

WAAR MOET DE RECHTER ACTIEF ZIJN (EN WAAR NIET)? HET BELEID VAN DE RECHTER GEPLAATST IN DE 'DUAS POLITICA' VAN JURISDICTIO EN GUBERNACULUM.

Boudewijn BOUCKAERT[□]

Vijftig jaar geleden zette Walter Van Gerven met zijn 'Het beleid van de rechter' het Vlaamse juristenwereldje enigszins op stelten door de internationale literatuur over een meer actieve rol van de rechter op een bevattelijke wijze in het debat te gooien. Op zijn minst kan men zeggen dat zijn boek bijdroeg aan de definitieve doodsteek van de Montesquieu-aanse 'bouche de la loi'-rechter. Maar nu, vijftig jaar later, komt er daarentegen meer en meer kritiek op te actieve rechters, die zich de rol van wetgever zouden toe-eigenen.

In deze bijdrage trachten we de discussie over actieve en activistische rechters te kaderen in een bredere constitutionele context. Onze stelling daarbij is dat we weg moeten van de klassieke 'trias politica' waarbij de rechter vastzit in een gesubordineerde positie tegenover de wetgever en dat de Angelsaksische 'duas politica', met een onderscheid 'jurisdictio-gubernaculum', een beter kader biedt om te bepalen waar een actieve rol van de rechter wenselijk is en waar dit niet het geval is. We bepleiten een welbewuste actieve rol van de rechter in de 'jurisdictio'-sfeer, namelijk de sfeer van de normering van de samenleving, waarbij de hoogste rechtbanken hun taak van precedentenvorming ten volle opnemen. Ook met de rol van de 'juge du gouvernement', bij ons vervuld via administratieve rechtbanken, en die het respect voor de wet door uitvoerende en decentrale overheden bewaakt, is niets mis. Aan de hand van een analyse van klimaatzaken tonen we aan dat rechters zich soms, via een expansieve interpretatie van mensenrechtenclausules in verdragen en van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, een 'gubernaculum'-bevoegdheid toe-eigenen, waardoor de legitimiteit van onze instellingen dreigt ondermijnd te worden.

INHOUD

[□] Emeritus Professor Rechtsfaculteit Universiteit Gent; professor European Master Law and Economics Programme, Erasmus Universiteit Rotterdam

I. BELEID VAN DE RECHTER? JA, NATUURLIJK

1. Vijftig jaar na het verschijnen van Walter Van Gervens' 'Het beleid van de rechter' komt het verbazingwekkend over dat dit rechtstheoretisch pareltje destijds zoveel ophef veroorzaakte. De term 'beleid' werd toen nog quasi-exclusief geassocieerd met het leiding geven aan relatief grote publieke of private instellingen. Dat de rechter niet geassocieerd werd met het begrip 'beleid' had te maken met het tot in de eerste decennia van de twintigste eeuw gekoesterde beeld van de rechter als loutere syllogistische wetstoepasser¹. De rechter past de hem voorgegeven norm toe op de hem aangedragen feiten en komt zo tot zijn conclusie in het beschikkend gedeelte van het vonnis. In dit strikte beeld is uiteraard geen ruimte voor beleid. Het gaat ervan uit dat de rechter na elke behandelde zaak aan een soort geheugenverlies lijdt en elke nieuwe zaak vanuit een *tabula rasa* aanvat. Dit rechterbeeld is overigens, ook in het negentiende-eeuwse exegetische Frankrijk, meer fictie dan werkelijkheid geweest².

2. Alhoewel rechters geen agendacontrole hebben en de zaken die hen worden voorgelegd maar moeten aannemen³, lijkt het evident dat zij beslissen vanuit hun vroegere professionele ervaring en zullen pogen over de tijd heen 'een lijn' in hun beslissingsgedrag te steken. Zij herinneren zich de voorheen beslechte gevallen en zullen betrachten gelijke zaken intertemporeel op een gelijke wijze te behandelen en te beslechten. Elke rechter met enige beroepsernst heeft aldus een op zijn minst impliciete beleidslijn.

De formele marge waarbinnen zich deze beleidslijn kan bewegen is echter afhankelijk van een aantal variabelen, die in belang kunnen verschillen naargelang de institutionele context waarbinnen de rechter werkzaam is.

3. Een belangrijke variabele betreft het abstract-concreet gehalte van de normen en begrippen, waarvan de rechter verondersteld wordt mee rekening te houden in zijn beslissingspraktijk. Deze normen en begrippen liggen vervat in de zogenaamd extern gegeven rechtsbronnen

1 Dat het intellectueel-normatieve proces doorheen hetwelk de rechter tot zijn oordeel komt niet tot een louter syllogisme kan gereduceerd worden, betekent niet dat het syllogisme als begrip volkomen waardeloos is in de discussie over het rechterlijk beslissingsproces. In het rechterlijk oordeel gaat het inderdaad in wezen over een toepassing van normen op feiten en gedragingen. Het rechterlijk oordeel kan dus *ex post* gelezen worden als een syllogisme. Alleen is het niet zo dat feiten en normen als exogene gegevens zomaar op de rechter afkomen die ze aldus maar te registreren heeft. Zowel het normatief beoordelingskader als het als relevant aangenomen feitenbestand zijn, al naargelang de complexiteit van het geschil, in mindere of meerdere mate het eindproduct van een creatief intellectueel-evaluatief proces bij de rechter. Zoals Van Gerven in zijn boek *Het beleid van de rechter* (Antwerpen: Standaard en Zwolle: Tjeenk Willink, 1973), 30, 33, 39, meermaals benadrukt, werd deze vernieuwende analyse van het rechterlijke beslissingsproces deskundig uitgewerkt door Jozef ESSER in zijn *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Tubingen: Mohr Siebeck 1956), en zijn *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Tubingen: Mohr Siebeck 1970).

2 Voor de visie van de 19e-eeuwse Franse rechtsleer op de rechter zie Boudewijn BOUCKAERT, *De Exegetische School* (Antwerpen: Kluwer, 1981). Dat ook in Frankrijk de rechter creatief omging met de wet en zich niet gelegen liet aan het strakke legisme van de exegetische school wordt beschreven door François GÉNY, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé* (Paris: LGDJ, 1932), en ook door het uitvoerige voorwoord in dit boek vanwege Raymond SALEILLES.

3 Volgens Richard POSNER, 'What do judges and justices maximize?', 3. *Supreme Court Review* 1993, 1-41, is de afwezigheid van agendacontrole een belangrijke factor voor de efficiëntie van het *common law*. Bij gebrek aan agendacontrole kunnen rechters, anders dan de wetgever, niet aan grootscheepse maatschappelijke herverdeling doen. Zij leggen zich dan maar toe op het efficiënter maken van de regelen van het privaatrecht.

zoals wetgeving, precedenten van hogere rechters (*appellate judges*), de rechtsleer, het gewoonterecht, de algemene rechtsbeginselen. De belangrijkheid van deze rechtsbronnen varieert uiteraard naargelang de historische of nationale context van het rechtssysteem. Normen en begrippen met een sterk abstract karakter (de zogenaamde *standards*: bv. goede trouw, openbare orde, behoorlijk bestuur) laten rechters meer intellectuele ruimte voor een flexibele oplossing aangepast aan de aard van de zaak (*Einzelfallgerechtigkeit*). Sterk geconcretiseerde en gespecificeerde regels en begrippen (de zogenaamde *rules*) geven minder intellectuele ruimte aan de rechters⁴.

4. Een tweede variabele betreft de ouderdom van de extern gegeven rechtsbron, in het bijzonder de wetgeving. Het actueel karakter van recente wetgeving biedt de rechter weinig argumenten om via interpretatie losjes om te springen met de betekenis die blijkt uit de wetshistorische context (bv. de voorbereidende werkzaamheden). Naargelang de tijds kloof met het ontstaan van de norm uit de externe rechtsbron groter wordt en de te beslechten geschillen steeds grotere verschillen gaan vertonen met de geschillen die de wetgever op het oog had bij het tot stand komen van de wet, wordt een ruimere interpretatie, zelfs een aan de kant schuiven van de norm uit de externe rechtsbron, meer aanvaardbaar⁵.

5. Een derde variabele betreft de hiërarchische positie van de rechter. Hoogstrechtelijke instanties (*appellate judges*) hebben sowieso meer beleidsruimte omdat zij weinig te vrezen hebben van censuur of correctie van bovenaf⁶. Uiteindelijk kunnen instanties zoals het Hof van Cassatie en de Hoge Raad slechts gecorrigeerd worden door de wetgever, het Grondwettelijk Hof door de Grondwetgever en het Europees Hof voor Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens door verdragwijzigingen. Zonder hiermee te willen suggereren dat zij hun macht willekeurig uitoefenen, laat hun positie toch een hoge mate van soevereiniteit toe. In Angelsaksische landen wordt van deze hoogstrechtelijke instanties overigens expliciet verwacht dat zij via *opinions* in gezaghebbende precedenten het recht verder ontwikkelen en een richtlijn bieden voor de rechtspraak van lagere rechters. In Europees-continentale landen wordt dit minder expliciet gesteld maar de gedragslijn van constant aangehouden rechtspraak weerhoudt lagere rechters er de facto van tegen deze rechtspraak in te gaan⁷.

4 In zijn artikel *Rules versus Standards* wijst Louis Kaplow op de voor- en nadelen van het werken respectievelijk met *standards* (open begrippen) en *rules* (gedetailleerd uitgewerkte regelen). *Standards* laten weliswaar flexibiliteit toe en oordeelsvorming op maat van de zaak maar vereisen een hoog *human capital* bij de rechterlijke macht. Is de rechterlijke cultuur zwak, dan kunnen *standards* aanleiding geven tot corrupte rechtspraak. Bij een zwakke rechterlijke cultuur is het dus verkieslijk eerder met *rules* te werken (L. KAPLOW, "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", 42 *Duke Law Journal* 1992, 557-629).

5 Over de impact van het tijdsverloop op steeds ruimere interpretatievrijheid zie R. KRUIHOF, "Naar een 'Gouvernement des juges' in het Belgische verbintenissenrecht", in *Huldeboek ter nagedachtenis van Prof. Dr. R. Kruithof* (Antwerpen: Maklu, 1993), 38

6 Zo schreef Jean Dabin: "Les cours suprêmes, en vertu de leur position même d'interprètes souverains de la loi, sont en fait maître de celle-ci" (J. DABIN, *Théorie générale du droit* (Brussel: Bruylant, 1953), 30).

7 Voor een pleidooi dat ook in ons land het Hof van Cassatie uitdrukkelijk zijn taak als juridische producent via precedenten op zich zou nemen zie Boudewijn BOUCKAERT, *Hoe gemotiveerd is Cassatie? Pleidooi voor een waarachtig precedentenhof en een hernieuwde motiveringscultuur*, Thorbeckecollege nr. 21 (Antwerpen: Story-Scientia, 1997).

6. Rond deze variabelen, die de formele grenzen bepalen van de rechterlijke beleidsruimte, bestaat een gemakkelijke consensus. Zij zeggen echter niets over twee meer fundamentele vraagstellingen die de positie van de rechter in de samenleving aanbelangen. *Primo*, rijst de vraag hoe de rechter zijn beleidsruimte invult in zijn relatie naar de in het geschil betrokken partijen toe. Welke methodische inzichten dragen ertoe bij dat de rechter zijn rol als ‘pacificator’ in de samenleving speelt, via het meegeven van oplossingen die zowel rechtvaardigheid als efficiëntie reflecteren en zo de instemming van ‘het auditorium van de redelijke mensen’⁸ kunnen wegdragen? *Secundo* rijst de vraag hoe de beleidsruimte die de rechter toekomt in zijn rol als ‘pacificator’ in de samenleving, zich verhoudt met de uitoefening van de politieke macht, de bron van beleidsmaatregelen die de samenleving in haar geheel kunnen betreffen. In deze bijdrage wordt betoogd dat op beide vraagstellingen heldere en consistente antwoorden kunnen gegeven worden wanneer men de ‘trias politica’ als constitutioneel beeld van onze instellingen, laat varen en consequent vervangt door een ‘duas politica’ van *jurisdictio* en *gubernaculum*. Door onze instellingen te herdenken in deze ‘duas’ kan men de *jurisdictio*-functie van de rechter als ‘pacificator’ in de samenleving duidelijker omschrijven en kan de verhouding met de *gubernaculum*-functie van de politieke machten duidelijker afgegrensd worden.

7. Deze bijdrage is bijgevolg opgebouwd als volgt. In een tweede paragraaf wordt de positie van de rechterlijke macht bekeken vanuit het oogpunt van typisch Europees-continentale begrippen zoals de eerder Franse ‘trias politica’ en het Duitse rechtsstaatsbegrip. In de derde paragraaf schetsen we het ontstaan en de evoluerende betekenis van de Angelsaksische ‘duas’ van *jurisdictio* en *gubernaculum* en de positie van de rechterlijke macht in dit kader. In de vierde paragraaf verbinden we het juridisch-constitutionele beeld van de ‘duas politica’ met het rechtsfilosofische en sociologische onderscheid van ‘kosmos’ en ‘taxis’ en ‘nomocratie’ en ‘telocratie’ onder meer in het werk van Friedrich v. Hayek. In de vijfde paragraaf verbinden we het rechterbeeld, dat Van Gerven schetst doorheen zijn overzicht van de toenmalige innovatieve ideeën over het rechterlijk beslissingsproces, met de begrippen van *jurisdictio* en ‘nomocratie’ en stellen we dat de actieve rechter hierin zijn terechte plaats vindt. In de zesde paragraaf schetsen we hoe de rechter geleidelijk een mate van controle verwierf over het overheidsoptreden voornamelijk via het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid. Deze paragraaf is een trapje op naar de zevende paragraaf waarin aan de hand van drie spraakmakende vonnissen een analyse wordt gemaakt van activistische rechtspraak en de regelrechte inbraak van de *jurisdictio*-rechter in de sfeer van het *gubernaculum*.

