

## Juridisering, rechtersrecht en ontgooch(g)eling

Geachte aanwezigen,

Ik ben gevraagd te spreken over grote thema's. Thema's die zich niet laten vangen in een uur, maar waarvoor wellicht eerder een geheel congres op zijn plaats is. Nu wil ik u niet van de opvatting betichten dat wetenschappers wollige en weinig efficiënte sprekers zijn, maar wat dat betreft komt het tijdspad van een uur goed uit. Een uur waarin ik niet de wereld voor u opnieuw uitvind, maar wellicht vanuit rechtswetenschappelijk perspectief enige verheldering kan bieden over de thema's van juridisering. Uiteraard past een drieluik in deze. Bovendien wil ik u graag ook enige historische parallellen schetsen, zonder daarbij te vervallen in de schijnredenering dat de geschiedenis zich herhaalt. Dat doet ie namelijk per definitie niet al was het maar omdat tijd een *one way street* is.

Ik verdiep mij graag in het laat Romeinse rijk van de laatantieke oudheid, waar deze parallellen in overvloed aanwezig zijn.

Laten we de te bespreken thema's problematiseren; juridisering, rechtersrecht en ontgoocheling, waarbij ik aandacht wil hebben voor de mogelijke woordspeling in het woord ontgoocheling ten aanzien van die grote *tech* gigant in Californië. Waar de eerste twee thema's juridische verschijningsvormen zijn, is het derde van de thema's vooral een gevoel, dat wellicht van toepassing is op een ervaren toename in regeldruk, regels *an sich*, en een actieve houding van de rechter. En dat gevoel problematiseert nu juist de eerste twee thema's sterk. Loopt de juridisering van de samenleving niet compleet uit de hand? Regelzucht doet de burger en bedrijf bezwijken. Gaat de rechter niet aan zijn taak voorbij door klimaatdoelstellingen te verplichten aan de overheid – ik heb het uiteraard over de Urgenda-zaak – en is hij niet te activistisch geworden? U hoort wellicht de nagalm van het BBB-programma in deze vragen. En wellicht hoort u ook andere partijstandpunten hierin terug. Hoe dan ook: deze thema's staan terug op de politieke agenda en worden vaak aangehaald in relatie tot overheidswantrouwen.

Het derde van de thema's, althans dat gevoel van ontgoocheling, kan u ook goed ten deel zijn gevallen. Het ontkennen van het bestaan van het biologisch geslacht, de interpretatie van het woord *gender* *triggert* u wellicht, maar eveneens het ontkennen van de holocaust en het instellen van tribunalen. U heeft het allemaal voorbij zien komen en wellicht gedacht – zeker u, een groep mensen met veel praktische en theoretische "levens"-ervaring – is de samenleving helemaal gek geworden? Waar zijn de normale mensen? Een relevante vraag is: waar komt dit gevoel vandaan? Het is aan mij om u ten aanzien van dit derde thema perspectieven te bieden. Daarbij probeer ik overigens niet een politiek standpunt in te nemen, maar wel evenwichtigheid en gematigdheid te betogen. En maatschappelijke fenomenen te beschrijven die u wellicht nog niet eerder in overweging had genomen wanneer u nadenkt over actuele maatschappelijke problematiek. Mocht u alleen maar bevestiging van uw standpunt horen in mijn analyse: dan zou ik gekscherend willen zeggen: "welkom in mijn fuik!", maar ik zou wel willen betogen: in mijn fuik vindt u zowel zoet als zoutwatervissen!".

Alles begint, zeker vanuit rechtswetenschappelijk en juridisch perspectief met definiëren. Wat kan ik u nu vertellen over het fenomeen? En vervolgens, wat kan ik u vertellen over gepercipieerde ontwikkelingen als uit de hand gelopen regelzucht, en ongewenst rechtelijk activisme? Met betrekking tot ontgoocheling zullen we een iets minder definiërende en ingekaderde analyse uitvoeren maar eerder de vraag stellen wat leidt nu tot dit gevoel en welke maatschappelijke en contemporaine historische ontwikkelingen verklaren wellicht dit gevoel. Een gevoel dat, wellicht niet geheel onbegrijpelijk, een zeker conservatisme bij senioren te weeg brengt. Of in ieder geval dat

gevoel versterkt. Want u herkent wellicht bij uw eigen conservatisme - mocht u zulke opvattingen zijn toegegaan – dezelfde onderliggende argumentatie als bij uw ouders toen zij uw leeftijd hadden. Laat ik beginnen met het thema juridisering.

## 1. Juridisering

### *Veranderende maatschappelijke orde: reguleringstendens (globalisering)*

Juridisering, het toenemen van regeldichtheid, is in de hedendaagse definitie een tweezijdig begrip. Enerzijds is er een juridisering van de samenleving waarneembaar, waarbij regelgeving van enige soort en de hoeveelheid aan regels voor private actoren sterk is toegenomen. We zien daar dan ook een toename in, al sinds de jaren zeventig. We spreken dan van juridisering van de samenleving. Juridisering van overheidsbestuur is de andere pendant van het begrip. Ook de discussie hierover is niet nieuw. In 1997 reeds werd in een bestuurlijk rapport door de Werkgroep Terugdringing Juridisering bij de inwerkintreding van de Algemene Wet Bestuursrecht geklaagd over de toenemende mate van juridisering in het bestuur. Telkens opnieuw komen er voor de burger nieuwe regels bij. De klacht dat een juridisering die een bepaald kantelpunt heeft bereikt is vooral relevant. Want klachten over regelgeving zijn van alle tijd. Maar wanneer maatschappelijk en politiek gezien het breed gedragen sentiment gaat leven dat een heel stelsel van wet- en regelgeving op een bepaald terrein maar aangepast moet worden omdat deze zo ver is doorgeslagen, dan heeft men toch wel een keerpunt bereikt, mogen we wel stellen. Dán zien we juridisering ook als een probleem. Signaleringen over juridisering zijn dus reeds gedateerd. Oorzaken vinden we terug in de globaliseringstendensen, maar zeker in Europa door een proces van gestage quasi-federalisering. Quasi omdat de EU geen grondwet kent, en bovendien haar belangrijkste orgaan, de commissie de soevereiniteit van de staten vertegenwoordigd. In het Europees wetgevingsstelsel en de rechtspraak wordt nog wel ruimte gelaten aan natiestaten, maar wel steeds minder. De EU is een unieke speler in deze juridisering, want door een orgaan dat verdragsrechtelijk tot stand is gekomen tussen staten wordt wetgeving gecreëerd, die overgenomen dient te worden door lidstaten in sommige gevallen. De EU is de extra laag van juridisering van ons bestuur, dat telkens en steeds meer met de Europese Orde rekening dient te houden. Ook rechters raken verbonden met de Europese dimensie – waarover later meer! -.

