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.

Rechter en politiek: Machtenscheiding in de *Urgenda*-zaak

L.F.M. BESSELINK*

1. Inleiding

Het arrest van de Hoge Raad in de zaak van *Stichting Urgenda tegen de Staat* zal een van de spraakmakende rechterlijke uitspraken van de eerste decennia van de 21^e eeuw zijn.¹

Door in zijn arrest het verzoek om het arrest van het Hof te casseren te verwerpen,² onder handhaving en uitbreiding van de argumentatie van het Hof, liet de Hoge Raad het bevel in stand dat de rechtbank in eerste aanleg had gericht tot de Staat om

‘... het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen zodanig te beperken of te doen beperken dat dit volume aan het einde van het jaar 2020 met ten minste 25% zal zijn verminderd in vergelijking met het niveau van het jaar 1990.’³

De rechtbank had zich voor zijn oordeel in wezen gebaseerd op eerdere internationale *commitments* die hij weliswaar niet-een-ieder-verbindend in de zin van artikelen 93 en 94 van de Grondwet achtte, maar die de rechtbank wel gebruikte ter invulling van de open norm van de ‘onrechtmatige daadsactie’ ex artikel 6:162 BW, in het bijzonder de criteria voor gevaar-zetting. Niet-een-ieder-verbindende internationale verplichtingen, die de Staat per slot van rekening binden, kunnen wel reflexwerking hebben bij de invulling van zulke open normen. De rechtbank had het beroep van de Stichting Urgenda op artikelen 2 en 8 EVRM verworpen, omdat de Stichting geen recht op leven of privé-leven heeft en dus geen direct of indirect slachtoffer kan zijn in de zin van artikel 34 EVRM. Het Hof meende dat dit laatste een verkeerde uitleg was van artikel 34 EVRM, dat immers uitsluitend gaat om toegang tot de Straatsburgse rechter en niet over de toepasselijkheid van artikelen 2 en 8 EVRM in de nationale rechtsorde. Het Hof baseerde zijn oordeel op de positieve verplichtingen die voortvloeien uit deze bepalingen. Die leidden het Hof ertoe het bevel

* L.F.M. (Leonard) Besselink is hoogleraar Constitutioneel recht, Universiteit van Amsterdam.

¹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

² Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591.

³ Rb Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

in stand te houden: een kleinere reductie dan 25% levert een schending op van deze positieve verplichtingen en dus van het recht op leven en op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Deze benadering wordt door de Hoge Raad ook gevolgd, waarbij hij zich ter invulling van de positieve verplichtingen verlaat op expertise (klimaatwetenschap) en op al dan niet juridisch bindende internationale *commitments*.

De Hoge Raad vat zijn eigen oordeel als volgt samen (r.o. 8.3.4, met weglating van verwijzingen naar andere plaatsen in het arrest):

'In deze zaak doet zich een uitzonderlijke situatie voor. Er bestaat immers de dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering en het is duidelijk dat maatregelen dringend noodzakelijk zijn, zoals rechtbank en hof hebben vastgesteld en de Staat ook erkent [...]. De Staat is verplicht om in dit verband 'het zijne' te doen [...]. Jegens de ingezetenen van Nederland, voor de belangen van wie Urgenda in dit geding opkomt, volgt die plicht uit de art. 2 en 8 EVRM, op grond waarvan de Staat is gehouden om het recht op leven en op privé-, familie- en gezinsleven van zijn ingezetenen te beschermen [...]. Dat in dit verband een reductie noodzakelijk is met minimaal 25% in 2020 door Annex I-landen, waaronder Nederland, volgt uit de door rechtbank en hof vastgestelde, algemeen in de klimaatwetenschap en in de internationale gemeenschap gedeelde opvatting [...]. Het beleid dat de Staat sinds 2011 voert en voornemens is te voeren [...], waarbij maatregelen voor langere tijd worden uitgesteld, is daarmee, zoals het hof heeft vastgesteld, evident niet in overeenstemming, althans heeft de Staat niet inzichtelijk kunnen maken dat dit wel het geval is [...].'

Dit oordeel kan op verschillende manieren worden gewaardeerd: naar z'n uitkomst in termen van wat nodig en wenselijk is een klimaatramp te voorkomen, en in meer constitutioneel juridisch opzicht, waarbij onmiddellijk toegegeven zij dat de lijn tussen het een en het ander dun is. Wat betreft het eerste volgt naar mijn mening uit de presentatie van de klimaatwetenschap door de rechters in deze zaak – meest uitvoerig door de rechtbank en de Hoge Raad – dat het uiterst onwenselijk is om de uitstoot van broeikasgassen eind 2020 met slechts 25% te beperken: te zeggen dat minimaal 25% moet worden gereduceerd, is namelijk ook zeggen dat 25% rechtens genoeg is. Maar 25% is *too little too late*. Het lijkt me dat in dit opzicht Greta Thunberg gelijk heeft,⁴ niet de Hoge Raad en de andere Haagse rechters.

Maar ook naar zijn juridische uitkomst is het oordeel van de rechter niet overtuigend. Wat vreselijk knap van onze rechters dat zij met precisie hebben kunnen bepalen dat 23% beperking van de uitstoot van broeikasgassen (waarvan het al ten tijde van het hoger beroep waarschijnlijk was dat die zou worden gehaald in 2020) een inbreuk op het recht op leven vormt, en 24% ook, maar 25% niet. Is dit een geloofwaardig oordeel? Ik meen van niet.

In mijn opvatting is het oordeel van de Hoge Raad naar zijn inhoudelijke strekking dus onwenselijk. Maar daarmee meen ik nog niet dat de Hoge

arti- kelen

4 Vergelijk haar klacht met vijftien anderen bij het VN-Comité voor de Rechten van het Kind tegen onder meer Duitsland en Frankrijk, 'Table of pending cases before the Committee on the Rights of the Child,' nrs. 104-108/2019, ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/TablePendingCases.pdf; Duitsland heeft als officiële doelstelling 40% reductie per 2020, terwijl waarschijnlijk 35 tot 37% zal worden gerealiseerd, zie onder meer 'Germany's Climate Action Plan 2050', cleanenergy-wire.org/factsheets/germanys-climate-action-plan-2050.

Raad het bereiken van een veel hoger doel per ultimo 2020 had moeten bevelen: mijn stelling is dat de Hoge Raad helemaal géén te bereiken beleidsdoel had moeten opleggen aan de Staat, omdat dit in casu aan parlement en regering (de wetgevende en uitvoerende macht) is. Naar zijn constitutioneelrechtelijke strekking brengt het arrest een onwenselijke wijziging in de machtenscheiding tussen enerzijds rechtsprekende macht en anderzijds wetgevende en bestuurlijke macht teweeg, of, zo men wil, het maakt een inbreuk op de machtenscheiding zoals deze tot aan het *Urgenda*-arrest constitutioneelrechtelijk vorm heeft gekregen, juist ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad zelf.

Ik concentreer mij hierna voornamelijk op die machtenscheiding. Het arrest heeft nog veel meer opmerkelijks, zoals dat de Hoge Raad het volgen van, en bij implicatie daarmee besluiten zelf van de Raad van de EU in strijd oordeelt met het EVRM; de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met artikelen 2 en 8 EVRM, zowel inhoudelijk als procedureel (16^e Protocol), en het leerstuk van *common ground* in deze context; andere aspecten van toetsing van internationaal en Europees recht; de rol van wetenschappelijke expertise in juridische beoordelingen door de rechter, en rechtsvergelijkende en milieurechtelijke aspecten. En dan zie ik vast andere aspecten nog over het hoofd. Maar ik laat dit een en ander voor wat het is in deze bijdrage.

Omdat in de literatuur over de *Urgenda*-zaak de machtenscheiding wel beschouwd is als een vage en nietszeggende trope die zich beperkt tot een verder betekenisloze metafoor van de stoelendans (de rechter die 'op de zetel van de wetgever/bestuur' zou zitten), is het nuttig eerst op hoofdlijnen de specifieke vorm van deze machtenscheiding, zoals deze zich als onderscheidend wezenselement van de Nederlandse constitutie heeft ontwikkeld, beknopt te beschrijven. Daaruit blijkt dat de machtenscheiding tussen rechter enerzijds en de andere machten anderzijds tot uitdrukking kwam in een reeks constitutioneelrechtelijke toetsingsbeperkingen en toetsingsverboden, waarvan de achterliggende ratio, volgens de Hoge Raad zelf, telkens blijkt te liggen in de mate waarin relevante besluitvorming politieke afwegingen vergt die niet aan de rechter zijn.

Daarna schets ik de weg die de Hoge Raad in meer recente jurisprudentie insloeg en die tot een bevel als in *Urgenda* kon leiden. Na het formuleren van een aantal bezwaren, schets ik ten slotte hoe de constitutionele schade van het *Urgenda*-arrest wellicht zou kunnen worden beperkt, door een meer beperkte lezing van het arrest.

2. Het constitutionele rechtsbeginsel van rechterlijke terughoudendheid jegens de wetgever: toetsingsverboden en toetsingsbeperkingen

De Nederlandse constitutionele identiteit is in hoge mate bepaald door het beginsel van rechterlijke terughoudendheid jegens de wetgever. De ‘traditie van niet-toetsing’, zoals de Hoge Raad dit heeft genoemd, onderscheidt de Nederlandse constitutie van andere continentaal Europese constitutionele ordes. Het constitutionele beginsel van rechterlijke terughoudendheid komt tot uiting in een reeks toetsingsverboden en toetsingsbeperkingen, die de machtenscheiding tussen rechter enerzijds en wetgever en bestuur anderzijds kenmerken, of beter, de essentie van die machtenscheiding bepalen.

