

URGENDA: TIJD VOOR EEN CONSTITUTIONEEL HOF?

Geerten Boogaard*

De opwinding over het *Urgenda*-arrest is vooral van staatsrechtelijke aard. In het civiele recht lijkt eerder sprake van een zekere onverstoortbaarheid. Rechterlijke onverstoortbaarheid is op zich goed voor de trias politica, maar bij te veel civiele onverstoortbaarheid in grote constitutionele kwesties, wordt het misschien toch tijd voor een constitutioneel hof.

Wie het slagveld na het *Urgenda*-arrest¹ overziet, valt op dat de klimaatzaak vooral in staatsrechtelijke kringen beroering heeft gewekt. Op het eerste gezicht is dat natuurlijk niet bijzonder, omdat de belangrijkste bezwaren bestaan uit constitutionele argumenten. Allereerst is dat de positie die een nationale rechter inneemt als hij klimaatdoelstellingen gaat afdwingen die de internationale gemeenschap wel onder ogen heeft gezien, maar zichzelf nog niet afdwingbaar had opgelegd. Verder blijft het de vraag of de rechter zich wel met het onderling afwegen van meerdere algemene belangen moet willen inlaten. En daarnaast valt sterk te aarzelen bij de *impact* van het gegeven reductiebevel op het institutionele evenwicht tussen de staatsmachten – of het hier nu technisch gezien om een wetgevingsbevel gaat of niet. Rechters die uit naam van wetenschappelijk gebleken noodzakelijkheid grote gaten in de Rijksbegroting schieten, zullen nu eenmaal sneller de aandacht trekken van staatsrechtbeoefenaren dan dat notarissen naar het puntje van hun stoel schuiven. In die zin is het niet bijzonder dat op de zoekmachine *Legal Intelligence* de meeste hits voor 'Urgenda' in het rechtsgebied staats- en bestuursrecht verschijnen, met slechts één (verdwaalde) verwijzing in het personen- en familierecht.²

Bijzonder vind ik echter wel het omgekeerde: de relatieve rimpelloosheid in het (overheids)aansprakelijkheidsrecht en het burgerlijk procesrecht. Hoewel de Hoge Raad zijn uitspraak dogmatisch een stuk overtuigender in het bestaande recht heeft ingepast dan de rechtbank, die de kwestie

nog gewoon langs de *Kelderluik*-criteria had gelegd,³ blijft het toch opmerkelijk dat in de vakgebieden die 'de rechtszaak van de eeuw' hebben opgeleverd, zelf een gevoel van *business as usual* lijkt te overheersen. Dat is althans de indruk van wie de beschikbare annotaties erop na slaat.

In *Jurisprudentie Aansprakelijkheidsrecht* annoteert Van de Klashorst dat het *Urgenda*-arrest veelbesproken is, maar, zo voegt hij eraan toe, dat geldt ook voor de stikstof-uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.⁴ Deze verbinding, die vaker wordt gelegd, is veelzeggend. Zij verhult namelijk dat de Afdeling de trekker overhaalde in een technische kwestie waarin de uitkomst onafwendbaar vastlag, zeker sinds het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de materie.⁵ De uitspraken van de Afdeling waren in juridisch opzicht dus inderdaad *business as usual*, terwijl de inzet van Urgenda door eisers terecht als juridisch revolutionair werd gezien. Natuurlijk ziet Van de Klashorst ook wel dat *Urgenda* politiek gevoelig ligt, maar, relateert hij, lag *Lindenbaum/Cohen* dat niet ook? Ook die vergelijking geeft vooral de boodschap af dat er wat het aansprakelijkheidsrecht betreft niet veel bijzonders aan de hand was in het *Urgenda*-arrest.

