

# Urgenda-arrest is voorbeeld van nieuw constitutionalisme

Citation for published version (APA):

Stremmer, M. (2020). Urgenda-arrest is voorbeeld van nieuw constitutionalisme., *Nederland Rechtsstaat*. <https://www.nederlandrechtsstaat.nl/forum/id291/08-01-2020/urgenda-arrest-is-voorbeeld-van-nieuw-constitutionalisme.html>

## Document status and date:

Published: 08/01/2020

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

## Urgenda-arrest is voorbeeld van nieuw constitutionalisme

8 januari 2020 door  
*Maarten Stremmer*

---

Op 20 december 2019 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in de *Urgenda*-zaak. Het arrest bevestigt het oordeel van het hof dat de Staat meer moet doen om de uitstoot van broeikasgassen in Nederland te verminderen, concreet door ervoor te zorgen dat de uitstoot in 2020 ten minste 25% lager is dan in 1990, in plaats van de 20% die door de regering als beleidsdoel was vastgesteld. Het percentage van 25% stoelt niet op een harde juridische norm, maar is afkomstig uit een rapport van het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), een organisatie van de Verenigde Naties die onderzoek naar klimaatverandering evalueert. De Hoge Raad gebruikt het rapport om de verplichtingen uit te werken die op de Staat rusten op grond van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM), in het bijzonder de artikelen 2 en 8, die het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven beschermen.

Het arrest van de Hoge Raad, net als eerder het arrest van het hof en het vonnis van de rechtbank, is in de staatsrechtelijke wereld hoofdzakelijk kritisch ontvangen. Diverse staatsrechtsgeleerden vinden dat de rechter door toewijzing van de vordering van Urgenda zijn constitutionele taken en bevoegdheden te buiten is gegaan. Het reductiebevel zou in feite neerkomen op een wetgevingsbevel en een dergelijk bevel is ontoelaatbaar omdat de rechter zich dan boven de wetgever zou verheffen, hetgeen in strijd is met het beginsel van de machtenscheiding. Meer in het algemeen stellen critici van de *Urgenda*-uitspraken dat het niet aan de rechter is om concrete reductiedoelstellingen vast te stellen. Rechterlijk ingrijpen in beleidskwesties waarbij er een veelheid aan alternatieven bestaat zou het onderscheid tussen recht en politiek miskennen. Bovendien zou het afbreuk doen aan de Nederlandse traditie dat de rechter terughoudendheid in acht neemt jegens beleidskeuzes gemaakt door democratisch gelegitimeerde organen.

Genoemde kritiek gaat uit van een traditionele opvatting van de scheiding der machten, grondrechten en rechtsvinding. In het licht van wat we 'het klassieke constitutionalisme' kunnen noemen, is het arrest van de Hoge Raad inderdaad problematisch en is de geuite kritiek te volgen. Mijn stelling is dat we het arrest echter ook anders kunnen lezen: niet als een afkeurenswaardige afwijking van het klassieke constitutionalisme, maar als voorbeeld van een nieuw constitutionalisme, waarin de scheiding der machten, grondrechten en rechtsvinding ten opzichte van hun traditionele uitleg en toepassing een fundamentele transformatie ondergaan. Dit nieuwe constitutionalisme ontwikkelt zich vanuit het klassieke constitutionalisme, muteert het, maar vervangt het niet in zijn geheel. Zoals dus te verwachten valt, laat het arrest niet alleen elementen van het nieuwe constitutionalisme zien, maar bevat het ook sporen van het klassieke constitutionalisme.

---

Het ideaal dat ten grondslag ligt aan het klassieke constitutionalisme is vrijheid. Het recht, inclusief het constitutionele recht, is de uitkomst van vrije keuzes door burgers. Door middel van het constitutionele recht creëren burgers een overheid waarvan de bevoegdheden verdeeld worden over de drie staatsmachten: de wetgever, het bestuur en de rechter. Het parlement is de geconstitutionaliseerde vertegenwoordiger van de oorspronkelijk soevereine volkswil. De wetgever (in Nederland het parlement en de regering samen) stuurt door middel van wetgeving het bestuur aan, het bestuur (waaronder de regering) voert wetgeving uit (al dan niet op basis van eigen beleid) en de rechter beslecht juridische geschillen. De overheidsmacht is principieel beperkt. Grondrechten vormen een wezenlijk deel van het constitutionele recht en beschermen de vrijheid van de burgers. Als 'afweerrechten' tegen de overheid geven ze uitdrukking aan negatieve vrijheid: het recht om zoveel mogelijk gevrijwaard te blijven van dwingend overheidsingrijpen.