### *Complexiteit, regelzucht en taal*

Juridisering kent vaak een negatieve connotatie. Zo niet in gevallen van huidige problematieken rondom AI en chatgpt. Ga aan de slag wetgever, luidt het devies. Waarom doe je niks, waarom loop je achter. Wellicht terecht. Juridisering van maatschappelijke verschijningsvormen is vaak noodzakelijk. Hoe het ook zij, juridisering is wel een waardevrij begrip. Kijken we naar extra belasting van het bedrijfsleven, dan zijn de negatieve sentimenten – zoals bij de UBO-registers en andere aanverwanten als de WWFT (Wet ter voorkoming van Witwassen en Financiering Terrorisme) – ook wel te begrijpen. Vooral wanneer de overheid zelf de taakstelling heeft in beginsel criminele activiteiten te bestrijden. Bedrijven moeten om al te zware administratielast tegen te gaan, zelf maar een onlinemodule bouwen om een snelle manier van het uitvoeren van de controle te kunnen doen. Ikzelf was betrokken bij het bouwen van een online programma om advocaten te ontlasten in mijn vorige functie. Dat kost tijd en geld. Ik kan me er dus oprecht iets bij voorstellen. Bovendien komt een en ander ook nog eens boven op de energiebesparingsplicht, de label-C verplichting voor kantoren. Ik heb me met alle dossiers bezig gehouden bij mijn vorige – commerciële - werkgever en ik begrijp de discussie die gevoerd wordt over de ballast die wordt weggelegd. Een van de grootste ergernissen is vaak nog wel de wettekst, die nu eenmaal niet eenvoudig geschreven wordt, en bovendien vaak als hoogdravend wordt ervaren. Want dan weet ik van een jurist dat ik me als

ondernemer aan zaken moet gaan houden; maar probeer ik zelf simpelweg de eisen even erbij te pakken, dan raak ik verzeild in oerwouden van woorden en tabelverwijzingen. De wet is niet te volgen voor grote ondernemers, laat staan voor Mkber's. Ook hier ligt een begrijpelijk negatieve associatie met het begrip juridisering. Er ligt altijd een taak bij de wetgever de rechtszekerheid te borgen door middel van heldere taal, maar Den Haag heeft tot nog toe weinig afstand kunnen nemen van het juridisch jargon. Wanneer u een wetgevingsjurist spreekt, zal hij dat waarschijnlijk wel goed kunnen verantwoorden. Maar taal is een belangrijk component van de negatief ervaren regelzucht dat staat buiten kijf. Leest u uw exoneratiebedingen zelf door?

Individualisering, globalisering en het intreden informatietijdperk zijn wel verklaringen voor het feit dat steeds meer burgers in aanraken komen met complexe regelgeving en daar ook dus nogal zuur op reageren. Onze traditionele gezagsdragers verdwijnen in onze maatschappij uit beeld, en dus is het ook de burger zelf, die directer in contact staat met regelgeving en dit dus ook vaak uit en te na wilt weten. Dus los van het feit dat er meer regels zijn, worden er ook door steeds meer mensen die regels ervaren. En juridische regels zijn in jargon geschreven. Die brug kan zeker nog eens beslecht worden. Hoe is niet duidelijk. Projecten in het strafrecht zijn weinig een succes, en de praktijk over de volle breedte is angstig voor niet dichtgetimmerde redeneringen, ondanks dat wij voldoende open normen hebben om ze in te vullen op een wijze die aansluit op de partijverhoudingen. Ook een regering vreest gebrekkige wetgeving, terwijl de ironie juist is, dat het wetgevingsproces aan enige erosie onderhevig is, een thema waar ik later naar zal terugkeren.

*Parallel: Justinianus, whats in a name?*

Is het een verrassing dat we sinds een middellange periode geleden (50 jaren) een overheid zien die ondanks eb en vloed (denk aan de dereguleringsgolven van de jaren tachtig en eind jaren negentig) uiteindelijk vooral – in de contemporaine tijd dus – meer regels creëert. Hier kunnen we een leuke historische parallel leggen.

Tegen het eind van de vierde eeuw werd het Romeinse Rijk ernstig bedreigd door migraties en economische stagnatie. In tegenstelling tot wat sommige historici beweren, bleef het keizerlijk gezag erg sterk. Ook voor buitenlandse mogendheden als de Franken, Gothen en Sueben bleef het Romeinse gezag van enorm aanzien. Het Romeinse Rijk kende vele juridische evenknieën met dat van ons. U weet ongetwijfeld dat ons monetair systeem, ons systeem van watervoorziening, ons politieke systeem inclusief, juridisch gezien vergelijkbare structuren kent. Het water stroomde, dankzij een ambtelijk apparaat dat niet veel anders functioneerde in essentie dat onze huidige watersector. En dat op zowel rijks als provinciaal niveau. Als u dat bedenkt wanneer u bij de Pont du Gard in de Provence staat wordt deze ineens een stuk minder een uitgemolken toeristische attractie. Instabiliteit werd met name bewaarheid vanaf de vierde eeuw na Christus door vermenging van sociale lagen tussen Germaanse en Romeinse bevolking, die steeds vaker uit nood landerijen verkregen en als verdragspartners (foederati) binnen de rijksgrenzen werden gevestigd, waar zij op den duur ook nog eens hun eigen bestuur mochten voeren. Ook economische- en vluchtelingen migratie was in die tijd een belangrijk maatschappelijk thema, want in het oosten van wat we de huidige Balkan noemen, waarde een plunderende en moordende vijand rond de Hunnen – met als enigmatische leider Atilla -. Juridisch gezien was het Romeinse Rijk echter een staat die nog altijd draaide op de fictie van een machtige stadstaat, en de gebieden die tot het imperium waren gaan behoren werden bestuurd per keizerlijke decreten en edicten, waarvan men de tel kwijt was. Ik schilder met groffe streken uiteraard, maar de conclusie mocht in de vijfde eeuw na Christus zijn, dat het juridisch bestel niet beantwoordde aan de complexiteit van een wereldrijk. Dat besef drong ook door bij de keizerlijke kanselarij. Eerst bestuurlijk – waarna grote bestuurlijke hervormingsoperaties (tetrarchie) werden ondernomen die het hoofd moesten bieden aan directe bedreigingen (Crisis en