2.1 Toetsingsverboden

Het meest in het oog springend is het in artikel 120 Grondwet gecodificeerde verbod dat de rechter wetten en verdragen niet mag toetsen aan de bepalingen van de Grondwet, dat geïmpliceerd is in, zoals de Grondwet het tussen 1848 en 1983 verwoordde, de ‘onschendbaarheid van de wet’. Sinds 1953 is daarop een uitzondering gemaakt voor wat betreft bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale organisaties, waarbij de Grondwet van 1956 specificeerde dat deze uitzondering alleen betrekking heeft op rechtstreeks werkende internationale bepalingen (artikel 94 Grondwet). Dat het de rechter verboden is de wet te toetsen aan niet-rechtstreeks werkende internationale bepalingen is een machtenscheidingsbepaling. Hierop gaan wij in een volgende paragraaf nader in. In het *Harmonisatiewet*-arrest spreekt de Hoge Raad in verband met de onschendbaarheid van de wet over de constitutionele ‘traditie van niet-toetsing’. Bij de verwerping van de geopperde mogelijkheid wetten te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen overwoog de Hoge Raad onder meer dat ‘in aanmerking [moet] worden genomen dat een ruim toetsingsverbod (...) wezenlijk is voor *de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel*’.⁵ Ook in het kader van toetsing aan het Statuut stelde de Hoge Raad,⁶ onder verwijzing naar wat over toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen al overwogen was, dat er sprake is van ‘een *traditie van niet-toetsing* die overeenstemt met hetgeen (...) ingevolge art. 120 Grondwet in Nederland voor de rechter geldt.’⁷

Uit het beginsel dat in deze constitutionele traditie besloten ligt, werden twee andere ongeschreven toetsingsverboden afgeleid – naast het geschreven grondwettelijk verbod van toetsing van wet en verdrag aan de bepalingen van de Grondwet – namelijk het verbod voor de rechter wetten

⁵ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, r.o. 3-5.

⁶ Art. 49 Statuut.

⁷ R.o. 4-5.

- 8 HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, NJ 1963, 248; eerder HR 25 november 1912, W 9419 (*Hazardspel*), dat echter verschillend werd uitgelegd.
- 9 HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCo875, AB 1993, 305 (onrechtmatig achterwege blijven van een Arubaanse landsverordening – equivalent van een formele wet – in strijd met toezeggingen van de regering en van de parlementsvoorzitter, hetgeen tot schade leidde) leek te suggereren dat het de rechter vrijstaat om te toetsen wanneer er nog geen wet tot stand is gebracht. Aldus (vóór *Tegelen*) Houten 1997, par. 2.4.5-2.4.6.
- 10 HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1056.
- 11 R.o. 3.4; daarin komt ook de denkfout voor dat als de rechter zou kunnen toetsen aan procedurevoorschriften die toetsing 'in feite wordt onttrokken aan de beoordeling door de formele wetgever, aan wie dit oordeel bij uitsluiting toekomt.' Als de rechter een toetsingsrecht zou hebben, zou dat uiteraard niet af kunnen doen aan plicht van de wetgever zelf altijd te toetsen, tenzij men aanneemt dat de wetgever niet gebonden is aan het recht.
- 12 Deze kwalificatie is van Thijmen Koopmans in zijn noot bij het arrest, Koopmans 2000.
- 13 Namelijk de Wet algemene regels herindeling (gemeentes), mede in samenhang met het toenmalige (sinds 2001 vervallen) art. 285, tweede lid, Gemw.
- 14 Bijvoorbeeld de vraag in welke mate art. 1:9 jo 1:7 en 1:8 Awb de wetgever kan binden, krijgt weinig aandacht. Anders voor wat betreft de vraag of een formele wet als zodanig in strijd kan zijn met art. 6:162 BW, Concl. A-G L.A.D. Keus 27 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:356, par. 2.24-26, bij HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722.

te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen en het verbod de wet te toetsen aan de bepalingen van het Statuut voor het Koninkrijk.

De omvang van het verbod de wet te toetsen is zo ruim dat het bijna alle vormen van rechterlijke toetsing van het *proces van formele wetgeving* verbiedt. Het arrest *Van den Bergh/Staat* stelde definitief vast dat het de rechter verboden was het wetgevingsproces te toetsen aan de bepalingen van de Grondwet.⁸ De redenering van de Hoge Raad berustte op de gedachte dat er geen reden bestaat verschil te maken tussen de vraag of de inhoud van een wet in overeenstemming is met de Grondwet, of dat bij de totstandkoming van de wet de grondwettige procedure in acht is genomen: het antwoord op beide vragen is afhankelijk van de beoordeling van de manier waarop bij wetgeving de bepalingen van de Grondwet zijn uitgelegd en toegepast door de organen, aan wie de Grondwet de wetgevende macht heeft toevertrouwd. Met andere woorden: materiële toetsing is toetsing aan de Grondwet, formele toetsing ook, en beide is in artikel 120 Grondwet aan de rechter verboden.

Maar het verbod van rechterlijke toetsing van het proces van wetgeving gaat aanmerkelijk verder dan alleen toetsing aan de Grondwet. De rechter mag de wetgevingsprocedure evenmin toetsen aan de *wet*. Dit is een krachtige expressie van het machtscheidingsbeginsel, die in het *Tegelen*-arrest werd vastgesteld. De Hoge Raad stelde, in het licht van eerdere jurisprudentie enigszins verrassend,⁹ dat de rechter het proces van formele wetgeving niet mag toetsen aan andere wetten: niet *nadat* de wet is vastgesteld, noch *lopende* de wetgevingsprocedure.¹⁰ De Hoge Raad stelde dat de rechter het oordeel van de regering en de Staten-Generaal over de vraag of bij de voorbereiding en de behandeling van de wet de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, heeft te eerbiedigen nadat die wet tot stand is gekomen; daarmee zou het niet te rijmen zijn als lopende de wetsprocedure de rechter wél zou kunnen toetsen aan zulke voorschriften.¹¹ Deze kale redenering heeft iets a-prioristisch en komt over als een *sweeping statement*.¹² De ondoorzichtigheid van de redenering wordt veroorzaakt doordat daarin verscholen blijft dat het in het voorliggende geval ging om toetsing aan wettelijke, dus niet-grondwettelijke procedurevoorschriften.¹³ Toetsing van een wet aan een wet levert het aloude, al door Cicero beschreven probleem op van rang en voorrang van regels die in beginsel overigens (formeel) van gelijke rang zijn: alleen differentiatie tussen een bijzondere versus een algemene wet, en als daarvan geen sprake is, kan door te onderscheiden tussen een latere wet die voorgaat op een vroegere uitkomst geboden worden. Maar niet altijd is duidelijk welke van deze twee principes (*lex specialis* en *lex posterior*) zou moeten overwegen, nog daargelaten in hoeverre een wet in wording formeel moet worden gelijkgesteld aan een aangenomen en afgekondigde wet. Deze in

de Nederlandse rechtspraak enigszins verwaarloosde kwestie, waarover anders dan in bijvoorbeeld Engeland nauwelijks jurisprudentie bestaat en de rechtsleer weinig ontwikkeld is,¹⁴ draagt niet bij aan de helderheid van dit arrest. Hoe dit zij, één ding is zeker: de rechter mag de wet überhaupt niet toetsen aan procedurevoorschriften, niet aan de procedureregels die de Grondwet voorschrijft, noch aan de procedurevoorschriften die de wetgever zichzelf heeft opgelegd.¹⁵ En daarmee wordt ontegenzeggelijk een sterke machtscheidingsregel geponeerd, ver voorbij het grondwettelijk toetsingsverbod.

2.2 Toetsingsbeperkingen: buitenlands en defensiebeleid; doorwerking rechtstreeks werkend internationaal recht; en het verbod van rechterlijke wetgevingsbevelen

Machtscheiding, voorbij het grondwettelijk toetsingsverbod, ligt ten grondslag aan nog andere toetsingsbeperkingen. Daartoe moeten worden gerekend het terughoudendheidsgebod bij toetsing van maatregelen en besluiten op basis van buitenlands- en defensiebeleid, en de grenzen die gesteld zijn aan de rechtsvormende taak van de rechter bij de doorwerking van rechtstreeks werkend internationaal recht.

Het terughoudendheidsgebod bij toetsing van maatregelen en besluiten op basis van buitenlands en defensiebeleid betreft niet alleen besluiten van de wetgevende macht maar ook besluiten en maatregelen van de uitvoerende macht. Er is een vaste lijn aan rechterlijke uitspraken, waarin de standaardoverweging, met een aantal niet wezenlijke variaties, luidt dat het gaat om vragen die betrekking hebben op, dan wel sterk verweven zijn met

'het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de burgerlijke rechter een grote mate van terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen, als in het onderhavige geding ingesteld, die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie (...) onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Het is immers niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken.'¹⁶

Deze formulering bezigde de Hoge Raad voor het eerst in het *Kernwapens*-arrest van 2001.¹⁷ We komen haar tegen in de context van een verscheidenheid aan verschillende vorderingen, die enerzijds de kleine variaties in de formulering verklaren, anderzijds duidelijk maken dat het gaat om een omvattend machtscheidingsargument dat zowel i.p.v. niet alleen ziet op verklaringen voor recht en verbodsvorderingen, als i.p.v. maar ook op rechterlijke bevelen.¹⁸

¹⁵ Een uitzondering ter zake bestaat naar de klassieke opvatting van oudsher alleen voor beantwoording van de formele vraag of de wet is afgekondigd, zie hierover Kelsen 1925, p. 254-255, en Kelsen 1960, p. 275-276, en zelfs deze werd zijns inziens in constitutionele voorbehouden aan de koning; blijkens het arrest *Van den Bergh t. de Staat* bestaat de uitzondering ook voor wat betreft de rechterlijke vaststelling van het oordeel van Tweede en Eerst Kamer dat het voorstel is aangenomen en des rechters eigen vaststelling op basis van de mededeling in het Staatsblad, dat de wet door de koning is bekrachtigd.

