



Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 52 no. 3

Deze themabijeenkomst van de Sectie Rechtswetenschappen werd gehouden op 9 januari 1989

P. VAN DIJK (RED.)

De relatie tussen wetgever en rechter  
in een tijd van rechterlijk activisme

KONINKLIJKE NEDERLANDSE AKADEMIE VAN WETENSCHAPPEN  
NOORD-HOLLANDSCHE, AMSTERDAM/NEW YORK/OXFORD/TOKYO, 1989

Copyright van deze uitgave © 1989 Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de rechthebbende, behoudens de uitzonderingen bij de wet gesteld.

Druk: Casparie Heerhugowaard bv

## Inhoud

Welkomswoord door de voorzitter van de Sectie Rechtswetenschappen <i>Prof. Mr. J. Remmelink</i>	7
Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter? <i>Prof. Mr. M. Scheltema</i>	9
Co-referaat <i>Prof. Mr. A.M. Donner</i>	19
Judicial restraint als barricade op weg naar opperste gerechtigheid <i>Prof. Mr. J.C.M. Leijten</i>	22
Rechtspraak en politiek <i>Mr. H. Drion</i>	27
Rechterlijk activisme in Europeesrechtelijk perspectief <i>Mr. T. Koopmans</i>	31
Rechterlijk activisme en rechterlijke terughoudendheid <i>Prof. Mr. W. van Gerven</i>	39
Slotwoord van de voorzitter	43

Mr. H. Drion

## Rechtspraak en politiek

In 1979 publiceerden Woodward en Armstrong onder de titel *The Brethren* een boek over de U.S. Supreme Court. Het bedoelde een kijkje te geven achter de coulissen van het Amerikaanse hoogste rechtscollege, een college dat met zijn beslissingen voor en na de Tweede Wereldoorlog een zo belangrijke rol heeft gespeeld in de ontwikkelingen van de politieke en maatschappelijke opvattingen in de Verenigde Staten.

Het boek is grotendeels gebaseerd op interviews met de 'clerks' die de negen rechters van de Supreme Court bij hun werk assisteren: 'bright young men' van Harvard en andere top law schools. Het pretendeert niet een juridische studie te zijn. Het is een journalistiek onderzoek waarin wordt beschreven, hoe de beslissingen van de Supreme Court in feite tot stand komen, wat voor mensen die negen rechters eigenlijk zijn en wat hen beweegt in hun rechterlijk werk.

Het boek veroorzaakte al dadelijk – zoals ook kennelijk beoogd – de nodige opwindning. Eén passage in het bijzonder heeft de aandacht getrokken. Deze passage betrof het volgende: Een wegens moord veroordeelde man had er bij de Supreme Court over geklaagd, dat zijn veroordeling op onregelmatige wijze tot stand was gekomen. De tot de conservatieve vleugel gerekende rechter Blackmun had voor de meerderheid een beslissing geformuleerd waarin gemotiveerd werd, waarom de klachten ongegrond waren, althans niet tot de vernietiging van de beslissing konden leiden. Daartegen had rechter Marshall een *dissenting opinion* geproduceerd, die voor enige leden van de meerderheid zó overtuigend was, dat zij alsnog ómgingen. Maar daarmee was nog geen meerderheid voor Marshall's visie verkregen. Om die te krijgen, zou nog één rechter óm moeten gaan. De hoop was gevestigd op de progressieve rechter Brennan. Deze werd daartoe door één van zijn eigen clerks benaderd. Maar Brennan weigerde zijn stem aan de meerderheidsopinie van Blackmun te onttrekken. Voor die weigering zou hij de volgende grond hebben aangevoerd. Hij vond het ongewenst rechter Blackmun, die zich juist een beetje in progressieve richting aan het ontwikkelen was, voor het hoofd te stoten door zich tegen diens met zoveel zorg geformuleerde opinie te keren, op een moment dat er enige veel belangrijkere zaken beslist moesten worden, waarin het van belang was Blackmuns steun te verkrijgen.

In een uitvoerige bespreking in de *New York Review of Books*<sup>9</sup> heeft Anthony Lewes de vraag opgeworpen, hoe betrouwbaar de niet of moeilijk te controleren beweringen van beide journalisten over het gebeuren achter de schermen van de Supreme Court wel zijn. Om daarvan een idee te krijgen

<sup>9</sup> The London Review of Books with The New York Review of Books, 7 febr. 1980 (Vol. XXVII, nr. 1, pp. 3-8).

heeft hij zich geconcentreerd op de zojuist besproken episode. Hij is erin geslaagd op één na alle clerks die toentertijd bij de Supreme Court werkzaam waren, over de juistheid van het verhaal van Woodward en Armstrong te ondervragen. Geen van de ondervraagden gaf enige steun aan de waarheid ervan. Maar dat is niet de reden waarom ik mijn verhaal met deze anecdote ben begonnen. Wat mij er in interesseert, is dat zij de Amerikaanse juridische wereld, en waarschijnlijk niet alleen de juridische wereld, heeft geschokt, zoals hetzelfde verhaal, wanneer het binnen de Hoge Raad zou hebben gespeeld, ongetwijfeld de Nederlandse juridische wereld zou hebben geschokt, voorzover die al bereid zou zijn geweest om het verhaal te geloven.

Dat doet dan de vraag rijzen, waaróm het schokkend is dat een lid van een rechterlijk college zijn votum in een zaak waarover dit college moet beslissen, mede zou laten bepalen door de invloed die dit in een andere zaak zou kunnen hebben op de stem van één of meer van zijn mederechters. U begrijpt dat dit geen retorische vraag is. Ik vind het inderdaad schokkend en in strijd met de taak en de verantwoordelijkheid van de rechter. Dat is dan niet, omdat de rechter nooit tot compromissen bereid zou mogen zijn. In hoeverre en wanneer hij dat soms mag of moet, is een vraag op zichzelf, waarvan een bespreking mij ver buiten de mij toegemeten tijd zou brengen. Maar wat een rechter in ieder geval niet mag doen, is zijn beslissing in de ene zaak laten beïnvloeden door de wens, in een andere zaak één of meer van zijn mederechters aan zijn zijde te krijgen.