Herstelwet, anyone?) - en daarna op hoger wetgevingsniveau. In de ruim 1000 jaar van haar bestaan was de wetgeving niet meer geordend, herzien, en gebundeld: niet gecodificeerd. Keizer Theodosius II en zijn latere opvolger Justinianus deden serieuze en geslaagde pogingen een werkelijk Romeins Recht tot stand te brengen. Tegen de tijd dat Justinianus aan de macht kwam in 525, was de Romeinse superstaat tot een manke oude man geworden. Bovendien waren de westelijke provincies Spanje, Frankrijk, Italië, Africa verloren gegaan voor het Romeins gezag. Justinianus' bewind van 38 jaar was niet alleen bijzonder omdat het die provincies heroverde maar vooral omdat het noodzakelijk achtte het Romeinse Recht voor eens en voor altijd universeel vast te leggen en te – zo noemen we dat in juridisch jargon – promulgeren. Het resultaat van zijn operatie was verbluffend en van diepe invloed op de huidige *civil law* landen in de wereld. Justinianus was echt er ook een zeer actieve wetgever in reactie op zijn eigentijdse problematiek. Een codex Justinianus, die bestond een samenvatting van al het geldende keizerlijke recht, een bundeling van jurisprudentie – door vooraanstaande romeinse juristen, en nieuwe regelgeving door Justinianus zelf uitgevaardigd. Er was zelfs een leerboek genaamd de instituten bij opgenomen ten behoeve van de rechtspraktijk. Denkt u nu niet: dit waren “wat boekjes” het ging om duizenden artikelen en bepalingen. In de heroverde provincies was namelijk en meer gelaagde rechtsorde tussen barbaren en romeinen ontstaan. De oorlogen mochten dan gewonnen zijn, de barbaren zouden blijven. Justinianus maakte dan ook vele regelgeving die die situatie het hoofd moest bieden. Daar was ook behoefte aan maatwerk waarop alle private actoren een beroep konden doen. Deze eerste grote codificatie van het recht was dus tevens een enorme juridiseringsgolf. Hoe is het die vergaan? Mijn eigen onderzoek wijst uit, dat de impact ervan groter is geweest dan wordt aangenomen en dat men niet te snel moet aannemen dat het om dode letters ging, wat vele historici doen. Uit mijn onderzoek volgde een levendig beeld van de juridische praktijk. Met name uit de regelgeving van Justinianus die rechters oplegde nieuwe procedurele regels te volgen tijdens zittingen, blijkt dat de rechtspraak ook daadwerkelijk nog functioneerde, zij het natuurlijk niet als onafhankelijke rechtspraak.

Twee prikkels leidden tot juridisering in die tijd: heroveringen, dus nieuw politiek systeem, en politieke instabiliteit, waaronder volksverhuizingen, oorlog en klimaatverandering. Regelgeving maken kan een reflex zijn van een overheid om een snel veranderende realiteit het hoofd te bieden.

Hoe is het de Codex Justinianus vergaan in de praktijk? Zo slecht nog niet. Het werd meermaals opnieuw uitgegeven en herschikt in het Oost Romeinse Rijk, Eclogica, en gold tot 1453, zie daarna herleving van Romeins recht. Maar ook: de les dat regelgeving en wetgeving historisch gezien de nieuwe maatschappelijke orde volgt en niet andersom. Een legal realist zou zeggen: dan doet het recht precies wat het moet doen. Hoe zal het onze AVG's en UBO's vergaan? Onze opleverdossiers bij de aanstaande Wet kwaliteitsborging voor het bouwen? Dat is voor toekomstige historici om te beoordelen. Juridisering is niet nieuw, zal niet verdwijnen. Maar wellicht moeten we ook meer na gaan denken over het schrappen van kaders, die er niet meer toe doen. En moeten we niet gaan werken aan ons taalmodel voor juridische normen? Mooi voorbeeld is de Codex Justinianus. Die was namelijk zowel in het Grieks – de taal van de gewone man – als het Latijn – de rijk gedreseerde ornamentale hoftaal – opgesteld. De geschiedenis herhaalt zich niet, maar we kunnen er wel wat van leren.

## 2. Rechtersrecht

Het idee dat de rechter het recht vindt waar de wetgever lacunes heeft gelaten of waar nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen nieuwe lacunes creëren is niet nieuw. Precedentwerking van jurisprudentie is alom vertegenwoordigd in internationale rechtssystemen en is eigenlijk helemaal

niet controversieel. Echter het verband met de onderliggende regel als neergelegd door de wetgever wel. Naarmate het verband tussen die regel en de interpretatie ervan door een rechter als zwakker wordt, zal de legist – diegene die een primaat van de wettekst in haar oorspronkelijke context aanhoudt – gaan steigeren. De realist – diegene die de rechter een belangrijke rechtsvindende taak toedicht – zal zeggen, prima, zolang de rechtsvinding maar aan bestaande maatschappelijke problematiek antwoord biedt. De natuurrechtsdenker – diegene die hogere normen van sterke invloed acht op het recht – zal bij een zwak verband tussen rechtersrecht en de oorspronkelijke wetgever nauwelijks een oog opendoen. Immers kan het recht menig hoger doel dienen, en dient het daardoor ook geleid te worden, of de wetgever dit nu in gedachte had of niet. Zie daar in een notendop het spectrum aan perspectieven voor de rechtsfilosoof. Het is het ervaren zwakke verband tussen wetgeving en interpretatie dat meestal tot opspraak leidt. Logisch in een democratische rechtstaat waarbij het primaat bij de wetgever ligt; want over zoveel zijn we het constitutioneel gezien nog altijd eens zo volgt uit de grondwet en ons constitutioneel bestel. Waarvan akte.

Genoemde perspectieven komen samen in een belangrijke zaak van de Hoge Raad waar ik met u op in wil gaan: de Urgenda zaak. De staat werd aansprakelijk gehouden voor schade waarvoor geen wettelijke grondslag bestond. Controversieel, gepolitiseerd. Het zijn beschrijvingen die recht doen aan deze zaak. Wat speelde er nu ook weer precies?