¹⁶ Aldus Hof Den Haag 22

november 2011, ECLI:NL:

GHSGR:2011:BU5105.

¹⁷ HR 21 december 2001,

Kernwapens-arrest,

ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, r.o.

3.2.2 onder C; HR 29 november

2002, *Joegoslavië-arrest*, ECLI:

NL:HR:2002:AE5164, r.o. 3.3.

¹⁸ HR 6 februari 2004,

Afghanistan, ECLI:NL:HR:2004:

AN8071, r.o. 3.4. Andere rechter-

lijke uitspraken zijn onder meer

Rb Den Haag, 31 maart 2003,

Steen Inval Irak, ECLI:NL:

RBSGR:2003:AF6540, r.o. 4.4;

Hof Den Haag 25 maart 2004,

NAVO bombardementen Joegoslavië,

ECLI:NL:GHSGR:2004:

AU4443, r.o. 3.2, 4.3 en 4.5; Rb

Den Haag 24 november 2010,

ECLI:NL:RBSGR:2010:BO6114;

Hof Den Haag 22 november

2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:

BU5105; Hof Den Haag 22

november 2019, *ISIS vrouwen en*

kinderen, ECLI:NL:GHDHA:

2019:3208, r.o. 9.8.

De tweede toetsingsbeperking waar wij hier op wijzen, betreft het geval waarin de rechter de wet wél mag toetsen, maar krachtens het karakter van – systematisch gezien – een uitzondering op de onschendbaarheid van de wet van artikel 94 van de Grondwet, er toetsingsbeperkingen zijn die gevormd worden door de grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter. Deze liggen in wezen al besloten in de formulering van artikel 94 Grondwet in zoverre die spreekt van het ‘buiten toepassing laten’ van voorschriften die geoordeeld worden in strijd te zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. De toetsing die tot de conclusie leidt dat de wet niet in overeenstemming is met rechtstreeks werkend internationaal recht, kan er niet toe leiden dat de rechter overgaat tot rechtsvorming die voorbehouden is aan de wetgever. Dit is inmiddels vrij oude en constante jurisprudentie, die ingegeven is door de machtscheiding. Het gaat nagenoeg altijd om een situatie waarin het enkele buiten toepassing laten van het betrokken wettelijk voorschrift de rechtszoekende niet volledige genoegdoening kan bieden, maar voor een oplossing van de tekortkoming meerdere mogelijkheden bestaan waarvoor geen evidente aanknopingspunten in de bestaande regelgeving, of bepaalde tegengestelde belangen moeten worden afgewogen die aan de wetgever (of het bestuur) moet worden overgelaten. Onder die omstandigheden kan aan de toetsing van de wet aan een verdrag door de rechter geen gevolg worden verbonden zonder overschrijding van de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter; dat wil zeggen, tenzij de rechter het in Nederland vigerende beginsel van scheiding tussen de macht van enerzijds wetgever en bestuur en anderzijds de macht van de rechter schendt.¹⁹ Machtscheiding beperkt hier dus de *effecten* van toetsing in gevallen waarin open rechtspolitieke keuzes gebaseerd moeten worden op afweging van belangen, en deze keuze en afweging overigens niet in strijd zijn met het relevante hogere recht.

Hier zijn we bij de *gevolgen* van rechterlijke toetsing. We hebben het dan over beperkingen van de mogelijkheid voor de rechter om aan zijn oordeel bepaalde gevolgen te verbinden. Behalve de leer van de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter bij doorwerking van internationale bepalingen in het Nederlandse recht, is een andere, principieel belangrijke, beperking van de effecten van toetsing gelegen in het verbod van rechterlijke bevelen tot wetgeving.

Dit verbod werd voor het eerst ten principale geformuleerd in het *Waterpakt*-arrest ten aanzien van bevelen tot formele wetgeving in geval de wet in strijd is met hoger recht (*in casu* EU-recht),²⁰ en werd uitgebreid naar een verbod van wetgevingsbevelen gericht tot provinciale volksvertegenwoordigingen in *Stichting De Faunabescherming*.²¹ Artikel 94

19 De eerste in de gepubliceerde rechtspraak is HR 12 oktober 1984, *Ongelijke behandeling mannen en vrouwen bij toekenning Nederlandse nationaliteit*, ECLI:NL:HR:1984:AG4874.
20 HR 21 maart 2003, *Waterpakt*, ECLI:NL:HR:2003:AE8462.
21 HR 1 oktober 2004, *Stichting De Faunabescherming tegen Provincie Fryslan*, ECLI:NL:HR:2004:AO8913.

Grondwet gaat over het buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften door de rechter: de rechtskracht van de wet kan door de rechter in het voorliggende geval worden opgeheven. Omdat het gaat om het rechterlijke ‘opheffen’ van de bindende werking kunnen we met andere woorden zeggen dat het gaat, om met Kelsen te spreken, om een bevoegdheid tot ‘negatieve’ wetgeving in specifieke gevallen. Er is echter, behoudens de mogelijkheid van verdragsconforme en EU-rechtsconforme uitleg van de wet, geen bevoegdheid tot het bevelen van ‘positieve’ wetgeving. De ratio die daarvoor in beide arresten wordt gegeven is de volgende;

‘Of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en belangenafweging. De op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming.

Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, (Europeesrechtelijk) vast liggen (...). Ook ingeval de wetgever heeft nagelaten (...) wetgeving vast te stellen om het vereiste resultaat te bereiken, en indien moet worden aangenomen dat de Staat daarmee onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog die wetgeving vast te stellen.

Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden.²²

Het verbod van een wetgevingsbevel bestaat zelfs als er een plicht tot wetgeving bestaat op grond van hoger recht; het ‘niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze’ naleven van hoger recht (hier Europees recht) dat tot wetgeving verplicht is een kwestie van ‘politieke beoordeling’, dus is kennelijk geen kwestie voor de rechter om te beslissen.

‘Evenzeer is het een kwestie van politieke beoordeling of de Staat, wanneer niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze formele wetgeving is tot stand gebracht ter implementatie van een richtlijn, het wil laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure.’²³

De Hoge Raad ging hierbij ook in op het verschil tussen wat wij zojuist ‘negatieve’ en ‘positieve wetgeving’ noemden, in verband met het ‘buiten toepassing laten’ waarvan artikel 94 Grondwet spreekt, en het specifieke karakter dat dit ‘negatieve wetgeven’ in de context van het Nederlandse civielrecht heeft:

²² *Waterpakt*, r.o. 3.5;

Faunabescherming, r.o. 3.4.

²³ Deze overweging komt alleen in *Waterpakt* voor (r.o. 3.5), maar niet in *Faunabescherming*. Deze overweging is alleen van toepassing op formele wetgeving, niet op lagere regelgeving; anders zou dit in strijd komen met de jurisprudentie over onverbindend verklaren en buitenwerkingstellen van regelgevende besluiten.

‘Het buiten toepassing laten van formele wetgeving op deze grond heeft een ander karakter dan een bevel wetgeving tot stand te brengen: het buiten toepassing laten geldt immers alleen jegens de eiser(s) in de procedure en het heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken, terwijl met een bevel formele wetgeving tot stand te brengen wordt beoogd een algemeen, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen.’²⁴

De verleiding bestaat om in te gaan op de wetgevingscontext waarin deze uitspraak werd gedaan – het doel van de Nitraatrichtlijn op het betwiste punt was volkomen duidelijk (voor het referentiejaar niet meer dan 210 kg dierlijke mest per hectare, daarna 170 kg per hectare tenzij de Commissie een ontheffing daarvan verleent). Zo is dat ook precies in de Meststoffenwet vervolgens geregeld – een kind kan de was doen;²⁵ een wetgevingsbevel zou inhoudelijk praktisch leeg zijn, omdat de Richtlijn al bepaalde wat geregeld moest worden. Maar de politieke context was beslissend: er moesten grote belangen worden afgewogen, die van de landbouw, met name de veeteelt versus het milieu (stikstofuitstoot dat niet alleen hypernutriënt van uitspoelend grondwater is, maar ook N₂O produceert, een broeikasgas dat 210 maal sterker is dan CO₂), een afweging die al drie ministers van landbouw het politieke leven had gekost en bij verschillende kabinetformaties hoofdpijn veroorzaakte. Het is duidelijk dat de Hoge Raad zijn redenering baseerde op een machtenscheidingsargument. Het is het constitutionele beginsel van machtenscheiding dat de grondslag is van deze beperking in de rechterlijke toetsingsmacht, en de niet-inmenging in politiek zeer gevoelige afwegingen is de ratio hiervan.

3. De jurisprudentiële weg naar Urgenda: Rookverbod en SGP

De machtenscheiding tussen rechter en wetgever zoals zojuist geschetst, is voorwerp geweest van jurisprudentiële ontwikkelingen op twee fronten die in het kader van de *Urgenda*-uitspraken zeer relevant zijn. Het eerste betreft de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde, het tweede de jurisprudentie over rechterlijke wetgevingsbevelen.

3.1 Doorwerking van internationaal recht als machtenscheidingskwestie: van Spoorwegstaking tot Rookverbod

Zoals hierboven al aangeduid, ligt aan het criterium van de al dan niet rechtstreekse werking (de ‘een-ieder-verbindendheid’) van internationaal recht een machtenscheidingsbeginsel ten grondslag: de rechter mag alleen bij strijd met rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en bepalingen van besluiten van internationale organisaties de wet buiten

²⁴ *Waterpakt*, r.o. 3.5;

Faunabescherming, r.o. 3.4.