II. TRIAS EN RECHTSSTAAT. MONTESQUIEU EN KANT

8. De ‘trias politica’, die zowel betrekking heeft op het onderscheid van de drie basisfuncties van de staat als op het wederzijds afscheiden van de instellingen die deze basisfuncties uitoefenen, werd tot staatsdogma verheven gedurende de Franse Revolutie. Verlichtingsauteurs zoals John Locke, maar vooral Charles de Montesquieu, werden retroactief tot intellectuele aartsvaders van dit dogma gebombardeerd. Het klopt dat Montesquieu in Boek XI, Hoofdstuk 6 van zijn *De L’ esprit des Loix*, dat de constitutie van Engeland bespreekt, deze drie machten opsomt en hun scheiding aanbeveelt⁹. In de verdere bespreking van de Engelse constitutie laat Montesquieu deze ‘trias’ echter helemaal los en concentreert hij zijn aandacht op een andere ‘trias’, namelijk die van de uitvoerende macht,

⁸ Het begrip van het auditorium van redelijke mensen is ontleend aan de argumentatieleer van Chaim PERELMAN en Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation: la nouvelle rhétorique* (Brussel: Éditions de l’Université de Bruxelles, 1958).

uitgeoefend door de koning, en de twee wetgevende machten, nl. het Lagerhuis van ‘het volk’ en het Hogerhuis van de adel. Het verdelen van de soevereine politieke macht over deze drie instanties is voor Montesquieu een belangrijker imperatief (*le pouvoir arrête le pouvoir*) dan een scheiding van de machten zoals gelezen door de latere interpretatoren van zijn werk¹⁰. De rechterlijke macht laat hij trouwens verdwijnen in zijn analyse. Zij is immers *invisible et nulle* want alleen maar een mechanistische spreekbuis van de wetgever (*bouche de la loi*). Montesquieu miskijkt zich bovendien totaal op de samenstelling van de rechterlijke macht in Engeland door haar een occasioneel karakter toe te kennen, terwijl de rechterlijke macht in Engeland doorheen haar lange evolutie sinds de twaalfde eeuw was uitgegroeid tot wellicht het meest geprofessionaliseerde rechterlijke korps in de gehele wereld. Uiteindelijk was Montesquieu geen constitutionalist maar eerder een politieke socioloog *avant la lettre* wiens voornaamste bekommernis lag in het zoeken naar gematigde regeringsvormen met ingebouwde machtsevenwichten zodat schurken aan de top niet al te veel onheil zouden kunnen aanrichten¹¹.

9. De later klassiek geworden interpretatie van Montesquieu’s ‘trias’ kwam de Franse revolutionairen echter om verscheidene redenen goed uit. Onder het Ancien Régime was Frankrijk zowel op juridisch als op economisch vlak een hopeloos gefragmenteerd land. Er bestonden 17 Parlementen die als Hoven van Beroep fungeerden en die voornamelijk recht spraken op basis van regionaal verschillende *coutûmes*¹². Voltaire beweerde dat er 144 verschillende gewoonterechtelijke gebieden bestonden in Frankrijk¹³. Gedurende processen werd een massa tijd en inspanningen verspild door de noodzaak een voorafgaand bewijs te leveren van de toepasselijke gewoonterechtelijke regel. De juridische fragmentering ging hand in hand met een economische. Anders dan in Engeland waar dank zij een uniform rechtssysteem en een uitgebouwd interregionaal wegennet een ééngemaakte markt was gegroeid, bood Frankrijk het beeld van een twintigtal gefragmenteerde marktgebieden met een lage intensiteit van interactie¹⁴. De Franse revolutionairen konden het zich niet veroorloven juridische éénmaking te verwachten van een geleidelijke organische groei, zoals in Engeland. Alleen een ‘tour de force’ vanwege een sterke en actieve wetgever kon redding brengen. Bovendien was een groot deel van het rechterlijk korps nog behept met conservatief-corporatistische ideeën, die haaks stonden op de principes van individuele vrijheid, vrije

9 Charles-Louis DE SECONDAT BARON DE MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Loix* (Amsterdam: Aux Dépens de la Compagnie, 1749), Livre XI, Chapitre 6.

10 *De L'Esprit des Loix* Livre XI, Chapitre 4 en 6.

11 Zie hierover Iain STEWART, "Montesquieu in England: his Notes on England, with Commentary and Translation, *Oxford U Comparative L. Forum* 2002, 6.

12 Over het Franse gewoonterecht zie Stéphanie TONNERRE-SEYCHELLES, *La Coutume, petite histoire d'une source de droit*, Collections/Histoire Médiévale/ Histoire Moderne, 2018, mis à jour 2022, <https://histoirebnf.hypotheses.org/1650>.

13 VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique, portatif. Nouvelle édition, revue, corrigée, & augmentée de divers Articles par l'Auteur* (London, 1765), V° La coutume.

14 Zie hierover Douglas C. NORTH en Robert Paul THOMAS, *The Rise of the Western World. A New Economic History* (Cambridge: University Press, 1973), 120-127.

eigendom, contractuele vrijheid als onderbouw van een burgerlijke samenleving en een vrije markt¹⁵. Een lezing van Montesquieu's 'trias', waarin de wetgever de lakens uitdeelt zowel aan de uitvoerende als aan de rechterlijke macht was bijgevolg welkom als ideologische justificatie. De *tour de force* vanwege de Franse wetgever was zonder meer een historisch succes. De wetgever slaagde erin de revolutionaire rechtsprincipes te combineren met de meer uitgewerkte regelen en instituties van de traditionele rechtsbronnen en op die wijze een juridische pacificatie in Frankrijk te bewerkstelligen. Het succes bleef niet beperkt tot Frankrijk. Dankzij de veroveringsoorlogen van Napoleon, waarbij het ene na het andere vermolmd *Ancien Régime* instortte, verspreidde zich de triomf van de *trias à la Française* over vooral zuidelijk Europa.

10. De 'trias'-versie van de Franse revolutionairen kreeg in het Europees-continentele rechtsdenken zijdelings een extra steunpilaar door de ontwikkeling van het begrip *Rechtsstaat* in de Duitse gebieden. De oorsprong van het Duitse rechtsstaat-begrip kan historisch niet los gezien worden van de ontwikkeling van de Pruisische verlichtingsstaat. De Pruisische staat had reeds gedurende de achttiende eeuw een ongeziene greep op de samenleving ontwikkeld via een sterk doorgevoerde militarisering¹⁶. Als verlichte despoot streefde Frederik de Grote ernaar dit -voor die tijd toch- enorm ontwikkelde staatsapparaat niet alleen in te zetten voor militaire doeleinden maar ook voor de verheffing en het welzijn van de gehele bevolking. Na de ontzuierende nederlaag tegen de legers van Napoleon in het begin van de negentiende eeuw¹⁷ en later ook onder invloed van de liberale revoluties van 1848, werd deze verlichtende missie van de staat gemoderniseerd door verscheidene hervormingen zoals de uitbouw van een 'objectieve' administratie' (Karl Freiherr vom und zum Stein)¹⁸ en van onderwijsinstellingen met een open intellectueel klimaat (Wilhelm von Humboldt)¹⁹. Het is in deze historische context dat de Pruisische jurist, Robert von Mohl²⁰ de theorie van de *Rechtsstaat*, als zijnde gesteld tegenover een *Polizeistaat*, ontwikkelde. Wijl het beleid van de

15 Volgens Benito ARRUNADA en Veneta ANDONOVA, 'Market institutions and Judicial Rulemaking', in C. Ménard en M.M. Shirley (eds.), *Handbook of New Institutional Economics* (Berlin: Springer, 2005), 229-250, werd de Code Civil vooral ingevoerd met het oog op het creëren van één grote vrije (Franse) markt. Omdat de rechters van het Ancien Régime nog steeds behept waren met conservatief-feodale ideeën, moest deze vrije marktgedachte aan de rechters opgelegd worden via een codificatie. Deze stelling wordt betwist door B. CRETTEZ, B. DEFFAINS, G. LEYTE en L. PFISTER, "On the Law and Economics of the Origins of the French Civil Code", in Michael Faure en Jan Smits (eds.), *Does Law Matter? On Law and Economic Growth* (Antwerpen: Intersentia, 2011), 249-264. Zij merken op dat deze stelling weinig of niet met feiten onderbouwd is. Bovendien betrof de Code Civil vooral de relaties onder burgers en minder de expliciet economische actoren (handelaars en ondernemers). De relaties tussen deze laatste werden beheerst door het handelsrecht.

16 De Pruisische samenleving werd gemilitariseerd door de inschakeling van de ruraal-adellijke kaste (de *Junkers*) in het koninklijke leger, door de militaire indeling van het territorium in districten en kantons, die elk hun deel van de rekruten moesten leveren. In termen van verhouding leger-bevolking was Pruisen reeds in de achttiende eeuw de meest gemilitariseerde staat van Europa. Pruisen werd toen reeds betiteld als 'een leger met een staat'. Zie hierover Thomas HIPPLER, 'The military, society and the state in old regime Prussia' in *Citizens, Soldiers and National Armies* (London: Routledge, 2007).

17 Het Pruisisch leger werd door Napoleon vernietigend verslagen in 1806 met de veldslagen in Jena en Auerstedt.

18 Freiherr v. Stein hervormde de administratie in modern-ambtelijke zin, hij schafte de lijfeigenschap van de boeren af en verleende autonomie aan steden en gemeenten. Het was, anders dan in Frankrijk, een hervorming van bovenaf. Hij organiseerde ook het verzet van de Pruisische bevolking tegen de overheersing van de Fransen. Zie hierover Thomas HIPPLER, in *Citizens, Soldiers and National Armies*.

Polizeistaat gekenmerkt is door opeenvolgende occasionele beslissingen, regeert men in de *Rechtsstaat* op basis van algemene normen. De binding van de machtsuitoefening van de staat aan algemene normen valt intellectueel terug te voeren op de leer van de eveneens Pruisische filosoof Immanuel Kant. In de rechtsstaat doet de staat aan fundamentele zelfbegrenzing door zich te binden aan de door hemzelf uitgevaardigde algemene normen²¹. Weliswaar is ook een **rechtsstaat** een organisatie met ultieme geweldmacht over zijn bevolking en territorium, maar het mag deze macht niet willekeurig of zuiver opportunistisch in functie van voorgelegde beleidsproblemen aanwenden. De staat moet algemene normen uitvaardigen en zichzelf aan deze normen houden, ook al kan dat momentaan eventueel niet opportuun lijken. *Patere legem, quam ipse fecisti*, lijkt zo de grondregel te zijn van de Pruisisch-Kantiaanse versie van de rechtsstaat.

11. In de rechtsfilosofische en constitutionalistische traditie van het Europese vasteland heeft zich geleidelijk een fusie voltrokken van het Frans-revolutionaire trias-model, deels ten onrechte teruggevoerd op Montesquieu, en de Pruisisch-Kantiaanse versie van de rechtsstaat. Daarin staat de wetgever op de top van de constitutionele machtspiramide. Een wetgever die weliswaar niet occasioneel regeert maar algemene normen ('wetten in materiële zin') uitvaardigt, met daaronder een uitvoerende macht die de instrumentele maatregelen neemt nodig voor de uitvoering van de wetten en voor het beleid in de eigen beleidsdomeinen (vnl. buitenlands beleid en defensie), en de rechterlijke macht die de algemene normen toepast op de door de burgers voorgelegde geschillen. Dit triasmodel was niet alleen een ideaaltype, bewierookt in academisch-juridische kringen. Zolang de Europese regeringen zich min of meer hielden aan het liberale *laissez-faire*-model van de zogenaamde nachtwakerstaat, beheerste dit triasmodel tot op zekere hoogte de politieke praktijk en had het bijgevolg ook een sterk beschrijvend positiefrechtelijk karakter.

12. Na de eerste wereldoorlog, en in stroomversnelling na de tweede wereldoorlog, nemen zowel de regulerende interventies als de sociale herverdeling door de overheid dermate toe dat het liberale *laissez-faire*-model in de verdrukking raakt. Als gevolg daarvan verliest de combinatie van de Montesquieu-'trias' met de Pruisisch-Kantiaanse rechtsstaatsgedachte haar beschrijvend, rechtspositief karakter. De actieve regulering van het sociaaleconomisch leven en het bestuur van de sociale welvaartstaat vereisen immers concrete en op doelgroepen gerichte maatregelen die zelfs met de grootste rechtstheoretische rekbaarheid niet meer als algemene normen in Kantiaanse zin kunnen gekwalificeerd worden. In democratische sociale

19 Wilhelm von Humboldt kreeg van de koning de opdracht het Pruisische onderwijssysteem te hervormen. Hij was de medeoprichter van de Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlijn (nu de von Humboldt-Universität). Hij ligt aan de grondslag van het zogenoemde *Bildungsideal*, dat de vorming van breedgevoerde intellectuelen nastreeft. Zijn visie stond ook voor een zo groot mogelijke academische vrijheid en autonomie van de universiteiten tegenover de staat. Universiteiten moesten zich, van hun kant, ook niet met politiek bemoeien.

20 Robert VON MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft nach dem Grundsätzen des Rechtsstaates* (Tübingen: Laup, 1832).