*Urgenda: de rechter zijn staatsrechtelijke rol voorbij?*

Urgenda is een zaak van flinke juridische omvang. Laat ik – kort en goed – een samenvattingspoging doen. Stichting Urgenda procedeerde tegen de staat om te bewerkstelligen dat de staat onrechtmatig had gehandeld door zich niet aan de afspraken van het Paris Agreement te houden. De staat had lange tijd het naleven van de – in kwestie zijnde – 25% reductie van CO2 niveau anno 2020 ten opzichte van 1990 zelf gepropageerd, maar besloot in recente jaren dat uitstellen van het halen van die doelstelling verantwoord was. De rechtbank oordeelde dát de Staat onrechtmatig en dus maatschappelijk onzorgvuldig gehandeld had, met als remedie geen schadevergoeding, maar een veroordeling tot het alsnog uitvoeren van die doelstelling. Het Hof veroordeelde de Staat daar eveneens toe, maar oordeelde dat de Staat hiertoe verplicht was omdat zij een positieve verplichting heeft ten aanzien van art. 2 en 8 EVRM, respectievelijk het recht op leven en het recht op eerbiediging van het prive- familie en gezinsleven. De Staat verdedigde zich met de stelling dat een bevel tot wetgeving een inbreuk zou maken op de *Trias Politica*, het idee van machtscheiding. Het Hof verwierp dit argument door te stellen dat het bevel niet ziet op een wetgevingsverplichting. De effectuering van de doelstelling mocht op enigerlei wijze worden bewerkstelligd. Er is dus geen wetgevingsbevel, zo stelt het Hof. In cassatie bij de Hoge Raad speelde opnieuw dit argument een belangrijke rol: de rechter mag niet bepalen wat er beleidsmatig dient te gebeuren om een klimaatcrisis te bezweren, zo stelde de staat. De Hoge Raad stelt echter dat ondanks de zeer ruime vrijheid om politieke afwegingen te maken, de uitvoerende macht wel binnen de grenzen van het recht dient te blijven, waaraan ook de uitvoerende macht is gebonden.

Wat moet u nu weten. Het is geldende jurisprudentie op basis van het zogenaamde *Waterpakt-arrest* dat de Hoge Raad geen wetgevingsbevel mag geven. Met het opleggen van de positieve verplichting tot het halen van de eigen doestellingen doet de Hoge Raad dit ook niet, zeker niet in concreto. De Staat bracht tegen het oordeel van het Hof ook in dat weliswaar zij slechts opteerde voor een lagere CO2-reductie in 2020, maar dat daarna een versnelling zou optreden door aanvullende maatregelen. De Staat voerde echter niet aan waarom en hoe hij dit dacht te bewerkstelligen en dus maakt de Hoge Raad hier korte metten mee. Bovendien bevestigt ook de Hoge Raad de opvatting van het Hof inzake de Waterpakt-jurisprudentie: het gaat hier niet om een concreet wetgevingsbevel, maar – a contrario dus – om een ‘onrechtmatigheid van het niets-doen’,

het uitblijven van wetgeving is onrechtmatig, in die zin dat het de positieve verplichting schendt van staten om het recht op leven en het recht op *family life* te waarborgen. Dát er voor een land in de EU rechtsorde een positieve verplichting kan gelden in geval van een bedreiging van het recht op leven is geldend recht, in onze supranationale rechtsorde. Dat het bestaan van zo een verplichting voor de staat geldt omdat er een *real and immediate danger is*, is wellicht een van de zwakkere onderbouwingen van de Hoge Raad, één waarbij hij terugvalt op Klimaatwetenschap. Juist die klimaatwetenschap kent vele onzekerheden in haar voorspellingen. De minutia van de uitwerking Global Warming zijn zeker voor wetenschappelijke scepsis vatbaar, althans, indien men zich wil vastpinnen op exacte getallen. De wetenschappelijke consensus is wel, laten we het afstompen: wij willen geen Venus worden op Aarde. Zonder hier de positie van klimaatwetenschapper in te willen nemen: de wetenschappelijke consensus over toename in aantal natuurrampen dat effect heeft op mensenlevens is overweldigend sterk. Echter de invulling van het reële en directe gevaar met betrekking tot klimaatverandering is wellicht niet de sterkste. Ik wil u toch eens aanmoedigen de tekst van de uitspraak te raadplegen, want het is niet zo dat de Hoge Raad zijn standpunt niet onderbouwt, maar het voert te ver om hier de hele klimaatwetenschap uit de doeken te doen.

Maar ik moet terug naar de kern van de zaak: is de Hoge Raad activistisch, en als hij dat al is, is dat dan gewenst. De vraag is vooral: kan de Hoge Raad hier de wetgever en uitvoerende macht verantwoordelijk houden voor haar handelen en wat is de grondwettelijke inbedding hiervan? Want: een grondwettelijke verankering van deze toetsing zou de discussie direct opklaren.

Daar ga ik nu op in.

Weliswaar heeft de Hoge Raad een wetgevingsbevel als strijdig met de scheiding der machten bestempeld, ons constitutionele stelsel werkt enigszins verwarrend voor de leek. In Nederland geldt art. 94 GW waarbij verdragen of de inhoud ervan gelden boven wetgeving. Echter kennen wij ook het constitutioneel toetsingsverbod van art. 120 GW. Het constitutioneel toetsingsverbod ziet echter op de eigen Grondwet. Invulling van rechtspraak van het EHRM is wel toegestaan, mits die invulling geen interpretatie is en verder gaat dan het hof in het licht van het EVRM zou oordelen. Dan is volgens eigen rechtspraak de wetgever aan zet. In de rechtswetenschappelijke literatuur wordt dit het spiegelbeginsel genoemd. Hier wringt de Urgenda-zaak: de Hoge Raad toetste zelfstandig, en het is maar zeer de vraag of deze vorm van een rechterlijk bevel ook in de ogen van het EHRM zou lijden tot een schending van het recht op leven dan wel privacy (artikelen 2 en 8 EVRM). De Hoge Raad heeft geoordeeld van wel, maar bevindt zich hier inderdaad op glad ijs. Activistisch, wellicht. Maar we moeten eveneens terug naar de term rechterlijk activisme. Want, een sterk argument tegen de stelling dat de rechter activistisch is, is dat de Staat hier wordt gehouden aan zijn of haar eigen toezeggingen. *Pacta sunt servanda*. Ook in internationaalrechtelijke context. In die zin is de rechter hoogstens réactief. Onder rechterlijk activisme wordt vaak verstaan dat de rechter niet op de stoel van de wetgever moet gaan zitten. Een te ééndimensionale stellingname betoog ik. Mocht iemand die stelling in geval van Urgenda aannemen, dan kan men A. betogen dat de rechter dat helemaal niet doet, immers schrijft hij geen wetgeving voor maar het uitvoeren van de door de Staat gedane promisse op enigerlei wijze, en B. dat rechterlijk activisme in een hele oude context, namelijk die van de idee der machtscheiding ontmoedigd wordt. Laten we hier ook historisch perspectief bieden. Is het altijd positief om een rechtstatelijk ideaalbeeld leidend te laten zijn dat stamt van eeuwen geleden? We hebben het hier over het verlichtingsideaal in de context van het afscheid van de absolutistische autocratische monarchieën. Hoe nuttig is de conservatieve opvatting dat de drie machten gescheiden zijn in absolute zin. Gemeengoed in de rechtswetenschap is dat de Trias in absolute zin ons allang verlaten heeft. Wij leven in een sterk geëvolueerde democratie, die in weinig nog lijkt op de opkomende democratieën van toen. Bovendien is onze rechtsorde met de

