

De polsstok van een rechter in de repressieve samenleving

Over rechterlijke uitspraken met een groot politiek belang

Jaap Polak¹

In zijn rede voor de jaarvergadering 2022 gaat de voorzitter van de Nederlandse Juristen-Vereniging in op drie uitspraken die de rechter in de afgelopen jaren deed op politiek terrein: de *stikstof*-uitspraken, *Urgenda* en *box 3*. Het gaat daarbij in de kern om het scherp en bindend agenderen van te veel en te vaak op de lange baan geschoven langeretermijnproblemen. De polsstok van de rechter blijft daarbij, ondanks alle ophef over de besproken uitspraken, beperkt: hij treedt op als de boodschapper van slecht nieuws, de overheid moet in actie komen om te zorgen dat dat wordt hersteld. Hoe de overheid dat doet, dat zal de rechter aan de politieke organen van de overheid overlaten.

Zowel in het privaatrecht als in het bestuurs- en fiscaalrecht heeft de rechter in ons land in de afgelopen jaren uitspraken gedaan op politiek terrein. Het vorige en het huidige kabinet zijn heel wat van hun tijd kwijt met het bedenken van het antwoord op de vraag: hoe komen wij die rechterlijke uitspraken na? Ik noem in chronologische volgorde de *stikstof*-uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 29 mei 2019,² de *Urgenda*-uitspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad van 20 december 2019³ en de *box 3*-uitspraak op de laatste kerstavond, 24 december 2021, over de zogenaamde vermogensrendementsheffing van de belastingkamer van de Hoge Raad.⁴ Zelden zullen rechterlijke uitspraken van andere rechters dan de strafrechter (daarvan zijn we wel gewend dat zij in het middelpunt van de belangstelling staan), zozeer de agenda van het kabinet hebben bepaald.⁵ Als wij juristen in een sombere bui zou-

den twijfelen aan ons maatschappelijk belang, dan kunnen we daar moed uit putten. Er is veel te doen om rechterlijke uitspraken die op politiek terrein komen.⁶ Aan de ene kant horen we het krachtige geluid dat deze in strijd zouden komen met de *trias politica* of, erger nog, dat Nederland zou zijn verworden tot een dikastocratie: de niet gekozen rechter zou in strijd met de grondgedachten van de democratie de macht grijpen. Maar anderen, vooral wij juristen benadrukken dat in een rechtsstaat ook de overheid aan het recht gebonden is en dat het dus goed is dat de rechter de grenzen nauwkeurig bewaakt. En na het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Van Dam⁷ over de kinderopvangtoeslagenaffaire hebben die laatste geluiden opeens het tij mee en verwacht men van de rechter dat deze burgers ruimhartig rechtsbescherming biedt. En staat juist ook politiek op de agenda hoe de rechtsstaat ten gunste van in de knel zittende burgers zou moeten worden versterkt. Er is over dit thema al veel gezegd, maar ook ik ga er iets over zeggen, want het past bij uitstek bij de NJV die zich vanaf haar oprichting statutair onder meer ten doel stelt 'een gemeenschappelijke rechtsovertuiging over de gewenste ontwikkeling van het recht te bevorderen'.

1. Drie rechterlijke uitspraken met drie gemeenschappelijke kenmerken

Ik zal hierna de kern van de drie genoemde rechterlijke uitspraken samenvatten (zonder deze diepgaand inhoudelijk

In alle drie uitspraken zat de vastgestelde onrechtmatigheid in Europese regels en alle drie uitspraken waren voorzienbaar

te bespreken, dat is elders veelvuldig gebeurd); het gaat mij hier vooral om een paar gemeenschappelijke kenmerken. Ten eerste: het zijn alle drie uitspraken die een bredere reikwijdte hebben dan het geschil tussen partijen en die zien op de rechtmatigheid of beter onrechtmatigheid van algemene regels of beleid of juist het gebrek daaraan op een complex beleidsterrein, het zijn 'maatschappelijke kwesties'. Ten tweede: in alle drie uitspraken zat de vastgestelde onrechtmatigheid in Europese regels en ten derde: alle drie uitspraken waren, zo zal ik betogen, voorzienbaar.

Ik vat de kern van de drie uitspraken samen:

In de *stikstof*-uitspraken van 29 mei 2019 van de Afdeling bestuursrechtspraak was de belangrijkste conclusie op basis van de rechtspraak van het Luxemburgse Hof van Justitie (hierna: HvJ EU) dat onvoldoende zekerheid bestond dat de gunstige effecten van de maatregelen die waren voorzien in het door de Nederlandse overheden opgestelde programma Programmatische Aanpak Stikstof (PAS), zouden worden bereikt. Daardoor is vergunningverlening voor economische activiteiten op basis van de PAS in strijd met de strikte lijn van het HvJ EU bij artikel 6 Habitat-richtlijn. Deze Luxemburgse lijn houdt in: alleen nieuwe activiteiten als vaststaat dat de stikstofsituatie van de Habitat-gebieden (er zijn in Nederland 162 aangewezen Natura 2000-gebieden) er niet verder op achteruit gaat. Die strikte lijn van het HvJ EU lag al besloten in een aantal baanbrekende uitspraken vanaf 2014 – bij één was Nederland betrokken en de andere twee hadden betrekking op Belgisch Vlaanderen en Ierland. Zowel in de literatuur als in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak was veelvuldig op deze rechtspraak gewezen.⁸ De uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 29 mei 2019, die zij deed nadat zij nogmaals prejudiciële vragen had gesteld die het HvJ EU op 7 november 2018 had beantwoord,⁹ kwamen dus niet uit de lucht vallen. Maar het leek toch alsof de Haagse departementen en de provinciehuizen in den lande verrast waren door de uitkomst.