21 Gianluigi Palombella wijst er terecht op dat het Europees-continentale concept van 'Rechtsstaat' niets afdoet van de centrale positie van de staat als dusdanig. De staat blijft een oppermachtig en alomvattend gegeven maar moet zichzelf intomen door zich aan zijn eigen algemene wetten te binden. Om die reden kan het concept 'rechtsstaat' niet zomaar vertaald worden als 'rule of law'. De 'rechtsstaat' is geen '*rule of law*' maar een '*rule by the state through law*' (G. PALOMBELLA, 'The Rule of Law and its Core', in Gianluigi Palombella & Neil Walker, (eds.), *Relocating the Rule of Law* (London: Hart Publishers, 2009), <https://ssrn.com/abstract=1021228>).

welvaartsstaten²² bleef men echter wel vasthouden aan controle vanwege de volksvertegenwoordiging op de toegenomen regulering en herverdeling vanwege overheid zodat ook deze concrete en dikwijls groepsgerichte regelgeving via het parlement diende te verlopen. Het begrip ‘wet’ verloor hierdoor grotendeels zijn materiële betekenis, nl. een ‘algemene norm’, en verkreeg een louter formele betekenis, nl. een norm afkomstig van de wetgever²³. Deze macropolitieke verschuiving had ook een impact op de betekenis van het begrip ‘rechtsstaat’. Voor zover het over het beleid van de overheid in het algemeen ging, kreeg de term ‘rechtsstaat’ in feite de betekenis van ‘wetsstaat’. De staat was voor zijn *Polizei* niet meer onderworpen aan algemene rechtsnormen, maar de regering was onderworpen aan de normen die het parlement uitvaardigde, of ze nu al dan niet van algemene of concrete aard waren. De relatie tussen parlement en regering werd hierdoor grondig veranderd. Terwijl onder het *laissez-faire*-model het onderscheid tussen wetgevende en uitvoerende macht functioneel was en zich situeerde in de aard van de normen die zij uitvaardigden, verkreeg de relatie wetgever-regering nu het karakter van een zuivere gezagsrelatie. Wetgever en regering doen wezenlijk hetzelfde maar de wetgever staat daarbij hiërarchisch een trapje hoger dan de regering. Deze hiërarchische relatie is overigens eerder juridisch en niet politiek van aard. Wanneer men de politieke dynamica in de meeste democratieën erbij betreft dan ziet men hoe het beleid inhoudelijk voornamelijk op regeringsniveau wordt uitgestippeld en vervolgens aan de parlementaire meerderheid, waar de regering hoe dan ook op steunt, wordt voorgeschoteld²⁴. In de meeste gevallen legaliseert die parlementaire meerderheid dan ook dat regeringsbeleid waardoor wetgeving het karakter van een loutere *rubberstamp* verkrijgt. Door de metamorfose van de Kantiaanse rechtsstaat tot de regulerende-herverdelende wetsstaat zijn twee takken van de Montesquieu-aanse ‘trias’, namelijk de wetgevende en de uitvoerende macht, fel naar elkaar toegegroeid. Sommige constitutionalisten zijn bijgevolg van oordeel dat deze ‘trias’ geen adequate beschrijving meer vormt van ons politiek-juridisch bestel en we beter zouden spreken van een ‘duas’, nl. enerzijds de rechterlijke macht en anderzijds de politieke macht²⁵. De rechterlijke macht die in volle onafhankelijkheid de conflicten beslecht tussen burgers en burgers en overheden en daarbij ook waakt over het respect door de politieke macht van de grondrechten. In deze grondrechten situeert zich trouwens de restant van de *Selbstbeschränkung*-gedachte van de Pruisisch-Kantiaanse rechtstaat. De grondrechten leggen een door de rechterlijke macht bewaakte limiet op de almacht van de politieke macht. De politieke macht die het sterk uitgewaaierde overheidsbeleid vormgeeft en waarin het parlement de hoogste hiërarchische positie inneemt.

22 Niet alle welvaartstaten bleven democratisch. De *Sozialstaat* van de nationaalsocialisten bijvoorbeeld bouwde verder op de sociale voorzieningen die door de sociaaldemocraten in de Weimarrepubliek waren ontwikkeld. Met dat verschil evenwel dat alleen ‘Ariërs’ op deze voorzieningen beroep konden doen.

23 Over de langzame evolutie van een substantieel naar een zuiver formeel wetsbegrip zie Boudewijn BOUCKAERT, *De Exegetische School*, 68-118

24 De intensiteit van de controle van de regering op (de meerderheid in) het parlement kan verschillen naargelang het politiek systeem. In partocratisch bestuurde democratieën is deze controle zeer groot aangezien partijbesturen de lijsten voor de parlementsverkiezingen samenstellen en dissidente parlementsleden kunnen bestraft worden met verwijdering van de lijsten. Wanneer parlementairen volgens de meerderheidsregel in één enkel district moeten verkozen worden, zoals bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk, zijn de parlementsleden minder afhankelijk van partijbesturen en derhalve minder slaafs tegenover de regering.

25 Zie T. KOOPMANS, *Courts and Political institutions: A Comparative View* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 247-251

III. Jurisdictio en gubernaculum: Bracton en Coke

13. De ‘trias politica’ van Montesquieu is, binnen de westerse politieke geschiedenis, niet de enige constitutionele constructie waarbinnen de vrijheid van de burger op een stabiele wijze kan georganiseerd worden. In de Angelsaksische constitutionele traditie wordt ook veel verwezen naar het onderscheid *jurisdictio-gubernaculum*, als eerste ontwikkeld door de 13^e eeuwse jurist Henry de Bracton²⁶. Het gubernaculum, aldus Bracton, kwam de koning toe en verleende hem de vrijheid over de publieke zaken te heersen, zoals in het bijzonder het beleid ten overstaan van buitenlandse mogendheden. In alle andere zaken, en in het bijzonder betreffende de regelen die de relaties tussen onderdanen bepalen, is de koning gebonden door organisch ontwikkelde regelen, nl. ‘the law of the land’ of de *lex terrae*²⁷. Deze regelen mogen niet eenzijdig door de koning gewijzigd worden. Daarvoor heeft hij de instemming nodig van de *curia regis*, een orgaan samengesteld door de ‘barons’, de hoge edelen van het land.

Deze ‘duas’ van Bracton was niet louter theorie. Ten gevolge van het verlenen van de *Magna Carta* in 1215 was in Engeland een tegenmacht ten overstaan van de koninklijke macht tot stand gebracht. Artikel 60 stelde een raad in van 26 ‘barons’ die moesten toezien op de naleving van het Charter door de koning. Deze raad zou in de dertiende eeuw, naar aanleiding van de tweede oorlog tussen koning en ‘barons’, uitgroeien tot het ‘Parliament’, doordat hij werd uitgebreid met vertegenwoordigers van de clerus, twee lagere edelen uit elk graafschap en van de steden. Alhoewel in de *Magna Carta* belangrijke juridische principes werden verwoord, zoals het *habeas corpus*-beginsel in artikel 39 en het *due process*-beginsel in artikel 40, zegt dit Charter weinig of niets over de rechterlijke macht als instelling. Het bepaalt wel, in artikel 17, dat de *Royal Courts* moeten zetelen op een vaste plaats, nl. Westminster, waar ze nog steeds zetelen.

14. Nochtans was de rechterlijke macht in Engeland uitgebouwd in een tempo dat in Europa zijns gelijke niet kende. Wjl in de twaalfde eeuw het aantal *writs*, waarin de proceduremogelijkheden bij de koninklijke rechtbanken werden bepaald, nog 39 bedroeg was dit in de dertiende eeuw reeds gestegen naar 471.²⁸ De snelle uitbreiding van de jurisdictie van de koninklijke rechtbanken betekende een evenredige uitbreiding van de macht van de koning. De macht van de vorst werd, via de koninklijke rechtspraak, gevoeld tot diep in de *shires* van het koninkrijk want deze rechtbanken waren bevoegd voor het beslechten van een breed gamma van geschillen tussen ‘vrije’ rechtsonderhorigen. Historici schatten dat deze categorie rond 1300 ongeveer 50 % van de agrarische bevolking omvatte. Dit percentage steeg later aanzienlijk ten gevolge van de pestepidemie en de boerenrevoltes²⁹. Het **parlement**,

26 Henry DE BRACON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, ed. George Woodbine (New Haven: Yale University Press; London: Oxford University Press, 1915).

27 De termen *lex terrae* en ‘law of the land’ komen ook voor in het fameuze artikel 39 van de *Magna Carta* (‘No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the *Law of the Land*) en werden later ook frequent gebruikt in de constituties van verschillende Amerikaanse staten.

28 Zie hierover Arthur HOGUE, *Origins of the Common Law* (Indianapolis: Liberty Press, 1966), 13

29 Zie hierover Mark BAILEY, *The Decline of Serfdom in Late Medieval England: From Bondage to Freedom* (London: Boydell Press, 2016). Het statuut van *freeman* betekende niet dat men stemrecht had. Daarvoor golden

waarin clerus en adel toen nog de boventoon voerde, heeft verscheidene malen gepoogd de uitbreiding van de koninklijke jurisdictie te stoppen. Zo onder meer in de *Provisions of Oxford* van 1258, waarin bepaald werd dat de koning en zijn kanselarij maar een 'writ' mochten uitvaardigen als hiervoor reeds een 'writ' bestond. Een 'writ' over een nieuwe categorie van gevallen kon dus niet meer. Officieel werd het 'common law' dus versteend³⁰. De *Royal Courts* omzeilden deze beperking echter door *actions on the case* waarbij het analogieprincipe (*in consimili casu*) ruim werd toegepast.

15. Pas in de zeventiende eeuw ontwikkelde de Engelse rechterlijke macht ('Westminster') zich tot een tegenmacht die aan de zijde stond van het **parlement** tegen de absolutistische ambities van de koning in. Westminster, voordien een belangrijk instrument voor de uitbreiding van de macht van de koning, ontsnapte als het ware aan de controle van deze laatste en groeide uit tot een onafhankelijke tegenmacht. De beroemde rechter Edward Coke heeft een cruciale rol gespeeld in het tot stand komen van de alliantie tussen parlement en Westminster. Coke eigende zich immers een prominente rol toe in het verzet tegen de koninklijke macht. Dit komt tot uiting in het beroemde precedent *Darcy v Allein* van 1602 waar Westminster, onder invloed van Edward Coke, de koning het recht ontzegt via een *grant* monopolies te verlenen³¹. Dit precedent noodzaakte het parlement later het *Statute of Monopolies* in 1624 goed te keuren ten einde innovaties met een patent te beschermen³². Edward Coke ging nog verder in het beruchte precedent *Bonhams' case* van 1610. Dr. Bonham werd door het *College of Physicians* vervolgd wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde. Het parlement had dit **college** ook de bevoegdheid verleend zulke uitoefening te bestraffen met gevangenzetting. Coke, met een meerderheid in 'consent', stelde dat de wet moest geïnterpreteerd worden in de zin dat voor niet-toegelaten uitoefening van geneeskunde alleen een boete als sanctie kon gelden en dat gevangenisstraf alleen gold voor verkeerd beoefende geneeskunde (*medical malpractice*). Aangezien dr. Bonham slechts schuldig was aan niet-toegelaten geneeskunde kon hij dus niet gevangen gezet worden. Dit spitsvondig onderscheid kan met enige rekkelijkheid nog als een vorm van rechtsverfijning beschouwd worden, maar Coke ging verder op zijn élan. 'And it appears in our books, aldus Coke, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such an Act to be void;...'³³. Coke zegt hier met zoveel woorden dat wetten van het parlement die in strijd zijn met recht en rede of onmogelijk uit te voeren zijn, ongeldig zijn en dat, indien dit

strengere vereisten, vooral inzake grondbezit. Op de vooravond van de wet van 1832, die het stemrecht aanzienlijk uitbreidde, had nog geen 10 % van de Engelse bevolking stemrecht. Zie hierover Neil Johnston, *The History of Parliamentary Franchise*, House of Commons Research Paper 13/14, 1 March 2013.

30 Zie A. HOGUE, *Origins of the Common Law*, 61-65.

31 Deze 'grants' werden door de koning verleend aan buitenlandse innovators, zoals Vlaamse wevers. Zij kregen het recht een tijdlang een monopolie uit te oefenen onder de verplichting binnenlandse werklieden op te leiden en op die wijze de innovatie te introduceren.

32 North & Thomas beschouwen de goedkeuring van de 'Statute of Monopolies' als een belangrijke factor in het ontstaan van de latere industriële voorsprong van Engeland: Douglas C. NORTH en Robert Paul THOMAS, *The Rise of the Western World*, 148.

33 8 Co. Rep. 107a, 113b, 77 Eng. Rep. 638, 646 (1610)

geval is, het ‘common law’ deze als nietig mag beschouwen. Deze opmerkelijke opinie van Coke zal niet verder doorwerken in het Engelse constitutionele bestel, maar is later van invloed op de constitutionele evolutie in de Verenigde Staten.

16. Het spanningsveld tussen parlement en koning zou later (1641-1651) leiden tot een burgeroorlog waarbij het leger van het parlement menige bloedige veldslag leverde met het koninklijke leger. De politiek-juridische tegenmacht van het parlement vertaalde zich ook in een geduchte militaire macht, wat uiteindelijk het parlement deed zegevieren.

De *Glorious Revolution* van 1688 betekende opnieuw een belangrijk keerpunt in de verhouding tussen de belangrijkste instellingen van Engeland. De absolutistische ambities van de koning werden definitief uitgeschakeld en het parlement en een op het parlement steunende regering, deelden grotendeels de lakens uit in het *gubernaculum*. In de achttiende eeuw werd, onder meer door Blackstone, de doctrine van Coke omtrent de controle van Westminster over de wetten van het Parlement expliciet verworpen en werd het principe van *Parliamentary Sovereignty* vooropgesteld³⁴. In theorie betekende dit dat het Parlement zowel de *jurisdictio* als het *gubernaculum* voor zijn rekening neemt en aldus een ongelimiteerde macht verwierf. In de praktijk echter stelde het parlement zich eerder terughoudend op als het over de klassieke privaatrechtelijke domeinen ging zoals eigendom, contracten, aansprakelijkheid, handel, vennootschappen, gerechtelijke procedure. Pas later, eerst onder invloed van Bentham's utilitarisme en later met de groei van de Britse **welvaartstaat**, nam de wetgevende activiteit fors toe, maar nog steeds blijven belangrijke domeinen in het recht beheerst door het precedentenrecht van Westminster.