verregaande globalisering en het intreden van het informatietijdperk meer verweven en gelaagd geworden dan ooit bevroed werd in de tijd van Montesquieu. Maar laten we dit argument nog eens kracht bijzetten met een ander historisch beeld. De renaissance en verlichtingsdenkers van de tijd van Montesquieu hadden – net als vele historische voorgangers gedurende duizend jaar lang – het Romeinse rijk als juridisch en staatsrechtelijk ideaalbeeld, toch begrepen zij dat juist een principe van een scheiding der machten de problematiek van een republiek in verval – ik doel hier op de stichting van het keizerrijk – kon tegen gaan. Een **nieuw** idee dus. Wij leven nu eenmaal in een zeer gelaagde rechtsorde met NGO's, zbo's een sterk gedecentraliseerde overheid met talloze actoren van belang. Weliswaar blijven de wetgever, de rechter en de regering belangrijke peilers van onze democratie, wij kunnen hen nu eenmaal niet op dezelfde wijze beschouwen als toen. Dus ook de taak van de rechter niet. De rechter die bovendien in mijn optiek zeer zeker niet zéér activistisch is, maar die een effectieve uitvoering biedt van het concept van *checks and balances*. De rechter is actief, zo u wilt, maar niet verdergaand dan dat hij de regering en wetgever houdt aan zijn eigen toezeggingen. Juist de Hoge Raad is de geijkte actor binnen ons rechtssysteem. Toch gaan er zeer veel stemmen op tégen de Urgenda zaak en de rol van de Hoge Raad daarin. Ik zou willen betogen dat de wijze waarop de Hoge Raad hier tot zijn oordeel komt juist de wetgever verantwoordelijk houdt en dat dit goed is. Want op de wetgever valt in de recente geschiedenis nogal wat aan te merken. Eveneens valt er wat aan te merken op onze wijze van totstandkoming van wetgeving. Hetgeen eveneens goed aansluit op de thematiek die we hier bespreken. Laat ik aan de hand van het standpunt van een prominente rechtsgeleerde, wiens stelling ik onderschrijf, dit eens uit de doeken doen.

#### *Kritiek op de wetgever: beleid boven wetgeving*

Van den Berg, emeritus prof., ex-eerste kamerlid en ex-voorzitter van de VNG, betoogt dat er significante kritiek gegeven kan en moet worden op de wetgever. Hij stelt dat de wetgever de wet ten behoeve van beleid hebben geïnstrumentaliseerd.<sup>1</sup> Daarmee heeft de wetgever de wet als rechtswaarborg uit het oog verloren. En dus bij burgers het gezag. Ons polderklimaat van wetgeving draagt daar niet aan bij. Dat is ogenschijnlijk tegenstrijdig, omdat dat klimaat toch voor een gezonde representativiteit moet zorgen. Hier komt een onderdeel van rechtssociologie om de hoek kijken. Een belangrijke pijler van die rechtssociologie is het leerstuk van het semi autonoom sociaal veld, ofwel “the semi-autonomous social field”: maatschappelijke ordes die elk hun eigen sociale regels kennen en zelf regulerend zijn, in weerwil van juridische kaders geschapen door de juridische (nadruk) autoriteit, zoals de staat, en de decentrale overheden. Met van den Berg ben ik van mening dat het “semi-autonomous social field” dat bij elke polderpartij van toepassing is een vertroebelend effect heeft op het wetgevingsproces. Doordat sociale regels in deze “velden” het totstandkomingsproces beïnvloeden, voelen partijen die vertegenwoordigd worden, zoals verplegers, boeren en onderwijzers zich niet gekend in nieuwe wetgeving. En komen zij in opstand, zoals in het evidente geval van de boeren vorig jaar. Overigens zijn de burgers die in rebellie komen jegens fossiele subsidies – bij gebrek aan een meer genuanceerde term – ook een vertegenwoordiging van het verlies in het vertrouwen van de wetgever. De wetgever heeft vervolgens aan gezag verloren. Burgers zoeken hun houvast in grondrechten. Laat nu net daar in Nederland geen controle zijn ván de rechter. Nederland kent geen constitutionele toetsing door rechters – zoals vastgelegd in art. 120 Gw – en het voorstel van Halsema heeft de gekwalificeerde meerderheid die voor verandering daarin vereist is niet gehaald. De wetgever heeft dus ook weinig prikkel om over de constitutionele waarborgen die wetten zouden moeten bieden na te denken.

---

<sup>1</sup> Van den Berg, *Nieuwe 'Orde in de regelgeving'*, AA 2020864.

Ik werk toe naar het kritiekpunt van excessief rechterlijk activisme. Volgens van den Berg schuift een wetgever in onzekerheid over de effecten van zijn handelen complicaties door naar de rechter, die maar wijs moet zien te worden van de confrontatie van norm en individuele werkelijkheid.<sup>2</sup> Dat rechters vervolgens aan rechtsvinding doen, komt hen dan vaak duur te staan in het maatschappelijk debat, terwijl zij nu eigenlijk juist die gordiaanse knopen doorhakken die hen voorliggen en daarmee hun taak trouw uitvoeren. Met andere woorden: – en is mijn lezing van hoe Van den Berg de situatie schetst – de wetgever zelf draagt bij aan het wantrouwen in juridische normen (het afkalvende gezag van de wet in formele zin - én aan het wantrouwen in de rechterlijke macht, doordat zij de onvolkomenheden van het wetgevingsproces en wetgevershandelen afwentelt op de rechterlijke macht.

Ik herhaal ook hier weer:

De rechter is dus niet zozeer actief, als wel reactief. Die uitspraken waarin rechters tegen de wens van de wetgever ingaan worden vaak beschreven als activistisch – of zoals Baudet in hoogdravende terminologie stelt: dikastocratisch – terwijl we eigenlijk, indien we even uitzoomen, zien dat de rechter vooral reactief oordeelt over de door de wetgever aan zichzelf opgelegde doelstellingen, en zijn rol over het algemeen scherp afbakent. Laten we dan ook niet vergeten dat de rechter een reactieve rol speelt in het staatsrechtelijk bestel van checks and balances, geen actieve.

Zonder in semantische discussies over de betekenis van woorden te willen vervallen: per definitie beslechten rechters niet op eigen initiatief juridische kwesties en zijn zij dus niet actief in de meest nauwe zin van het woord. Dat geldt niet voor de ABRvS in de stikstof-uitspraken, niet voor de Hoge Raad in Urgenda, maar ook niet voor het EHRM in kwesties van EU-recht.