Dan de tweede zaak, de *Urgenda*-zaak, die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2019. Er is juridisch debat mogelijk over de vraag of de Hoge Raad uit artikel 2 (recht op leven) en artikel 8 (recht op ongestoord familieleven) terecht de positieve verplichting heeft afgeleid dat de Staat in 2020 ten opzichte van 1990 een reductiedoelstelling van 25% moest halen. Maar het arrest van de Hoge Raad is uitvoerig gedocumenteerd en beargumenteerd, ook wat betreft de aan de artikelen 2 en 8 EVRM ontleende argumentatie met verwijzing naar rechtspraak van het Straatsburgse Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). En de Hoge Raad gaat ook in op het argument dat de rechter zich op het politieke domein begeeft. Regering en parlement hebben, zo zegt de Hoge Raad, een grote mate van vrijheid om de vereiste politieke afwegingen te maken, maar het is aan de rechter om te beoordelen of de regering en het parlement bij het gebruik van die vrijheid zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, waaraan zij zijn gebonden. Veel tegenstanders beperken zich tot nogal algemene betogen dat de rechter op de stoel van de politiek is gaan zitten en gaan voorbij aan deze basale overwegingen. Er is ook meer genuanceerde kritiek.¹⁰ Zo zou de Hoge Raad de op de Staat rustende verplichtingen op grond van artikel 2 en artikel 8 hebben opgerekend. De argumentatie van de Hoge Raad is zorgvuldig en uitvoerig en gelet op de in de wetenschap bestaande overeenstemming over de gevolgen van de klimaatcrisis moeilijk inhoudelijk te weerleggen. Dat laat onverlet dat de kritiek natuurlijk ook mogelijk en valide is: het arrest is vernieuwend en vernieuwende uitspraken leiden naast brede bijval, die het arrest ook heeft gekregen, ook tot kritiek. Hoe dit ook zij: ook hier kan men onmogelijk volhouden dat de uitspraak onvoorzienbaar was. Zo zijn er al vanaf 1992 telkenmale Klimaatafspraken in VN-verband gemaakt met tenminste deze reductiedoelstelling. Nederland had zelf tot 2011 een reductiedoelstelling van 30% vastgelegd en had aangegeven dat de reductie van 25 tot 40% in 2020 nodig is om op een geloofwaardig traject te blijven om de 2 graden Celsius-doelstelling binnen bereik te houden. Partijen waren

Auteur

1. Prof. mr. J.E.M. Polak is lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, raadsheer i.b.d. bij de Hoge Raad en onbezoldigd hoogleraar bestuursrecht in Leiden. Dit is de tekst van zijn rede als voorzitter van de NJV op het jaarcongres op 10 juni 2022 in Utrecht.

Noten

2. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, AB 2019/309, m.nt. Ch.W. Backes, *NJB* 2019/1380, *M en R* 2019/68, m.nt. M. Kaajan, *Stab Ogr* 2019-0106, m.nt. E. Noorderover, *JM* 2019/8, m.nt. J.M.I.J. Zijlmans., *JNA*2019/46, m.nt. D. van der Meijden, *TvAR* 2019/7989, *UDH:TvAR/15658*, m.nt. D.W. Bruil, *Juris-prudentie Grondzaken* 2019/182 en 2019/194, m.nt. F.M.A. van der Loo.

3. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2021/41, m.nt. J. Spier, *AB* 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen en Ch. W. Backes, *JM* 2020/33, m.nt. W.Th. Douma, *JB* 2020/37, m.nt. D.G.J. Sanderink, *M en R* 2020/8, m.nt. T.J. Thurlings, *AA* 20200955, m.nt. A.T. Marseille en K.J. de Graaf, *JBPr.* 2020/20, m.nt. H.W. Wiersma, *JA* 2020/29, m.nt. J. van de Klashorst, *Juris-prudentie Grondzaken* 2020/50, m.nt. F.M.A. van der Loo; R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de grens tussen recht en politiek', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2020, 1.

4. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, *BNB* 2022/27c, m.nt. E.J.W. Heithuis, *FED* 2022/9, m.nt. T.C. Gerverdink.

5. Vaak wordt ook het *Shell*-vonnis van de Rb. Den Haag van 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 genoemd,

maar dat laat ik hier om verschillende redenen buiten beschouwing. Zo is de overheid daarbij geen partij en de zaak is bovendien nog niet uitgedeed.

6. Zie recent bijvoorbeeld de mooie rede van F.B. Bakels, 'Rechtspraak en politiek', als artikel gepubliceerd in *NJB* 2022/1134, afl. 18 met vele verwijzingen naar literatuur en rechtspraak en *Rechtstreeks* 2022, nr. 1, uitgave Raad voor de rechtspraak, 'Hoe politiek is de rechter?' Met bijdragen van Jonathan Soeharno (Column: 'Over de nederigheid van juristen'), Rob van Gestel & Marc Loth (Hoofdartikel: 'Het beleid van de rechter in public interest zaken'), Hans Hoffhuis (Reactie: 'De civiele rechter in zaken met een groot politiek belang'), Ingrid Leijten (Reactie: 'Hoe politiek is de rechter - hoe politiek zijn de grondrechten?'), Maurits Helmich (Reactie: 'Op naar de rechter als politieke conflict-

manager') en Wendy Yan (Reactie: 'De legitimiteit van rechterlijke beslissingen: voorbij de trias?'), waar men ook voor vele verwijzingen naar literatuur en rechtspraak terecht kan.

7. *Ongekend onrecht, Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 3.

8. HvJ EU 15 mei 2014, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330 (*Briels*); HvJ EU 21 juli 2016, C-387/15, ECLI:EU:C:2016:583 (*Orleans*) en HvJ EU 25 juli 2018, C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593 (*Grace en Sweetman*).

9. HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882, *AB* 2018/436.

10. Zie onder meer de noot van G.A. van der Veen in de *AB* en het artikel van Schutgens, t.a.p.



@ Shutterstock

het daarover eens, evenals over de consensus die er in de wetenschap is over de ernstige gevaren van de opwarming en de vrees dat Nederland deze doelstelling niet zou gaan halen.¹¹ Het rechtbankvonnis in deze zaak, dat met een wat andere redenering tot dezelfde uitkomst kwam, dateert al van 24 juni 2015, dus van viereneenhalf jaar voor het arrest van de Hoge Raad.