17. In de institutionele geschiedenis van de Verenigde Staten werkte het onderscheid *jurisdictio-gubernaculum* ook verder door maar het kreeg toch een verschillende wending door het federaal karakter van het land. Voor de Amerikaanse revolutie was in de dertien staten het Engelse *common law* grotendeels van kracht om geschillen tussen onderdanen te beslechten³⁵. De Verenigde Staten van voor de revolutie laten zich institutioneel beschrijven als één min of meer homogene *jurisdictio*-ruimte, met evenwel dertien onafhankelijke *gubernacula*, nl. de parlementen en regeringen van elke staat. Na de revolutie diende er een oplossing gezocht worden voor de verhouding tussen de centrale regering en de statelijke regeringen. Dit werd eerst geregeld in de *Articles of the Confederation* waarbij de macht van de centrale regering tot een minimum werd beperkt. Vooral omwille van problemen inzake ordehandhaving en statelijk handelsprotectionisme werd besloten de macht van de centrale regering behoorlijk te versterken maar in ruil daarvoor eisten de *anti-federalists* een *Bill of Rights* die limieten stelde aan de macht van de centrale regering³⁶. Een stuk *jurisdictio* werd aldus in een Grondwet gegoten en juridisch superieur geacht aan zowel de federale wetgever als de statelijke wetgevers. De vraag stelde zich echter hoe deze superioriteit moest afgedwongen worden. Het antwoord kwam vrij vlug. In de zaak *Marbury v Madison* van 1803

34 William BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 1,I, Ch. II, 173

35 Zie hierover William NELSON, *The Common Law in Colonial America*, Vol. I-IV (Oxford: Oxford University Press, 2008-2018).

36 Zie hierover Peter H. ARANSON, ‘Federalism at the Founding’, Paper presented at Liberty Fund Symposium on ‘Federalism, Constitutional Competition, and Liberty’, Bad Homburg, May 24-27 1991

stelde Chief Justice Marshall, in de geest van Coke, dat Amerikaanse rechters de bevoegdheid hebben om wetten die de Grondwet schenden, te vernietigen.³⁷

18. Als we Engeland en de Verenigde Staten in dit opzicht vergelijken dan zien we dat, anders dan in het unitaire Engeland, de *gubernaculum*-macht in de Verenigde Staten verspreid ligt over de federale overheid en de vijftig staten. Maar zoals ook in Engeland zijn de wetgevers in de Verenigde Staten terughoudend om via wetgevend initiatief het *jurisdictio*-domein op te slokken en blijven veel rechtsdomeinen beheerst door het precedentenrecht van het Amerikaanse *common law*. Dit belet statelijke parlementen evenwel niet wetgeving ook inzake privaatrechtelijke materies uit te vaardigen waardoor het privaatrecht van staat tot staat sterke verschillen kan vertonen. Het Verenigd Koninkrijk blijft wel van de Verenigde Staten verschillen door het vasthouden aan zijn doctrine van *Parliamentary Sovereignty*. Het *Supreme Court of the United Kingdom* dat in 2009 werd ingesteld en de jurisdictie van de *Law Lords* van het Hogerhuis heeft overgenomen, heeft **immers** niet de bevoegdheid om wetten te toetsen aan de grondwettelijke akten **van het Verenigd Koninkrijk**.

III. ‘Duas’ en ‘trias politica’, nomocratie en telocratie

19. Uit de historische schets van de verhouding tussen de belangrijkste instituties en de constitutionele beeldvorming erover, komen belangrijke verschillen tussen de Euro-continentalen en de Angelsaksische concepties tot uiting.

In de Euro-continentalen conceptie staat een overkoepelend staatsbegrip centraal waaraan de ultieme soevereine macht wordt verbonden. Deze macht wordt evenwel gemilderd door de interne machtsopsplitsing van de ‘trias’ en het ‘Selbstbeschränkungs’-ideaal waarbij de staat slechts macht zou mogen uitoefenen via algemene normen waaraan hijzelf onderworpen is³⁸. In de Angelsaksische traditie is dit overkoepelend staatsbegrip veel minder prominent. Het politiek-juridische bestel wordt er eerder opgevat als een vreedzame co-existentie en coöperatie tussen onafhankelijk opererende instituties, nl. de *courts* enerzijds en de *government* anderzijds, zijnde de regering functionerend onder de controle van de volksvertegenwoordiging. In het Verenigd Koninkrijk is dit het *Parliament* en in de Verenigde Staten het federale *Congress* en de vijftig statelijke congressen. Deze instanties worden, anders dan in de Euro-continentalen traditie, minder opgevat als afgeleiden van een hoger staatsbegrip dat ultieme soevereiniteit incarneert³⁹.

20. Om de vraag naar de beleidsruimte van de rechter en de wijze hoe die moet worden ingevuld, te beantwoorden volstaat de voorgaande schets van de historische constitutionele beeldvorming evenwel niet. Behalve voor traditionalisten, die de historische traditie als een normatief gegeven beschouwen, heeft de historische voorgeschiedenis van instituties op zichzelf geen normatieve waarde. Kort gezegd, het is niet omdat het vroeger zo was dat het steeds zo moet blijven. Om de traditionele Angelsaksische ‘duas’ ook meer normatieve kracht bij te zetten verwijzen we naar een aantal begrippen uit de moderne politieke filosofie en

³⁷ Zie hierover Richard A. EPSTEIN, *The Classical Liberal Constitution: The Uncertain Quest for Limited Government* (Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2014), 77-118.

³⁸ Zie Gianluigi PALOMBELLA, in *Relocating the Rule of Law*, 2-4.

³⁹ Zie Gianluigi PALOMBELLA, in *Relocating the Rule of Law*, 6-9.

sociologie, namelijk ‘kosmos’ versus ‘taxis’ als patronen van menselijke interactie, en ‘nomocratie’ versus ‘telocratie’ als patronen van politieke en maatschappelijke machtsuitoefening. Deze begrippen werden vooral ontwikkeld door Michael Oakeshott en Friedrich v. Hayek⁴⁰.

21. Onder ‘kosmos’ verstaat v. Hayek het menselijk interactiepatroon waarbij onafhankelijke actoren (personen, groeperingen, organisaties) met elkaar omgaan via vrijwillige uitwisseling of coöperatie en waaruit een spontane ordening voortvloeit. Een ‘taxis’ daarentegen is een interactiepatroon waarbij de actoren, in functie van bepaalde collectieve doelstellingen, een gedragspatroon volgen dat instrumenteel is ten opzichte van deze doelstellingen. Voor deze begrippen zijn er in ons dagelijks taalgebruik termen grove synoniemen, die evenwel de accuraatheid van wetenschappelijk taalgebruik ontberen. Voor ‘kosmos’ worden in de Nederlandse taal termen zoals ‘samenleving’ en ‘maatschappij’ gebruikt, in het Frans en het Engels respectievelijk de termen *société civile*, *civil society* en in het Duits de term *Gesellschaft*⁴¹. Fenomenen zoals de economische markt, het taalgebruik, de culturele ontwikkeling en het gezinsleven worden tot de sfeer van de ‘kosmos’ gerekend. Voor ‘taxis’ gebruiken we dan eerder termen zoals organisatie, hiërarchie, sociale constructie. Fenomenen zoals overheidsadministraties, ondernemingen en het leger zijn eerder voorbeelden ‘taxis’-ordeningen.

22. Aan de twee types van menselijke interactie beantwoorden volgens v. Hayek en Oakeshott ook twee types van machtsuitoefening en de ermee gepaard gaande normen. Een orde in een sociaal geheel van onafhankelijke actoren kan slechts groeien wanneer deze orde functioneert volgens een aantal normen, die enerzijds destructieve methodes ten opzichte van elkaar verbieden en anderzijds de vrijwillige interactie bevorderen. Macht uitgeoefend op basis van dergelijke normen noemt v. Hayek de ‘nomocratie’. In de ‘nomocratie’ worden aan de deelnemers geen collectieve doeleinden opgelegd in functie van dewelke hun gedrag wordt geïnstrumentaliseerd. De normen zijn gericht op de mogelijkheid dat de deelnemers hun eigen gekozen doelstellingen vreedzaam kunnen nastreven en laagdrempelig met anderen kunnen samenwerken. De machtsuitoefening binnen een ‘taxis’ is eerder van instrumentele aard. Aan de deelnemers worden gedragsnormen opgelegd die de collectieve doelstelling dienen. Wanneer men deze begrippen, ontleend aan de politieke filosofie en sociologie vergelijkt met de eerder beschreven constitutionele zelfbeelden, dan bemerkt men dat het ‘duas’-zelfbeeld van jurisdictio en gubernaculum beter overeenkomt met het ‘kosmos’ versus ‘taxis’ en ‘nomocratie’ versus ‘telocratie’- onderscheid dan de ‘trias’ van wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht.

40 Zie Friedrich v. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the liberal principles of justice and political economy, Vol. 1 Rules and Order* (London: Routledge and Kegan Paul, 1979), 94; Michael OAKESHOTT, *On Human Conduct* (Oxford: Clarendon Press, 1975).

41 Termen zoals ‘maatschappij’ en ‘société-society’ zijn eigenlijk minder adequaat om een ‘kosmos’ – samenlevingsverband te duiden. ‘Maatschappij’ en ‘société-society’ duiden op een organisatorisch verband waarin de leden omschreven functies uitoefenen, waar er een hiërarchisch verband kan bestaan en waar er opvolgingsregelen zijn voor het invullen van de functies op langere termijn. Het Nederlandse woord ‘samenleving’ geeft eigenlijk het best de essentie aan van een ‘kosmos’-interactie, nl. personen en groeperingen die wel op elkaar betrokken zijn maar zelfstandig hun doelstellingen en handelingen bepalen. Een correcte vertaling van ‘samenleving’ zou eigenlijk ‘conviviality’ of ‘convivialité’ zijn. Zie hierover: Frank VAN DUN, *Mens, Burger, Fiscus* (Maastricht: Shaker Publishing, 2000), 157-166

23. In het ‘duas’-zelfbeeld wordt de sfeer van het ‘recht spreken’ (*jurisdictio*) duidelijk onderscheiden van de sfeer van het regeren (*gubernaculum*). De taak en de praxis van de rechterlijke macht wordt aldus eerder gesitueerd in het ordenen van de ‘kosmos’ via de handhaving van algemene normen waarvan de ontwikkeling grotendeels wordt overgelaten aan de rechterlijke macht zelf via de ontwikkeling van het precedentenrecht (*case law*). Dit onderscheid is evenwel geen waterdichte afscheiding. Zowel inzake normeringsbevoegdheid als inzake handhavingsbevoegdheid is de relatie tussen rechterlijke macht en ‘nocratie’ ook in de Angelsaksische ‘duas’ niet exclusief. Niet inzake normeringsbevoegdheid omdat, zoals we eerder vermeldden, volgens de doctrine van *Parliamentary Sovereignty* aan de volksvertegenwoordiging (*Parliament* in Verenigd Koninkrijk en *State Congresses* in de Verenigde Staten) de bevoegdheid wordt verleend algemene ‘nocratische’ normen via wetgeving uit te vaardigen. De rechterlijke bevoegdheid inzake ‘nocratische’ normgeving is dus niet exclusief. Ook niet inzake handhavingsbevoegdheid, want de rechterlijke macht moet zowel in het Verenigd Koninkrijk als in de Verenigde Staten ook instaan voor handhaving van de telocratische normgeving die voortvloeit uit het beleid van de *gubernaculum*-instanties. De rechterlijke macht is dus niet alleen een instrument van de ‘nocratische’ ordening, maar ook van het afdwingen van het ‘telocratisch’ beleid.

24. In het Euro-continentale ‘trias’-zelfbeeld is de koppeling van de rechterlijke macht met het ordenen van de ‘kosmos’ nog minder duidelijk, aangezien de rechterlijke macht hier voornamelijk wordt gezien als wetstoepasser en de wetgeving zowel van nocratische als van telocratische aard kan zijn⁴². Of de rechter overwegend een instantie is van handhaving van de ‘nocratische’ normen van de ‘kosmos’ of van de ‘telocratische’ normering hangt zuiver af van de politieke inhoud van de wetgeving. In de politieke praxis van de westerse democratieën heeft de wetgeving echter, onder de blijvende invloed van liberaal-conservatieve politieke denkbeelden en het *Selbstbeschränkungs*-ideaal, een sterke nocratische inslag blijven behouden. De belangrijke plaats die privaatrechtelijke codes innemen in de ordening van het sociale leven en de bestendige vernieuwing ervan⁴³, zijn hiervan een bewijs. Deze codes laten trouwens, zoals eerder vermeld, aan de rechter veel ruimte om een precedentenrecht te ontwikkelen, waardoor het verschil met de positie van de Angelsaksische rechter minder groot is dan men vanuit het verschil ‘duas-trias politica’ geneigd zou zijn te geloven.

IV. HET BELEID VAN DE RECHTER IN DE ‘KOSMOS’ VAN DE SAMENLEVING

25. In de ‘kosmos’ van de samenleving is de rechter niet alleen de bewaker van de ‘nomos’, maar ook de instantie die deze ‘nomos’ verder uitbouwt en verfijnt parallel met de evolutie in de samenleving, die via de aan de rechter voorgelegde conflicten in haar concrete aspecten tot uiting komt. De rechter wordt hierbij dikwijls beschreven als de bij uitstek vredestichtende instantie ten aanzien van de partijen betrokken in de talloze conflicten. Deze vredestichtende missie mag niet eng worden opgevat in de zin dat de rechter als autoriteit en met de

42 Hoe het politicologisch onderscheid nocratie-telocratie zich verhoudt met klassiek-juridische indelingen zoals privaatrecht-publiek recht, zie Boudewijn BOUCKAERT, "De draad van Ariadne in het Belgische labyrint. Vinden we hem bij Hayek?", in Philippe Colle, Erna Guldix, Bruna Maes; E. Alofs, K. Byttebier, E. Goossens, J. Van Doninck (eds.), *Redelijk eigenzinnig, Liber Amicorum Eric Brewaeys* (Brussel: Knops Publishing, 2023), 91-105.