Maar laten we ook kijken naar onze eigen opvattingen over de rol van de rechter. In sommige kwesties namelijk, vinden we juist de rechters helemaal niet *“quote unquote”* activistisch genoeg zijn geweest. De kritiek op de rechtspraak is dus niet altijd van toepassing. Zo illustreerde ook de toeslagen-affaire: even een opfrisser.

*De toeslagen affaire: de rechter doet zijn staatsrechtelijke rol tekort!*

De toeslagenaffaire: een reeds jarenlange spelende affaire, waarbij de overheid ten aanzien van kinderopvangtoeslagen, maar ook bij andere toeslagen een steeds strenger beleid ging voeren ten aanzien van gezinnen aangaande hun terugbetalingsverplichting van de betreffende toeslag. Ouders te goeder trouw, moesten de consequenties van het frauderende bureau De Appelbloesem maar dragen, zo oordeelde ook de Raad van State. De volledige terugvordering kon dus doorgang vinden. Ook strenge aanpak van de Bulgaren fraude werkte deze instelling van de overheid in de hand. Hoe terecht de verontwaardiging over fraudeplegers ook moge zijn, ik zou willen zeggen dat zich hier juist een opbouwend wantrouwen vanuit de overheid jegens de burger aan het opbouwen was. Topambtenaren van het ministerie van financiën en de belastingdienst richtten het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) om het fraudebeleid meer vorm en slagvaardig te maken. Terwijl Ombudsman Brenninkmeijer, mijns inziens terecht constateerde dat statistisch gezien onze fraudeaanpak voldoende om het lijf had. Voor de Bühne doen “keiharde” aanpakken het natuurlijk eenmaal heel goed. De gevolgen kennen we: duizenden gedupeerden, die bovendien per definitie tot onze “bestaansonzekere” doelgroep horen zijn door “institutionele vooringenomenheid” zijn behandeld. Met als gevolg onrechtvaardige schadeberokkening – tevens in immateriële zin – ten aanzien van toch al kwetsbare delen van de samenleving. De samenleving was verontwaardigd. Waarom wachtte hier dan de rechter zo lang voordat hij het handelen van de overheid afkeurde?

---

<sup>2</sup> Van den Berg, Nieuwe ‘Orde in de regelgeving’, AA 2020864, p. 867



Maar is het terecht om de rechter hiervan te betichten wanneer hij grote beleidsvrijheid laat voor de regering en de wetgever.

Contextualisme: verklaring, maar niet zaligmakend?

Een van de belangrijkste vragen die men kan stellen is: waarom oordelen we nu eens weer dat de rechter niet actief genoeg is en op een ander moment dat deze juist veel te activistisch is? Het antwoord op die vraag ligt deels in een stroming in het recht, of wel in de rechtsfilosofie, die we het contextualisme noemen. Het contextualisme vertegenwoordigt de stroming in het rechtsdenken, die bepaalt dat het recht inmiddels, in een gelaagde en complexe rechtsorde, niet meer sec op basis van een legistische wetsuitleg het recht kan interpreteren cq uitleggen. De versnippering van het centrale gezag dat vroeger werd uitgeoefend door de staat, is dermate groot geworden, denkt u aan de enorme decentralisering op het gebied van lokaal bestuur en ZBOS, maar ook in internationalisering dat het niet langer mogelijk is om het recht te vinden in enkel de wetgeving in formele zin. Zoveel erkent de wetgever zelf natuurlijk ook. Maar het betekent ook dat de rechter niet meer sec kan terugvallen op de wetgeving in formele zin, maar daarbij open moet staan voor andere rechtsbronnen. Dat is immers de wijze waarop wij ons staatsbestel hebben vormgegeven anno 2023. De rechter moet uit een enorme juridische complexiteit, een juridisch oordeel destilleren. In de stikstof Zaken en in de Toeslagaffaire zagen we die enorme complexiteit van regelgeving en ook twee extremen van hoe rechters daarmee omgingen. In het licht van contextualisme is het juist begrijpelijk dat rechters gevals afhankelijk oordelen. In het ene geval is namelijk zijn wetgever en uitvoerende macht duidelijk genoeg – zij het dat het tot dramatische resultaten leidde - zoals bij de toeslagenaffaire en de rechter acht het dan niet wenselijk om de wetgever of uitvoerende macht te doorkruisen. Hij deed dat dan ook niet. Dat kwam hem dan weer op kritiek te staan. Overigens waren erg hele goede redenen om te betogen dat de RvS hier had moeten ingrijpen, begrijpt u me niet verkeerd. De overheid voerde beleid dat schade berokkende maar was wel consequent in haar wanbeleid, zo kunnen we met hindsight bias vaststellen. In de stikstof zaak zou men kunnen betogen dat juist de complexiteit van de problematiek werd doorzien door rechters. En eveneens de lacune en de gebrekkigheid en de tegenstrijdigheid die de wetgever liet in het inmiddels beruchte PAS-beleid. In die casus besloot de rechter wel in te grijpen, en te oordelen dat de wetgever het simpelweg niet goed gedaan heeft, dat deze zich niet aan zijn eigen doelstellingen heeft gehouden en heeft kunnen houden, en bovendien onjuiste rekenmethodieken erop na hield. Het valt dus op, dat ook hier de rechter ingrijpt wanneer de overheid zich niet aan haar eigen beleid houdt. In de Urgenda zaak vervolgens, oordeelde de rechter simpelweg dat de wetgever en de regering zich aan hun eigen verplichtingen moeten houden: zij zijn weliswaar vrij om bepaalde verplichtingen aan te gaan, maar gaan zij die eenmaal aan, dan moeten zij zich daaraan houden. En, het staat hen niet vrij om zonder degelijke motivering van dat beleid af te wijken. Evident is volgens veel rechtsgeleerden dat indien de staat haar beleidswijziging goed had onderbouwd met objectieve argumenten, dat het mogelijk was geweest dat de Hoge Raad geen schending had aangenomen van artikelen 2 en 8 EVRM. Dat zullen we echt nooit weten. In mijn optiek zien we echter in alle 3 de casus dat rechters de wetgever en ook de uitvoerende macht dan de eigen toezeggingen en afspraken houdt. En daarbij oog heeft voor de scheiding der macht en de enorme - dat mag men gerust zeggen - beleidsvrijheid die de uitvoerende en de wetgevende macht toekomt. De vraag mag zijn of het eerlijk is politieke verantwoordelijkheid en de verantwoordelijkheid van de wetgever selectief bij de rechter te leggen.