En dan is er nog de *box 3*-uitspraak van kerstavond van het afgelopen jaar, die dus anders dan de *stikstof*-uitspraken en de *Urgenda*-uitspraak van ná het regeerakkoord van het huidige kabinet dateert. Ik ben geen fiscalist, maar wat ik er van begrijp, is dat de Hoge Raad de wijze waarop het belastingen van spaargeld en beleggingen geschiedt op basis van een fictief gemiddeld rendement dat fictief behaald zou zijn bij een gemiddelde verdeling over spaargeld en beleggingen, niet aanvaardt. Dat pakt in de echte wereld van de feiten nadelig uit voor degenen die niet of nauwelijks waren overgegaan tot risicovol beleggen maar vooral ouderwets op een spaarrekening hadden gespaard (of liever gezegd hadden geprobeerd te sparen, want zij lijden daarop tegenwoordig verlies). Een forfaitaire regeling kan, zo leert het arrest, op zichzelf gerechtvaardigd zijn, maar alleen voor zover bij het vaststellen van de forfaitaire grenzen is getracht de werkelijkheid te benaderen. Het op deze wijze heffen van inkomstenbelasting op de voordelen die de belastingplichtige

niet heeft genoten, maar had kunnen behalen, gaat de Hoge Raad te ver. Degenen die vanaf 2017 zijn geconfronteerd met een heffing op basis van een fictief voordeel uit sparen en beleggen dat hoger is dan het werkelijk behaalde rendement klaagden dus met recht over een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht van artikel 1 van het Protocol nr. 1 bij het EVRM.

Nu had de Hoge Raad eerder ook geoordeeld dat het tot 2017 geldende systeem van heffing op fictieve vermogenswinst voor de jaren 2013 en 2014 in strijd was met het EVRM. Maar de Hoge Raad had daar nog geen gevolgen aan verbonden door te oordelen dat de rechter terughoudendheid past om op stelselniveau in het rechtstekort te voorzien.¹² Wel had de Hoge Raad daarbij expliciet uitgesproken dat individuele belastingplichtigen die in die jaren met een niet-*faire* heffing waren geconfronteerd mogelijk gelijk zouden krijgen. Voeg daarbij ook hier de al stevige kritiek op de op ficties gebaseerde regeling in de literatuur en het parlement, dan is de conclusie gerechtvaardigd dat ook de *box 3*-kerstuitspraak' voorzienbaar was. Precies drie weken geleden, op 20 mei jl., heeft de Hoge Raad geoordeeld dat zij die geen bezwaar maakten tegen de aanslagen van na 2017, waardoor deze onherroepelijk zijn geworden, niet ambtshalve hoeven te worden gecompenseerd;¹³ dat stelt de politiek vervolgens voor de voor de omvang van het budgettaire probleem belangrijke

vraag of zij ook deze groep moet compenseren. Het arrest heeft ook een bredere discussie over ons belastingstelsel verder gevoed, bijvoorbeeld over de bij uitstek politiek gevoelige vraag of het belastingstelsel inkomsten uit vermogen wel voldoende belast in verhouding tot inkomsten uit arbeid.

2. De polsstok van de rechter van Tim Koopmans

Wij zien hier dus in drie voorzienbare verstrekkende uitspraken dat de politieke organen van de Nederlandse overheid zich niet hebben gehouden aan de grenzen die Europese regels stellen. Dat rechterlijke uitspraken zo prominent op uiteenlopende terreinen van de politiek een rol spelen was misschien eerder niet aan de orde, maar het thema is toch ook zeker niet nieuw. Ik heb in de jaren zeventig van de vorige eeuw staats- en bestuursrecht in Leiden gestudeerd en Koopmans, later rechter bij het HvJ EU in Luxemburg en A-G bij de HR was mijn hoogleraar staatsrecht.¹⁴ Hij heeft veel geschreven over de rol van de rechter ten opzichte van de politiek en ik kan lezing van zijn werk nog steeds sterk aanbevelen. Toen ik zijn geschriften nog eens nalas, was ik getroffen door de actualiteit ervan. Ik hoorde als student-assistent in de vakgroep staats- en bestuursrecht aan de lunchtafel in de kantine van de Hugo de Grootstaat in Leiden van de medewerkers van die vakgroep, van toch echt slimme figuren als bijvoorbeeld Jit Peters, Willem Witteveen en Cees Flinterman (allemaal nadien hoogleraar geworden), hun ervaring dat als zij al een tijdje intensief discussieerden over een onderwerp van recht en politiek, Koopmans vaak wat later aanschoof en dan kwam met een citaat uit een net door hem gelezen boek dat zij allemaal niet kenden en dat de spijker op zijn kop sloeg. Zo'n soort ervaring had ik nu, bij lezing van het artikel 'De polsstok van de rechter',¹⁵ geschreven in 1979, het jaar van mijn afstuderen. Het spreekt over 'het activistische klimaat dat in de rechtspraak is ontstaan, waardoor de rechter meer dan voorheen bijdraagt aan het proces van rechtsvorming' en vervolgt: 'Die vergroting roept dan het prikkelende probleem in het leven in hoeverre de rechter, gegeven de aard van zijn taak, inderdaad sturend kan optreden, met andere woorden hoever zijn polsstok reikt.' Koopmans beschrijft hoe de rechter met vooral het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel in de hand zowel in de VS als in Europa uitspraken heeft gedaan die verstrekkend waren (in de VS om het

Wij zien hier dus in drie voorzienbare verstrekkende uitspraken dat de politieke organen van de Nederlandse overheid zich niet hebben gehouden aan de grenzen die Europese regels stellen

raciaal gescheiden onderwijs te slechten en in Europa op het terrein van vrije vestiging van vooral advocaten), maar dat 'de rechter op gegeven moment toch met lege handen staat'. Koopmans: 'Een aantal belangrijke keuzen kunnen niet door hem maar slechts door politieke organen worden gedaan; en zijn optreden is eenvoudiger te verwezenlijken wanneer het om het negatief sanctioneren van rechtsbeginselen gaat dan wanneer daaraan een positieve verwerkelijking moet worden gegeven.'¹⁶