Het is in deze visie van het allergrootste belang dat de drie staatsmachten blijven binnen de grenzen van hun bevoegdheden. De scheiding der machten waarborgt de individuele vrijheid door te voorkomen dat de macht zich te veel concentreert in één hand. Voor de rechter betekent dit onder meer dat hij keuzes van de wetgever en het bestuur respecteert zolang deze blijven binnen hun bevoegdheden en bij de uitoefening van hun bevoegdheden de grondrechten niet schenden. Bij de uitleg van het recht dient de rechter zo dicht mogelijk bij de tekst en bedoeling van de wet te blijven; hij mag niet al te creatief te werk gaan. In géén geval beoordeelt de rechter of wetgeving of beleid 'verstandig' is. Het maken van beleidskeuzes is immers een taak van 'de politiek', dat wil zeggen parlement en regering.

De kritiek op de *Urgenda*-uitspraken dat de rechter 'op de stoel van de wetgever is gaan zitten', 'politiek bedrijft' en 'activistisch' is, is vanuit het klassieke constitutionalisme gezien heel begrijpelijk. De democratisch gelegitimeerde regering heeft uit een veelheid aan beleidsopties gekozen voor een reductiedoelstelling van 20%. Uit de tekst van het EVRM volgt weliswaar dat de overheid de rechten van burgers niet mag aantasten, maar niet zomaar een instructie voor de overheid om actief allerlei maatregelen te treffen, laat staan een specificatie van die maatregelen. De rechter heeft dus niet zozeer conform het klassieke constitutionalisme getoetst of de regering 'gebleven [is] binnen de grenzen van het recht, waaraan zij [is] gebonden', zoals de Hoge Raad stelt, maar heeft veeleer zelf een inhoudelijke beleidsafweging gemaakt, waarbij hij het regeringsbeleid terzijde heeft geschoven. Dit wrikt met de traditionele visie op machtscheiding, grondrechten en rechtsvinding.

De beslissing van de Hoge Raad vereist dan ook een bijzondere rechtvaardiging, die geboden zou kunnen worden door het nieuwe constitutionalisme. In deze visie is het recht, met name het constitutionele recht, niet louter de uitkomst van vrije besluitvorming door burgers, maar bovenal erkenning van voorgegeven morele normen en beginselen. Mensenrechten, zoals het recht op leven en het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven, geven uitdrukking aan waarden die in beginsel gelden ongeacht het beleid en de beslissingen van politieke organen. Bovendien vereisen deze waarden niet slechts overheidsonthouding, maar vragen ze om 'implementatie'. Het verwerklijken van mensenrechten vereist een overheid die aan de slag gaat om te zorgen dat de burger beschermd wordt tegen allerhande onheil. Uit negatief geformuleerde mensenrechten kunnen positieve verplichtingen volgen.

Hoewel het nieuwe constitutionalisme – in lijn met het klassieke constitutionalisme – de realisatie van mensenrechten in eerste instantie kan overlaten aan de wetgever en in het verlengde daarvan aan het bestuur, hebben wetgever en bestuur niet langer het laatste woord. De politieke organen zijn immers niet langer representant van een soevereine volkswil, maar adressant van morele

verplichtingen. Het is in het bijzonder aan de rechter om toe te zien of wetgever en bestuur deze verplichtingen wel voldoende nakomen. De rol van de rechter verandert dus fundamenteel. Hij controleert niet langer of de andere staatsmachten binnen de grenzen van het recht zijn gebleven, maar beoordeelt of de overheid wel voldoende zorg heeft gedragen voor haar burgers.

Het juridische instrument voor deze beoordeling is de proportionaliteitstoets. De proportionaliteitstoets vereist dat de overheid voor al haar handelen en nalaten een inhoudelijke rechtvaardiging geeft. Mensenrechten vormen niet langer de uiterste grens voor toegestaan overheidshandelen, maar bieden een criterium voor de 'rationaliteit' van dat handelen. Overheidsbeleid moet erop gericht zijn bij te dragen aan de verwezenlijking van mensenrechten. In het nieuwe constitutionalisme is een beroep door de wetgever en het bestuur op hun democratische legitimiteit daarom niet langer afdoende. Formele overwegingen als de machtscheiding en gebondenheid aan wetsteksten hebben slechts ondergeschikte betekenis. Waar het om gaat is de inhoudelijke rechtvaardiging van overheidsgedrag. Het is aan de rechter om na te gaan of de overheid, gelet op de mensenrechten, de juiste maatregelen heeft genomen.

In de *Urgenda*-zaak laat de rechter zich niet afschrikken door de wetenschappelijke en politieke complexiteit van het klimaatvraagstuk. De Hoge Raad besteedt uitgebreid aandacht aan de gevolgen en het gevaar van klimaatverandering en aan de noodzaak van een reductie van de uitstoot van broeikasgassen. Uit de artikelen 2 en 8 van het EVRM leidt hij een zorgplicht af voor de Staat om klimaatverandering tegen te gaan. In aansluiting op het Europees Hof van de Rechten van de Mens stelt de Hoge Raad dat de rechter kan onderzoeken of de maatregelen die Nederland neemt 'redelijk en geschikt' zijn, waarbij de rechter evenwel niet 'een onmogelijke of in de gegeven omstandigheden onevenredige last' aan de Staat mag opleggen. Het genoemde IPCC-rapport, dat volgens de Hoge Raad neerslag is van 'een grote mate van consensus' in de internationale gemeenschap en de klimaatwetenschap, dient vervolgens om de positieve verplichtingen die op de Staat rusten op grond van het EVRM te concretiseren.