Dan komt men wel uit bij de vraag, is een contextuele benadering een benadering van contextualisme wel wenselijk? Moeten we dan niet terug naar een simpeler bestel. De vraag is of dat mogelijk is. Ja, overregulering kan een probleem zijn – u zult ongetwijfeld denken aan het UBO

register, of de WWFT verplichtingen voor uw mogelijke bedrijven, allemaal administratielasten - Maar over het algemeen bieden regels wel duidelijkheid en is de perceptie van burgers ook als zodanig. Regulering wordt pas heel negatief ervaren hoe minder vertegenwoordigers van de overheid proactief ertussen hen en de regels interactie met hen hebben. Onderzoek van mijn collega prof. Van Gestel wees uit dat het negatieve perspectief ten aanzien van juridisering vooral geldt wanneer burgers alleen de papierwinkel krijgen te zien, en niet een overheid die die papierwinkel bekwaam en effectief uitvoert; begeleid. Daarin ligt wellicht een rol voor de overheid in de afgelopen 10 jaar, die excessief, op neoliberale wijze gedereguleerd heeft. Of althans de regels wel in stand heeft gehouden maar de diensten heeft wegbezuinigd. Inmiddels leven we in een tijdperk waarin er politiek draagvlak is voor een flinke nuancering van dat neoliberalisme. Is het noodzakelijk voor een wetgever en uitvoerende macht om diensten weg te bezuinigen die mensen vooral buiten de Randstad ook treffen? Moeten die diensten altijd budgettair rendabel zijn of vallen zij ten aanzien van de begroting in de marge? Het zijn legitieme vragen over de rol van de overheid. Ik verkondig dus wel het standpunt dat een terugkeer naar een trend van neoliberalisme, en dus deregulering niet erg wenselijk zal zijn. Waarom? Onder andere omdat onze maatschappij nu eenmaal in de naoorlogse jaren oneindig veel complexer is geworden én op exponentiële wijze. Ook de informatie informatierevolutie heeft gigantische economische en sociale effecten gehad. Welke niet per definitie meer ongedaan gemaakt kunnen worden. Complexiteit, vereist een mate van gelaagdheid. Van regelgeving en wetgeving Ik denk niet dat daar onderuit gekomen kan worden. En dus. Is het contextualisme voor de rechter haast een noodzakelijke manier geworden om tot rechtvaardige oordelen te komen. Dat is het standpunt dat ik althans huldig, wat overigens niet wil zeggen dat een wetgever en uitvoerende macht niet tot bezuinigingen kunnen overgaan en geen regelgeving kunnen schrappen. Individuele gevallen daarvan kunnen, zeer nuttig uitpakken. Dat is bijvoorbeeld ook de grote hoop bij de inwerkingtreding van de Omgevingswet. Waarin een enorm plethora aan wetgeving wordt samengevoegd, en wordt opgehelderd. Daar speelt echter weer een gebrek van onze uitvoerende en deels ook wetgevende macht. Want de systematiek die wordt opgetuigd voor deze Omgevingswet is heel lang embryonaal geweest en dus reden geweest voor uitstel. En ook nu, anno september 2023 is het enorm spannend of deze operatie wel gaat slagen. Goede intenties ten spijt. Desondanks propageer ik dus een contextualistische benadering. Voor de rechter hetgeen eigenlijk al aan de orde is. Contextualistisch is in mijn optiek dus niet activistisch. De rechter neemt geen loop met de wet, gaat niet op zijn stoel zitten. Daarbij wil ik u ook wijzen op het feit dat er een behoorlijke media bias is ten aanzien van rechtspraak in Nederland. Die de beeldvorming over rechtspraak ook aanzienlijk beïnvloedt. Rechtswetenschappelijk onderzoek wijst namelijk uit dat feitenrechters heel vaak niet aan de rechtsvorming doen. Zij houden zich strikt aan de regels van het contract en blijven dus dicht bij de tekst van een contract of houden zich juist strikt aan de bestaande centrale of decentrale wetgeving. Het beeld van een activistische rechter ontstaat juist doordat in sommige gevallen rechters de andere machten op de vingers tikken, en deze casus worden enorm uitvergroet in ons mediabestel. Daar raakt deze problematiek ook het thema van ontgoocheling. Want alhoewel juridisering en rechtersrecht inderdaad een grotere rol zijn gaan spelen dan in de vorige eeuw het geval was, zijn de invloed van ons medialandschap en de veranderingen in het maatschappelijke weefsel – zoals de Engelse term veel mooier is: the social tapestry – eveneens van grote invloed op ons wantrouwen naar de overheid.

### **3. Ontgooch(gl)eling**

*Informatietijdperk en nieuwe media: conformation bias*

Ik begeef mij hier meer en meer op het terrein van opinie. Ik ben geen socioloog noch psycholoog, maar ik wil een onderdeel van mijn these toch wijden aan dit subjectieve begrip: ontgoocheling. We leven in een tijdperk van collectieve verontwaardiging en tribalisme. Kijkt u eens naar de bizarre totstandgekomen politieke versnippering in de tweede kamer. Nu heb ik niks tegen polderen, maar u bent het wellicht met mij eens, dat zo langzamerhand de vergelijking met de toren van Babel niet ver meer van onze maatschappij afstaat. Dat is begonnen in ons nieuwe media tijdperk, na radio en televisie, maar pas echt begonnen na 1992, de start van *the information age*. Er is met de komst van het internettijdperk een versterkte individualiseringstrend opgekomen in combinatie met een enorme toename in communicatiestromen over de gehele wereldbevolking. Economisch gezien versterkte uiteraard het internet een nieuwe globalisering, maar ik wil het dus vooral hebben over die toename aan informatie in onze globale gemeenschap. Een toename aan informatie in hoeveelheid maar ook frequentie. Wij zijn in een zeer korte tijd – en uiteraard leg ik hier verband met de opvattingen van Harrari – blootgesteld aan gigantische hoeveelheden data, die niet meer op dezelfde wijze gefilterd worden door ons sociaal weefsel als voorheen, maar die ongefilterd doordringen in ons dagelijks leven.

#### *Information overload: toename in wantrouwen*

Mijn stelling is dat deze *information overload*, wantrouwen in de hand werkt. Zichtbaar is het leven van iedereen, op elk moment op de wereld. Zichtbaar is elke opinie denkbaar op elk gebied, zijn alle wetenschappelijk onderzoeken, zijn alle plekken op de wereld, zichtbaar is ook ieders gedrag gevangen in datavorm. U bent ongetwijfeld bekend met de algoritme fuik zoals bijvoorbeeld Lubach deze vaak aanhaalt in zijn programma. Maar los van deze algoritmische sturing is de hoeveelheid informatie die wij tot ons krijgen zónder poortwachters zo groot, dat het een ongecontroleerde activistische burger in de hand werkt die – continue – overal iets van moet vinden. Overal over mee wil denken. Overal boos om is. Overal zich direct vertegenwoordigd wil zien, al staat het terrein van de maatschappelijke kwestie nog zo ver van hem af: denk aan agricultuur. Pleit ik voor beperkingen van vrijheid in deze? Helemaal niet. Begrip heb ik ook voor deze reactie omdat de wereld in versneld tempo verandert, exponentieel, zo valt statistisch heel goed te betogen. Ik pleit wel voor bewustwording van het feit dat een *information overload* meestal tot gecrashte computers leidt.