Bij alle ophef over bijvoorbeeld het *Urgenda*-arrest is dat nog steeds zo. De Hoge Raad heeft in *Urgenda* aan de artikelen 2 en 8 van het EVRM een vernieuwende, deugdelijk gemotiveerde interpretatie gegeven door uit te spreken dat de Staat moest zorgen voor 25% reductie ultimo 2020 maar heeft geheel in lijn met Koopmans' polsstok niet aangegeven hoe de Staat dat moest bewerkstelligen. En de Afdeling bestuursrechtspraak heeft in de stikstofuitspraken met haar uitleg van de rechtspraak van het HvJ EU aangegeven dat het PAS-beleid niet kon omdat het onvoldoende verzekerde dat de Habitat-gebieden qua stikstofsituatie niet nog verder zouden worden aangetast bij nieuwe economische activiteiten. Maar zij heeft ook niet aangegeven hoe de Staat het beleid dan wel moet vormgeven om zich aan de Europees bepaalde grenzen te houden. En de belastingkamer van de Hoge Raad heeft de bal ook bij de wetgever teruggelegd, al voorzag hij ditmaal in de concrete casus, anders dan eerder, wel in het zogenaamde rechtstekort en bepaalde hij hoe betrokkenen moesten worden gecompenseerd. Ook dat was niet revolutionair: in zijn bekende rede over de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter in 2000 bij zijn afscheid als president van de Hoge Raad opperde Martens al dat de Hoge Raad wat minder terug-

11. Vergelijk Hans Hofhuis die het rechtbankvonnis als voorzitter van de zittingskamer meewees en in zijn bijdrage aan *Rechtstreeks* 2022, nr. 1, 'De civiele rechter in zaken met een groot politiek belang' op p. 34 fijntjes in herinnering brengt, 'dat in *Urgenda* de relevante feiten vaststonden.'

12. HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1129, BNB 2016/177, m.nt. E.J.W. Heithuis.

13. HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:720.

14. Zie over hem het in memoriam van Luc

Verhey die Koopmans beschrijft als een jurist van de buiten categorie, 'In memoriam Tim Koopmans (1929-2015)', *NJB* 2016/139, afl. 3.

15. In *Regel en praktijk, Opstellen aangeboden aan prof. mr. S.F.L. baron van Wijbergen*, Zwolle, 1979, p. 101-112, ook te vinden in T. Koopmans, *Juridisch stipplendewerk, bundel t.g.v. het verlenen van een eredoctoraat aan Koopmans door de Rijksuniversiteit Limburg op 11 januari 1991*, Zwolle, 1991.

16. Het Amerikaanse Supreme Court kon weliswaar in de zaak *Brown* uitspreken dat

het raciaal gescheiden onderwijs grondwettelijk verboden is (1954), maar toen het zover ging om de politieke organen ook op te dragen een geïntegreerd systeem tot stand te brengen, bleek dat uiteindelijk toch niet erg effectief en moest de federale rechter zich in allerlei bestuurlijke problemen wagen. Het resultaat was een toestand waarin het oorspronkelijke optimisme twintig jaar later voor moedeloosheid plaats had gemaakt. Zie hierover ook B.P. Vermeulen, 'Waarom wij het Supreme Court niet (altijd) hoeven te volgen', in: *Grensverleggend staatsrecht, opstellen aangeboden aan*

Prof. C.A.J.M. Kortmann, Kluwer, 2001, p. 323-335.

Ook als het gaat om het recht van vrije vestiging leek het HvJ het een en ander te bereiken, toen het over advocaten ging, maar durfde het Hof het toch niet aan om de barrière van de nationaal bepaalde toelatingseisen van dierenartsen te slechten; dat kon hij niet. Koopmans geeft aan dat de rechter dat nu eenmaal niet kan, want hij kan niet de inhoud van het beleid beoordelen; hoeveel moet een veearts weten over een geit?

houdend zou kunnen zijn om rechtsherstel te bieden als hij eenmaal geconstateerd heeft dat wetgeving in strijd is met een EVRM-bepaling.¹⁷

De uitspraken zijn dus wel verstrekkend maar de de rechter beperkingen opleggende polsstok van Koopmans bestaat nog steeds en wordt in die rechtspraak niet achter ons gelaten. Wat de uitspraken vooral inscherpen, is dat de wet- en beleidsmakers die weet hadden kunnen hebben van de grenzen van het recht, de noodzakelijke keuzes op het terrein van stikstofreductie en uitstootreductie te lang hebben uitgesteld. Stel die keuzes niet langer uit, zo is de eensluidende boodschap van die uitspraken en in feite geldt dat ook voor de *box 3*-uitspraak; het voornemen van de regering om eerst in 2025 te stoppen met forfaitaire en op ficties gebaseerde heffingen op niet gerealiseerde winsten moet naar voren worden gehaald. En dat uitstel door de rechter niet meer zou worden getolereerd was in alle drie de gevallen voorzienbaar.

Dat nu onder grote druk en in een versplinterd politiek landschap die keuzes versneld moeten worden gemaakt, is natuurlijk niet de beste manier waarop beleid en wetgeving gemaakt worden. De uitspraken laten zien dat de politiek vele jaren niet in staat was om wetgeving en beleid tot stand te brengen die Europees gezien aan de maat was, terwijl uit de rechtspraak en literatuur van vóór de uitspraken was te voorzien dat deze uitspraken zouden kunnen worden gedaan. De discussie zou vervolgens kunnen gaan over de vraag: hoe te bereiken dat we voortaan zorgen wel tijdig de in de rechtsstaat passende maatregelen te nemen, met andere, misschien wat grote, woorden 'rechtstatelijk lange termijn denken te ontwikkelen'. In plaats daarvan werd naar aanleiding van de *Urgenda*- en de *stikstof*-uitspraken kort na de *Urgenda*-uitspraak op 14 februari 2020 eerst in de Eerste Kamer door prof. mr. Cliteur¹⁸ (FvD) over dikastocratie gesproken en organiseerde de Tweede Kamer op 9 maart 2020 een rondetafelgesprek over dat thema.