43 Zoals overigens gebeurt in ons land, met de herziening van ons burgerlijk wetboek. Zie hierover Boudewijn BOUCKAERT, "Het nieuwe goederenrecht rechtseconomisch gewikt en gewogen", *TPR* 2020, 785-826.

geweldmacht van de staat als rugdekking, intimideert en angst inboezemt. De pacificatie die de rechter behoort te bewerkstelligen, is grondiger en heeft een ethisch-intellectueel karakter. Idealiter zou de oplossing, die de rechter meegeeft in zijn vonnissen en arresten, van die aard moeten zijn dat ook de in het ongelijk gestelde partij, vanuit een goed inzicht in het feitenbestand en geïnspireerd door een houding van *fairness*, ze als redelijk aanvaardt. Deze opdracht is breder en complexer dan het rechterbeeld in de Monstesquieu-triade waarin deze opdracht wordt herleid tot het syllogistisch toepassen van de wet op de feiten.

26. De complexiteit van de opdracht van de nomocratische rechter is *grosso modo* het centrale thema van Walter Van Gervens' boek 'Het Beleid van de Rechter'. De auteur synthetiseert in dit boek de theoretische inzichten, die na de tweede wereldoorlog werden ontwikkeld over de functie en werkzaamheid van de rechter binnen de brede conflictvelden in de samenleving. Deze theorieën zijn zowel analytisch (*Reflexion auf eigenes Tun*) als normatief van aard. De koppeling van deze twee wetenschappelijke benaderingswijzen is dan ook de kracht van het boek.

Doorheen de veelvuldigheid van de door Van Gerven besproken inzichten komen drie belangrijke gemeenschappelijke kentrekken naar voren.

27. *Primo*, gaan zowat alle besproken inzichten frontaal in tegen de 19^o -eeuwse syllogismevisie op de rechter. Van Gerven citeert hierbij Gerard Wiarda die stelt ' dat m.a.w. voor de karakterisering van de rechterlijke functie het beeld van de spreekbuis der wet meer op de achtergrond geraakt en dat van de naar billijkheid oordelende scheidsman steeds meer op de voorgrond komt te staan' ⁴⁴ Hij verwijst ook naar de inzichten van de Amerikaanse *legal realist* Karl Llewellyn, die stelt dat er geen unieke en dwingende beslissingslijn loopt van de wet naar de beslissing, maar dat de rechter over een zeer groot aantal verhoudingsmogelijkheden beschikt tegenover een bepaalde regel. Uit een analyse van rechterlijke beslissingen leidt Llewellyn af dat er niet minder dan 64 *precedent techniques* gegeven zijn. Dit betreft technieken om stelling te nemen tegenover een gegeven regel⁴⁵. Het syllogistisch rechterbeeld is dus een illusie. De rechter beschikt in werkelijkheid over een veel grotere vrijheid dan dit syllogistisch rechterbeeld laat uitschijnen. Als analytisch blijkt dat die keuzevrijheid onvermijdelijk is, dan is het gepast te reflecteren over de wijze waarop van die keuzevrijheid moet gebruik gemaakt worden.

28. Dit vinden we terug in een tweede gemeenschappelijke kentering van de door Van Gerven besproken inzichten. Vele door Van Gerven besproken auteurs, zoals Jack ter Heide, Josef Esser en Gerard Wiarda, spreken zich uit voor een zogenaamd probleemdenken. ⁴⁶ Het vertrekpunt voor de rechter is het hem voorgelegd sociaal conflict. Daarbij heeft de rechter oog voor het handelen van de partijen en de verwachtingen die zij wederzijds koesteren volgens een intersubjectief plan. In de zienswijze van Esser brengen de partijen hun verwachtingen eerst aan en is het aan hun advocaten om die verwachtingen te situeren in een ruimere, op algemeenheid bedachte verwachtingshorizont. Tussen deze op waarden steunende verwachtingen zal de rechter dan, met afweging van belangen van partijen, deze kiezen die

44 W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, 37.

45 W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, 51.

46 W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, 26.

naar zijn oordeel het meest in overeenstemming zijn met een intersubjectieve consensus die blijkt uit beginselen uit de positieve rechtsorde maar ook uit voor-rechterlijke, sociaal-ethisch relevante gedragspatronen.⁴⁷ Hieruit blijkt dat het *Vorverständnis*, dat Esser onderscheidt in het rechterlijk beslissingsproces weliswaar niet kan geduid worden als een emotioneel-irrationeel getinte beslissingsfase, maar anderzijds ook niet als een zuiver cognitief proces aangezien het ook grotendeels berust op waardeoordelen en evaluatie van de rechtmatigheid van de beslissing⁴⁸.

29. Hoewel in de door Van Gerven geanalyseerde inzichten een constant pleidooi verweven zit voor autonome beslissingsverantwoordelijkheid van de rechter, betekent dit niet dat aan de rechter een volledig vrije beslissingsruimte wordt toebedeeld en dat de rechter kan optreden als een volledig soevereine instantie. Immers geldt ook, naar de woorden van Marcel Storme: *De maximis non curat praetor*. Van Gerven verwijst hier naar ter Heide wanneer hij stelt dat de rechter er niet is om macro-machtspolitieke of macro-sociaalpolitieke problemen op te lossen.⁴⁹ Grote politieke en sociale conflicten, die de samenleving grondig verdelen zijn, aldus Esser en Gerard Langemeijer, niet juridiseerbaar en niet geschikt om ze voor de rechter te brengen. De rechter kan geen sociaal zekerheidsstelsel, dat een grondige herverdeling van welvaart teweegbrengt, instellen. De rechter kan geen algemeen stemrecht invoeren. De rechter kan geen algemeen milieuvergunningsstelsel invoeren. Dergelijke macro-politieke beslissingen zijn een respons op collectieve conflicten in de samenleving en pacificatie hieromtrent valt slechts te verwachten van wetgevende hervormingen, die het resultaat zijn van een maatschappelijk debat, gevoerd in een vrije pers en tussen burgers, belangengroepen en vertegenwoordigers van het volk.

30. Van Gerven illustreert deze beperking met het treffende historisch voorbeeld van *le juge Magnaud*⁵⁰. Deze socialistisch gezinde rechter besliste in zijn vonnissen onder meer om de bewijslast inzake arbeidsongevallen om te draaien ten voordele van de werknemer. Dit was flagrant in strijd met de toen vigerende wetgeving. De zaak-Magnaud leidde tot kritiek op de inzichten van François Géný die op het einde van de negentiende eeuw een sterk onderbouwd pleidooi had gehouden voor een pluralistische bronnenleer en een vrijere wetsinterpretatie. Géný werd verweten ‘ontsporingen’, zoals in het geval van *le juge Magnaud*, in de hand te werken. Als repliek wijst Géný erop dat Magnauds’ werkwijze allesbehalve paste in zijn visie maar integendeel een voorbeeld was waarbij de rechter zijn pure subjectieve visie als wet toepaste. Géný wijst erop dat Magnaud later als volksvertegenwoordiger werd verkozen en vanuit die positie zijn visie, die hij voorheen in zijn vonnissen toepaste, in het parlement kon verdedigen en eventueel in de wetgeving kon laten inschrijven.

31. De *de maximis*-beperking van de rechterlijke macht betekent uiteraard niet dat de rechter geen enkele rol kan spelen in de totstandkoming en de uitvoering van macro-politieke beslissingen. Zijn rol op dat vlak is echter sterk verschillend van het beleid van de rechter waar Van Gerven het over heeft. Dat beleid situeert zich in de brede context van de micro- en

47 W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, 34.

48 W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, 34.

49 W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, 39.

50 W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, 93-96.

meso-conflicten binnen de ‘kosmos’ van de samenleving. De rechterlijke beleidsinzichten die door Van Gerven worden geanalyseerd, zijn echter niet zomaar overdraagbaar op de positie van de rechter tegenover het telocratisch gubernaculum van de politieke macht.

V. DE RECHTER ALS TOEZICHTER OP HET GUBERNACULUM

32. Al sinds de negentiende eeuw is het rijk van het telocratisch gerichte *gubernaculum* en, ergo, de instrumentalisering ervan via overheidsmaatregelen (uitbouw van publieke instellingen, belastingen, uitgaven, reguleringen, enz.) geleidelijk toegenomen. Gedurende lange tijd, tot omzeggens de eerste wereldoorlog, heeft deze telocratische expansie weinig impact gehad op de positie van de rechter. Dit kan verklaard worden door de evolutie in de aard van de telocratische beleidsontwikkeling.

33. Het centrale *gubernaculum* in de prerevolutionaire soevereine staten van Europa was primordiaal gericht op beleidsdomeinen zoals buitenlandse politiek, oorlog, defensie, gebiedsuitbreiding, het aanvullen van de oorlogskas via een mercantilistisch handelsbeleid, het handhaven van het politiek en religieus gezag en dure praal en luxeprojecten⁵¹. Deze beleidsdomeinen lagen buiten het *jurisdictio*-veld van de rechterlijke macht.

34. De negentiende-eeuwse postrevolutionaire natiestaten waren sterk bekommerd om de culturele homogenisering van hun bevolkingen, het verdichten van het nationale identiteitsgevoel en een snelle industrialisering⁵². Men kan vanuit dit opzicht gerust spreken van een ‘infra-structuurstaat’⁵³. Het belastinggeld werd voornamelijk besteed aan investeringen op economisch, militair en cultureel vlak. De natiestaten legden gretig kanalen, wegen, spoorwegen en havens aan. Het land werd bezaaid met kazernes, forten, schietbanen. De natiestaten bouwden ook talrijke theaters, opera- en concertgebouwen, musea, academies en schoolgebouwen⁵⁴. Ook de ontwikkeling van de ‘infrastructuurstaat’ had weinig impact op de rechterlijke macht. De controle op de opportuniteit en de rechtmatigheid van het overheidsoptreden werd vooral verwacht van het parlement.

35. Een eerste stap voor de penetratie van het *jurisdictio* in het *gubernaculum*-veld werd gezet met de instelling van de *Conseil d’Etat* in Frankrijk. Een instelling die eerst, inzake administratieve conflicten, een adviserende functie had, kreeg in 1872 definitief het statuut van een administratieve rechtbank, met uitvoerbare arresten. Op de conflicten omtrent de geldigheid van administratief overheidsoptreden (regering en lagere decentrale

51 Zie bv. Florin AFTALION, *L’économie de la Révolution Française* (Paris : Hachette, 1987), 23-48

52 Filosofisch werd dit gedragen door het Saint-Simonisme dat ervan uitging dat de welvaart van de mensen vooral moest verwacht worden van snelle industrialisering, gebaseerd op grootscheepse openbare werken. Het land moest geleid worden door ingenieurs, niet door filosofen, pastoors of ideologen.

53 Zie hierover Eugen WEBER, *Peasants into Frenchmen. Modernization of Rural France 1870-1914* (Stanford: Stanford University Press, 1976); A.L. CERMENO, K. ENFLO, J. LINDVALL, ‘Railroads and Reform: How Trains strengthened the Nation State’, 52. *British Journal of Political Science*, April 2022, 715-735.

54 Dit komt ruimtelijk gezien het sterkst tot uiting in Wenen waar de stadsring, de Karl Lueger-Ring, na het afbreken van de Ancien-Régime-wallen, werd bezaaid met burgerlijke culturele bouwwerken. Zie hierover Carl SCHORSKE, *Wenen en het Fin de Siècle. De crisis van het liberalisme en het ontstaan van de moderne kunst* (Amsterdam: Agon BV, 1989).

overheidsinstanties) werd, naar analogie met de geschillen op privaatrechtelijk vlak, een litigieus model ingesteld, met een eiser, verweerder en de beslissende administratieve rechter. De controle op het *gubernaculum* werd gejuridiseerd. Frankrijk liep aldus voorop met de instelling van een ware *juge du gouvernement*. Weliswaar bleef deze ‘juridisering’ binnen bepaalde perken. Vooreerst bleef de administratieve rechtspraak institutioneel gescheiden van de eigenlijke rechterlijke macht. Formeel worden instellingen zoals de *Conseil d’Etat* in Frankrijk en de Raad van State in België en Nederland nog steeds geacht tot de uitvoerende macht te behoren⁵⁵. Bovendien was ook de taak van deze administratieve rechtscolleges duidelijk afgebakend, namelijk de controle op de legaliteit en niet op de opportuniteit van overheidsbeslissingen. Deze rechtscolleges controleren dus in essentie de handhaving van de gezagsrelatie tussen wetgevende en uitvoerende macht.

36. Een verdere, en meer indringende stap van penetratie van het *jurisdictio* in het *gubernaculum* werd gezet via het toepassen van de algemene zorgvuldigheidsnorm uit het aansprakelijkheidsrecht op het overheidsoptreden. In de verhouding nomocratie en telocratie komt dit er in feite op neer dat een centrale norm uit de nomocratische traditie van toepassing wordt gemaakt op het *gubernaculum*. Omdat deze penetratie lange tijd vrij bescheiden bleef en niet al te fel interfereerde met de het beleid van de politieke macht, leidde dit tot voor kort niet tot grote confrontaties en verwijten van *gouvernement de juges* en ‘activistische rechters’.