#### *Nieuwe verdienmodellen voor de media: polarisatie, en dataverzameling*

Een negatieve ontwikkeling die bijdraagt aan onze wantrouwende burger is in mijn optiek tevens een uitwas van doorgeslagen kapitalisering van onze nieuwsvoorziening. Want onze persoonlijke data is een nieuwe economische valuta geworden – een aan te raden boekje van de correspondent: Je hebt wél wat te verbergen - en daarmee wordt ook nieuwsvoorziening hierop ingericht. Het feit dat we door onze gewende verslaving – en wat dat betreft sterk verstoorde dopamine huishouding ten aanzien van de mobiele telefoon – telkens weer sterkere prikkels nodig hebben om weer tot actie over te gaan helpt ook niet. Bovendien wil de gemiddelde mens snelle media, omdat dit nu eenmaal beter past in hun overprikkelde leven. Het werkt sensationisering en emotionalisering van nieuwsvoorziening in de hand. Door dataverzameling weten media ook beter hoe ze zich op uitersten en doelgroepen moeten richten. En hun grip kunnen houden op hun publiek. Dit alles gebeurt – vaak ook ónbedoeld - door ons medialandschap omdat de informatierevolutie heeft plaatsgevonden en zij hun brood anders moesten gaan verdienen. Ik wil daarom ook verre blijven van een (negatieve dan wel positieve) categorisering van “de vierde macht”. Daar wil ik niet naartoe. Ik poog hier een van de verklaringen te geven voor het toenemend wantrouwen in de overheid, maar ook in andere traditionele gezagsdragers en instituten als het journaal.

#### *Versterkte neiging tot tribalisme: einde van de verzuiling, Ode aan Tjeenk Willink*

Historisch gezien, en deze verklaring ontleen ik volledig aan Herman Tjeenk Willink, is het terugtreden van de verzuiling in de contemporaine geschiedenis, dus al voorafgaand de informatierevolutie, een ontwikkeling die aan een gevoel van ontredde heeft bijgedragen. Onze nieuw verworven welvaart en individualisme zijn ten koste gegaan van het *social tapestry* dat er was. En als we dan toch binnen beeldspraak blijven: na deze ontrafeling is er geen herstel aan gedaan. De mens is een gemeenschapsdier, meer met negatieve connotatie: tribaal. En dus in geval van ontredde zoeken we naar nieuwe houvast. Dat is ook niets nieuws, dat is van alle tijden, ampel historische voorbeelden. Vroeger vergat men in de historiografie – de geschiedenis van geschiedschrijving – nog al eens die zoektocht te beschrijven. Hoe dacht u dat de enorme meerderheidsbevolking in het Italië van de 5e eeuw zich voelden, of in Spanje, na de val van het Romeinse Rijk. Ze werden niet plots allen Ostrogoot of Visigoot noch bleven ze Romein. Het sociaal weefsel veranderde ook toen bij grote verandering; ook toen probeerde de overheid te reguleren alsof zijn leven ervan afhing. Echter bewegen we ons nu veel sneller, meer veroordelend en individualistischer door dit landschap en wellicht erger nog: online. De werkelijke sociale interactie raakt meer naar de achtergrond. Ik ben me daarvan bewust. Reden waarom de werkelijke sociale interactie die nog wel bestaat van harte toe te juichen. Doe iets in het verenigingsleven, u bent daar dan weer een lichtend voorbeeld in!

Punt is: er is niets voor onze verzuiling teruggekomen, en dit leidt in combinatie met een versterkte individualisering en informatisering, tot een nieuw wantrouwen van de burger in de overheid.

### **Conclusie: een pleidooi voor het “saaie”.**

*Het derde thema’, beïnvloedt het denken over recht. Want is er een plek voor het recht in de discussie mbt wat de overheid kan doen om polarisering tegen te gaan en overheidswantrouwen tegen te gaan.* Een vraag om dieper over na te denken. Utopieën en vaagheden in nieuwe verkiezingsprogramma’s bieden die meestal niet: “De burger moet weer centraal komen te staan”, “Institutioneel urbanisme moet worden tegengegaan” die worden beschreven bieden vanuit rechtswetenschappelijk perspectief niet veel. Met van den Berg ben ik het juist eens dat de wetgever en regering in de spiegel moeten gaan kijken en de waarborgfunctie van de wet structureel boven die van beleid moeten gaan stellen, uiteraard op proportionele wijze. Wanneer relatief kleinschalige fraude enorm wordt gepolitiseerd en dus daar omvangrijk beleid op wordt gemaakt door onze regering - voor de bühne dus - dan heeft dat vaak onvoorziene consequenties. Waarom werd door niemand gezien dat er ten aanzien van de fraudebestrijding bij de toeslagen een aanpak bestond die functioneerde en dat statistisch gezien de fraudegevallen geen economisch omvangrijk gat sloegen in onze economie? Ik zou willen bepleiten dat we terugkeren naar het saaie, weloverwogen beleid van een overheid, dat consistent is en alle negatieve bijklanken kent van een bureaucratische molog, maar in ieder geval zich niet opstelt als een bühne-overheid (denk aan die ellende videobytes van debatten). Zonder daarbij overigens in een links rechts debat te willen vervallen. De omvang van de overheid heeft niet altijd bestaansrecht, en zo ook niet alle bezuinigingen. Een contextuele benadering sluit hier goed bij aan.

Afrondend

Zoals ik met u deelde is in mijn optiek juridisering onontkomelijk bij economische specialisatie en maatschappelijke differentiatie, maar vormt het een probleem voor de “bereikbare” overheid. De oplossing ligt wellicht in het – niet geheel ontoevallig – werkelijk sociaal cont(r)act. Durf ik daar een r tussen te voegen? Dat is uiteraard een witzel! Ten aanzien van rechterlijk activisme, bepleitte ik een

gematigd standpunt, en een inflatoire werking van dat begrip activisme. Activisme is zeldzaam, zeker bij een actieve wetgever. Het wordt meer voorkomend naarmate de wetgever passief blijft en bovendien afwijkt van de eigen norm. Bent u nog ontgoocheld? Of heeft u wat nieuwe perspectieven opgedaan vandaag? Ik hoop het van harte. Ik dank u voor uw aandacht.