Nederland heeft in vergelijking met andere westerse landen altijd een rechterlijke cultuur gehad die zich juist kenmerkt door een geneigdheid van terughoudendheid als het gaat om het doen van uitspraken in kwesties waar de politiek primair over gaat. Ik citeer graag weer Koopmans uit een artikel in 1988: 'Het komt voor dat de Hoge Raad uitspraak doet in politiek gevoelige zaken'(...), maar dit is eer uitzondering dan regel'. En over de arresten van de Hoge Raad in het privaatrecht zegt hij: 'Geen minister, partijvoorzitter of kamerlid ligt er wakker van.'¹⁹

Die traditioneel terughoudende cultuur komt nog steeds in ons staatsrecht tot uiting. We hebben nog steeds in afwijking van alle andere landen binnen de Raad van

Europa geen vorm van toetsing van wetgeving aan de Grondwet. Ook zijn wij uniek binnen West-Europa dat wij geen beroep bij de bestuursrechter kennen tegen alle vormen van lagere wetgeving: Duitsland, België en Frankrijk, om maar een paar op ons lijkende landen te noemen, kennen wel rechterlijke toetsing van de wet aan de grondwet en kennen ook beroep bij de bestuursrechter tegen algemene regels lager dan wetgeving in formele zin. Wij zijn ook minder dan andere landen gewend aan uitspraken als die ik hiervoor besprak. Zij laten wel zien dat het beeld van terughoudendheid enigszins moet worden bijgesteld, vooral als uitvloeisel van het feit dat wij lid zijn van de EU en de Raad van Europa en onze rechter de functie heeft ook de politieke organen van onze overheid te houden aan de grenzen die het Europese recht stelt. Als ik terugblik op meer dan twintig jaar rechterschap is de 'europeanisering' van ons vak inhoudelijk de grootste verandering die het heeft ondergaan: dat de handhaving van Europees recht een van onze kerntaken is geworden. Was het Europese recht tot de eeuwwisseling iets voor vooral alleen de beoefenaren van het Europese recht, dat is nu dus wezenlijk anders.

Wie de besproken rechterlijke uitspraken *framet* als dikastocratie, geeft uiting aan het verlangen terug te willen keren naar het staatsrecht van vóór deze europeanisering. Maar die tijd keert niet terug, wij leven nu in een rechtsorde waarin burgers onze overheid bij de rechter kunnen aanspreken op de grenzen die uit het Europese recht voortvloeien.

Dat de europeanisering belangrijke gevolgen zou hebben voor ons staatsrecht en daarbij ook voor de positie van de rechter, daarover hebben wij in Nederland ook onder juristen weinig fundamenteel discussie gevoerd. Koopmans doorzag ook dat al in 1980 in een fraai artikel in *RMT*: 'De hele vraag of het nationale staatsrecht en de Europese rechtsorde zich wel met elkaar verdroegen, kwam nauwelijks in discussie; in sommige andere Lidstaten was het juist deze vraag die de pennen in beweging bracht en die soms tot rechterlijke uitspraken leidde van tamelijk principieel karakter. (...) Nederland scheen zich al dit soort complicaties te kunnen besparen; daardoor kon het zich echter de illusie veroorloven dat er niet zoveel veranderd was.' En hij verzucht over het EVRM: 'Dat laatste blijft voor juristen een intrigerend probleem: onze kabinetten en parlementaire meerderheden willen van geen constitutionele toetsing weten, maar onze rechter kan elke wet onverbindend verklaren als hij strijd constateert met de Europese verdragen of een verordening van de Raad van de EEG over de gemeenschappelijke markt voor suiker of varkensvlees (...). Er schuilt een merkwaardige abdicatie van nationale autonomie in, wanneer men de rechter verplicht dit soort regelingen tegen elke vroegere of latere wet in te eerbiedigen, maar diezelfde eerbied niet vraagt wanneer het om de eigen grondwet gaat. Vandaag of morgen zullen wij de toon moeten vinden waarin deze dissonant zich oplost.'²⁰

3. Schuivende panelen

Dat was Koopmans in 1980. Zou die dissonant (wel toetsing aan Europees recht maar niet aan de eigen grondwet) in mijn juristenleven 43 jaar later dan nu eindelijk worden opgelost? Lange tijd waren de vereiste meerderheden

Wij leven nu in een rechtsorde waarin burgers onze overheid bij de rechter kunnen aanspreken op de grenzen die uit het Europese recht voortvloeien

niet te vinden, maar inmiddels lijkt de politiek na de Toeslagenaffaire opeens rijp om toetsing van wetgeving aan de grondwet mogelijk te maken. Partijen die daartegen waren zijn nu voor en de discussie verplaatst zich naar de dan te beantwoorden nevenvragen: moet zij alleen op klassieke grondrechten betrekking hebben, moet er een constitutioneel hof komen of kunnen we die toetsing beter aan onze bestaande rechters overlaten (zoals ik denk)?²¹

Ook komt er een Staatscommissie Rechtsstaat ter verbetering van de positie van de burger.²²

Bij de ordening van de samenleving blijft het primaat bij de politieke organen

Want werd in 2020 dus in de beide Kamers der Staten-Generaal gediscussieerd over dikastocratie, die discussie is in een mum van tijd naar aanleiding van het aan het eind van dat jaar uitgekomen rapport *Ongekend onrecht* van de commissie Van Dam over de Toeslagenaffaire naar de achtergrond gedrongen.²³ In dat rapport worden de rechter en vooral de Afdeling bestuursrecht spraak juist verweten burgers te weinig bescherming te hebben gegeven tegen de Belastingdienst/Toeslagen die alle uitgekeerde voorschotten van toeslagen terugvorderde als burgers ook aan een klein en soms onbeduidend administratief deel van hun verplichtingen niet hadden voldaan. In het reflectierapport *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken* van november 2021²⁴ heeft 'mijn'²⁵ Afdeling bestuursrecht spraak (naast een aantal verklaringen²⁶ voor die tot 23 oktober 2019²⁷ volgehouden lijn) terecht het boetekleed aangetrokken. Ik zie deze affaire zelf ook als een zwarte bladzij in mijn beroepsleven. Terugkijkend steekt vooral dat de voor velen zo desastreuus uitgekakte alles-of-niets lijn tot 2019 is volgehouden.