²⁵ Zie Wet van 15 september 2005 tot wijziging van de Meststoffenwet, *Stb.* 2005, 481, tekstplaatsing *Stb.* 2006, 64; tevens *Stb.* 2009, 551.

toepassing laten.²⁶ Anders gezegd, alleen rechtstreeks werkend geschreven internationaal recht kan derogeren aan de wet; ander internationaal recht kan in Nederland niet *contra legem* werken.²⁷ Hoe aan niet-rechtstreeks werkende bepalingen uitvoering moet worden gegeven is primair aan bestuur en wetgever.

In lijn met deze bedoeling van de grondwetgever en met het stelsel van de Grondwet hing het antwoord op de vraag of een bepaling rechtstreeks werkt of niet, er vanaf of de bepaling zich óf richt tot de wetgever, óf dat de bepaling als objectief recht door de rechter toepasbaar is. In het eerste geval heeft de bepaling geen rechtstreekse werking, in het tweede geval wél. Zoals de Hoge Raad het in de welbekende woorden van het *Spoorwegstaking*-arrest stelde, gaat het om de vraag:

‘[V]erplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?’

Van rechtstreekse werking is sprake als ‘de betrokken verdragsstaten niet een verplichting tot regelgeving wordt opgelegd, maar integendeel [de burgers] zich op [de bepaling] in de nationale rechtsorde zonder meer kunnen beroepen’.²⁸

De Hoge Raad herhaalde in het *Rookverbod I*-arrest, dat rechtstreekse werking afhangt van de vraag of de bepaling ‘zonder meer als objectief recht’ kan worden toegepast in de nationale rechtsorde. Maar anders dan in *Spoorwegstaking* concentreerde de Hoge Raad zich in *Rookverbod* op de vraag of de relevante bepaling ‘onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig’ is,²⁹ een criterium dat de Hoge Raad ongetwijfeld ontleende aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie over rechtstreekse werking van EU-recht. De uitdrukking ‘zonder meer’ – in de vraag ‘of is deze [bepaling] van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?’ in het *Spoorwegstaking*-arrest – betekende ongetwijfeld: ‘zonder dat nadere wet- of regelgeving benodigd is’. In dit arrest ging het daarom volgens de Hoge Raad om de vraag of de bepaling zich richt tot de wetgever, of dat de bepaling als objectief recht door de rechter toepasbaar is. Niettegenstaande het gebruik van de uitdrukking ‘zonder meer’ in het *Rookverbod*-arrest, verdween in dit laatste arrest de vraag of een bepaling zich richtte tot wet- of regelgever uit beeld alsof het een irrelevantie was; en daarmee verdween eveneens de evidente bedoeling van de grondwetgever op het punt van machtenscheiding tussen rechter en wetgever naar de achtergrond.³⁰

Een vergelijking van de tekst van de verdragsbepalingen die aan de orde waren in respectievelijk *Spoorwegstaking* en *Rookverbod I* maakt duidelijk

²⁶ Art. 94 Gw.

²⁷ Zie HR 6 maart 1959, *Nyugat II*, ECLI:NL:HR:1959:131, NJ 1962, 2; laatstelijk bevestigd in HR 8 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7418, r.o. 5.4.2.

²⁸ HR 20 mei 1986, *Spoorwegstaking*, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, r.o. 3.2.

²⁹ HR 10 oktober 2014, *Rookverbod I*, ECLI:NL:HR:2014:2928, r.o. 3.5.2.

³⁰ Wel haalt de HR in r.o. 3.6.3 het probleem binnen dat in de jaren '80 bij de contextuele interpretatie van de CRvB-jurisprudentie bestond over de tijd die een regelgever gegund moet worden voordat een verdragsbepaling (toen: art. 26 IVBPR) rechtstreekse werking zou hebben; op gegeven moment werden drie verschillende data gehanteerd, en begin jaren '90 gaf de CRvB deze contextuele benadering weer op, zie Besseling 1995, p. 48-50; in *Rookverbod* wordt dit probleem niet acuut omdat de regelgever al actief was geweest.

dat de werking van internationaal recht, dat ex artikel 94 Grondwet rechtstreeks werkend is (en dus *contra legem* kan zijn), ingrijpend kan worden als de vraag naar de normadressaat van een verdragsbepaling irrelevant wordt.

Bij *Spoorwegstaking* ging het om een bepaling die luidde: 'the Contracting Parties (...) recognise (...) the right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike'.

Hiervan is moeilijk vol te houden dat die zich uitsluitend richt tot de wetgever. Bij *Rookverbod I* ging het echter om een verdragsbepaling die zich nu juist, en wel in eerste instantie, richt tot wetgever en bestuur:

'Each Party shall adopt (...) in areas of existing national jurisdiction as determined by national law effective legislative, executive, administrative and/or other measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport, indoor public places and, as appropriate, other public places.'³¹

³¹ Art. 8, tweede lid, WHO Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging, *Trb.* 2003, 217 (vertaling in *Trb.* 2004, 269); cursivering toegevoegd. De Hoge Raad verwijst in *Rookverbod I* overigens naar het verkeerde Tractatenblad.

³² HR *Rookverbod I*, r.o. 3.5.1, de uitleg van een verdragsbepaling 'moet plaatsvinden aan de hand van de maatstaven van de art.

31-33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht'. Art.

31 Verdragenverdrag bepaalt: '1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty (...)'.
³³ Daartoe moet aanleiding zijn want het in vorige voetnoot geciteerde art. 31 Verdragenverdrag, eerste lid, vervolgt: '(...)terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.'

³⁴ Over de analogie van het *Rookverbod*-arrest met EU-recht (of beter: het gebrek daaraan) is aanzienlijk meer te zeggen, maar dit valt buiten het bestek van deze bijdrage. Schrijver dezes meent vooralsnog dat de Hoge Raad niet de Europese jurisprudentie volgt, integendeel in het *Rookverbod*-arrest een geheel eigen interpretatie geeft van het leerstuk van rechtstreekse werking dat afwijkt van het EU-recht.

Volgens de beginselen van verdragsuitleg moet de normale betekenis van woorden eerste maatstaf zijn.³² Dit ziet er allerminst uit alsof het verdrag zich hier *niet* tot wetgever en uitvoerende macht zou richten maar tot de rechter. De verdragsluitende partijen kunnen met de woorden *and/or other measures* toch moeilijk rechterlijke oordelen hebben bedoeld. Een rechterlijk oordeel wordt in het Engels nooit met de term *measures* bedoeld.

De vraag of deze bepaling door de rechter toepasbaar objectief recht is – en daarmee de vraag naar de rechtstreekse werking – werd door de Hoge Raad afhankelijk gemaakt van de context van het geval.³³ 'Of van die werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling *in de context waarin zij wordt ingeroepen*, als objectief recht kan functioneren.'

Dit is duidelijk niet een uitleg die in overeenstemming is met artikel 31 Weens verdrag inzake verdragen, waar het immers gaat om de uitleg van verdragstermen, die in deze bepaling draait om wie de normadressaat is, te weten de woorden *legislative, executive, administrative and/or other measures*. Met andere woorden, de Hoge Raad verwacht het doel en de strekking van de te nemen maatregelen als zodanig- met de vraag wie volgens de verdragsbepaling die maatregelen heeft te nemen, en eigent zich de bevoegdheid toe om de rechter die maatregelen te laten treffen.³⁴

Hoe dit zij, in *Rookverbod I* stelde de Hoge Raad dat de vraag tot wie een verdrag zich richt, ook in termen van toegekende beleidsvrijheid, niet uitmaakt voor de mogelijkheid van de rechter om wettelijke maatregelen buiten toepassing te laten.

De conclusie moet zijn: de door artikel 94 Grondwet vereiste rechtstreekse werking van internationale bepalingen is niet meer een kwestie

van machtscheiding tussen rechter en wetgever. De rechter mag altijd de vraag beantwoorden of de wet- of regelgevende bepalingen in overeenstemming zijn met de naar zijn oordeel voldoende nauwkeurige bepalingen, waarbij de inhoudelijke strekking van de bepaling beslissend is, en niet de vraag tot wie de bepaling zich al dan niet uitdrukkelijk richt. De voorwaarde van nadere uitwerking door wetgever of bestuur die besloten kan liggen in een verdragsbepaling is van geen betekenis voor de vraag of de bepaling ‘zonder meer’, dat wil zeggen, door de rechter, als objectief recht kan worden toegepast. De grenspalen tussen rechter en wetgever zijn hiermee verzet.

3.2 Verbod van rechterlijke wetgevingsbevelen en andere bevelen die een belangenafweging van politieke aard behelzen: van *Waterpakt* tot *SGP*

Ook ten aanzien van het verbod van een rechterlijk wetgevingsbevel is de Hoge Raad teruggekomen op de principiële machtscheidingsargumentatie die daaraan in *Waterpakt* en *Faunabescherming* ten grondslag was gelegd. Dat blijkt te zijn gebeurd in het *SGP*-arrest, in de niet glasheldere overwegingen aan het slot van dit arrest over de vorderingen, waaronder het verbod van rechterlijke wetgevingsbevelen.

De Staat voldeed volgens Hof en Hoge Raad niet aan zijn plicht op grond van het VN-Vrouwenverdrag ter zake van het waarborgen van gelijke toegang van vrouwen tot het passief kiesrecht. Derhalve was de Staat gehouden

‘om maatregelen te nemen die er daadwerkelijk toe leiden dat de SGP het passief kiesrecht aan vrouwen toekent en dat de Staat daarbij een maatregel moet inzetten die effectief is en tegelijkertijd de minste inbreuk maakt op de grondrechten van de (leden van de) SGP.’³⁵

Hoewel de Hoge Raad oordeelde dat er een rechtsplicht bestond ‘maatregelen te nemen’, verwierp de Hoge Raad de geopperde mogelijkheid van een wetgevingsbevel, verwijzend naar het *Waterpakt*-arrest. Eveneens verwierp de Hoge Raad de mogelijkheid van een wat breder

‘rechterlijk gebod tot het treffen van specifieke maatregelen ter voldoening aan art. 7 Vrouwenverdrag in beginsel evenmin plaats, omdat de keuze van dergelijke door de Staat te treffen maatregelen een afweging van belangen vergt die in zodanige mate samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van de rechter kan worden verlangd.’³⁶

Om dezelfde reden stelt de Hoge Raad dat een vordering tot het geven van een algemeen

³⁵ HR 9 april 2010, *SGP*, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, r.o. 4.6.1.