En zo iets kan en mag in de politiek nou juist wel, althans in een meerpartijdemocratie zoals wij die kennen. Want het is het wezen van zo een democratie, dat de samenleving het bestaan van verschillende partijen toereert die uitgaan van uiteenlopende rangorden van waarden en belangen, en dat tolereren leidt tot de noodzaak van een geven en nemen. Een geven en nemen zoals dat in het recht niet mogelijk is, omdat het recht niet binnen zichzelf onderling tegenstrijdige rangorden van waarden en belangen kan dulden. Dat zou onverenigbaar zijn met het wezen van het recht, onverenigbaar met het beginsel dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden.

Als men het geven en nemen van de politiek als koehandel wil kwalificeren, moet men wel bedenken, dat deze koehandel tot het wezen van de meerpartijpolitiek behoort, en dat het verwerpen ervan dan ook niet goed te rijmen is met de verwerping van de éénpartijstaat. Daarmee wil ik niet zeggen dat bereidheid tot geven en nemen bij politici niet tot een *déformation professionnelle* kan leiden, een beroepsdeformatie die dat geven en nemen kan doen ontwaarden in een ordinaire koehandel. Ieder beroep, ook dat van het juristenbedrijf, kent zijn eigen beroepsdeformaties.

Wanneer van een politicus een beslissing wordt gevraagd in een vraag die de samenleving verdeelt, zal hij zijn beslissing een plaats moeten geven binnen het geheel van zijn politieke opvattingen en van het politieke krachtenveld. Als de rechter een beslissing moet geven over zo'n zelfde controversiële vraag, zal hij zijn beslissing moeten kunnen plaatsen binnen het geheel van het recht. Dat is iets wezenlijk anders. Terentius wist het al: als twee hetzelfde

de doen, is het niet hetzelfde. Bij de rechterlijke taakuitoefening passen niet overwegingen als die door Woodward en Armstrong aan rechter Brennan in de schoenen zijn geschoven.

Dit verschil tussen de taken van rechter en politicus staat er overigens niet aan in de weg, dat de gevolgen van een rechterlijke beslissing over een politiek geladen vraag op korte termijn dezelfde kunnen zijn als de gevolgen van een door de politiek genomen beslissing. Maar op langere termijn doet zich ook op het stuk van de gevolgen een verschil voor tussen het beslissen door de rechtspraak en het beslissen door de politiek over politiek geladen vragen. Het is een verschil dat rechtstreeks samenhangt met het verschil tussen de taak van de rechter en die van de politicus. Het laat zich het best illustreren met een al eens eerder door mij aangehaalde opmerking van een Amerikaanse progressieve politicoloog: Michael Walzer, hoogleraar aan het Institute for Advanced Studies in Princeton. In een interview van 1983<sup>10</sup> zei deze het volgende:

‘De gerechtshoven zijn in de afgelopen twintig jaar eigenlijk het enige en zeker het voornaamste middel van sociale verandering geweest. Keer op keer zijn op het terrein van de pornografie, de abortus, de doodstraf en de strafrechtspleging, echtscheiding en gezinspolitiek, burgerlijke vrijheden, de rechten van gevangenen, enz. in de rechtspraak overwinningen geboekt, die uitgesloten zouden zijn geweest, als ze door de wetgeving of via verkiezingen tot stand hadden moeten komen. De rechtszaal werd op die manier voor links een uiterst voordelige ruimte om korte-termijnpolitiek te bedrijven (...). Maar de overwinningen waren dubieus, omdat ze (...) niet gepaard gingen met *base-building*, niet vergezeld gingen van grote campagnes op nationale schaal om deze thema’s ingang te laten vinden bij bredere lagen van de bevolking. Het was en bleef een zaak van de elite.’

Deze opmerkingen van de Amerikaan Walzer zijn uiteraard afgestemd op de situatie in de Verenigde Staten, en zijn voorbeelden zijn daaraan ontleend. Maar de kern van zijn betoog is ook relevant voor onze democratie. De *short-cut* van de rechterlijke beslissing in politiek gevoelige vragen heeft het voordeel dat zij de moeizame kronkels van het politieke besluitvormingsproces van de westerse democratische stelsels vermijdt. Maar het aldus vermijden van die irriterend vertragende kronkelwegen heeft ook het nadeel, dat beslissingen sneller worden geforceerd dan door de samenleving in haar geheel kan worden verdragen, het nadeel dat belangrijke delen van die samenleving niet de tijd krijgen de beslissing in hun gedachten- en gevoelswereld te verwerken. Met het te verwachten gevolg dat er spanningen ontstaan die in een heftige reactie kunnen resulteren. Die reactie zal zich richten tegen de inhoud van de betreffende rechterlijke uitpraak, maar ook tegen de rechtspraak zelf.

De natuurlijke weerstand van de rechter tegen het betrokken worden in

<sup>10</sup> Interview door Bart Tromp in Vrij Nederland van 27 augustus 1983.

de politieke strijd, mag vooral geworteld zijn in zijn angst om, door in de politiek betrokken te worden, zijn onafhankelijkheid tegenover het politieke veld te verliezen. Maar die rechterlijke weerstand vindt ook een rechtvaardiging in de gevaren, verbonden aan het uitschakelen van de moeizame weg van de politieke compromissen.