En dat terwijl de Afdeling bestuursrecht spraak vanaf 2014 meer algemeen een koers insloeg van indringender toetsing van overheidsbesluiten.²⁸ Het NJV preadvies van Barkhuysen en Van Emmerik laat ook verschillende terreinen zien waarop de Afdeling bestuursrecht spraak, na aanvankelijke en door de preadviseurs bekritiseerde terughoudendheid, besluiten vanaf ongeveer 2014 intensiever is gaan toetsen en grenzen heeft gesteld aan repressief overheidsoptreden.²⁹

Die lijn van intensieve toetsing³⁰ zal door de lessen uit de Kinderopvangtoeslagaffaire natuurlijk eerder worden verdiept dan verminderd, zoals de uitspraak van de grote kamer van de Afdeling bestuursrecht spraak van 2 februari van dit jaar over het verlaten van de willekeurmaatstaf en het omarmen van de evenredigheidstoetsing leert.³¹ Maar toch: wees voorzichtig met overspannen verwachtingen van wat rechters vermogen. Dat ik hier drie uitspraken bespreek die vergaande politieke implicaties hebben doet er niet aan af dat het in ons land nog steeds tamelijk uitzonderlijk is dat rechters, zeker hoogste rechters zulke uitspraken met vergaande politieke implicaties doen. Daarbij heeft de polsstok van Koopmans ons ook nu nog veel te zeggen: de rechter zal de klimaatcrisis niet oplossen en kan niet bepalen wat een rechtvaardig belastingstelsel inhoudt. Bij de ordening van de samenleving blijft het primaat bij de politieke organen. Ter illustratie: wie zoals ik, bij de Afdeling bestuursrecht spraak de praktijk van alledag van het omgevingsrecht langs ziet komen, ziet veel burgers die te hoop lopen tegen woningbouwplannen in hun buurt. Ook zij verlangen intensieve toetsing en dat is begrijpelijk, maar dat roept als het aankomt op de keuze wel of niet bouwen, soms spanning op met de grote woningbouwopgave ten behoeve van andere, vaak jongere burgers waarvoor de politieke organen zich gesteld zien. Terughoudende toetsing van politiek bestuurlijke keuzes aan het evenredigheidsbeginsel zal in veel gevallen blijven horen bij de plaats van de rechter in ons staatsbestel, de uitspraak over de evenredigheidstoetsing wijst ook op de variëteiten van toetsingsmodaliteiten. Lang niet al het optreden van de overheid is repressief waarbij een intensievere toetsing dan voorheen geboden is.

17. S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, afl. 14, p. 747-757.

18. *Handelingen I* 2019/20, nr. 19, item 6.

19. Zie bijvoorbeeld Koopmans, 'De Hoge Raad en buitenlandse hoogste gerechten', in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1938-1988. Een portret*, Zwolle, 1988, p. 351-371, ook te vinden in *Juridisch stippelwerk*, t.a.p., p. 393-411, i.h.b. p. 410.

20. T. Koopmans, 'De Europese Gemeenschappen en het Nederlandse staatsbestel', *RM Themis* 4/5, 1980, p. 362-377, ook te vinden in: T. Koopmans, *Juridisch stippelwerk*, t.a.p., p. 276 e.v., Deventer 1991.

21. Zie over de te beantwoorden vragen de Kamerbrief van Ollongren en Dekker van 17 december 2021.

22. Zie de brief van minister Weerwind en minister Bruins Slot van 18 maart 2022 met conceptopdracht aan de Staatscommissie

Rechtsstaat ter beantwoording van vragen vanuit de Eerste Kamer, tevens in kopie verzonden aan de Tweede Kamer. Op 5 juli 2022 is er een rondetafelgesprek tussen vertegenwoordigers van de staatsmachten.

23. Zie noot 6.

24. *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken*, Reflectierapport van de Afdeling bestuursrecht spraak van de Raad van State, november 2021.

25. Waarmee ik bedoel dat ik er lang lid van ben.

26. Onder meer dat er aanvankelijk vooral fraudezaken waren voorgelegd en dat het zicht op de harde uitvoeringspraktijk lange

tijd heeft ontbroken.

27. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en 3536.

28. De besproken *stikstof*-uitspraken van mei 2019 waren bijvoorbeeld vanaf 2015 voorafgegaan door uitspraken van de Afdeling bestuursrecht spraak waarin tot drie-maal toe besluiten van de Minister van Economische Zaken over de winning van gas in het Groningenveld waren vernietigd, te beginnen met de uitspraak van 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578. Deze uitspraken waren mede aanleiding voor het besluit van de regering om met de gaswinning in Groningen te stoppen.

29. Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik, 'De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar

een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid', in: *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief*, p. 75-154, i.h.b. 3.9.2 en 3.10.2, *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging*, jaargang 151, 2022.

30. Zie recent de mooie Nijmeegse bundel *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter* onder redactie van Roels Schutgens, Jasper Krommendijk, Hans Peters, Claartje Bulten, Ashley Terlou & Edsard van der Werf, Wolters Kluwer, 2022.

31. ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, zie ook de belangrijke conclusie van de A-G's Wattel en Widdershoven die daaraan voorafging van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

4. De burgers en de rechtsstaat

De drie rechterlijke uitspraken moeten dus worden begrepen als een uitvloeisel van de europeanisering van onze rechtsstaat. Die brengt de rechter in een positie dat hij de andere staatsmachten, zelfs als zij wetten of beleid maken of verzuimen te doen, moet houden aan de grenzen die die staatsmachten eerder zelf hebben getrokken. Het gaat daarbij in de kern om het scherp en bindend agenderen van te veel en te vaak op de lange baan geschoven lange-termijnproblemen. De polsstok van de rechter blijft daarbij, ondanks alle ophef over de besproken uitspraken, beperkt: hij treedt op als de boodschapper van slecht nieuws, de overheid heeft de grenzen van het recht overschreden, meestal door problemen te lang op hun beloop te laten en moet dus in actie komen om te zorgen dat dat wordt hersteld. Hoe de overheid dat doet, dat zal de rechter aan de politieke organen van de overheid overlaten, conform de beperkte polsstok waarover Koopmans sprak.³²