³⁶ Idem, r.o. 4.6.2, tweede alinea. De eisers hadden in eerste aanleg, naast een verklaring voor recht, gevorderd dat de rechtbank ‘b. de Staat verbiedt om binnen een door de rechtbank te bepalen termijn de onrechtmatige situatie nog langer te laten voortbestaan en/of de Staat veroordeelt om binnen een door de rechtbank te bepalen termijn maatregelen nemen die ertoe leiden dat de onrechtmatige situatie wordt beëindigd en beëindigd blijft’, zie Rb Den Haag, 7 september 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU2088.

‘verbod tot het laten voortbestaan van de onrechtmatige situatie binnen een door de rechter in goede justitie te bepalen termijn, terecht niet door het hof [is] toegewezen, nog daargelaten dat niet duidelijk is op grond waarvan de rechter een dergelijk vaag en algemeen verbod toewijsbaar zou kunnen achten.’³⁷

Dit *SGP*-arrest valt op door onzekerheid en onduidelijkheid omtrent hetgeen een rechter vermag.³⁸ Enerzijds is er de plicht effectieve maatregelen te nemen. Anderzijds was er geen mogelijkheid een rechterlijk bevel uit te vaardigen tot wetgeving of andere maatregelen. Men zou dus in het *SGP*-arrest een *uitbreiding* kunnen lezen van het verbod tot rechterlijke bevelen tot het treffen van maatregelen, althans voor zover de keuze van dergelijke maatregelen in belangrijke mate ‘samenvalt met afwegingen van politieke aard’, zodanig dat die afweging niet kan worden verlangd van de rechter. En dus zou men denken dat die ‘plicht maatregelen te nemen’, niet door een rechterlijk bevel kan worden gesanctioneerd. Gaat men de *dicta* van rechtbank, Hof en Hoge Raad na, dan zou dit een redelijke uitleg zijn. Voor zover hier relevant, zijn de enige *dicta* van de rechtbank, die van een verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig handelt, en een bevel artikel 2 van de Wet subsidiëring politieke partijen buiten toepassing te laten jegens de SGP wegens strijd met het Vrouwenverdrag.³⁹ Alleen dit laatste bevel werd vernietigd door het Hof, en vervolgens werd het cassatieverzoek tegen dit arrest van het Hof afgewezen. Kortom, alleen een verklaring voor recht werd voor mogelijk gehouden en geen enkel rechterlijk bevel gezien de politieke aard van de keuze die een bevel in zou houden. Welnu, dit moge een in alle redelijkheid mogelijke lezing zijn gezien de tekst van het arrest; uit het *Urgenda*-arrest blijkt dit een volkomen verkeerde lezing te zijn.

4. De machtenscheiding in het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad

In *Urgenda* is de Hoge Raad – net als trouwens de lagere rechters – voor zijn doen betrekkelijk uitvoerig in het behandelen van de toelaatbaarheid van het door de rechtbank gegeven en door het Hof bekrachtigde bevel de broeikasgas-emissies te beperken of te doen beperken tot ten minste 25% ten opzichte van 1990. Waar in de *SGP*-zaak het rechterlijk verbod van het laten voortbestaan van de onrechtmatige situatie binnen een door de rechter in goede justitie te bepalen termijn gekwalificeerd werd als ‘vaag en algemeen’ waarvan ‘niet duidelijk is op grond waarvan de rechter een dergelijk [verbod] toewijsbaar zou kunnen achten’, maakt de Hoge Raad – in abstracto niet ten onrechte – in *Urgenda* de mogelijkheid tot veroordeling tot nakoming van een plicht tot hoofdregel en beginpunt van de

37 Idem r.o. 4.6.2, vierde alinea. De initiële vordering bij de rechtbank genoemd in de vorige voetnoot is een mogelijke verklaring van de intrigerende omdraaiing van de relatie tussen een verbod van een wetgevingsbevel als specifieke maatregel en een algemeen verbod tot nakoming van een rechtsplicht in vergelijking met die geschetst door het Hof in diens r.o. 7.5.

38 Het is niet onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad verdeeld was, nu het arrest verschillende keren werd uitgesteld; er lijken ‘meerdere handen’ aan dit arrest te hebben gezeten – wie weet van wie, zie Jessurun d’Oliveira 2019.

39 Rb Den Haag, 7 september 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU2088, ‘De rechtbank: (...) 2. verklaart voor recht dat de Staat handelt in strijd met artikel 7 sub a en sub c Vrouwenverdrag en daarmee onrechtmatig jegens Clara Wichmann c.s. en de andere personen voor wiens belangen zij in rechte opkomen; 3. beveelt de Staat (...) bij subsidiebeslissingen ingevolge de Wvpp te nemen vanaf de dag van betekening van dit vonnis artikel 2 van de Wvpp jegens de SGP buiten toepassing te laten wegens strijd met artikel 7 Vrouwenverdrag, zolang vrouwen niet op gelijke voet met mannen lid kunnen worden van die partij’. Dit bevel onder punt 3 is echter door het Hof vernietigd, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake hetzelfde voorwerp van de vordering van eisers in eerste aanleg, zie Hof, r.o. 7.6-7.14.

redenering. Daarbij kent de Hoge Raad een centrale rol toe aan artikel 13 EVRM,⁴⁰ een bepaling die slechts door een van de procespartijen één keer min of meer *en passant* in de processtukken is genoemd,⁴¹ hetgeen een nogal ongewone ambtshalve toepassing van internationaal recht is door de burgerlijke rechter te meer nu het niet zozeer gaat over de rechtsmacht van de rechter maar over de specifieke vordering.⁴²

Vervolgens wordt de jurisprudentie van de Hoge Raad over het wetgevingsbevel genoemd als de uitzondering bedoeld in artikel 3:296 BW, dat overigens alleen spreekt van een uitzondering als ‘uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt’.⁴³ Kennelijk worden de constitutionele machtenscheidingsbeginselen die de Hoge Raad heeft ontwikkeld aan een of meerdere van deze drie uitzonderingen gelijkgesteld, nu de Hoge Raad zegt dat die rechtspraak ‘een toepassing van deze uitzondering [betreft]’; hoewel de Hoge Raad dan doorgaat uiteen te zetten dat ‘deze rechtspraak’ (over het verbod van rechterlijke wetgevingsbevelen) berust op twee overwegingen, die geen van beide lijken te gaan over ‘de wet, de aard van de verplichting of de rechtshandeling’:

‘dat de rechter zich niet in de politieke besluitvorming dient te begeven die bij de totstandkoming van wetgeving aan de orde is; dat door een dergelijk bevel een regeling in het leven moet worden geroepen die ook voor anderen dan de procespartijen geldt.’⁴⁴

De crux van het arrest voor wat betreft de machtenscheiding is de uitleg die de Hoge Raad hieraan geeft, namelijk dat

‘het de rechter uitsluitend niet is toegestaan om een bevel te geven wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen. Alleen dan doen zich immers de bezwaren voor die aan de orde zijn in overwegingen waarop de [op het wetgevingsbevel betrekking hebbende] rechtspraak berust.’⁴⁵

Wel kan de rechter, zegt de Hoge Raad, een verklaring van recht uitspreken dat het uitblijven van wetgeving onrechtmatig is, en

‘Ook kan hij het betrokken openbaar lichaam een bevel geven om maatregelen te nemen teneinde een bepaald doel te bereiken, zolang dat bevel niet neerkomt op een bevel om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen. In het arrest van de Hoge Raad van 9 april 2010 (SGP) is de ontoelaatbaarheid van een wetgevingsbevel door de rechter dan ook tot dit geval beperkt.’⁴⁶

40 R.o. 8.2.1.

41 Namelijk in punt 367 (van 609 punten) van het Verweerschrift zijdens Urgenda, urgenda.nl/wp-content/uploads/PROC-2019_04_12-Verweerschrift-zijdens-Urgenda.pdf, p. 133.

42 Zie r.o. 5.5.1-5.5.3.

43 R.o. 8.2.2.

44 R.o. 8.2.3.

45 R.o. 8.2.6.

46 Idem.

Kortom, wie mocht denken dat in het *SGP*-arrest elk bevel om maatregelen te treffen die ‘een afweging van belangen vergt die in zodanige mate samenvalt met afwegingen van politieke aard, dat zij niet van de rechter kan worden verlangd’ onmogelijk werd gemaakt, had het achteraf helemaal verkeerd. Terwijl in *SGP* onder de omstandigheden dat politieke keuzes moeten worden gemaakt een als ‘algemeen en vaag’ gekwalificeerd ‘verbod tot het laten voortbestaan van de onrechtmatige situatie binnen een door de rechter in goede justitie te bepalen termijn’ ontoewijsbaar werd geacht, is nu juist zo’n verbod in *Urgenda* geworden tot ‘een toepassing van de hoofdregel van artikel 3:296 BW’, en wel om de volgende reden:

‘Dit bevel komt immers niet neer op een bevel om specifieke wetgevende maatregelen te nemen, maar laat de Staat vrij in de keuze van de te nemen maatregelen teneinde een reductie van de uitstoot van broeikasgassen van 25% in 2020 te bereiken. Dit wordt niet anders doordat voor veel van de mogelijk te nemen maatregelen wetgeving nodig zal zijn, zoals de Staat aanvoert. Het blijft immers aan de Staat om te bepalen welke maatregelen worden getroffen en welke wetgeving tot stand wordt gebracht om die reductie te bereiken. De uitzondering op art. 3:296 BW die in de hiervoor in 8.2.2 genoemde rechtspraak is gemaakt, doet zich in dit geval dus niet voor.’⁴⁷