In *Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht* is evenmin van veel opwinding sprake. Daar annoteert Wiersma dat de klimaatzaak bij de civiele rechter thuishoort, omdat die al eeuwen de restrechter is en de Staat hier in zijn meest omvattende gedaante faalt, hoewel trouwens

'het in de Urgenda-zaak toch voornamelijk ging over de vraag of er eventueel sprake was van onrechtmatig bestuur; in de gedaante van een onrechtmatig voornemen van de Staat om niet de garantie te geven dat de door Urgenda gevorderde reductie zou worden gerealiseerd'.⁶

Het zou dus pas echt opmerkelijk zijn geweest als de Hoge Raad de zaak niet had afgedaan. Bovendien, zo vervolgt Wiersma, waren de bevoegdheden van de burgerlijke rechter en het civiele bewijsrecht in deze zaak nogal welkom. In *civilibus* geldt namelijk, anders dan in het bestuursrecht, de bewijsregel uit artikel 149 Rv: onvoldoende weersproken stellingen komen vast te staan. Wiersma:

'ik zou het ervoor willen houden dat eiseres Urgenda haar gelijk bij de drie instanties substantieel mede hieraan had te danken dat haar wederpartij/de Staat geen voldoende weerwoord bleek te hebben tegen de door haar aangevoerde feiten of rechten'.

Op de beweerde politieke onmogelijkheid voor de landsadvocaat om namens de Staat *all out* te gaan in het betwisten van de stellingen van Urgenda, gaat deze annotatie verder niet in. Enige reflectie op de geschiktheid van het civiele bewijsrecht voor het beslechten van het wetenschappelijke klimaatdebat komt er verder niet meer aan te pas. Zo doen we dat in het civiele procesrecht, lijkt de boodschap te zijn. Ook inhoudelijk ziet Wiersma verder weinig bijzonderheden. Hij concludeert dat de verhouding tot de politiek simpelweg samen-



Illustratie: Jop Luberti

valt met het bieden van rechtsbescherming tegen onrechtmatig overheidshandelen. De 'civielprocesrechtelijke essentie van het Urgenda-arrest' vat hij aan het eind van zijn noot in een onvervalst juridische zinsconstructie:

'Het is niet aan de burgerlijke rechter om te treden in het politieke domein tenzij dit niet treden wel zou moeten samenvallen met het achterwege blijven van een rechterlijke beoordeling of er hetzij niet, hetzij wel, in bepalende mate sprake is van een onrechtmatige overheidsdaad.'

Vanwaar deze civiele onverstoortbaarheid? Vermoedelijk zit het diep. Op de Najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht in 2019 betoogde Schutgens dat rechters terughoudend moeten blijven bij het doen van uitspraken die zowel rechtsvormend als controversieel zijn. Uitspraken die maar matig logisch-dwingend uit het geldende recht voortvloeien én die niet op een brede maatschappelijke consensus hoeven te rekenen, zoals bij *Urgenda*, moeten het immers van het gezag van de rechter hebben. Omdat dat gezag niet oneindig is, zal een verstandige rechter het daarop alleen willen laten aankomen in zaken die ook echt 'de moeite waard zijn'.

Uit het verslag van de bijeenkomst in het *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* blijkt dat Schutgens' pleidooi niet alle aanwezige

civilisten evenveel kon bekoren. Zijn advies om bij controversiële kwesties zonder veel dwingend recht uitsluitend te interveniëren in gevallen die ook de moeite waard zijn, werd 'te vaag' gevonden. Het criterium 'aanvaardbaarheid' werd überhaupt als buitenwettelijk gebrandmerkt.⁷ De civiele rechter moest gewoon zijn werk blijven doen, was de teneur. Daarbij rekening houden met de institutionele dimensie van de rechtspraak of – erger nog – afwegingen van wezenlijk opportunistische aard maken, hoort daar duidelijk niet bij.