De rechtsstaat vergt zeker een rechter die als het moet die grenzen stelt, maar nog meer een politiek bestuur dat in de regel zorgt dat het zijn rechtsstaat op orde heeft en van het belang daarvan doordrongen is

Ondertussen zien we dat de politieke organen er na de rechterlijke uitspraken moeilijk in slagen de door de rechter geadresseerde problemen zoals de klimaat- en stikstofcrisis op te lossen. En te vrezen is dat er ook een aantal andere problemen is³³ die langer spelen en het wachten is dan op het moment dat de rechter weer zal zeggen dat ook daarbij de grenzen van het recht zijn overschreden. Dat is niet de beste oplossing. Beter is het als de mechanismes binnen de wetgever en het bestuur zo werken dat het zover niet hoeft te komen. De discussie na de *stikstof*-uitspraken, *Urgenda* en *box 3* moet mijns inziens niet zozeer zijn of we in een dikastocratie terecht zijn gekomen, maar hoe kunnen we gelet op deze voorzienbare, vergaande uitspraken regering en parlement in een positie brengen om wel tijdig over de hele linie van het overheidsbeleid een agenda te ontwikkelen en uit te voeren zodanig dat de grenzen die onze rechtsstaat stelt, worden geëerbiedigd. De Staatscommissie Rechtsstaat staat voor de uitdaging daarvoor een uitvoerbaar *framework* te ontwerpen. En dan gaat het dus niet alleen om de vraag hoe voorkomen wij een tweede toeslagenaffaire, hoe vreselijk ook, maar hoe lossen we onze langetermijnproblemen zo op dat het niet de rechter is die deze als *ultimum remedium* in een te laat stadium moet adresseren. Naar aanleiding van de toeslagenaffaire heeft de Raad voor de rechtspraak in zijn recente jaarverslag een aantal andere buikpijndossiers aange-

dragen.³⁴ Dan gaat het om problemen die rechters in veel zaken zijn tegengekomen en waarbij zij het adagium dat de rechter uitsluitend door zijn uitspraak spreekt, niet langer hoeven vol te houden. Dat is terecht: een jaarverslag van de Raad voor de rechtspraak is een goed middel om problemen die rechters ervaren en die het individuele van veel van hun zaken overstijgen, ook gelet op de beperkte polsstok van de rechter die problemen zelf op te lossen, neer te leggen bij de organen die binnen het staatsbestel zijn ingesteld om deze op te lossen. Maar daarmee zijn we er niet. Want bij dit goede initiatief gaat het om kwesties waar al veel leed is geschied, namelijk als rechters in die zaken burgers al veelvuldig in de knel hebben zien komen. Dan kan dat. Maar bij de kwesties van het type dat hiervoor is besproken zullen rechters vaak lange tijd niet in een goede positie zijn om de andere organen tijdig te wijzen op de problemen omdat zij zich dan in een discussie zouden mengen over zaken die zich nog bij hen kunnen gaan voordoen en zij daarop natuurlijk niet moeten vooruitlopen. We komen hier op de door de Staatscommissie Rechtsstaat zo mogelijk te beantwoorden vraag: hoe te bewerkstelligen dat bestuur en wetgever tijdig over de volle breedte van overheidsbeleid een mede door het recht gedicteerde lange termijn agenda ontwikkelen en vooral ook tijdig uitvoeren? Waarbij spanningen met Europese regels worden onderkend en opgelost. Want burgers zijn niet het beste geholpen als de rechter een voorzienbare uitspraak moet doen als in de drie hiervoor besproken dossiers; dan zijn de problemen al uit de hand gelopen en dan zijn bevredigende oplossingen, ook voor partijen die geen partij zijn bij een rechtszaak, vaak nog lastiger te bewerkstelligen. De ondanks de gesignaleerde verschuiving naar een actievere rechter in vergelijking met andere landen nog steeds bestaande cultuur van relatieve gematigdheid van de Nederlandse rechter die veel voordelen heeft (zij draagt bij aan zijn door burgers en overheden ervaren, 'a-politieke' onafhankelijkheid en onpartijdigheid) moet worden gekoesterd en niet te zeer worden belast doordat het politiek systeem maatregelen uitstelt die het recht eist. Daardoor wordt de rechter gedwongen uitspraken te doen waarin aan de politiek grenzen worden gesteld. Uitspraken als de *stikstof*-uitspraken, de *Urgenda*- en *box 3*-uitspraken zijn en moeten liefst *ultimum remedium* blijven, juist omdat zij te voorzien zijn. Zulke uitspraken zijn soms onontkoombaar, de rechter moet de grenzen van de rechtsstaat scherp bewaken. Maar dat moet niet te vaak nodig zijn. Gebeurt dat te vaak dan bergt dat risico's in zich voor zijn ervaren onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De rechtsstaat vergt zeker een rechter die als het moet die grenzen stelt, maar nog meer een politiek bestuur dat in de regel zorgt dat het zijn rechtsstaat op orde heeft en van het belang daarvan doordrongen is.

5. En dan tot slot: de rol van de rechter in de NJV preadviezen van 2022

In de prachtige preadviezen³⁵ speelt de rol van de rechter natuurlijk een rol die naar gelang van het rechtsgebied lijkt te verschillen. Het minst geprononceerd komt diens rol naar voren in het strafrechtelijke preadvies van Johannes Bijlsma, Stijn Franken en Petra van Kampen (Taru Spronken in haar *NJB*-bespreking: 'een mooi preadvies dat een indringend beeld geeft van welke invloed de

repressieve samenleving in de afgelopen decennia op het sanctiestelsel heeft gehad'). Daarin ligt de nadruk op de rol van de reclassering en minder op die van de rechter. Ik kan mij als 'strafrecht-buitenstaander' vergissen, maar de strafrechtelijke preadviseurs lijken niet zo positief over de rol van de rechter. In ieder geval valt de rechter niet de warmte te beurt waarmee de preadviseurs de rol van de mensen in de reclassering in de praktijk van alledag beschrijven. En als de rol van de rechter wel ter sprake komt, klagen de preadviseurs erover dat de rechtspraak van de Hoge Raad te weinig aanknopingspunten zou bieden voor invulling van de wettelijke gevaarcriteria die bepalend zijn voor de vraag of het arsenaal van toezicht-modaliteiten kan worden ingezet. Of dat waar is en hoe dat dan zou moeten, is mogelijk een mooi onderwerp voor het strafrechtelijke debat.