Achteraf blijkt dus dat de Hoge Raad in het *SGP*-arrest, verre van een uitbreiding van het verbod van rechterlijke bevelen van specifieke maatregelen, juist *alleen* een wetgevingsbevel heeft verboden als dat verplicht tot *specifieke* wetgeving, niet als het gaat om een bevel tot maatregelen en wetgeving waarbij het wegnemen van de onrechtmatigheid voorop staat. Hoewel dit qua effect en ingrijpendheid op zichzelf weinig verschilt van een verklaring voor recht artikel ex 3:302 BW, zoals in de *SGP*-zaak aan de orde was, gaat het in *Urgenda* echt om iets anders dan een verklaring voor recht, en in werkelijkheid evenmin om een algemeen bevel de onrechtmatigheid op te heffen. Het is een bevel waarbij de rechter kan specificeren welk doel in welke mate en binnen welke termijn moet worden bereikt. Het gaat om zoiets als wat Europese richtlijnen doen: zeer welomschreven juridisch bindende doelen formuleren, die zelf uiteraard een min of meer scherpe keuze inhouden, hier de 25% beperking waarvan de realisering gebonden wordt aan een specifieke datum, hier 31 december 2020. Daarmee is niet gezegd dat dit percentage en deze datum uit de lucht gegrepen zijn. Wel gaat het om een rechterlijke keuze uit een reeks mogelijke en redelijke percentages en tijdspaden. Het percentage is niet uit de lucht gegrepen in zoverre de stichting *Urgenda* berust heeft in deze keuze van de rechtbank en later het Hof; vervolgens heeft de Hoge Raad dit uitgangspunt wel moeten nemen, hoewel hij het kennelijk noodzakelijk vond om door middel van een reconstructie in r.o. 7.2 en volgende dit

⁴⁷ R.o. 8.2.7.

te legitimeren om ook in de cassatieprocedure hieraan vast te houden. Het percentage per eind 2020 werd niet meer in internationale beleidsdocumenten en klimaatwetenschappelijke documenten gehanteerd. En zoals ik al aan het begin van dit stuk aangaf, lijkt het me dat alle wetenschap die de Hoge Raad opvoert aangeeft dat een minimum van 25% veel te laag is om een ernstige klimaatcrisis te voorkomen. Maar misschien belangrijker voor ons juristen: zijn er juridische aanwijzingen dat 25% wel genoeg is om het recht op leven en privacy te beschermen maar een lager percentage niet? Geen andere dan de rechtspraak in deze *Urgenda*-zaak. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geen uitspraak gedaan die voor die opvatting enig aanknopingspunt biedt.⁴⁸ De Hoge Raad wijdt nog een tweetal korte overwegingen aan wat hij het ‘politiek domein’ noemt. Deze zijn zeer beknopt. In wezen stelt hij dat regering en parlement een grote mate van vrijheid hebben om de voor de benodigde besluitvorming in de klimaatkwestie benodigde politieke afwegingen te maken, maar dat de rechter bepaalt of regering en parlement bij het gebruik van die vrijheid binnen de grenzen van het recht zijn gebleven. Dit betekent dus dat parlement en regering vrij zijn te besluiten binnen een door de rechter bepaalde vrijheid (r.o. 8.3.2). Die grenzen bestaan in de bescherming van mensenrechten, ‘die een wezenlijk onderdeel van de democratische rechtsstaat’ vormt (r.o. 8.3.3). Ten slotte wordt onder het kopje ‘Publiek domein’ gesteld: ‘In deze zaak doet zich een uitzonderlijke situatie voor. Er bestaat immers de dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering en het is duidelijk dat maatregelen dringend noodzakelijk zijn, zoals rechtbank en hof hebben vastgesteld en de Staat ook erkent.’ Dit wordt gevolgd door de beknopte samenvatting van het arrest, die we aan het begin van dit artikel weergaven. En de conclusie die getrokken wordt is: ‘Het hof kon in dit geval dan ook tot het oordeel komen dat de Staat in elk geval tot reductie van minimaal 25% in 2020 gehouden is.’

5. Bezwaren

De bezwaren die er vanuit een oogpunt van machtscheiding bestaan, zijn nauw verbonden met de ratio die de rechter telkens heeft aangevoerd voor de bestaande toetsingsverboden en toetsingsbeperkingen. Dan gaat het om de afbakening van het terrein van politieke besluitvorming op basis van afweging tegen elkaar van algemene openbare belangen, ten opzichte van de terreinen waar de rechter in concrete gevallen rechtsnormen kan toepassen.

⁴⁸ Zie voor een overzicht onder meer Leijten 2019, p. 112-118.

5.1 Het 'politiek domein' en het domein van de rechter

Om de bezwaarlijkheid van het *Urgenda*-arrest vanuit dit oogpunt te kunnen verhelderen, moet duidelijk gemaakt worden wat de politieke context van het beleid van regering en parlement was. Daarbij springt in het oog dat de beleidswijziging ten aanzien van de uitstootreductie van broeikasgassen plaatsvond midden in de grootste na-oorlogse monetaire, fiscale en economische crisis in Europa (voor corona), waardoor ook Nederland diep geraakt werd. Eveneens moet bedacht worden dat dit gebeurde door een na Tweede Kamerverkiezingen geformeerd kabinet van een andere samenstelling dan voorgaande kabinetten die een hogere uitstootreductie-doelstelling formuleerden. Uiteraard gaat het hier niet om de juistheid van de toen genomen beslissingen, maar het kan de rechter niet ontgaan zijn dat een dergelijke door het parlement in een nieuwe politieke context gesteunde beleidswijziging gebaseerd werd op basis van een afweging van het ene miljarden kostende algemene belang – dat van het redden van de banken, banen en economische activiteit en de nasleep van een en ander – tegen het andere zeer kostbare project – de overgang naar een koolstofarmere samenleving. Het delegitimeren door een rechterlijk besluit van dergelijke democratisch besloten beleidswijzigingen op basis van een afweging van grote algemene belangen door politieke organen van de staat, waarbij de rechter niet geroepen is dergelijke afwegingen te maken, als hij ze al zou kunnen maken, op grond van een zaak die wordt gevoerd door een *general interest litigator* die zich beperkt tot één algemeen belang, hoe groot en belangrijk ook, beperkt de democratische kwaliteit van het politieke besluitvorming, en raakt aan de democratische kwaliteit van de rechtsstaat.

Als dan de rechter toch meent te kunnen vaststellen in welke mate bepaalde beleidsdoelen in de loop van de tijd, met nauwkeurige vaststelling van specifieke tijdstippen, moeten worden gerealiseerd, dan treedt de rechter in een kwestie die in overwegende mate door politieke overwegingen wordt bepaald welke ter afweging voorbehouden zijn aan wetgever en bestuur.

Aldus geformuleerd, schendt de rechter die in *Urgenda* precies dát doet, de vigerende beginselen van scheiding tussen rechterlijke macht enerzijds en wetgevende en bestuurlijke macht anderzijds, die samengevat kan worden in een algemeen constitutioneelrechtelijk beginsel van terughoudendheid ten opzichte van met name de wetgever – een beginsel dat zich uit in een reeks specifieke toetsingsverboden en toetsingsbeperkingen. Nu het echter de rechter zelf is die grotendeels deze beginselen heeft gearticuleerd, en tot op zekere hoogte zelf heeft ontwikkeld, zou men ook kunnen zeggen dat de Hoge Raad in het *Urgenda*-arrest de grenzen tussen rechtsprekende en de andere politieke machten heeft verlegd.

5.2 'Een uitzonderlijke situatie'

Dit levert nochtans een bezwaar op dat des te zwaarder weegt, als het waar is dat zich 'in deze zaak (...) een uitzonderlijke situatie voor[doet]'.⁴⁹ Het is moeilijk precies te bepalen wat de Hoge Raad hiermee heeft willen bedoelen. Zegt de Hoge Raad dat alleen omdat het om een uitzonderings-toestand gaat, en dat duidelijk is dat maatregelen dringend noodzakelijk zijn, dat men zover wil gaan als het bevel dat gegeven wordt? Is dit wat bedoeld wordt als de Hoge Raad daaruit afleidt dat 'het hof *in dit geval*' tot het oordeel kon komen dat de staat gehouden wordt tot het beperken van de uitstoot met de door de rechter bepaalde hoeveelheid op de door de rechter bepaalde datum?

Uitzonderingstoestanden moeten door wie begaan is met de democratische rechtsstaat met argwaan worden gezien. *Juist* in uitzonderingstoestanden weegt de aard en mate van democratische legitimatie van wie iets uitzonderlijks beslist, en de bijdrage die deze beslissing levert aan de democratie, dan wel de afbreuk die zij doet aan de legitimiteit van democratische organen, zwaarder dan onder normale omstandigheden. Dit zou het standpunt moeten zijn van wie de beginselen van de democratische rechtsstaat aanhangt. Dat geldt in tijden van corona, het geldt in tijden van klimaatcrisis; 9/11 leert het ons, *Weimar* leert het ons. Er zijn eenvoudigweg te veel historische voorbeelden van het niet gereguleerde overnemen van macht die aan een andere macht was voorbehouden met een beroep op een uitzonderlijke toestand waarin de wereld zich bevindt met ingrijpende negatieve gevolgen voor de democratische rechtsstaat, om dit als argument te kunnen gebruiken. Hopelijk is dit precies waarom we deze verwijzing naar de 'uitzonderlijke situatie' die 'maatregelen dringend noodzakelijk maakt' en daarom 'in dit geval' tot een rechterlijk bevel gericht tot parlement en regering komt in een aangelegenheid met vele moeilijke keuzes, *niet* moeten associëren met de historische voorbeelden die ik noem, en moeten beschouwen als een uiting van de rechter die zijn uitspraken in gewone mensentaal probeert begrijpelijk te maken, en niet als een uitspraak van historische proporties en historische betekenis. Misschien had de Hoge Raad gekeken naar de uitspraak van de UK Supreme Court in *Miller II*,⁵⁰ voorgelezen door Lady Hale of Richmond. Daar lag, zoals bekend, de vraag naar rechtmatigheid van de sluiting van het parlement door de regering-Johnson ter beslissing voor. 'The question arises in circumstances which have never arisen before and are unlikely to arise again. It is a "one-off"', zo begon en zo eindigde Lady Hale de uitspraak. Dat is misschien ook wat de Hoge Raad bedoelde: de ter beslechting voorgelegde vraag is een vraag die onder uitzonderlijk omstandigheden wordt voorgelegd. Het is een *one-off*. Maar ja, zijn er goede historische

49 R.o. 8.3.4.

50 Supreme Court (Verenigd Koninkrijk) 24 September 2019, *R (Miller) v The Prime Minister; Cherry v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.

voorbeelden in Nederland of elders, waar de rechter zich een toetsingsbevoegdheid toekent om hem nooit meer dan die ene keer te gebruiken?