In de procedure heeft de Staat onder meer aangevoerd dat een reductie van broeikasgassen van 25% in 2020 niet nodig is omdat de reductie in de jaren daarna versneld zal worden, zodat het uiteindelijke reductiedoel van 95% in 2050 alsnog haalbaar is. De Hoge Raad heeft evenwel 'ernstige twijfels' bij dit beleid en acht het niet 'verantwoord', omdat de later te nemen reductiemaatregelen waarschijnlijk 'ingrijpender', 'kostbaarder' en 'riskanter' zullen zijn. Bovendien heeft de Staat 'niet inzichtelijk kunnen maken' dat zo alsnog de langetermijndoelstelling gehaald kan worden. Duidelijk is dat van echte beleidsvrijheid voor de regering hier geen sprake meer is. De Hoge Raad maakt zelf een belangenafweging en bepaalt zelf wat het gewenste beleidsdoel is. Dat de Staat - dat wil zeggen, de regering en het parlement - vervolgens zelf mag kiezen welke concrete maatregelen nodig zijn om aan het reductiebevel te voldoen, maakt dit uiteraard niet anders.

Het nieuwe constitutionalisme biedt de rechter de legitimatie om in te grijpen indien de twee andere staatsmachten hun taak om de mensenrechten te verwerklijken verzaken. Weliswaar kan hij dat niet op eigen initiatief doen, omdat burgers wel eerst een procedure moeten aanspannen, maar dat is een lage drempel, ook al omdat het burgerlijke procesrecht voorziet in een collectieve actie door belangenorganisaties. Een organisatie als Urgenda, die opkomt voor de belangen van alle Nederlanders die door klimaatverandering worden bedreigd, is gewoon ontvankelijk bij de rechter. 'De bescherming van de mensenrechten [...] vormt een wezenlijk onderdeel van de democratische rechtsstaat', schrijft de Hoge Raad. Dat is zo, maar ondertussen is de betekenis van rechtsbescherming wel aanzienlijk veranderd. Rechtsbescherming ziet niet langer louter op de bescherming door de rechter van individuele belangen van burgers, maar wordt een middel voor

maatschappelijke groepen om het algemeen belang te herdefiniëren - nu ten aanzien van het klimaat, wellicht de volgende keer met betrekking tot een ander onderwerp.

De aantrekkingskracht van het nieuwe constitutionalisme ligt in de belofte om idealen te realiseren waar het klassieke constitutionalisme uiteindelijk te weinig oog voor heeft: naast vrijheid vooral ook menselijke waardigheid - en alles wat dat impliceert, zoals bescherming tegen de gevaren van klimaatverandering. De constitutionele constellatie waaronder deze idealen worden gerealiseerd is heel anders dan onder het klassieke constitutionalisme. Niet langer wordt de overheid primair aangestuurd door de wetgever, met als legitimatie democratische besluitvorming; ook de rechter biedt voortaan een ingang om het overheidsbeleid te wijzigen, omdat hij toeziet op de realisatie van de - bijna allesomvattende - mensenrechten. Daarmee verplaatst de beleidsdiscussie zich voor een deel van het parlement naar de rechtszaal. Het nieuwe constitutionalisme, doorgevoerd tot zijn einde, ondergraaft aldus de parlementaire democratie.

Of dat erg is, is een andere vraag. Het veronderstelt in elk geval wel een sterk geloof in de mogelijkheid om maatschappelijke problemen te identificeren en op te lossen op apolitieke wijze. Als 'de politiek' zoals in het geval van klimaatverandering niet erkent dat er sprake is van een 'uitzonderlijke situatie' die maakt dat maatregelen 'dwingend noodzakelijk' zijn (aldus de Hoge Raad), dan mogen we ons vertrouwen stellen in onafhankelijke juristen en erkende deskundigen. Die lossen dan alsnog het probleem op. Een dergelijke juridisering en depolitisering van belangrijke kwesties is alleen mogelijk vanwege het grote aanzien van de rechterlijke macht. Maar hoe gevoeliger de kwestie, des te groter de kans dat de uitspraak van de rechter zelf als een politiek besluit wordt gezien. Dat zet zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid onder druk. En dat is niet zonder gevaar. Want niet alleen de wetgever en het bestuur, maar ook de rechterlijke macht is voor haar functioneren uiteindelijk afhankelijk van publiek vertrouwen.