In het civiele en zeker in het bestuursrechtelijke advies wordt een actievere rol van de rechter in het algemeen positief gewaardeerd. Het civielrechtelijke advies van Anna Keirse en Vanessa Mak spreekt met een fraaie helicopterview over slingerbewegingen in het recht en ik herken die slingerbewegingen ook als ik terugkijk op mijn lange juristenleven op het terrein van de rechtsbescherming tegen de overheid.³⁶ Maar misschien dat het beeld van de slingerbewegingen toch nu te veel de indruk wekt dat de rol van de rechter ook weer minder actief zou kunnen gaan worden? Want ligt dat gelet op vooral de uitdagingen waarvoor de overheid zich op lange termijn gesteld ziet in combinatie met de Europeesrechtelijke eisen die aan de overheid worden gesteld, wel in de rede?

Dat de bestuursrechtelijke preadviseurs Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik in hun breed opgezette, mooie overzicht van de vele deelterreinen van het bestuursrecht (dat, om met Rob Widdershoven in zijn *NJB*-bespreking te spreken, 'niet in een omgevallen boekenkast onttaardt' en 'dat is heel knap'), de rechter oproepen om bij alles wat zij aan repressieve wetgeving beschrijven, kritisch te zijn en zich niet in te houden, is sympathiek en begrijpelijk. Maar ik vraag mij af of zij daarbij niet te ver

gaan door het eens te zijn met de aanbeveling van de NJV-vergadering in 1975 dat de rechter uitspraak moet doen naar zijn redelijkheidsinzicht, ook als dit zou indruisen tegen het positieve recht. Is de rechter er niet juist om in concreto vast te stellen waartoe het positieve recht leidt? Ik voel mij op dit punt thuis bij de mooie beschouwing van advocaat-generaal Snijders in zijn recente conclusie van 18 mei jl. in twee zaken van de grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak over het toetsingsverbod van artikel 120 grondwet:

'De "meerwaarde" van de rechtspraak is ook juist dat deze plaatsvindt aan de hand van het recht. Het recht is niet de persoonlijke mening van de rechter maar hetgeen volgt uit, kort gezegd, het geheel van wetten, algemeen erkende rechtsbeginselen en de relevante juridische en maatschappelijke opvattingen in samenhang met de betrokken belangen en de gegeven context of omstandigheden.'³⁷

En zo is het wat mij betreft: de basis en legitimiteit van rechterlijke uitspraken (en zeker in politiek gevoelige zaken als de besproken *stikstof*-, *Urgenda*- en *box 3*-zaken) moeten in het positieve recht worden gevonden en niet in de persoonlijke billijkheidsopvatting van de rechter.³⁸ Ook al nemen wij allemaal onze eigen opvattingen mee en is het goed dat we ons daarvan bewust zijn, het is aan de rechter om tot een zoveel mogelijk objectieve oordeelsvorming te komen. Dat kan, zoals de conclusie van Snijders goed laat zien, ook met inachtneming van het uitgangspunt dat het niet gaat om de persoonlijke opvatting van de rechter over wat redelijk is, soms ook een *contra legem*-uitspraak zijn, want daartoe strekt zijn advies aan de grote kamer.³⁹ In de praktijk kan de rechter steeds in het positieve recht een redelijke en billijke oplossing vinden en die benadering zal in de praktijk qua resultaat zelden tot andere uitkomsten hoeven te leiden dan die Barkhuysen en Van Emmerik wenselijk vinden. Maar hier ligt wel een principieel interessant punt voor de discussie! •

32. Het gaat niet zozeer om scheiding der machten, maar om samenwerkende machten, zie onder meer de mooie Tilburgse rede van de helaas in 2014 omgekomen W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, hierboven al genoemd als een van de inspirerende leden van de vakgroep staats- en bestuursrecht aan het einde van mijn studietijd.

33. Zie de recente indringende eerste Herman Tjeenk Willink-lezing van Herman Tjeenk Willink zelf, *Tot zover ben ik gekomen*, waarin hij uiteenzet dat de politieke organen de laatste 40 jaar structureel tekort

zijn geschoten problemen op te lossen en aangeeft dat het echt anders zal moeten, te vinden op de website raadvanstate.nl.

34. Rechtspraak jaarverslag 2021, i.h.b. p.18, www.rechtspraak.nl/jaarverslag.

35. Zie de lovende besprekingen van respectievelijk Coen E. Drion ('Op de schommel tussen autonomie en repressie. Een privaatrechtelijke perspectief op de repressieve samenleving (bespreking)', *NJB* 2022/1189), Rob Widdershoven ('Repressief bestuursrecht', *NJB* 2022/1190) en Taru Spronken ('Hedendaags strafrecht en

de repressieve samenleving', *NJB* 2022/1191) in *NJB* 2022, afl. 20.

36. In *NTB* 2010/46, 'Ontwikkelingen op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid, over grenzen van privaatrecht en bestuursrecht heen', had ik het over de slingerbeweging op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid die tussen 1980 en 2000 er één was van verruiming en in het decennium daarna van beperking.

37. ECLI:NL:RVS:2022:1441, zie i.h.b. 5.11.

38. Al erken ook ik zonder meer dat de persoonlijkheid van de rechter altijd een rol

speelt. Dat onderwerp hield mij eerder bezig, zie *NJB* 2008/857, afl. 18: 'Enkele aspecten van rechterlijke toetsing van overheidshandelen. Over activistische en defensieve rechters'.

39. Omdat de wetgever de onredelijke uitkomst van het voorgelegde geval volgens hem niet heeft voorzien. Een *contra legem*-uitleg dus als uitkomst van waartoe de uitleg van het positieve recht de rechter in dat geval leidt. De Afdeling bestuursrechtspraak moet nog uitspraak doen.