5.3 Een 'dreiging' en 'maatregelen die dringend noodzakelijk zijn'

We kennen natuurlijk wel meer uitzonderlijke situaties waarin zich een dreiging voor het leven en welzijn van mensen voordoet, die binnen het bereik van artikelen 2 en 8 EVRM liggen, waarvoor maatregelen dringend noodzakelijk kunnen worden geacht, waarover brede wetenschappelijke en internationale consensus is en *common ground*, en waar Nederland zich zelfs soms internationaal heeft gecommitteerd tot een bepaald gedrag dat echter nog niet tot uitvoering is gekomen. Te noemen valt de militaire dreiging die van Rusland uitgaat jegens Europa, sinds de bezetting van de Krim in strijd met het volkenrecht. Dit betreft niet alleen Nederland maar zeker de Baltische landen waarmee Nederland een verdedigingsbondgenootschap is aangegaan, waarmee Nederland een lotsverbondenheid is aangegaan door hun lidmaatschap van de Europese Unie te aanvaarden, en waarvan de burgers onze mede Europese burgers zijn wier leven en welzijn in ernstig gevaar zijn gekomen. Nederland heeft zich in NAVO-verband mede daarom meerdere malen verplicht tot het verhogen van de defensie-uitgaven tot 2% van het bnp. Maar daadwerkelijk heeft Nederland deze verhoging niet in praktijk gebracht. Moet het aan de rechter zijn te bepalen op vordering van, zeg, de Atlantische Commissie, of dit onrechtmatig is en te bepalen dat Nederland verplicht is ten behoeve van de bescherming van het leven en welzijn van Nederlandse en Europese medeburgers binnen een door de rechter in goede justitie te bepalen tijdsbestek de defensie-uitgaven te verhogen, zolang de rechter maar niet aangeeft welke specifieke begrotingsposten zouden moeten worden aangepast met welk bedrag, en welke verschuivingen binnen de begrotingswet van defensie, en tussen andere begrotingswetten moeten plaatsvinden, en dus geen specifiek wetgevingsbevel uitvaardigt in de zin van het *Urgenda*-arrest?

En moet het aan de rechter zijn de Staat te bevelen de 'stille ramp' in de ggz, jeugdzorg en jeugd-psychiatrie,⁵¹ die heeft bijgedragen aan een dramatische stijging van de jeugdsuïcide onder 10- tot 20-jarigen, en die naar *common ground* en wetenschappelijke consensus is veroorzaakt door de decentralisatie-operatie, de introductie van marktwerking en de daarmee gepaard gaande bezuiniging van zeer vele miljoenen, te beëindigen door het terugdraaien van die bezuinigingen en de gevolgen van de marktwerking en decentralisatie te bevelen? Het is geen specifiek wetgevingsbevel, toch?

Of is het niet aan de rechter om elk van deze diep op het welzijn van burgers en hun recht op leven ingrijpende kwesties af te wegen tegen de

⁵¹ Onder meer Manifest Lijm de Zorg, www.lijmdezorg.nl; 'Actie tegen 'stille ramp in de ggz'', *NRC Handelsblad* 19 januari 2020; 'Coalitie ziet wel problemen in ggz maar tekent niet', *NRC Handelsblad* 20 januari 2020.

kosten om de gevolgen van de huidige corona-pandemie te bestrijden, waar toch ook het leven en welzijn van talloze burgers bij betrokken zijn? Het laatste standpunt is het mijne.

6. Is er een weg terug? Constitutionele schadebeperking en *weak review*

De in *Urgenda* ten principale geopende mogelijkheid van algemene rechterlijke bevelen gericht tot de Staat, dat wil zeggen parlement en regering, om een einde te maken aan een onrechtmatige situatie door het door de rechter vaststellen, op basis van wetenschappelijke en juridische consensus, van door de overheid te bereiken doelen binnen een door de rechter vastgestelde termijn, is een principieel verregaande stap van de rechter op het voorheen aan parlement en regering voorbehouden domein. In concreto mag men zich echter afvragen wat de Hoge Raad heeft gedaan met zijn bevel. Wat is de aard van het bevelsdictum van de rechtbank dat in hoger beroep en cassatie in stand is gebleven? Is er een inspanningsverplichting of resultaatsverplichting opgelegd aan de Staat?

De bewoordingen van het dictum suggereren dat het gaat om een plicht de gezamenlijke uitstoot in Nederland ‘te beperken of te doen beperken’ met 25% ten opzichte van 1990. De Staat zelf kan de uitstoot niet tot dat niveau beperken; overheidsinstellingen veroorzaken weliswaar zelf broeikasgassen, bijvoorbeeld door het verwarmen van overheidsgebouwen met fossiele brandstoffen, het beheer van een wagenpark met voertuigen die door verbranding van fossiele brandstoffen worden aangedreven, enzovoorts, maar zelfs het nagenoeg opheffen daarvan zal niet leiden tot een gezamenlijk beperking met de gevraagde 25%. Evenmin leven we in een totalitaire staat waardoor het afkondigen van een beperking ook feitelijk door de overheid afdwingbaar is geworden. Dus gaat het om een doen beperken, waarbij indirecte middelen als regelgeving en *nudging* van overheidswege, dat wij in Nederland kennen in de niet onbelangrijke vorm van het polderen tussen (vertegenwoordigers van) belanghebbenden.

Maar een garantie dat de samenleving zich massaal op wenselijke wijze gedraagt met de gewenste feitelijke gevolgen, is in een op vrijheid gebaseerde democratische rechtsstaat niet te geven. Men mag zich dus afvragen of het stellen van een resultaatsverplichting op respectievelijk 24 juni 2015, 9 oktober 2018, en 20 december 2019 dat op 31 december 2020 de gevraagde vermindering daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, überhaupt wel mogelijk is. Ik denk het niet. Nu laat ik daar, dat intussen de coronacrisis ervoor zorgt dat die vermindering wel gehaald wordt; en als het om een resultaatsverplichting zou gaan, dan was er geen vuiltje aan de lucht

voor de Staat. Maar dat kon ten tijde van de rechterlijke uitspraken niet voorzien worden, zo min als de rechterlijke uitspraken redelijkerwijs de in het bevel genoemde eisen zouden kunnen hebben bedoeld als een daadwerkelijk te bereiken resultaat.

Kortom, het bevel betreft naar alle waarschijnlijkheid een inspanningsverplichting. Hoe nagegaan kan worden of daaraan voldaan is per 31 december aanstaande, is niet helemaal duidelijk, nu het behaalde resultaat intussen losstaat van de inspanning. Uiteraard draagt de intussen geleverde inspanning bij, als we naar de intussen gepasseerde formele wetgeving kijken, het bereikte klimaatakkoord en een reeks andere maatregelen, aan het bereiken van de doelstellingen waartoe Nederland zich in Europees en ander verband op iets langere termijn van 5 tot 25 en 30 jaar heeft verplicht. Maar dat is uitdrukkelijk *niet* waar de Hoge Raad (en de lagere rechters) op zagen in hun dicta.

Laten we de corona-pandemie buiten beschouwing, dan moeten we vaststellen dat een inspanningsverplichting in de vorm van een bevel niet per se heel ingrijpend is. Het is niet heel veel meer dan een variatie op een verklaring voor recht. Het bevel herhaalt in wezen wat al rechtens vaststond. Het voegt niet veel toe aan hetgeen waartoe de Staat rechtens al verplicht was. Het blijft weliswaar een curieuze juridische verplichting nu 24% reductie een inbreuk is op het recht op leven maar 25% niet – en vanuit materieel standpunt een tekortschietende verplichting – maar erg ingrijpend is het materieel gesproken niet. Bovendien hoeft je niet iets specifiek te doen, zoals een wet te maken, zo zegt de Hoge Raad zelf in zowel *SGP* als in *Urgenda* (Overigens telkens op niet overtuigende wijze, want ieder die een beetje idee heeft van het legaliteitsbeginsel en het Nederlandse staatsrecht beseft dat bij het dwingend verzekeren dat gelijk passief kiesrecht voor vrouwen en mannen bij alle politieke partijen die aan verkiezingen meedoen, ofwel wijziging van de wet ofwel wijziging van de Grondwet vergt, en dat bij zoiets ingrijpends als het afdwingen van een reductie door kolencentrales in handen van particuliere bedrijven te sluiten en door fiscale maatregelen op te leggen er toch echt een wettelijke grondslag nodig is.)