37. In België werd deze stap gezet in 1920 met het beroemde *Flandria*-arrest waarbij het Hof van Cassatie de immuniteit van publieke instanties inzake privaatrechtelijke aansprakelijkheid opheft en de overheid op basis van artikel 1382 BW veroordeelt tot een schadevergoeding.⁵⁶ Deze opheffing van immuniteit was eerst nog beperkt en sloeg slechts op de uitvoering van een overheidsbeslissing. De juridisering sloop echter gaandeweg verder. In het wegverkeersarrest van 1963 viel het onderscheid beslissing en uitvoering ervan weg en kon de grond van aansprakelijkheid zich ook situeren in een foutieve beslissing zelf⁵⁷. Nog een stapje verder gaat het arrest Goffin van 1971 waarbij ook het verzuim vanwege de overheid om een maatregel te nemen ter uitvoering van een wet, ook al is in die wet daarvoor geen termijn bepaald, als een fout en grond van aansprakelijkheid wordt beschouwd.⁵⁸ Uiteindelijk werd ook de rechterlijke macht zelf aan het toezicht inzake overheidsaansprakelijkheid onderworpen. In het beroemde *Anca*-arrest stelde het Hof van Cassatie dat ook rechtbanken in principe aansprakelijk kunnen gesteld worden voor schade ten gevolge van een fout in hun hoofde⁵⁹.

⁵⁵ Dat is anders in het Verenigd Koninkrijk waar de *Administrative Court* een onderdeel is van de *Royal Courts* in Westminster en dus volop deel uitmaakt van de rechterlijke macht.

⁵⁶ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193. Meer bepaald maakte het Hof korte metten met het onderscheid tussen de overheid, optredend als privaat persoon en dan aansprakelijk, en als publieke instantie en dan niet aansprakelijk.

⁵⁷ Cass. 26 april 1963, *RCJB* 1963, 119, noot J. DABIN.

⁵⁸ Cass. 23 april 1971, *RCJB* 1975, 9, noot F. DELPÉRÉE = *RW* 1970-71, 1793, concl. F. Dumon..

⁵⁹ Cass. 19 december 1991, *JT* 1992, 142

38. De Europeanisering van de regelgeving schept daarenboven tal van nieuwe aanleidingen om de nationale overheidsinstanties aansprakelijk te stellen. Zo besliste het Hof van Cassatie in het draaicirkel-arrest van 2000 dat de nationale overheid een fout beging wegens het niet verlenen van een invoervergunning van autobussen, daar waar zij dat volgens art. 30 van het EEG-verdrag wel had moeten doen. Het Hof stelde dat elke niet naleving van een Europese gemeenschapsregel waarin iets werd verboden of iets werd geboden, een fout uitmaakte die aansprakelijkheid van de overheid kon meebrengen⁶⁰.

39. De juridisering van het 'gubernaculum' spaarde zelfs de wetgever niet. In het arrest-*Brasserie du Pêcheur* van 1996 oordeelde het Europees Hof van Justitie dat de Duitse wetgever met het toepassen van het *Reinheitsgebot* een Franse invoerder van bieren een onrechtmatig exportverbod had opgelegd en daarvoor schadeloosstelling moest betalen wegens gederfde inkomsten⁶¹.

VI. DE KLIMAATZAKEN: DE CLASH TUSSEN RECHTER EN DEMOCRATIE

40. De evolutie, geschetst in de vorige paragraaf, toont de gestage expansie van de rechterlijke controle op andere overheidsinstanties. De evolutie vertrekt van (1) een controle op de loutere uitvoering van beslissingen van de uitvoerende macht naar (2) een controle op die beslissingen zelf, naar (3) het verzuim om dergelijke beslissingen te nemen, naar (4) een controle op beslissingen van (andere) rechterlijke instanties, om tenslotte uit te monden op (5) een controle op wetgevende beslissingen of een verzuim ervan.

Deze uitwaaiering van de rechterlijke controle heeft zich vooral in de breedte voltrokken. De rechterlijke macht onderwierp steeds meer instanties uit ons democratisch bestel aan haar censuur om hun optreden, of gebrek eraan, aan de privaatrechtelijke zorgvuldigheidsnorm te toetsen.

Juridisch-institutioneel gezien is dit een belangwekkende evolutie. Maatschappelijk en sociaaleconomisch gezien is de impact van deze rechterlijke controle echter niet zo dramatisch.

Dit alles verandert met het optreden van de rechter in twee beleidsdomeinen waar het maatschappelijk impact wel zeer groot is, nl. het immigratie/asielbeleid en de klimaatproblematiek. De polemieken omtrent zogenaamde 'activistische' en 'wereldvreemde' rechter draaien vooral om het optreden van rechters in deze domeinen. Omdat het optreden van de rechter in immigratie- en asielkwesities vooral de administratiefrechtelijke instanties betreft (bv. de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen in België, de Vreemdelingenkamer Raad van State in Nederland) laten we een bespreking daarvan hier achterwege. Bij klimaatzaken draait het echter meestal om de toepassing van een centraal privaatrechtelijk principe, nl. de voorzorgsplicht en de daaruit voortvloeiende plicht preventieve maatregelen te treffen, op het beleid van de overheid.

41. De klimaatkwesitie betreft een maatschappelijke problematiek die verder reikt dan het vernielen van planten door een omgevallen boom (het *Flandria*-arrest), een onterecht failliet verklaarde café (het *Anca*-arrest) of schadevergoeding omwille van gemiste winst wegens

60 Cass. 14 januari 2000, *RW* 2001-02, 1096, noot A. VAN OEVELEN.

61 HvJ 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* en *Factortame*.

onterecht importverbod van bier (arrest-*Brasserie du Pêcheur*). Het klimaatbeleid is in de volle zin van het woord een ‘wereldzaak’, een kwestie van *gubernaculum mundi* om in de terminologie van Bracton te blijven. De oorzaak van de klimaatverandering, nl. de uitstoot van broeikasgassen, zet zich immers door in een sfeer die aan de effectieve controle van nationale staten, of van vandaar verdragmatig afgeleide regionale autoriteiten zoals de EU, ontsnapt. De broeikasgassen vertrekken vanuit de nationale territoria van een van de 198 nationale staten, verspreiden zich in de gehele atmosfeer en laten hun impact voelen op de klimaatverandering in de gehele wereld. De klimaatproblematiek is bij uitstek wat in de rechtseconomie en de speltheorie een *problem of collective action* wordt genoemd. Bij een dergelijk probleem leidt het gedrag, geleid door de individuele rationaliteit van de deelnemers, niet automatisch tot een collectief rationele uitkomst. Dit kunnen we illustreren met het volgende speltheoretische voorbeeld.

Kelvinia

B

NB

B

Darwinia

NB

Stel dat er maar twee landen op de wereld zijn, nl. Kelvinia en Darwinia. Beiden hebben de keuze tussen strategie ‘uitstoot Beperken’ (B) of ‘Niet Beperken’ (NB). Als beide landen de uitstoot beperken (B,B) kost hen dit elk (30) maar levert dit een klimaatwinst op van (100), elk (50). De collectieve winst is dus (40). Collectief gezien is dit dus de beste keuze. Als beide landen kiezen voor strategie ‘Niet Beperken’ (NB,NB), dan zijn er noch kosten noch klimaatwinst, dus (0,- 0) voor beide. Collectief gezien is dit dus een slechte keuze. Als een van beide landen kiest voor beperken maar het andere niet dan is de klimaatwinst slechts (50), (25) voor elk, want door de uitstootbeperking in het ene land verbetert ook de klimaattoestand in het andere land. Het land dat kiest voor beperken lijdt verlies, immers slechts (25) klimaatwinst maar (- 30) aan kosten, dus een negatief resultaat van (-5). Het land dat niet beperkt heeft geen kost maar profiteert wel van de beperkingsinspanning van het ander land, dus (25) zuivere winst. Dit laatste land volgt een *free rider*-strategie. Wanneer beide landen niet samenwerken bestaat dus de kans dat beide landen vrezen om het slachtoffer te worden van de *free rider*-strategie van het andere land en zullen ze voor de ‘veilige’ strategie van ‘Niet Beperken’ kiezen, met als collectief resultaat een gemiste kans op $(100 - 60 = 40)$ klimaatwinst.

42. Dit *collective action problem* verklaart waarom het klimaatbeleid niet exclusief aan nationale of regionale jurisdicties wordt overgelaten, maar dat er gestreefd wordt naar internationale samenwerking die juridisch haar beslag krijgt in de talrijke klimaatverdragen.

Sinds het VN-klimaatverdrag van 1992 zijn er verschillende opvolgingsverdragen gesloten, worden er regelmatig *Conferences of Parties* (COP's) georganiseerd waarbij op basis van de IPCC-rapporten *Assessment Reports* worden opgesteld over de stand van zaken inzake het klimaatbeleid. In deze verdragen en rapporten nemen staten en regionale instanties verbintenissen op zich inzake de reductie van de uitstoot en het beschermen of uitbreiden van 'sinks', nl. gebieden zoals bossen die broeikasgassen absorberen (negatieve emissies). De vraag die hierbij uiteraard rijst is op welke wijze deze internationaalrechtelijke verbintenissen inzake klimaatbeleid op het terrein kunnen afgedwongen worden. Noch de VN, noch de EU beschikken over eigen uitvoerende instanties, die vergelijkbaar zijn met de uitvoerende dwangmiddelen waarover nationale jurisdicties beschikken in hun verhouding met hun onderdanen en bedrijven (boetes, fiscaliteit, intrekking van vergunningen, criminele sancties). Er zijn uiteraard ook internationaalrechtelijke sancties, zoals boycot, import- en exportverbod, uitsluiting uit internationale of regionale organisaties en *ultima razione* militaire interventie. Dergelijke sancties lijken in het klimaatbeleid (nog?) niet aan de orde. De internationale gangmakers van het klimaatbeleid rekenen in de eerste plaats op politieke en juridische instanties en procedures in de interne rechtsordes van nationale staten en regionale instanties om de overeengekomen klimaatverbintenissen te doen nakomen. Het is op dit niveau dat er belangrijke dilemma's opdoemen die rechtstreeks de *jurisdictio-gubernaculum*-verhouding raken binnen de rechtsordes van democratische rechtsstaten, zoals België en Nederland.

43. *Prima facie* lijkt de opdracht om de overeengekomen klimaatdoelstellingen voor het eigen land na te streven en te bereiken een zuivere *gubernaculum*-kwestie te zijn. Het klimaatbeleid impliceert een panoplie van zeer diverse maatregelen gericht naar een zeer gediversifieerd publiek van actoren. Er is een beleid naar de ondernemingen, vooral gestructureerd in het Europese *Emission Trading System* (ETS), een beleid naar de landbouwers voor reductie van de veestapel, een beleid naar de grondbestemming voor de bescherming en eventuele uitbreiding van de beboste oppervlakte, een beleid naar de energieproductie ter stimulering van natuurlijke energieopwekking (windmolens en zonnepanelen) en afbouw van het verbruik van fossiele brandstoffen, een beleid naar de transportsector en autogebruikers voor de elektrificatie van het autopark, een beleid naar de bouwsector voor de stimulering van de isolatie van woningen, enz. Voor de beoordeling van het adequaat karakter van de genomen maatregelen, de onderlinge afweging ervan en de maatschappelijke kosten ervan, is een expertise nodig waarvoor de gewone rechter helemaal niet is opgeleid. Uiteraard kunnen rechters beroep doen op deskundigen, maar deze occasionele inbreng van expertise is niet te vergelijken met de systematische expertise, opgebouwd door de beleidsinstanties bij de voorbereiding van hun beleid.

44. Deze argumentatie om de beoordeling van het klimaatbeleid hoofdzakelijk bij het *gubernaculum* te houden wordt breed uitgesponnen in de beschikking van de Brusselse rechtbank van 10 oktober 2018.⁶² Deze zaak draait weliswaar niet rond klimaatbeleid *stricto sensu*, maar wel rond het beleid inzake luchtkwaliteit in Vlaanderen. De redeneringen, gehanteerd door de rechtbank, zijn evenwel *mutatis mutandis* ook toepasbaar op een eventuele beoordeling van maatregelen inzake klimaatbeleid. De eiser, nl. vzw Greenpeace beroept zich op de Luchtkwaliteitsrichtlijn en de Milieustakingswet om preventieve maatregelen te bevelen om het nationale milieurecht te handhaven. Meer bepaald wil vzw Greenpeace door de rechter horen zeggen voor recht dat (1) er geen accurate metingen van de luchtkwaliteit zijn op relevante locaties in Vlaanderen (de zgn. *streetcanyons*), (2) de vaste meetresultaten opnieuw moeten geëvalueerd worden onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 euro per dag, (3)

⁶² Rb. Brussel, 10 oktober, vzw *Greenpeace t Vlaams Gewest*.

dat aangezien de grenswaarden overschreden zullen worden er geen passend en doeltreffend beleid werd gevoerd, (4) dat er een luchtsaneringsplan moet worden vastgesteld onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 euro per dag, (5) in dit luchtsaneringsplan moeten maatregelen staan zoals het uitbreiden van het NO²- meetnet, invoering van slimme kilometerheffing voor personenwagens, een wettelijk kader scheppen voor de invoering van (ultra) Lage Emissie Zones, maatregelen om de reële uitstoot van wagens te meten, maatregelen om dieselwagens die niet conform zijn aan de Euro 6-norm terug te laten roepen, aanpassingen van de autofiscaliteit om dieselwagens af te raden, een actieplan voor bijkomende investeringen in het openbaar vervoer.

45. In zijn beschikking is de rechter weliswaar niet mals voor het Vlaams Gewest door het te veroordelen op die punten waar er duidelijk sprake is van een overtreding van specifieke wettelijke regelen. Zo wordt het Gewest veroordeeld om de informatie geput uit de modelleringstechnieken aan Europa mede te delen want het gebrek aan mededeling is een kennelijke inbreuk op art. 6^o en 27 van de Luchtkwaliteitsrichtlijn. Voorts wordt het Gewest veroordeeld omdat blijkt dat in bepaalde zones en agglomeraties de grenswaarden van luchtvervuiling werden overschreden wat in strijd is met art. 13 van de Luchtkwaliteitsrichtlijn. Dit laatste houdt een resultaatsverbintenis in zodat er, volgens de Milieustakingswet sprake is van een kennelijke inbreuk. De rechtbank geeft het Gewest één jaar tijd om deze grenswaarden te doen eerbiedigen.