In constitutioneel opzicht is enige rechterlijke onverstoortbaarheid onmisbaar voor de zogenaamde functionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.⁸ Zonder *esprit de corps* in de rechtspleging is er geen effectieve machtscheiding, blijkt telkens weer als jonge democratische rechtsstaten onder druk komen te staan. In dat opzicht is het *Urgenda*-arrest een monument voor rechterlijke onafhankelijkheid. Wij zijn nog gezegend met rechters die zulke uitspraken durven te doen. Tegelijkertijd creëert te veel rechterlijke eigenwijsheid in constitutioneel opzicht juist weer een probleem: de rechterlijke macht wordt dan een staat in een staat. De basisvraag van het hele staatsrecht – *quis custodiet ipsos custodes* – geldt ook voor de rechterlijke macht. Bovendien zal een effectieve rechterlijke macht op de lange termijn niet zonder enige

gevoeligheid voor de maatschappelijke context kunnen. De zoektocht naar de juiste machtsverdeling blijft dus een voortdurende evenwichtsoefening.

Een onderdeel van deze evenwichtsoefening is de discussie over de instelling van een constitutioneel hof, die na de Tweede Wereldoorlog op bijna het hele Europese continent plaatsvond. Aan zo'n hof kan in het bijzonder de toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten worden opgedragen. Daarnaast kunnen meer in het algemeen de grote staatsrechtelijke kwesties aan dit hof worden voorgelegd. In het geval van *Urgenda* had dat bijvoorbeeld de interpretatieruimte of de spanwijdte van de positieve verplichtingen van artikel 2 en 8 EVRM kunnen betreffen. De uitleg van het EVRM is dan wel in laatste instantie aan het EHRM opgedragen, de nationale instanties zitten op de eerste hand. Ook had een constitutioneel hof kunnen worden betrokken bij de vraag of het reductiebevel zich verdraagt met de 'op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen' op basis waarvan 'de rechter niet vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming'.⁹ Het voordeel van een constitutioneel hof is dat het kan worden gerekruteerd uit rechters met een specifieke staatsrechtelijke deskundigheid. Door die bij elkaar in één college te plaatsen ontstaat er binnen de rechterlijke macht, naast de civiele onverstoortbaarheid van de Hoge Raad en de bestuursrechtelijke onverstoortbaarheid van de Afdeling bestuursrechtspraak ook de staatsrechtelijke onverstoortbaarheid van een constitutioneel hof. Aldus zou binnen de rechterlijke macht een soort machtssevenwicht worden gecreëerd.

Recent deed de staatscommissie-Remkes een dergelijk constitutioneel hof weer in de aanbeveling.¹⁰ Tot nog toe leek mij de instelling ervan echter overbodig. Het Amerikaanse model van gespreide constitutionele toetsing, zoals dat ook werd beoogd met het voorstel-Halsema, leek mij prima. Voor rechterlijk activisme hoefde niet te worden gevreesd, betoogde Halsema geheel terecht bij de eerste lezing van haar voorstel in de Eerste Kamer, want de Nederlandse Hoge Raad gaf blijk van een terughoudende opstelling en 'een sterke traditie van niet-toetsing'.¹¹ Nu daar met *Urgenda* langzaam verandering in lijkt te komen én dit in het civiele recht als *business as usual* wordt opgevat, wordt zo'n constitutioneel hof misschien toch een goed idee. ■

* Prof. mr. G. Boogaard is bijzonder hoogleraar Decentrale Overheden en docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, AB 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen & Ch.W. Backes.

2 Geraadpleegd op 21 juli 2020.

3 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes.

4 JA 2020/29, m.nt. J. van de Klashorst.

5 HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882.

6 JBPR 2020/20, m.nt. H.W. Wiersma.

7 M. van den Berg & L. Ebben, 'De staat van de rechtspraak', TCR 2020, afl. 2, p. 61-67.

8 P.M. van de Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter* (diss. Nijmegen; SteR nr. 3), Deventer: Kluwer 2011/3.5.

9 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691, m.nt. T. Koopmans, r.o. 3.5.

10 Staatscommissie-Remkes, *Hoge drempels, lage dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom 2018, p. 195-212.

11 *Handelingen I* 2008/09, nr. 10, p. 478-494.