Een bevel je best te doen, zonder het resultaat per se te hoeven halen, is een zwak bevel. Het gaat om niet veel meer dan een verklaring van onverenigbaarheid met het recht, en dat het aan de Staat, dat is de regering en het parlement, is daaraan een einde te maken. In staatsrechtsvergelijkende terminologie zou men kunnen zeggen dat het in *Urgenda* per saldo gaat om *weak review*. *Weak review*, zo stelt men in de internationale literatuur over de aanvaardbaarheid van *judicial review* veelal, stuit op minder bezwaren dan het harde ongeldig of onverbindend verklaren of buiten toepassing laten van de formele wet door de rechter.⁵² Het opent de

⁵² Vgl. Waldron 2006, p. 1353-1357; Bellamy 2019, p. 317-328.

mogelijkheid van een dynamische relatie tussen rechter en wetgever, waar men wel de soms enigszins misleidende beeldspraak van ‘dialogue’ of ‘conversatie’ voor bezigt.

Misschien valt het dus mee met de constitutionele gevolgen van *Urgenda*. Misschien laat het arrest van de Hoge Raad ruimte om verder terug te gaan naar een verklaring van onverenigbaarheid, zoals de Hoge Raad die bezigde in het beroemde *Harmonisatiewet*-arrest: hoezeer de wet daar ook door de Hoge Raad in strijd werd geacht met het recht – in dat geval het ongeschreven fundamentele rechtsbeginsel van rechtszekerheid – hij kon de wet niet rechtens terzijde schuiven of ongedaan maken.⁵³

Een *caveat* is echter op z'n plaats. Er is in het *Urgenda*-arrest een principieel verschil met *weak review*. Een bevel op grond van artikel 3:296 BW is gericht op nakoming, terwijl bij *weak review* het aan de wetgever is om al dan niet gevolg te verbinden aan de rechterlijke verklaring van onverenigbaarheid. Weliswaar mag men zich afvragen waartoe een vervolprocedure zou leiden ingeval de Staat niet zou hebben voldaan aan zijn inspanningsverplichting, maar in principe is zo'n vervolprocedure mogelijk, waarbij bijvoorbeeld dwangsommen zouden kunnen worden geëist. Maar we zitten dan wel zo een beetje aan het einde wat het recht vermag, wat de rechter jegens de Staat vermag. Nochtans is het een nauwelijks begaanbare weg om een rechterlijk nakomingsbevel te negeren.

Bovendien is *weak review* wel in zijn juridische gevolgen beperkt, maar inhoudelijk is *weak review* niet hetzelfde als marginale toetsing of niet-intense toetsing. Dat is ook waarom in geval een *weak review* uitmondt in de rechterlijke vaststelling van een onverenigbaarheid, deze vaststelling in de praktijk in landen die een stelsel van *weak review* hebben, meestal leidt tot wetswijziging door de wetgever.⁵⁴

De ruimte voor een ‘dialogue’ tussen rechter en wetgever is in een geval als de *Urgenda*-zaak beperkt. In eigenlijke zin is een dialogue tussen de wetgever en rechter niet goed mogelijk. De Staat wordt in rechte vertegenwoordigd door raadslieden die onder instructie van de regering staan, waarop het parlement weliswaar invloed zou kunnen uitoefenen,⁵⁵ maar daar niet over beslist. Rechterlijke uitspraken bevatten als het goed is wel een overweging van de voors en tegens, in de burgerrechtelijke context primair de argumenten van partijen, maar terugpraten door de wetgever in de context van de uitspraak zelf is niet mogelijk. Als eenmaal de rechter zijn uitspraak heeft gedaan, zal hij zijn oordeel niet snel herzien nu consistentie van rechtspraak (terecht) een belangrijk kenmerk is van besluitvorming door deze tak van de trias politica. De wetgever daarentegen zal in geval van een rechterlijke bevel om zich zodanig te gedragen dat wetgeving past binnen door de rechter op grond van het EVRM gestelde beleidsdoelinden, geen goede mogelijkheid hebben dit

53 HR 14 april 1989, r.o. 3.1 laatste volzin: '(...) hoezeer ook hij de te dezen bestreden bepalingen van de zgn. Harmonisatiewet (Wet van 7 juli 1977, *Stb.* 334) in strijd acht met gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken studenten en derhalve met het rechtszekerheidsbeginsel(...)’.

54 In het Verenigd Koninkrijk hebben we maar één sterk voorbeeld waar de wetgever het oordeel van onverenigbaarheid van de rechter niet volgde, nl. ten aanzien van kiesrecht voor gevangenen, zie *Registration Appeal Court* (Verenigd Koninkrijk) 24 januari 2007, *Smith v Scott* [2007] *CSIH* 9, te vinden op https://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2007/CSIH_9.html. In *Supreme Court* (Verenigd Koninkrijk) 16 oktober 2013, *R (Chester) v Secretary of State for Justice; McGeoch v The Lord President of the Council & Anor* [2013] *UKSC* 63 volgde het *Supreme Court* de oordelen van het *EHRM* in *EHRM* 6 oktober 2005, *ECLI:CE:ECHR:2005:1006JUD0007402501 Hirst/VK* (nr. 2) en *EHRM* 22 mei 2012, *ECLI:CE:ECHR:2012:0522JUD000012605 Scoppola/Italië* (nr. 3), maar zag er vanaf een verdere *declaration of incompatibility* af te leggen. Voor een bredere analyse van de dynamiek bij verschillende stelsels van *weak review*, zie onder meer *Tushnet* 2008, p. 3-76.

55 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2018/19, 32 813, nrs. 223, 248, 268 met bijlagen; *Kamerstukken I* 2018/19, 32 813, nr. F.

rechterlijk oordeel effectief te weerspreken, het 'laatste woord' te hebben,⁵⁶ nu dit alleen zou kunnen door óf het EVRM te wijzigen, óf de interpretatie daarvan te wijzigen. Kortom, de rechter heeft hier op voorhand het laatste woord, niet de wetgever.

7. Conclusie

De Hoge Raad heeft in het *Urgenda*-arrest de grenzen tussen rechtsprekende en de andere politieke machten verlegd, zo niet geschonden. Dit zou allicht niet zonder gevolgen kunnen zijn voor de interpretatie van overige toetsingsverboden en -beperkingen. Met name is naast de mogelijkheid van een verklaring voor recht (*SGP*-arrest) de mogelijkheid geschapen van een bevel tot nakoming van verplichtingen aan parlement en regering waarbij de rechter de maatschappelijke en politieke doelen bepaalt die ter opheffing van de onrechtmatige situatie moeten worden bereikt alsmede het precieze tijdspad dat daarbij door parlement en regering moet worden gevolgd. Daarmee heeft de rechter zich toegang verschaft tot een deel van het politieke domein dat hij eerder niet wilde betreden omdat hij meende dat hem dit opzadelt met het tegen elkaar afwegen van algemene belangen waartoe hij zich voorheen niet de aangewezen beschouwde. *Urgenda* maakt de reikwijdte van rechterlijke activiteit dus aanmerkelijk groter dan die was, bijvoorbeeld op het gebied van besluiten waarin overwegingen van buitenlands- en defensiebeleid overwegend zijn. We hoeven niet ver over de grenzen te kijken om te zien hoever constitutionele rechters zich ook bemoeien met macro-economische en monetaire beleidsafwegingen in hun verhouding tot Europese en internationale solidariteitsverplichtingen die verdragsrechtelijk gefundeerd zijn, maar in wezen van politieke afweging van enorme algemene belangen afhangen. Zo bezien is met het *Urgenda*-arrest de eerder betoonde terughoudendheid van de Nederlandse rechter op dergelijke aan parlement en bestuur overgelaten terreinen, die onderdeel was van de Nederlandse constitutionele identiteit, iets van het verleden aan het worden. Toch kan het ook zijn dat dit arrest een aantal kiemen bevat waardoor het een minder principiële uitspraak met minder algemene strekking kan blijken te zijn dan op het eerste gezicht lijkt. Vooral nog is het echter maar de vraag of het die kant opgaat. De Hoge Raad zou dan bewuster en uitdrukkelijker de richting op moeten gaan van *weak review*, waarbij een vaststelling van onrechtmatigheid niet gepaard gaat met specifieke door de rechter vastgestelde resultaatsverplichtingen voor parlement en regering. Bovendien is dan grotere rechterlijke terughoudendheid geboden wanneer zeer grote algemene belangen moeten worden afgewogen tegen andere al even grote

⁵⁶ Vgl. Raad van State, Jaarverslag 2019, jaarverslag. raadvanstate.nl/2019/wp-content/uploads/sites/7/2020/05/Raad-van-State-jaarverslag-2019.pdf, p. 15-16.

algemene belangen. Dit is niet onmiddellijk wat het *Urgenda*-arrest lijkt te suggereren.

Literatuurlijst

Bellamy 2019

R. Bellamy, 'The republican core of the case for judicial review: A reply to Tom Hickey. Why political constitutionalism requires equality of power and weak review', *International Journal of Constitutional Law* 2019, afl. 1, p. 317-328

Besselink 1995

L.F.M. Besselink, *Staatsrecht en buitenlands beleid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995

Houten 1997

M. van Houten, *Meer zicht op wetgeving: rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen* (diss. Tilburg), Tilburg: Schoordijk Instituut 1997

Jessurun d'Oliveira 2019

H.U. Jessurun d'Oliveira, *Een boekje open over de Hoge Raad en zijn 'reservisten'*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2019

Kelsen 1925

H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Julius Springer 1925

Kelsen 1960

H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wenen: Deuticke 1960

Koopmans 2000

T. Koopmans, annotatie bij HR 19 november 1999.
ECLI:NL:HR:1999:AA1056, *NJB* 2000/160

Leijten 2019

I. Leijten, 'Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2019, afl. 2, p. 112-118

Tushnet 2008

M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press 2008

Waldron 2006

J. Waldron, 'The Core of the Case against Judicial Review', *Yale Law Journal* 2006, afl. 6, p. 1346-1406