46. Wat evenwel de andere eisen van vzw Greenpeace betreft, geeft de rechtbank duidelijk te kennen dat enige inwilliging ervan totaal buiten haar bevoegdheid ligt.

Vooreerst zegt de rechtbank dat de voorstellen van vzw Greenpeace niet onderbouwd zijn. De voorgestelde maatregelen zijn niet geconcretiseerd, de maatregelen missen feitelijke basis, er is geen impactstudie, de afweging met andere belangen ontbreekt en de aangevoerde voorbeelden uit het buitenland zijn niet zomaar overplaatsbaar⁶³. Anders dan de Vlaamse regering mist vzw Greenpeace de expertise om adequate beleidsvoorstellen te ontwikkelen. De rechter heeft noch de plicht noch de expertise om deze lacunes in de eisen van vzw Greenpeace op te vullen.

47. Verder stelt de rechtbank dat vzw Greenpeace artikel 1 van de Milieustakingswet gebruikt ‘...om zeer verregaande algemene en beleidsmatige vorderingen te formuleren waarbij de eigen standpunten en inzichten als onontkoombare waarheid worden voorgesteld.....’⁶⁴. ‘Artikel 1 van de Milieustakingswet 1993, aldus nog de rechtbank, creëert nochtans enkel een mogelijkheid voor het beslechten van juridische betwistingen, geen forum voor het goed- of afkeuren van opinies dan wel van bewegings- of politieke programma’s’⁶⁵.

48. De rechtbank wijdt tevens uit over de plaats van de rechterlijke macht in deze kwestie. ‘Het nemen van beleidsmaatregelen is evenwel niet de taak die aan de rechterlijke macht werd toevertrouwd, maar wel aan de wetgevende en uitvoerende macht. De democratische controle op twee laatsten is directer, beide kunnen ook beschikken over een uitgebreid ondersteunend

63 Rb. Brussel, 10 oktober 2018, 49.

64 Rb. Brussel, 10 oktober 2018, 14.

65 Rb. Brussel, 10 oktober 2018, 15.

apparaat van de ambtenarij en parastatale onderzoeksinstituten en hebben procedures en werkmethodes waarin de diverse belangen(groepen) worden geconsulteerd en door middel van overleg naar een evenwichtige, maatschappelijk gedragen beslissing worden gevoerd⁶⁶.

Beleidsmaatregelen vragen aan de rechterlijke macht berust derhalve op een overschatting van haar mogelijkheden. Onderzoeksmatregelen, die de rechter kan vorderen, kunnen geen *Ersatz* zijn voor de onderzoekscapaciteiten van de uitvoerende macht. Als er bovendien meerdere beleidswegen zijn om het beleidsdoel te bereiken, dan komt het helemaal niet toe aan de rechter om hierin een keuze te maken.

49. Tenslotte wijst de rechtbank ook op de essentiële natuur van een rechterlijke uitspraak. Zo een uitspraak moet afgedwongen en uitgevoerd kunnen worden. De door vzw Greenpeace geformuleerde eisen zijn te vaag om omgezet te kunnen worden in een beslissing die feitelijk en praktisch afdwingbaar is⁶⁷.

50. In deze beschikking worden de limieten van het optreden van de rechter in (milieu)beleidskwesties duidelijk afgebakend. De rechter kan het beleid wel degelijk censureren, daar waar een specifieke maatregel of gebrek eraan aantoonbaar strijdig is met het vigerende bepalingen van het milieurecht. Hier treedt de rechter, bij de toepassing van de Milieustakingswet, **op** als een *juge du gouvernement* vergelijkbaar met de Raad van State en andere bestuursrechtelijke instanties, met dit verschil dat de rechter hier staking van activiteiten kan bevelen en preventieve maatregelen kan opleggen. Het *gubernaculum* controleren of het niet in strijd handelt met vigerende wetgeving is nog niet hetzelfde als zelf het *gubernaculum* vervullen.

Dit onderscheid vervaagt evenwel in twee andere beroemde of beruchte rechtszaken inzake klimaatbeleid, nl. de Klimaatzaak met het vonnis van de burgerlijke rechtbank van Brussel van 17 juni 2021 en de zaak-*Urgenda* met het vonnis van de rechtbank Den Haag van 25 juni 2015 en in beroep het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 9 oktober 2018.

51. De vzw Klimaatzaak startte een procedure tegen de Belgische staat en het Vlaams, Waals en Brusselse Gewest om te laten vaststellen dat de verweerders de uitstoot van broeikasgassen niet hebben gereduceerd met 40 %, of tenminste niet met 25 % vergeleken met het niveau van 1990. Volgens de eisers schenden de verweerders hiermee art. 1382 en 1383 BW want zij gedragen zich niet als een goede huisvader en daardoor schenden ze de belangen van de eiser. Voorts wordt geëist dat de rechtbank zegt voor recht dat de verweerders met hun klimaatbeleid de fundamentele rechten van de eisers, zoals geformuleerd in artikel 2 en 8 van het EVRM en artikel 6 en 25 van het Internationaal Verdrag van de Rechten van het Kind, **schenden**. De eiser vraagt dat de rechter de verweerders beveelt maatregelen te nemen die leiden tot een reductie van 48 % in 2025 of minstens 42% vergeleken met het niveau van 1990, van 65 % in 2030 of minstens 55 % vergeleken met het niveau van 1990 en een nul-emissie in 2050. ⁶⁸ Tenslotte wordt een veroordeling in solidum tot een dwangsom van 1 miljoen euro per maand achterstand in 2025 geëist.

66 Rb. Brussel, 10 oktober 2018, 15.

67 Rb. Brussel, 10 oktober 2018, 17.

68 Civ. fr. Bruxelles (4e ch.), 17 juni 2021, 42.

52. De Belgische staat vraagt aan de rechtbank om aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen, nl. kan het artikel 1382 BW zo geïnterpreteerd worden dat een veroordeling in solidum tot een dwangsom kan uitgesproken worden met veronachtzaming van de bevoegdheidsverdeling zoals voorzien in artikelen 10-11 van de Grondwet. Anders gezegd: is een interpretatie van art.1382 BW verenigbaar met de Grondwet als deze ertoe kan leiden dat een rechtbank de wetgever in zijn macht kan beperken⁶⁹. Met deze vraag wil de Belgische Staat de verenigbaarheid van de eisen van vzw Klimaatzaak met de scheiding der machten, zoals in de Grondwet voorzien, in vraag stellen.

Volgens de rechtbank is een veroordeling van de overheid wegens falend klimaatbeleid niet tegen de scheiding der machten want de rechterlijke macht is bevoegd om elke inbreuk op een subjectief recht door een publieke autoriteit bij de uitoefening van haar discretionaire macht te voorkomen of te herstellen.⁷⁰ Dit geldt ook voor een eventuele fout van de wetgevende macht die een schending van een subjectief recht inhoudt. De rechtbank verwijst hier naar het *Ferrara*- arrest waarbij de staat werd veroordeeld wegens falende wetgeving om de gerechtelijke achterstand weg te werken⁷¹.

53. De vraag rijst evenwel welke subjectieve rechten zouden geschonden zijn door het ondermaatse klimaatbeleid van de overheid. De rechtbank steunt zich hierbij onder meer op artikel 2 van het EVRM dat de bescherming van het recht op leven voorziet⁷². Door de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens werd aan dit artikel niet alleen een onthoudingsplicht, nl. niet doden, gekoppeld maar ook de positieve plicht van de overheid om alle mogelijke maatregelen te nemen die nodig zijn voor de bescherming van het leven van personen⁷³. De rechtbank is van oordeel dat het ondermaatse klimaatbeleid van de verwerende overheden een gevaar vormt voor het leven van de burgers, dat er bijgevolg door een gebrek aan voorzorg een inbreuk wordt gepleegd op het subjectief recht op leven van de burgers.

54. De eis om maatregelen op te leggen aan verweerders om de doelstellingen, onder meer bepaald in het Verdrag van Parijs, te bereiken, wimpelt de rechtbank evenwel af omdat het opleggen van maatregelen tot de bevoegdheid behoort van de wetgevende en uitvoerende macht en een rechterlijke optreden hier zou indruisen tegen de scheiding der machten⁷⁴.

69 Civ. fr. Bruxelles (4^e ch.), 17 juni 2021, 44.

70 Civ. fr. Bruxelles (4^e ch.), 17 juni 2021, 45-46.

71 Cass. 28 septembre 2006, *JLMB* 2006, 1549.

72 Civ. fr. Bruxelles (4^e ch.), 17 juni 2021, 59.

73 De rechtbank verwijst hier naar EHRM 9 december 1994, *Lopez Ostra t Spanje*, §51 en EHRM 27 januari 2009, *Tătar t Roemenië*, §107.

74 Civ. fr. Bruxelles (4^e ch.), 17 juni 2021, 80.

55. In dit vonnis wordt een centraal rechtsbeginsel uit de *jurisdictio*-sfeer, nl. het verbod niemand ten gevolge van eigen fout schade toe te brengen (*neminem laedere*) van toepassing gemaakt op de verhouding tussen de overheid en alle huidige en toekomstige onderdanen van het land. In de traditie van het aansprakelijkheidsrecht is dit principe van toepassing wanneer er sprake is van een duidelijk identificeerbare dader, een duidelijke identificeerbaar slachtoffer en een vaststaande en bewezen schade. Deze vereisten worden in dit Klimaatzaak-vonnis grotendeels losgelaten. De dader is wel identificeerbaar, nl. de overheden als verwerende partij. Wat echter de slachtoffers betreft, nl. de huidige en toekomstige bevolking, blijft het de vraag of en hoeverre iedereen in deze categorie werkelijk als slachtoffer kan geduid worden. Voor sommigen onder hen is de klimaatopwarming misschien niet zo erg, voor anderen biedt de klimaatopwarming een economisch voordeel, voor nog anderen biedt de afwezigheid van de mitigatie-strategie de kans op een door hen geprefereerde adaptatiestrategie. De mate van slachtofferschap onder de leden van de vermelde categorie blijft dus het voorwerp van eindeloze speculatie.

56. Ook de aansprakelijkheidsgrondslag, nl. de inbreuk op het door artikel 2 van het EVRM beschermde recht op leven en het door artikel 8 beschermde recht op familieleven en domicilie, lijkt te steunen op een hoogst subjectieve expansie van de vermelde rechten. Wanneer het recht op leven wordt uitgebreid tot het recht op overheidsmaatregelen om de levensomstandigheden van burgers te beschermen, dan wordt noodzakelijkerwijs de beoordeling van het overheidsbeleid in het aansprakelijkheidsrecht binnengetrokken. De rechter zal dan een beoordeling moeten maken in hoeverre de genomen overheidsmaatregelen adequaat zijn en in evenwicht zijn met andere belangen.

57. Alhoewel het EHRM in haar rechtspraak deze expansieve interpretatie van artikelen 2 en 8 EVRM huldigt, zet het Hof in andere arresten hierop toch een sterke rem. In het arrest-*Cordella en consoorten* stelt het EHRM dat artikel 8 EVRM, dat het recht op familieleven en het domicilie beschermt, geenszins een plicht op een algemene bescherming van het milieu inhoudt. Slechts wanneer bewezen is dat er sprake is van een duidelijk nefast effect op de private of familiale sfeer van een persoon, en niet eenvoudigweg van algemene degradatie van het milieu, kan artikel 8 EVRM ingeroepen worden tegen overheidsmaatregelen of het gebrek eraan⁷⁵. Ook in het arrest *Fadeyeva t. Rusland* stelt het EHRM dat een schending van de in artikel 8 EVRM gewaarborgde rechten het bestaan vereist van een nadelig effect op de persoonlijke levenssfeer of gezinssfeer van een persoon en niet louter de verslechtering van het milieu⁷⁶. Of het door de eisers aangevoerde ondermaats karakter van het klimaatbeleid, namelijk het tekortschieten in het behalen van de reductiepercentages, voldoet aan de door het EHRM gestelde vereiste, nl. het moet gaan om een specifiek nadelig effect op de persoonlijke levenssfeer, is hoogst betwifelbaar.

58. Tenslotte moet opgemerkt worden dat de intellectuele geloofwaardigheid van het vonnis in de Klimaatzaak sterk wordt ondermijnd door het feit dat aan de vaststelling van de fout vanwege de overheden het normale juridische rechtsgevolg, nl. schadevergoeding of opgelegde maatregelen, niet wordt verbonden. Als men bij voorbaat weet dat er aan de vaststelling van burgerlijke aansprakelijkheid wegens de scheiding der machten geen rechtsgevolg kan verbonden worden in deze zaak, is het dan nog verdedigbaar deze

⁷⁵ EHRM 24 januari 2019, *Cordella t Italië*, §100-101

⁷⁶ EHRM 9 juni 2005, *Fadeyeva t Rusland*, § 88

vaststelling te maken op basis van een zeer expansieve en betwistbare interpretatie van de artikelen 2 en 8 EVRM?

59. Een rechtsgevolg aan de vaststelling van de tekortkoming van het klimaatbeleid wordt wel verbonden door de rechtbank en gerechtshof van Den Haag in de *Urgenda-zaak*⁷⁷.

De stichting *Urgenda* (samentrekking ‘urgente agenda’) eist dat de rechter aan de Nederlandse Staat het bevel geeft het gezamenlijk volume van broeikasgasemissies per ultimo 2020 minimaal met 25 % ten opzichte van 1990 te verminderen. Urgenda voert hierbij aan dat volgens het IPCC er zich een onomkeerbare klimaatverandering zal voordoen als de wereldtemperatuur stijgt met meer dan 2 graden en de concentratie broeikasgassen tegen 2100 stijgt boven de 450 ppm. Daarom heeft de Europese Raad besloten dat in de EU een reductie moet gebeuren van 20 % tegen 2020, van 40 % tegen 2030 en van 80-95 % tegen 2050⁷⁸.

In Nederland heeft de regering tot 2011 als doelstelling voor 2020 een reductie aangehouden van 30 %. In 2011 werd deze doelstelling echter bijgesteld tot 20 % en voor de ETS-sector voor 16 %.

60. De verwerende partij voert aan dat de in de EU vooropgestelde reductieroute van 40% tegen 2030 en van 80-95% tegen 2050 wel degelijk wordt aangehouden. Zij wijst erop dat volgens de klimaatwetenschap er verschillende strategieën bestaan om broeikasgassen te reduceren, nl. mitigatie, adaptatie en negatieve emissies (‘sinks’). De keuze tussen deze strategieën is een beleidskeuze en dus een prerogatief van de wetgevende en uitvoerende macht. Indien de rechter aan de overheid één enkele strategie oplegt, handelt hij in strijd met de scheiding der machten. Voorts wijst de verwerende partij inzake de ETS-reductie op het waterbed-effect. Indien Nederland minder emissierechten opneemt dan komen deze vrij voor andere landen waardoor het totale volume van broeikasgassen in de EU dus niet vermindert⁷⁹.

61. Zowel in het vonnis als het arrest wordt gewezen op de zorgplicht van de overheid, afgeleid uit de artikelen 2 en 8 van het EVRM. Het recht op leven en op familieleven impliceert immers ook de bescherming van de omgevingsgerichte situatie. Weliswaar geldt hier als voorwaarde dat deze zorgplicht geen onmogelijke of disproportionele last op de overheid mag leggen. Tevens moeten maatregelen voortvloeiend uit de zorgplicht gericht zijn tegen een reëel en dreigend gevaar. De rechter wijst hierop het gevaar van het *tipping point* in de klimaatverandering waardoor een onomkeerbare schadelijke toestand dreigt te ontstaan. Het ‘waterbed’-effect schuift de rechter aan de kant omdat het niet zeker is dat andere EU-lidstaten de vrijgekomen emissierechten zullen opnemen. Beroep op alternatieve adaptatiemaatregelen vindt de rechter niet overtuigend. Ook het *carbon leakage*-argument⁸⁰ wuift de rechter weg als niet overtuigend. Het voorzorgsbeginsel houdt in dat er geen risico

77 Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015, ECLI:NL RBDHA:2015:7145 en Gerechtshof Den Haag, 9 oktober 2018, ECLI:GHDHA:2018:2591.

78 Gerechtshof Den Haag, 9 oktober 2018, 9.

79 Gerechtshof Den Haag, 9 oktober 2018, 10-11.

80 Het ‘carbon leakage’-argument houdt in dat, als de overheid strenge klimaatregelen neemt, bijvoorbeeld naar bedrijven toe, vele bedrijven naar het buitenland zullen vertrekken, waardoor de globale uitstoot toch niet vermindert maar het betrokken land wel verarmt.

mag genomen worden. Effectieve schade dient niet bewezen te worden, een reële dreiging is voldoende⁸¹.

62. De rechter is ook niet van oordeel dat een bevel tot maatregelen tegen de scheiding der machten zou ingaan. Vooreerst houdt een dergelijk bevel niet in dat het bevel precies door de wetgever moet uitgevoerd worden. Dit kan ook via andere maatregelen. Bovendien mag van de rechter verwacht worden dat hij via de toepassing van de rechtsregelen rechtsbescherming biedt aan de burger, ook tegen het optreden van de overheid. Tenslotte merkt de rechter op dat zijn optreden wel degelijk democratisch gelegitimeerd is, want hij past democratisch gestemde wetgeving toe⁸².

Zowel in eerste aanleg als in beroep wordt de Nederlandse staat **veroordeeld** tot het reduceren van de broeikasuitstoot met 25 % per eind 2020.

63. Zoals in de zaak van Klimaatzaak vertrekt de rechter hier van een zeer expansieve interpretatie van de artikelen 2 en 8 van het EVRM. Anders dan in de Klimaatzaak aarzelt de Nederlandse rechter niet aan de vaststelling van de tekortkoming aan de zorgplicht ook een rechtsgevolg te verbinden, nl. het bevel aan de overheid de broeikasuitstoot met 25 % tegen eind 2020 te verminderen. De rechter neemt hier op basis van een zeer expansieve interpretatie van een principe uit de *jurisdictio*-sfeer, nl. het beginsel van eerbied voor het leven en familielevens, een beslissing waarbij een bepaald beleid aan de overheid wordt opgelegd. Andere wegen om eventueel tot dezelfde doelstelling te komen, nl. adaptatie of negatieve emissies ('*sinks*'), worden zonder veel pardon en met weinig onderbouwing van tafel geveegd. Het vonnis en het arrest van Den Haag betekenen bijgevolg een regelrechte en vrij concrete inbraak van een *jurisdictio*-instantie in de sfeer van het *gubernaculum*.

VII. BESLUIT

64. In de inleiding van deze bijdrage hebben we gesteld dat de huidige controverses over de rol van de rechter consistentener kunnen benaderd worden wanneer men uitgaat van het constitutioneel kader van de 'duas politica' met het onderscheid *jurisdictio* en *gubernaculum*. Dit kader is geen ideologisch hersenspinsel maar een onderscheid dat, zoals uiteengezet in paragraaf 3 van deze bijdrage, eeuwenlang de institutionele structuur en de politiek-juridische praktijk in Angelsaksische landen heeft bepaald.

Juristen, die reeds een paar decennia meedraaien en zich de discussies rond Van Gervens' publicatie 'Het Beleid van de Rechter' nog kunnen herinneren, zijn over die periode heen geconfronteerd geworden met twee sterk uiteenlopende controverses rond de rol van de rechter.

65. Enerzijds was er, ongeveer vijftig jaar geleden, de officieuze doodverklaring van de Montesquieu-aanse *bouche de la loi*-rechter, die, minstens op rechtstheoretische niveau⁸³,

⁸¹ Gerechtshof Den Haag, 9 oktober 2018, 12-18.

⁸² Rechtbank Den Haag, 24 juni 2015, 4.94-4.101.

⁸³ Op rechtstheoretisch niveau, want op het niveau van de rechterlijke beslissingspraktijk kan nog veel vooruitgang geboekt worden. Het is van belang dat rechters leren de buitenwettelijke criteria, die ze hoe dan ook in hun beslissingsproces hebben gehanteerd, te expliciteren. Zie hiervoor Boudewijn BOUCKAERT, *Hoe gemotiveerd is Cassatie*.

vervangen werd door het 'Van Gerviaanse' rechterbeeld. In dit laatste rechterbeeld wordt, zoals uitgelegd in paragraaf 5 van deze bijdrage, niet meer uitgegaan van de rechter als exclusieve wetstoepasser, maar van een pacificatiefunctie, waarbij de rechter optreedt als een naar 'billijkheid oordelend scheidsman', die oog heeft voor de waarden en verwachtingen van de betrokken partijen en deze aftoetst aan de intersubjectieve consensus zoals die blijkt uit de pluraliteit van rechtsbronnen in onze rechtsorde. De wetgeving is daarbij een steun voor de rechter om deze intersubjectieve consensus te concretiseren, maar vormt allerm minst een soort algoritme dat de rechter quasi-mechanisch naar een eenduidige oplossing drijft. Het boek van Van Gerven en de gehele literatuur waarnaar hij in dit boek verwijst heeft ongetwijfeld een evolutie in gang gezet naar een meer actief rechterbeeld.

66. Maar anderzijds is er, zeker gedurende het laatste decennium, juist meer kritiek gekomen op, naar de mening van niet weinigen, een te actieve rechter. De actieve rechter werd omgedoopt tot een activistische rechter. Deze omschrijving is allesbehalve vleiend bedoeld. Zij duidt op een verwijt van bevoegdheidsoverschrijding, ideologisering en miskennen van sociale realiteiten ('wereldvreemdheid')⁸⁴. De activistische rechter bemoeit zich steeds meer met het beleid van op een parlementaire meerderheid steunende democratisch gelegitimeerde regeringen. Meestal, zoals in de hierboven vonnissen in Klimaatzaak en *Urgenda*, beroepen deze activistische rechters zich op zeer expansieve interpretaties van verdragsregelen omtrent de mensenrechten. Dit type van activistische en beleidsinterfererende rechter moet weliswaar scherp onderscheiden worden van de *juge du gouvernement* (voornamelijk administratieve rechtbanken), die eveneens interfereren in het beleid maar dit doen op basis van een aantoonbare miskennen door de uitvoerende macht van wettelijke of verdragsmatige regelen. Omdat de vernietiging van bestuursrechtelijke regelen en vergunningen de beleidsmakers fel op de zenuwen kan werken, wordt deze legitieme functie van de *juge du gouvernement* wel eens in één zak gestoken met de activistische rechter *stricto sensu* die op basis van mensenrechtelijke en/of privaatrechtelijke principes gehele beleidspakketten van de overheid naar de prullenmand verwijst. Bij de kritiek op rechterlijk activisme is het van belang dit onderscheid te maken.

67. In hun kritiek op de activistische rechter stellen sommigen dat dit activisme kan leiden tot een langzame en nauwelijks zichtbare regimeverandering, waarbij een juridische elite de macht overneemt van de democratisch verkozen instanties. Er is dan sprake van een evolutie van democratie naar 'juristocratie'⁸⁵ of 'dikastocratie'⁸⁶. Dit zou kunnen leiden naar een regelrechte regimecrisis omdat de bevolking het gezag van niet democratisch gelegitimeerde 'juristocraten' niet aanvaardt wat tot insurrectionele situaties zou kunnen leiden.

Wanneer men echter vertrekt van het onderscheid *jurisdictio-gubernaculum* kan men deze beide tendensen hun juiste plaats geven.

84 De term 'wereldvreemde' rechters werd in 2016 gebruikt door toenmalig staatssecretaris Theo Francken in zijn kritiek op de beslissingen inzake asiel door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en door Brusselse rechtbanken.

85 Deze term wordt gebruikt door M. ELCHARDUS, *Reset. Over Identiteit, Gemeenschap en Democratie* (Antwerpen; Ertsberg, 2021), 409-432

86 Deze term wordt gebruikt door R. KRUIHOF, "Naar een 'Gouvernement des juges' in het Belgische verbintenissenrecht", in *Huldeboek ter nagedachtenis van Prof. Dr. R. Kruithof*, 79.

68. De actieve, ‘Van Gervenianse’ rechter heeft zijn plaats in de *jurisdictio*-sfeer, de sfeer van relaties en conflicten tussen burgers, ondernemers en eventueel de overheid optredend hier als private actor en niet vanuit haar *imperium*-functie. In de *jurisdictio*-sfeer, beheerst door algemene gedragsregelen (‘nocratie’, zie paragraaf 4) gedijt de actieve rechter, die de rijke en steeds veranderende stroom van conflicten in de samenleving oplost als een, zoals reeds eerder benadrukt, ‘een naar billijkheid oordelend scheidsman’ op basis van een pluraliteit van rechtsbronnen en juridische disciplines⁸⁷. Om de rechtspraak van dergelijke actieve rechters wat te stroomlijnen en rechtszekerheid in de *jurisdictio*-sfeer te scheppen, is het nodig dat de hoogstrechtelijke instanties, zoals het Hof van Cassatie in België, op een **meer zelfbewuste** wijze hun rol opnemen als juridische producent van precedënten. Dit precedentenrecht kan later uitgekristalliseerd worden in gecodificeerde wetgeving⁸⁸.

69. In de *gubernaculum*-sfeer hoort een actieve (‘activistische’) rechter zoals in de *jurisdictio*-sfeer echter niet thuis. De critici van activistische rechters, die hun vleugels uitspreiden over het beleid van overheden, hebben gelijk door te stellen dat dit uiteindelijk kan leiden tot de ondermijning van de legitimiteit van onze instellingen. De verantwoordelijkheid voor het indijken van dit soort rechterlijk activisme ligt niet alleen bij de rechterlijke macht. De wetgevende instanties moeten ervoor waken dat hun wetgeving en inzonderheid de verdragsrechtelijke bepalingen, die meestal in een ‘ver van mijn bed-show’ op internationale fora worden voorbereid, strikt genoeg worden geformuleerd om al te expansieve interpretatie ervan onmogelijk te maken. In ‘Het beleid van de rechter’ neemt Van Gerven de kritiek van Gény op *le bon juge Magnaud* ten volle over. Deze rechter nam zich voor via vonnissen macro-sociale conflicten op te lossen, terwijl dit het privilege van de wetgever moet blijven. In het klimaatbeleid, dat eveneens zorgt voor macro-sociale conflicten, blijken nu ook verscheidene ‘juges Magnaud’ op te staan. Zij moeten gestopt worden, want er is voor creatieve rechters immers werk genoeg in de *jurisdictio*-sfeer van onze samenleving.

87 Niet alleen inzake rechtsbronnen maar ook inzake de wijzen van juridische wetenschapsbeoefening is meer pluralisme op zijn plaats. Naast de monodisciplinaire rechtspositieve wetenschapsbeoefening zijn er ook andere juridisch wetenschappelijke disciplines zoals rechtseconomie, rechtssociologie, rechtsethiek. Over het gebruik ervan in de rechtspraak, zie B. BOUCKAERT, *Hoe gemotiveerd is cassatie*.

88 De oriëntatie op het eerder Angelsaksische ‘duas’-beeld van *jurisdictio* en *gubernaculum* hoeft niet te betekenen dat de Europees-continentale landen hun traditie van gecodificeerd privaatrecht moeten laten varen en moeten omschakelen naar een *case-law*-systeem. Zolang het gecodificeerde privaatrecht van nocratische aard is en evolueert via de opname van praetoriaanse innovatie, is het verschil met de Angelsaksische landen, waar de praetoriaanse evolutie ook soms wordt geïntegreerd in *Restatements*, niet zo groot.

